

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di Ricerca in Diritto dell'Arbitrato Interno ed Internazionale

Ciclo XXIII

**LA RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE
NEI SETTORI BANCARIO E FINANZIARIO**
Arbitro bancario finanziario e Arbitrato Consob

Tutor:
Chiar.mo Prof.
Bruno Sassani

Dottoranda:
Dott.ssa Tamara Mancini

Introduzione

I nuovi mezzi stragiudiziali di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario costituiti dall'Arbitro Bancario Finanziario, per le controversie nel settore strettamente bancario, e dal sistema di conciliazione e arbitrato istituito presso la Consob, per la risoluzione delle controversie nel settore finanziario sono caratterizzati da numerosi elementi. La settorialità, poiché si tratta di meccanismi finalizzati alla soluzione delle liti esclusivamente nel settore rispettivamente bancario, per l'ABF, e finanziario, per la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob. La specializzazione, poiché gli organismi incaricati di gestire questi meccanismi sono composti di persone selezionate per le loro competenze nello specifico settore in cui sono insorte le liti. L'intervento delle autorità pubbliche indipendenti nella gestione dei meccanismi di risoluzione delle liti, ovvero la Banca d'Italia per le liti nel settore bancario e la Consob per quelle del settore finanziario. Infine ricorrono peculiarità procedurali di varia natura quali, in particolare, la legittimazione esclusiva del risparmiatore, sia cliente o investitore, ad adire il sistema ABF o l'arbitrato Consob, la rapidità del procedimento, destinato a terminarsi in tempi assai più brevi di quelli previsti per i procedimenti giurisdizionali statali, l'economicità finalizzata a garantire maggiore facilità di accesso ai nuovi strumenti di risoluzione delle controversie, la semplicità del procedimento. Si può constatare come tali peculiarità costituiscano l'espressione dell'intrecciarsi d'interessi pubblici e privati nel settore bancario e finanziario. I meccanismi di soluzione stragiudiziale delle liti hanno origine e fondamento nell'interesse dei privati a risolvere la propria lite senza ricorrere all'autorità giudiziaria, tuttavia nel settore *de quo* il legislatore ha dovuto plasmare tali modelli tenendo conto degli interessi pubblici, riconosciuti a livello costituzionale (art. 47 Cost.), della stabilità e competitività del mercato, condizione del buon funzionamento del sistema finanziario e bancario e dalla tutela del risparmiatore quale contraente debole. Questo contemperamento tra interessi pubblici e privati nella regolazione dei meccanismi stragiudiziali delle controversie non è semplice. Il legislatore ha preferito adottare un meccanismo di risoluzione delle controversie affidato alla gestione delle Autorità indipendenti preposte. Affidare la gestione dei meccanismi ADR ad autorità indipendenti e modellarli a un efficace perseguimento d'interessi pubblici rischia di

vanificare l'efficace tutela dell'interesse delle parti alla soluzione della controversia, con la conseguenza indiretta di danneggiare la legittimità e la credibilità del sistema ADR come sede per la soluzione delle liti. In particolare il ricorso a un'autorità di vigilanza si presta senza alcun dubbio a rafforzare la funzione di *public enforcement* svolta dall'autorità e quindi a conseguire l'interesse pubblico alla tutela del risparmio. Oltre a tal effetto positivo, tale ricorso potrebbe ledere l'interesse privatistico alla soluzione della controversia, potendo ridurre la disponibilità del soggetto vigilato a collaborare in un procedimento conciliativo per il timore che un riconoscimento delle contestazioni del cliente possa essere ritenuto, in sede di vigilanza, un'ammissione di mancanze sanzionabili. Inoltre affidare la soluzione della lite a un'autorità di vigilanza espone il sistema al rischio di non essere percepito come imparziale posto che il soggetto che gestisce la lite è lo stesso che produce le norme e provvede alla sanzione degli eventuali inadempimenti. Analogamente, la pubblicazione delle decisioni adottate dall'organo ADR se da un lato si presta a costituire uno strumento efficace per il perseguimento dell'interesse pubblico alla tutela della certezza del diritto e al rafforzamento del ruolo regolatore dell'autorità; dall'altro rischia di rendere il meccanismo *de quo* meno adattabile alle specificità delle controversie e alle esigenze di equità e, dunque, rischia di far venir meno due caratteristiche fondamentali delle ADR.

Il piano dell'indagine ha riguardato l'individuazione delle peculiarità di struttura e procedura dell'Arbitro Bancario Finanziario (istituito ex art. 29 l. n. 262/2005) e dell'arbitrato amministrato dalla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob (istituito dall'art. 27 l. 262/2005) al fine di verificarne i problemi interpretativi e di legittimità alla luce dei principi fondamentali che tali meccanismi di risoluzione delle liti devono rispettare.

Dall'esame delle caratteristiche procedurali dell'ABF e dell'arbitrato Consob emerge il ruolo centrale riservato alle autorità di vigilanza nella struttura e nell'organizzazione del nuovo sistema di risoluzione delle controversie e la conseguente tendenza a ricondurre la gestione delle liti a strumento per il rafforzamento della funzione di vigilanza e di tutela del risparmio svolta dalle autorità di settore.

In particolare nell'Arbitro Bancario Finanziario tali caratteristiche emergono dalla previsione di un accesso sostanzialmente gratuito per il cliente; dalla possibilità

espressamente prevista per la Banca d'Italia di valutare gli esiti dei ricorsi per i profili di potenziale rilievo nell'attività di vigilanza; dalla creazione di un sistema per la raccolta, pubblicazione e diffusione di orientamenti seguiti dall'ABF attraverso l'istituzione di un archivio informatico; dalla legittimazione esclusiva all'accesso al sistema ABF; dall'influenza riservata alla Banca d'Italia sulla composizione dell'organo decidente e nella struttura e nelle funzioni riconosciute alla segreteria tecnica. Tutti elementi che denotano la funzionalizzazione dell'attività di decisione all'attività di vigilanza. Si tratta di una funzionalizzazione che non pregiudica la legittimità del procedimento per Arbitro Bancario Finanziario per i bilanciamenti previsti dalla relativa disciplina quali, innanzitutto, la natura non vincolante della decisione.

Nell'arbitrato presso la Consob, la centralità dell'autorità di vigilanza nella struttura e nell'organizzazione del nuovo sistema di risoluzione delle controversie e la conseguente tendenza a ricondurre la gestione delle liti a strumento per il rafforzamento della funzione di vigilanza e di tutela del risparmio emerge da numerosi elementi. Si tratta della prescrizione di un accesso a costi notevolmente contenuti rispetto alla giurisdizione ordinaria; della soggettività strumentale della Camera rispetto alla Consob riconosciuta dal parere del Consiglio di Stato, Adunanza Generale del 20 ottobre 2011, n. 4277/2011; del ruolo svolto dalla Consob nella regolamentazione della procedura di conciliazione e arbitrato; della legittimazione esclusiva riservata all'investitore nell'accesso al sistema Consob riservata. D'altra parte l'accertamento compiuto da un tribunale arbitrale circa la violazione dell'intermediario potrebbe determinare l'effetto inverso di quello temuto, potendo dar luogo all'attivazione da parte della Consob di un procedimento sanzionatorio nei suoi confronti.

Oltre al ruolo centrale delle autorità di vigilanza nell'organizzazione e nella struttura dei nuovi sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie e alla tendenza a ricondurre la gestione delle liti a strumento per il rafforzamento della funzione di vigilanza e di tutela del risparmio, un altro profilo di interesse riguarda la valenza e le implicazioni a livello di conseguimento di un ottimale livello di giustizia. Tale analisi è finalizzata a comprendere se effettivamente la scelta normativa di tali rimedi procedurali alternativi alla giustizia statale realizzi una più ordinata risoluzione dei giudizi in materia bancaria e finanziaria. E invero sono da evidenziare alcune perplessità connesse ai dubbi di una mancata corrispondenza dei rimedi in parola ai criteri che, nel

nostro ordinamento, sono posti a presidio del corretto esercizio della funzione giurisdizionale.

In particolare per quanto concerne l'arbitrato presso la Consob, l'istituzione presso tale autorità di una Camera di conciliazione e arbitrato è avvenuta previo affidamento a detta autorità dell'amministrazione di tal genere di procedimenti, promossi per la soluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questo di obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori (art. 1 d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179). Inoltre alla Consob è stato demandato il compito di emanare disposizioni regolamentari per dare attuazione, sentita la Banca d'Italia, all'organizzazione della Camera di conciliazione, e per fissare i requisiti di imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità che questi ultimi devono possedere e, da ultimo, per deliberare le norme per i procedimenti in oggetto (art. 2, comma 5) e la determinazione dei criteri in base ai quali viene stabilito l'indennizzo (art. 3, comma 2). Di qui il dubbio che l'autorità di settore sia stata investita di funzioni che incidono in maniera sostanziale sulla definizione della indicata procedura donde la posizione di peculiare centralità *in subiecta materia* alla medesima conferita. Conseguono le perplessità a proposito della concentrazione nella Consob di funzioni che possono incidere sul ruolo istituzionale della stessa. Vengono, infatti, in questioni poteri e facoltà che, per la loro natura, devono restare equidistanti e non prestarsi a possibili forme di commistioni. Da qui il rischio di un eccessivo coinvolgimento di tale autorità nella procedura in esame. I rischi evidenziati sono però superabili in base all'art. 4, comma 7, d.lgs. n. 179 del 2007, nel quale è statuito che *“le dichiarazioni rese dalle parti nel procedimento di conciliazione non possono essere utilizzate nell'eventuale procedimento sanzionatorio nei confronti dell'intermediario avanti l'Autorità di vigilanza competente per l'irrogazione delle sanzioni amministrative per le medesime violazioni”* . Con ciò il legislatore ha inteso porre l'accento che la gestione della procedura non può e non deve essere finalizzata allo svolgimento degli ulteriori, diversi compiti di vigilanza propri della Consob.

Diversa si presenta la situazione giuridica riguardante l'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario previsto dall'art. 29 dalla l. 262 del 2005 norma che, introducendo l'art. 128-bis del t.u.b., ha reso obbligatoria per le banche e gli intermediari finanziari non bancari di cui agli artt. 106 e 107 t.u.b. l'adesione a sistemi di risoluzione

stragiudiziale delle controversie con i clienti. E' stata demandata al CICR la determinazione dei criteri di svolgimento della relativa procedura, nonché di composizione dell'organo decidente. Orbene, il Comitato nel fissare i modi con cui assicurare l'imparzialità del giudizio e la rappresentatività dei soggetti interessati, ha affidato la decisione a un collegio, la cui composizione fa capo in via prevalente alla Banca d'Italia che ne designa il presidente e due membri, a fronte della nomina degli altri due componenti riservata rispettivamente alle associazioni di categoria degli intermediari e a quelle rappresentative dei clienti. Inoltre alla Banca d'Italia sono demandate anche l'organizzazione, a livello locale, delle segreterie tecniche per lo svolgimento delle funzioni dell'Arbitro, attività poi coordinata a livello centrale da detta istituzione. Dalle descritte peculiarità, è verosimile il rischio della funzionalizzazione dell'attività svolta dall'ABF a scopi altri e diversi da quelli direttamente collegabili alle finalità di giustizia. Da tale disciplina emerge in termini inequivoci come sottesa alla funzione decisoria vi sia l'intento di correlarne (in via strumentale) l'esercizio a scopi di vigilanza. In tal senso la stessa Banca d'Italia afferma di voler procedere all'utilizzo delle informazioni contenute negli esposti al fine di valutare il comportamento degli intermediari. Ad analoga conclusione conduce la precisazione, contenuta nelle Disposizioni emanate dalla Banca d'Italia nella Delibera n. 275/2008 del CICR secondo cui i sistemi stragiudiziali assumono rilievo per le finalità della vigilanza e, più in generale, per l'efficienza del sistema finanziario. In tale prospettiva si devono considerare le implicazioni dell'intervenuta concentrazione in capo alla stessa autorità delle funzioni di regolatore, controllore ed erogatore di sanzioni amministrative. Per rispettare il principio della separazione delle funzioni, le variegate attribuzioni della Banca d'Italia devono essere tenute nettamente distinte sia riguardo lo schema organizzatorio dell'ente sia riguardo la complessiva configurazione delle componenti di quest'ultimo. A tal fine sono state adottate apposite misure per separare le diverse funzioni in oggetto ed eludere eventuali dubbi di commistione. Sicché le strutture che predispongono le regole di formazione secondaria, quelle che eseguono gli accertamenti di vigilanza, quelle che compiono le istruttorie propedeutiche all'esercizio del potere sanzionatorio e infine quelle che gestiscono i giudizi dell'arbitro sono tenute ben distinte.

Ciò non toglie il configurarsi di un'indiretta influenza dei nuovi organismi

nell'esercizio della funzione di vigilanza. Facilità d'accesso agli strumenti di risoluzione delle controversie implica incremento della possibilità che i clienti agiscano a tutela delle situazione soggettive lesa da comportamenti degli intermediari con conseguente incremento della possibilità di individuare comportamenti potenzialmente lesivi del mercato tenuti dagli intermediari. L'osservazione è confermata dalla medesima Banca d'Italia secondo cui *“Meccanismi efficaci di definizione delle liti incentivano il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela; migliorano la fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi bancari e finanziari; costituiscono un utile presidio dei rischi legali e reputazionali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso.”* Efficienti sistemi di soluzione dei conflitti possono innescare un circuito virtuoso che consente l'individuazione dei comportamenti scorretti degli intermediari. In tal modo sarebbero superati alcuni limiti della giustizia i cui lunghi e costosi tempi costituiscono un deterrente ad adire le vie legali e favorita l'emersione delle violazioni degli intermediari.

Sotto profilo si evidenzia che tale concentrazione di funzioni potrebbe minare il principio-base della terzietà del giudice. Sebbene la figura del giudice autorità, assunta dall'autorità di controllo, presenta una attrattiva molto significativa e decisamente maggiore rispetto a quella che può ravvisarsi in qualsivoglia altro organismo che eserciti pubbliche funzioni non si può non constatare la difficoltà sostanziale a ravvisare l'effettiva realizzazione delle garanzie della terzietà del giudice ipotizzate dal legislatore con riguardo alla tecnica procedimentale in oggetto.

Per quanto concerne il sistema ABF, tali dubbi cadono di fronte alla constatazione che l'Arbitro Bancario Finanziario non è un'articolazione della Banca d'Italia. Inoltre a garanzia dell'imparzialità e indipendenza dell'organo decidente i membri dei collegi decidenti sono scelti tra categorie di soggetti estranei alla struttura della Banca d'Italia e che pertanto non partecipano all'esercizio delle altre competenza di talché viene ad essere esclusa qualsiasi commistione di funzioni. Sotto altro profilo non ricorre una soggezione dell'organo decidente rispetto all'Autorità di regolazione e vigilanza bancaria. A tal fine è irrilevante la natura del provvedimento di nomina dell'arbitro, proveniente dalla Banca d'Italia. Infatti, l'indipendenza o meno dei componenti di un organo nell'assolvimento della funzione ad essi affidata non può certo essere ricavata alla luce della veste formale del provvedimento con cui i suoi membri

vengono investiti dell'ufficio ma analizzando le guarentigie che vengono assicurate all'esercizio in autonomia dei poteri inerenti. Quest'autonomia, l'irrevocabilità dei membri se non per giusta causa ne costituisce un primo indice.

Tale autonomia non viene meno in ragione del fatto che nell'esercizio delle loro funzioni i collegi decidenti si avvalgono del supporto di una segreteria tecnica costituita da risorse umane riguardanti alla Banca d'Italia, perché il suo ruolo è quello di una segreteria che riceve atti e documenti e a cui non spetta lo svolgimento di un istruttoria che invece deve essere svolta esclusivamente in base alla documentazione prodotta dalle parti. Il che colloca anche il procedimento avanti all'ABF nell'alveo di quelli in cui opera il principio dispositivo e dove non si conferisce alcuna posizione di supremazia e compressione dei diritti dell'individuo giacché ogni determinazione assunta esclusivamente dall'organo decidente è decisione assunta in esito a un contraddittorio effettivo, in applicazione di norme di diritto e *iuxta alligata et probata partium*.

Per quanto concerne, invece, l'arbitrato amministrato dalla Camera di arbitrato e conciliazione istituita presso la Consob, i dubbi cadono di fronte alla constatazione della imparzialità e della indipendenza della Camera e della Consob rispetto alle parti in lite. Sebbene la Camera sia un organismo strumentale rispetto alla Consob, si può osservare che né la Camera né la Consob La Consob è l'autorità di vigilanza del mercato mobiliare, istituzionalmente incaricata della regolamentazione e della vigilanza sul mercato dei valori mobiliari. La sua attività è finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico dell'efficienza, trasparenza e sviluppo del mercato mobiliare. La Camera invece, svolge l'unica funzione istituzionale di amministrare le procedure arbitrali o conciliative, quali provvedere alla formazione e aggiornamento degli elenchi di arbitri e conciliatori e del codice deontologico; all'organizzazione delle procedure arbitrali e conciliative; alla nomina del conciliatore; alla proroga del termine per la pronuncia del lodo; alla liquidazione delle spese e degli onorari degli arbitri. Amministrativa è anche l'attività di deposito del lodo nell'ambito dell'arbitrato semplificato e la sua trasmissione alla Consob perché ne verifichi la regolarità sostanziale poiché ad essa non è subordinata l'efficacia del lodo. Gli interessi dell'investitore e dell'intermediario sono estranei alla Consob e alla Camera.

Ciò non è sufficiente a superare i dubbi di parzialità della Camera e della Consob poiché la non estraneità del terzo sussiste non solo quando questi sia titolare dello stesso

interesse di una delle parti, ma anche quando questi abbia un interesse proprio e autonomo nel possibile esito della lite. La Consob sarebbe titolare di un interesse proprio all'esito della lite perché l'eventuale accertamento di una violazione da parte dell'intermediario di obblighi informativi imposta dal t.u.f. potrebbe dar luogo ad una responsabilità civile nei confronti dell'investitore per violazione degli obblighi di vigilanza.

Tale dubbio può essere superato constatando che la decisione degli arbitri non ha effetto alcuno nell'eventuale accertamento di responsabilità civile a carico della Consob. Da una parte, infatti, la Consob non è vincolata all'accertamento della violazione effettuata nel lodo, non essendo stata parte del procedimento. Dall'altra, l'accertamento di una violazione da parte dell'intermediario agli obblighi previsti dal t.u.f., non implica automaticamente una responsabilità civile della Consob per omessa vigilanza: tale responsabilità presuppone, infatti, la ben diversa dimostrazione, da parte dell'investitore, di specifiche omissioni, colpa grave o dolo da parte dell'autorità.

Non esiste alcun interesse concreto della Consob nelle liti tra intermediari e investitore tale da far ritenere la Consob titolare di un interesse concreto all'esito della lite e minare la legittimità del meccanismo amministrato dalla Camera. La Consob alla luce delle considerazioni appena svolte sono un soggetto imparziale, privo di un proprio interesse autonomo all'esito della lite eventualmente rimessa alla gestione della Camera.

CAPITOLO I

I MODELLI PROCESSUALI DI TUTELA DEL RISPARMIATORE

1. Premessa.

L'arbitrato nella materia bancaria e in quella del mercato mobiliare è argomento che necessita una trattazione unitaria.

Il settore bancario e finanziario, da sempre contiguo, si è ulteriormente ravvicinato nel corso degli anni fino a compenetrarsi vicendevolmente, così da rendere difficile tracciare con sicurezza una linea di demarcazione. I tradizionali segmenti in cui si suddivide tale settore ovvero il comparto bancario, quello assicurativo e, infine, quello mobiliare, tendono a sovrapporsi. Alle tradizionali attività creditizie si sono affiancate operazioni finanziarie sempre più vaste e complesse. Per effetto di tali innovazioni si può affermare che è nata, in una certa misura, una nuova figura d'istituto di credito che addossa su di sé le funzioni bancarie e parabancarie. Gli intermediari, in forma diretta o indiretta, diventano polifunzionali allo scopo di resistere alla concorrenza.

Anche la stessa attività bancaria è venuta meno nella sua fisionomia tradizionale. Attraverso l'attività d'intermediazione di titoli mobiliari le banche finiscono per svolgere in tutto e per tutto attività di borsa.

Altro elemento di ravvicinamento dei settori bancario e finanziario è l'internazionalità che consegue all'irreversibile processo di globalizzazione dei sistemi economici. I singoli rapporti e operazioni vedono sempre più spesso interagire soggetti pubblici e privati facenti capo a ordinamenti diversi in cui ciascuno è desideroso di imporre all'altro il proprio schema operativo e il proprio sistema regolamentare. Ambo i settori sono pervasi inoltre da interessi facenti capo alla gran massa degli utenti. Si creano quindi le premesse per un contenzioso molto vasto che investe i rapporti tra gli operatori del settore e gli investitori-consumatori, ormai su scale europee e internazionali.

Sul piano degli strumenti di tutela, il settore bancario e finanziario è caratterizzato dalla dicotomia tra l'autonomia del singolo e l'interesse pubblico, costituzionalmente garantito alla tutela del risparmio. Si contrappone il diritto del

singolo di scegliere se ricorrere a mezzi di soluzione stragiudiziale delle controversie e l'interesse pubblico alla tutela del risparmiatore, quale contraente debole, e alla vigilanza sul mercato.

Tale connotazione ha fatto sì che si sviluppassero particolari misure di ordine pubblico di protezione a favore del risparmiatore che non sempre si conciliano con le forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie, in particolare l'arbitrato.

L'ingresso nell'ordinamento bancario e finanziario delle ADR e dell'arbitrato in particolare è avvenuto in virtù di un lungo percorso evolutivo avviato agli inizi degli anni novanta per effetto d'iniziative comunitarie.

2. Consumatore e risparmiatore: figure assimilabili?

Prima di iniziare la trattazione delle ADR, una questione preliminare al tema dei modelli processuali di tutela riservati al risparmiatore che deve essere affrontata in questa sede attiene alla possibilità assimilare la figura del risparmiatore con quella del consumatore.¹

E' una questione solo apparentemente banale in realtà ricca d'implicazioni rilevanti. In particolare l'esito della questione in oggetto è destinato a incidere sulla disciplina applicabile in caso di lacuna legislativa o di dubbi interpretativi. Se si ammettesse l'equiparazione tra consumatore e risparmiatore, nell'eventualità in cui la disciplina del risparmio dovesse presentare una lacuna, ipotesi tutt'altro che improbabile considerando l'incompletezza che caratterizza tale disciplina, si dovrebbe applicare la normativa consumistica in via sussidiaria. Analogamente in caso di dubbi interpretativi, la soluzione ermeneutica da adottare si dovrebbe ricavare dai principi e dalle norme ricavabili dalla disciplina di settore (Codice del Consumo) e non dalla disciplina ordinaria (Codice di procedura civile).

La dottrina che ha affrontato la questione si è divisa in due contrapposti orientamenti².

1 Invece l'assimilazione tra consumatore e cliente è stata accolta legislativamente dalla l. 30.07.1998, n. 281, v. R. COLAGRANDE, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 726 e M.R. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Milano, 2001, 329.

2 Sul dibattito v. R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996; E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000; per G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la trasparenza dei contratti bancari*,

Secondo un primo orientamento, sostenuto da una parte della dottrina³, la dicotomia consumatore-risparmiatore (art. 18, lettere a e b, Cod. Cons.) non sarebbe assimilabile a quella cliente-intermediario (art. 26, comma 1, reg. Consob n. 16190 del 19 ottobre 2007); secondo un altro orientamento, invece, supportato anche dal Consiglio di Stato⁴, la nozione di consumatore includerebbe anche quella di risparmiatore.

L'orientamento contrario all'assimilazione consumatore-risparmiatore si fonda su tre argomenti: uno formalistico, fondato sull'impossibilità di una assimilazione delle due categorie in ragione della loro definizione; uno sostanziale, fondato sulla differente natura degli interessi protetti dalla disciplina di tutela del risparmio rispetto alla disciplina di tutela del consumatore; infine un terzo fondato sul diverso ambito soggettivo di applicazione della disciplina finanziaria rispetto a quella dei consumatori.

Il primo argomento contrario all'assimilazione tra la categoria dei consumatori e quella dei risparmiatori è basato sulla differente tecnica di definizione delle due figure. Nella disciplina del consumo, l'art. 3, comma 1, lett. a, Cod. Cons. fornisce una definizione in negativo della categoria del consumatore identificandolo nella *“la persona fisica la quale agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”*. Il professionista, invece, è definito in positivo *“la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale ovvero un suo intermediario”*.

Diversamente, nella disciplina dei mercati finanziari, il cliente e l'intermediario sono definiti nella Dir. 2004/39/CE del 21 aprile 2004 c.d. Mifid e nell'attuazione datane dalla Consob ai sensi dell'art. 26, comma 2, TUF, con Reg. Intermediari, mediante una definizione in positivo. In particolare gli intermediari sono *“le SIM, ivi comprese le società di cui all'articolo 60, comma 4, del decreto legislativo n. 415 del 1996, le banche italiane autorizzate alla prestazione di servizi e di attività di investimento, gli agenti di cambio, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del decreto legislativo n. 385 del 1993 autorizzati alla*

assicurativi e dell'intermediazione finanziaria, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, 465 la questione sarebbe solo terminologica come è provato dalla circostanza che nella maggior parte dei Paesi membri questa definizione non esiste.

3 G. MEO, *Consumatori, mercato finanziario e impresa: pratiche scorrette e ordine giuridico del mercato* in Giur. Comm. 2010, 5, 720.

4 Parere n. 3999 del 3 dicembre 2008.

prestazione di servizi di investimento, le società di gestione del risparmio e le società di gestione armonizzate nella prestazione del servizio di gestione di portafogli e del servizio di consulenza in materia di investimenti, la società Poste Italiane – Divisione Servizi di Banco Posta autorizzata ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica n. 144 del 14 marzo 2001, le imprese di investimento e le banche comunitarie con succursale in Italia, nonché le imprese di investimento e le banche extracomunitarie comunque abilitate alla prestazione di servizi e di attività di investimento in Italia". Diversamente la clientela è identificata con *"la persona fisica o giuridica alla quale vengono prestati servizi di investimento o accessori"*. Quest'ultima definizione sarebbe incompatibile, secondo la dottrina in oggetto, con la categoria dei consumatori poiché diversamente da quest'ultima categoria la clientela è identificata con una ben precisa definizione in positivo che include i soggetti cui sono prestati servizi d'investimento o accessori. Sicché traspare la differente tecnica definitoria adottata dal legislatore che rende le due categorie non assimilabili. Né potrebbe ipotizzarsi, sempre secondo tale orientamento, una assimilazione della categoria del consumatore con la più ristretta categoria del cliente al dettaglio. Infatti, nella macro-categoria della clientela si distinguono le sotto-categorie del cliente professionale, soggetto che soddisfa taluni requisiti indicati nell'allegato 3 del Reg. Intermediari e quindi, sinteticamente, altri intermediari finanziari, grandi imprese e investitori istituzionali (art. 26, co.1, lett. d) e del cliente al dettaglio, definito in negativo, come il cliente diverso dal cliente professionale e dalla controparte qualificata (definita dall'art. 6, co. 2-bis, lett. d, T.U.F.: sinteticamente sono tali gli operatori professionali nel settore finanziario, in quello della negoziazione di merci e di derivati su merci ovvero altri operatori qualificati da particolare esperienza). La categoria più ristretta del cliente al dettaglio si differenzia da quella del consumatore sotto due profili. In primo luogo sono clienti al dettaglio d'intermediari finanziari anche le persone giuridiche e non solo quelle fisiche com'è previsto al contrario la categoria dei consumatori. In secondo luogo la qualifica di cliente al dettaglio prescinde dalla circostanza che tali soggetti ricevano la prestazione di servizi d'investimento o accessori per fini rientranti nell'ambito della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale diversamente anche sotto quest'aspetto dalla categoria del consumatore. Tali elementi sarebbero sufficienti a impedire un'assimilazione delle due categorie.

Il secondo argomento su cui si fonda l'orientamento contrario all'assimilazione del consumatore al risparmiatore è costituito dalla differente ratio delle due discipline.

Mentre la tutela del consumatore è finalizzata a offrire speciali garanzie alla parte debole del rapporto contrattuale identificato per l'appunto nel consumatore il diritto dei mercati finanziari è finalizzato, oltre che alla tutela degli investitori, alla salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario, nella stabilità, nel buon funzionamento e nella competitività del sistema stesso (art. 5 TUF). La differente *ratio* comporta conseguenze sul piano della tutela che deve essere riconosciuta al cliente-risparmiatore rispetto alla tutela che deve essere riconosciuta al consumatore. Il problema tipico della tutela del consumo attiene alla tutela iniziale, al momento della stipula del contratto (o a quello immediatamente anteriore, precontrattuale, in funzione della possibile accensione del contratto), e della tutela successiva alla conservazione dell'integrità fisica o funzionale della *res* o del servizio fornito, manutentiva rispetto al controvalore scambiato in funzione del bisogno perseguito dal consumatore, su cui può incidere il rischio generico di un evento pregiudizievole casuale e avulso. Invece il cliente in cui favore l'intermediario finanziario rende un servizio o un'attività d'investimento è prima acquirente e poi portatore di una posizione di rischio. In altre parole il cliente si renderebbe acquirente, in senso proprio, di un rischio scambiato sul mercato, e ne diverrebbe titolare per tutto il tempo in cui perdura il suo coinvolgimento nell'investimento⁵. Rispetto a questo profilo i fondamenti della tutela del risparmiatore-cliente finanziario non coincidono con quelli propri della tutela del consumatore. La tutela del risparmiatore, infatti, deve coinvolgere non solo la fase della stipulazione del contratto ma anche la fase successiva di gestione del rischio.

Infine l'ultimo argomento a favore della tesi negativa in merito all'assimilazione risparmiatore-consumatore è costituito dall'ambito oggettivo e soggettivo di estensione della disciplina finanziaria che non consentirebbe una sovrapposizione con la disciplina di tutela del consumatore.

Premesso, come detto, che il mercato è il luogo in cui transita il rischio, il compito della disciplina dei mercati finanziari è il governo del rischio, il presidio, cioè, alla formazione di processi modificativi del rischio proprio dipendenti da fattori anomali,

⁵ Il rischio non è, quindi, sul piano giuridico, un elemento accidentale, bensì essenziale: se non vi fosse almeno una misura minima di rischio, che giustifica il corrispettivo o il premio atteso dal cliente, non vi sarebbe servizio finanziario.

tali da alterarne la percezione e, quindi, il corretto riflesso in termini di formazione di prezzi istantanei. Il governo del rischio riguarda tutte le aree della sua possibile formazione (area dell'emittente; area degli intermediari; area del prodotto; area del funzionamento del mercato) che sono pertanto esse stesse, tutte, parte essenziale dello statuto della tutela dell'investitore.

Tale premessa conduce, secondo tale dottrina, a quattro conclusioni.

La prima conclusione è che le pratiche scorrette rilevanti ai fini della tutela del cliente possono riguardare tutte le aree e non soltanto quella, propriamente contrattuale, del rapporto cliente-intermediario. Esse possono annidarsi in qualunque stadio della durevole permanenza dell'investitore nel mercato e non necessariamente attengono alla fase dell'accesso.

La seconda è che le pratiche commerciali scorrette idonee a riverberarsi sulla posizione di rischio del cliente non appartengono soltanto alla sfera della sua controparte contrattuale diretta, l'intermediario finanziario. Esse possono riguardare l'emittente, i negozianti della catena distributiva, l'area del sottostante al prodotto acquistato o gli altri attori del mercato.

Infine la terza conclusione è che la tutela del cliente non può ridursi, nel settore dei servizi e delle attività finanziarie, all'area delle pratiche scorrette, intese quali comportamenti soggettivi imputabili a controparti individuali o individuabili. Al contrario è necessario che essa arretri al momento stesso dell'accesso al mercato dell'emittente e al rispetto dei presupposti e degli obblighi perché questo vi rimanga, a quello dell'autorizzazione degli intermediari e alla vigilanza continua sul loro operato e a quello della disciplina delle strutture di mercato e del loro funzionamento.

Infine l'ultima conclusione desumibile dalla natura dei mercati finanziari è che quando la disciplina a esso relativa ha per oggetto in via diretta posizioni soggettive di clienti ciò non comporta che essa riguardi necessariamente la sfera di tutela dei soli clienti rispondenti alla nozione tecnica di consumatori, cioè persone fisiche operanti al di fuori di finalità imprenditoriali e professionali.

Tutti questi elementi identificano l'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo delle due normative da cui deriva l'impossibilità di ascriverle a unità.

Secondo l'orientamento contrapposto confermato dal Consiglio di Stato⁶, la figura

6 Il Consiglio di Stato, sez. I, con parere n. 3999 del 3 dicembre 2008, è stato chiamato a prendere

del risparmiatore è perfettamente assimilabile con quella del consumatore.

Tale orientamento si fonda sull'esistenza di un medesimo interesse sottostante alla disciplina del risparmiatore, da una parte, e del consumatore, dall'altra, con conseguente attribuzione alla disciplina del risparmio (d.lgs. 58/1998) di un carattere di specialità, e quindi di prevalenza sostitutiva, rispetto alla disciplina del consumo (l. 206/2005).

La *ratio* della tutela del consumatore è garantire i soggetti deboli di un rapporto giuridico. Il consumatore è oggetto di specifica tutela poiché il legislatore intende porre rimedio alla condizione di debolezza rispetto alla controparte contrattuale tipica della società post-industriale. Tale *ratio* giustifica la forza espansiva della figura del consumatore rispetto al risparmiatore. In una visione sostanziale e non meramente formale del risparmiatore investitore è evidente l'analogia di posizione tra le due figure. Il risparmiatore, come il consumatore, acquista un bene, in questo caso il prodotto finanziario, e come il consumatore è in evidente posizione di asimmetria rispetto all'intermediario finanziario.

Tale orientamento è confermato anche dalla normativa comunitaria sul consumo⁷. La Carta europea dei diritti e dei doveri non fa esplicita menzione della tutela riservata ai cittadini europei risparmiatori, ma definisce la difesa riconosciuta ai cittadini europei lavoratori e consumatori, comprendendo il risparmio nel momento del consumo. Anche in sede comunitaria il risparmiatore è visto come un acquirente di prodotti finanziari, il quale ha bisogno di protezione di fronte alla scarsa trasparenza del mercato, ai comportamenti non corretti da parte di produttori e dei venditori, ai messaggi pubblicitari mendaci, non diversamente da quando acquista prodotti destinati al consumo. L'investitore, come il risparmiatore (che è un investitore non professionale), si presenta in sostanza come una specie del genere consumatore poiché

posizione sull'applicabilità del Titolo III del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2006 n. 206) e sulle competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel settore dei servizi finanziari in materia di pratiche commerciali scorrette. Nel parere, i giudici di Palazzo Spada hanno risolto la questione che l'era stata sottoposta chiarendo che tra il d.lgs. 206 del 2005 e il d.lgs. 58/1998 sussiste un rapporto di specialità di talché sono le disposizioni del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (T.U.F.) e non quelle del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (Cod. Cons.) a dover essere utilizzate per intervenire riguardo alle pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti che operano nei servizi finanziari, quali emittenti, intermediari finanziari e così via. Nell'occasione il Consiglio di Stato ha chiarito che *“l'investitore, come il risparmiatore (che è un investitore non professionale), del resto si presenta, conformemente alla tendenza del diritto comunitario, in sostanza come una specie del genere consumatore, in quanto destinatario finale di un prodotto standardizzato seppur finanziario: un consumatore di servizi finanziari”*.

⁷ Libro Verde della Commissione, 22.5.1996, COM (96)209 def. Intitolato *“come soddisfare le aspettative dei consumatori”*

destinatario finale di un prodotto standardizzato seppur finanziario. Nella prospettiva descritta, è confermata la concezione secondo cui il risparmiatore è un consumatore di servizi finanziari e quindi una figura speciale di consumatore. Pertanto tale concezione non mette in dubbio che il settore finanziario rappresenta, per le sue caratteristiche, le sue pratiche, la sua ragione e le sue stesse norme e un contesto di sistema, distinto rispetto al mercato in generale, come è facilmente riscontrabile in termini giuridici con il suo ordinamento di settore, specifico rispetto a quello del mercato in generale. La normativa di ordine speciale del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 prevale sulla normativa di ordine generale di cui al d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206.

3. La tutela giurisdizionale del risparmiatore nel mercato finanziario.

Nel settore dell'intermediazione finanziaria, le ADR in generale e l'arbitrato in particolare sono stati per lungo tempo latitanti nonostante l'evoluzione normativa a tutela del risparmiatore-consumatore abbia mosso negli ultimi anni passi molto rilevanti, soprattutto in virtù dell'influenza comunitaria.

Nel settore del risparmio il legislatore nazionale è vincolato dalla Costituzione al perseguimento dell'obiettivo della tutela del risparmio. L'art. 47 Cost. prevede espressamente tra i compiti dello Stato “*la tutela del risparmio in tutte le sue forme*”. Nella legislazione attuativa del principio costituzionale *de quo*,⁸ ovvero T.U.F.⁸ e T.U.B., la tutela del risparmio si è tradotta nel perseguire il solo obiettivo della tutela della stabilità, della competitività e del buon andamento del sistema finanziario mentre la tutela degli investitori era solo riflessa e subordinata all'obiettivo primario della tutela della stabilità del mercato.

Nel suo assetto originario il testo unico sull'intermediazione finanziaria (t.u.f.)⁹ recante norme sulla *corporate governance* e sui mercati finanziari, conteneva una tutela non così piena ed esclusiva come quella comunitaria. Il t.u.f. al momento del suo apparire, pur migliorando il tessuto normativo della precedente disciplina (art. 4 d.lgs. Eurosim 23 luglio 1996, n. 415), mirava a

Mentre la disciplina comunitaria già perseguiva come obiettivo essenziale e

8 Il Testo unico sull'intermediazione finanziaria ha sostituito la precedente disciplina costituita dall'art. 4, d.lgs. Eurosim 23 luglio 1996 n. 415.

9 D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, *Gazzetta Uff.*, 26 marzo 1996, n. 71.

primario, ma anche autonomo e diretto, il rafforzamento della protezione dell'investitore, definito dalla direttiva 97/8/CE come chi “ha affidato fondi o strumenti , nell'ambito di operazioni di investimento ad un impresa di investimento “, quella italiana, al contrario, era una regolamentazione che ha come finalità primaria la c.d. *market regulation*.

La prospettiva cui era improntato il t.u.f. era, in primo luogo, la tutela degli interessi pubblici sottesi dalle regole del mercato, ed era rivolta alla definizione del ruolo e dei comportamenti di soggetti qualificati come operatori economici, mentre non si occupava adeguatamente della tutela giurisdizionale di soggetti che operano come investitori. La tutela dell'investitore trovava spazio solo come tutela in via del tutto subordinata o di riflessa, allorché l'ordinamento, nel disciplinare ciò che si proteggeva come obiettivo primario, era costretto a considerare anche il pubblico, gli investitori non professionali, i clienti, offrendo loro, di conseguenza, protezione non diretta e immediata, ma solo indiretta e riflessa¹⁰. Analogamente avveniva nel t.u.b. rispetto alla tutela della clientela

Queste caratteristiche della disciplina del settore bancario e finanziario si sono modificate profondamente per effetto di alcune riforme degli ultimi anni.

Un impulso decisivo all'intervento del legislatore italiano è stato fornito dalla crisi che ha colpito il settore finanziario negli ultimi anni.

Negli ultimi dieci anni¹¹ i mercati azionari hanno vissuto un periodo negativo, sia per problemi istituzionali, sia per fatti specifici che hanno determinato una grave flessione della fiducia condizionata da quanto accaduto nella vicenda Cirio e Parmalat nonché dalle vicende d'oltreoceano, che hanno riguardato il fallimento dei bond argentini, la bancarotta della Lehman Brothers Inc. e le recenti incriminazioni per frode da parte della SEC nei confronti della Goldman Sachs. Per effetto di tali eventi si è verificata una forte riduzione degli indici dei principali mercati finanziari che non è stato un fenomeno limitato all'Italia ma anche europeo e americano. L'attività economica ha attraversato, e ancora oggi sta vivendo, una fase di recessione a livello

10 G. GHEDINI e C. CERASINI, *Consumatore*, in *Enc. Dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 264.

11 Nel novembre 2002 è scoppiato il caso Cirio con il conseguente crack della società stessa, nel dicembre 2003 il caso Parmalat, nel settembre del 2008 si è verificata la bancarotta della Lehman Brothers Holdings Inc., uno dei primi operatori del mercato dei titoli di stato statunitensi, il 16 aprile 2010 la Goldman Sachs è stata incriminata per frode dalla SEC, l'ente governativo statunitense preposto alla vigilanza della borsa valori.

internazionale e la crisi ha interessato sia gli schemi del sistema finanziario che i modelli di governo societario. Tali recenti crisi finanziarie hanno chiaramente posto in evidenza che il venir meno della fiducia può provocare effetti destabilizzanti sui mercati e sugli intermediari. Essa ha dimostrato che relazioni stabili e positive con la clientela contribuiscono a presidiare la stabilità del sistema finanziario, consentendo agli intermediari di avere a disposizione con continuità una base di liquidità in grado di consentire loro di superare situazioni di tensione nel reperimento di risorse finanziarie sui mercati. La decisione di conferire il proprio risparmio al sistema bancario trova, infatti, fondamento nella fiducia del pubblico nella capacità delle banche di impiegare il risparmio in modo sicuro e redditizio e, quindi, nel buon funzionamento e nella stabilità del sistema nel suo complesso. La protezione del risparmiatore è stata finalmente individuata come un elemento indispensabile per garantire il corretto funzionamento del mercato e come un contributo importante per favorire la crescita dimensionale dell'azienda e lo sviluppo dell'economia.

Tutto ciò ha portato alla luce che obiettivo primario dell'ordinamento, anche a livello europeo, è la difesa del risparmiatore, presupposto indispensabile per la costituzione e conservazione di un clima di fiducia in mancanza del quale non è possibile assicurare la continuità e lo sviluppo dell'attività della società e degli intermediari.

Oggi l'obiettivo primario della disciplina del t.u.f. e del t.u.b. non è rappresentato unicamente dalla stabilità e competitività e, quindi, dal buon funzionamento del sistema finanziario e bancario, i cui elementi strutturali e portanti sono i principi di trasparenza e correttezza dei comportamenti, ma anche dalla sana e prudente gestione da parte di soggetti, appositamente abilitati, e dalla tutela degli investitori, pur variamente richiamati, che non è più un obiettivo subordinato e, quindi, secondario, riflesso, indiretto, a volte un'affermazione di mero principio, come tale priva del necessario tessuto normativo, sicché il risparmiatore è costretto a ricercare, ancora una volta, nel diritto privato strumenti di tutela, non contrastanti se non proprio compatibili con le esigenze di mercato.

A tal fine il legislatore è intervenuto sul piano sostanziale che processuale.

Dal punto di vista sostanziale gli interventi sono stati numerosissimi. Il complesso quadro normativo è costituito sia di provvedimenti legislativi, che di rango

comunitario. In particolare il riferimento è ai seguenti interventi: la dir. 20003/71 sul prospetto informativo; la dir. 2004/45 sull'offerta pubblica d'acquisto, attuata con il d. lg. 229/2007; la dir. 2004/109/CE sulla trasparenza degli enti emittenti, attuata con d.lgs. 6 novembre 2007, n.195; ma soprattutto la MIFID che ha compiuto una vera e propria riforma dell'intero t.u.f.; l'inserimento della "tutela degli utenti" nell'art. 146 del Testo unico bancario, ad opera del decreto legislativo 27 gennaio 2010 n. 11 di attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno. La tutela del consumatore, pur se riferita allo specifico settore dei sistemi di pagamento, viene per la prima volta menzionata tra gli obiettivi diretti della vigilanza della Banca d'Italia. Più recentemente, il decreto legislativo 13 agosto 2010 n. 141 (di attuazione della direttiva 2008/48/CE concernente i contratti di credito ai consumatori) ha modificato l'art. 127 del Testo unico bancario, introducendo espressamente la "trasparenza delle condizioni contrattuali" e la "correttezza dei rapporti con la clientela" tra le finalità che le Autorità creditizie (CICR e Banca d'Italia) devono perseguire nell'esercizio dei poteri previsti dal titolo VI del medesimo Testo unico.

