

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ARBITRATO  
INTERNO ED INTERNAZIONALE

XXIV CICLO

Coordinatore Chiar.mo Prof. ROMANO VACCARELLA

*Il sistema di tutela stragiudiziale  
dell'Arbitro Bancario Finanziario*

*Tutor*

Chiar.mo Prof. FERRUCCIO AULETTA

*Dottoranda*

Dott.ssa MARILENA MAIONE

ANNO ACCADEMICO 2010-2011

*A Luigi, mio nonno.*

*Indice sommario*  
**IL SISTEMA DI TUTELA STRAGIUDIZIALE  
DELL' ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO**

**Abstract.** .....1

***Note preliminari.*** .....3

**Capitolo 1: L'Organismo.**

1. Le fonti istitutive nazionali. ....	6
1.1. ( <i>Segue</i> ) lo sguardo alla normativa comunitaria. ....	9
2. L'Organo giudicante. ....	14
3. La Segreteria tecnica. ....	19
4. L'adesione ai « <i>sistemi</i> ». ....	26
4.1 ( <i>Segue</i> ) la posizione soggettiva delle parti. ....	29

**Capitolo 2: Il Procedimento.**

1. La competenza. ....	36
2. La tutela erogabile. ....	40
3. L'ambito oggettivo di applicazione: <i>il risarcimento del danno.</i> ...	42
3.1. ( <i>Segue</i> ) l'ulteriore ambito oggettivo di applicazione e <i>le trattative precontrattuali.</i> ....	46

4. Le condizioni dell'azione. ....	49
5. Le condizioni di procedibilità. ....	53
5.1. La difesa tecnica. ....	56
6. La fase preliminare e istruttoria. ....	61
7. La fase decisoria. ....	68

### **Capitolo 3: La Delibera ABF.**

#### **Sezione I - La Funzione conciliativo - deflattiva.**

1. La delibera ABF. ....	72
2. L'ABF e il d.lgs. n. 28/2010. ....	75
2.1. ( <i>Segue</i> ) l'incidenza sulla « <i>effettività della tutela</i> ». ....	83
3. Il valore probatorio. ....	88
3.1. ( <i>Segue</i> ) l'ABF e la Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. ....	90

#### **Sezione II - La Funzione «specificativo - dilatoria».**

1. L'ABF e la legge n. 241/1990. ....	94
2. La natura vincolante. ....	98
3. Gli effetti giuridici. ....	101
4. La tutela giurisdizionale. ....	104
4.1. ( <i>Segue</i> ) le singole azioni. ....	114