Sul piano processuale la tutela della clientela bancaria e finanziaria è stata attuata mediante la predisposizione di strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Tale scelta si fonda nella convinzione che sia di cruciale importanza la possibilità per i clienti di avere strumenti di redress rapidi, economici ed efficaci che consentano di ottenere una risposta rapida e a basso costo. Su impulso della normativa comunitaria si vanno pertanto diffondendo nei vari Paesi sistemi di risoluzione delle controversie alternative al ricorso alla giustizia ordinaria. Essi rappresentano un efficace sistema di enforcement che si affianca agli strumenti di tutela *ex ante* costituiti dalla regolamentazione, dai controlli delle autorità e dai programmi di educazione finanziaria. In un'ottica di sussidiarietà e complementarità nei confronti della giurisdizione ordinaria – che potrebbe essere adita in via residuale per decidere i casi più rilevanti e complessi – i sistemi stragiudiziali garantiscono un rimedio meno complesso e costoso, più rapido ed efficace, tipicamente utilizzabile nell'ambito delle controversie finanziarie, contribuendo anche al rafforzamento della certezza dei rapporti giuridici. Facilità d'accesso agli strumenti di risoluzione delle controversie implica incremento di possibilità che i clienti agiscano a tutela delle situazioni soggettive lesa da comportamenti degli intermediari con conseguente incremento della possibilità di

individuare comportamenti potenzialmente lesivi del mercato tenuti dagli intermediari. A tal fine si segnalano due interventi legislativi. La legge per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari (l. 262 del 28 dicembre 2005) che ha istituito, da una parte, un sistema di conciliazione e arbitrato amministrato dalla Consob (attuato con il successivo d.lgs. 179/2007 e con Reg. Consob emanato con Delibera n. 16763) per la risoluzione delle controversie tra investitori e intermediari per la violazione da parte di questi ultimi degli obblighi d'informazione, trasparenza e correttezza nei rapporti contrattuali con la clientela (art. 27, l. 262/2005), dall'altra ha istituito l'Arbitro Bancario Finanziario per la risoluzione delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari non assoggettati al titolo VI del t.u.b. ai sensi dell'art. 23, comma 4, d.lgs. n. 58/1998 (art. 29 l. 262/2005 che ha introdotto nel testo unico in materia bancaria e creditizia l'art. 128-bis, inserito nel Titolo VI dedicato alla trasparenza delle condizioni contrattuali). L'art. 49 l. 23 luglio 2009 n. 99 che ha inserito nel Codice del consumo (D.L.vo 6 settembre 2005 n. 206) l'art. 140-bis con cui è stata introdotta anche nell'ordinamento italiano l'azione collettiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.¹²

Nell'area della risoluzione delle controversie, il settore bancario e finanziario è caratterizzato dalla dicotomia tra l'autonomia del singolo e gli interessi pubblici. Si contrappone il diritto del singolo di scegliere se ricorrere a mezzi di soluzione stragiudiziale delle controversie e l'interesse pubblico alla tutela del risparmiatore, quale contraente debole, e alla vigilanza sul mercato. L'interesse pubblico alla tutela del risparmio è stato perseguito affidando ad Autorità di settore la gestione di nuovi meccanismi stragiudiziali di risoluzione delle controversie e circoscrivendo l'ambito delle controversie che possono essere gestite a quelle che rientrano nell'ambito dell'attività di vigilanza di tali autorità

Il percorso d'ingresso nel nostro ordinamento delle ADR, in genere, e

¹² Per un esame della precedente versione dell'azione collettiva risarcitoria, fra tutti, si rinvia a C. CONSOLO, M. Bona e P. BUZZELLI, *Obiettivo Classa action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008. Fra i numerosi contributi dell'azione di classe cfr. F. CAMILLETTI, *Il nuovo art. 140-bis del Codice del Consumo e l'azione di classe*, in *Contr.*, 2009, 1179 ss.; C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corriere giur.*, 2009, 1297 ss.; F. DE SANTIS, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, in *La nuova class action*, a cura di Chiné e Miccolis, Roma, 2010, 105 ss; T. GALLETTO, *L'azione di (seconda) classe (Considerazioni sul novellato art. 140-bis del Codice del Consumo)* in *Nuova giur. comm.*, 2009, II, 539 ss. ; L. ROSSI CARLEO, *Class action e pratiche commerciali scorrette: spunti e riflessioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Milano 20 dicembre 2010* in www.judicium.it.

dell'arbitrato, in particolare è stato piuttosto lungo e articolato.

4. Le Alternative Dispute Resolutions: ratio e vantaggi rispetto ai modelli tradizionali di soluzione delle liti.

Il tradizionale sistema di risoluzione delle controversie consiste prevalentemente nel rivolgersi all'organo giurisdizionale competente radicando davanti a questi una controversia giudiziaria finalizzata a trovare una soluzione, secondo diritto o equità, della lite da imporre ai litiganti.

Il giudizio potrà essere definito in più modi. Il modo ordinario di definizione di una lite incardinata innanzi all'autorità giudiziaria statale è la sentenza, atto cui l'ordinamento riconosce efficacia di titolo esecutivo, con il quale potrà coattivamente estinguersi, modificarsi o costituirsi rapporti giuridici patrimoniali tra le parti (artt. 2907 ss. c.c. e 275 e 274 c.p.c.). In alternativa la lite potrà essere definita mediante una conciliazione giudiziale. Si definisce conciliazione giudiziale una transazione che avviene davanti al giudice che la sottoscrive e che ha identica natura contrattuale della transazione prevista dall'art. 1965 c.c. Tuttavia a differenza della transazione contrattuale, tale conciliazione ha la caratteristica di avere efficacia di titolo esecutivo cosicché la modificazione o estinzione o costituzione del rapporto patrimoniale in essa contenuta potrà essere eseguita coattivamente (artt. 474 e 185 c.p.c. e 88 disp. att. c.p.c.).

La validità ed efficienza di tale soluzione è stata messa in discussione dall'osservazione che i litiganti, se adeguatamente aiutati, sono spesso in grado di trovare essi stessi la composizione più adatta al loro conflitto, senza dover affidare a un terzo tale compito, evitando così di giungere a una soluzione calata dall'alto che rischierebbe talora di essere insoddisfacente per entrambi.

Si è così cominciata a fare strada l'idea di una risoluzione privata delle controversie, antecedente o successiva, all'instaurazione di un procedimento giurisdizionale avanti al giudice statale.

Si è così cominciato a parlare di ADR.

L'espressione ADR sta per "*alternative dispute resolutions*" ed è un termine inglese con cui in diverse esperienze, prevalentemente appartenenti all'area anglofona,

s'indicano fenomeni eterogenei con cui si promuovono iniziative dirette a risolvere conflitti senza pervenire alla pronuncia della decisione da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria competente¹³. Con tale denominazione s'intendono sia i procedimenti rivolti a prevenire una lite in via conciliativa, sia i procedimenti finalizzati a mediare tra le parti contendenti per prevenire una lite, sia quelli finalizzati a concludere una transazione, sia quelli finalizzati ad ottenere questi risultati una volta che una lite sia già stata instaurata; questi procedimenti possono essere affidati allo stesso giudice oppure a terzi indicati dallo stesso giudice competente¹⁴.

Le ADR sono vincolate a garanzie processuali, da intendersi comunque come condizioni minimali, anche perché se si dovessero percorrere tutte le fasi di un processo ordinario, si finirebbe per snaturare significato e funzioni delle ADR. Le garanzie minime che devono essere rispettate sono le seguenti: 1) il procedimento deve essere conoscibile preventivamente da parte di tutti gli interessati; 2) il procedimento deve essere più semplice e più snello del procedimento ordinario; 3) il procedimento deve consentire a ogni parte il diritto di comparire e partecipare, il diritto di difendersi e di farsi interessare; il diritto di dedurre prove, il diritto di impugnare il provvedimento conclusivo che deve essere motivato; 4) il procedimento deve essere gratuito ove possibile o poco costoso.

Il *favor*¹⁵ per le ADR si fonda sulla convinzione che esse possano costituire uno strumento per deflazionare il sistema giudiziario sovraccarico. E' dato di comune esperienza che la lentezza del sistema giudiziario costituisce uno dei principali difetti del sistema giudiziario. La risposta alla richiesta di giustizia è così dilazionata del tempo

13 Per F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 2004, 1201, la *ratio* comune alle ADR è costituita dalla volontà di prevedere strumenti autonomi di risoluzione delle controversie, in contrapposizione a quelli eteronomi.

14 Così si è espresso G. ALPA, "ADR", in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNIERI, U. MATTEI, G.P. MONATERI, R. SACCO, "Il diritto soggettivo, 2, La parte generale del processo civile", in *Tratt. Dir. civ. diretto da Sacco*, Torino, 2001, 179.

15 Secondo alcuni P.H. LINDBLOM, *La privatizzazione della giustizia; osservazioni circa alcuni recenti sviluppi nel diritto processuale americano e svedese*, 1995, 1385, demandare la soluzione della controversia a un soggetto non incardinato nel sistema statale, fa guardare con sospetto alle ADR, considerate come momento di ritiro dello Stato dalla giustizia, in cui ai giudici togati si sostituiscono i giudici in affitto. Per altri G. BONGIORNO, *Problemi attuali e urgenti della giustizia civile* in www.judicium.it questa sbandata privatistica nella gestione della giustizia in cui si assiste al proliferare di *droits sans l'Etat* o, alternativamente, ad una *Justice without Law* che favorisce il ricorso a strumenti giurisdizionali sottratti a qualsiasi controllo pubblico, rischia di perpetrare le disuguaglianze tra parti deboli e forti, andando in senso opposto al fine che esse intenderebbero conseguire. Sul pericolo che in sede di ADR la parte più forte possa estorcere consensualmente accordi alla più debole v. S.CHIARLONI, *Giudici onorari e meccanismi di risoluzione alternativi delle controversie*, in *Quest. Giust.*, 1998, 384.

da costituire fonte di profonda insoddisfazione. Le ADR, invece, grazie alla struttura semplificata del procedimento sopperiscono a questa mancanza¹⁶. Tuttavia il *favor* per le ADR ha la sua origine, oltre che nella velocità con cui le controversie giungono a una definizione, anche sugli aspetti relazionali. Mentre la via giudiziaria contrappone le parti e logora i rapporti, quella stragiudiziale permette alle parti di instaurare un dialogo nella previsione di realizzare una giustizia coesistenziale o di convenienza¹⁷. L'uso delle ADR è preferibile anche perché il contenuto dell'atto che dirime la controversia potendo essere atipico è più duttile rispetto a quello eteronomo, essenzialmente tipico. Infine l'utilità dell'applicazione di queste tecniche alternative è da rintracciare nell'ambito dei rapporti che sfuggono ai tradizionali rimedi processuali, e proprio per sopperire a tali lacune, in altre parole per la necessità di contenere i costi e il formalismo dei giudici ordinari. Così essi hanno interessato principalmente settori particolari quali le c.d. piccole liti o *small claims*, e quindi il settore consumistico, ma anche i c.d. nuovi diritti, e quindi il settore bancario e finanziario.

Pertanto sarebbe riduttivo considerare le ADR solo come uno strumento deflattivo: esse, che assolvono una funzione di diversificazione delle forme di tutela rispetto al processo, al ruolo dei legali e alle regole procedurali¹⁸, dovrebbero costituire un'alternativa alla giurisdizione statale alla quale si affiancano senza sostituirla¹⁹.

5. L'impulso dell'Unione Europea alle ADR

Un importante impulso alla diffusione e alla pratica delle ADR è stato impresso dall'Unione Europea.

L'attenzione del legislatore si è incentrata nella giustizia del consumatore ma appare evidente che si tratta di un settore di controllo e di avvio di sperimentazioni che possono essere estese ad altri settori. Ciò, ovviamente, sempre nei limiti di competenza delle istituzioni comunitarie, limiti peraltro sempre più labili. Anche se questa

16 R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (Alternative Dispute Resolutions)* in *Foro it.*, 2003, V, 172.

17 Così V. LANCETTI, *Vicende e natura della conciliazione giudiziaria*, in *Riv. trim dir e proc. civ.*, 1981, 844.

18 F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, 2008, Milano, 184.

19 G. COSTANTINO, *ADR e tutela collettiva*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, 2008, Milano, 589.

esperienza non potrà essere generalizzata essa assurge a modello emblematico di una concezione della giustizia e di modelli di funzionamento che potranno avere successo in futuro.

L'intervento dell'Unione Europea ha preso avvio da alcune iniziative degli Stati membri e del Consiglio d'Europa: quanto ai primi si sono prese in considerazione la convenzione del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e la Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 9 ottobre 1980; quanto al secondo si pensi alla Risoluzione sull'assistenza in giudizio e sulla consulenza legale del 1978 e la Risoluzione sull'accesso all'autorità giudiziaria del 1981.

Le linee portanti di questa esperienza sono espresse nel memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985 relativo alla protezione giuridica dei consumatori. La premessa è che ai consumatori occorre garantire la tutela dei diritti fondamentali connessi con il rapporto di consumo, tra il quale il diritto alla salute e agli interessi economici che si traducono nel riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni; che il riconoscimento di tali diritti non è pieno se non è effettivo; che l'effettività si può raggiungere solo se si agevola l'accesso alla giustizia; la giustizia è organizzata con procedimenti complessi, lenti, costosi e, soprattutto, individuali. L'obiettivo della Comunità è di *“garantire che i consumatori in tutta la Comunità possano essere indennizzati in maniera equivalente per i danni subiti”*. Si tratta di un obiettivo ambizioso, che pone sia problemi processuali che di diritto sostanziale.

Il memorandum articola la materia in quattro prospettive: la realizzazione di procedure giudiziali semplificate, la legittimazione ad agire del gruppo, le tecniche di conciliazione e arbitrato, i centri di consultazione.

Le proposte formulate nel memorandum sono state accolte dal Consiglio dell'Unione con la Risoluzione del 25 giugno 1987.

Altro intervento fondamentale è costituito dal Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia pubblicato alla fine del 1993. In questo documento il tema della tutela del consumatore è affrontato sotto molteplici aspetti, sia con riferimento alla semplificazione dei procedimenti civili ordinari, soprattutto quelli diretti a risolvere le controversie di modesto valore economico (c.d. *small claims*), sia con riferimento alla

promozione e potenziamento degli strumenti di soluzione alternativa delle controversie, sia con riferimento alle possibili azioni di interesse collettivo.

Nel 1998 compare la legge sui diritti fondamentali dei consumatori, la l. 30.7.1998, n. 281 (*Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*) che introduce la dimensione collettiva della tutela del consumatore. In essa si affermano nuovamente i diritti già enunciati nella Risoluzione sui diritti e gli interessi dei consumatori del 1975²⁰, si precisano i requisiti di applicazione dell'azione inibitoria, si fissano le regole del riconoscimento delle associazioni dei consumatori più rappresentative. L'enorme sviluppo che le associazioni dei consumatori sono state in grado di promuovere, l'enorme attività, di carattere culturale e educativo, informativo e soprattutto consultivo e giudiziario che hanno saputo organizzare ha collocato la situazione italiana in posizione di parità rispetto a quella che si può riscontrare in molti altri paesi dell'Unione. Si deve aggiungere a tutto ciò l'opera dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, espressa sia nel settore del controllo dei messaggi pubblicitari, e la negoziazione che le associazioni dei consumatori hanno intrattenuto con le associazioni bancarie e assicurative, per la redazione di protocolli d'intesa diretti a rimediare agli effetti negativi dei contratti di massa e delle clausole abusive, dei servizi bancari e assicurativi sprovvisti di adeguata informazione, e per ottenere una maggiore trasparenza del mercato. Anche altre Autorità amministrative indipendenti competenti in settori specifici del mercato hanno migliorato la posizione giuridica dei consumatori.

Un'altra fase fondamentale nell'evoluzione della tutela del consumatore è costituita dall'emanazione del Libro Verde del 2002 (Sistemi alternativi alla giurisdizione) con il quale la Commissione Europea ha affermato che i meccanismi

20 La Risoluzione del 1975 ha introdotto la distinzione tra i diritti fondamentali, riconosciuti nelle costituzioni dei Paesi membri e ribaditi, in forma persino più estesa nella Carta Europea, e i c.d. diritti economici, che sono collocati sullo stesso piano dei diritti che fanno capo al professionista. Oggi dopo che i diritti dei consumatori hanno ottenuto la loro definitiva consacrazione con l'approvazione della Carta di Nizza, nel dicembre 2000, e con l'approvazione della Costituzione europea, nell'ottobre 2004, le cose sono cambiate. Anche nel diritto comunitario si possono utilizzare le categorie formali che distinguono le fonti del diritto e le ordinano secondo una priorità, come accade per gli ordinamenti nazionali. In questo senso i diritti nazionali sono anteposti ai diritti di natura economica. E poiché non è concepibile che le politiche dell'Unione possano porsi in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta europea, i diritti fondamentali diventano un limite all'azione comunitaria nel settore. Più complessa è l'individuazione dei rimedi posti a favore del consumatore. *L'acquis communautaire* è carente da questo punto di vista, e in ogni ordinamento nazionale i rimedi sono disciplinati in modo diverso. E' necessario distinguere i rimedi esperibili in ambito nazionale da quelli previsti in ambito comunitario.

stragiudiziali di risoluzione delle controversie si collocano *“pienamente nel contesto delle politiche volte al miglioramento dell'accesso alla giustizia”*. L'ADR, in effetti, svolge un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali, giacché i metodi ADR sono spesso più adatti alla natura delle controversie. L'ADR può permettere alle parti di instaurare un dialogo, che sarebbe altrimenti stato impossibile, e di valutare esse stesse l'opportunità di fare ricorso al giudice.

L'interesse del legislatore comunitario sembra, da qualche tempo, motivato dall'intenzione di offrire al cittadino europeo una tutela efficace anche in settori nei quali l'alta tecnicità dell'oggetto della lite rende difficile ottenere una protezione adeguata di fronte alla giurisdizione nazionale.

Recentemente, in attuazione dell'indirizzo espresso, l'Unione Europea ha emanato la Direttiva sul credito al consumo, direttiva 2008/48/CE del 30 aprile 2008, in cui l'art. 24 richiedeva agli Stati di predisporre procedure adeguate ed efficaci per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo relative a contratti di credito, eventualmente mediante il ricorso a organismi esistenti.

Nella medesima direzione la direttiva 2008/52 /CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 sulla mediazione civile e commerciale ha specificato al 5° e 6° considerando, che *“l'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione Europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziale di risoluzione delle controversie”*. *“La presente direttiva dovrebbe contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare per quanto concerne la disponibilità dei servizi di mediazione”*. *“La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida della controversia in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti”*. *Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiore possibilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera”*.

In attuazione della direttiva, l'art. 60 della legge 19 giugno 2009 n. 69 delegava il governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Con successivo decreto

legislativo 4 marzo 2010 n. 28 il legislatore istituiva la mediazione²¹ che all'art. 5, comma 1, annovera tra i settori per i quali è obbligatorio il ricorso alla mediazione, quello dei contratti bancari e finanziari. Il carattere massificato di tali contratti e il progressivo aumento della litigiosità registratasi negli ultimi anni in materia costituiscono le ragioni poste alla base della scelta legislativa dell'obbligatorietà. La norma prevede anche che in dette materie sia possibile proporre, in alternativa alla mediazione prevista dal d.lgs. n. 28 del 2010, "il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385"²² e ciò sulla base del convincimento che "il settore dei contratti di servizi già vanta diffuse esperienze di composizione bonaria, che potranno essere messe utilmente a profitto anche nel nuovo procedimento di mediazione introdotto [...] sul presupposto che gli organi ivi disciplinati offrano già oggi adeguate garanzie di imparzialità ed efficienza"²³.

Tuttavia mentre il procedimento di conciliazione previsto dal d.lgs. 179/2007 per la risoluzione delle controversie concernenti i servi e le attività di investimento è un vero e proprio procedimento di conciliazione, il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis t.u.b. è un procedimento non catalogabile negli schemi consueti. Pertanto mentre tra il procedimento di conciliazione innanzi alla Consob e il procedimento di mediazione sussiste un rapporto di genere a specie, al contrario tra il procedimento destinato alle controversie concernenti operazioni e servizi bancari e finanziari la comparazione e la scelta sono meno agevoli.²⁴

21 Sulla mediazione cfr. *ex multis* P.F.LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in GPC, 2011, 325 ss; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011; *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. Bove, Padova, 2011; *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, a cura di B.Sassani e F. Santagada, Roma, 2010; G. IMPAGNIATIELLO, *La "mediazione finalizzata alla conciliazione" di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in www.judicium.it; F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011.

22 Diversamente cfr. A.V. GUCCIONE e C.A. RUSSO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 2010, 476 i quali non pongono la questione in termini di alternatività ma di esclusività delle funzioni dell'organismo istituito ai sensi dell'art. 128 – bis t.u.b. ai fini di quanto disposto dall'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010.

23 In questo senso la relazione illustrativa al d.lgs. n. 28 del 2010, *sub art. 5*.

24 Cfr. E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in www.judicium.it.

6. Le differenti tipologie di Alternative Dispute Resolutions.

Il mondo delle ADR si presenta assai diverso, nell'esperienza in genere e in quella anglosassone in particolare, dove ha ricevuto una più approfondita elaborazione. L'eterogeneità dei modelli rende difficile una loro classificazione. Tuttavia con un certo margine di approssimazione le ADR potrebbero suddividersi in due modelli fondamentali individuati in base alle finalità perseguite²⁵: il primo che intende risolvere la questione promuovendo un accordo tra le parti; il secondo che perviene a una soluzione della lite mediante una decisione resa da un soggetto terzo diverso da un giudice.

Nel primo modello sono inclusi i diversi sistemi di mediazione, ovvero di conciliazione, il cui elemento caratterizzante va individuato nella circostanza che tra le parti resta aperto un canale di comunicazione, elemento indispensabile al perdurare della loro relazione e al volontario rispetto dell'accordo raggiunto. Ciò che la gente desidera è la pacificazione dei conflitti e non che essi siano risolti autoritativamente da un giudice che, per forza, stabilirà chi vince e chi perde, applicando la nota regola per cui *"the winner takes all it"*²⁶. Il conciliatore, diversamente sia dal giudice sia dagli arbitri si limita ad aiutare le parti a trovare una soluzione, senza prendere una decisione per esse vincolante.²⁷ In quest'ambito si possono annoverare: la negoziazione, la transazione, la mediazione o media-conciliazione e la conciliazione vera e propria. Accanto ai modelli appena elencati, nei diversi ordinamenti esistono altri tipi di ADR, analoghe ma diverse nella procedura, plasmate *ad hoc* sulle concrete esigenze che ne rappresentano la fonte.²⁸

25 Cfr. F. MAIMERI, "Articolo 128-bis Risoluzione delle controversie", 1137, in Commentario al Testo Unico Bancario a cura di M. PORZIO, F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI MARINA, V. SANTORO, Milano, 2010.

26 G. CASSANO, M. NISATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, Milano, 2003, 237; P.L. NELA, *Tecniche*, 1017.

27 G. CASSANO, M. NISATI, *cit.*, 243 secondo i quali *"nella conciliazione, il conciliatore deve far sentire la sua presenza il meno possibile: egli deve agire nell'ombra, cercando di comporre le rispettive pretese delle parti (...) Proprio in virtù di ciò non dovrà mai imporre il proprio punto di vista: suo fine dovrà essere soltanto l'avvicinamento delle reciproche posizioni delle parti, nel tentativo di condurle tutte ad una completa soddisfazione"*.

28 Le *settlement conference*, assimilabile alla *negotiation*: la *early neutral evolution*, una sorta di stima neutrale anticipata, in cui le parti danno l'incarico a un esperto estimatore, nominato dal giudice o scelto dalle parti medesime, in corso di giudizio, al fine di prospettare una soluzione definitiva della controversia. Il *med-arb* che prevede due fasi, l'una necessaria, l'altra eventuale. Nella prima un conciliatore cerca di far emergere un accordo tra le parti; nella seconda, qualora la conciliazione non abbia successo, si attiva una procedura arbitrale e il conciliatore si trasforma in un arbitro della controversia, assumendo in tale nuova veste prove documentali e testimoniali, al fine di emettere una

Nel secondo modello, costituito dalle procedure arbitrali o decisionali, invece, il soggetto individuato dalle parti, seguendo la procedura che in un caso è prevista nel codice di rito e nell'altra concordata dalle parti o predefinita, sente le parti, acquisisce eventuale documentazione e rende una decisione vincolante per le parti stesse. Fra le due possibilità, nel settore bancario - finanziario l'esperienza nella risoluzione delle controversie bancarie presenta un'iniziale decisa preferenza per il secondo modello, anche se dobbiamo segnalare recentemente un'apertura verso procedure di conciliazione.²⁹

In alternativa al modello di suddivisione sopra elencato basato sul criterio delle finalità perseguite, le ADR possono essere suddivise anche in base al diverso criterio dell'obbligatorietà o meno dell'esperimento della procedura stragiudiziale. Ciò premesso si possono distinguere i tentativi di conciliazione *ante causam*, che costituiscono condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria intentata dalle parti,³⁰ e i tentativi di conciliazione in corso di causa.

Infine per completare la panoramica delle ADR è opportuna una breve descrizione dei singoli modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie per evidenziarne le peculiarità e le differenze. Si passeranno pertanto in rassegna i diversi modelli di ADR: negoziazione; mediazione o metaconciliazione; e l'arbitrato.

decisione. Il *mini trial* coniuga gli aspetti negoziali della conciliazione, costituiti dalla non vincolatività della decisione per le parti, con aspetti formalmente contenziosi, tipici del processo civile e dell'arbitrato, costituiti dal fatto che la controversia viene presentata in modo avverso. Gli avvocati delle parti presentano il caso a una finta giuria, normalmente presieduta da un terzo neutrale, composto, in egual numero, da dirigenti delle aziende in lite. La giuria rende la decisione, ovviamente non vincolante, che ha il solo scopo di dare alle parti una sorta di anticipazione di ciò che un giudice statuirebbe se una causa del genere fosse realmente iniziata. Sulla base dei risultati di questa simulazione processuale, le parti, di norma, sono incentivate a riprendere il negoziato per risolvere bonariamente la lite.

29 Per un inquadramento della problematica cfr. M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Milano, 2008.

30 Procedimenti conciliativi *ante causam* obbligatori sono: quello previsto dall'art. 10 della legge 18 giugno 1998, n. 192, per le controversie relative ai contratti di subfornitura; quello previsto dall'art. 46, legge 3 maggio 1982, n. 203 per le controversie in materia agraria; infine quello introdotto dalla l. 28 del 2010 per le controversie relative a: diritti reali, condominio, comodato, locazioni, affitto di azienda, patti di famiglia, successioni ereditarie, divisione, risarcimento dei danni da circolazione dei veicoli e dei natanti nonché per diffamazione a mezzo stampa o per responsabilità medica, contratti bancari e finanziari.

6.1. La negoziazione.

Nella negoziazione³¹ le parti in lite procedono a un reciproco scambio circa i motivi di doglianza al fine di raggiungere un componimento bonario delle rispettive pretese senza interferenze o mediazioni finalizzate ad agevolare un accordo tra i litiganti da parte di terzi neutrali ma solo sulla base dei singoli rapporti di forza esistenti tra le parti.³²

6.2. La mediazione e la media conciliazione ex d.lgs. 28/2010.

La mediazione³³ è una procedura più articolata della negoziazione in quanto l'accordo delle parti è raggiunto in virtù dell'opera di un terzo neutrale, privo di potere decisionale, il quale, riattivando e gestendo la comunicazione tra le parti in lite, fa in modo che queste superino le posizioni e si concentrino sugli interessi e siano loro stesse a raggiungere un accordo. Le caratteristiche peculiari della mediazione sono, da una parte, la volontarietà e l'assoluta neutralità del sistema e, dall'altra, l'imparzialità e la specifica preparazione professionale di chi (*mediator*) assume il compito di assistere le parti nel cammino che potrebbe portare alla soluzione consensuale della loro controversia³⁴. Peculiare obiettivo della *mediation* è tentare di aiutare (senza tuttavia imporre alcuna soluzione o pregiudicare il diritto alla tutela arbitrale) le parti a comporre autonomamente la loro controversia tramite una transazione, i cui termini sono liberamente definiti e accettati dai litiganti in caso di accordo. In questo genere di modello, il *mediator* non imporrà mai il suo punto di vista. Il suo scopo sarà solo quello di tentare un ravvicinamento delle reciproche posizioni delle parti, nel tentativo di condurle tutte a una completa soddisfazione³⁵.

31 W. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. Dir. proc.*, 2000, 327, nt. 21.

32 La relazione è diretta anche quando le parti sono assistite da un legale poiché è comunque assente un mediatore.

33 Questa la teoria classica della *mediation* e la prassi operativa nei paesi anglosassoni.

34 E.M.APPIANO, "Mediation e processo civile" in *Contr. impr. Europa*, 2002, 1, scrive che "La neutralità è poi ulteriormente assicurata dai doveri di riservatezza che gravano sul mediator, che mai potrà essere chiamato né a deporre né sui fatti conosciuti per effetto delle dichiarazioni rese in sua presenza dalle parti durante gli incontri né a giudicarle. Grazie a questa garanzia, esse vengono messe in condizioni di esprimersi liberamente durante gli incontri, cosa diversamente impedita se nei litiganti sussistesse un giustificato timore che quanto affermato in tale contesto possa successivamente ritorcersi contro di loro in sede giurisdizionale".

35 G. CASSANO, M. NISATI, *Arbitrato*, cit., 242.

Nel settore bancario, invece, esiste un particolare modello di ADR di tipo conciliativo, costituito dall'Ombudsman bancario³⁶, che esamineremo dettagliatamente nel prossimo paragrafo, ma che in questa sede appare opportuno qualificare come un modello di autoregolamentazione dei conflitti nel settore bancario la cui peculiarità è costituita dalla vincolatività parziale della decisione, destinata a creare un obbligo solo nei confronti della banca.

In Italia il primo intervento normativo organico sulla mediazione risale al d.lgs. 5/2003 che agli artt. 38, 39 e 40, per le controversie in materia societaria, bancaria, creditizia e finanziaria, prevede il ricorso alla mediazione gestita da organismi accreditati presso il Ministero della Giustizia, caratterizzato dalla possibilità che l'accordo divenisse esecutivo e che, su concorde richiesta delle parti, il mediatore facesse lui una proposta di accordo. Senonché l'impatto dell'istituto sulla realtà è stato sostanzialmente pari a zero.

In seguito il d.lgs. 28/2010 e i successivi D.M. 180/2010 e 145/2011 hanno introdotto una disciplina ancora più articolata e complessiva della materia. Con tale disciplina la mediazione è stata definita *“l'attività comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”*; mentre la conciliazione è stata definita *“la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”*. Rispetto allo schema previsto nel d.lgs. 5/2003 sono state introdotte alcune innovazioni finalizzate ad incentivare l'uso della mediazione come strumento deflattivo del contenzioso giudiziale civile. Tali innovazioni sono rappresentate dalla previsione del ricorso alla mediazione come condizione di procedibilità per le controversie in numerosi campi del diritto civile (tra cui le controversie derivanti dai contratti finanziari

36 M.PROSPERETTI, *Profili di diritto civile delle procedure di conciliazione facoltativa delle International Busniss Dispute* in *Riv. dir. comm.* 2001, 501; G. NAZZINI, *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e test strutturali)* in *Riv. dir. proc.*, 844; L. ANDERLONI, *La gestione delle controversie nei mercati finanziari*, in *Risparmio*, 1995, 1; contrario a includere l'ombudsman nelle ADR, E. GUERINONI in *La nuova disciplina dei contratti di investimento*, IPSOA, 2008, 168 secondo il quale *“Hanno invece natura diversa i vari ombudsman, istituiti nel settore bancario e assicurativo con l'intento di fornire alla clientela un mezzo per prevenire le controversie o risolverle senza ricorrere ad un giudizio. Questi ultimi, infatti, differiscono dalla mediation, poiché non presuppongono che i litiganti discutano su un piano di parità con l'ausilio di un soggetto neutrale, ma sono concepiti come una sorta di difensore d'ufficio cui il cliente può affidarsi.”*

e bancari) e la possibilità per il mediatore di avanzare una proposta in qualunque momento della procedura, anche senza richiesta concorde delle parti (art. 11, co. 1, d.lgs. 28/2010) e addirittura in assenza di una o più di esse (D.M. 180/2010, art. 7, co. 2)³⁷.

Obbligatorietà del tentativo di mediazione, possibilità del mediatore di avanzare una proposta anche senza richiesta concorde delle parti, possibilità della mediazione in contumacia discosta molto il nuovo istituto dalla *mediation* tradizionale tanto da garantirgli l'appellativo di media-conciliazione.

Si può osservare, infatti, che *“questa attività del magistrato è decisamente lontana dalla mediation, fondandosi su presupposti alquanto antietici. Le parti non si trovano, infatti, in condizione di parlare liberamente dinanzi al magistrato che tenta di conciliarle, poiché in caso d'insuccesso quest'ultimo continuerà il processo giudicandole. Sebbene non vengano verbalizzate, è impensabile pensare che le dichiarazioni rese durante le fase conciliative non lasciano alcun segno, quanto meno a livello psicologico. Temendo che esse concorrano in qualche modo a formare il convincimento del giudice in sede di giudizio, inoltre, i litiganti sono spesso spinti a condurre in udienza una sorta di recita, sotto l'attenta regia dei propri difensori: mostrare sì una disponibilità (tutta formale) ad addivenire a una conciliazione, senza però mai ammettere nulla a proprio discapito e concentrando ogni sforzo nello sterile esercizio di evidenziare le responsabilità della controparte, in modo da imputarle anche il fallimento del tentativo di conciliazione. A fomentare detto timore concorre altresì la circostanza che, non appena terminato il tentativo di conciliazione non andato a buon fine, il giudice deve subito procedere all'interrogatorio libero delle parti, verbalizzandolo. Pare assurdo pensare che in questa sede alle parti sia ragionevolmente dato rendere dichiarazioni sostanzialmente diverse da quelle rilasciate durante il tentativo di conciliazione. Superfluo poi sottolineare come la decisione di partecipare al tentativo di conciliazione in corso di causa non rientri tra le scelte che le parti possono liberamente fare senza subire alcun pregiudizio”*.³⁸

37 Per la disciplina della mediazione così chiarita dalle successive circolari ministeriali cfr R.TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., Torino, 2011.

38 E.M.APPIANO, *“Mediation e processo civile”*, cit., 17.

6.3. L'arbitrato.

Infine l'arbitrato³⁹ è il più importante modello di ADR appartenente alla categoria dei sistemi di risoluzione delle controversie finalizzate a pervenire a una soluzione della lite mediante una decisione resa da un soggetto terzo diverso da un giudice. Si tratta di uno strumento di risoluzione delle controversie alternativo alla giurisdizione ordinaria con cui le parti affidano a un terzo, l'arbitro, l'incarico di pervenire a una decisione vincolante per le stesse. Il soggetto individuato dalle parti, seguendo una procedura che può essere prevista dal codice di rito, concordata dalle parti o predefinita mediante il richiamo a regolamenti precostituiti, deve decidere la controversia svolgendo un'attività di applicazione della legge al caso concreto analoga all'attività svolta dal giudice in sede giurisdizionale. Il procedimento che si svolge dinanzi all'arbitro è destinato a terminare con un provvedimento che ha i medesimi effetti di una sentenza resa dall'autorità giudiziaria e preclude l'accesso alla giustizia ordinaria. L'equiparazione, sul piano degli effetti, della decisione arbitrale alla sentenza e le modalità di svolgimento della procedura e i principi che devono governarla consentono di qualificare l'arbitrato come mezzo di risoluzione delle controversie alternativo alla giustizia statale e ordinaria e sostitutivo dello stesso.

7. L'evoluzione dei sistemi di soluzione delle liti alternativi alla giurisdizione ordinaria nel mercato finanziario: dall'ombudsman alla Camera di conciliazione e arbitrato istituita dalla l. 262/2005 alla mediazione obbligatoria ex. d.lgs. 28/2010.

Nel settore bancario e finanziario il percorso che ha condotto all'introduzione nell'ordinamento italiano di meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie ha avuto inizio negli anni '90 con una iniziativa di stampo privatistico operativa nel comparto bancario, costituita dall'Ombudsman-Giurì bancario⁴⁰, a cui è seguita

39 CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione* in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2003, 753 ss, sul presupposto che l'elemento caratterizzante le ADR sia l'assenza di attività giurisdizionale, esclude dalla categoria delle ADR l'arbitrato stante la sua connotazione *latu sensu* giurisdizionale.

40 Ad onor del vero la prima iniziativa associativa in tema di trasparenza in ambito bancario non fu l'ombudsman dovendosi dare conto della Circolare ABI 5/1998 e 5/1989, con i quali fu stipulato l' "Accordo sulla pubblicità della trasparenza e delle condizioni", rispettivamente, per le aziende di credito (con decorrenza 1 dicembre 1988) e per gli istituti di credito speciale (con decorrenza 1 luglio 1989), che obbligava gli aderenti a rendere nota alla clientela, mediante appositi avvisi, le condizioni economiche praticate per l'effettuazione di operazioni e la prestazione di servizi. Su tale Accordo cfr.

l'introduzione di un procedimento per le controversie relative alla esecuzione delle operazioni di bonifico transfrontaliere e di una procedura di conciliazione per le controversie nel settore societario, finanziario e creditizio per finire con l'istituzione della Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob nonché dell'Arbitro Bancario Finanziario che hanno completato l'estensione del sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione statale anche al comparto finanziario.

7.1. L'Ombudsman - Giurì bancario.

L'Ombudsman bancario⁴¹, modello di autoregolamentazione degli operatori del settore bancario, è stato istituito con un accordo interbancario promosso, nel 1993, dall'Associazione Bancaria Italiana (Abi)⁴² e in seguito passato dalla gestione Abi a quella del Conciliatore bancario.⁴³

Con decorrenza 15 aprile 1993 l'Associazione Bancaria Italiana ha varato l'“*Accordo per la costituzione dell'ufficio reclami della clientela e dell'ombudsman bancario*”⁴⁴ che ha lo scopo di fornire alla clientela strumenti che si aggiungono a quello tradizionale, costituito dal ricorso all'Autorità giudiziaria, per la soluzione di

M.PORZIO, *L'accordo interbancario sulla trasparenza*, in *Dir. banc.*, 1990, I, 374

41 Il termine “Ombudsman” fu impiegato per la prima volta in Svezia nei primi dell'Ottocento per identificare la persona incaricata di esaminare i reclami dei cittadini nei confronti della P.A. In particolare questa figura nasce in Svezia nel 1809 quale soggetto designato dal Parlamento e in funzione di garanzia di questo, affinché vigili sulla corretta applicazione della legge, contro possibili abusi del monarca. La sua comparsa fu storicamente un segno dell'attenuazione dell'assolutismo monarchico e lo stesso significato lessicale del termine, che vuol dire “mediatore”, sta a indicare questa funzione di cerniera fra un potere tradizionale, quello del re, e un potere nascente, quello del Parlamento. In seguito le funzioni dell'originario ombudsman vennero assegnate all'attuale difensore civico, nuova figura incaricata della tutela dei cittadini verso i possibili abusi del monarca. L'ombudsman nel settore bancario ha modificato il nome in “Ombudsman-giurì bancario” per fare riferimento a una parola di più immediata comprensione per la clientela. E' un meccanismo di risoluzione delle controversie nel settore bancario ampiamente utilizzato in ordinamenti stranieri v. per un'analisi del fenomeno nell'ordinamento inglese R. DELFINO, “*L'Ombudsman come modello di “Alternative Dispute Resolution” nel settore privato*” in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 247.

42 Circ. Abi del 1° febbraio 1993. Il meccanismo è stato in seguito modificato più volte, tra le circ. più significative si ricorda: circ. Abi 16 novembre 1998, n. 41, circ. Abi 15 novembre 2001, n. 40; circ. Abi 28 settembre 2005; successive modifiche da parte del Conciliatore bancario comunicato il 26 giugno 2007, 21 luglio 2008, e 14 ottobre 2009.

43 Il 23 febbraio 2005 il comitato esecutivo dell'Abi deliberò il trasferimento dell'attività svolta dall'Abi nell'ambito del sistema Ombudsman ad un organismo autonomo, il conciliatore bancario, G. SANGIORGIO, “*Un esempio di giustizia domestica “ alternativa a quella dell'A.G.O.: l'Ombudsman-Giurì bancario*”, in *Banca Borsa*, 2009, 345.

44 L'Accordo ha decorrenza dal 15 aprile 1993, ma sia l'Ufficio Reclami sia l'ombudsman hanno comunque competenza per le questioni derivanti da operazioni o servizi posti in essere successivamente al 1 gennaio 1993.

controversie fra banche e clientela, derivanti dai rapporti bancari⁴⁵. L'adesione all'accordo – libera e non condizionata all'associazione dell'aderente all'Abi – implicava accettazione della banca aderente del “*Regolamento dell'Ufficio reclami delle banche e dell'Ombudsman bancario*” e della competenza dell'Ombudsman. Aderendo all'accordo, ogni ente creditizio s'impegna a costituire presso di se un ufficio reclami e ad aderire a un organismo collegiale, denominato Ombudsman bancario, entrambi competenti a gestire questioni sorte tra banche e clientela, derivanti dall'effettuazione di operazioni e dalla prestazione dei servizi.⁴⁶ L'avvio del procedimento di fronte all'Ombudsman, per espressa previsione del regolamento⁴⁷, non preclude al consumatore la possibilità di agire di fronte all'autorità giudiziaria o arbitrale.

L'Ufficio reclami è istituito presso ogni ente creditizio, a esso è preposto un responsabile ed è competente a gestire i reclami presentati da tutta la clientela, per qualunque questione del tipo segnalato. I reclami devono essere presentati alla banca per iscritto o mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento ovvero attraverso consegna allo sportello, presso cui viene intrattenuto il rapporto, previo rilascio di ricevuta. L'Ufficio deve evadere il reclamo entro sessanta giorni dal ricevimento.

L'ombudsman è un organismo collegiale, avente sede in Roma, costituito di cinque membri, scelti tra soggetti particolarmente qualificati ed esperti in materie giuridiche o economico-creditizie. In particolare il Presidente è nominato dal Governatore della Banca d'Italia; due membri sono nominati dal Presidente dell'ABI e altri due, rispettivamente, dal Presidente del Consiglio Nazionale Forense e dal Presidente del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti⁴⁸. I membri così nominati durano in carica tre anni e possono essere riconfermati per una sola volta. L'organismo è assistito da una segreteria tecnica, inserita nella struttura dell'ABI,

45 Sull'Accordo e sull'ombudsman si vedano: R. DELFINO, *L'Ombudsman come modello di Alternative Dispute Resolution nel settore privato : alcune considerazioni sull'istituto , attraverso l'analisi della Insurance Ombudsman Bureau*, in *Econ. dir. terz.*, 1995, III, 395; G. CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'ombudsman bancario*, in *Foro it.*, 2002, V, 249; G. CARRIERO, *Le fonti negoziali del diritto nel settore bancario e finanziario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, V, 88.

46 Per finalità estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, seconda la previsione dell'art. 7.

47 Cfr. art. 15 regolamento dell'Ombudsman - Giurì bancario.

48 La designazione da parte del Consiglio Nazionale Forense e dei dottori commercialisti è stato sostituito dalla designazione dal Consiglio Nazionale dei consumatori e degli utenti e di almeno due associazioni rappresentative di altre categorie di utenti. Analogamente il Regolamento dell'Ombudsman – giurì bancario affida la designazione dei quattro componenti al Consiglio del Conciliatore bancario su designazione di due componenti dell'Abi, uno del Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, uno di almeno due associazioni rappresentative di alte categorie di utenti.

coordinata da un segretario, incaricato di istruire le pratiche da sottoporre all'esame dell'ombudsman.

L'accesso a tale organismo, riservato ai soli clienti, è subordinato al ricorrere di determinati presupposti ossia che tali controversie: a) non siano già state portate all'esame dell'autorità giudiziaria o di un arbitro; b) siano di valore non superiore a 500.000 euro⁴⁹; c) il relativo contenuto sia già stato sottoposto all'esame dell'Ufficio Reclami, ma la Banca non abbia fornito risposta nel termine di sessanta giorni ovvero la risposta non sia stata favorevole in tutto o in parte per il cliente, ovvero all'accoglimento del reclamo non sia stata data attuazione nei termini indicati dalla Banca stessa.

Il procedimento di fronte all'Ombudsman è informato alla massima semplicità: non si prevede la comparizione personale né del cliente né della banca, né l'obbligo di difesa tecnica; si ammette una istruttoria solo documentale, infatti alle parti è riconosciuto il diritto di presentare per iscritto le proprie osservazioni e di comunicare al collegio ogni fatto utile ai fini della soluzione della lite; il meccanismo è sostanzialmente gratuito per il cliente, il quale è tenuto a corrispondere solo le spese di corrispondenza mentre i costi di funzionamento dell'organismo sono posti a carico delle banche aderenti all'accordo istitutivo.

Il giudizio deve essere reso dall'Ombudsman entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta scritta ed esso vincola esclusivamente la banca, non anche il cliente⁵⁰. L'Ombudsman, inoltre, qualora venga a conoscenza che la banca non si è conformata al giudizio reso, assegna ad essa un termine per provvedere decorso infruttuosamente il quale rende nota l'inadempienza dandone pubblicità a mezzo stampa, a spese della banca medesima⁵¹. Si tratta di un organismo che decide la controversia, anche se questa decisione è vincolante solo per la banca, rimanendo il cliente libero di rivolgersi ogni momento al giudice o a un arbitro, ove ciò sia previsto.

49 Originariamente il valore delle controversie deferibile era di cinque milioni di lire progressivamente innalzato agli attuali 500.000 euro in ragione del crescente successo che l'organismo ha saputo conquistarsi nel tempo.

50 L'Ombudsman ha poi avviato da qualche anno la pubblicazione delle massime delle decisioni emanate, la quale consente agli interessati (intermediari e banche) di conoscere l'orientamento del collegio e così da indurle a orientare i propri comportamenti in modo conforme alle suddette decisioni e a transigere quelle controversie che sarebbero decise in modo favorevole al cliente-ricorrente. Pertanto alle decisioni dell'ombudsman deve essere riconosciuto un significativo effetto virtuoso dell'azione dell'organismo nel dissuadere comportamenti che troverebbero poi censura in sede collegiale.

51 Art. 10, 3° co., reg. Ombudsman.

Sono previsti specifici obblighi pubblicitari nei confronti dell'Ombudsman. Ogni banca aderente all'Accordo deve dare idonea pubblicità sia all'adesione sia al contenuto dell'Accordo stesso e in particolare deve rendere nota alla clientela l'istituzione del proprio Ufficio reclami e l'indirizzo dell'Ombudsman.

La critica di maggior peso che è rivolta all'ombudsman è che la sua composizione non assicurerebbe indipendenza ed equità di giustizia per il fatto che non vi sarebbero rappresentati esponenti delle controparti, a cominciare dai consumatori. L'autorevolezza dei soggetti, la circostanza che i due ordini professionali coinvolti abbiano nominato i rispettivi presidenti come membri del collegio hanno consentito di formare un organismo che, pur in assenza di tale rappresentanza, desse assicurazioni alla clientela in termini d'imparzialità del giudizio. Del resto la soluzione accolta dall'ombudsman circa la sua composizione è in linea con la racc. 1998/257/CE “*riguardante i principi applicabili agli organismi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*”⁵², la quale delinea l'indipendenza dell'organo a seconda che di esso facciano parte o meno gli esponenti di tutte le categorie di clienti-utenti coinvolti, non considerando tale partecipazione l'unica soluzione al riguardo. La composizione prescelta, altresì, è funzionale alla tipologia di decisione assunta: è diversa da un verdetto conciliativo, per la quale la presenza degli esponenti delle categorie litiganti diverrebbe necessario; è diversa dall'arbitrato, nel quale la decisione vincola entrambe le parti a differenza di quanto qui disposto, dove la vincolatività è limitata alla banca. La decisione del collegio, dunque, privo della natura di organo giudiziario, opera in veste di garante per la regolarità dell'attività bancaria e in questa specifica e affatto speciale funzione la composizione del collegio è stata ritenuta la più funzionale, satura di tecnicità, scevra da ogni rappresentanza di interessi di parte.

L'esperienza dell'Ombudsman dimostra come l'utilità degli strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie nel settore bancario - finanziario sia stata percepita *in primis* dagli operatori e soltanto successivamente sia stata recepita e consacrata dal legislatore.

52 Pubblicata in GUCE 115/1998.

7.2. Il procedimento per le controversie concernenti l'esecuzione delle operazioni di bonifico transfrontaliere.

La seconda tappa del percorso che ha portato alla predisposizione di strumenti alternativi di tutela rispetto al ricorso all'Autorità giudiziaria per la clientela bancaria è costituita dal recepimento della direttiva sui bonifici transfrontaliera⁵³, avvenuta con il meccanismo della legge comunitaria e del decreto legge collegato, che all'art. 8, co.1, prevede che *“a fronte dell'esecuzione dell'operazione di bonifico transfrontaliero gli enti, anche per il tramite delle associazioni di categoria, assicurano adeguate ed efficaci procedure di reclamo per la soluzione delle controversie tra l'ordinante o il beneficiario e gli enti medesimi”*.

Analogamente al procedimento che si svolge davanti all'Ombudsman-Giurì bancario, il procedimento per le controversie riguardanti l'esecuzione delle operazioni di bonifico transfrontaliero, disciplinato dal D.M. 456/2001⁵⁴ del Ministero dell'economia, prevede un ufficio reclami istituito presso l'ente chiamato ad esperire in via preventiva un tentativo di conciliazione. Ove tale tentativo non dia esito positivo per il cliente, questi può rivolgersi all'organismo decidente.

L'art. 3 D.M. 456/2001 prevede che l'organo decidente sia composto da un presidente nominato dal Governatore della Banca d'Italia e da un numero pari di membri, nominati su designazione delle associazioni rappresentative dei consumatori (co.1, lett. e) e degli altri possibili clienti (co.1, lett. f). Tutti i membri devono essere in possesso di adeguati requisiti di esperienza e professionalità, in particolare in materia giuridica (co.1, lett. h).

Di fronte a queste disposizioni, l'Abi ha deciso di utilizzare comunque l'esperienza dell'Accordo vigente e, dando seguito alla possibilità che l'atto di autoregolamentazione sia promosso anche dalle associazioni di categoria degli enti, ha emanato il *“Regolamento delle procedure di reclamo in materia di bonifici transfrontalieri”* (ai sensi dell'art. 8, d.lgs. 253/2000 e del D.M. 456/2001), espressamente approvato dalla Banca d'Italia. Secondo tale regolamento la Sezione dovrebbe essere composta di un presidente e quattro membri, due dei quali designati rispettivamente dal Consiglio

53 Dir. 1997/5/CE recepita, con la tradizionale tecnica della legge comunitaria e del decreto legge, con l'art. 1, co. 5, l. 526/1999 e d.lgs. 253/2000. Per un primo commento cfr. A.SCIARRONE ALIBRANDI, *I bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al d.lgs. 28 luglio 2000, n. 253*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 736.

54 Pubblicato in GU 2/2002.

Nazionale dei consumatori e degli utenti e da almeno due associazioni rappresentative delle altre categorie di clienti, scelte tra Confindustria, Confartigianato, Confagricoltura e Confcommercio.

Tuttavia la Sezione non ha mai avuto modo di funzionare poiché gli enti indicati non hanno mai provveduto alle necessarie designazioni. Questa situazione d'inerzia ha condotto l'Abi a considerare le controversie in parola nella competenza dell'ombudsman "ordinario" fino a quando la Sezione non fosse stata in grado di operare. La *ratio* sottesa a tale scelta è di non privare di una giustizia alternativa i soggetti contemplati dal complesso normativo in oggetto.

7.3. La conciliazione per le controversie nel settore societario, finanziario e creditizio.

La terza tappa del percorso di avvicinamento a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario è costituito dal d.lgs. 5/2003 (emanato nell'ambito della riforma societaria).

Essa rappresenta la consacrazione, in termini generali, dell'utilità degli strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie nel settore bancario e finanziario

Occupandosi di controversie in materia di società, patti parasociali, intermediazione mobiliare e in materia bancaria e creditizia (in quest'ultimo caso, solo quando la controversia sia tra banche ovvero tra queste ultime e un associazioni di consumatori), il d.lgs. menzionato detta una disciplina per la conciliazione stragiudiziale, davanti a un organismo di conciliazione⁵⁵.

55 Con gli artt. 38-40 d.lgs. 5/2003 – entrati in vigore il 1 gennaio 2004 – si stabiliscono le caratteristiche del nuovo procedimento e in particolare: a) con l'art. 38, gli enti legittimati a gestire la conciliazione (organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici e privati con iscrizione in un apposito registro tenuto dal Ministero della giustizia); b) con l'art. 39, le agevolazioni applicabili ai procedimenti di conciliazione (esenzione dal bollo per gli atti del procedimento; esenzione fino a 25.000 euro per il verbale di conciliazione); c) con l'art. 40, co. 4, gli effetti della domanda di conciliazione (interruzione della prescrizione e impedimento della decadenza, come per la domanda giudiziale); d) con l'art. 40, co. 1-3, gli aspetti procedurali (riservatezza del procedimento; imparzialità del conciliatore; non utilizzabilità, nell'eventuale successivo giudizio, delle informazioni rese dalle parti nel corso del procedimento; in caso di mancato accordo, verbale con la proposta del conciliatore e la posizione delle parti al riguardo); e) con l'art. 40, co. 8, gli effetti del verbale di conciliazione (omologazione con decreto del presidente del Tribunale, con conseguente efficacia di titolo esecutivo). Sulla conciliazione introdotta dalla riforma del 2003 vedi *ex multis*: G. MICCOLIS, *La conciliazione e la disciplina del nuovo processo introdotto con il d.lgs. 5 del 2003*, in *Riv. dir. civ.*, 2004; FDE SANTIS, *La conciliazione in materia societario. Fondamenti negoziali, contrafforti pubblicistici, e riflessi sul*

A questa disciplina legislativa ha fatto seguito il D.M. 222/2004, con il quale il Ministero della Giustizia ha dettato un regolamento in ordine ai criteri e alle modalità di iscrizione e alla tenuta del registro degli organismi di conciliazione. Nel 2005 l'Abi ha deliberato di istituire un organismo autonomo rispetto all'Abi medesima e sul modello di quello delineato dal menzionato D.M. Prefigurato come un'evoluzione dell'Accordo del 1993 sull'ombudsman. Al nuovo organismo, denominato "Conciliatore Bancario" da una parte è attribuito il compito di indicare e nominare dei conciliatori aventi determinate caratteristiche di professionalità e indipendenza e, dall'altra, sono trasferite le funzioni amministrative fino allora esercitate dall'Abi nei riguardi del preesistente ombudsman, mantenendo peraltro allo stesso la propria autonomia operativa. In altri termini, gli aderenti agli accordi sono divenuti associati del nuovo organismo, attraverso il quale offre alla propria clientela la via della conciliazione ovvero quella dell'ombudsman come strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, strumenti pur dotati di diversa incidenza per gli interessi dei ricorrenti.

In questo modo ha fatto ingresso nell'ordinamento italiano una procedura riconducibile al modello conciliativo finalizzato al raggiungimento di un accordo tra le parti.

7.4. Dalla Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob alla mediazione ex d.lgs. 28/2010.

Il percorso verso la consacrazione di un nuovo sistema di risoluzione delle controversie alternativo a quello tradizionale ha conosciuto il suo ultimo approdo con la l. 28 dicembre 2005 concernente "*Disposizioni sulla tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*". Con tale intervento il legislatore ha moltiplicato l'offerta di ADR e creato una pluralità di strumenti specializzati, gestiti da autorità di vigilanza, da affiancare a meccanismi non specializzati, *ad hoc* o amministrati da istituzioni private, muovendosi in una direzione opposta alla vocazione universalistica dell'esperienza dell'ombudsman.⁵⁶

processo ordinario in *Giur. it.*, 2004, 449-460; D. BORGHESI, *La conciliazione in materia societaria*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 225-245; F. CUOMO ULLOA, *La nuova conciliazione societaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 1035-1070.

⁵⁶ C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Disposizioni per la tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre adr*, a cura di Buonfrate e

L'art. 27, l. 262/2005 ha istituito un meccanismo per la soluzione stragiudiziale delle controversie tra intermediari e investitori per la soluzione delle controversie derivanti dalla violazione da parte degli intermediari degli obblighi di correttezza, trasparenza e informazioni previsti nei rapporti contrattuali con la clientela, affidandone la gestione all'autorità di vigilanza del settore ovvero la Consob. L'art. 29, l.262/2005, invece, ha istituito un meccanismo stragiudiziale per la risoluzione delle liti nel settore bancario affidandone la regolamentazione al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio.

Il ruolo dei meccanismi previsti dagli artt. 27 e 29 della l. 262/2005 è stato rafforzato dal d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28 che ha introdotto la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali annoverando tra i settori per i quali è obbligatorio il ricorso alla mediazione quello dei contratti assicurativi, bancari e finanziari (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010). L'art. 5 specifica, come già detto (par. 5.2), che in dette materie sia possibile proporre, in alternativa alla mediazione, il procedimento di conciliazione previsto dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 (attuativo dell'art. 27 l. 262/2005), o il procedimento istituito dall'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (introdotto dall'art. 29 l. 262/2005) e ciò in base al convincimento che *“il settore dei contratti di servizi già vanta diffuse esperienze di composizione bonaria, che potranno essere messe utilmente a profitto anche nel nuovo procedimento di mediazione introdotto sul presupposto che gli organi ivi disciplinati offrano già oggi adeguate garanzie di imparzialità e efficienza”*⁵⁷.

8. Le peculiarità delle ADR e delle controversie in materia di servizi bancari e finanziari.

I meccanismi creati dagli artt. 27 e 29 l. n. 262/2005, e attuati con successivi interventi di legislazione primaria e secondaria, hanno caratteristiche diverse dagli ADR operanti in altri settori.

Gli elementi caratterizzanti tali meccanismi sono: la settorialità, si tratta di meccanismi finalizzati alla soluzione delle liti esclusivamente nei settori rispettivamente bancario, per l'ABF, e finanziario, per la Camera di conciliazione e arbitrato presso la

Giovannucci Orlandi, Torino, 2006, 359.
57 Relazione illustrativa al d. lgs. n. 28 del 2010, *sub* art. 5.

Consob; la specializzazione, in quanto gli organismi incaricati di gestire questi meccanismi sono composti di persone selezionati per le loro competenze nello specifico settore in cui sono insorte le liti; l'intervento delle autorità pubbliche indipendenti nella gestione dei meccanismi di risoluzione delle liti, ovvero la Banca d'Italia per le liti nel settore bancario e la Consob per quelle del settore finanziario; peculiarità procedurali, per la pubblicazione delle decisioni nell'ABF e per i legami istituiti tra procedimento sanzionatorio dall'autorità di vigilanza e meccanismo di soluzione delle controversie.

Tali peculiarità sono l'espressione dell'intrecciarsi d'interessi pubblici e privati nel settore bancario e finanziario, cui si è già fatto cenno in precedenza. I meccanismi di soluzione stragiudiziale delle liti hanno origine e fondamento nell'interesse dei privati a risolvere la propria lite senza ricorrere all'autorità giudiziaria, tuttavia nel settore *de quo* il legislatore ha dovuto plasmare tali modelli tenendo conto degli interessi pubblici costituiti dalla stabilità e competitività del mercato, condizione del buon funzionamento del sistema finanziario e bancario, realizzati attraverso la funzione di vigilanza esercitata dalle Autorità indipendenti preposte; e dalla tutela del risparmiatore quale contraente debole.

Per quanto concerne la funzione di vigilanza sul mercato, l'adozione di mezzi di soluzione delle liti alternativi alla giurisdizione statale consente allo Stato, come già detto, di deflazionare il carico degli uffici giudiziari e di rimediare alle inadeguatezze degli strumenti ordinari per la risoluzione di conflitti altamente tecnici ma soprattutto consente il rafforzamento della funzione di vigilanza affidata alle autorità di settore per garantire la tutela del risparmio e del risparmiatore. Infatti, incrementando il ricorso a sistemi di risoluzione delle controversie, anche se alternativi alla giustizia statale, si favorisce l'emersione di potenziali violazioni e, dunque, indirettamente, s'incentiva il rispetto della normativa da parte degli operatori del settore con l'ulteriore effetto di rafforzare l'obiettivo di vigilanza sulla correttezza e trasparenza degli intermediari. Inoltre, la capacità dei meccanismi ADR di prevenire una rottura definitiva del rapporto di fiducia fra cliente e intermediario favorisce il mantenimento della fiducia reciproca contribuendo a rafforzare la stabilità del sistema finanziario nella sua globalità così da garantire la realizzazione dell'interesse pubblico alla tutela del mercato nel suo complesso.

Per quanto concerne la tutela del risparmiatore/investitore, contraente debole in virtù della posizione di squilibrio e di debolezza rispetto alla controparte-intermediario, tale finalità è stata perseguita mediante la predisposizione di un sistema di ADR che non possono essere usate in danno del risparmiatore. A tal fine, l'art. 6 d.lgs. 179/2007 prevede la “*non vincolatività*” per l'investitore della clausola compromissoria che devolve le controversie tra intermediari e investitori all'arbitrato amministrato dalla Camera di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob, se inserita in contratti predisposti dall'intermediario e non direttamente negoziata; nonché la disposizione che sancisce la non vincolatività della decisione resa dall'Arbitro bancario finanziario (art. 6, comma 7, Delib. CICR che prevede una sanzione reputazionale in caso d'inadempimento dell'intermediario alla decisione adottata dall'organo decidente, e art. 7, comma 8, Delib. CICR che riconosce alle parti la facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero a ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi).

Questo contemperamento tra interessi pubblici e privati nella regolazione dei meccanismi stragiudiziali delle controversie non è semplice.

Affidare la gestione dei meccanismi ADR ad autorità indipendenti e modellarli a un efficace perseguimento d'interessi pubblici rischia di vanificare l'efficace tutela dell'interesse delle parti alla soluzione della controversia, con la conseguenza indiretta di danneggiare la legittimità e la credibilità del sistema ADR come sede per la soluzione delle liti.⁵⁸ In particolare affidare la gestione del meccanismo a un autorità di vigilanza si presta certamente a rafforzare la funzione di *public enforcement* svolta dall'autorità e quindi a conseguire l'interesse pubblico alla tutela del risparmio. Nello stesso tempo tale scelta potrebbe ledere l'interesse privatistico alla soluzione della controversia, potendo ridurre la disponibilità del soggetto vigilato a collaborare in un procedimento conciliativo per il timore che un riconoscimento delle contestazioni del cliente possa essere ritenuto, in sede di vigilanza, un'ammissione di mancanze sanzionabili. Inoltre affidare la soluzione della lite a un'autorità di vigilanza espone il sistema al rischio di non essere percepito come imparziale posto che il soggetto che gestisce la lite è lo stesso che produce le norme e provvede alla sanzione degli eventuali inadempimenti⁵⁹.

58 F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca, Borsa*, 2010, 261.

59 C. COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di investimento*, in *Soc.*, 2007, 10.

Analogamente, la pubblicazione della decisione adottate dall'organo ADR se da un lato si presta a costituire uno strumento efficace per il perseguimento dell'interesse pubblico alla tutela della certezza del diritto e al rafforzamento del ruolo regolatore dell'autorità; dall'altro rischia di rendere il meccanismo *de quo* meno adattabile alle specificità delle controversie e alle esigenze di equità e, dunque, rischia di far venir meno due caratteristiche fondamentali delle ADR⁶⁰.

Il piano dell'indagine dovrà essere quello dell'individuazione delle peculiarità di struttura e procedura dell'Arbitro Bancario Finanziario (istituito ex art. 29 l. n. 262/2005) e dell'arbitrato amministrato dalla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob (istituito dall'art. 27 l. 262/2005) al fine di verificarne la legittimità alla luce dei principi fondamentali che i meccanismi di risoluzione delle liti devono rispettare.

⁶⁰ E. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativi delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. Comm.*, 2009, 248.

CAPITOLO II

L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO

1. Premessa.

La tutela dei clienti degli intermediari bancari e finanziari è oggetto di crescente attenzione da parte delle autorità politiche e di vigilanza, sia a livello internazionale e comunitario, sia negli ordinamenti nazionali.

La ragione fondamentale di tale tendenza risiede nell'esigenza di preservare e migliorare il rapporto di fiducia tra i clienti e il sistema finanziario. La fiducia del cliente è un elemento 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.

La recente crisi finanziaria ha chiaramente posto in evidenza che il venir meno della fiducia può provocare effetti destabilizzanti sui mercati e sugli intermediari. Essa ha dimostrato che relazioni stabili e positive con la clientela contribuiscono a presidiare la stabilità del sistema finanziario, consentendo agli intermediari di avere a disposizione con continuità una base di liquidità in grado di consentire loro di superare situazioni di tensione nel reperimento di risorse finanziarie sui mercati. La decisione di conferire il proprio risparmio al sistema bancario trova, infatti, fondamento nella fiducia del pubblico nella capacità delle banche di impiegare il risparmio in modo sicuro e redditizio e, quindi, nel buon funzionamento e nella stabilità del sistema nel suo complesso.

Sussiste dunque una stretta connessione tra la correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti e le finalità proprie della vigilanza prudenziale.

Comportamenti corretti e trasparenti con i clienti sono cruciali per assicurare il perseguimento della sana e prudente gestione, perché previene l'insorgere di rischi legali e di reputazione che possono inficiare la stabilità degli intermediari.

La disciplina prudenziale ha riconosciuto la rilevanza dei rischi legali e di reputazione, chiedendo agli intermediari di valutare nel continuo l'adeguatezza del patrimonio rispetto a tutti i rischi aziendali, sia quelli quantificabili (di credito, di mercato, operativi), sia quelli non quantificabili, tra cui il rischio di reputazione. Nel

rischio operativo, in particolare, è compreso il rischio legale, che si riferisce alla possibilità di subire perdite per la violazione di leggi e di regolamenti, o per effetto di controversie di varia natura. Un altro presidio individuato dalla normativa prudenziale è costituito dalla predisposizione di apparati organizzativi e sistemi di controllo interno finalizzati, tra l'altro, a garantire il rispetto delle disposizioni a tutela dei clienti.

La più recente evoluzione della regolamentazione finanziaria, che trova riscontro negli interventi di riforma realizzati in alcuni Paesi a seguito della crisi finanziaria, va nel senso di considerare la tutela della clientela come obiettivo diretto della vigilanza sugli intermediari e non soltanto come un corollario dell'obiettivo della sana e prudente gestione degli intermediari e della stabilità complessiva del sistema bancario e finanziario. Secondo tale impostazione, la tutela della clientela è dunque una precondizione della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, un presupposto dell'affidabilità del sistema finanziario, un requisito per il radicarsi della fiducia.

È espressione di tale evoluzione, dapprima, l'inserimento della "tutela degli utenti" nell'art. 146 del Testo unico bancario, per opera del decreto legislativo 27 gennaio 2010 n. 11 di attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno. La tutela del consumatore, pur se riferita allo specifico settore dei sistemi di pagamento, viene per la prima volta menzionata tra gli obiettivi diretti della vigilanza della Banca d'Italia. Più recentemente, il decreto legislativo 13 agosto 2010 n. 141 (di attuazione della direttiva 2008/48/CE concernente i contratti di credito ai consumatori) ha modificato l'art. 127 del Testo unico bancario, introducendo espressamente la "trasparenza delle condizioni contrattuali" e la "correttezza dei rapporti con la clientela" tra le finalità che le Autorità creditizie (CICR e Banca d'Italia) devono perseguire nell'esercizio dei poteri previsti dal titolo VI del medesimo Testo unico.

A completamento del quadro delle iniziative a tutela della clientela bancaria e finanziaria operano i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie⁶¹. È, infatti, di cruciale importanza la possibilità per i clienti di avere strumenti di redress rapidi, economici ed efficaci che consentano di ottenere una risposta rapida e a basso costo. Su impulso della normativa comunitaria si vanno pertanto diffondendo nei vari Paesi sistemi di risoluzione delle controversie alternative al ricorso alla giustizia ordinaria.

⁶¹ In argomento, M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Milano, 2007.

Essi rappresentano un efficace sistema di enforcement che si affianca agli strumenti di tutela ex ante costituiti dalla regolamentazione, dai controlli delle autorità e dai programmi di educazione finanziaria. In un'ottica di sussidiarietà e complementarità nei confronti della giurisdizione ordinaria – che potrebbe essere adita in via residuale per decidere i casi più rilevanti e complessi – i sistemi stragiudiziali garantiscono un rimedio meno complesso e costoso, più rapido ed efficace, tipicamente utilizzabile nell'ambito delle controversie finanziarie, contribuendo anche al rafforzamento della certezza dei rapporti giuridici.

Facilità d'accesso agli strumenti di risoluzione delle controversie implica incremento della possibilità che i clienti agiscano a tutela delle situazione soggettive lesa da comportamenti degli intermediari con conseguente incremento della possibilità di individuare comportamenti potenzialmente lesivi del mercato tenuti dagli intermediari. L'osservazione è confermata dalla medesima Banca d'Italia⁶² secondo cui *“Meccanismi efficaci di definizione delle liti incentivano il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela; migliorano la fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi bancari e finanziari; costituiscono un utile presidio dei rischi legali e reputazionali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso.”* Efficienti sistemi di soluzione dei conflitti possono innescare un circuito virtuoso che consente l'individuazione dei comportamenti scorretti degli intermediari. In tal modo sarebbero superati alcuni limiti della giustizia i cui lunghi e costosi tempi costituiscono un deterrente ad adire le vie legali e favorita l'emersione delle violazioni degli intermediari.

Nel nostro ordinamento tali principi sono stati attuati mediante l'istituzione di un peculiare sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie l'Arbitro Bancario Finanziario.

A dispetto della terminologia utilizzata, la denominazione di strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie appare piuttosto approssimativa e atecnica. La pronuncia dell'organo decidente non porta a definizione la lite tra banca e cliente che, come tale, resta inalterata e può in ogni momento essere sottoposta alla cognizione di un giudice o di un arbitro o può essere risolta con una transazione, un negozio di accertamento o una consulenza stragiudiziale.

62 V. Comunicato della Banca d'Italia del 18 giugno 2008.

2. Le fonti dell'Arbitro Bancario Finanziario

L'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario ha la sua fonte primaria nella l. 262 del 2005 per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, con la quale (art. 29) è stato introdotto nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, di seguito: T.U.B.) l'art. 128-bis, inserito nel Titolo VI dedicato alla trasparenza delle condizioni contrattuali.

L'art. 128-bis d.lgs. 385/1993 (t.u.b.) stabilisce che “*i soggetti di cui all'art. 115 t.u.b.* [ovvero i soggetti sottoposti alla disciplina in materia di trasparenza ovvero intermediari finanziari e banche] *aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela*”. Accanto a questa disposizione di carattere generale, l'art. 128-bis rimette a una delibera CICR, su proposta della Banca d'Italia, il potere di completare la disciplina di tali sistemi, precisando che allo stesso spetti la definizione dei criteri di svolgimento delle procedure, in modo che ne sia assicurata la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela senza pregiudicare per il cliente il ricorso, in qualunque momento, a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento, nonché la definizione dei criteri di composizione dell'organo decidente in modo che ne sia assicurata l'imparzialità e la rappresentatività dei soggetti interessati.

Il CICR ha esercitato il potere conferitogli dalla disposizione in oggetto emanando la Delibera n. 275 del 29 luglio 2008 (G.U. 22.09.2008 n. 222) sulla “*Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*” con cui ha definito la disciplina del nuovo sistema di risoluzione delle controversie stragiudiziali, delineandone la struttura, le regole fondamentali di svolgimento della procedura e il campo di applicazione. Il nuovo sistema di risoluzione stragiudiziale è stato denominato “Arbitro Bancario Finanziario” o “ABF”. Alla Banca d'Italia è stato affidato il compito di carattere normativo di emanare le disposizioni applicative della delibera CICR, il potere di nominare alcuni dei membri dell'organo decidente nonché il compito di svolgere alcune attività ausiliarie.

Con comunicato del 18 giugno 2009 (G.U. 24.06.2009 n. 144), la Banca d'Italia ha emanato, secondo quanto previsto dall'art. 7, comma 1, della deliberazione stessa, le “*Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*” con le quali ha dato attuazione alla Delibera

CICR per quanto di sua spettanza, ha provveduto alla nomina dei membri dell'organo decidente nonché allo svolgimento delle attività di supporto tecnico e organizzativo.

Con tali disposizioni si è completata la disciplina dell'Arbitro Bancario Finanziario reso concretamente operante dal 15.10.2009 giorno dal quale sono effettivamente iniziati a pervenire i primi ricorsi alla clientela⁶³.

In seguito alla sua entrata in vigore, tre recenti interventi legislativo hanno inciso sulla disciplina dell'ABF: il d.lgs. 27.1.2010 n.11 concernente l'attuazione della direttiva n. 2007/64/CE relativa ai servizi pagamento nel mercato interno; il d.lgs. 4.3.2010 n. 28 sulla mediazione in materia civile e commerciale⁶⁴; il decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 (successivamente modificato con D. Lgs. 14 dicembre 2010, n. 218), che ha introdotto recentemente modifiche al t.u.b.

Per quanto concerne il primo intervento normativo, l'art. 40 d.lgs. 11/2010 prevede, per le controversie concernenti la utilizzazione dei servizi di pagamento, l'adesione delle banche, degli istituti di moneta elettronica e degli istituti di pagamento *“ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie previsti dall'art. 128-bis del d.lgs. 1.9.1993 n. 385 per le controversie individuate dalle disposizione attuative del medesimo articolo”*: disposizioni attuative dell'art. 128-bis che, appunto, hanno delineato il sistema dell'“Arbitro Bancario Finanziario”.

Il secondo intervento normativo che ha inciso sull'ABF è stato il d.lgs. n. 28/2010 con cui è stata data attuazione all'art. 60, l. n. 69/2009 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia civile e commerciale. L'art. 5, comma 1, prevede la possibilità, per l'interessato, di esperire, in alternativa al

63 Con l'entrata in vigore dell'ABF la competenza dell'Ombudsman-Giuri Bancario è stata opportunamente ristretta all'area dei rapporti non rientranti nella sfera di competenza, appunto, dell'ABF, quale precisata dalla ricordata deliberazione del CICR e dalle disposizioni della Banca d'Italia; alle competenze coincidenti, in sostanza, con quelle che la legge sul risparmio e la successiva disciplina attuativa hanno demandato al sistema della Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob. Ciò induce ragionevolmente a ipotizzare che, con l'effettiva entrata in vigore di tale sistema, l'organo di fonte autodisciplinare sarà destinato a esaurire la sua funzione svolta dal 1993. D'altra parte lo spazio per un sistema di definizione delle controversie di fonte autodisciplinare sembra scarso, una volta che il legislatore abbia scelto di istituzionalizzare, nei diversi settori, ovvero in generale il ricorso a tali meccanismi (d.lgs. 28/2010).

64 Nel luglio del 2011 la Banca d'Italia ha emanato un documento con cui è stato sottoposto a consultazione pubblica un progetto di revisione della disciplina del sistema stragiudiziale denominato “Arbitro Bancario Finanziario”. Le modifiche proposte sono volte a tener conto dell'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010 sulla mediazione civile e commerciale e a recepire alcune indicazioni emerse dalla prima fase applicativa dell'ABF operativo dall'ottobre 2009. Al termine della consultazione sono state emanate le nuove Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria al momento non ancora pubblicata in G.U. E quindi non ancora entrate in vigore.

procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, il procedimento di conciliazione previsto dal d.lgs. 179/2007 ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1 settembre 1994, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate.

Infine, con il d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 è stato individuato un illecito amministrativo nella mancata adesione al sistema stabilendo una sanzione pecuniaria fino a euro 258.222. La sanzione può essere inflitta nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, e nei confronti dei dipendenti dell'intermediario. La previsione di una sanzione pecuniaria anche nei confronti dei dipendenti potrebbe far supporre che la violazione possa consistere anche nella mancata adesione a singole procedure riguardanti reclami o ricorsi, come ad esempio nel caso in cui l'intermediario non offra alcuna collaborazione al riguardo, rimanendone del tutto estraneo.

3. La natura e gli effetti dell'atto di adesione dell'intermediario al Sistema ABF

Il comma 2 dell'art. 1, l.128-bis del t.u.b. stabilisce che i *“soggetti di cui all'art. 115 [banche e intermediari] aderiscono ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela”*.

L'individuazione dei soggetti aderenti ha subito alcune variazioni per effetto delle consistenti modifiche apportate al T.U. bancario in forza del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141. Si tratta più specificamente di banche, intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'art. 106 del T.U.B., istituti di moneta elettronica, Poste Italiane S.p.A. riguardo all'attività di “bancoposta”; cui si aggiungono banche e intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal titolo VI del T.U.B., nonché istituti di pagamento⁶⁵.

⁶⁵ In particolare, è opportuno osservare che a norma dell'art. 10, comma 9 del D.Lgs. n. 141/2010, *“tutte le disposizioni legislative che fanno riferimento agli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 “ del T.U.B. “si intendono riferite agli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come modificato dal presente decreto”*. Inoltre, le disposizioni che fanno riferimento ai *“confidi iscritti nella sezione separata dell'elenco di cui all'art. 106”* TUB s'intendono riferite *“ai confidi iscritti nell'elenco di cui all'art. 112”* TUB modificato;

Il legislatore configura l'adesione da parte delle banche e degli intermediari finanziari al sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie ABF non come una libera scelta bensì come un atto dovuto, al compimento del quale tali soggetti non possono sottrarsi.

L'adesione deve essere comunicata alla Banca d'Italia, prima dell'inizio dell'attività, secondo due distinte modalità: adesione diretta o indiretta. Nel primo caso sono le associazioni degli intermediari che attestano alla Banca d'Italia la partecipazione all'ABF degli intermediari a essi aderenti. Nel secondo caso gli intermediari non aderenti alle associazioni degli intermediari comunicano alla Banca d'Italia la propria adesione nonché l'associazione degli intermediari alla quale fare riferimento sia per l'individuazione del componente dell'organo decidente sia per il versamento del contributo dovuto ai fini della liquidazione del compenso.

L'unica eccezione alla regola che impone l'adesione al Sistema ABF, come condizione per l'esercizio dell'attività bancaria, è prevista per gli intermediari aventi sedi in un altro stato membro dell'Unione Europea che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi, purché 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, gli intermediari in questione comunicano alla Banca d'Italia il sistema stragiudiziale al quale aderiscono o sono sottoposti nel paese d'origine.

La disposizione in oggetto suscita due problemi: la natura dell'atto di adesione dell'intermediario al Sistema ABF; la compatibilità del precetto che impone l'adesione al Sistema ABF ai principi sanciti in Costituzione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti.

Per quanto riguarda la compatibilità del Sistema ABF al sistema costituzionale, premesso che la Suprema Corte sostiene l'inammissibilità di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie qualora abbiano l'effetto di precludere l'accesso alla

quelli iscritti nell'elenco di cui all'art. 107 del TUB si intendono riferiti ai confidi iscritti nel predetto albo di cui all'art. 106 modificato. A norma dell'art. 10, comma 7 del medesimo D.Lgs. 141/2010 sono abrogati l'art. 113 e l'art. 155 del TUB (che contemplava confidi e cambiavalute). Tuttavia, ai sensi su cit. art. 10, è previsto un periodo transitorio per l'entrata in vigore del nuovo disegno organizzativo degli albi e degli elenchi, per cui fino all'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione del Tit. III del D. Lgs. n. 141/2010, il riferimento agli intermediari di cui all'art. 115 TUB deve ritenersi invariato, perdurando l'applicazione di quanto indicato nelle disposizioni della Deliberazione CICR n. 275 del 28 luglio 2008 e nelle Disp. App. della Banca d'Italia del 18 giugno 2009.

giustizia ordinaria⁶⁶, si tratta di stabilire se l'adesione al Sistema ABF costituisca un obbligo di fonte legale produttivo di effetti in violazione del principio della inviolabilità della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.).

Posto che la Costituzione riconosce il diritto di ciascun cittadino di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, la disposizione che sancisca l'obbligo di ricorrere a sistemi di risoluzione stragiudiziale precludendo l'accesso alla giurisdizione statale (es. arbitrato obbligatorio) si pone in violazione dei principi dell'inviolabilità della tutela giurisdizionale. Nel caso di specie si potrebbe parlare di violazione di tali principi costituzionali, soltanto qualora al soggetto aderente al sistema ABF, cioè l'intermediario, fosse precluso dopo l'adesione, l'accesso alla tutela giurisdizionale: in sostanza, solo se il sistema di risoluzione delle controversie venisse dalla legge posto nei termini di un irriducibile dualismo con la tutela giurisdizionale, di modo che l'alternatività dello strumento si configurasse come ablativo del potere di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria.

Tuttavia nel Sistema ABF manca una previsione che sancisca per l'intermediario una preclusione all'azione in giudizio, derivante dalla stessa adesione al sistema o dalla proposizione del ricorso da parte del cliente. Tale preclusione, per essere tale, dovrebbe comportare l'attribuzione al cliente convenuto nel giudizio ordinario, di un'eccezione preliminare, assimilabile alla *exceptio compromissi* o, per il caso di domanda proposta dopo la pronuncia dell'organo decidente, alla *exceptio rei transactae*. Al contrario l'art. 6, comma 8, Delibera CICR stabilisce che “*Resta ferma la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi*”.

In assenza di una disposizione nell'art. 128-bis che sancisca una preclusione per l'intermediario che aderisca al Sistema ABF all'accesso alla tutela giudiziaria ordinaria, ne consegue l'incontestabile conclusione che lo *ius agendi* dell'intermediario non è dalla norma in alcun modo compresso.

Quanto sopra esposto induce alla conclusione che il nuovo modello di

66 La questione è stata affrontata e risolta nel senso indicato dalla Corte Costituzionale a proposito della figura dell'arbitrato obbligatorio a cominciare dalla sentenza 14 luglio 1977, n. 127, in *Giur. Cost.*, 1977, I, 1103 con nota di V. ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione*; in *Foro it.*, 1977, I, 1849; in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1809, con nota di O.T. SCOZZAFAVA, *Il problema della legittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio*. In dottrina si segnalano tra gli scritti più recenti: ODORISIO E., *L'arbitrato obbligatorio*, in *Arbitrato, Adr, conciliazione diretta* da Rubino-Sammartano, Bologna, 2009, 37 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Carpi, Bologna, 2008, 11 ss.

risoluzione delle controversie con la clientela non configura un sistema obbligatorio, del tipo degli arbitri obbligatori, vietato per difformità al sistema costituzionale.

Per quanto concerne la questione concernente la natura e alla qualificazione della situazione soggettiva di cui è titolare l'intermediario, la soluzione del quesito passa attraverso l'individuazione degli effetti giuridici da associare all'atto di adesione.

Innanzitutto, secondo quanto prevede la Sez. II delle Disposizioni della Banca d'Italia, l'adesione al Sistema di risoluzione delle controversie ABF costituisce una *“condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione di servizi di pagamento”*. Da tale disposizione consegue che tale adempimento costituirebbe un requisito, una condizione di ammissibilità allo svolgimento dell'attività d'intermediazione creditizia. In altre parole l'adesione al Sistema ABF integra la schiera dei requisiti che l'intermediario deve possedere per ottenere (o mantenere) dalla Banca d'Italia l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. In caso d'inadempienza, l'intermediario perde il diritto di svolgere l'attività di intermediazione bancaria e finanziaria. Sicché appare evidente la stretta assimilabilità di tale situazione soggettiva all'onere⁶⁷.

In secondo luogo, tra i tradizionali strumenti alternativi di composizione delle controversie, il consenso funge da fatto base per la produzione di effetti vincolanti incidenti direttamente nella sfera giuridica dei paciscenti e assimilabili a quelli della pronuncia giudiziale che invece prescinde dal consenso, autoimponendosi, in quanto attuazione della funzione giurisdizionale statale. Nell'ambito dei strumenti alternativi, quindi, gli effetti vincolanti della decisione adottata dall'organo decidente sono da ricondurre, direttamente o indirettamente, al consenso degli interessati⁶⁸. Diversamente nel sistema ABF il consenso espresso dall'intermediario con l'atto di adesione non reca la medesima natura di quello posto a base degli strumenti alternativi, poiché a esso non consegue, neppure indirettamente, l'effetto di comporre la controversia. La pronuncia dell'Organo decidente, pur trovando fondamento nel preventivo consenso manifestato dalle parti, non costituisce un atto con funzione transattiva. Nessuna relazione può essere prospettata tra adesione dell'intermediario e consenso manifestato dal cliente con la proposizione del ricorso: le due determinazioni restano distinte e non convergono a

⁶⁷ S. RUPERTO, *op. cit.*

⁶⁸ E' quanto avviene per la transazione, il negozio di accertamento che definisce una lite, per la conciliazione e per il lodo arbitrale rituale e irrutuale.

realizzare a un contratto⁶⁹.

Infine l'adesione al sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela non comporta per banche e intermediari un obbligo nel significato pieno del termine poiché, rispetto a tale situazione soggettiva non sarebbe ravvisabile il necessario carattere di destinatarietà del contegno dovuto, che contraddistingue il concetto di obbligo giuridico, stante l'impossibilità di individuare i soggetti nei cui confronti il contegno è tenuto nonché l'interesse alla cui realizzazione tale adesione sarebbe finalizzata.⁷⁰

In conclusione, per le ragioni esposte, l'obbligo di adesione al Sistema ABF imposto dall'art. 128-bis t.u.b. si può qualificare alla stregua di un onere, un requisito previsto nello stesso interesse del soggetto onerato, costituito nel caso di specie dall'interesse a svolgere l'attività bancaria e finanziaria, e non configurativo di un dovere, il cui assolvimento dovrebbe di per sé realizzare un interesse altrui tutelato dalla norma.

4. La cognizione dell'Arbitro Bancario Finanziario: limiti e fondamento.

Alla cognizione dell'Arbitro Bancario Finanziario possono essere sottoposte tutte le controversie insorte fra intermediari finanziari e clientela, purché relativi a servizi bancari e finanziari.⁷¹

In mancanza di un'espressa disposizione nell'art. 128-bis t.u.b., la determinazione dell'ambito della cognizione del Sistema ABF è stata effettuata dalla

⁶⁹ *Contra*: L. BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in *I contratti del mercato finanziario* a cura di E.Gabrielli e R.Lener, contesta che l'asserita diversità nel contenuto delle manifestazioni di consenso dell'intermediario e del cliente preclude la formazione ed il perfezionamento di un contratto. Sostiene l'A. che "niente nel sistema ABF imponga di escludere che tanto l'intermediario quanto il cliente esprimano una volontà di contenuto analogo, affidando al meccanismo ABF la soluzione non vincolante della controversia". Da tale premessa l'A. ne trae la conseguenza che il meccanismo delineato dal CICR e dalla Banca d'Italia sembra, dunque, operare come una forma di conciliazione aggiudicativa, fortemente influenzata dall'interesse pubblico alla tutela del risparmiatore.

⁷⁰ S. RUPERTO, *op. cit.*

⁷¹ Per l'individuazione delle materie che rientrano nella competenza dell'ABF si può fare rinvio, in particolare, come segnalato nelle Disp.App. (Sez. I, par. 4), al Provvedimento della Banca d'Italia sulla trasparenza (v. *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, in www.bancaditalia.it/disposizioni_sulla_trasparenza.) nella quale sono riportate ampie e dettagliate indicazioni sull'ambito applicativo delle relative disposizioni; in particolare si precisa che le disposizioni in materia di trasparenza previste dalla legge e dalle relative disposizioni amministrative (del CICR e della stessa Banca d'Italia) si applicano a tutte le operazioni e a tutti i servizi disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U.B., incluso il credito al consumo, aventi natura bancaria e finanziaria offerti dagli intermediari, anche al di fuori delle dipendenze (operazioni "fuori sede") o mediante "tecniche di comunicazione a distanza" (Cfr. in particolare: Sez. I, par. 1.1).

Delibera CICR n. 275/2008 e dalle successive Disposizioni della Banca d'Italia da cui emergono una serie di limitazioni alla possibilità di devolvere una controversia a tali organismi.

La prima limitazione riguarda le controversie inerenti i servizi di investimento. Essa deriva dalla definizione della delibera CICR secondo cui per controversia si intende *“una contestazione relativa a operazioni e servizi bancari e finanziari con esclusioni di quelli non assoggettati al titolo VI del TUB ai sensi dell'art. 23, comma 4, d.lgs. n. 58/1998 (T.U.F.)”*. In ragione di tale definizione sono escluse dalla cognizione dell'ABF le controversie relative ai servizi e alle attività di investimento e alle altre fattispecie non assoggettate al Titolo VI del T.U. ai sensi dell'art. 23, comma 4, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Il problema di tale limitazione è che non sempre i limiti di competenza riferibili al disposto dell'art. 23, comma 4, TUF risultano facilmente identificabili; è il caso dei c.d. Prodotti “composti”, rientranti cioè in parte nella disciplina di cui al titolo VI del TUB ed in parte in quella del T.U.F. In proposito, una serie di criteri interpretativi sono offerti dalle Disposizioni sulla trasparenza emanate dalla Banca d'Italia, nelle quali si individua una linea di demarcazione sulla base delle “finalità” che caratterizzano il “prodotto”. In particolare, è stabilito che le *“presenti disposizioni”* (sulla trasparenza bancaria e finanziaria) *“non si applicano ai servizi e alle attività di investimento come definiti dal T.U.F. e al collocamento di prodotti finanziari aventi finalità di investimento, quali, ad esempio, obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati, pronti contro termine”*; si precisa altresì che *“in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante non sia di investimento (le disposizioni sulla trasparenza bancaria e finanziaria, ndr) si applicano: - all'intero prodotto se questo ha finalità, esclusive o preponderanti, riconducibili a quelle di servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. (ad esempio, finalità di finanziamento, di gestione della liquidità, ecc.); - alle sole componenti riconducibili a servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. negli altri casi”*. In base ai criteri definiti dal richiamato provvedimento della Banca d'Italia si può dunque ricavare l'ambito oggettivo di competenza dell'ABF, facendo perno sul criterio di prevalenza delle “finalità” dei servizi e delle operazioni oggetto del ricorso, assumendo la competenza in caso di “prevalenza” delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari rientranti nel Titolo VI.

Ne discende che, ove non sussista una “finalità esclusiva o preponderante”, si potrebbero determinare ipotesi di competenza “parziale” dell’ABF, limitata cioè soltanto alle contestazioni riferibili a “servizi o operazioni” rientranti nella disciplina del Titolo VI del TUB.⁷²

La seconda limitazione deriva dall'art. 2, comma 4 e 5, Delibera CICR che esclude dalla cognizione dell'ABF le controversie relative a beni materiali. Ciò significa che le controversie concernenti i presunti vizi della cosa oggetto di un contratto di leasing o ai presunti vizi di una cosa venduta per il tramite di operazioni di credito al consumo nonché quelle relative alle forniture connesse ai crediti commerciali ceduti nell'ambito di operazioni di factoring sarebbero escluse dall'ambito di applicazione dell'ABF.

Una terza limitazione riguarda le controversie aventi a oggetto una somma denaro. In tal caso il ricorso al sistema ABF è ammesso solo qualora l'importo in contestazione non superi i 100.000 euro e a condizione che, in presenza di una richiesta di risarcimento danni, la domanda sia circoscritta ai danni che siano conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario in virtù dell'art. 2, comma 5, Delibera CICR che prevede l'esclusione delle richieste di risarcimento di “*danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario*”. In merito a tale disposizione si deve osservare che essa mutua la formula dell'art. 1223 c.c. con conseguente applicazione delle altre disposizioni non espressamente riprodotte⁷³. E' possibile che, in caso di accoglimento del ricorso proposto dal cliente, l'intermediario finanziario sia condannato al risarcimento del danno non patrimoniale almeno ove esso abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona.

Infine l'ultima limitazione riguarda le controversie aventi a oggetto una pretesa risarcitoria esercitata dal cliente nei confronti dell'intermediario. In tal caso, ai sensi dell'art. 2, comma 5, della Delibera CICR, la controversia può essere sottoposta all'ABF

72 Casi di una certa difficoltà interpretativa sono quelli riguardanti contestazioni sulla gestione di conti di deposito.

titoli, in quanto le prestazioni contestate possono determinare dubbi sulla collocabilità della vertenza nell'ambito delle operazioni bancarie ovvero in quelle di investimento.

73 S. RUPERTO, *op. ult. Cit.* rileva che da ciò deriverebbe il dubbio circa l'applicabilità alla fattispecie de quo delle norme concernenti la materia del danno contrattuale quali, ad esempio, quelle relative alla ricomprensione del lucro cessante e della rivalutazione monetaria nella quantificazione del risarcimento, alla limitazione dei danni prevedibili, alla valutazione equitativa. Anche se l'autore termina affermando che non si può dubitare della loro applicazione.

ove i danni siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione. Riguardo a tali limiti occorre precisare che il valore di €100.000 può essere esteso in via interpretativa anche alla richiesta di risarcimento dei danni. In base a una lettura coordinata della disposizione contenuta nell'art. 2, comma 4, con il successivo comma 5, riferita al risarcimento del danno da inadempimento. Anche nel caso di richiesta di risarcimento dei danni vi sarebbe una somma oggetto di contestazione, corrispondente alla pretesa risarcitoria formulata dal cliente ricorrente. Non sussistono ragioni logicamente accettabili per differenziare le due ipotesi: il limite di valore si applica anche ai casi in cui oggetto della richiesta di risarcimento del danno da inadempimento all'intermediario.⁷⁴

Dalla disciplina dei limiti brevemente esposta, emerge il problema teorico di qualificare la limitazione alla cognizione del Sistema ABF in termine di competenza oppure no; nonché l'ulteriore problema di individuare il fondamento delle limitazioni alla cognizione del Sistema ABF per superare i dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di gerarchia delle fonti in quanto tali limitazioni sono state effettuate mediante disposizioni regolamentari senza che l'art. 128-bis t.u.b. contenesse una delega inerente a tale aspetto.

Secondo una parte della dottrina⁷⁵, i limiti di valore alla cognizione dell'Arbitro Bancario Finanziario non sarebbero funzionali alla determinazione di una competenza per valore ma costituirebbero piuttosto *“un limite alla forma di tutela erogabile inibendo la dichiarazione di condanna al pagamento di crediti eccedenti”*⁷⁶. Da tale premessa consegue che all'organo decidente sarebbe precluso l'accertamento incidentale delle questioni di valore superiore ogni volta che l'oggetto del ricorso ne risultasse avvinto da un rapporto di intima pregiudizialità-dipendenza. E invece l'ABF potrà sancire l'obbligo di adempimento *pro quota* di una maggiore obbligazione corrente nei confronti di una pluralità di clienti, uno solo dei quali ricorrente benché sia principio consolidato che per tale tipologia di controversia il valore della causa si determina dall'intera obbligazione a norma dell'art. 11 c.p.c.

Secondo altra parte della dottrina,⁷⁷ invece, la limitazione della cognizione

74 Si tratta di conclusione proposta da S. RUPERTO, *op. cit.*

75 F. AULETTA, *Arbitro Bancario Finanziario e sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in Le Società*, n. 1, 2011, 83 ss. spec. 85.

76 F. AULETTA, *op. cit.*

77 S. RUPERTO, *op. cit.*, 341; E. QUADRI, *op. cit.*, 307.

dell'organo decidente costituirebbe una limitazione di competenza con conseguente applicazione in via sussidiaria della disciplina prevista dal c.p.c.

Dopo aver esposto il problema teorico della qualificazione dei limiti all'accesso del Sistema ABF, si devono esaminare le singole limitazioni al fine di individuarne il fondamento di legittimità posto che tali limitazioni sono state effettuate mediante disposizioni regolamentari e in mancanza di delega inerente tale aspetto della relativa disciplina.

L'art. 128-*bis* t.u.b., infatti, si limita a sancire l'adesione ai sistemi di risoluzione delle controversie quale condizione necessaria per l'esercizio dell'attività bancaria e a riservare al CICR l'individuazione dei criteri di svolgimento della procedura e di composizione dell'organo decidente, senza pronunciarsi sull'ambito di competenza del Sistema ABF. In applicazione di tale disposizione la definizione dell'ambito di applicazione del nuovo Sistema ABF non è inclusa tra le materie che possono essere oggetto della delega regolamentare al CICR ai sensi del comma 2 dell'art. 128-*bis* t.u.b. Né può risolversi il dubbio di legittimità costituzionale in esame sostenendo che la definizione delle controversie che possono essere devolute all'ABF sia attinente ai profili procedurali del Sistema ABF che costituisce, invece, materia oggetto di delega al CICR.

Non essendo possibile individuare una soluzione generale che fondi la limitazione alla cognizione dell'Arbitro Bancario Finanziario, occorre esaminare ogni singola fattispecie introduttiva di limiti rintracciandone il fondamento.

La prima limitazione alla cognizione del Sistema ABF di cui è necessario rintracciare il fondamento è quella prevista per le controversie attinenti ad attività e servizi di investimento. In particolare tale limitazione potrebbe suscitare dubbi di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. dovendosi chiedere se la sfera di operatività del Sistema ABF possa essere delimitata da norme non aventi efficacia di legge.

L'esclusione delle attività e dei servizi d'investimento dal Sistema ABF può, tuttavia, trovare fondamento normativo in un'interpretazione sistematica dell'art. 128-*bis*. Tale disposizione è parte di un più ampio sistema di rimedi stragiudiziali espresso dalla legge sul risparmio (l. 262 del 2005) imperniato sulla ripartizione di competenze in materia bancaria e finanziaria tra due sistemi di risoluzione stragiudiziale delle

controversie. Un sistema, quello previsto dall'art. 128-bis, è destinato alla risoluzione stragiudiziale delle controversie nel settore bancario, come confermato dalla collocazione dell'art. 128-bis nel testo unico bancario e quindi in un contesto normativo concernente l'attività bancaria in senso proprio (con esclusione dei servizi di investimento). L'altro, affidato alla Camera di Conciliazione e Arbitrato istituita presso la Consob, è destinato alla risoluzione stragiudiziale delle controversie insorte tra investitori e intermediari.

Dalla ricostruzione sistematica dei metodi di risoluzione stragiudiziale delle controversie nel settore bancario e finanziario voluto dal legislatore con la l. 262/2005, consegue che la previsione contenuta nell'art. 2, comma 5, Deliberazione CICR (successivamente confermata dalle Disposizioni della Banca d'Italia) costituirebbe una norma meramente interpretativa della norma di legge. Di talché i dubbi sull'eccesso di delega riguardo l'introduzione di limitazioni mediante atto regolamentare si possono ritenere superati⁷⁸.

Un'altra limitazione alla cognizione del Sistema ABF è prevista dall'art. 2, comma 4, Deliberazione CICR e dal corrispondente paragrafo 4 delle disposizioni della Banca d'Italia per le controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà purché l'eventuale somma oggetto di contestazione non superi €100.000.

Tale limitazione è priva di fondamento normativo esplicito o implicito, diversamente da quanto avviene per l'esclusione dei servizi e delle attività di investimento. Tuttavia il fondamento può essere rintracciato nella volontà dei paciscenti manifestata dall'intermediario con l'adesione al Sistema ABF e dal cliente con la proposizione del ricorso. Con questi atti le parti manifestano la volontà di accettare la limitazione delle controversie che possono essere sottoposte ad Arbitro Bancario Finanziario.

All'opposto un'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione del procedimento per ABF riguarda le controversie aventi ad oggetto una responsabilità precontrattuale dell'intermediario.⁷⁹

78 Cfr. S. RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa e tir. credito*, 2010, 3, 325 e ss; E. QUADRI, *L'Arbitrato Bancario Finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *NGCC*, 2010, parte seconda, 305 ss.

79 Con apposito documento la Banca d'Italia ha chiarito che “*Le disposizioni in materia di ABF devono essere intese nel senso che l'Organo decidente può conoscere anche le controversie riguardanti le trattative precontrattuali – tra cui in particolare quelle concernenti il rispetto delle norme in materia di*

In proposito va rilevata l'importanza della teoria dottrina e giurisprudenziale che individua la categoria giuridica del "contatto sociale" cui è correlata quella dell'obbligazione senza prestazione, che conduce alla configurazione della responsabilità precontrattuale come responsabilità contrattuale e non extracontrattuale. In particolare, si ritiene che se una norma giuridica s'impegna a disciplinare una relazione sociale sottoponendola al doveroso rispetto del principio di buona fede, ciò acquista un preciso rilievo sotto il profilo giuridico, nel senso che la semplice relazione sociale assume i contorni di un vero e proprio rapporto obbligatorio. Sicché una controversia avente ad oggetto una responsabilità dell'intermediario per comportamenti lesivi nei confronti del cliente avvenuti in sede di trattative precontrattuali è astrattamente conoscibile dal Sistema ABF. A conferma di tale conclusione si rileva che dal termine "violazioni" si può dedurre la risarcibilità dei danni di carattere precontrattuale⁸⁰.

Da quest'ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione dell'ABF, consegue anche un ampliamento della definizione di "cliente" che viene quindi modificata per ricomprendere, oltre ai soggetti che hanno o hanno avuto un rapporto contrattuale con un intermediario, anche coloro che sono entrati in relazione con un intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari.

5. Struttura dell'Arbitro bancario finanziario e natura dei rapporti con la Banca d'Italia.

L'art. 128-bis, comma 2, t.u.b. demanda a una Delibera CICR e a una successiva deliberazione della Banca d'Italia la determinazione dei criteri di composizione dell'organo decidente, *"in modo che siano assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati"*.

In attuazione dei criteri direttivi indicati, l'Arbitro Bancario Finanziario è costituito da un Organo decidente e da una segreteria tecnica la cui attività è svolta direttamente dalla Banca d'Italia mediante risorse proprie.

trasparenza – indipendentemente dall'effettiva conclusione del contratto".

⁸⁰ Nei *"Chiarimenti su questioni applicative della disciplina"* del gennaio 2010 è stato confermato che il ricorso all'ABF può essere proposto anche per questioni sorte nella fase delle trattative precontrattuali, relative, ad esempio, al rispetto delle norme sulla trasparenza.

5.1. L'organo decidente: struttura e funzionamento

L'Organo decidente è composto di cinque membri e articolato in tre collegi su base territoriale aventi sedi in Milano, Roma e Napoli, la cui competenza per territorio è determinata dal domicilio del cliente dichiarata nel ricorso.

Il collegio con sede a Milano è competente per la decisione dei ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in una delle seguenti Regioni: Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino Alto - Adige, Valle d'Aosta, Veneto.

Il collegio con sede a Roma è competente per la decisione dei ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in: Abruzzo, Lazio, Marche, Sardegna, Toscana, Umbria. Il collegio è inoltre competente per i ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in uno Stato estero.

Il collegio con sede a Napoli è competente per la decisione sui ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in: Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sicilia.

Al fine di assicurare la rappresentatività dei soggetti interessati, è previsto che ciascun collegio sia composto di cinque membri, nominati con provvedimento della Banca d'Italia, di cui:

2. il Presidente e due membri designati dalla Banca d'Italia;
3. un membro designato dalle associazioni rappresentative degli intermediari.

La designazione è rimessa a organismi associativi riconosciuti dalla medesima Banca d'Italia. Il riconoscimento è subordinato alla presentazione di un'apposita istanza da parte della associazione interessata al riconoscimento nonché al possesso dei seguenti requisiti: ampia diffusione territoriale dell'associazione e adeguata rappresentatività degli intermediari. Il riconoscimento è eseguito entro 60 giorni dalla ricezione dell'istanza previa verifica della sussistenza dei predetti requisiti⁸¹: In casi eccezionali la Banca d'Italia può consentire che un organismo associativo designi più componenti dell'organo decidente, che si alternino in funzione delle

81 L'unità organizzativa competente è il Servizio Rapporti Esterni e Affari Generali della Banca d'Italia.

caratteristiche del ricorso⁸²;

4. un membro designato dall'associazione rappresentativa della clientela. La designazione di tale membro è diversa a seconda che il cliente sia consumatore ovvero appartenga ad altra categoria di clienti. Nel primo caso la designazione è rimessa al Consiglio Nazionale dei consumatori e degli utenti di cui all'art. 136 Cod. Cons. Nel secondo caso è rimessa ad associazioni di categoria che raccolgono, anche attraverso accordi con altre associazioni di categoria, un significativo numero di clienti distribuiti sull'intero territorio nazionale e che hanno svolto attività continuativa nei tre anni precedenti.

Con i medesimi modi sono designati e nominati un uguale numero di componenti supplenti, che sono chiamati dalla segreteria tecnica a sostituire i corrispondenti membri effettivi in caso di assenza, impedimento o astensione in presenza di casi di incompatibilità nonché in caso di dimissioni di uno dei membri effettivi.⁸³

Il Presidente, nominato tra i componenti designati dalla Banca d'Italia, ha funzioni di coordinamento, enuncia il dispositivo delle decisioni dopo la votazione dei componenti presenti e sottoscrive i verbali delle riunioni nei quali viene trascritto seduta stante, a cura della Segreteria tecnica, il dispositivo di ciascuna decisione. Inoltre firma le decisioni una volta corredate dalle motivazioni la cui redazione è affidata a ciascun relatore. Le sottoscrizioni sono eseguite con firma digitale. Altri compiti indicativi del Presidente riguardano la fissazione del calendario dei lavori, la formazione, insieme con la Segreteria tecnica, dell'Agenda delle riunioni e l'affidamento dei ricorsi ai relatori.

Il Presidente dura in carica cinque anni mentre gli altri membri durano in carica tre anni; il mandato è rinnovabile per una sola volta.

Il criterio fondamentale cui attenersi nella definizione della composizione e della

82 In questo caso, alla presenza di un unico organismo associativo riconosciuto, la Banca d'Italia può valutare la possibilità che questa designi due componenti per ciascun collegio, che si alternino in funzione della categoria di appartenenza del cliente che ha presentato il ricorso (consumatore o professionista/imprenditore)

83 Nel documento per la consultazione del luglio 2011 e successive Disposizioni in considerazione della notevole mole dei ricorsi pervenuti si è evidenziato come l'efficace funzionamento del Sistema ABF non può prescindere da un impiego dei membri supplenti nominati per ciascun collegio anche al di là delle situazioni di stretto impedimento o di astensione inizialmente ipotizzate. Pertanto è stato previsto nella Sez. III, par. 2 che *“la sostituzione può essere disposta anche in relazione ai flussi di lavoro di ricorsi e ai carichi di lavoro, al fine di assicurare la funzionalità dell'attività del collegio”*.

struttura di un Organo decidente è l'imparzialità e l'indipendenza dello stesso.

Al fine di garantire l'imparzialità dell'Organo decidente al collegio è stata riconosciuta una geometria variabile, dovendo di volta in volta decidere in composizione adeguata al tipo di rapporto dedotto a seconda, cioè, se coinvolgente consumatori o clientela differente. Ciò comporta, in concreto, che fermo restando i tre membri nominati dalla Banca d'Italia, differenti saranno gli altri due membri, designati dagli enti esponenziali delle categorie interessate. Pertanto in una controversia tra una banca e una società che opera nel settore delle costruzioni, l'Organo decidente sarà composto dal Presidente e i due membri designati dalla Banca d'Italia e, per la componente variabile in relazione al tipo di controversia, da un membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario per l'intermediario e da un membro designato dalla Confindustria, di concerto con Confartigianato, Confagricoltura e Confcommercio, per il cliente.

Al medesimo fine di assicurarne l'imparzialità e l'indipendenza, è previsto che, a prescindere dalla fonte della loro designazione, i membri dell'Organo decidente devono possedere requisiti di esperienza, professionalità, integrità e indipendenza.

In particolare, al fine di garantire la professionalità dei membri designati, la Sez. III, par. 3, prevede che essi siano scelti tra docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità d'iscrizione di almeno dodici anni, magistrati in quiescenza, ovvero altri soggetti in possesso di una significativa e comprovata competenza in materia bancaria, finanziaria o di tutela dei consumatori. Quest'ultimo requisito è valutato a proposito delle esperienze nel settore finanziario (esponenti aziendali, componenti di organi delle procedure di crisi, dipendenti della autorità di vigilanza, revisori contabili e 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.

A presidio dell'imparzialità e della serietà dello svolgimento delle loro funzioni, soprattutto dal punto di vista dei possibili conflitti di interesse, i componenti dei collegi sono tenuti a rispettare un codice deontologico predisposto dalla Banca d'Italia⁸⁴. I membri del collegio che si trovino in situazione di conflitto d'interessi rispetto alle parti

⁸⁴ L'art. 2, comma 2, del Codice Deontologico stabilisce che “*Nello svolgimento delle funzioni, [i componenti dell'Organo decidente] rispettano i principi di indipendenza, imparzialità, discrezione e disinteresse personale*”.

o alle questioni oggetto della controversia ne comunicano notizia senza ritardo alla segreteria tecnica, ai fini della convocazione dei relativi supplenti. Ove, in casi eccezionali, la situazione di conflitto d'interessi emerga nel corso della riunione, la trattazione del ricorso è rinviata.

Al medesimo fine e per garantire efficienza e funzionalità dell'ABF è stato introdotto, da una parte, un sistema di decadenza dei membri dell'ufficio in presenza di gravi inadempienze, dall'altra, un sistema di sostituzione dei componenti decaduti o revocati con membri provvisori.

Il sistema ABF riconosce alla Banca d'Italia il potere di dichiarare la decadenza dall'ufficio dei membri che abbiano compiuto reiterate assenze previa valutazione delle eventuali giustificazioni. La Banca d'Italia può revocare uno o più membri dell'organo decidente per giusta causa. Tra le cause di revoca può rientrare, ad esempio, la perdita dei requisiti di professionalità, indipendenza, integrità ed esperienza richiesti dal paragrafo 3 per la nomina nel collegio nonché la violazione del Codice Deontologico.

In caso di ritardi nella sostituzione dei membri decaduti o revocati, al fine di assicurare la continuità di funzionamento dell'organo decidente, la Banca d'Italia può sostituire i componenti decaduti o revocati con membri provvisori, che rimangono in carica fino alla reintegrazione dell'organo con i componenti nominati secondo le modalità ordinarie previste nelle Disposizioni.

E' prevista una disciplina analoga anche nell'ipotesi di conflitto d'interesse rispetto alle parti o alle questioni oggetto della controversia. In tal caso i soggetti interessati sono tenuti a comunicarne notizia senza ritardo alla segreteria tecnica ai fini della convocazione dei membri supplenti.

Il requisito dell'indipendenza è stato assicurato dalle previsioni di casi d'ineleggibilità dei membri dell'Organo decidente, dalla durata dell'incarico nonché dai requisiti di professionalità, esperienza e integrità nonché da un sistema di decadenze e sostituzioni, indicati più diffusamente prima.

Per quanto concerne l'ineleggibilità, è previsto che non possono essere nominati membri dell'organo decidente coloro i quali 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; abbiano riportato condanne a

pena detentiva per altri delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione, coloro che abbiano riportata condanna a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi; siano incorsi nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; siano stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza; coloro che ricoprono cariche politiche; coloro che, nel biennio precedente, abbiano ricoperto cariche sociali o svolto attività di lavoro autonomo o subordinato avente carattere di collaborazione continuativa e coordinata presso gli intermediari o le loro associazioni o presso le associazioni dei consumatori o delle altre categorie di clienti.

Infine, ultimo presidio a tutela dell'indipendenza è la previsione di un'adeguata durata dell'incarico individuata in tre anni.

5.2. I rapporti dell'organo decidente con la Banca d'Italia.

I rapporti tra l'Organo decidente e la Banca d'Italia pongono dubbi circa l'indipendenza e l'autonomia del nuovo organismo rispetto all'Autorità di vigilanza.

Come per il processo giurisdizionale statale anche per gli strumenti di risoluzione delle controversie alternative rispetto alla giustizia ordinaria sussistono alcuni criteri fondamentali cui il legislatore deve attenersi nell'istituzione di tali strumenti e, in particolare, nella definizione dell'organo decidente⁸⁵. In particolare deve

⁸⁵ A livello di legislazione europea tali principi sono enunciati nella Dir. n. 98/257/CE che si applica *“alle procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione; che, di conseguenza, non sono comprese le procedure che si limitano a un semplice tentativo di riavvicinare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo”* si rileva inoltre che *“le decisioni degli organi extragiudiziali possono essere ad effetto vincolante per le parti, limitarsi a semplici raccomandazioni o a proposte di transazione che devono essere accettate dalle parti; che ai fini della presente raccomandazione tali vari casi sono definiti come «decisioni»”* Secondo tale direttiva tutti gli organismi esistenti o che saranno creati in futuro e che avranno come competenza la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo rispettino i seguenti principi: I) Principio d'indipendenza. L'indipendenza dell'organo responsabile dell'adozione della decisione è garantita in modo tale da assicurare l'imparzialità della sua azione. Quando l'adozione della decisione è collegiale, l'indipendenza dell'organo responsabile dell'adozione della decisione può essere garantita attraverso la rappresentanza paritaria dei consumatori e dei professionisti o attraverso il rispetto dei criteri sopra enunciati; II) Principio di trasparenza; III) Principio del contraddittorio. La procedura da seguire comporta la possibilità, per tutte le parti interessate, di far conoscere il proprio punto di vista all'organo competente e di prendere conoscenza di tutte le posizioni e di tutti i fatti avanzati dall'altra parte, ed eventualmente delle dichiarazioni degli esperti. IV) Principio di efficacia. L'efficacia della procedura è assicurata da misure che garantiscano: - l'accesso del consumatore alla procedura, senza essere obbligato a ricorrere a un rappresentante legale; - la gratuità della procedura o la determinazione di costi moderati; - la fissazione di termini brevi tra la presentazione del reclamo all'organo e l'adozione della decisione; -

essere assicurata l'indipendenza, l'imparzialità e l'obiettività all'organo decidente evitando che possa essere sottoposto a pressioni suscettibili di influenzarne le decisioni.

Occorre, quindi, verificare se la disciplina dell'Organo decidente dell'Arbitro Bancario Finanziario rispetti i principi enunciati e se le guarentigie previste consentano di garantirne una reale imparzialità e indipendenza rispetto alla Banca d'Italia.

Per quanto concerne l'indipendenza, essa consiste nella libertà di agire secondo il proprio giudizio e la propria volontà senza subire condizionamenti da parte di altri. Per evitare condizionamenti del giudice è necessario garantire l'assenza di vincoli e di rapporti di soggezione formale e sostanziale nei confronti di altri organi. A tal fine il giudice deve essere soggetto soltanto alla legge e la sua indipendenza deve essere salvaguardata sia sul piano organizzativo sia nel momento della decisione. Nell'ordinamento interno l'indipendenza dei giudici è stata salvaguardata da numerose disposizioni di rango costituzionale. In particolare l'art. 104 Cost. afferma solennemente il principio generale che *“la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente”*. L'attuazione concreta del principio enunciato si è tradotta, sul piano organizzativo, nel principio secondo cui la nomina dei magistrati ha luogo per concorso, salva l'eccezione ricavabile dall'art. 106, comma II, Cost. secondo cui la legge sull'ordinamento giudiziario può stabilire in certi casi che si accede alla magistratura senza concorso per le funzioni attribuite a giudici singoli (es. i giudici di pace); nonché nell'art. 107, comma I, Cost. che enuncia il principio della inamovibilità dei magistrati. Infine a garanzia dell'attuazione di tali principi, la Costituzione stabilisce che a queste norme non si possa derogare per via regolamentare (art. 108, comma 1, Cost.) stabilisce che: *“la legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali”*. Nel

l'attribuzione di un ruolo attivo all'organo competente che gli consenta di prendere in considerazione tutti gli elementi utili alla risoluzione della controversia; V) Principio di legalità. La decisione dell'organo non può avere il risultato di privare il consumatore della protezione che gli garantiscono le disposizioni imperative della legge dello Stato sul territorio del quale l'organo è stabilito. Nel caso di controversie transfrontaliere, la decisione dell'organo non può avere il risultato di privare il consumatore della protezione che gli garantiscono le disposizioni imperative della legge dello Stato membro in cui il consumatore risiede abitualmente, nei casi previsti dall'articolo 5 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Qualunque decisione è motivata e comunicata quanto prima per iscritto o in qualunque altra forma adeguata alle parti interessate. VI) Principio di libertà. La decisione dell'organo può essere vincolante nei confronti delle parti solo se esse ne sono state in precedenza informate e l'hanno accettato esplicitamente. L'adesione del consumatore alla procedura extragiudiziale non può derivare da un impegno che precede l'origine della vertenza, quando questo impegno ha come effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire le giurisdizioni competenti per la risoluzione giudiziaria della controversia. VII) Principio di rappresentanza. La procedura non può privare le parti del diritto di farsi rappresentare o accompagnare da un terzo in qualunque fase della procedura stessa.

sistema ABF l'indipendenza dell'Organo decidente non è garantita con guarentigie equivalenti a quelle che nell'ordinamento interno sono offerte alla magistratura. Un profilo problematico deriva dal potere riconosciuto alla Banca d'Italia di accertare e dichiarare la decadenza degli arbitri che abbiano effettuato assenze ingiustificate ovvero qualora ricorra una giusta causa. I dubbi derivano dalla circostanza che il concetto di giusta causa è un concetto elastico che lascia spazio all'interpretazione e conseguentemente alla possibilità che si eserciti una indebita ingerenza sugli arbitri da parte dell'organismo incaricato di disporre la decadenza dall'incarico.⁸⁶ A rafforzare i dubbi sull'indipendenza dell'organo decidente, la previsione della rinnovabilità del mandato anche se per una sola volta. La possibilità di vedersi rinnovato l'incarico potrebbe costituire uno strumento di pressione sugli arbitri.

Suscita perplessità anche la disciplina finalizzata a garantire l'imparzialità e la terzietà dell'organo decidente.

Imparzialità e terzietà sono concetti dal significato piuttosto intuito che rappresentano due facce della stessa medaglia. La terzietà del giudice consiste nell'alterità rispetto alle parti in causa; mentre l'imparzialità consiste nel disinteresse del giudice per la soluzione della controversia rilevando anche fatti o situazioni esterni o estranei alla situazione processuale in quanto tale ma suscettibili di generare il dubbio di un pregiudizio ovvero un preconcetto del giudice in ordine all'esito della controversia. Nell'ordinamento giurisdizionale ordinario, la tutela di tali aspetti è stata garantita dalla disciplina dell'astensione (art. 51 c.p.c.) e della ricsuzione del giudice (art. 52 c.p.c.). Nel Sistema dell'Arbitro Bancario Finanziario i casi d'ineleggibilità sono meno numerosi non è previsto un obbligo di astensione.

Un altro profilo problematico in ordine all'autonomia dell'Arbitro Bancario Finanziario rispetto alla Banca d'Italia deriva dal fatto che nell'esercizio delle loro funzioni i collegi decidenti si avvalgono del supporto di una segreteria tecnica costituita da risorse umane afferenti alla Banca d'Italia. E' verosimile che, in virtù di tale stretto legame, si concreti il rischio di una funzionalizzazione dell'attività svolta dal medesimo a scopi diversi da quelli direttamente collegabili alle finalità di giustizia. Lo schema procedimentale dell'ABF rende inequivocabile come sottesa alla funzione decisoria via

⁸⁶ La revoca dell'incarico in caso di assenza reiterata non crea problemi particolari perché si tratta di elemento fondato su dati oggettivi.

sia l'intento di correlare l'esercizio della funzione di strumento di risoluzione alternativo delle controversie a scopi di vigilanza.⁸⁷

Dall'esame delle funzioni riservate alle segreterie tecniche e dall'esame delle guarentigie finalizzate a preservare l'imparzialità e l'indipendenza dell'Organo decidente, sembra emergere la possibilità che la Banca d'Italia possa esercitare un'illegittima influenza sulle decisioni assunte nel Sistema ABF. Infatti, la Banca d'Italia può rimuovere gli arbitri dall'incarico qualora ricorra una giusta causa. E' la stessa Banca d'Italia l'ente istituzionalmente chiamato a organizzare e gestire la segreteria tecnica con proprie strutture. Considerata l'essenzialità delle funzioni della Segreteria tecnica, intervenendo essa dalla ricezione dei ricorsi, fino alla comunicazione alle parti dei provvedimenti assunti dal collegio e all'attivazione delle eventuali sanzioni nei confronti degli intermediari inadempienti a quanto disposto, attraverso la fase della valutazione preliminare della ricevibilità dei ricorsi e della relativa istruzione nonché con la predisposizione di una relazione sugli aspetti di fatto e di diritto della controversia oggetto di ricorso⁸⁸ emergono profili di stretta dipendenza che non sembrano ammissibili.

L'interdipendenza tra gli organismi in oggetto rileva anche sotto il profilo delle implicazioni della concentrazione in capo alla stessa autorità delle funzioni di regolatore, controllore ed erogatore di sanzioni amministrative. Il principio della separazione dei poteri impone che i poteri di vigilanza della Banca d'Italia siano tenuti distinti dagli altri e ciò non solo avuto riguardo allo schema organizzativo dell'ente ma anche con riferimento ai componenti dello stesso. Nell'attuale sistema ABF l'organo di supervisione bancaria finisce per assumere anche il ruolo di giudice nei confronti di soggetti che sono, per un verso, destinatari delle prescrizioni normative, per altro verso,

⁸⁷ La circostanza è confermata da B. DE CAROLIS, *cit.*

⁸⁸ Nel dibattito dottrinale su tale questione F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 3, 261 critica il nuovo istituto segnalando *“le criticità conseguenti a una concentrazione di poteri nella medesima entità soggettiva, atteso che solo solo a livello giuridico formale è dato riscontrare una distinzione tra le strutture che predispongono la regola di normazione secondaria e le altre che ora effettuano gli “accertamenti di vigilanza”, ora compiono le “istruttorie” propedeutiche all’esercizio del potere sanzionatorio, ora infine gestiscono i “giudizi” dell’arbitro”* mentre G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF?* in *Banca, borsa e tit. cred.*, 665 e ss. sostiene che l'autonomia dell'Organo decidente rispetto alla Banca d'Italia non viene meno per il fatto che nell'esercizio delle loro funzioni i collegi decidenti si avvalgano del supporto di una segreteria tecnica costituita da risorse umane messe a disposizione della Banca d'Italia poiché *“il suo ruolo è quello di mera segreteria che riceve gli atti e i documenti, e a cui non spetta la gestione dei giudizi, e nemmeno lo svolgimento di un istruttoria”*.

sono sottoposti agli accertamenti che il medesimo pone in essere sugli operatori del settore. La concentrazione di poteri nella medesima entità soggettiva, atteso che solo a livello formale esiste una distinzione tra strutture che predispongono le regole di normazione secondaria e le altre che ora compiono gli accertamenti di vigilanza, ora compiono istruttorie, ora gestiscono i giudizi dell'Arbitro costituisce pone in crisi il principio della terzietà del giudice che così risulta fortemente compromesso⁸⁹.

5.3. La segreteria tecnica: struttura e funzionamento

L'attività di segreteria tecnica per l'organo decidente è svolta dalla Banca d'Italia mediante un'apposita struttura all'uopo dedicata presso le sedi della Banca d'Italia di ciascuno dei collegi in cui si articola territorialmente l'organo decidente e quindi Roma, Milano e Napoli.

La segreteria tecnica svolge in parte attività di supporto tecnico-amministrativo, in parte attività di collaborazione dell'Organo decidente nell'esercizio della funzione decisoria.

L'attività di supporto tecnico-amministrativo si manifesta nello svolgimento delle seguenti attività: ricezione dei ricorsi presentati dalla clientela, provvedendo all'apertura dei relativi fascicoli nonché della documentazione depositata dagli intermediari (controdeduzioni e documenti relativi alla procedura di reclamo); formazione del fascicolo contenente il ricorso, le controdeduzioni, la documentazione presentata dalle parti, compresa quella relativa alla fase del reclamo, ed ogni altro documento ritenuto utile ai fini della decisione; fissazione del calendario delle riunioni del collegio; convocazione dei membri del collegio e comunicazione agli stessi dell'agenda dei ricorsi da trattare; assistenza alle riunioni del collegio e redazione del

⁸⁹ Conforme: F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*; Contra: G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF?*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2010, 3, 665 sostiene, invece, che “l'Arbitro Bancario Finanziario non è un articolazione della Banca d'Italia” sicché l'A. esclude una sorta di soggezione dell'organo decidente rispetto all'Autorità di regolazione e vigilanza bancaria in quanto le garanzie che vengono assicurate all'Arbitro Bancario Finanziario sono sufficienti a garantirne l'autonomia. Gli indici di quest'autonomia sono individuati dall'A. nell'irrevocabilità dei componenti se non per giusta causa. Essa non sarebbe minata dal fatto che nell'esercizio delle loro funzioni i collegi decidenti si avvalgono del supporto di una segreteria tecnica costituita da risorse riguardanti la Banca d'Italia perché il suo ruolo è quello di una segreteria che riceve gli atti e i documenti e a cui non spetta la gestione dei giudizi. D'altra parte ogni determinazione è assunta esclusivamente dall'organo decidente all'esito di un contraddittorio effettivo, in applicazione di norme di diritto e *iuxta alligata e probata partium*.

relativo verbale; comunicazioni alle parti nel corso della procedura; cura dell'archivio elettronico delle decisioni pubblicato sul sito dell'Arbitro Bancario Finanziario.

Accanto alle attività di cui sopra, il Sistema ABF prevede anche la partecipazione della segreteria tecnica all'attività più propriamente decisoria dell'Organo decidente.

In particolare e' compito della segreteria accertare la completezza, regolarità e tempestività della documentazione presentata dalle parti e, ove se ne ravvisi l'esigenza, richiede alle parti le necessarie integrazioni, con consequenziale fissazione di un termine per la loro produzione.

La segreteria tecnica è tenuta, altresì, a eseguire gli adempimenti amministrativi necessari a dar corso alla pubblicazione dell'inadempimento, senza avere alcuna discrezionalità in proposito.⁹⁰

Alla segreteria compete accertare l'irricevibilità del ricorso in caso di sua palese incompletezza, irregolarità o intempestività, mediante comunicazione alle parti. Queste ultime ipotesi ricorrono nei seguenti casi: ricorsi che palesemente non rientrino nella competenza dell'ABF ovvero ricorsi proposti oltre la scadenza del termine di 12 mesi dalla presentazione del reclamo all'intermediario; ricorsi in cui sia indeterminato il cliente o l'intermediario oppure proposti nei confronti di soggetti che non siano intermediari oppure in cui manchi la contestazione di un comportamento dell'intermediario; ricorsi in cui non sia attestato il versamento del contributo spese di 20 euro ovvero presentati senza utilizzare l'apposita modulistica oppure privi di firma. In quest'ultimo caso la segreteria tecnica, nel darne comunicazione alle parti, indica modo e termini per la regolarizzazione del ricorso.⁹¹

Altra mansione molto rilevante riservata alla segreteria tecnica è l'istruzione del

90 Con Comunicato del 26.10.2010 pubblicato sul sito web dell'ABF, è stato chiarito che la Disposizioni secondo cui *“La segreteria tecnica....in caso di accertato inadempimento delle decisioni da parte degli intermediari, provvede alle conseguenti pubblicazioni secondo quanto previsto dalla Sezione VI, paragrafo 5”* deve essere interpretata nel senso che il compito di accertare il mancato adempimento della decisione da parte dell'intermediario spetta esclusivamente al collegio, mentre la segreteria tecnica si limita a eseguire gli adempimenti amministrativi necessari a dar corso alla conseguente pubblicazione, senza avere alcuna discrezionalità in proposito. In tal modo sono stati superati i dubbi in ordine alla legittimità di tale disposizione.

91 Nel caso in cui sia richiesta una somma di denaro superiore a 100.000 euro (limite di competenza per valore), le Segreterie tecniche contattano il ricorrente richiamando le disposizioni sulla competenza dell'ABF e fissando un termine per la regolarizzazione del ricorso. Le Segreterie tecniche sottoporrono in ogni caso al Collegio il ricorso, anche ai fini della decisione sulle eventuali ulteriori richieste contenute nel ricorso stesso (ad es., accertamento di diritti, obblighi e facoltà).

ricorso per il collegio, mediante predisposizione di una relazione da rendere disponibile a ciascun componente del collegio prima della riunione in cui viene discusso il ricorso.

6. La procedura dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario

L'art. 128-bis, comma 2, t.u.b. attribuisce al CICR e alla Banca d'Italia la definizione delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie nel settore bancario e finanziario specificando che tali procedure “*devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela*”.

I criteri direttivi enunciati richiedono che le caratteristiche del nuovo sistema ipotizzato dal legislatore rispecchino, in sostanza, le caratteristiche che dovrebbero contrassegnare qualsiasi meccanismo di ADR.

La legislazione europea ha specificato nella Raccomandazione n. 98/257/CE i principi fondamentali cui deve ispirarsi il legislatore nell'istituzione di sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie. Più precisamente l'istituzione di meccanismi alternativi deve offrire valida tutela sia sotto il profilo dei costi sia sotto il profilo dei tempi per addivenire alla risoluzione delle vertenze che devono essere più celeri di quelli garantiti dalla giustizia ordinaria. Un altro principio fondamentale è quello della necessità di assicurare imparzialità e indipendenza all'organo decidente, evitando che possa essere sottoposto a pressioni suscettibili di influenzarne la decisione⁹². Altro fondamentale principio dei sistemi alternativi alla giurisdizione statale è il principio del contraddittorio in virtù del quale la procedura deve consentire alle parti esporre le proprie ragioni circa i fatti di causa dinanzi all'organismo competente e di essere informati circa la posizione espressa dalla controparte al fine di poter contraddire efficacemente. Infine i procedimenti stragiudiziali devono essere alternativi e non sostitutivi non potendo precludere l'accesso alla giustizia ordinaria.

Illustrando le peculiarità del Sistema ABF cercherò di valutare eventuali mancanze del sistema stesso rispetto ai principi comunitari.

92 Secondo B. DE CAROLIS, *I Quaderni giuridici* n. 70 “*L'Arbitro Bancario Finanziario come strumento di tutela della trasparenza*” l'indipendenza può essere garantita anche dalla previsione di una collegialità nella decisione, fondata sulla partecipazione paritaria dei rappresentanti dei clienti e degli intermediari.

6.1. La legittimazione esclusiva del cliente ad adire l'Arbitro Bancario Finanziario.

La prima fondamentale caratteristica del nuovo sistema è di riservare al solo cliente la legittimazione ad avvalersene.⁹³

Ciò è chiaramente affermato dall'art. 5 Delibera CICR nonché dalla Sez. VI delle Disposizioni della Banca d'Italia dove è previsto che “*il cliente rimasto insoddisfatto può presentare ricorso...*” e da tutte le successive disposizioni chiaramente strutturate sulla legittimazione esclusiva del cliente.

Ma sulla legittimazione esclusiva del cliente l'art. 128-bis tace. In nessuno dei tre commi che lo compongono è prevista una disposizione che riservi al cliente il potere di adire l'Organo decidente, escludendo un pari diritto dell'intermediario. La lacuna è stata colmata dalla previsione dell'art. 5, comma 1, Delibera CICR.

Senonché nasce l'interrogativo se tale ultima disposizione sia inammissibile per violazione del principio di gerarchia delle fonti. La disposizione CICR dovrebbe essere intesa quale disposizione integrativa e modificativa della norma di legge e come tale inammissibile per violazione del principio di gerarchia delle fonti. Né il dubbio potrebbe essere superato rilevando che tale disposizione dispone in attuazione della delega contenuta nell'art. 128-*bis* t.u.b. La delega è inerente alla definizione della procedura e alla determinazione dei criteri di composizione dell'Organo decidente, mentre, la disposizione del CICR ha ad oggetto il diritto di ricorrere allo specifico sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie costituito dall'ABF.

Ma il dubbio di inammissibilità può essere superato evidenziando, innanzitutto, che la disciplina applicativa è una norma esplicativa - interpretativa di una regola deducibile dall'art. 128-*bis* t.u.b., in cui è contenuta solo implicitamente, e dalla sua collocazione sistematica nell'ambito degli strumenti di tutela della trasparenza finalizzati alla tutela della clientela nei confronti dell'intermediario; in secondo luogo tale dubbio di inammissibilità può essere superato rilevando che riconoscere una legittimazione dell'intermediario ad adire l'ABF sarebbe priva di fondamento per carenza di interesse ad agire.

Sotto il primo profilo, il comma 3 dell'art. 128-*bis* t.u.b. prevede la salvezza, per il cliente, del diritto di adire, “*in qualsiasi momento, ogni altro mezzo di tutela previsto*

93 Conformi: S. RUPERTO, *op.cit.*, E. QUADRI, *op.cit.*

dall'ordinamento". Il riferimento al solo cliente non può che essere ricondotto alla volontà del legislatore di conferire esclusivamente a costui la legittimazione ad attivare il nuovo e speciale procedimento e dunque di chiarire espressamente che il ricorso non preclude in alcun modo al cliente stesso di preferire altri mezzi di tutela consentiti dall'ordinamento, preventivamente o in seguito all'instaurazione del procedimento di cui all'art. 128-*bis* t.u.b.

Da un punto di vista sistematico si deve evidenziare che il comma 2 impone la creazione di un sistema che presenti caratteri di rapidità, elasticità ed economicità che hanno senso solo interpretando il nuovo sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie nell'ottica della protezione del contraente debole del rapporto in funzione della necessità di riequilibrare le relative asimmetrie. Riconoscere al cliente una legittimazione esclusiva costituisce uno strumento idoneo al perseguimento di tali finalità. Queste disposizioni contenute nell'art. 128-*bis* t.u.b. costituiscono la fonte della regola implicita da cui è possibile desumere la legittimazione esclusiva del cliente a ricorrere al Sistema ADR. Un altro argomento sistematico è costituito invece dalla collocazione dell'art. 128-*bis* t.u.b. a chiusura del Titolo VI del t.u.b. ovvero di quella normativa sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, programmaticamente indirizzata alla tutela della posizione del cliente nei confronti dell'intermediario.

Infine il fondamento della legittimazione esclusiva del cliente può individuarsi nella mancanza di un interesse giuridicamente rilevante dell'intermediario ad adire il Sistema ABF. La materia devoluta all'ABF è costituita da controversie tra clientela e i soggetti indicati dall'art. 115 t.u.b. ma sul piano dell'interesse l'intermediario non avrebbe alcuna pretesa da poter avanzare in tale sede. La materia in cui opera l'Arbitro bancario finanziario e la tipologia di vertenze affidate alla sua competenza mal si presta, di fatto, a che il ricorso sia proposto nei confronti del cliente da parte dell'intermediario. Quest'ultimo, infatti, nella generalità dei rapporti contrattuali che possono essere portati all'esame dell'ABF assume un ruolo dominante, in virtù della prerogativa di poter predisporre le condizioni generali che disciplinano i rapporti negoziali, cui il cliente, di regola, può solo prestare adesione. È verosimile, pertanto, che in questa tipologia di vertenze l'intermediario si trovi il più delle volte a operare con azioni esecutive, promosse sulla base delle scritture contabili, finalizzate al recupero del credito, anziché con azioni di accertamento e di condanna.

In virtù delle argomentazioni sviluppate si può concludere che qualificare il Sistema ABF come un rimedio di giustizia alternativa alla giurisdizione ordinaria riservato alla sola clientela è la ricostruzione più coerente al sistema complessivo voluto dal legislatore.

6.2. Condizioni di procedibilità della procedura di fronte all'Arbitro bancario finanziario: la fase del reclamo e il versamento del contributo per le spese.

L'accesso all'Arbitro Bancario Finanziario è subordinato alla sussistenza di due condizioni necessarie e preliminari del procedimento: la presentazione da parte del cliente, insoddisfatto dalla prestazione ricevuta dall'intermediario con il quale sia entrato in relazione qualificata, di un reclamo preventivo all'intermediario; e il versamento alla Banca d'Italia di un contributo di euro 20 per le spese di procedura che deve essere allegata al ricorso a pena di irricevibilità dello stesso.

La prima condizione di procedibilità prevista dal legislatore è costituita dalla preventiva presentazione di un reclamo all'intermediario.

L'Arbitro Bancario Finanziario non sostituisce, ma presuppone, un'effettiva e soddisfacente interlocuzione tra intermediario e cliente volta a consentire un chiarimento delle rispettive posizioni e a favorire, ove possibile una composizione bonaria dei possibili contrasti.

La *ratio* della fase del reclamo è di preservare un rapporto corretto e trasparente tra intermediario e cliente in modo da garantire il contenimento dei rischi legali e reputazionali degli intermediari e l'efficiente funzionamento dei sistemi stragiudiziali. In questa prospettiva la cura della fase del reclamo da parte dell'intermediario deve essere essenziale al fine di prevenire l'insorgere di controversie e risolvere già in questa fase preliminare le situazioni di potenziale insoddisfazione del cliente.

Nelle Disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 s'impondeva all'intermediario finanziario di istituire procedure efficienti di gestione dei reclami con la clientela. Senonché la riforma della disciplina della trasparenza, con provvedimento della Banca d'Italia in tema di "*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*", ha previsto l'istituzione della procedura di reclamo come requisito organizzativo di tutti gli

intermediari che offrono i servizi disciplinati dal t.u.b., indipendentemente dalle connessioni con il ricorso all'ABF. La presenza di questa disciplina generale ha assorbito l'analoga disciplina prevista per l'ABF dalla Banca d'Italia, salvo le disposizioni che non sono contenute nel provvedimento sulla trasparenza. In attuazione di tale provvedimento, nella sua attuale configurazione, per reclamo s'intende qualsiasi atto con cui un cliente contesta in forma scritta (fax, lettera o e-mail) all'intermediario un suo comportamento o omissione. Le procedure interne adottate dall'intermediario devono assicurare che l'ufficio o il responsabile della gestione dei reclami si mantenga costantemente aggiornato in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, attraverso la consultazione dell'archivio informatico delle decisioni dei collegi pubblicate su siti internet e che la valutazione dei reclami sia effettuata anche alla luce dei predetti orientamenti tenendo conto delle soluzioni adottate dai collegi in fattispecie analoghe a quelle sottoposte all'Arbitro Bancario Finanziario.

Le disposizioni integrative all'art. 128-bis prevedono che l'intermediario si pronunci sul reclamo entro trenta giorni dalla sua ricezione e che, in caso di accoglimento, indichi anche i tempi per l'adempimento. E il cliente che entro il termine prestabilito non riceva alcuna risposta dall'intermediario ovvero riceva una risposta insoddisfacente, può inoltrare il ricorso all'ABF.

In dottrina sono state prospettate due possibili soluzioni interpretative circa la natura della fase del reclamo.

Secondo una parte della dottrina⁹⁴, il Sistema ABF sarebbe una sorta di mini-sistema giurisdizionale su due gradi del giudizio analogo all'ombudsman-Giurì Bancario, in cui il preventivo reclamo costituisce una condizione di procedibilità per il successivo ricorso. E il successivo, eventuale ricorso, proponibile in caso d'insoddisfazione del cliente o di mancata risposta, svolgerebbe una "*funzione di gravame contro il silenzio o le decisioni di rigetto, anche parziale dell'intermediario.*"

Secondo la dottrina maggioritaria⁹⁵, invece, la fase di reclamo aprirebbe una fase di negoziazione diretta tra le parti, in cui l'intermediario dialoga con il cliente per superare una delle rispettive posizioni e, in questo modo, prevenire il trasferimento della lite in sede più propriamente giudiziale. Mentre il giudizio dinanzi all'Arbitro Bancario

94 M.R. LA TORRE, *Intermediari e soggetti operanti nel settore finanziario* in E. Picozza – E. Gabrielli, *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2010, 263.

95 F. AULETTA, *op. cit.*, 86, E. QUADRI, *op. cit.*, 315, E. CAPOBIANCO.

Finanziario sarebbe un giudizio in unico grado.

La seconda condizione di procedibilità prevista per l'accesso al nuovo Sistema ABF è il versamento dell'importo di euro 20 a titolo di contributo alle spese della procedura che deve essere allegato al ricorso introduttivo pena l'irricevibilità dello stesso. Peraltro, qualora il collegio accolga il ricorso in tutto o in parte, l'intermediario deve rimborsare al ricorrente il contributo versato e un importo di euro duecento per contributo alle spese di procedura.⁹⁶

E' evidente che l'accesso all'ABF è sostanzialmente gratuito per il cliente e che gli oneri finanziari dell'intero sistema è sopportato dalla Banca d'Italia presumibilmente nella convinzione che tale sistema possa determinare un miglioramento dei rapporti tra intermediari e clientela, con i conseguenti benefici per il complessivo funzionamento del sistema creditizio. E' altresì evidente che tale previsione attua la direttiva dell'economicità del procedimento ex art. 128-bis t.u.b. secondo la quale *“Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela”* (comma 2).

Dopo la presentazione del reclamo, l'intermediario deve pronunciarsi entro il termine di trenta giorni dalla presentazione dello stesso e indicare, in caso di accoglimento, i tempi previsti per l'adempimento.

6.3. Profili di sintesi della procedura: il ricorso introduttivo, l'istruttoria, l'onere della prova, i termini e le modalità di deliberazione della decisione adottata dall'organo deliberante e le conseguenze del suo inadempimento da parte dell'intermediario condannato.

Il cliente rimasto insoddisfatto o il cui reclamo non abbia avuto esito nel termine di trenta giorni dalla sua ricezione da parte dell'intermediario può presentare ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario. Il ricorso all'ABF deve essere proposto entro il termine di dodici mesi dalla presentazione del reclamo all'intermediario. In mancanza, il ricorrente ancora interessato a una pronuncia dell'Arbitro Bancario Finanziario deve iniziare la procedura d'accapo presentando un nuovo reclamo al collegio competente.

⁹⁶ L'inadempimento all'obbligo del rimborso del contributo versato dal cliente e del versamento delle spese di procedura costituisce fattispecie rilevante ai fini dell'irrogazione della sanzione reputazionale prevista nel Sistema ABF.

Il ricorso deve essere redatto utilizzando l'apposita modulistica di facile reperibilità sul sito internet dell'ABF e presso tutte le Filiali della Banca d'Italia aperte al pubblico e può essere inoltrato alternativamente alla segreteria tecnica del collegio competente o presso qualsiasi Filiale della Banca d'Italia aperta al pubblico.

In deroga al principio generale di qualsiasi strumento stragiudiziale di risoluzione delle controversie secondo il quale il ricorso deve essere sottoscritto personalmente dal cliente, nel caso di specie l'atto introduttivo del procedimento dinanzi all'ABF può essere presentato, per conto del cliente, anche da un'associazione di categoria alla quale il cliente aderisca ovvero da altre rappresentante a ciò autorizzato. In tali casi, tuttavia, il ricorso è sottoscritto anche dal cliente o corredato di procura. Alla luce di tali disposizioni, pur non essendo istituzionalizzata l'assistenza tecnica del ricorrente, un ruolo di rilievo può essere giocato dall'intervento tecnico del professionista⁹⁷.

Il ricorso deve avere a oggetto la stessa contestazione del reclamo. Come precisato dalla Banca d'Italia, il riferimento alla contestazione consente di interpretare con una certa elasticità la corrispondenza del ricorso al reclamo. In aderenza alla *ratio* complessiva della disciplina, che vede come protagonista della procedura, sin dalla fase del reclamo, un cliente normalmente non dotato di particolari cognizioni tecniche, è da ritenere ammissibile la pronuncia su una richiesta di risarcimento dei danni, anche se proposta per la prima volta nel ricorso, purché la domanda stessa si riferisca alla medesima materia oggetto di contestazione nel preventivo reclamo all'intermediario.⁹⁸

Il cliente che abbia proposto ricorso deve darne tempestiva comunicazione inviando all'intermediario copia del ricorso con lettera raccomandata A.R. o posta elettronica certificata. Entro trenta giorni dalla ricezione del ricorso inviato dal ricorrente, l'intermediario ha la facoltà di trasmettere le proprie controdeduzioni e tutta la documentazione utile ai fini della risoluzione della controversia, inclusa quella riguardante la fase del reclamo. Se l'intermediario aderisce a un'associazione degli intermediari, le controdeduzioni e la citata documentazione sono trasmesse, entro il

97 Nella Relazione Illustrativa allegata alle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari è chiarito che “è possibile conferire la procura al rappresentante del cliente direttamente nel ricorso”.

98 Nei Chiarimenti si precisa che l'ABF si pronuncerà sull'eventuale domanda di risarcimento del danno anche se proposta dal cliente per la prima volta nel ricorso, purché la domanda stessa si riferisca alla medesima contestazione oggetto del preventivo reclamo fatto all'intermediario.

medesime termine di trenta giorni, alla predetta associazione che nei successivi quindici giorni dalla ricezione delle stesse provvede ad inoltrarle alla segreteria tecnica. Per consentire di verificare il rispetto di tale termine, l'intermediario comunica tempestivamente all'indirizzo di posta elettronica della segreteria tecnica competente la data della ricezione della comunicazione del cliente.⁹⁹ La segreteria tecnica trasmette copia delle controdeduzioni dell'intermediario al cliente che ne abbia fatta richiesta in sede di ricorso.¹⁰⁰

La prima osservazione in merito alla disciplina descritta riguarda l'obbligo collaborativo imposto all'intermediario.

In particolare si rileva che l'obbligo di *disclosure* che grava sull'intermediario è ampiamente superiore al carattere facoltativo e dispositivo di ogni onere soltanto e autenticamente difensivo. In caso di ritardo o assenza della documentazione dovuta dall'intermediario tale da impedire una pronuncia sul merito della controversia, l'organo decidente valuta la condotta dell'intermediario sotto il profilo della mancata cooperazione di quest'ultimo al funzionamento della procedura. Di tale osservazione appare opportuna tenere conto ai fini dell'individuazione della natura dell'ABF e della decisione adottata dall'organo deliberante che sarà esaminata in seguito.

La seconda osservazione riguarda il ruolo delle associazioni di categoria dei clienti e degli intermediari nell'ambito della procedura per Arbitro Bancario Finanziario.

A questo proposito si rileva che le associazioni di categoria interessate possono svolgere, oltre a una funzione di raccordo con la segreteria tecnica, anche un'attività di controllo circa la completezza e regolarità formale della documentazione da presentare. Inoltre alle associazioni dei clienti è riservato il compito di fornire assistenza agli aderenti nella redazione del ricorso. Sono in ogni caso escluse valutazioni inerenti al merito della controversia o volte a prospettare i possibili contenuti della decisione del collegio.

99 Al fine dello snellimento operativo e del rafforzamento del contraddittorio, il Documento per la consultazione del 2011 chiarisce che le controdeduzioni presentate dall'intermediario siano trasmesse al cliente sempre e non soltanto quando questi ne abbia fatto richiesta in sede di ricorso. Inoltre affida alla segreteria tecnica, per conto del cliente, il compito di trasmettere copia del ricorso all'intermediario così da evitare il pericolo d'incertezze nella fissazione dei termini della procedura, poiché dalla ricezione di questa comunicazione decorre il termine entro il quale l'intermediario deve trasmettere le proprie controdeduzioni alla segreteria tecnica.

100 Nella proposta di Disposizioni del 2009 è previsto l'obbligo per la segreteria di trasmettere copia delle controdeduzioni dell'intermediario al cliente, a prescindere da una preventiva richiesta da parte di quest'ultimo.

La terza osservazione riguarda la facoltatività della trasmissione della copia delle controdeduzioni dell'intermediario al cliente.

In particolare si rileva che il principio del contraddittorio, elevato a rango costituzionale dal comma 2 dell'art. 111 Cost., sancisce che le parti di una lite devono essere poste, oltreché in condizione di uguaglianza formale rispetto a colui che propone la domanda, anche in condizione di difendersi, purché lo vogliano; e poiché per difendersi occorre che l'interessato sappia che cosa si chiede contro di lui e quando e come inizierà l'esame della domanda e che cosa egli deve fare per contrastare quella domanda, ecco che il principio del contraddittorio per essere rispettato presuppone l'attuazione di una serie di comportamenti preordinati a conseguire tale finalità. Nel processo ordinario di cognizione la legge impone uno scambio di domanda e relativa risposta delle parti che, tuttavia, nel caso di specie sembra non essere presente. Rimettere alla richiesta espressa della parte ricorrente la comunicazione delle controdeduzioni dell'intermediario comporta il rischio che il cliente non venga a conoscenza della difesa articolata dalla controparte. Il rischio è accresciuto dalla circostanza che non è previsto l'obbligo della difesa tecnica e pertanto aumentano le possibilità che la richiesta di audizione non sia proposta.¹⁰¹

Tuttavia le divergenze tra la struttura del procedimento che si svolge innanzi all'ABF e i principi fondamentali del processo sono bilanciati dalla non vincolatività della decisione finale adottata dall'organo decidente.

6.3.1. L'istruttoria e i poteri dell'organo deliberante.

Il principio cardine della fase istruttoria del procedimento per ABF è indicato nelle Disposizioni applicative emanate dalla Banca d'Italia secondo la quale *“la decisione sul ricorso è assunta sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca”*.¹⁰²

101 Nella proposta di modifica del luglio 2011, al fine di eliminare tale mancanza, la Banca d'Italia prevede che *“le controdeduzioni presentate dall'intermediario siano trasmesse al cliente sempre e non soltanto quando questi ne abbia fatto richiesta in sede di ricorso”*.

102 Tra le più rilevanti novità di tipo organizzativo che verosimilmente saranno considerate in sede di aggiornamento delle Disposizioni applicative della Banca d'Italia si evidenzia l'istituzione di un Collegio unificato con funzioni di coordinamento, composto dai Presidenti dei tre Collegi, nonché da altri

Da un punto di vista organizzativo, l'istruttoria del ricorso è curata dalla segreteria tecnica territorialmente competente, esclusivamente sulla base della documentazione prodotta dalle parti. Nel corso della seduta, ciascun relatore illustra al Collegio l'argomento del ricorso a lui assegnato e gli approfondimenti compiuti sugli aspetti di fatto e di diritto che caratterizzano la vertenza, evidenziando i principi normativi e giurisprudenziali che possono orientare nell'adozione della decisione; quindi, enunciano le conclusioni alle quali è pervenuto. Il relatore si avvale, nell'esame del ricorso, della relazione predisposta dalla Segreteria tecnica, nel quale, come già accennato, è riportata sia la ricostruzione dei fatti oggetto della vertenza, corredata ove occorra da un'analisi tecnica dei dati forniti dalle parti, sia i riferimenti normativi concernenti, la materia trattata, non di rado regolata anche da speciali disposizioni amministrative, codici deontologici o accordi tra categorie rappresentative delle parti in contesa. Per lo svolgimento dell'attività istituzionale, Collegi e Segreterie si avvalgono di un sito informatico riservato, predisposto dalla Banca d'Italia, alla quale si può accedere mediante card e credenziali identificative personali. Nel sito è inserita l'intera documentazione riguardante ciascun procedimento e precisamente il reclamo, il ricorso, le controdeduzioni degli intermediari, la corrispondenza intercorsa tra le parti, le prove documentali fornite sui fatti oggetto della vertenza. È inoltre operativo e accessibile al pubblico il sito ufficiale dell'Arbitro bancario finanziario (*arbitrobancariofinanziario.it*), nel quale, oltre ad una vasta serie d'informazioni, sono inserite le decisioni adottate, individuabili anche in base all'argomento trattato¹⁰³.

I Collegi non possono sentire le parti, né eventuali testimoni e neppure è prevista l'esperibilità di perizie, che pure in qualche circostanza sarebbero utili per definire aspetti di tipo tecnico che riguardano particolari situazioni (ad es. modalità tecniche di funzionamento di particolari strumenti di pagamento).¹⁰⁴

componenti dei Collegi stessi che assicurino anche la rappresentanza delle associazioni degli intermediari e dei clienti. L'istituzione di un Collegio di coordinamento consentirebbe di uniformare orientamenti interpretativi difformi che si sono determinati su particolari tematiche ricorrenti, nonché di prevenire contrasti interpretativi su argomenti di particolare rilevanza.

103 Tra le più rilevanti novità di tipo organizzativo che verosimilmente saranno considerate in sede di aggiornamento delle Disposizioni applicative della Banca d'Italia si evidenzia l'istituzione di un Collegio unificato con funzioni di coordinamento, composto dai Presidenti dei tre Collegi, nonché da altri componenti dei Collegi stessi che assicurino anche la rappresentanza delle associazioni degli intermediari e dei clienti. L'istituzione di un Collegio di coordinamento consentirebbe di uniformare orientamenti interpretativi difformi che si sono determinati su particolari tematiche ricorrenti, nonché di prevenire contrasti interpretativi su argomenti di particolare rilevanza.

104 In dottrina E.CAPOBIANCO, op. cit., pag.8) che propone un'interpretazione ampliata dei poteri

L'analisi della fase istruttoria richiede di esaminare la questione della distribuzione dell'onere probatorio e l'attività cui le parti sono tenute al fine di determinare se siano applicabili o meno al procedimento ABF le regole generali sull'onere probatorio previste dal codice di procedura civile.

Al fine di risolvere la questione illustrata occorre tener conto di due elementi.

Il primo è che il giudizio che si svolge dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario non ha i caratteri di un vero e proprio processo giurisdizionale poiché è finalizzato all'emanazione di un parere *pro-veritate* (v. oltre par. 7) sicché la cognizione dell'organo decidente non è assimilabile a quella del giudice ordinario o dell'arbitro.

Il secondo elemento è offerto dalla Direttiva n. 98/257/CE, in cui, nel delineare i tratti delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie caratterizzate per definizione da asimmetria tra le parti, quali quelle in materia di consumo, si indica come tratto necessario *“l'attribuzione di un ruolo attivo all'organo competente che gli consenta di prendere in considerazione tutti gli elementi utili alla risoluzione della controversia”*. Nel peculiare procedimento dinanzi all'ABF, pertanto, di là del rigore dei principi relativi alla distribuzione degli oneri probatori, l'intervento, ai fini di istruzione probatoria documentale, tanto della segreteria tecnica, quanto dello stesso collegio risulta funzionale a garantire il riequilibrio delle posizioni delle parti, avendosi di mira il raggiungimento di una verità effettiva e di una generale efficienza del sistema.

Alla luce delle premesse di cui sopra, non pare che le ordinarie previsioni in materia di onere della prova, rappresentate innanzitutto dall'art. 115 c.p.c., possano valere a qualcosa di più di un richiamo di massima. Indubbiamente sulle parti gravano oneri probatori ispirati a quelli ordinari sicché il ricorrente deve fornire prova del titolo costitutivo dell'obbligo dell'intermediario (ovvero il contratto bancario) e dell'entità del danno subito mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento¹⁰⁵ mentre è onere

decisionali dei Collegi, partendo dal disposto dell'art. 5, comma 5 della deliberazione CICR (e delle corrispondenti Disp. App. della Banca d'Italia), in base a cui la decisione *“può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti”*. Da tale disposizione si dovrebbe ricavare la possibilità che la decisione sia adottata secondo criteri non necessariamente limitati allo *“stretto diritto”*, per avvicinarsi all'equità (possibilità peraltro indicata per le ADR nella Raccomandazione 98/257/CE) e a forme di mediazione.

105 In senso contrario S. RUPERTO, *op.cit.*, sostiene che poiché nel caso di specie non si tratta di emettere una decisione ma un parere non si può derogare al principio-cardine secondo il quale spetta a chi chiede la valutazione fornire tutti gli elementi necessari alla formazione del convincimento, il cliente istante sarà tenuto a dimostrare sia il titolo costitutivo della pretesa nei confronti dell'intermediario, sia l'inadempimento di questi oltre l'entità del danno subito.

dell'intermediario dimostrare di non essere stato inadempiente.¹⁰⁶ Tuttavia il rigore dei principi vigenti in materia nelle procedure giudiziali deve essere attenuato, in ossequio a quell'esigenza di flessibilità che costituisce il pregio e la *ratio* del ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

6.3.2. La fase decisoria: termine, modo della deliberazione e conseguenze dell'inadempimento

Il collegio deve pronunciarsi entro il termine di sessanta giorni dal deposito delle controdeduzioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine per il deposito di quest'ultime da parte dell'intermediario o dell'associazione alla quale quest'ultimo aderisca. Il termine può essere sospeso una o più volte, per un periodo complessivamente non superiore a sessanta giorni, dalla segreteria tecnica, nel corso dell'istruttoria preliminare, o dal collegio per chiedere altri elementi alle parti previa comunicazione alle parti stesse unitamente alla fissazione di un termine massimo per la produzione dell'integrazione richiesta.

La decisione sui ricorsi è assunta dall'organo deliberante, regolarmente costituito, a maggioranza dei partecipanti. Ai fini della regolare costituzione dell'organo deliberante sono necessari la presenza di tutti e cinque i suoi componenti. La decisione è adottata secondo diritto, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia ed eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca e non secondo equità.

Il Presidente coordina i lavori del collegio, accerta i risultati della votazione e sottoscrive la decisione.

La decisione, corredata della motivazione e sottoscritta come indicato sopra, è comunicata a cura della segreteria tecnica alle parti entro trenta giorni dalla pronuncia.¹⁰⁷ In caso di accoglimento, anche solo parziale, della decisione, il collegio fissa il termine entro il quale l'intermediario deve adempiere la decisione. Dalla

106 Conformemente alla Cass. S.U. n. 13533, 30 ottobre 2010 in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1934 e in *Foro it.*, 2002, I, 769.

107 Nella prassi applicativa si è evidenziata la necessità, nei casi in cui il cliente manifesti l'urgenza di conoscere l'esito delle determinazioni dell'ABF, nelle more dell'estensione della decisione, di consentire la pronta trasmissione alle parti del solo dispositivo della decisione, rinviando a un momento successivo la comunicazione della motivazione completa. Recependo l'esigenza manifestata dalla prassi applicativa le Disposizioni dovrebbero essere integrate per prevedere la possibilità di una comunicazione anticipata del dispositivo, se il presidente così dispone, fermo restando il termine massimo di trenta giorni dalla pronuncia per rendere note le motivazioni.

comunicazione della decisione decorre, per l'intermediario, il termine di trenta giorni o eventualmente il termine diverso previsto dal collegio, per l'adempimento di quanto disposto nel provvedimento.

L'art. 6, comma 7, Deliberazione prevede che *“nei casi di 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”*. La Banca d'Italia ha pertanto previsto che, entro il termine previsto per l'adempimento, l'intermediario deve comunicare *“alla segreteria tecnica le azioni poste in essere per dare attuazione alla decisione del collegio”*. La segreteria tecnica rende pubblica l'inadempienza e l'eventuale mancata cooperazione al funzionamento della procedura da parte dell'intermediario mediante pubblicazione della relativa notizia sul sito internet della Banca d'Italia e dell'ABF, nonché, a spese dell'intermediario, su due quotidiani di ampia diffusione nazionale. Inoltre un'ulteriore pubblicità alle inadempienze dell'intermediario sarà realizzata mediante la relazione annuale sull'attività dell'ABF.

La pubblicità è un effetto automatico dell'inadempimento e non presuppone alcuna valutazione discrezionale da parte della segreteria tecnica. E' stato puntualizzato dalla Banca d'Italia che la segreteria tecnica procede alla pubblicazione dell'inadempimento (es. espresso rifiuto dell'intermediario ad adempiere). Diversamente, in tutti i casi in cui si renda necessaria una valutazione del comportamento dell'intermediario successivo alla decisione dell'ABF, le segreterie tecniche sottopongono la questione al Collegio e procedono alla pubblicazione solo nel caso in cui quest'ultimo accerti l'inadempimento.

Questa puntualizzazione è stata resa necessaria per chiarire i dubbi che erano emersi subito dopo l'entrata in vigore del nuovo strumento di risoluzione in merito all'autonomia del Collegio rispetto alla Banca d'Italia. Tale soluzione è stata voluta nell'intento di definire il rapporto tra Banca d'Italia e organo decidente come rapporto di autonomia e indipendenza. Al medesimo fine è stato escluso qualsiasi potere della Banca d'Italia di entrare nel merito delle decisioni adottate dai collegi decidenti.¹⁰⁸

108 In particolare la Banca d'Italia con apposito comunicato chiariva che *“in tutti i casi in cui, invece, si renda necessaria una valutazione del comportamento dell'intermediario successivo alla decisione dell'ABF, le segreterie tecniche sottopongono la questione al Collegio e procedono alla pubblicità solo nel caso in cui quest'ultimo accerti l'inadempimento. Si procede allo stesso modo in caso di mancata cooperazione dell'intermediario al funzionamento della procedura”*.

In virtù delle considerazioni suesposte, la decisione dell'ABF non attribuisce alcun nuovo diritto alle parti suscettibile di tutela innanzi all'A.G.O. né alcun corrispondente obbligo di adempimento, con la specifica conseguenza che, qualora l'intermediario non rispetti la delibera dell'ABF, il cliente non può far valere l'inadempimento in quanto tale, nei confronti dell'intermediario, innanzi al giudice o all'arbitro.

Attraverso l'irrogazione della sanzione in oggetto, la Banca d'Italia promuove l'attuazione dei comportamenti giudicati conformi dall'ABF agli obblighi degli intermediari verso la clientela e ai doveri di trasparenza alla cui disciplina il Titolo VI è destinato. Ma questo meccanismo sanzionatorio persegue anche l'ulteriore finalità di garantire l'effettività della tutela apprestata con la pronuncia dell'ABF. L'effettività della sanzione reputazione emessa all'esito del procedimento che si svolge innanzi all'Arbitro Bancario Finanziario è garantita dall'attività di vigilanza della Banca d'Italia come si evince dalla rilevanza della pronuncia dell'ABF ai fini dell'ulteriore provvedimento della Banca d'Italia eventualmente applicativo della sanzione reputazionale che l'intermediario non abbia inteso evitare con la spontanea osservanza del comportamento.

L'adempimento dell'intermediario è tutt'altro che spontaneo dato che la sua mancanza lo espone all'irrogazione, non solo delle previste sanzioni reputazionali ma anche di eventuali sanzioni nel quadro dell'attività di controllo che alla Banca d'Italia è affidata, in ordine alla conformità dei comportamenti degli intermediari alle prescrizioni del t.u.b. e, in particolare, alle regole di trasparenza, di cui al Titolo VI. In effetti, la previsione dell'art. 128-bis t.u.b. vuole rappresentare proprio il completamento della disciplina concernente la trasparenza, per assicurarne l'effettiva osservanza, in funzione di quel corretto svolgimento dei rapporti tra intermediari e clientela, suscettibile di tradursi in una maggiore efficienza complessiva del sistema creditizio.

6.4. La natura della deliberazione del collegio.

La riflessione e il dibattito della dottrina in materia di procedimenti innanzi all'Arbitro Bancario Finanziario ha riguardato principalmente l'individuazione dell'efficacia dell'atto conclusivo del procedimento stesso.

Come già evidenziato, la pronuncia dell'Organo decidente non produce alcun

effetto giuridico tra le parti della controversia non avendo l'effetto di dirimere la controversia¹⁰⁹ diversamente dalla decisione adottata da un giudice ovvero da un arbitro o da un collegio arbitrale.

Per individuare la natura della decisione occorre procedere per esclusione tenendo presente che l'Organo decidente non può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, né pronunciare condanne a carico dell'intermediario: in sostanza non può contenere alcun accertamento con effetti giuridici.¹¹⁰

E' escluso che la decisione dell'ABF costituisca una sentenza o comunque un provvedimento con effetti analoghi a una sentenza (come, ad esempio, un lodo) per tre ragioni.

Innanzitutto l'organo decidente non è investito di potere decisorio dalle parti. A differenza di quanto avviene nell'arbitrato, nell'arbitraggio, in una transazione o in un negozio di accertamento transattivo, la banca e il cliente non hanno alcun rapporto diretto con l'organo decidente. Con l'adesione al sistema ABF e con la proposizione del ricorso, l'intermediario e il cliente instaurano un rapporto con la Banca d'Italia, il cui oggetto è la trattazione di particolari controversie tra loro insorte senza che con tale atto l'intermediario e il cliente abbiano inteso attribuire alla Banca d'Italia la gestione della controversia finalizzata all'ottenimento di una decisione.

In secondo luogo la decisione non determina la definizione della lite. Resta ferma la facoltà di entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi.

In terzo luogo la decisione non produce effetti direttamente riferibili alla sfera giuridica delle parti. Posto che la sentenza è un provvedimento che contiene uno o più comandi che il giudice rivolge alle parti e che producono efficacia direttamente nel loro

109 F. CAPRIGLIONE e S. RUPERTO precisano che la decisione di accoglimento del ricorso adottata dal Collegio decidente è vincolante per l'intermediario in caso di accettazione da parte del cliente. Per F. AULETTA, cit., il procedimento innanzi all'ABF è strumentale a un'attività di vigilanza della Banca d'Italia, pertanto non può non produrre effetti giuridici. In particolare l'A. ritiene che dal procedimento che si tiene innanzi all'ABF derivino i seguenti effetti giuridici: un *“effetto specificativo - dilatorio del normale potere di vigilanza”* che, in mancanza di accesso del cliente all'ABF, potrebbe già dispiegarsi ordinariamente nei confronti dell'intermediario; un *“effetto costitutivo del potere-dovere della Banca d'Italia di valutare la conformazione dell'intermediario al giudizio del collegio per l'eventuale applicazione della sanzione reputazionale”*; infine l'atto dell'ABF può costituire *“un'allegazione difensiva liberamente valutabile dal giudice di cui la parte interessata può chiedere l'acquisizione nel corso del processo ovvero avvalersene ai sensi dell'art. 634 c.p.c.”*.

110 S. RUPERTO, *op. cit.*

patrimonio,¹¹¹ nel caso di specie tali requisiti sono assenti posto che la decisione del Collegio adito, in caso di inadempimento, comporta la pubblicazione dell'inadempimento sul sito dell'Arbitro Bancario Finanziario e della Banca d'Italia e quindi l'applicazione di una sanzione di tipo reputazionale.

In ragione delle argomentazioni suesposte, la decisione non può essere assimilata a una sentenza poiché a essa non è associabile alcun effetto che sia, anche solo latamente, riconducibile al giudicato, salvo all'interno dello stesso Sistema. Ragioni di economicità ed efficienza nello svolgimento delle procedure fondano la possibilità di applicare un principio assimilabile al *ne bis in idem*, che determina l'inammissibilità dei ricorsi, relative a controversie aventi lo stesso oggetto e fra le medesime parti, già sottoposte all'attenzione dell'ABF.

Per altro verso la decisione non presenta neanche i caratteri tipici del provvedimento amministrativo, che invece contraddistingue l'atto di irrogazione della sanzione assunta dalla Banca d'Italia nell'esercizio della sua attività di vigilanza e controllo sull'attività bancaria. Nelle decisioni adottate dall'Organo decidente manca l'elemento della unilateralità perché prive dell'attitudine a modificare unilateralmente le posizioni giuridiche dei terzi come ampiamente illustrato sopra.

In questo quadro la decisione sembra meglio qualificabile come parere *pro-veritate*. L'Organo decidente è sostanzialmente investito dalla Banca d'Italia dell'incarico di esprimere una valutazione sulla controversia in atto fra intermediario e cliente. Tale attività è compiuta attraverso un'operazione logica, di giudizio, consistente nel prendere posizione rispetto alla lite devolutagli. Ma la peculiarità di tale decisione è che tale valutazione è effettuata in astratto cioè senza che si producano effetti propriamente accertativi.

Tale ricostruzione è la più coerente al dato normativo.

A questo proposito si rileva che, per quanto concerne i criteri di definizione della controversia, il collegio si pronuncia “*applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca*”. Il giudizio che si svolge dinanzi all'ABF è, quindi, un giudizio secondo diritto e non secondo equità. Tale disposizione è coerente con la funzione in vista della quale il sistema è stato introdotto che è quella di fornire agli interessati delle linee guida, a

111 E. FAZZALARI, voce *Sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, 1248.

chiarimento della normativa vigente, per orientare i propri comportamenti. Con lo scopo ultimo di evitare almeno quei contenziosi originati dalla mancanza di precisione, se non addirittura ambiguità della normativa in materia. Questa *ratio* è confermata dalla prescrizione secondo cui, ai fini di un corretto esame dei ricorsi, essenziale debba considerarsi l'aggiornamento degli organi preposti a tale funzione “*in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, attraverso la consultazione dell'archivio informatico delle decisioni dei collegi pubblicati su internet*”, (sez. VI, par. 1, Comunicato della Banca d'Italia) dovendo la valutazione dei predetti ricorsi avvenire “*anche alla luce dei predetti orientamenti*”(Sez. VI, par. 1, Comunicato della Banca d'Italia).¹¹²

Un ulteriore elemento a favore della natura di parere *pro-veritate* della decisione adottata dall'ABF è rappresentato dalla necessità della motivazione nelle sue pronunce¹¹³. E' nella motivazione che è sviluppato il pensiero logico seguito dal Collegio decidente ai fini di pervenire alla decisione ed è interpretata la disciplina normativa, sicché è questo l'elemento costitutivo fondamentale del nuovo istituto.

Infine l'art. 7, comma 8, Delibera CICR afferma il principio secondo cui resta “*ferma la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro strumento previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi.*” Con questo principio è stato riconosciuto sia ai clienti sia all'intermediario lo *ius agendi* dinanzi all'autorità giudiziaria statale da esercitare in qualsiasi momento senza alcuna preclusione. Con l'istituzione del nuovo strumento stragiudiziale di

112 E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, rileva che in virtù della disposizione prevista dall'art. 5, comma 5, Delibera CICR secondo la quale la decisione può contenere “*indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti*” si potrebbe dedurre un'attitudine della decisione a superare il confine dell'applicazione delle norme di legge e regolamentari in materia, nonché dei codici di condotta cui l'intermediario aderisca potrebbe desumersi la possibilità che la decisione si ponga “*in una prospettiva di attenta rilevazione degli interessi in gioco e di possibile ricostruzione della relazione tra le parti in vista dell'applicazione di un diritto “mite” che andrebbe a temperare i rigori dell'applicazione dello «strictum ius» che talvolta potrebbe in concreto tradursi in una sostanziale ingiustizia*”.

113 Conforme S. RUPERTO, *op. cit.*, E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario* in www.judidium.it, T. GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Milano, 2010, 34 ss. Altra parte della dottrina dissente da questa ricostruzione: E. QUADRI sostiene che sebbene la pronuncia dell'ABF non sembra omologabile alla decisione in un giudizio ordinario, tuttavia la valutazione che essa vale ad esprimere sui termini della controversia assume un valore tale, nei rapporti interni al sistema creditizio, da risultare difficile considerarla non vincolante per l'intermediario. Una simile vincolatività finisce con il derivare, infatti, dalla stessa partecipazione dell'intermediario all'ordinamento settoriale del credito che lo assoggetta ai poteri pubblicistici della Banca d'Italia. F. AULETTA, *op. cit.*, invece, concorda con la qualificazione della decisione adottata dall'Organo decidente come “*parere sopra i rapporti in atto tra l'intermediario bancario - finanziario e il cliente*” emanato nell'ambito di un procedimento amministrativo di vigilanza della Banca d'Italia.

risoluzione delle controversie, il legislatore ha avuto cura di non comprimere il diritto delle parti in lite per questioni attinenti al settore bancario e finanziario di ricorrere alle competenti autorità giurisdizionali. Le parti, anche dopo la decisione dell'ABF, rimangono comunque libere di adire l'autorità giudiziaria con un atto chiaramente privo di natura decisoria. Unico limite a tale principio è ipotizzabile se la decisione ha accolto il ricorso del cliente, disponendo a carico dell'intermediario l'esecuzione di determinati atti e comportamenti, e la decisione è stata spontaneamente attuata da parte di costui. La spontanea attuazione della decisione assume il valore di riconoscimento della pretesa fatta valere del cliente con il reclamo e, successivamente, con l'ABF. Un atto di riconoscimento che se accettato dal cliente (anche tacitamente per mancato rifiuto della prestazione eseguita dall'intermediario) costituisce un atto con funzione transattiva. Sul piano processuale nel caso in cui una delle parti dovesse instaurare un successivo giudizio di fronte al giudice ordinario con medesimo oggetto del contendere la parte interessata potrà fondare una *exceptio rei transactae*. Sul piano sostanziale, invece, la decisione dell'ABF darà fondamento all'obbligazione dell'intermediario di eseguire la prestazione: determinandone l'irripetibilità, se il riconoscimento coincide con l'esecuzione; ovvero la coercibilità tutelabile con un'azione giudiziaria, se il riconoscimento è stato dichiarato, precludendo a una successiva esecuzione. Si pensi alla Banca soccombente che comunichi al cliente la propria intenzione di adempiere la prestazione indicata nella decisione dell'ABF.

7. Le tutele dell'intermediario nell'ipotesi di decisione erronea dell'Arbitro Bancario Finanziario.

La sanzione reputazionale che consegue all'inadempimento della decisione adottata dall'Organo decidente crea il problema di individuare le tutele dell'intermediario nell'ipotesi di decisione erronea.

Esclusa la possibilità di impugnare la sanzione reputazionale, è ipotizzabile il riconoscimento all'intermediario della possibilità di esercitare un'azione di risarcimento danno subito alla reputazione per effetto della pubblicazione della decisione erronea o, in alternativa, un'azione inibitoria finalizzata a impedire la sanzione che la Banca d'Italia è in astratto legittimata ad irrogare sulla base di quella decisione.

Per quanto riguarda la tutela di cui può avvalersi l'intermediario avverso i danni conseguenti agli effetti pregiudizievoli che la sanzione reputazionale abbia comportato nei suoi confronti, l'intermediario leso potrebbe adire l'autorità giudiziaria per chiedere il risarcimento dei danni solo in caso di dolo o colpa grave dei giudicanti. Infatti, il rischio della decisione erronea o ingiusta, rientrando nella normale alea di qualsiasi giudizio, che comporta valutazioni sempre opinabili, non può che restare a carico del soccombente. Mentre l'ammissibilità di un'azione di risarcimento dei danni subiti dall'intermediario in caso di dolo o colpa grave dei componenti del collegio decidente ha fondamento, per un verso, nella circostanza che la decisione è pur sempre assunta all'esito di un procedimento previsto dalla legge, e dunque organizzato alla stregua di un micro-sistema giurisdizionale; per altro verso, invece, nel fatto che il limite del dolo e della colpa grave è proprio di tutti i sistemi processuali (es. l'art. 813-ter, in materia di arbitrato rituale e l'art. 2, l. n. 117 del 13 aprile 1988 in materia di responsabilità del magistrato).

In caso di decisione assunta con dolo o colpa grave, l'azione dell'intermediario soccombente per il risarcimento dei danni reputazionali è esercitabile sia nei confronti dei membri del collegio giudicante che hanno concorso all'assunzione della decisione stessa sia nei confronti della Banca d'Italia per responsabilità da fatto altrui ai sensi dell'art. 2049 c.c. Nel primo caso ricorre un'azione di natura extracontrattuale poiché l'intermediario non instaura una relazione diretta con l'Organo decidente bensì solo con la Banca d'Italia all'atto dell'adesione al Sistema stesso; l'azione nei confronti della Banca d'Italia, invece, costituisce un'azione di responsabilità da fatto altrui ai sensi dell'art. 2049 c.c.

Lo spazio per una tutela risarcitoria dell'intermediario è pertanto piuttosto ridotta.

A diversa conclusione deve giungersi circa la configurabilità di una tutela inibitoria.

Infatti, non può ragionevolmente ammettersi che l'intermediario resti assoggettato, senza possibilità alcuna di difesa, all'irrogazione di una sanzione fondata su una decisione erronea, pur se emessa in buona fede dai giudicanti. Sarebbe gravemente lesivo dei diritti degli intermediari negare l'ammissibilità di una forma di tutela avverso una decisione fondata su errori di fatto o di diritto oggettivamente

accertabili. L'intermediario deve pertanto ritenersi legittimato ad agire instaurando un giudizio che per raggiungere il suo scopo non può prescindere da una fase iniziale di natura cautelare. Tutela che, inibendo l'irrogazione della sanzione reputazionale da parte della Banca d'Italia impedisca il prodursi di effetti pregiudizievoli per l'intermediario. L'azione inibitoria, d'altra parte, coinvolge la sfera d'interessi dell'intermediario, non quella del cliente, né dell'Organo decidente che rimane estraneo all'azione.

La giurisdizione competente per il suo esercizio non può che essere individuata nella giurisdizione amministrativa.

La maggiore difficoltà di tale soluzione è che la tutela invocata dinanzi a un giudice amministrativo presuppone sempre un provvedimento che costituisca oggetto di impugnazione. Ma, nel caso di specie, il provvedimento non è stato ancora emesso poiché scopo dell'azione è impedirne l'irrogazione.

Una soluzione che è stata ipotizzata¹¹⁴ è di ritenere la decisione dell'Organo, su cui andrà a fondarsi il provvedimento sanzionatorio della Banca d'Italia, alla stregua di un pre-provvedimento, suscettibile, come tale, di tutela di fronte all'autorità giurisdizionale amministrativa, anche per le finalità cautelari in precedenza evidenziate. Ovviamente alla fase cautelare seguirà la fase di merito, il cui esito, se difforme da quello cautelare, potrà comportare il via libera alla irrogazione della sanzione inibita nella fase cautelare ovvero la revoca del provvedimento eventualmente irrogato dalla Banca d'Italia vittoriosa in sede cautelare con probabile ordine del giudice amministrativo di dare al provvedimento di revoca una pubblicità corrispondente a quella data alla sanzione.

Il giudice, sia nella fase cautelare, che nella successiva fase di cognizione piena, dovrà necessariamente entrare nel merito della decisione assunta dall'Organo, e valutarne la fondatezza in fatto e in diritto. Si tratterà naturalmente di valutazione *incidenter tantum*, strumentale all'accoglimento o al rigetto dell'azione dell'intermediario, senza idoneità a formare oggetto di un giudicato sul merito delle questioni in contestazione tra intermediario e cliente, e senza possibilità di qualsiasi altra utilizzazione nell'eventuale giudizio ordinario instaurato da una delle parti sulla medesima controversia.

114 S. RUPERTO, *op. cit.*

8. I rapporti tra l'Arbitro Bancario Finanziario e gli altri strumenti di risoluzione delle controversie.

Il tema del rapporto tra procedimenti ADR e giurisdizione ordinaria ha trovato ampio dibattito in sede comunitaria (v. Cap. 1 per maggiori approfondimenti). La Raccomandazione 98/257/CE precisa che, in forza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'accesso alla giustizia ordinaria è un diritto fondamentale che non conosce eccezioni, per cui il ricorso a sistemi di risoluzione di controversie non tradizionali non può privare il consumatore-cliente del diritto di adire il giudice ordinario, a meno che non accetti tale evenienza in modo consapevole e successivamente all'insorgere della vertenza. La stessa norma non prevede un'analogo tutela del diritto a ricorrere al giudice ordinario per l'operatore economico.

In attuazione dei principi comunitari, il rapporto tra l'Arbitro Bancario Finanziario e gli altri strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie è ispirato al principio enunciato dall'art. 7, comma 8, CICR secondo cui *“resta ferma la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi.”*¹¹⁵

Nella disciplina attuativa la possibile interferenza con altri strumenti di tutela è stata regolamentata sotto due distinti profili.

Il primo profilo riguarda l'ipotesi in cui una controversia sia già stata sottoposta all'autorità giudiziaria, a giudizio arbitrale ovvero a un tentativo di conciliazione ai sensi di norma di legge e successivamente viene proposto ricorso all'ABF. In tal caso il potenziale conflitto è stato risolto prevedendo il divieto di proporre ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario. Il ricorso eventualmente inoltrato alla segreteria dell'Arbitro Bancario Finanziario è dichiarato irricevibile e per l'effetto non s'instaura alcun giudizio dinanzi al nuovo organismo (art. 2, comma 6, Delib. CICR e par. 4, Disp. Banca d'Italia). Tale disposizione deve essere coordinata con la nuova disciplina sulla mediazione (v. oltre par. 8.1.).

¹¹⁵ Possibili sovrapposizioni fra l'ambito di applicazione dell'ABF e quello di altri organismi quali il conciliatore bancario finanziario non sono state, invece, regolate in via generale, dovendosi trovare una diversa soluzione rispetto a ciascun meccanismo. Il conciliatore bancario finanziario ha, ad esempio, comunicato ai propri associati di voler cessare le funzioni svolte dall'Ombudsman – Giurì bancario rispetto alle controversie deferibili ad ABF, secondo quanto indicato dal documento ABI, Disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari, 13 agosto 2009, 4.

Il secondo profilo di potenziale interferenza tra procedimento dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario e procedimento dinanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria o dinanzi a giudizio arbitrale o, infine, ad altro strumento stragiudiziale di soluzione dei conflitti ricorre allorché nelle more del procedimento presso l'ABF sia instaurato un altro giudizio. In tal caso si distingue l'ipotesi in cui la domanda è stata proposta dinanzi al giudice statale o dinanzi al giudizio arbitrale rispetto all'ipotesi in cui è stato avviato un tentativo di conciliazione ai sensi di norme di legge.

Nel primo caso, qualora l'organo giudicante adito consti che sulla medesima controversia è stato avviato un tentativo di conciliazione ai sensi di norma di legge dichiara, d'ufficio o su istanza di parte, l'interruzione del procedimento. Se la conciliazione non riesce, il ricorso può essere proposto senza necessità di un nuovo reclamo all'intermediario entro 6 mesi dal fallimento del tentativo di conciliazione¹¹⁶. In tal caso, le parti possono far rinvio alla documentazione già presentata in occasione della precedente procedura di ricorso.

Invece nel secondo caso ovvero nell'eventualità in cui in pendenza del procedimento presso l'ABF la domanda è proposta al giudice statale o al giudizio arbitrale, si deve distinguere l'ipotesi in cui la domanda è stata proposta dall'intermediario rispetto all'ipotesi in cui l'azione è stata proposta dal cliente. Se l'azione dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria ovvero a giudizio arbitrale è stata proposta dall'intermediario, la segreteria tecnica richiede al ricorrente se costui abbia ancora interesse alla prosecuzione del procedimento dinanzi all'organo decidente. Ove il ricorrente non manifesti interesse entro 30 giorni dalla richiesta, il collegio dichiara l'estinzione del procedimento. In caso contrario, qualora il ricorrente dichiari di avere interesse alla prosecuzione del procedimento presso l'ABF, il procedimento prosegue parallelamente al giudizio arbitrale o ordinario.¹¹⁷

8.1. I rapporti con la nuova mediazione obbligatoria prevista dal d.lgs. 28 del 4

116 Il Documento di consultazione prevede l'eliminazione dei termini di sei mesi dal fallimento del tentativo di conciliazione per riproporre il ricorso senza necessità di un nuovo reclamo.

117 L'estinzione del procedimento è dichiarata dal collegio anche nell'ipotesi di rinuncia del ricorso da parte del ricorrente. Diversamente nell'ipotesi in cui il collegio rilevi l'esistenza di un accordo tra le parti o la piena soddisfazione della pretesa del ricorrente prima della decisione del ricorso dichiara la cessazione della materia del contendere.

marzo 2010

Il profilo dei rapporti tra la procedura dell'ABF e le altre procedure azionabili a tutela degli interessi delle parti è ora inevitabilmente destinato a dover fare i conti con l'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010. Quest'ultima disciplina finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia civile e commerciale all'art. 5, comma 1, annovera tra i settori per i quali è obbligatorio il ricorso alla mediazione, quello dei contratti bancari e finanziari.¹¹⁸ La norma prevede che in dette materie sia possibile ricorrere in via alternativa alla mediazione prevista dal d.lgs. n. 28/2010, al procedimento di conciliazione previsto dal d.lgs. 179/2007 ovvero al procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis t.u.b. in materia bancaria e creditizia di cui al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (t.u.f.) e ciò sulla base del convincimento che *“il settore dei contratti di servizi già vanta diffuse esperienze di composizione bonaria, che potranno essere messe utilmente a profitto anche nel nuovo procedimento di mediazione introdotto sul presupposto che gli organi ivi disciplinati offrano già adeguate garanzie di imparzialità ed efficienza”*.¹¹⁹

Pertanto, il procedimento concernente i ricorsi proposti dinanzi all'ABF è da annoverarsi tra quelli il cui esperimento è idoneo a realizzare la “condizione di procedibilità” introdotta dalla norma su richiamata, pur non concretando una mediazione finalizzata alla conciliazione. Conseguentemente, deve ritenersi che, in materia di contratti bancari e finanziari, la condizione di procedibilità di cui all'art. 5 del decreto può essere realizzata alternativamente attraverso il procedimento di mediazione ovvero attraverso il ricorso all'ABF, benché quest'ultimo si concluda non già con un accordo tra le parti, ma con una “decisione motivata”, come indicato nella deliberazione CICR (art. 6, comma 5).¹²⁰

118 La relazione illustrativa al d.lgs. n. 28 del 2010 *sub* art. 5 spiega che la *ratio* della scelta legislativa dell'obbligatorietà è giustificata dalla circostanza che solo l'allargamento della condizione di procedibilità ad una vasta serie di rapporti possa garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie.

119 Relazione ill., cit.

120 Si segnala tuttavia un'interessante chiave di lettura offerta da E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Judicium, Il processo civile in Italia e in Europa* (www.judicium.it), pag.8, riguardante il disposto dell'art. 5, comma 5, delib. CICR (e delle corrispondenti Disp. app. della Banca d'Italia), in base a cui la decisione *“può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti”*. Secondo il cit. Autore, in tale disposizione si potrebbe individuare un'attitudine della decisione a superare il pur previsto confine dell'applicazione delle sole *“norme di legge e regolamentari in materia, nonché dei codici di condotta cui l'intermediario aderisca”*; ciò in quanto la richiamata disposizione non dovrebbe costituire l'occasione per formulare mere raccomandazioni di carattere generale, ma potrebbe indicare la possibilità che la decisione si ponga *“in*

Le regole procedurali illustrate nel precedente paragrafo dovranno essere opportunamente modificate per assicurarne la coerenza con i criteri indicati dall'art. 5 del D.Lgs. n. 28 del 2010, in forza del quale chi intende proporre un giudizio in materia di contratti bancari e finanziari “è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione (...) ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia”. Il carattere “preliminare” del ricorso all'ABF dovrebbe escludere, in linea di principio, che si possa determinare la contestuale pendenza di un giudizio sulla stessa materia del contendere, salvo le ipotesi di improcedibilità e di fissazione dei termini per esperire il tentativo di mediazione previste dalla stessa norma citata.

Pertanto nell'ipotesi dell'eventuale avviamento di un tentativo di conciliazione e della contemporanea pendenza del ricorso all'ABF il conflitto tra i due strumenti di risoluzione delle controversie dovrebbe essere risolto in base al criterio della “prevenzione”, stabilito dall'art. 4, comma 1 del decreto legislativo, per cui dovrebbe essere accordata preferenza alla prima domanda in ordine di tempo.

L'applicazione del principio della prevenzione all'ABF impone un coordinamento con il diritto irrinunciabile del cliente di ricorrere al Sistema ABF. L'art. 2, comma 8, Delibera CICR prevede che “Il diritto di ricorrere ai sistemi di cui al comma 1 [sistema ABF] non può formare oggetto di rinuncia da parte del cliente”. Un'applicazione rigorosa del principio di prevenzione rischia di compromettere tale diritto nell'ipotesi in cui l'intermediario lo preceda nella scelta della procedura stragiudiziale poiché il procedimento ABF può essere attivato soltanto dal cliente diversamente dalla procedura di mediazione attivabile anche dall'intermediario. Pertanto le disposizioni che prevedono l'improponibilità del ricorso all'ABF nel caso in cui sia già pendente un tentativo di conciliazione o di mediazione e l'interruzione del procedimento dinanzi all'arbitro qualora la conciliazione o la mediazione siano avviate in un momento successivo sono state circoscritte ai soli casi in cui la procedura

una prospettiva di attenta rilevazione degli interessi in gioco e di possibile ricostruzione della relazione tra le part in vista dell'applicazione di un diritto “mite” che andrebbe a temperare i rigori dell'applicazione dello «strictum ius» che talvolta potrebbe in concreto tradursi in una sostanziale ingiustizia”. In sostanza, secondo tale opinione dottrinarica, ove le parti siano d'accordo con la soluzione (sostanzialmente transattiva) prospettata dalla decisione dell'ABF, la “relazione” sarebbe definitivamente ristabilita; se non fosse accettata dall'intermediario, nei suoi confronti sarebbe giustificata l'adozione della misura reputazionale, avendo ostacolato il ripristino della relazione tra le parti; quanto al cliente, quest'ultimo dovrebbe accettare la soluzione non “stricto iure” perché (presumibilmente) più favorevole che quella propria di un giudizio secondo legge.

conciliativa sia stata promossa dal cliente o questi vi abbia aderito.

Dubbi uscita la possibilità di estendere al ricorso incardinato presso l'ABF la previsione dell'art. 5, comma 6, per cui *“dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale”*, con effetti anche sulla decadenza: in assenza di una esplicita disposizione del genere al ricorso del cliente in quanto comunicato alla controparte (intermediario), non può ritenersi collegato che un mero effetto di atto di costituzione in mora, peraltro da reputare già conseguenti alla proposizione del reclamo all'intermediario, ovviamente se aventi i requisiti richiesti dall'art. 1219 c.c. Questi ultimi requisiti sempre presenti ove si tenga presente il requisito della forma scritta cui si riferisce la nozione di reclamo specificata nella sez. I delle disposizioni della Banca d'Italia.

9. Confronto tra ABF e mediazione

Dopo aver tentato di ricostruire i rapporti tra mediazione e Arbitro Bancario Finanziario, occorre a questo punto esaminare i due strumenti di risoluzione stragiudiziale al fine di evidenziarne le eventuali peculiarità.

Si osserva in primo luogo che la decisione dell'Arbitro bancario finanziario (come già rilevato) non è vincolante per le parti, per cui ciascuna di queste può, ove non soddisfatta della decisione stessa, adire il giudice ordinario. Sotto questo profilo, dunque, non sembrano sussistere elementi d'incompatibilità con la nuova legge, nel senso che il ricorso all'ABF può costituire condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5 della legge n. 28/2010 non essendo ostativo all'eventuale successivo promovimento di azioni dinanzi al giudice competente.

Qualche criticità, sotto il profilo della coerenza con la disciplina legislativa della mediazione, può invece ravvisarsi nelle conseguenze che la normativa ABF correla all'eventualità che l'intermediario non adempia le decisioni. Infatti, nelle Disposizioni applicative emanate dalla Banca d'Italia, attualmente vigenti, è previsto, per tale evenienza, l'applicazione di una speciale misura di carattere reputazionale, che si concreta nella pubblicazione della notizia dell'inadempimento, con indicazione dell'intermediario inadempiente; diversamente, nel sistema introdotto dal D. Lgs. n.

28/2010, l'eventuale ricorso al giudice ordinario dopo l'infruttuoso esperimento di uno dei procedimenti indicati nell'art. 5 è valutato dal legislatore non già come indice (negativo) della volontà di non adempiere, ma quale naturale sviluppo del procedimento ideato dalla nuova legge.

Un ulteriore profilo di specificità si può individuare nel limite posto alla competenza per valore dell'ABF, dal momento che le domande aventi ad oggetto la corresponsione "a qualunque titolo" di somme di denaro devono essere contenute entro il limite di euro 100.000, a differenza di quanto stabilito nei procedimenti di mediazione per i quali il D. Lgs. n. 28/2010 non prevede alcun limite. Peraltro, si tratta di una peculiarità che potrebbe influire sul piano della preferenza della mediazione rispetto all'ABF posto che per il primo non è previsto alcun limite di competenza. In conclusione questa sorta di competenza per valore va intesa come una specificità del procedimento dinanzi all'ABF, la cui disciplina tiene conto verosimilmente delle caratteristiche proprie della tipologia di vertenze di cui è destinatario.

Un'altra differenza è costituita dalla mancanza di efficacia esecutiva della decisione dell'ABF, a differenza di quanto prevede il D. Lgs. n. 28/2010 per il procedimento di mediazione, nel cui ambito è contemplata la possibilità di ottenere l'"omologazione" del verbale di accordo intervenuto tra le parti, in modo da conferirgli efficacia esecutiva (art. 12). Tuttavia la mancanza di esecutività attiene, a ben guardare, non tanto al problema della coerenza (in astratto) del sistema ABF rispetto alle regole stabilite nella legge sulla mediazione, quanto piuttosto alla mancanza di un fattore giuridico (l'esecutività appunto) che assicuri il carattere alternativo del procedimento stesso rispetto al giudizio ordinario, che costituisce in definitiva il fine primario della nuova legge. In effetti, l'omologa del verbale di accordo determina, oltre all'"esecutività", anche la "definitività" della soluzione data alla vertenza, comportando quindi, in caso di conciliazione, la diminuzione del numero di cause pendenti dinanzi alla giustizia ordinaria. Tuttavia, si può osservare che, pur in mancanza di uno strumento analogo all'"omologa" prevista per l'accordo conciliativo, la decisione dell'ABF è stata finora puntualmente eseguita dalle banche e dagli intermediari finanziari, consentendo di affermare che il requisito dell'"alternatività" può essere riconosciuto anche al sistema istituito ex art. 128-bis del TUB.

Tutto ciò premesso, a fronte dell'introduzione d'istituti concorrenti con il

procedimento del ricorso all'ABF, le cui differenze non sono riducibili a unità, si potrebbe configurare la volontà del legislatore di diversificare l'offerta dei mezzi di risoluzione stragiudiziale delle controversie anche in virtù delle peculiari finalità del settore bancario - finanziario. Del resto non può escludersi che sia nei clienti, sia nei soggetti operanti nel settore bancario e finanziario aderenti al sistema, maturi una sostanziale preferenza, sotto il profilo dell'affidabilità, nei confronti dell'ABF in quanto organismo specializzato che opera secondo diritto sul terreno della "trasparenza" e che, anche in virtù del supporto offerto dalla Segreteria tecnica messa a disposizione dalla Banca d'Italia, è in grado di assicurare, nella valutazione delle vertenze, particolare attenzione ai particolari aspetti tecnici ed operativi che sovente le caratterizzano.¹²¹

121 E. CAPOBIANCO, cit., rileva che nella ipotetica pari alternativa tra il ricorso alla procedura ABF e quella di mediazione, il primo sistema di risoluzione delle controversie rischia di risultare meno appetibile rispetto al secondo. L'A. sostiene che *"uno strumento che si proponga di distribuire ragioni o torti appaia meno gradevole e accettabile rispetto ad uno strumento che si proponga il superamento delle situazioni di conflitto mediante il ripristino della relazione intersoggettiva tra i privati"*.

CAPITOLO III

L'ARBITRATO NEL SETTORE DEL MERCATO MOBILIARE: L'ARBITRATO AMMINISTRATO DALLA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO ISTITUITA PRESSO LA CONSOB

1. Premessa

Nel settore dei mercati finanziari, analogamente a quanto è avvenuto nel settore bancario, le recenti crisi del mercato hanno incrinato il rapporto di fiducia della clientela degli intermediari finanziari e quest'ultimi che costituisce il presupposto indispensabile per il corretto ed efficiente funzionamento di qualsiasi sistema finanziario.

Tali eventi hanno mostrato l'inadeguatezza dell'attuale ordinamento a garantire la tutela del risparmio ponendo in luce come anche in questo settore sia diventato indispensabile una riforma sia sostanziale sia processuale.

Dal punto di vista processuale si è ritenuto di poter individuare una soluzione nel garantire agli investitori la possibilità di ricorrere a strumenti rapidi, economici ed efficaci che consentano al soggetto leso di ottenere una risposta rapida e a basso costo. Facilità di accesso agli strumenti di risoluzione delle controversie implica aumento della fiducia nel sistema in virtù della sua efficacia e, contestualmente, incremento delle possibilità che, agendo i clienti a tutela della situazione soggettiva lesa dai comportamenti degli intermediari, aumenti la possibilità di individuare comportamenti lesivi del mercato tenuti dagli intermediari finanziari. Efficienti strumenti di risoluzione delle controversie svolgono anche una funzione strumentale all'attività di vigilanza sul mercato.

Il legislatore ha scelto di prevedere meccanismi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione statale specifici per il settore della intermediazione finanziaria che tengano conto delle peculiarità delle controversie proprie di tale settore. A tal fine la legge sulla tutela del risparmio (1.262/2005) ha introdotto meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra il settore bancario e finanziario complementare e parallelo. Nel complessivo settore bancario - finanziario dove non si applica l'Arbitro Bancario Finanziario, si applica il sistema Consob.

In particolare la tutela dei clienti degli intermediari finanziari è garantita attraverso un meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie paralleli rispetto a quelli

predisposti recentemente per la clientela delle banche (Cap. 2).

La struttura dell'Arbitrato Consob, da una parte, e dell'Arbitro Bancario Finanziario, dall'altra, sembra confermare l'esistenza di uno stretto rapporto tra funzione di vigilanza e gestione dei meccanismi di soluzione delle controversie di cui si è già accennato nel precedente capitolo. Nel settore dei mercati finanziari, il legislatore ha delimitato l'ambito oggettivo di azionabilità dell'arbitrato e della conciliazione presso la Camera arbitrale istituita presso la Consob alle liti concernenti la violazione di obblighi di correttezza, informazione e trasparenza, vale a dire all'ambito nel quale la Consob svolge funzioni di vigilanza, escludendo tutte le altre pur ipotizzabili violazioni degli intermediari. Analogamente, nel settore bancario, possono essere deferite all'Arbitro Bancario Finanziario tutte le controversie insorte fra intermediari e clientela purché relative a servizi bancari e finanziari vale a dire l'ambito nel quale la Banca d'Italia svolge la sua funzione di vigilanza sul credito.¹²²

Dallo schema delineato dalla legge delega emerge come sotteso alla funzione decisoria vi sia l'intento di correlarne in via strumentale l'esercizio a scopi di vigilanza. Tale soluzione apre al rischio di una funzionalizzazione dell'attività svolta dal medesimo a scopi altri e diversi da quelli direttamente collegabili alla finalità di giustizia che dovrebbe essere la sola finalità perseguita dal legislatore.

2. Le fonti dell'Arbitrato amministrato presso la Consob; l. 262 del 2005, d.lgs. 179/2007 e regolamenti attuativi.

L'arbitrato amministrato dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato istituita presso la Consob ha la sua fonte originaria nella l. 28 dicembre 2005 n. 262 recante “Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari” con la quale il Governo è stato delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data della sua entrata in vigore, *“un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato e di un sistema di indennizzo*

122 Per quanto concerne l'Arbitro Bancario Finanziario a tale conclusione conduce la precisazione contenuta nelle *“Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari”* emanate dalla Banca d'Italia secondo cui *“i sistemi stragiudiziali assumono rilievo per le finalità della vigilanza e, più in generale, per l'efficienza del sistema finanziario”*. Tale ricostruzione è stata espressa anche da B. DE CAROLIS, in *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza* in *Quaderni di Ricerca Giuridica* n. 70.

in favore degli investitori e dei risparmiatori, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica". I criteri e i principi direttivi cui il Governo è stato vincolato a rispettare nell'attuazione della delega sono stati individuati nella previsione di "procedure di conciliazione e di arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla CONSOB per la decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori, esclusi gli investitori professionali, e le banche o gli altri intermediari finanziari circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela". La disposizione si è limitata a delineare un meccanismo, specializzato, incardinato nella struttura amministrativa dell'autorità di vigilanza senza chiarire se l'intenzione del legislatore fosse quella di attribuire direttamente alla Consob la funzione di arbitro o semplicemente quella di gestire la risoluzione delle controversie tra investitori e intermediari.

Risolvendo i dubbi interpretativi posti dalla legge delega¹²³, il Governo ha esercitato la delega che gli era stata conferita emanando il Decreto Legislativo 8 ottobre 2007 n. 179 "Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistemi di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'art. 27 l. 28 dicembre 2005 n. 262"¹²⁴ con cui ha definito la disciplina del nuovo strumento

123 La legge delega si sarebbe potuta attuare o istituendo un arbitrato amministrato o un arbitrato ordinario con attribuzione alla Consob della funzione di arbitro. Nell'ambito del relativo dibattito dottrinale v. R. RORDORF, *la tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Le Soc.*, 3, 2008, 275 per il quale l'attuazione della delega mediante l'istituzione di un arbitrato amministrato avrebbe violato la legge delega; C. CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e arbitrato della Consob: prima lettura del d.lgs. 179/2007*, in *Riv. Soc.*, 2007, 1447-48.

124 Il decreto legislativo è stato emanato dal Presidente della Repubblica l'8 ottobre 2007, dunque, oltre diciotto mesi dall'entrata in vigore della l.262/2005. Il termine ultimo per l'attuazione della delega sarebbe scaduto il 12 luglio 2007. E' stata quindi ipotizzata un'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. con conseguente caducazione del sistema delineato dal d.lgs. 179/2007. Secondo la giurisprudenza della Corte il rispetto del termine per l'esercizio della delega legislativa richiede che entro il termine il decreto sia emanato, seppur non pubblicato. Ciò nonostante nel caso di specie i dubbi di costituzionalità ex art. 76 Cost. non paiono fondati alla luce dell'art. 44 l. 262/05 intitolato "Procedure per l'esercizio delle deleghe legislative". Tale disposizione aveva, infatti, previsto che gli schemi dei decreti legislativi, adottati in attuazione delle deleghe, dovessero essere trasmessi alle Camere per ottenere il parere delle Commissioni parlamentari competenti e che il termine per l'esercizio della delega fosse prorogato di novanta giorni, se il termine entro cui le Commissioni parlamentari dovevano pronunciarsi fosse caduto oltre la scadenza iniziale. Di conseguenza, avendo il Consiglio dei Ministri approvato lo schema di decreto legislativo il 6 luglio 2007 e contestualmente rinviato il testo per l'esame delle Commissioni, il termine per la pronuncia del parere da parte di quest'ultimo era destinato a cadere oltre il termine previsto per l'esercizio della delega, con la conseguente proroga di quest'ultimo di ulteriori novanta giorni, vale a dire fino al 10 ottobre 2007 e quindi in data successiva all'emanazione del d.lgs. n. 179/2007.

stragiudiziale, istituendo la Camera di Conciliazione e Arbitrato e definendo le regole fondamentali della procedura. La Camera è stata organizzata come un organo inserito nella struttura della Consob cui è stata affidata non la decisione delle liti, ma l'amministrazione dei procedimenti di conciliazione e arbitrato (art. 2, comma 1). Il decreto ha omesso di disciplinare dettagliatamente le funzioni riservate alla Consob e le caratteristiche delle procedure arbitrali e conciliative, preferendo incaricare la Consob della concreta attuazione del sistema conciliativo e arbitrale.

Il decreto si è limitato a definire alcuni tratti dei futuri procedimenti e ha delegato alla Consob, sentita la Banca d'Italia, il compito di carattere normativo di definire, con regolamento, l'organizzazione della Camera di conciliazione e arbitrato, le modalità di nomina dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri e i requisiti che devono possedere i conciliatori e gli arbitri nonché, in termini generali, le altre funzioni attribuite alla Camera e le norme per i procedimenti di conciliazione e arbitrato. Così, per quanto riguarda la procedura, il decreto legislativo ha previsto il rinvio alle disposizioni degli artt. 806 ss. c.p.c. E degli artt. 34-36 d.lgs. 17 gennaio 2003 , n. 5; l'introduzione di una procedura semplificata per il riconoscimento all'investitore di un indennizzo; la natura rituale dell'arbitrato e l'impugnabilità per violazione di norme di diritto. Per quanto concerne l'organizzazione della Camera, il decreto legislativo ha delegato alla Consob la definizione delle modalità di formazione dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri, dei requisiti di imparzialità, professionalità e onorabilità che conciliatori e arbitri devono possedere, della periodicità dell'aggiornamento degli elenchi (art. 2, comma 5), l'individuazione dei criteri per la determinazione dell'indennizzo spettante all'investitore come ristoro delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'inadempimento dell'intermediario (art. 3, comma 2), la disciplina delle modalità di costituzione del tribunale arbitrale e di nomina del conciliatore, l'individuazione delle fattispecie di incompatibilità, rikusazione, sostituzione e responsabilità degli arbitri, nonché la determinazione degli onorari degli arbitri e dei conciliatori e delle tariffe della Camera (art. 5, comma 3).

Con Delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008 la Consob ha emanato, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 5, d.lgs. 179/2007, il “Regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob e le relative procedure” con il quale ha dato attuazione al

decreto legislativo per quanto di sua competenza. Pertanto ha disciplinato la composizione, il funzionamento e le funzioni della Camera di conciliazione e arbitrato, e gli elenchi dei conciliatori e degli arbitri (Titolo II), la conciliazione stragiudiziale (Titolo III), l'arbitrato amministrato (Titolo IV), nelle due forme dell'arbitrato ordinario (Capo I) e dell'arbitrato semplificato (Capo II), le tariffe della conciliazione e dell'arbitrato.

Con delibera n. 3 del 18 febbraio 2010, approvata dalla Consob con delibera n. 17204 del 4 marzo 2010, la Camera di Conciliazione e Arbitrato ha adottato il proprio Statuto che ne disciplina l'organizzazione e il funzionamento. Mentre con delibera n. 2 del 10 febbraio 2010, approvato dalla Consob con delibera n. 17205 del 4 marzo 2010, la Camera ha emanato Codice deontologico dei conciliatori e degli arbitri.

3. Ambito di applicazione del nuovo arbitrato amministrato dalla Camera istituita presso la Consob: limiti oggettivi e soggettivi.

La l. 262 del 2005 ha realizzato un sistema di rimedi stragiudiziali di risoluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria fondato sulla suddivisione delle competenze tra due sistemi con ambiti oggettivi e soggettivi di applicazioni complementari tali da creare un micro-sistema nel settore bancario - finanziario.

Il primo sistema è quello delineato dall'art. 128-bis t.u.b., che ha istituito l'Arbitro Bancario Finanziario, finalizzato alla risoluzione stragiudiziale delle controversie nel settore bancario originate da violazioni o inadempimenti soggetti alla vigilanza della Banca d'Italia. L'ambito di applicazione di tale strumento è confermato dalla collocazione dell'art. 128-bis nel testo unico bancario e quindi in un contesto normativo concernente l'attività bancaria in senso stretto con esclusione dei servizi di investimento¹²⁵.

Il secondo sistema, affidato alla Camera di Conciliazione e Arbitrato istituita presso la Consob, è destinato alla risoluzione delle controversie nel settore finanziario

125 Secondo la delibera CICR secondo cui per controversia si intende “una contestazione relativa a operazioni e servizi bancari e finanziari con esclusioni di quelli non assoggettati al titolo VI del TUB ai sensi dell'art. 23, comma 4, d.lgs. n. 58/1998 (T.U.F.)”. In ragione di tale definizione sono escluse dalla cognizione dell'ABF le controversie relative ai servizi e alle attività di investimento e alle altre fattispecie non assoggettate al Titolo VI del T.U. ai sensi dell'art. 23, comma 4, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

limitatamente alle liti concernenti violazioni o inadempimenti soggetti all'attività di vigilanza della Consob. Infatti, l'art. 4, comma 1, reg. Consob, prevede che la Camera amministra i procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione delle controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di quest'ultimi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori.

Dallo schema voluto dal legislatore, si desume che, dal punto di vista soggettivo, l'accesso al sistema Consob è consentito solo per le controversie insorte tra intermediari e investitori non professionali al fine di riequilibrare la posizione di contraenti deboli di questi ultimi. Dal punto di vista oggettivo, invece, l'accesso al sistema è circoscritto alle sole controversie riguardanti alla violazione da parte degli intermediari degli obblighi d'informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori.

E' opportuna fare qualche osservazione e precisazione a proposito dell'ambito, soggettivo e oggettivo, di operatività di questo nuovo arbitrato.

3.1. L' ambito soggettivo di applicazione dell'arbitrato Consob.

L'art. 27 l. 262/2005 ha definito un sistema di risoluzione delle controversie destinato ad operare soltanto in relazione alle liti fra "investitori" o "risparmiatori" e "banche o altri intermediari finanziari" relative all'inadempimento da parte degli intermediari degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela.

Il d.lgs. 179/2007 non sembra aver modificato l'ambito soggettivo di operatività del meccanismo. In particolare la circostanza che l'art. 1 d.lgs. 179/2007 richiami le controversie fra investitori e intermediari senza fare riferimento a risparmiatori, clientela, e banche, indicate invece dall'art. 27 l. 262/2005, sembra irrilevante. Tali omissioni sembrano prive di effetti nella definizione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'arbitrato Consob poiché i termini utilizzati dal legislatore sono dei sinonimi. Da una parte la generica categoria degli "investitori", utilizzata dal d.lgs. 179/07, sembra poter ricomprendere anche i "risparmiatori" definibili come investitori con scarsa o nulla propensione al rischio; dall'altra la categoria degli "intermediari"

sembra ricomprendere anche le banche in relazione alla violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela.¹²⁶

In attuazione del d.lgs. 179/2007, l'art. 4, comma 1, reg. Consob prevede che i soggetti che possono accedere all'arbitrato *de quo* sono: gli intermediari da una parte, e gli investitori, dall'altra.

In particolare l'art. 1, comma 1, lett. b), reg. Consob definisce “*investitori*” i soggetti “*diversi dalle controparti qualificate di cui all'art. 6, comma 2-quater, lett. d) e dei clienti professionali di cui ai successivi commi 2-quinquies e 2-sexies d.lgs. n.58/19998 e successive modificazioni.*”¹²⁷ Mentre gli “*intermediari*” sono definiti come “*i soggetti abilitati di cui all'art. 1, comma 1, lett. r)*”¹²⁸ del T.U.F. e vi aggiunge, rispetto al d.lgs. 179/2007, la società Poste Italiane – Divisione Servizi di Banco Posta – autorizzata ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 2001, n. 144”. Rispetto alla legge delega, il d.lgs. 179/2007 e il

126 In tal senso: R. CARLEO, *Gli strumenti di tutela dei risparmiatori e investitori istituiti presso la Consob: procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia*, in *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio* a cura di F.S. MARTORANO e V. DE LUCA, 2008, Milano; T. MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, in *Riv. Arb.* 4, 2007, 668 ss.; V. CARIDI, *Legge sul risparmio e nuovi strumenti di tutela diretta dell'investitore non professionale*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 200, 242.

127 Si è discusso (V. CARIDI, “*Legge sul risparmio e nuovi strumenti di tutela diretta dell'investitore non professionale*” in *Dbmf* 2, 2007, 234 ss. spec. 242; T. MANCINI, “*I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*”, in *Riv. arb.*, 4, 2007, 665 ss) se la procedura arbitrale si possa applicare anche alle controparti qualificate. Sul punto cfr. Premesso che l'art. 1, lett. a), d.lgs. 179/2007 definisce investitori i soggetti “diversi dai clienti professionali di cui all'art. 6, comma 2-quinquies e *sedie*, d. lgs. n. 58/19998 e successive modificazioni” senza menzionare le controparti qualificate ci si era chiesti se anche questa categoria di investitori rientrasse nel novero degli investitori non professionali cui è consentito l'accesso al nuovo arbitrato Consob. In sede di regolamentazione, la Consob ha risolto i dubbi. L'art. 1, lett. b), reg. Consob, come detto, definisce “investitori” i soggetti “diversi dalle controparti qualificate di cui all'art. 6, comma 2-quater, lett. d), e dai clienti professionali di cui ai successivi commi 2-quinquies e 2-sexies, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni”. In tal modo si è chiarito che sono esclusi dal novero di chi può ricorrere alla Camera le controparti qualificate. E' una scelta ragionevole e condivisibile. Premesso che le controparti qualificate sono i clienti che possiedono il più alto livello di esperienza, conoscenza e competenza in materia d'investimenti e quindi non hanno bisogno di una particolare protezione, la scelta di escludere questa categoria d'investitori dai soggetti che possono ricorrere alla Camera da una parte è conforme alla *ratio* del nuovo arbitrato, che è quella di tutelare il contraente debole, dall'altra è una conseguenza inevitabile dell'esclusione dei clienti professionali, essendo logico che, se sono esclusi quest'ultimi, *a fortiori* si devono escludere anche le controparti qualificate.

128 Ossia: SIM, imprese comunitarie di investimento con succursale in Italia, imprese di investimento extracomunitarie, SGR, società di gestione armonizzata, Sicav nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 TUB e le banche italiane, le banche comunitarie con succursali in Italia e le banche extracomunitarie autorizzate all'esercizio dei servizi o delle attività di investimento.

successivo regolamento attuativo hanno specificato la categoria degli investitori identificandola nelle persone, fisiche e giuridiche, che non sono “clienti professionali” o “controparti qualificate”. Preliminarmente si deve rilevare che tale estensione non configura una violazione della legge delega poiché si tratta di norme interpretativa della categoria dei “risparmiatori” conformemente alla *ratio* sottesa alla legge sulla tutela del risparmio..

In passato¹²⁹ gli investitori erano suddivisi in due sottocategorie: gli investitori professionali, ovvero i soggetti capaci di sopportare i costi di reperimento e di elaborazione delle informazioni presenti; gli investitori non professionali, ovvero i soggetti che non possiedono le competenze necessarie per assumere autonomamente le proprie decisioni né dispongono di risorse sufficienti per sostenere i costi di reperimento delle informazioni necessarie per realizzare un buon investimento. In seguito con la Dir. 2004/39/CE c.d. MIFID la classificazione degli investitori è stata specificata ulteriormente suddividendoli in tre categorie: clienti al dettaglio (c.d. *retail*); clienti professionali e controparti qualificate. I clienti al dettaglio sono i soggetti che possiedono l'esperienza, le conoscenze e le competenze necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia d'investimenti e per valutare correttamente i rischi che assumono. Essi richiedono un livello di protezione inferiore rispetto a quello dei clienti al dettaglio e pertanto è prevista una parziale esenzione dall'applicazione delle regole di condotta nei rapporti tra intermediari e clienti. La categoria dei clienti professionali è composta di due sottocategorie: i “clienti professionali privati”, individuati nel Regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007 (pubblicato S.O. n. 222 alla G.U. n. 255 de 12 novembre 2007) in attuazione dell'art. 6-*quinquies*, d.lgs. 179/2007¹³⁰; e i “clienti professionali pubblici”, individuati

129 Reg. Consob 4 agosto 2000 (in G.U. 18 settembre 2000, n. 218, Sup. Ord.) così come modificato dal Reg. 17 giugno 2002 (G.U. 28 giugno 2002, n. 167) emanato in attuazione dell'art. 30, comma 2, t.u.f.

130 Sono investitori professionali privati: banche, imprese d'investimento, altri istituti finanziari autorizzati o regolamentati, imprese di assicurazione, organismi di investimento collettivo e società di gestione di tali organismi, fondi pensione e società di gestione di tali fondi, i negozianti per conto proprio di merci e strumenti derivati su merci, soggetti che svolgono esclusivamente la negoziazione per conto proprio su mercati di strumenti finanziari e che aderiscono indirettamente al servizio di liquidazione, nonché al sistema di compensazione e garanzia, agli investitori istituzionali, agenti di cambio, imprese di grandi dimensioni che presentano a livello di singole società, almeno due dei seguenti requisiti dimensionali: - totale di bilancio: € 20.000.000,00; - fatturato netto: € 40.000.000,00; - fondi propri: € 2.000.000,00; nonché gli investitori istituzionali la cui attività principale è investire in strumenti finanziari, compresi gli enti dediti alla cartolarizzazione di attivi o altre operazioni finanziarie.

con regolamento dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. Le “controparti qualificate”, infine, sono i clienti che possiedono il più alto livello di esperienza, conoscenza e competenza in materia d’investimenti e, pertanto, non richiedono particolare protezione.¹³¹

Per individuare le sottocategorie d’investitori cui si applica il nuovo arbitrato Consob, soccorre la ratio della disciplina. L'intenzione del legislatore è di prevedere uno strumento che compensi l'inferiorità del contraente debole escludendo dall'applicabilità del sistema di soluzione stragiudiziale delle liti a soggetti, che per le proprie conoscenze, esperienze e competenze, sono in grado di assumere decisioni consapevoli in materia di investimenti e di valutarne il rischio. Sicché per “investitori diversi dai clienti professionali”, cui si riferisce l'art. 1 reg. Consob, devono intendersi i soli clienti al dettaglio con esclusione sia dei clienti professionali sia delle controparti qualificate, nonostante non espressamente menzionate né nel decreto legislativo né nel regolamento attuativo. Infatti, se sono esclusi dall'ambito di applicazione del nuovo arbitrato i clienti professionali, *a fortiori* devono essere escluse le controparti qualificate. Le competenze di cui dispongono questi ultimi sono maggiori anche di quelle dei clienti professionali pertanto includerli nella categoria degli “investitori non professionali” significherebbe violare la ratio della disposizione.

Il sistema Consob è stato costruito come sistema accessibile ai soli soggetti che, per la scarsa esperienza e conoscenza in materia di investimenti, hanno bisogno di una maggiore tutela, sia in fase precontrattuale che contrattuale dei servizi di investimento, vale a dire i clienti al dettaglio. E' una scelta coerente al disegno complessivo del legislatore di sviluppare un sistema di tutele del risparmiatore, sia nel settore bancario che finanziario, che ne compensasse la debolezza in quanto contraente debole e aiutasse

131 Sono “controparti qualificate” le imprese di investimento, le banche, le imprese di assicurazione, gli OICR, le SGR, le società di gestione armonizzate, i fondi pensione, gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi previsti dagli artt. 106, 107 e 113 t.u.b., gli istituti di moneta elettronica, le fondazioni bancarie, i Governi nazionali e i loro corrispondenti uffici, compresi gli organismi pubblici incaricati di gestire il debito pubblico, le banche centrali e le organizzazioni sovranazionali a carattere pubblico, le imprese la cui attività principale consiste nel negoziare per conto proprio nei mercati degli strumenti finanziari derivati e, per meri fini di copertura, nei mercati a pronti, purché esse siano garantite da membri che aderiscono all'organismo di compensazione di tali mercati, le categorie corrispondenti a quelle dei numeri precedenti di soggetti di Paesi non appartenenti all'Unione Europea, nonché le imprese di grandi dimensioni che presentano, a livello di singola società, almeno due dei seguenti requisiti dimensionali: totale di bilancio: - € 20.000.000,00; fatturato netto: - € 40.000.000,00; - fondi propri: €2.000.000,00. Sono, altresì, controparti qualificate le imprese cui sono prestati i servizi sopra menzionati, che siano qualificati come tali, ai sensi dell'art. 24, par. 3, Dir. 2004/39/CE, dall'ordinamento dello Stato comunitario in cui hanno sede.

la vigilanza.

Gli “intermediari”, invece, sono “*i soggetti abilitati di cui all’art. 1, comma 1, lett. r)*” 132 del T.U.F. e successive modificazioni e la società Poste Italiane – Divisione Servizi di Banco Posta – autorizzata ai sensi dell’articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 2001, n. 144”. In virtù di tale definizione sono escluse dall’ambito di applicazione dell’arbitrato Consob le controversie che non discendono dalla violazione degli obblighi d’informazione, correttezza e trasparenza. Pertanto non possono partecipare a procedure arbitrali o conciliative amministrative dalla Camera, soggetti che pur potrebbero essere tenuti al risarcimento del danno subito dall’investitore, come emittenti di prodotti finanziari, revisori, analisti finanziari, o organismi di vigilanza (come la Consob).¹³³

3.2. L’ambito oggettivo di operatività dell’arbitrato amministrato dalla Camera Consob.

L’ambito oggettivo di applicazione del nuovo arbitrato istituito presso la Consob è individuato dall’art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 179/2007 secondo cui possono essere devolute in arbitrato le liti aventi ad oggetto “*la risoluzione delle controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali con gli investitori*”.

Da questa norma si ricava che non possono essere devolute in arbitrato le controversie relative a responsabilità di tipo extracontrattuale, le controversie relative alla violazione di obblighi diversi dalla violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nonché le azioni finalizzate a verificare la nullità del contratto di intermediazione per motivi diversi dalla violazione degli obblighi di informazione. In virtù di quest’ultima considerazione è esclusa, pertanto, l’arbitrabilità delle controversie concernenti la violazione dell’obbligo della forma scritta per la conclusione dei contratti

132 Ossia: SIM, imprese comunitarie di investimento con succursale in Italia, imprese di investimento extracomunitarie, SGR, società di gestione armonizzata, Sicav nonché gli intermediari finanziari iscritti nell’elenco previsto dall’art. 107 TUB e le banche italiane, le banche comunitarie con succursali in Italia e le banche extracomunitarie autorizzate all’esercizio dei servizi o delle attività di investimento.

133 R. CARLEO, cit. 370 ss., osserva che tale limitazione, pur opportuna potrebbe avere l’effetto di rendere gli intermediari bersaglio privilegiato degli investitori, concentrando su di essi il costo immediato della tutela dei risparmiatori, con l’effetto di rendere possibili ricadute sul mercato e sugli stessi investitori in termini di aumento del prezzo dei servizi finanziari.

di intermediazione finanziaria previsto dall'art. 23 T.U.F.

La limitazione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'arbitrato Consob alle controversie relative alla violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza prevista nei rapporti contrattuali con gli investitori apre la discussione¹³⁴ alla possibilità di applicare il nuovo istituto oltre che alle controversie afferenti ai servizi di investimento¹³⁵, anche alle controversie afferenti al servizio di gestione collettiva del risparmio; nonché alla possibilità di estenderne l'applicazione dell'istituto alle controversie relative a responsabilità precontrattuale.

Per quanto concerne le controversie attinenti la gestione collettiva del risparmio, i dubbi interpretativi sono originati dalla legge n. 262 del 2005 che nel conferire al governo la delega per la creazione di strumenti di risoluzione alternativi delle controversie faceva riferimento all'istituzione di procedure di conciliazione e arbitrato afferenti alla “*materia dei servizi di investimento*” e dall'art. 1, lett. b), d.lgs. 179/2007, che definiva intermediari “*i soggetti abilitati alla prestazione di servizi e attività di investimento*”. In virtù di tali disposizioni ci si è chiesti se il Reg. Consob, che nell'art. 1, lett. c) definisce intermediari “*i soggetti abilitati*” (e quindi anche le SGR), non riproducendo la menzionata limitazione ai servizi di investimento, implicitamente confermi tale esclusione o se, invece, tale esclusione deve essere interpretata come segno della volontà di estendere l'accesso alle procedure amministrative dalla Camera anche alle controversie afferenti all'attività di gestione collettiva del risparmio.

Quest'ultima possibilità ermeneutica appare preferibile essendo più aderente sia al complessivo impianto normativo su cui si fonda l'istituenda procedura di arbitrato sia alla *ratio* che ne sorregge la disciplina.¹³⁶ Gli elementi rilevanti a tal fine sono: l'art. 1, lett. b), d.lgs. 179/07 e l'art. 2, comma 1, d.lgs. 179/2007 in combinato disposto con l'art. 4 reg. Consob e l'art. 6 d. lgs. 179/2007. In particolare l'art. 2, comma 1, d. lgs. 179/2007, e l'art. 4 reg. Consob definiscono l'ambito oggettivo di operatività della procedura disponendo l'istituzione di una Camera di conciliazione e di arbitrato presso

134 T. MANCINI, *Sul regolamento di arbitrato Consob*, in www.judicium.it e il documento di consultazione del regolamento disciplinante la Camera di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob, emanato dalla Consob il 4 agosto 2008, in www.consob.it

135 Per “servizi di investimento” si intendono sia i servizi di gestione individuale di portafogli sia i servizi di consulenza in materia di investimento.

136 Posto che le SGR svolgono sia attività di investimento che di gestione collettiva del risparmio, non è rilevante per accogliere l'interpretazione restrittiva che le SGR siano tra i “soggetti abilitati” ai sensi dell'art. 1, lett. b), d. lgs. 179/2007 e successivo reg. Consob.

la Consob per l'amministrazione del procedimento di arbitrato promosso “*per la risoluzione delle controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di quest'ultimi di obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori*”. Il *thema decidendum* è definito facendo riferimento esclusivamente alla natura degli obblighi assertivamente violati dagli intermediari e non anche alla natura dei rapporti contrattuali con gli investitori. Poiché gli obblighi d'informazione, correttezza e trasparenza possono afferire sia al servizio di gestione collettiva del risparmio sia ai servizi d'investimento, anche le controversie che derivano dall'attività di gestione collettiva del risparmio possono configurare una violazione degli obblighi cui è circoscritto l'oggetto del giudizio arbitrale. Il secondo riferimento normativo a favore dell'interpretazione estensiva è l'art. 6, d.lgs. 179/2007 che, disciplinando l'efficacia delle clausole compromissorie, fa testualmente riferimento ai “*contratti di gestione collettiva del risparmio*”, con ciò presupponendo implicitamente che le clausole compromissorie per accedere all'arbitrato istituito dalla Camera presso la Consob può essere inserite anche in tale tipologia di contratti.

In conclusione, in virtù delle considerazioni svolte, si può affermare che anche le liti concernenti il servizio di gestione collettiva del risparmio sono suscettibili di devoluzione in arbitrato secondo le speciali procedure amministrative dalla Camera arbitrale istituita presso la Consob¹³⁷.

Per quanto concerne le controversie inerenti alla responsabilità precontrattuale dell'intermediario, il problema ha fondamento nella difficoltà di qualificare tale forma di responsabilità come responsabilità contrattuale o extracontrattuale. Nel primo caso l'accesso al sistema Consob sarebbe ammesso, mentre nel secondo caso sarebbe escluso.

In proposito va rilevata l'importanza della teoria dottrinale e giurisprudenziale che individua la categoria giuridica del “contatto sociale” cui è correlata quella dell'obbligazione senza prestazione, che conduce alla configurazione della responsabilità precontrattuale come responsabilità contrattuale e non extracontrattuale. In particolare, si ritiene che se una norma giuridica s'impegna a disciplinare una relazione sociale sottoponendola al doveroso rispetto del principio di buona fede, ciò

137 Conf.: L. BERGAMNI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria* in *I contratti del mercato finanziario* a cura di E. GABRIELLI e R. LENER, 2010, Torino, 429, spec. 471 ss

acquista un preciso rilievo sotto il profilo giuridico, nel senso che la semplice relazione sociale assume i contorni di un vero e proprio rapporto obbligatorio. Sicché una controversia avente ad oggetto una responsabilità dell'intermediario per violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei confronti dell'investitore avvenuti in sede di trattative precontrattuali è astrattamente conoscibile dall'arbitrato amministrato Consob. A conferma di tale conclusione si rileva che dal termine "violazioni" si può dedurre la risarcibilità dei danni di carattere precontrattuale.

Infine la delimitazione dell'ambito di applicazione dell'arbitrato Consob agli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori determina il quesito se sono escluse dal meccanismo Consob le controversie relative alla violazione dell'obbligo di diligenza dell'intermediario.

Infatti, mentre l'art. 21 t.u.f. disciplina gli obblighi nascenti dai contratti di intermediazione finanziaria prevedendo che i soggetti abilitati devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, l'art. 2, comma 2, d.lgs. 179/2007 circoscrive l'ambito di applicazione del nuovo arbitrato istituito presso la Consob alle controversie relative alla violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza. Il quesito da esaminare è se con l'omessa menzione della diligenza il legislatore abbia voluto escludere dall'ambito di applicazione dell'arbitrato le controversie concernenti la violazione di tale obbligo da parte dell'intermediario. La soluzione preferibile è che non possono essere devolute in arbitrato Consob le controversie aventi a oggetto la violazione degli obblighi derivanti dal dovere di diligenza imposto all'intermediario diverso dagli obblighi d'informazione. Infatti, l'art. 21 t.u.f. stabilisce i criteri generali cui deve ispirarsi la condotta dell'intermediario (ovvero correttezza, trasparenza e diligenza) mentre l'art. 2, comma 1, d.lgs. 179/2007 delimita il proprio ambito oggettivo di applicazione scendendo dal piano delle clausole generali a quello degli obblighi in cui tali clausole devono specificarsi. L'obbligo d'informazione, in effetti, costituisce una specificazione del più generale obbligo di diligenza imposto agli intermediari finanziari ma non esaurisce l'intera gamma dei doveri di diligenza previsti dalla normativa primaria e secondaria vigente. La diligenza impone, infatti, oltre agli obblighi informativi, anche altri obblighi di comportamento come ad esempio quello di eseguire con tempestività le disposizioni impartite dagli investitori o l'impegno per realizzare

servizi di investimento che garantiscono i migliori risultati possibili.¹³⁸ Sicché il legislatore, facendo riferimento alle controversie concernenti la violazione degli obblighi d'informazione senza menzionare la diligenza, ha voluto restringere l'ambito delle controversie deferibili in arbitrato Consob a quella specifica fattispecie di violazione della diligenza costituita dalla violazione degli obblighi di informazione.¹³⁹

4. La Camera di Conciliazione e Arbitrato: struttura e funzioni.

La Camera di conciliazione e arbitrato è un organismo composto di cinque membri: un Presidente e quattro membri, tutti nominati con provvedimento della Banca d'Italia.

Al fine di garantire la rappresentatività dei soggetti interessati, l'art. 2, comma 1, d.lgs. 179/2007 prevede che i componenti della Camera siano designati come segue:

il Presidente e due membri sono designati dalla Consob;

un membro è designato dal Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti;

un membro è designato dalle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentative.

La designazione è comunicata entro sessanta giorni dalla ricezione di un atto di invito da parte della Consob. Alla Consob spetta il compito valutare la sussistenza dei requisiti richiesti per la nomina in capo ai soggetti designati dalle associazioni degli intermediari e del CNCU. Per evitare che il ritardo o il mancato esercizio del potere di designazione attribuito ai suddetti soggetti possa ripercuotersi negativamente sulla costituzione della Camera, è stato previsto che la Consob possa esercitare un potere sostitutivo laddove essi non vi provvedano nel termine previsto dal regolamento (art. 2, comma 2).

Prima di esaminare i membri strutturali della Camera e le relative funzioni, si

138 V. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2004, 106 ss

139 L'esclusione delle controversie concernenti la violazione dell'art. 21 t.u.f. dall'ambito di applicazione dell'arbitrato Consob è confermata anche partendo dal diverso presupposto che la diligenza non svolge una funzione integrativa del contenuto della prestazione ma assume rilievo esclusivamente sul piano della responsabilità. L'inserimento dell'art. 2, comma 1, degli obblighi di informazione accanto a quelli di correttezza e trasparenza potrebbe essere spiegato con la volontà del legislatore di identificare le controversie conciliabili e arbitrabili solo in quelle nascenti dalla violazione degli obblighi che concorrono ad integrare il contenuto della prestazione dovuta. Presupposto che, tra gli obblighi nascenti dal dovere di diligenza, solo l'obbligo di informazione è stato oggettivizzato al punto di divenire parte della prestazione dovuta, ne consegue che solo la violazione di tale obbligo potrebbe essere fonte di responsabilità.

deve rilevare che alla Camera è attribuita la funzione di amministrare i procedimenti di conciliazione e di arbitrato. Essa non interviene in alcun modo, nel corso della procedura di conciliazione e nel giudizio arbitrale, nel merito della controversia (art. 4, comma 1, Reg. Consob). Per evitare dubbi di legittimità determinabili dalla concentrazioni di funzioni regolamentare, vigilare, sanzionare e giudicare le violazioni degli intermediari agli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali con la clientela(v. par. 5), si è cercato di delineare la struttura e le funzioni della Camera in modo che la stessa risultasse un organismo autonomo, imparziale e indipendente rispetto alla Consob.

Al fine di garantire l'autonomia della Camera rispetto alla Consob, l'art. 2, comma 1, reg. Consob, in attuazione dell'art. 2, comma 5, lett. a) d.lgs. 179/2007 prevede che i componenti della Camera stessa devono essere designati tra persone di specifica e comprovata esperienza e competenza e di riconosciuta indipendenza. A questo proposito, l'art. 2, comma 3, reg. Consob specifica che i componenti della Camera devono essere individuati tra persone appartenenti alle seguenti categorie: a) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori; dottori commercialisti iscritti nella Sezione A) dell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili da almeno dodici anni; b) notai con almeno sei anni di anzianità di servizio; magistrati ordinari, in servizio da almeno dodici anni o in quiescenza; magistrati amministrativi e contabili con almeno sei anni di anzianità di servizi o in quiescenza; c) professori universitari di ruolo in materie giuridiche ed economiche in servizio o in quiescenza; dirigenti dello Stato o di Autorità indipendenti con almeno venti anni di anzianità di servizio laureati in discipline giuridico/economiche, in servizio o in quiescenza. I tre membri designati dalla Consob, ivi compreso il Presidente, sono di norma individuati all'interno di ciascuno dei gruppi di categorie appena elencati.

Al fine di garantirne l'indipendenza¹⁴⁰ l'art. 2, comma 1, reg. Consob prevede l'inaffidabilità dei membri designati, prescrivendo che i componenti della Camera durano in carica sette anni, senza possibilità di essere confermati.

140 L'indipendenza è definita dalla Corte Costituzionale (sent. 31 marzo 1965 n. 17) come “la libertà di agire secondo il proprio giudizio e la propria volontà senza subire condizionamenti da altri”. Pertanto essa si traduce nell’assenza di vincoli e di rapporti di soggezione formale o sostanziale nei confronti di altri organi, poteri o soggetti, assenza indispensabile per evitare condizionamenti del giudice e, quindi, la possibilità di incidere, in via mediata, sulle sue attribuzioni.

Al fine di garantire l'imparzialità¹⁴¹ della Camera rispetto alla Consob, il reg. Consob ha previsto alcune guarentigie analoghe a quelle previste nel codice di procedura civile a tutela dell'imparzialità e dell'indipendenza del giudice. Si tratta dell'incompatibilità, della decadenza, dell'obbligo di astensione e di ricsuzione dei membri della Camera. In particolare l'art. 2, comma 1, reg. Consob prevede l'incompatibilità a ricoprire il ruolo di membro della Camera arbitrale per coloro che rivestono incarichi presso altri organismi di conciliazione e di arbitrato, istituiti da enti pubblici o privati e operanti in qualsiasi settore, nonché per coloro che esercitano attività di conciliazione o di arbitrato ovvero ogni altra attività che ne possa compromettere l'indipendenza e l'autonomia di giudizio. Infatti, l'art. 5, comma 1, Stat. prevede l'obbligo dei componenti della Camera che si trovino in una delle situazione di incompatibilità previste dall'art. 2, comma 1, reg. Consob o abbia perso alcuni dei requisiti di cui all'art. 2, comma 3, reg. Consob di astenersi dall'incarico. E' previsto un obbligo di c.d. *disclosure* dei membri della Camera arbitrale che sono tenuti a dichiarare la propria situazione assumendosene la responsabilità. E' previsto che l'iniziativa di rilevare l'eventuale incompatibilità o perdita del requisito di accesso possa essere eccepito anche d'ufficio dal collegio camerale. Nell'ipotesi in cui un membro abbia dichiarato di trovarsi in una situazione d'incompatibilità ovvero di perdita del requisito per la nomina o di tale situazione abbia saputo il collegio camerale si apre un procedimento speciale finalizzato ad accertarne l'esistenza ed eventualmente dichiararne la decadenza. Il procedimento si svolge dinanzi al Collegio camerale che sente l'interessato ed esperisce, ove necessario, sommari accertamenti. La successiva fase è differente. Nel caso d'incompatibilità, il collegio fissa un termine entro cui il membro deve esercitare l'opzione, decorso il quale, senza che sia cessata la causa di incompatibilità o siano state presentate dimissioni, dichiara la decadenza dall'ufficio del componente stesso. Nel caso, invece, di perdita del requisito per la nomina, dichiara la decadenza dell'ufficio. La disciplina della ricsuzione degli arbitri disegnata dal

141 Imparzialità è la posizione di assoluta equidistanza e indifferenza rispetto alla posizione delle parti. Nell'ordinamento giurisdizionale statale l'imparzialità del giudice è garantita attraverso la sottrazione al giudice (avendo riguardo alla persona fisica del magistrato che riveste la funzione di giudice) del potere-dovere di giudicare in quelle cause nelle quali, a causa di determinati possibili rapporti con una delle parti, si potrebbe obiettivamente dubitare di tale imparzialità. Tale sottrazione avviene attraverso l'istituto della ricsuzione e quello dell'astensione. L'astensione è un'iniziativa spontanea del giudice mentre la ricsuzione è la specifica contestazione per opera della parte che ha motivo di dubitare dell'imparzialità del giudice. La legge compie un'elencazione tassativa di situazioni o rapporti.

regolamento riprende sostanzialmente il regime delineato dall'art. 815 c.p.c., richiamando fra l'altro i motivi di riconsunzione degli arbitri previsti da tale norma. L'art. 23 precisa però sulla riconsunzione la Camera decide entro quindici giorni della presentazione dell'istanza. Ex art. 24, comma 4, reg., la presentazione dell'istanza alla Camera sospende il procedimento arbitrale, diversamente da quanto previsto dall'ult. co. dell'art. 815 c.p.c. La *ratio* della previsione è nel breve termine entro cui la Camera deve provvedere, termine che evita che la sospensione causi un rallentamento della procedura.¹⁴²

Concluso l'esame dei rapporti tra Camera e la Consob, è possibile procedere all'esame della struttura e delle funzioni di tale organismo. La Camera è composta di due organi: il collegio camerale e il presidente, oltre alla segreteria incaricata di svolgere funzioni di supporto tecnico amministrativo della Camera.

Il Presidente rappresenta la Camera nei settori di competenza e mantiene i rapporti con la Consob, con le istituzioni, e con gli organismi preposti alla risoluzione stragiudiziale delle controversie istituiti da enti pubblici e privati; convoca il collegio camerale, stabilisce l'ordine del giorno e ne dirige i lavori; vigila sull'attuazione delle deliberazioni del collegio camerale, dettandone le necessarie direttive e tenendone informato il collegio stesso; presenta al collegio camerale, per l'approvazione, lo schema di relazione sull'attività svolta da sottoporre alla Consob ai sensi dell'art. 3, comma 5 del regolamento; sovrintende all'attività istruttoria della segreteria e riferisce al collegio per l'adozione delle conseguenti delibere; sulla base delle risultanze istruttorie presentate dalla segreteria, dispone se del caso per l'adozione delle necessarie correzioni e integrazioni che le parti delle procedure di conciliazione e di arbitrato amministrato sono tenute a trasmettere in ordine alle domande già inoltrate; adotta, in caso di urgenza, provvedimenti di competenza del collegio camerale che sottopone a ratifica dello stesso nella prima riunione successiva; dà istruzioni sul funzionamento della segreteria e verifica i risultati dell'attività svolta; sovrintende al sito internet della Camera, verificando che la segreteria ne curi il funzionamento e l'aggiornamento sulla base delle direttive ad essa impartite; esercita ogni altra funzione prevista dalle disposizioni di legge o di regolamento; può delegare a singoli componenti specifici incarichi temporanei, informandone il collegio camerale.

142 Relazione di accompagnamento al documento di consultazione datato 4 agosto 2008, 35.

Il collegio camerale esercita collegialmente tutte le attribuzioni conferite alla Camera dalle disposizioni di legge o di regolamento. Il collegio delibera in via generale i modi per lo svolgimento dei compiti di natura istruttoria e gli adempimenti tecnico-procedurali necessari all'amministrazione delle procedure conciliative e arbitrali e alla tenuta degli elenchi; le norme in materia di protocollazione, archiviazione di atti e documenti e organizzazione e gestione del sistema informativo; le norme che disciplinano l'attribuzione della firma per gli atti della Camera non aventi contenuto deliberativo; le modalità per la tempestiva circolazione fra i componenti e con la segreteria delle informazioni necessarie all'esercizio dei suoi compiti, anche per via telematica.

Ai sensi dell'art. 3, comma 4, del regolamento, la Camera si avvale della collaborazione di una segreteria il cui personale è individuato dalla Consob. La segreteria fornisce il supporto amministrativo per lo svolgimento delle funzioni attribuite alla Camera. In particolare, la segreteria: agisce come segreteria del collegio camerale, curando, salvo quanto disposto dall'articolo 13, la verbalizzazione delle riunioni; registra tutte le comunicazioni al collegio camerale, con indicazione della provenienza, della data e dell'oggetto; riferisce al collegio camerale sullo stato e sull'andamento dei procedimenti conciliativi e arbitrali e delle attività relative alla tenuta degli elenchi dei conciliatori e degli arbitri; comunica ai destinatari le decisioni assunte dal collegio camerale e dal presidente; svolge le attività istruttorie relative alla tenuta degli elenchi e al loro aggiornamento; svolge le attività istruttorie relative ai procedimenti conciliativi e arbitrali; riceve i documenti e le comunicazioni dalle parti, dai conciliatori e dagli arbitri; forma e conserva i fascicoli dei procedimenti conciliativi e arbitrali, assicurando la riservatezza degli atti; tiene i ruoli generali cronologici dei procedimenti conciliativi e arbitrali; rilascia alle parti, su loro richiesta, copia degli atti e dei documenti indicati nel regolamento relativi ai procedimenti conciliativi e arbitrali, fermo restando quanto previsto dall'articolo 15; cura il funzionamento e l'aggiornamento del sito internet della Camera.

5. La natura della Camera di arbitrato e conciliazione istituita presso la Consob: organo autonomo o strumentale alla Consob?

La normativa sopra indicata non chiarisce espressamente se la Camera sia un soggetto autonomo e distinto dalla Consob ovvero se debba, piuttosto, essere qualificata come organo strumentale dell'autorità di vigilanza.

5.1. La tesi dell'autonomia della Camera di Arbitrato e Conciliazione istituita presso la Consob rispetto alla Autorithes.

Secondo la tesi dell'autonomia, la Camera di Arbitrato e Conciliazione istituita dal d.lgs. 179/2007 è un soggetto giuridico autonomo rispetto alla Consob.

Secondo la suddetta teoria, infatti, la soggettività giuridica autonoma esiste quando, sulla base del diritto positivo, un'entità risulti capace di porre in essere atti produttivi di effetti nella sfera giuridica altrui, oltre che nella propria, e cioè atti rilevanti all'esterno o ad esso formalmente e sostanzialmente imputabili. In virtù di tale definizione, l'autonomia della Camera di Arbitrato e di Conciliazione potrà essere affermata solo ove alla Camera stessa sia riconosciuta la suddetta attitudine. Gli argomenti a sostegno di tale orientamento sono quattro: a) il ricorso all'istituto dell'avvalimento di beni e servizi prescritto dall'art. 2, comma 2, d.lgs. 179/07; b) l'autonomia organizzativa della Camera; c) l'autonoma potestà di adottare atti; d) l'assenza degli indici da cui, in fattispecie simili, si è desunta l'assenza di soggettività di una Camere arbitrale istituita presso un Autorità indipendente.

a) Per quanto concerne l'avvalimento di beni e servizi, nella legge delega l'art. 27 comma 1 ha previsto *“l'istituzione di previsione di procedure di conciliazione e di arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla CONSOB per la decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori, esclusi gli investitori professionali, e le banche o gli altri intermediari finanziari circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela”*. In attuazione dei criteri direttivi indicati nella menzionata delega, l'art. 2, comma 1, d.lgs. 179/2007 ha istituito la *“Camera di conciliazione ed arbitrato, per l'amministrazione dei procedimenti di*

conciliazione e arbitrato promossi per la risoluzione delle controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di quest'ultimi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investiti” Nello svolgimento della suddetta attività, ai sensi dell'art. 2, comma 2, “*la Camera di conciliazione e arbitrato svolge la propria attività avvalendosi di strutture e risorse individuate dalla Consob*”.

Dall'elemento normativo emerge che l'indicazione contenuta nella legge delega di istituire procedure di conciliazione e arbitrato si è tradotta nella scelta del legislatore delegato di individuare un apposito organismo, la Camera appunto, cui affidare la gestione del procedimento arbitrale e conciliativo.

La *ratio* sottesa a tale scelta è costituita dalla volontà di tenere estranea l'Autorità di vigilanza dalla gestione delle stesse procedure eludendo il rischio di un inammissibile conferimento di funzioni para-giurisdizioni alla Consob.¹⁴³

Per il resto il legislatore delegato sembrerebbe aver delineato il rapporto intercorrente tra la Camera e la Consob, in relazione allo svolgimento delle attività normativamente attribuite alla prima, come un ipotesi di amministrazione indiretta o avvalimento di servizi e uffici.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza tale istituto ricorre quando l'ente titolare della funzione utilizzi gli uffici di altro ente conservando, tuttavia, anche in concreto la titolarità della funzione cui il compimento delle operazioni predette è finalizzato. In tal caso, l'attività compiuta dagli uffici dell'ente di cui ci si avvale resta imputata all'ente titolare della funzione che ne risponde nei confronti dei terzi.

Ebbene, nel caso di specie, secondo la teoria dell'autonomia, alla Camera arbitrale sarebbe riconosciuto il potere di avvalersi di strutture e risorse della Consob al fine dello svolgimento delle funzioni normativamente riconosciutele senza che ciò incida sul piano dell'imputazione degli effetti che rimangono in capo alla Camera.

b) Il secondo argomento a favore della tesi dell'autonomia della Camera si

143 Attribuire alla Consob lo svolgimento del ruolo di arbitro avrebbe significato cumulare in capo alla Consob sia le funzioni proprie di un'autorità di vigilanza sia le funzioni proprie di un'autorità di garanzia con tre rischi: a) la Consob sarebbe chiamata a decidere della violazione di una normativa che essa stessa ha contribuito a definire; b) la stessa Commissione potrebbe essere chiamata a svolgere una funzione di arbitro e subito dopo una funzione di controllore nell'ambito di un eventuale procedimento sanzionatorio; c) infine, il rischio che le violazioni della disciplina sui servizi di investimento determini una responsabilità della Consob a titolo di omessa o negligente vigilanza di talché ciò rischierebbe di compromettere l'imparzialità dell'organo.

ricaverebbe dalle regole concernenti la sua organizzazione previste dallo Statuto emanato dalla Camera arbitrale con delibera n. 3 del 18 febbraio 2010, in attuazione dei poteri conferitigli dal Regolamento Consob.

Dall'analisi di tali disposizioni, la struttura organizzativa della Camera sarebbe caratterizzata da importanti elementi di autonomia che mal si concilierebbero con la tesi che la qualifica quale articolazione della Consob.

Infatti, lo Statuto stabilisce che la Camera esercita i compiti a essa assegnati dalle disposizioni di legge e di regolamento con “*indipendenza e autonomia funzionale ed organizzativa*” (art. 3, comma 1); ha il potere di individuare i suoi organi ovvero il Collegio camerale e il Presidente, il quale rappresenta la Camera; la Camera ha il potere di adottare, in caso di urgenza, provvedimenti di competenza del Collegio camerale (art. 7, comma 1, lett. a e g). A sua volta il Collegio camerale, ai sensi dell'art. 9, comma 2, lett. a), dello Statuto, ha il potere di deliberare le modalità per lo svolgimento dei compiti di natura istruttoria e gli adempimenti tecnico-procedurali necessari all'amministrazione delle procedure conciliative ed arbitrali e alla tenuta degli elenchi; nonché, in base all'art. 15, il potere di adottare le misure idonee ad assicurare la partecipazione ai procedimenti amministrativi nonché l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, individuando le categorie di quelli sottratti all'accesso e di quelli per i quali l'accesso debba o possa essere differito.

c) Un terzo argomento sarebbe desumibile dalle disposizioni concernenti il funzionamento della Camera arbitrale. In particolare il riferimento è a quelle disposizioni che attribuiscono alla Camera la potestà di adottare atti rilevanti all'esterno.

Ciò si desumerebbe dalla disposizione che riconosce a una deliberazione della Camera il potere di disporre le cancellazioni, i dinieghi e le iscrizioni degli interessati negli appositi elenchi, all'esito di specifiche attività istruttorie autonomamente svolte dalla stessa Camera e preordinata alla verifica e al controllo della sussistenza e della permanenza in capo agli interessati dei requisiti prescritti. Tale potere è conferito alla Camera dall'art. 4, comma 1, lett. a), il quale prevede che la Camera cura la tenuta degli elenchi dei conciliatori e degli arbitri e provvede ogni sei mesi al loro aggiornamento mediante atti riconducibili alla Camera.

Nonché alla disposizione che riconosce alla Camera il potere-dovere di stabilire le regole volte a disciplinare le istruttorie relative ai procedimenti amministrativi di sua

competenza. A tal proposito l'art. 9, comma 2, lett. a), dello Statuto stabilisce che il Collegio Camerale delibera in via generale le modalità per lo svolgimento dei compiti di natura istruttoria e gli adempimenti tecnico-procedurali necessari all'amministrazione delle procedure conciliative e arbitrali e alla tenuta degli elenchi.

Ebbene il potere di adottare atti rilevanti all'esterno costituisce uno degli indici dell'autonomia di talché ne conseguirebbe la soggettività distinta della Camera rispetto alla Consob.

d) Infine l'ultimo argomento a favore della tesi dell'autonoma soggettività della Camera arbitrale rispetto alla Consob si ricaverebbe dal confronto tra la disciplina relativa ad essa e la disciplina dell'analoga Camera arbitrale per i contratti pubblici istituita presso l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavoro, servizi e forniture.

Infatti, la Camera arbitrale indicata da ultimo è inserita nella struttura organizzativa dell'Autorità presso cui è istituita che ne stabilisce direttamente le norme di funzionamento. Il Regolamento di Organizzazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavoro, servizi e forniture disciplina la Camera arbitrale per i contratti pubblici nell'ambito del Capo III prevedendo che la sua organizzazione interna sia disciplinata “*con proprio regolamento deliberato dal Consiglio dell'Autorità sentito il Consiglio della Camera arbitrale*” (art. 23, comma 1) e che “*le attività di supporto per l'espletamento della Camera arbitrale sono svolte da persone dell'autorità*” (art. 23, comma 2).

In ragione della forte ingerenza esercitata dall'Autorità per la vigilanza, la giurisprudenza più recente ha ritenuto quest'ultima “far parte” dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 13 febbraio 2007, n. 53).

Diversamente, nella Camera arbitrale istituita presso la Consob, è la Camera stessa a disporre le proprie norme di organizzazione e funzionamento attraverso il proprio Statuto adottato mediante una propria delibera mentre all'Autorità di vigilanza residua un potere di mera approvazione e di suggerimento di eventuali modifiche.

Pertanto secondo la teoria dell'autonomia, adottando un criterio di ragionamento *a contrario*, in assenza degli indici presenti nei rapporti tra la Camera arbitrale per i contratti pubblici e la relativa Autorità per la vigilanza, alla Camera di

Conciliazione e Arbitrato presso la Consob dovrebbe riconoscersi soggettività propria autonoma rispetto alla Consob stessa.

5.2. La tesi della natura strumentale della Camera di Conciliazione e Arbitrato rispetto alla Consob.

Secondo la tesi della strumentalità, la Camera di Arbitrato e Conciliazione istituita presso la Consob non sarebbe un autonomo soggetto di diritto bensì un organismo privo di soggettività distinta rispetto alla Consob emanazione di quest'ultimo in quanto ente di appartenenza.

La tesi in oggetto è sostenuta sulla base di un unico argomento desumibile dall'interpretazione della legge delega.

L'art. 27, comma 1, stabilisce tra i principi e i criteri direttivi, la *“previsione di procedure di conciliazione e arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinnanzi alla Consob per la decisione di controversie insorte tra i risparmiatori o gli investitori, esclusi gli investitori professionali, e le banche o gli altri intermediari finanziari circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela”*.

Secondo tale teoria, l'espressione *“dinnanzi alla Consob”* utilizzata dal legislatore dovrebbe essere interpretata nel senso che si è inteso assegnare alla Consob, e non ad un'altra entità, la titolarità delle funzioni ivi descritte.¹⁴⁴ La Consob, in attuazione della delega, avrebbe solo provveduto a creare un organo interno cui affidare la gestione dell'attività di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

¹⁴⁴ Secondo la tesi dell'autonomia tale argomento sarebbe neutralizzato dalla scelta operata dal legislatore delegato. Secondo costoro non potrebbe pervenirsi alla conclusione di riconoscere alla Camera natura strumentale rispetto alla Consob ricorrendo a una lettura della normativa delegata *“costituzionalmente orientata”* alla luce della normativa delegante. In tal caso, infatti, il contrasto tra la legge di delega che non prevede la costituzione di organismi, ma l'istituzione di procedure, e il decreto delegato che, invece, istituisce la Camera non potrebbe essere risolto in via interpretativa, palesando un'esorbitanza della normativa delegata rispetto ai limiti posti dalla norma di delega in sospetta violazione dell'art. 76 Cost. E ciò poiché se è vero che tra le possibili opzioni ermeneutiche della norma delegata l'interprete deve privilegiare quella costituzionalmente orientata alla luce della norma delegante, non è meno vero che l'interpretazione non può spingersi fino a pretermettere il dato testuale della ridetta norma delegante.

5.3. La soluzione al conflitto proposta dal Consiglio di Stato.

Finalmente il Consiglio di Stato, con parere del 6 luglio 2011, ha preso posizione sulla questione in oggetto aderendo alla tesi secondo cui la Camera è un organo privo di autonoma soggettività in quanto mera emanazione della Consob stessa.

La premessa necessaria dell'analisi compiuta dal Consiglio di Stato è che “ *vi è soggettività giuridica in capo a coloro che siano suscettibili di essere destinatari dell'effetto, non essendo sufficiente essere autore del fatto da cui promana*”.

L'analisi svolta dal Consiglio di Stato è finalizzata a verificare se la Camera di Arbitrato e di Conciliazione presso la Consob presenta gli elementi che consentano di qualificarla come soggetto autonomo oppure no.

La posizione del Consiglio di Stato si basa su cinque argomenti: a) la legge delega, da cui emergerebbe la volontà del legislatore delegante di assegnare le funzioni oggi di competenza della Camera alla Consob; b) l'art. 2 d. lgs. 179/2007 che istituisce la Camera di Arbitrato e Conciliazione; c) alcuni indici normativi ricavabili dal decreto legislativo; d) la conformità con i principi fondamentali del diritto amministrativo del buon andamento e della sussidiarietà orizzontale; e) i criteri elaborati dalla dogmatica per stabilire se un organismo creato con legge abbia soggettività giuridica propria o quella dell'ente di appartenenza.

Esaminiamo singolarmente gli argomenti che escludono l'autonomia della Camera rispetto alla Consob.

a) La legge 262 del 2005, art. 27, comma 1, ha stabilito, tra i criteri e i principi direttivi della delega, la “*previsione di procedure di conciliazione e arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla Consob per la decisione di controversie insorte tra i risparmiatori o gli investitori, esclusi gli investitori professionali, e le banche o gli intermediari finanziari circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela*”.

Secondo l'interpretazione proposta dal Consiglio di Stato, con tale disposizione il legislatore delegante avrebbe inteso attribuire le funzioni oggi assegnate alla Camera alla Consob, sicché la scelta di istituire la Camera arbitrale non potrebbe che essere vista in tale ottica, dovendo essere ricondotta all'esigenza di tenere distinta la funzione

di vigilanza sui servizi d'investimento rispetto a quella di amministrazione delle procedure di conciliazione e arbitrato.

Ciò premesso ne discenderebbe che la Camera resterebbe priva di soggettività autonoma qualificandosi la stessa come un organismo tecnico, strumentale rispetto alla Consob, ma non distinta da questa.

b) L'art. 2, d.lgs. 179/07 stabilisce che “ *E' istituita Camera di conciliazione ed arbitrato, per l'amministrazione dei procedimenti di conciliazione e arbitrato promossi per la risoluzione delle controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di quest'ultimi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investiti*”.

La locuzione “*è istituita*” indicherebbe la costituzione *ope legis* della Camera di Conciliazione e Arbitrato, che è un presupposto necessario della soggettività giuridica pubblica ma non sufficiente. Piuttosto si rileva che è la specificazione che essa è creata “*presso la Consob*” ad apparire incoerente con l'assegnazione di un'autonoma soggettività di diritto. Tale interpretazione spiegherebbe, inoltre, perché il d.lgs. rinvii a un regolamento della stessa Consob e non della Camera la regolazione degli aspetti fondamentali dell'attività e dell'organizzazione della Camera.

c) Numerosi elementi a favore della negazione di soggettività giuridica della Camera sono desumibili, sempre a parere del Consiglio di Stato, dal decreto legislativo 179/07.

Un primo elemento è individuato nella struttura organizzativa prevista dallo Statuto della Camera.

Lo Statuto prevede che la Camera di Conciliazione e Arbitrato svolge la propria attività avvalendosi di strutture e risorse individuate dalla Consob. Tale elemento secondo i giudici di Palazzo Spada, anziché rivelare la separata soggettività dell'organismo arbitrale, come ritengono i sostenitori della teoria dell'autonomia, ne dimostrerebbe la sua compenetrazione con l'ente di appartenenza. L'opposta tesi sarebbe affetta da un evidente vizio logico consistente nell'inversione del rapporto di causa ed effetto: non è il ricorso all'istituto dell'avvillimento a dimostrare la plurisoggettività delle parti tra cui interviene, ma è l'appartenenza di un organo a un ente a giustificare l'impiego da parte del primo dei mezzi operativi e finanziari del secondo.

Il secondo elemento è individuato nei poteri d'ingerenza riconosciuti alla Consob

nei confronti della Camera.

Il regolamento riconosce alla Consob il potere di nominare i membri della Camera; il potere di approvare lo Statuto; di individuare e fornire strutture e risorse per lo svolgimento delle sue attività; infine, quello di provvedere a coprirne le spese di funzionamento.

Un così penetrante potere d'ingerenza nella struttura e negli organismi della Camera sarebbe indice della mancanza di soggettività di quest'ultima.

c) Il terzo argomento si ricaverebbe dalla disposizione del Regolamento, dove è previsto che la Consob riceve dalla Camera, con cadenza annuale, una relazione sull'attività svolta e può formulare richieste d'informazioni alla Camera su detta attività nonché impartire direttive relative ai controlli sui requisiti richiesti per l'iscrizione negli elenchi, con ciò indicando che la Camera arbitrale avrebbe quale referente della propria attività la Consob.

La circostanza che i compiti a essa assegnata siano svolti con indipendenza e autonomia funzionale ed organizzativa non smentirebbe il rapporto di dipendenza organica posto che i requisiti di indipendenza e autonomia sono compatibili con l'assenza di soggettività giuridica propria, essendo uno dei modi in cui può articolarsi l'intensità della relazione di appartenenza dell'organo all'ente, legata alla peculiarità della posizione che lo stesso riveste nel suo ambito.

d) Un quarto argomento a favore della tesi della soggettività della Camera di Arbitrato e Conciliazione si ricaverebbe dall'applicazione dei due principi di fondo del sistema amministrativo: buon andamento e sussidiarietà orizzontale. Entrambi condurrebbero a negare l'autonoma soggettività della Camera poiché l'istituzione di un soggetto pubblico ad hoc per lo svolgimento dei compiti riconducibili alle attribuzioni dell'Authority, da un lato contrasterebbe con le finalità di semplificazione proprie della politica dell'amministrazione perseguita negli ultimi anni, dall'altro apparirebbe antitetica rispetto all'apertura che in materia di mediazione civile la più recente legislazione ha operato in favore dei privati.

e) Infine l'ultimo argomento proposto dal Consiglio di Stato è costituito dall'applicazione nel caso di specie dei criteri elaborati dalla dogmatica per stabilire se un organismo creato con legge abbia soggettività giuridica propria o quella dell'ente di appartenenza.

Secondo la dottrina¹⁴⁵ richiamata dal Consiglio di Stato nel diritto pubblico la dissociazione tra personalità giuridica e soggettività è oggi prevalentemente ammessa. L'organo è un soggetto che ha attitudine all'imputazione di alcune fattispecie all'ente di appartenenza. Sicché qualificando l'organo come mezzo d'imputazione si vuol dire che le fattispecie giuridiche attuate dall'organo o dallo stesso subite s'imputano all'ente. Gli atti che l'organo pone in essere sono posti in essere per conto dell'ente, sicché esso altro non è che un centro operativo interno all'articolazione strutturale dell'ente rispetto al quale si pone in maniera strumentale e servente¹⁴⁶.

Tuttavia nel caso dello Stato anche gli organi, entro certi limiti, hanno una finalità specificamente propria che ne giustifica una soggettività giuridica autonoma dall'ente di appartenenza. La deroga per gli organi statali deriva dal fatto che per lo Stato ricorre un particolare regime di legittimazione separata di organi¹⁴⁷. Ciò comporta che tale regime è possibile solo in quanto una fonte di rango superiore lo abbia previsto.

Pertanto, conclude il parere del Consiglio di Stato, *“è ben possibile che la legge possa attribuire ad alcuni organi o complessi di organi un'autonomia giuridica. In talune ipotesi tale autonomia si tradurrà in una vera e propria attribuzione di personalità giuridica; in altre essa si limiterà a configurarsi, in quanto espressa in via indiretta, come soggettività dell'organo distinta dall'ente cui normalmente apparterebbe”*. Tuttavia oltre alle ipotesi in cui la soggettività autonoma dell'organo sia espressamente e specificamente prevista dalla legge, *“validi indici per individuarla sono: l'autonomia finanziaria e patrimoniale, la terzietà dell'ente, la capacità di adottare decisioni con efficacia esterna che non devono essere recepite o ratificate dall'ente, la possibilità di stipulare contratti in nome proprio, specie di lavoro”*. Applicando tali indici nel caso di specie conseguirebbe che *“la Camera è un organo privo di autonoma soggettività”*.

145 M.S. GIANNINI, *Organi (teoria gen.)* in *Enc. dir.* XXXI, Milano, 1981; C. ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, Padova, 1932, 41 ss.; A. CROSETTI, *Organi* in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 461 ss.).

146 A. CROSETTI, cit., 461.

147 M.S. GIANNINI, *Organo (teoria gen.)*, cit., 52.

6. Legittimità costituzionale del meccanismo di soluzione stragiudiziale delle liti amministrato dalla Consob.

Il legame strutturale e organizzativo tra Camera e Consob per cui la Camera è stata considerata dal Consiglio di Stato priva di autonoma soggettività rispetto alla Consob ma mero organo interno allo stesso può generare dubbi circa la legittimità di un sistema che, per rafforzare l'effetto di *public enforcement*, affida all'autorità incaricata di definire le regole e di vigilarne il rispetto la gestione delle controversie derivanti dalla violazione.

L'unitaria soggettività esistente tra Camera e Consob nei procedimenti di soluzioni delle liti crea dubbi di compatibilità con i principi fondamentali che devono informare ogni meccanismo alternativo di risoluzione delle liti.¹⁴⁸ In particolare deve verificarsi se le funzioni riservate alla Camera e alla Consob nei procedimenti di soluzione delle liti siano, alla luce del ruolo della Consob di autorità di vigilanza, compatibili con il principio fondamentale della separazione delle funzioni.

Il primo problema posto dalla non autonomia della Camera rispetto alla Consob deriva dall'intervento della Camera nella nomina e composizione dell'organo arbitrale. La possibilità di un terzo di intervenire nella nomina è legittima soltanto in quanto il terzo sia estraneo alla lite. Affinché dunque l'intervento affidato alla Camera nella composizione dell'organo possa essere considerato legittimo la Camera e la Consob deve essere priva di un interesse all'esito delle controversie potenzialmente conoscibili in sede di arbitrato Consob.

Sicuramente né la Camera né la Consob sono titolari di un interesse coincidente con una delle parti in lite. La Consob è l'autorità di vigilanza del mercato mobiliare, istituzionalmente incaricata della regolamentazione e della vigilanza sul mercato dei valori mobiliari. La sua attività è finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico dell'efficienza, trasparenza e sviluppo del mercato mobiliare. La Camera invece, svolge l'unica funzione istituzionale di amministrare le procedure arbitrali o conciliative, quali provvedere alla formazione e aggiornamento degli elenchi di arbitri e conciliatori e del

148 Hanno espresso dubbi e perplessità sulla legittimità della scelta compiuta dal legislatore: A. COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Le Società*, n. 1/2007, 10; C. CAVALLINI, *a Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: prima lettura del d. lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. Società*, 2007, 1447; T. MANCINI, *Sul regolamento di attuazione del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. Arb.* n. 3/2008, 356; contra: N. SOLDATI, *La Camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori e intermediari*, in *I contratti*, n. 4/2009, 426.

codice deontologico; all'organizzazione delle procedure arbitrali e conciliative; alla nomina del conciliatore; alla proroga del termine per la pronuncia del lodo; alla liquidazione delle spese e degli onorari degli arbitri. Amministrativa è anche l'attività di deposito del lodo nell'ambito dell'arbitrato semplificato e la sua trasmissione alla Consob perchè ne verifichi la regolarità sostanziale poiché ad essa non è subordinata l'efficacia del lodo. Gli interessi dell'investitore e dell'intermediario sono estranei alla Consob e alla Camera.

Ciò non è sufficiente a superare i dubbi di parzialità della Camera e della Consob poiché la non estraneità del terzo sussiste non solo quando questi sia titolare dello stesso interesse di una delle parti, ma anche quando questi abbia un interesse proprio e autonomo nel possibile esito della lite. La Consob sarebbe titolare di un interesse proprio all'esito della lite perchè l'eventuale accertamento di una violazione da parte dell'intermediario degli obblighi informativi imposta dal t.u.f. potrebbe dar luogo ad una responsabilità civile nei confronti dell'investitore per violazione degli obblighi di vigilanza.¹⁴⁹

Tale dubbio può essere superato constatando che la decisione degli arbitri non ha effetto alcuno nell'eventuale accertamento di responsabilità civile a carico della Consob. Da una parte, infatti, la Consob non è vincolata all'accertamento della violazione effettuata nel lodo, non essendo stata parte del procedimento. Dall'altra, l'accertamento di una violazione da parte dell'intermediario agli obblighi previsti dal t.u.f., non implica automaticamente una responsabilità civile della Consob per omessa vigilanza: tale responsabilità presuppone, infatti, la ben diversa dimostrazione, da parte dell'investitore, di specifiche omissioni, colpa grave o dolo da parte dell'autorità¹⁵⁰.

Non esiste alcun interesse concreto della Consob nelle liti tra intermediari e investitore tale da far ritenere la Consob titolare di un interesse concreto all'esito della lite e minare la legittimità del meccanismo amministrato dalla Camera. La Consob alla luce delle considerazioni appena svolte è un soggetto imparziale, privo di un proprio interesse autonomo all'esito della lite eventualmente rimessa alla gestione della Camera.

149 C. CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e arbitrato della Consob: prima lettura del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179* in *Riv. Società*, 2007, 1446 ss; T. MANCINI, *Sul regolamento di attuazione del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 (Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob)* in *Riv. Arbitrato*, 2008, 357 ss.

150 Sulla responsabilità civile della Consob per omessa vigilanza, recentemente, TUCCI A., *Vigilanza sugli intermediari finanziari e responsabilità civile della Consob*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, 486.

Diversamente l'amministrazione della procedura arbitrale attraverso un proprio organo, potrebbe rivelarsi uno strumento in più a disposizione della Consob nell'adempimento della propria funzione di Autorità di Vigilanza. In presenza di un accertamento compiuto da un tribunale arbitrale circa la violazione dell'intermediario si potrebbe determinare l'effetto inverso di quello temuto, potendo dar luogo all'attivazione da parte della Consob di un procedimento sanzionatorio nei suoi confronti.

Il secondo dubbio di legittimità della nuova procedura arbitrale istituita presso la Consob potrebbe essere sollevato a proposito dell'intervento della Consob sul lodo¹⁵¹.

L'art. 3, comma 4, d.lgs. 179/2007 prevede che l'autorità di vigilanza debba verificare la regolarità formale del lodo con cui è stato disposto a favore dell'investitore l'indennizzo e che al suo visto sia subordinato l'acquisto di efficacia del lodo.

Tale disposizione ha il limite di non aver definito il contenuto specifico del controllo operato dalla Consob sul lodo e di non aver individuato i rimedi azionabili qualora l'autorità rifiutasse di apporre il proprio visto di regolarità alla decisione, determinandone l'inefficacia.

Si potrebbe ipotizzare che la Consob possa rimettere la decisione dell'arbitro all'organo decidente chiedendo integrazioni o modifiche. Ma tale soluzione sembra difficilmente ipotizzabile nel caso in cui il lodo fosse già stato sottoscritto, stante l'avvenuto esaurimento del potere decisionale dell'arbitro. E' da escludere che il potere di controllo della Consob possa andare oltre la mera verifica di regolarità formale, poiché altrimenti rischierebbe di consentire un'illegittima interferenza da parte dell'autorità di vigilanza nella funzione decisoria attribuita agli arbitri.

Ebbene anche riconoscendo che il potere di controllo del lodo attribuito alla Consob consista solo nella ricognizione dei presupposti rilevanti ex art. 825 c.p.c. rimangono le difficoltà di individuare i rimedi di cui le parti potrebbero disporre in caso di diniego del visto.

Sembra da escludere la possibilità di impugnare il lodo di fronte alla giurisdizione amministrativa poiché l'attività compiuta dalla Consob ha carattere meramente ricognitivo e non discrezionale. Di fronte a un diniego l'unica strada percorribile sembrerebbe essere quella di riconoscere che il lodo possa essere depositato per exequatur, consentendo al Presidente del tribunale di rivalutare liberamente la

151 L. BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle liti*, cit., 482.

regolarità formale del lodo, trascurando la valutazione effettuata dalla Consob e omologano il lodo qualora lo ritenga regolare.

7. Composizione e costituzione del tribunale arbitrale.

Nell'ambito del sistema amministrato dalla Camera, gli arbitri sono nominati dalle parti che devono sceglierli tra gli iscritti all'albo formato e tenuto dalla Camera. L'istituzione di un elenco di arbitri, prevista dall'art. 2, comma 3, d.lgs. 179/2007 è stata attuata dal reg. Consob definendo il contenuto dei requisiti di imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità di cui gli arbitri devono dare prova per poter essere iscritti all'albo secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 179/2007.

Considerando la delicatezza della funzione giudicante che sono chiamati a svolgere, i soggetti che chiedono di essere iscritti nell'elenco degli arbitri devono possedere requisiti più stringenti rispetto a quelli necessari per essere nominati membri della Camera arbitrale. In particolare per quanto concerne il requisito della professionalità, possono chiedere l'iscrizione nel relativo elenco soltanto i soggetti in possesso degli stessi requisiti di professionalità previsti per i componenti della Camera (art. 6, comma 1, reg.). Il requisito dell'onorabilità è stato definito conformandosi a quanto previsto nel D.M. 222/2004. Ma una particolare attenzione è stata riservata ai requisiti della indipendenza e della imparzialità¹⁵² che debbono essere rilevati dalla Camera all'atto della nomina dell'arbitro rispetto alle parti e all'oggetto della controversia che sono chiamati ad amministrare. Si tratta, pertanto, di requisiti che vanno verificati caso per caso e per l'attestazione dei quali è previsto il rilascio di un apposita dichiarazione da parte dell'arbitro nominato per gestire la procedura. Nella dichiarazione l'arbitro deve attestare i rapporti esistenti con le parti coinvolte nella singola procedura idonea a incidere sull'imparzialità e l'indipendenza del conciliatore o

152 Le disposizioni deontologiche sono molto diffuse presso gli organismi camerali presenti nel nostro ordinamento. La Camera arbitrale per i contratti pubblici, ad esempio, ha adottato norme che definiscono puntualmente il comportamento dell'arbitro in relazione all'indipendenza e all'imparzialità richieste nell'esercizio delle proprie funzioni e nei confronti delle parti nel corso del giudizio arbitrale; la correttezza che deve contraddistinguere il suo operato anche al di fuori del ruolo svolto nella singola procedura; i rapporti con la stampa e gli organi di informazione. Norme analoghe sono previste per gli organismi camerali istituiti dalle Camere di commercio. Norme analoghe sono previste per gli organismi istituiti dalle Camere di commercio.

dell'arbitro e a ogni personale interesse, diretta o indiretta, relativo all'oggetto della controversia. Nel corso della procedura e fino alla sua conclusione, il conciliatore e l'arbitro sono tenuti a comunicare tempestivamente alla Camera e alle parti le eventuali circostanze sopravvenute idonee a incidere sulla loro indipendenza e imparzialità (artt. 10 e 22 reg.) L'indipendenza e l'imparzialità sono inoltre garantite dall'osservazione di apposite prescrizioni di carattere deontologico adottate dalla Camera. I soggetti iscritti negli elenchi devono mantenere i requisiti richiesti all'atto dell'iscrizione.

L'obbligo di scelta dell'arbitro fra le persone il cui nome è inserito nell'albo crea un incisivo potere della Camera sulla definizione della composizione del tribunale arbitrale. Il rischio è che in tal modo la Camera, e tramite essa la Consob, possa esercitare un indebito controllo sull'arbitro esercitabile attraverso la sua iscrizione dall'albo e la sua concreta nomina nelle procedure. Il dubbio può essere superato considerando, da una parte, che l'iscrizione della persona all'albo e il suo mantenimento in esso sono atti deliberati dalla Camera ma senza alcun margine di discrezionalità. La cancellazione dell'iscrizione, infatti, è subordinata alla mancata tempestiva nomina per opera delle parti. Dall'altra parte l'intervento della Camera nella nomina dell'arbitro è solo eventuale, suppletiva della mancata tempestiva nomina per opera delle parti. Nello stesso tempo, la formazione di un elenco di arbitri, con requisiti di accesso che garantiscono la professionalità, la capacità e competenza degli iscritti, e la previsione di un meccanismo di selezione fra essi dell'arbitro, risponde all'esigenza di garantire un meccanismo di soluzione delle liti che non introduce significativi fattori di rischio.

L'intervento diretto della Camera nella nomina di un arbitro è circoscritto all'ipotesi in cui le parti non vi abbiano tempestivamente provveduto.

Il numero e il modo di nomina degli arbitri sono differenti da quelle indicati dal codice di procedura civile. Nel regolamento è prevista, in linea di principio, la libertà delle parti nella nomina degli arbitri, mentre alla Camera è stata conferita una funzione suppletiva, analogamente a quanto prevede il c.p.c. con riferimento alle funzioni svolte dal Presidente del Tribunale, provvedendo a nominare l'arbitro in caso di omissione delle parti. Il principio di libertà delle parti nella scelta del numero degli arbitri e della loro nomina è stato tuttavia limitato in due casi. La prima limitazione è che le parti possono scegliere il proprio arbitro soltanto tra chi è iscritto nell'elenco tenuto dalla Camera (art. 20, comma 2). La ratio di tale previsione è di circoscrivere il costo della

procedura in relazione a controversie per la maggior parte di valore contenuto. La seconda limitazione ricorre quando le parti omettano di nominare l'arbitro unico, sicché la controversia è rimessa a un collegio composto di tre membri. Nel caso in cui la Camera sia chiamata a svolgere questa funzione suppletiva, nella nomina degli arbitri dovrà osservare i criteri indicati dall'art. 20, comma 2, reg. Consob: perseguire, quanto meno in via tendenziale, la parità uomo-donna; equa distribuzione degli incarichi; carico di lavoro pendente dinanzi all'arbitro; esperienza maturata dall'arbitro sulle questioni specifiche oggetto della controversia; vicinanza territoriale dell'arbitro rispetto alla diversa sede dell'arbitrato concordemente scelta dalle parti.

L'intervento della Camera sulla composizione del tribunale arbitrale si manifesta anche nel potere di provvedere sulla ricusazione e sulla sostituzione degli arbitri.

8. La convenzione d'arbitrato

L'art. 6 d.lgs. 179/2007 prevede che l'accesso alla procedura arbitrale richiede una convenzione arbitrale, espressione di libera e concorde volontà dei contraenti. La disposizione sancisce che la clausola compromissoria sia vincolante solo per l'intermediario salvo che questi provi che la clausola è stata oggetto di trattativa diretta con l'investitore.

Nonostante l'art. 6 d.lgs. 179/2007 abbia a oggetto solo la clausola compromissoria, nulla esclude che la convenzione arbitrale possa assumere la forma sia della clausola compromissoria sia del compromesso. Tale possibilità, pur se non espressamente contemplata, si ricava dal rinvio operato dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 179/2007 agli artt. 806 ss. c.p.c. ma soprattutto dalla *ratio* sottesa all'art. 6 del decreto: evitare che l'investitore si possa trovare assoggettato a un vincolo compromissorio non negoziato direttamente ma predisposto dall'intermediario. La scelta di non disciplinare il compromesso si spiega con la constatazione che tale tipo di patto non pone problemi di consapevolezza della scelta arbitrale, essendo un accordo specifico intervenuto fra le parti dopo l'insorgere della lite e teso a deferire la lite specifica alla via arbitrale.

La medesima *ratio* della difesa della volontà dei contraenti, fonda la previsione dell'art. 17, comma 2, reg. Consob, secondo cui la Camera può amministrare la procedura azionata da una parte, pur in assenza di un accordo compromissorio, se la

controparte abbia aderito per iscritto a tale richiesta. Ai fini del perfezionamento dell'accordo compromissorio, il regolamento richiede non semplicemente che la parte convenuta nomini l'arbitro o non contesti la *potestas iudicandi* del tribunale, ma che essa espressamente accetti la via arbitrale.

Per quanto concerne il contenuto della convenzione d'arbitrato (clausola compromissoria o compromesso), non essendo regolato dall'art. 6 d.lgs. 179/2007, tale aspetto è soggetto agli artt. 806 e ss. c.p.c. come integrata dal successivo regolamento Consob. Le norme integrative del regolamento sono: l'art. 17, comma 1, reg. Consob che prevede che l'accordo compromissorio debba richiamare espressamente le norme del decreto legislativo o il regolamento Consob ovvero operare un "*rinvio all'arbitrato amministrato della Camera*" e l'art. 29, comma 1, il quale stabilisce che la convenzione arbitrale debba espressamente far riferimento alla forma semplificata di arbitrato affinché tale via possa essere intrapresa.

Infine, particolare attenzione merita la disposizione secondo cui la clausola compromissoria è "*vincolate solo per l'intermediario*" salvo che questi non provi che sia stata oggetto di trattativa individuale. La disposizione secondo alcuni avrebbe effetto sul piano del diritto sostanziale avendo introdotto una vincolatività relativa o unilaterale della clausola compromissoria¹⁵³. Diversamente sembra di potersi ritenere che tale clausola abbia definito sia l'efficacia sostanziale della clausola sia il regime processuale applicabile all'eccezione. Sul piano processuale l'investitore potrebbe, se convenuto in giudizio di fronte all'A.g.o. per l'accertamento negativo dell'obbligo dell'intermediario, eccepire l'esistenza di una clausola compromissoria ovvero, se convenuto in un procedimento arbitrale, potrebbe eccepire l'invalidità dell'accordo compromissorio.¹⁵⁴ Inoltre la specifica disciplina della clausola compromissoria esclude la presunzione di vessatorietà stabilita dall'art. 33, comma 2, lett. t), cod. cons. agendo sul piano dell'onere probatorio. Sul piano sostanziale, invece, modifica la sanzione prevista per la mancanza di trattativa diretta sostituendo alla nullità prevista nel Cod. cons. la vincolatività unilaterale della clausola per il solo intermediario.

153 E. GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria* in *Contr.*, 2008, 306.

154 G. CARLEO, cit., 391 ss.

9. Il procedimento arbitrale: principi e modelli.

L'art. 1, comma 2, lett. a), l. 262/2005 ha delegato il legislatore a prevedere *“procedure di conciliazione e arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla Consob”*. In attuazione della delega l'art. 5 D.lgs. n. 179/2007 ha individuato i principi generali cui si dovrà attenere la Consob nel definire la disciplina del procedimento arbitrale. In particolare tale norma prevede che il procedimento deve essere definito *“tenendo conto degli artt. 34, 35 e 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, in quanto applicabili”* nonché *“degli artt. 806 e ss. c.p.c. e seguenti del codice di procedura civile, fermo in ogni caso il rispetto del contraddittorio”*. Inoltre il regolamento prevede *“una procedura semplificata per il riconoscimento dell'indennizzo di cui all'art. 3, comma 1, anche con lodo semplificato”* (art. 5, comma 2). Alla Consob è, altresì, attribuito il compito di determinare *“le modalità di nomina del collegio arbitrale o dell'arbitro unico, i casi di incompatibilità, ricusazione e sostituzione di arbitri e gli onorari ad essi dovuti, oltre le tariffe per il servizio di arbitrato dovute alle Camera di conciliazione e arbitrato”*. (art. 5, comma 3). Infine *“gli onorari ad essi dovuti, oltre le tariffe per il servizio di arbitrato dovute alla Camera di conciliazione e arbitrato”*.

L'arbitrato amministrato dalla Consob è un arbitrato rituale destinato a concludersi con un lodo omologabile ex art. 825 c.p.c..

In sede di attuazione, il regolamento Consob ha evitato ogni riferimento alla disciplina dell'arbitrato societario. La *ratio* di tale scelta è che gli artt. 34, 35 e 36 d.lgs. n. 5/2003 risultano in parte incompatibili con la struttura del giudizio arbitrale dinanzi alla Camera e in parte assorbiti dalle generali previsioni introdotte dal d.lgs. n. 40/2006 che ha recepito, generalizzandole, molte delle disposizioni dell'arbitrato societario¹⁵⁵ Si tratta di una scelta condivisibile. L'art. 34 d.lgs. n. 5/2003, relativo all'oggetto e agli effetti delle clausole compromissorie statutarie, è incompatibile con l'arbitrato Consob poiché il suo ambito di applicazione riguarda *“tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale”* mentre l'arbitrato Consob si applica alle controversie derivanti dal

¹⁵⁵ Relazione al documento di consultazione datato 4 agosto 2008, 31.

contratto o dal contatto sociale¹⁵⁶. L'art. 34, comma 3, è assorbito nel nuovo art. 819 c.p.c. secondo il quale gli arbitri, non diversamente dai giudici statuali, risolvono tutte le questioni insorte nel giudizio e rilevanti per la decisione con cognizione incidentale e senza autorità di giudicato anche se si tratta di materia che non può costituire oggetto di convenzione d'arbitrato. L'art. 35, comma 1, 2, 4 e 5, d.lgs. 5/2003 presuppone l'esistenza di una clausola compromissoria contenuta in un atto costitutivo di una società mentre l'arbitrato Consob presuppone un contratto o il contatto sociale da cui deriverebbero gli obblighi di trasparenza, informazione e correttezza la cui violazione può determinare una controversia deferibile a tale arbitrato; nonché il riconoscimento agli arbitri di potestà cautelari estranee all'arbitrato amministrato Consob.¹⁵⁷ Infine l'art. 35, comma 3 e l'art. 36 d.lgs. 179/2007 secondo il quale anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto

¹⁵⁶ L'art. 34 d.lgs. 5/2003 stabilisce che *“1. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale. 2. La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale. 3. La clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia. 4. Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro. 5. Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero. 6. Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso”*.

¹⁵⁷ L'art. 35 d.lgs. 5/2003 prevede che *“1. La domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto è depositata presso il registro delle imprese ed è accessibile ai soci. 2. Nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'articolo 34, l'intervento di terzi a norma dell'articolo 105 del codice di procedura civile nonché l'intervento di altri soci a norma degli articoli 106 e 107 dello stesso codice è ammesso fino alla prima udienza di trattazione. Si applica l'articolo 820, comma secondo, del codice di procedura civile. 3. Nel procedimento arbitrale non si applica l'articolo 819, primo comma, del codice di procedura civile; tuttavia il lodo è sempre impugnabile, anche in deroga a quanto previsto per l'arbitrato internazionale dall'articolo 838 del codice di procedura civile, a norma degli articoli 829, primo comma, e 831 dello stesso codice. 4. Le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società. 5. La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera”*.

del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari, sono assorbiti dal nuovo art. 5, comma 4, d.lgs. 179/2007 che stabilisce il principio secondo il quale *“il lodo è sempre impugnabile per violazione di norma di diritto”*.¹⁵⁸

Il regolamento Consob, in attuazione del d.lgs. 179/07, ha previsto che il procedimento possa svolgersi secondo due modelli alternativi: la procedura ordinaria, disciplinata dagli artt. 18-22 reg.; e la procedura semplificata, disciplinata dagli artt. 28–34 reg.

La procedura ordinaria è finalizzata al ristoro dell'intero danno subito dall'investitore in conseguenza della condotta dell'intermediario.

La procedura semplificata, invece, è finalizzata al ristoro del solo danno patrimoniale sofferto dall'investitore in conseguenza dell'inadempimento da parte dell'intermediario degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza mediante la determinazione di un indennizzo.

Il regolamento Consob ha, quindi, distinto la tutela azionabile nei due modelli di arbitrato prevedendo che l'indennizzo possa essere richiesto soltanto in procedure in forma semplificata, non anche in procedure ordinarie *“stante la natura di certo non semplificata proprio di tale giudizio arbitrale, culminante in una decisione idonea ad assicurare il pieno risarcimento del danno subito in tutte le sue possibili componenti, anche di matrice non patrimoniale”*¹⁵⁹. In tal modo è stato risolto il dubbio interpretativo lasciato irrisolto dal d.lgs. 179/2007 che non chiariva se l'indennizzo potesse essere disposto tanto nell'ambito di procedure arbitrali ordinarie che semplificate. Mentre, infatti, l'art. 3, comma 1, prevedeva che l'indennizzo potesse essere disposto *“nel caso in cui risulti, a seguito dell'esperimento delle procedure di cui all'articolo 5”*, l'inadempimento dell'intermediario richiamando genericamente la disposizione relativa all'arbitrato amministrato sia in forme ordinarie che semplificate, l'art. 5, comma 2, delegava alla Consob la definizione di una procedura semplificata per il riconoscimento dell'indennizzo di cui all'art. 3, comma 1, anche con lodo non

¹⁵⁸ L'art. 36 d.lgs. 5/2003 stabilisce: *“1. Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari. 2. La presente disposizione si applica anche al lodo emesso in un arbitrato internazionale”*.

¹⁵⁹ Considerazioni *sub* art. 28 *“Esiti della consultazione”*, 5 gennaio 2009, sul Regolamento disciplinante la Camera di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob, disponibile sul sito www.consob.it.

definitivo, apparentemente legano l'indennizzo alla procedura in forme semplificate. Il regolamento Consob ha chiarito che l'indennizzo possa essere riconosciuto solo all'esito del procedimento adottato nelle forme semplificate ed ha escluso che di esso possa farsi richiesta nell'ambito del procedimento di conciliazione.¹⁶⁰

10. Il procedimento ordinario dinanzi alla Camera arbitrale presso la Consob.

Gli artt. 18-22 reg. Consob disciplinano la forma ordinaria di arbitrato amministrato dalla Camera, riprendendo in parte la disciplina dell'arbitrato rituale in parte la disciplina dell'arbitrato amministrato e richiamando, per quanto non disposto, la disciplina codicistica.¹⁶¹ Le peculiarità rispetto al procedimento ordinario attengono al numero e alla nomina degli arbitri (par. 6), al procedimento di ricusazione (par. 4.1), alla previsione della c.d. disclosure (par. 4.1.), e ai termini per la decisione.

Rinviando agli appositi paragrafi per quanto riguarda ricusazione, nomina degli arbitri e disclosure, in questo paragrafo saranno esaminati gli altri aspetti peculiari del procedimento che si svolge dinanzi alla Consob.

Preliminarmente si deve affrontare la questione concernente la possibilità, ed eventualmente i limiti, entro cui le parti possono derogare alle previsioni del regolamento della Camera che non ammettono espressamente la propria derogabilità, nell'esercizio dei poteri riconosciuti dall'art. 816-bis c.p.c.

Nel procedimento arbitrale disciplinato dal codice di procedura civile, l'art. 832 c.p.c. riconosce espressamente alle parti il potere di *“fare rinvio a un regolamento preconstituito”*. In tal caso, l'autonomia delle parti manifestatisi nelle pattuizioni contenute nella convenzione di arbitrato, assume sempre valore preminente rispetto al regolamento. Di talché *“nel caso di contrasto tra quanto previsto nella convenzione di arbitrato e quanto previsto dal regolamento, prevale la convenzione d'arbitrato.”* Tuttavia qualora la convenzione investa un soggetto terzo del compito di amministrare lo svolgimento del giudizio arbitrale, alle parti non è consentita la modificazione, unilaterale, delle regole offerte dal soggetto terzo. In tale ipotesi l'istituzione arbitrale può rifiutare di amministrare l'arbitrato ove reputi non accettabili le pattuizioni delle parti difformi dalle previsioni del proprio regolamento. Applicando questa disciplina

160 Contrario F. CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2008, 1057.

161 Art. 18, comma 1, reg. Consob.

all'arbitrato Consob, alle parti è lasciata la possibilità di scegliere se adottare o meno il meccanismo amministrato dalla Camera ma non anche di modellarlo come ritengono opportuno, derogando alla disciplina prevista dal regolamento. Inderogabile dalle parti è, dunque, la previsione della natura rituale dell'arbitrato amministrato dalla Camera (art. 18, comma 1, reg. Consob), della necessaria decisione secondo diritto (art. 18, comma 3, reg. Consob), o anche la previsione dell'obbligo di nomina dell'arbitro fra iscritti all'albo tenuto dalla Camera (art. 20, comma 2, reg. Consob), ovvero infine la previsione dell'impugnabilità del lodo per violazione delle norme di diritto (art. 5, comma 4, reg. Consob). Analogamente si deve escludere che le parti possano integrare il regolamento prevedendo altre funzioni in favore o a carico della Camera.

Di fronte a patti incompatibili con le previsioni regolamentari, la Camera in astratto potrebbe sia considerarli *tamquam non esset*, perché contrari a disposizioni inderogabili, con la conseguenza di amministrare la procedura come se essi non fossero stati previsti, ovvero ritenere tali accordi validi e, dunque, tali da impedire all'istituzione di accettare di amministrare la procedura. E' quest'ultima la soluzione che sembra essere stata accolta dalla Consob. La Camera, infatti, può rifiutare di amministrare l'arbitrato quando ravvisi “*la manifesta invalidità o inefficacia della convenzione*” o la sua “*inettitudine - per incompatibilità, a cagione di pattuizioni contrastanti con i principi contenuti nel regolamento – a costituire fonte dell'arbitrato da essa amministrato Camera*”.

La sede dell'arbitrato è fissata dal regolamento presso la Camera, salvo diversa espressa volontà delle parti (art. 19 reg. Consob). E' precluso il potere degli arbitri di fissare la sede dell'arbitrato in via suppletiva come avviene, invece, nel procedimento ordinario ai sensi dell'art. 816, comma 1, 2° inciso. Tale previsione non incide sul potere degli arbitri di tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare e apporre le loro sottoscrizioni al lodo anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato. Tuttavia posto che è in relazione alla sede che si radicano le connesse competenze dell'autorità giudiziaria, tale disposizione avrà l'effetto di concentrare una parte significativa del contenzioso post-arbitrale di fronte alla Corte d'Appello di Milano.

Le parti depositano presso la Camera, entro dieci giorni dalla notifica, l'atto di nomina dell'arbitro ritualmente notificato alla controparte, la convenzione d'arbitrato e i documenti attestanti il pagamento della tariffa per il servizio di arbitrato. Ha inizio una

fase preliminare in cui la Camera deve verificare: il deposito delle dichiarazioni di accettazione degli arbitri attestante la permanenza dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco e l'inesistenza di rapporti con le parti e con i loro difensori tali da incidere sulla propria imparzialità e indipendenza nonché ogni possibile interesse, diretto o indiretto, relativo all'oggetto della controversia (c.d. *disclosure*). All'esito della verifica preliminare se la Camera rileva irregolarità o mancanze invita le parti a completare o a mettere in regola gli atti e i documenti che riconosce difettosi entro un congruo periodo di tempo e procede, ove ne ricorrano le condizioni, alla nomina degli arbitri. Qualora, invece, reputi manifestamente insussistenti le condizioni per l'esperimento del procedimento arbitrale, la Camera rifiuta di amministrarne lo svolgimento, informandone senza indugio le parti e gli arbitri, se nominati. In quest'ultimo caso, qualora gli arbitri o l'arbitro siano stati già nominati, gli arbitri, nel corso della prima riunione, valutano la questione sollevata dalla Camera, decidendo su di essa. Nell'ipotesi in cui le parti consensualmente rinunciano alle difformi pattuizioni ritenute incompatibili con la natura del giudizio amministrativo ovvero quando gli arbitri non ravvisano condizioni impedienti lo svolgimento del giudizio, legate ad esempio all'invalidità *ex se* della convenzione di arbitrato, trasmettono le proprie determinazioni, unitamente a quelle delle parti, alla Camera per l'eventuale prosecuzione del procedimento (art. 21, comma 4, reg. Consob). La decisione o le eventuali modifiche apportate dai paciscenti alla convenzione di arbitrato sono trasmesse, unitamente alla convenzione d'arbitrato, alla Camera affinché questa valuti se sussistono le condizioni per amministrare lo svolgimento dell'arbitrato (art. 21, comma 4, reg. Consob). La disposizione sembra ammettere che il rifiuto della Camera di amministrare la procedura possa avvenire sia anteriormente (v. *supra*) sia successivamente alla costituzione del tribunale con l'effetto di mantenere ferma sia l'efficacia della convenzione sia la validità della procedura in corso.

Sul piano del regime probatorio, né la legge delega né il decreto legislativo né, infine, il successivo regolamento attuativo della Consob contengono disposizioni specifiche relative alla disciplina dell'onere della prova nel giudizio arbitrale. Sicché è legittimo porsi il quesito se anche nel sistema Consob trova applicazione lo speciale regime probatorio previsto dall'art. 23 t.u.f. In virtù del quale, nei procedimenti relativi al risarcimento dei danni nei confronti degli intermediari finanziari che si svolgono di

fronte all'autorità giurisdizionale ordinaria “*spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta*” ¹⁶². La soluzione positiva sembra preferibile. Le controversie concernenti la violazione degli obblighi d'informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali con gli investitori nascenti da un contratto d'intermediazione finanziaria rientrano nell'ambito di applicazione del t.u.f. sicché il regime probatorio previsto dall'art. 23 t.u.f. è il regime ordinario di tali tipologia di controversie e deve essere applicato pur in mancanza di un espresso richiamo. D'altra parte escludere l'applicazione dell'art. 23 t.u.f. nel procedimento per arbitrato Consob produrrebbe conseguenze inaccettabili. L'investitore scegliendo di ricorrere all'arbitrato Consob vedrebbe peggiorata la propria posizione processuale rispetto a quella garantita in sede giurisdizionale così da determinare una disuguaglianza ingiustificata tra investitori che ricorrono all'arbitrato e investitori che ricorrono all'autorità giurisdizionali e con violazione della ratio sottesa alla legge che ha previsto questo nuovo sistema finalizzata a rafforzare la tutela dell'investitore in quanto contraente debole. Infine si rischierebbe una pronuncia di vessatorietà della clausola ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. t), Cod. Cons.

Al fine di garantire l'efficienza e la rapidità del procedimento arbitrale, secondo i principi generali e i criteri direttivi indicati nel d.lgs. 179/2007, il regolamento riduce i termini per la pronuncia del lodo rispetto a quelli ordinari previsti dall'art. 820 c.p.c. L'art. 25, comma 1, reg. Consob prevede che gli arbitri devono rendere la loro decisione entro centoventi giorni dall'accettazione (dell'ultimo arbitro in caso di collegio arbitrale) anziché entro i duecentoquaranta giorni previsti dall'art. 820, comma 4, c.p.c. E' previsto anche nel procedimento per arbitrato Consob la possibilità di una proroga dei termini per la decisione qualora lo richiedano tutte le parti con dichiarazioni scritte indirizzate agli arbitri o venga deciso dalla Camera su istanza motivata di una delle parti o degli arbitri, sentite le parti (art. 25, comma 2).

Nella prospettiva di attrazione delle controversie di fronte alla Camera e di contenimento dei costi della procedura per l'investitore, l'art. 27, comma 5, reg. Consob prevede uno speciale regime delle spese. Nonostante la soccombenza dell'investitore,

162 Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza la previsione dell'art. 23, comma 6, t.u.f. trova applicazione solo in relazione al fatto che l'intermediario abbia agito con la diligenza richiesta in relazione alle sue conoscenze e competenze professionali. E' onere del cliente-attore, pertanto, provare i fatti posti a fondamento della domanda (ovvero danno, violazione degli obblighi e nesso di causalità tra tale violazione e il danno).

totale o parziale, non determinata dalla temerarietà della pretesa, gli oneri connessi ai diritti degli arbitri e alle spese di difesa gravano sulle parti in eguale misura (art. 27, comma 4, reg. Consob). Sulla ripartizione delle spese può poi incidere la manifesta inammissibilità o infondatezza dell'istanza di ricusazione dell'arbitro presentata nel corso della procedura.

11. L'arbitrato semplificato

L'arbitrato semplificato è una procedura “*finalizzata al ristoro del solo danno patrimoniale sofferto dall'investitore in conseguenza dell'inadempimento da parte dell'intermediario degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori*” (art. 28 reg. Consob) Dal punto di vista procedimentale, questo particolare tipo di arbitrato è stato modellato sul c.d. “*arbitration on documents only*”, diffuso in altri ordinamenti¹⁶³ e adottato anche nei regolamenti di alcune Camere di Commercio. Anche l'arbitrato semplificato, come quello ordinario, ha natura rituale e si finisce con lodo omologabile ex art. 825 c.p.c. La *ratio* sottesa all'introduzione di questo speciale modello di arbitrato era di creare un modello di soluzione delle liti rapido ed efficace, capace di offrire tutela all'investitore in tempi e con costi ridotti rispetto agli arbitrati amministrati e al processo statale.

11.1. La legittimazione esclusiva dell'investitore a ricorrere alla procedura semplificata.

L'art. 29, comma 2, reg. Consob stabilisce espressamente il principio della legittimazione esclusiva dell'investitore a ricorrere alla procedura semplificata.

A questo proposito si deve segnalare che sulla legittimazione esclusiva dell'investitore il d.lgs. 179/2007 tace. In nessun articolo del decreto legislativo che ha attuato la legge delega è prevista una disposizione che conferisca all'investitore il potere di adire l'organo decidente escludendo un analogo diritto dell'intermediario. Così ingenerandosi il sospetto di una violazione del principio di gerarchia delle fonti. Il dubbio di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. può essere superato

163 M. RUBINO SAMMARTANO, *International arbitration law and practice*, Milano, 2001.

deducendo che la normativa applicativa è esplicativa - interpretativa di una regola deducibile dall'art. 27, comma 1, l.262/2005 che prevede *“l’istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato e di un sistema di indennizzo in favore degli investitori e dei risparmiatori”* nonché dalla previsione che le procedure di arbitrato devono svolgersi secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità. La previsione di un sistema che presenti caratteri di rapidità, elasticità ed economicità ha un senso solo interpretando il nuovo sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie nell'ottica della protezione del contraente debole del rapporto in funzione della necessità di riequilibrare le relative asimmetrie. Riconoscere all'investitore una legittimazione esclusiva costituisce uno strumento idoneo al perseguimento di tali finalità.

11.2. Il procedimento.

L'accesso alla procedura semplificata è condizionata alla sussistenza di tre condizioni di ammissibilità: l'espressa previsione nella convenzione d'arbitrato della possibilità di ricorrere alla procedura semplificata (art. 29, comma 1, reg. Consob); l'istanza dell'investitore (art. 29, comma 2, reg. Consob); la presentazione di un reclamo preventivo all'intermediario da parte dell'investitore danneggiato (art. 29, comma 3, reg. Consob).

La prima condizione di ammissibilità è costituita dall'espressa previsione nella convenzione d'arbitrato della facoltà di rivolgersi all'arbitrato semplificato. Posto che l'arbitrato semplificato comporta una cognizione semplificata e quindi una tutela parzialmente dimidiata, la *ratio* sottesa a tale disposizione è di tutelare l'investitore, in quanto contraente debole, dai possibili abusi della controparte contrattuale rimettendo a una espressa previsione dei contraenti l'accesso al sistema semplificato.

La seconda condizione di ammissibilità della procedura semplificata prevista nell'arbitrato Consob è un'apposita istanza dell'investitore. Con tale disposizione il legislatore ha salvaguardato l'investitore, contraente debole, dal rischio di vedersi leso i propri diritti rimettendo a una sua libera scelta la possibilità di adire tale procedimento con tutela dimidiata o l'altro, più lungo, ma con tutela piena.

Infine l'accesso al sistema Consob presuppone che l'investitore abbia proposto

un preventivo reclamo all'intermediario. La *ratio* di tale previsione è di garantire all'esame dell'arbitro, che opera all'interno di un processo a cognizione sommaria, questioni sulle quali entrambe le parti hanno già avuto modo di confrontarsi.

Nel caso in cui l'intermediario non risponda al reclamo, o non sia decorso il termine di novanta giorni o il termine più breve eventualmente stabilito dall'intermediario per la trattazione del reclamo senza che l'investitore abbia ottenuto risposta, l'investitore può depositare la domanda di accesso alla procedura semplificata.

Il procedimento è stato articolato in modo da realizzare l'indicazione del legislatore di delineare una procedura realmente semplificata, tale da consentire una sensibile riduzione dei costi e dei tempi rispetto all'arbitrato amministrato ordinario. La procedura semplificata si caratterizza per lo svolgimento attraverso un'istruttoria documentale informata a un rigido regime di preclusioni.

Al fine di garantire il contenimento dei costi è stato previsto che il giudizio sia deciso da un arbitro singolo nominato dalle parti e, solo in caso di mancato accordo, dalla Camera (art. 31 reg. Consob).

L'obiettivo di assicurare la tempestività dell'arbitrato Consob è garantito dalla previsione che il procedimento si svolga in un'unica udienza da tenersi entro quindici giorni dall'intervenuta accettazione dell'arbitro, organizzata in modo che sia assicurato il principio del contraddittorio tra le parti e il principio dell'oralità (è prevista un'udienza di discussione). Tuttavia, la necessità di un bilanciamento tra la riduzione dei tempi della procedura e il rispetto del principio del contraddittorio ha comportato l'attribuzione all'arbitro del potere di fissare una nuova udienza in proseguo di quella già conclusa che deve svolgersi nei venti giorni successivi, laddove ricorrano determinate circostanze ovvero alla presenza di particolari esigenze di tipo istruttorio (art. 32, comma 3).

Ma soprattutto alla rapidità del procedimento è finalizzata la natura della cognizione demandata agli arbitri che è fondata esclusivamente sulle prove precostituite acquisite al giudizio attraverso gli atti introduttivi (domanda di accesso e atto di risposta) e un rigido regime di preclusioni. Le parti sono onerate di indicare nel primo atto, a pena di decadenza, tutti i documenti che offrono in comunicazione (art. 30, comma 1 e 2) con un onere supplementare nei confronti dell'intermediario che deve depositare tutta la documentazione afferente al rapporto controverso (art. 30, comma 2) e quindi non solo la documentazione a sé favorevole e presumibilmente anche la

documentazione relativa alla fase del reclamo. Nella prima udienza l'arbitro verifica la regolarità del contraddittorio, interroga liberamente le parti, richiede a esse, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione. Al termine della trattazione, salvo che ricorrano particolari condizioni che consiglino la fissazione di una nuova udienza da celebrarsi entro i venti giorni successivi, l'arbitro invita le parti a precisare le conclusioni.

Tali incisive limitazioni ai poteri processuali delle parti non sembrano comunque porre dubbi di legittimità della procedura semplificata. Esse non sembrano integrare né una lesione del principio del contraddittorio né una lesione del principio del libero convincimento dell'arbitro né del diritto di difesa. Per quanto concerne il principio del contraddittorio, la previsione di un regime di preclusione è legittima purché il procedimento consenta alle parti la possibilità di replicare alle allegazioni e deduzioni istruttorie delle controparti e a eventuali rilievi dell'arbitro. Nell'arbitrato Consob tali facoltà sono garantite dall'art. 32, comma 2, reg. Consob che richiede espressamente all'arbitro di sottoporre alle parti eventuali questioni rilevabili d'ufficio. Per quanto concerne il libero convincimento del giudice, la limitazione dei mezzi di prova utilizzabili non sembra costituire una violazione di tale principio posto che la materia della prova è materia disponibile dalle parti nei limiti del rispetto dei principi di ordine pubblico processuale, come i principi del contraddittorio e dell'imparzialità. Per quanto concerne il diritto di difesa, invece, il rischio di una compressione illegittima delle facoltà di difesa delle parti non sembra ricorrere posto che la decisione concorde delle parti di ricorrere alla prova documentale, rinunciando a quella orale, costituisce una semplice scelta delle modalità per fornire tale prova e non una rinuncia al diritto indisponibile di far valere le proprie ragioni oralmente. E, infatti, al fine di garantire l'effettiva libertà della scelta è stato previsto che le parti richi amino espressamente nella convenzione di arbitrato la possibilità di ricorrere alla procedura semplificata. Peraltro, a ulteriore garanzia del diritto di difesa, la scelta di ricorrere alla procedura semplificata deve essere confermata successivamente all'insorgere della controversia, in modo da essere effettuata con piena cognizione di causa. In effetti, una rinuncia *a priori* delle parti a una modalità di esercizio del proprio diritto potrebbe risultare inopportuna rispetto a una ben precisa e determinata controversia, mentre nel caso di accordo delle parti ad essa anteriore, ma confermato dopo il suo insorgere, tale rischio non appare

configurabile. Infine dovendosi tener conto che l'investitore è in posizione svantaggiata rispetto all'intermediario in quanto contraente debole, si è riservato esclusivamente a quest'ultimo la possibilità di adire l'arbitrato semplificato. Del resto nel settore delle controversie finanziarie è molto frequente che la decisione sia adottata senza aver sentito personalmente i testimoni. D'altra parte se per controversie minori il ricorso alla procedura arbitrale normale rimane proibitiva sia in termini di durata sia di costo, la reale alternativa è quindi tra un diniego di giustizia e una procedura solo su documenti.

Esaurita l'istruttoria, entro venti giorni dalla precisazione delle conclusioni, l'arbitro deve pronunciare il lodo sulla base della documentazione prodotta e degli elementi emersi nel corso dell'udienza. Il lodo, pronunciato secondo diritto, deve essere sottoposto al visto di regolarità formale della Consob come espressamente previsto dall'art. 3, comma 4, d.lgs. 179/2007.

La previsione del visto di regolarità formale pone il problema di individuare il tipo di controllo e i rimedi disponibili nel caso in cui l'autorità rifiuti di apporre il proprio visto di regolarità alla decisione, determinandone l'inefficacia, anche esecutiva. Per quanto concerne la prima questione, dovrebbe escludersi che la Consob, non ritenendo il lodo regolare, possa rimetterlo all'arbitro chiedendo integrazioni o modifiche nel caso in cui il lodo sia già stato sottoscritto, stante l'esaurimento del potere decisionale dell'arbitro. Diversamente si verificherebbe una inammissibile interferenza da parte dell'autorità di vigilanza nella funzione decisoria attribuita agli arbitri. Potrebbe ipotizzarsi che il controllo di regolarità eseguito della Consob sul lodo consista nella verifica della sussistenza delle condizioni di ammissibilità alla procedura semplificata prevista dall'art. 29 reg. Consob anche alla luce delle peculiarità del procedimento semplificato che si svolge con cognizione sommaria. In tal modo si spiegherebbe il differente regime previsto per il lodo emesso al termine del procedimento ordinario per il quale invece non è previsto una forma di controllo analoga. Il secondo problema riguarda l'individuazione dell'effetto del visto di regolarità formale nonché dei rimedi esperibili nei confronti del diniego di rilascio. Sul piano dei rimedi è escluso che l'investitore possa fare ricorso alla giurisdizione amministrativa, stante il carattere meramente ricognitivo e non discrezionale dell'attività di verifica effettuata dalla Consob. Questa considerazione, congiuntamente alla mancata previsione dell'effetto, induce alla conclusione che il lodo possa essere comunque reso e depositato per

l'exequatur; consentendo al presidente del tribunale di rivalutare liberamente la regolarità formale del lodo, trascurando la diversa valutazione effettuata dalla Consob ed omologando il lodo qualora lo ritenga regolare.

Il regime dei motivi d'impugnazione è lo stesso previsto per l'arbitrato ordinario: il lodo può essere impugnato per i motivi individuati dall'art. 829 c.p.c. Tuttavia, diversamente da quanto previsto dall'art. 830 c.p.c., la Corte d'Appello quando accoglie l'impugnazione non può mai decidere la controversia nel merito, salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione d'arbitrato o con accordo successivo (art. 34 reg. Consob).

E' fatta salva, tuttavia, la possibilità per l'investitore di adire l'autorità giudiziaria ordinaria anche per il riconoscimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento dell'intermediario. Tale maggior danno deve derivare da elementi non considerati nell'ambito del giudizio arbitrale, in ragione della sua natura semplificata, e del fatto che il *petitum* è circoscritto ai soli danni patrimoniali. Un'analoga possibilità non è stata riconosciuta all'intermediario il quale non ha il potere di adire il giudice ordinario per ottenere una piena istruzione dei fatti di causa che possa ribaltare la decisione presa in favore dell'investitore al termine dell'arbitrato semplificato. Tale preclusione troverebbe giustificazione in considerazione del fatto che l'intermediario si trova nella migliore posizione per difendersi e per apportare nell'ambito dell'arbitrato semplificato tutti gli elementi di prova a suo favore. Infatti, l'intermediario, nel momento in cui partecipa alla procedura arbitrale, è ben a conoscenza dell'esistenza e dei termini della controversia ed ha tutti i documenti e le registrazioni riguardanti il rapporto controverso e ha l'obbligo di produrre gli stessi al momento della costituzione in giudizio.

11.3. La natura dell'indennizzo.

La principale peculiarità del procedimento semplificato è la finalizzazione a ottenere, in alternativa o in via anticipata rispetto al risarcimento dei danni, un indennizzo per il ristoro dei soli danni patrimoniali causati dalla violazione degli obblighi d'imparzialità, correttezza e informazione. Il principale problema interpretativo posto da tale prescrizione normativa è l'individuazione della natura dell'indennizzo. La

difficoltà di soluzione del quesito deriva dall'equivoca terminologia utilizzata dal legislatore, dalla mancanza di una definizione espressa e dalla scarsa chiarezza del dato testuale a proposito del rapporto tra la prestazione pecuniaria disposta a titolo d'indennizzo e il pregiudizio patrimoniale subito dall'investitore.

In astratto l'indennizzo potrebbe essere qualificato come pena privata, indennizzo in senso tecnico-civilistico o provvisoriale sull'ammontare della somma da liquidarsi a titolo di risarcimento del danno.

Secondo la teoria della pena privata¹⁶⁴, l'indennizzo sarebbe una prestazione pecuniaria imposta dal giudice su iniziativa dell'investitore con lo scopo di svolgere da una parte una funzione punitiva nei confronti dell'intermediario che ha violato le norme in materia di trasparenza, correttezza e informazione nei rapporti contrattuali con gli investitori, dall'altra una funzione preventiva finalizzata a evitare future violazioni da parte degli intermediari nella prospettiva dell'attività di vigilanza svolta dalla Consob. Secondo questa ricostruzione l'indennizzo sembrerebbe configurare una misura analoga alle *punitive damages* previste negli ordinamenti anglo-sassoni al fine di punire comportamenti caratterizzati da malizia e in genere da un rilevante danno sociale. In questi sistemi giuridici i *punitive-damages* consistono nella condanna del responsabile del comportamento dannoso e malizioso al pagamento di una somma che oltrepassa l'ammontare dei danni effettivamente subiti dal danneggiato. Quest'ultima parte di pena è finalizzata, da una parte, ad assolvere una funzione punitiva e, dall'altra, una funzione preventiva rispetto a future violazioni.

Tale modello ricostruttivo non convince per tre ragioni. La prima ragione è che mentre la pena privata prescinde dall'esistenza del danno e dalla sua prova ed è disposta automaticamente in caso di accertamento della violazione di una norma, il riconoscimento dell'indennizzo previsto dall'art. 33, comma 2, reg. Consob è subordinato all'accertamento sommario del pregiudizio patrimoniale subito dall'investitore e all'accertamento pieno della violazione da parte degli intermediari degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali con gli investitori. La seconda ragione è che mentre la pena privata è per definizione superiore

164 Per S. PATTI, *Pena privata*, in *Discopriva sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 349 una delle caratteristiche principali della pena privata è la mancanza di corrispondenza tra il vantaggio economico che il soggetto leso consegue e il danno effettivamente subito (la pena è costituita da tale eccedenza).

alla misura del danno subito poiché finalizzata sia a risarcire il danno sia a sanzionare il comportamento che ha causato quest'ultimo per prevenire future violazioni e per punire i danni causati, l'indennizzo previsto nell'arbitrato Consob è per definizione inferiore all'entità del pregiudizio subito dall'investitore. Tale caratteristica dell'indennizzo è desumibile dall'art. 3, comma 3, d.lgs. 179/2007 che *“fa salvo il diritto dell'investitore di adire l'A.G.O. per il riconoscimento del maggior danno”*, laddove la possibilità di adire l'autorità giudiziaria ordinaria per ottenere il riconoscimento del *“maggior danno”* presuppone implicitamente che l'indennizzo non comporti la liquidazione dell'intero danno ma una somma inferiore. Diversamente non avrebbe senso la previsione della possibilità di adire l'autorità giudiziaria per ottenere l'ulteriore danno. La terza ragione si ricava dall'art. 3, comma 1, che prevedendo *“l'indennizzo a favore dell'investitore per il ristoro delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal predetto inadempimento”*, stabilisce una corrispondenza tra ammontare dell'indennizzo e conseguenze pregiudizievoli subite dall'investitore che lo differenzia dalla pena privata che, come già ampiamente ricordato, deve essere superiore alla perdita subita dall'investitore. Da tale corrispondenza si ricava che il legislatore ha voluto attribuire all'indennizzo una funzione compensativa, mentre la pena privata ha una funzione afflittiva che è inconciliabile con quella compensativa. Infatti, affinché sia svolta efficacemente la funzione afflittiva e preventiva è necessario che sia stabilito una pena di ammontare superiore del danno subito.

Secondo un secondo modello ricostruttivo, l'indennizzo previsto dall'art. 3 d.lgs. 179/2007 costituirebbe un vero e proprio indennizzo in senso tecnico-privatistico. Secondo il diritto privato, l'indennizzo è una prestazione in denaro attribuita in conseguenza del verificarsi di fatti pregiudizievoli per l'altrui interesse ma in sé pienamente leciti. Affinché ricorra tale istituto devono sussistere tre caratteristiche: il danno altrui deve essere stato determinato da un fatto lecito; la somma liquidata a titolo d'indennizzo deve essere frutto di una valutazione equitativa dell'organo decidente; infine, il ristoro ottenuto con l'indennizzo deve essere esclusivo. Ma nell'indennizzo previsto dal d.lgs. 179/2007 mancano talune di queste caratteristiche. In primo luogo il riconoscimento dell'indennizzo è subordinato alla violazione degli obblighi di correttezza, trasparenza e informazione e dunque a un fatto illecito mentre l'indennità di diritto privato è subordinata a un fatto lecito. In secondo luogo l'indennizzo non può

essere oggetto di valutazione equitativa diversamente da quanto previsto per l'indennizzo nel diritto privato. Infatti l'art. 5, comma 4, d.lgs. 179/2007, stabilendo che *“il lodo è sempre impugnabile per violazione di norme di diritto”*, e l'art. 18 reg. Consob, prevedendo che *“Gli arbitri decidono secondo diritto”*, escludono la facoltà delle parti di autorizzare gli arbitri a deliberare secondo equità come previsto, invece, nell'arbitrato rituale codicistico dall'art. 822 c.p.c. Infine il riconoscimento dell'indennizzo non è preclusivo del riconoscimento di attribuzioni patrimoniali ad altro titolo come avviene per l'indennizzo nel diritto privato che esclude qualsiasi ulteriore attribuzione. Infatti, l'art. 3, comma 3, d.lgs. 179/2007 fa salvo *“il diritto dell'investitore di adire l'autorità giudiziaria ordinaria, anche per il riconoscimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento, oltre l'indennizzo già stabilito”* e dunque ammette la possibilità del cumulo delle somme riconosciute a titolo di indennizzo con somme riconosciute ad altro titolo, nel diritto privato. In virtù di tali considerazioni, ne consegue che l'indennizzo previsto nell'arbitrato Consob non è qualificabile come indennizzo privatistico.

Secondo un terzo modello, l'indennità prevista nell'arbitrato Consob apparterebbe alla categoria delle condanne con riserva¹⁶⁵. A questa qualificazione si può obiettare che mentre nel procedimento che si concludono con una condanna con riserva il processo si spezza in due parti: una prima parte finalizzata ad accertare se i fatti costitutivi sono documentalmente provati e una seconda parte finalizzata all'esame della fondatezza delle eventuali eccezioni della controparte, nell'arbitrato Consob manca questa suddivisione. Il procedimento non è suddiviso in due parti che si succedono automaticamente l'una alla altra e in cui una prima parte è destinata esclusivamente all'accertamento dei fatti costitutivi a prescindere dall'esame di eventuali eccezioni. L'arbitrato semplificato Consob è finalizzato all'emanazione di un lodo con cui l'arbitro accerta definitivamente l'esistenza del diritto e liquida i danni nei limiti in cui è

165 L. BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria in I contratti del mercato finanziario*, Torino, 467 ss, spec. 499 ss. sostiene che l'art. 33, comma reg. Consob *“sembra aver chiarito che l'accoglimento della domanda di indennizzo non richiede la piena prova, sulla base della documentazione prodotta dalle parti, dell'AN debeat, ma soltanto la prova dei fatti costitutivi del diritto al risarcimento del danno patrimoniale dell'investitore. Il quantum debeat è, invece, determinato dall'ammontare idoneo a riparare il danno (solo) patrimoniale nei limiti di quanto previsto nella procedura”* e pertanto *“La decisione dell'arbitro nell'ambito di una procedura semplificata è, infatti, un accertamento dell'esistenza dei fatti costitutivi della situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio, non di eventuali fatti modificativi ed estintivi del diritto il cui accertamento sembrerebbe essere rimesso ad un nuovo giudizio arbitrale, ovvero all'azione in giudizio per il maggior danno”*.

raggiunta la prova. A conferma di tale ricostruzione il potere di adire l'autorità giudiziaria per la prosecuzione del giudizio è riservato esclusivamente a una istanza proposta dall'investitore (art. 29, comma 2, reg. Consob) e all'intermediario non è riconosciuta la possibilità di adire il giudice ordinario per ottenere una piena istruzione della causa che possa ribaltare la decisione presa in favore dell'investitore al termine dell'arbitrato semplificato. Se si fosse trattato di condanna con riserva delle eccezioni, la disposizione che riserva al solo investitore la prosecuzione del giudizio arbitrale lederebbe il diritto di difesa dell'intermediario cui sarebbe preclusa ogni possibilità di sviluppare completamente le proprie difese. Peraltro l'eventuale proseguimento del giudizio è finalizzato al riconoscimento del maggior danno rispetto a quello già liquidato. L'istruttoria non è solo documentale perché è prevista anche l'audizione delle parti e la facoltà del giudice di indicare le questioni rilevabili d'ufficio di cui si ritiene opportuna la trattazione.

La formulazione normativa sembrerebbe favorire la qualificazione dell'indennizzo come una provvisoria¹⁶⁶, un'anticipazione parziale e provvisoria del risarcimento dei danni causati all'investitore dall'inadempimento dell'intermediario agli obblighi d'informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali con l'investitore. Tale qualificazione sarebbe confermata dall'art. 27 l. 262/2005 che si è limitato a configurare l'indennizzo come ristoro delle “*conseguenze pregiudizievoli*” subite a causa dell'inadempimento e a prevedere che l'investitore potesse agire di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria per il risarcimento del maggior danno; dall'art. 2 d.lgs. n. 179/2007 il quale dispone che “*E' fatto salvo il diritto dell'investitore ad adire l'autorità giudiziaria anche per il riconoscimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento, oltre all'indennizzo già stabilito*”; nonché dall'art. 33, comma 2, reg. Consob il quale dispone che l'indennizzo debba ammontare ad una somma di denaro “*idonea a ristorare il solo danno patrimoniale dell'investitore ritratto, quale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'intermediario, nei limiti della quantità per cui (l'arbitro) ritiene raggiunta la prova*” subordinando implicitamente il riconoscimento dell'indennizzo all'accertamento del danno. E se il presupposto dell'indennizzo è il danno, non può che concludersi che esso ha natura risarcitoria.

¹⁶⁶ In tal senso: F. CARPI, cit., 1056; C. CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e arbitrato della Consob: prima lettura del D.lgs. 179/2007* in *Riv. soc.* 2007, 1447.

Altro elemento favorevole alla qualificazione dell'indennizzo in termini di provvisoria consegue dalla natura del procedimento semplificato previsto nel sistema Consob. Con esso è stato introdotto nel nostro ordinamento un procedimento analogo ai procedimenti solo su documenti (c.d. *documents only arbitration*) diffusi nei paesi anglo-sassoni per le controversie che coinvolgono i consumatori. Tali procedimenti sono caratterizzati dalla circostanza che, nonostante la sommarietà della cognizione, limitata solo alle prove documentali, conducono a un accertamento pieno del diritto controverso, come meglio specificato nel paragrafo precedente.

Aderendo alla tesi della natura risarcitoria - provvisoria dell'indennizzo ne deriva l'ulteriore problema di individuare a quale modello si riferisca il procedimento finalizzato al riconoscimento di tale indennizzo. La questione nasce poiché nell'ambito della giurisdizione statale non è previsto un solo modello di condanna generica con eventuale provvisoria. Tra i modelli potenziali, la scelta sembra circoscritta a due possibilità: il modello generale disciplinato dall'art. 278 c.p.c. e il modello peculiare per il contenzioso inerente il risarcimento danni da sinistri stradali previsto dall'art. 147 d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (Cod. Ass.).

Secondo il modello generale previsto nel codice di procedura civile, la sentenza di condanna generica ha il contenuto di una sentenza con la quale il giudice accerta con cognizione piena non solo l'esistenza, validità ed efficacia dei fatti costitutivi del diritto ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi o modificativi mentre accerta secondo una prova di mera verosimiglianza il danno, che è valutato dal giudice con cognizione provvisoria e sommaria.¹⁶⁷ Nel modello previsto dall'art. 147 Cod. Ass., invece, la sentenza di condanna generica ha ad oggetto un accertamento sommario sia della violazione sia dell'entità del danno subito compiuto sulla base degli elementi a disposizione¹⁶⁸. L'art. 147, comma 2, Cod. Ass. subordina la condanna alla presenza di gravi indizi di responsabilità a carico del conducente. Non è necessaria né la prova

167 Secondo la giurisprudenza maggioritaria in materia di risarcimento dei danni (Cass. 18 giugno 2003, n. 9709; Cass. 2 maggio 2002 n. 6257; Cass. 18 giugno 2001 n. 5817) per aversi condanna generica l'accertamento pieno del danno effettivo, della sua entità e del nesso eziologico con la condotta del presunto autore è riservata alla fase successiva di liquidazione. Secondo altra parte della giurisprudenza *“l'istituto della provvisoria, diversamente da quello della condanna generica, dà luogo a un provvedimento di condanna vera e propria, che presuppone la valutazione positiva del giudice di merito circa il raggiungimento della prova su una certa quantità del danno, nei cui limiti essa costituisce titolo esecutivo”*.

168 T. DI GREGORIO, *Sub art. 147*, in *Il codice delle assicurazioni private: commentario al d.lgs. 7 settembre 2005*, Padova, 2007, 485 ss.

piena del danno, né la prova piena della violazione.

Quest'ultimo modello sembra il più conforme al sistema Consob. La prova della violazione dell'intermediario e della sua responsabilità è compiuta sulla base di una cognizione sommaria perché circoscritta alla sola prova documentale, né è richiesta la prova piena del danno subito, tanto più che l'investitore può agire in un successivo giudizio per l'accertamento del maggior danno subito in conseguenza della violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza che devono essere rispettati nei rapporti contrattuali tra investitore e intermediario.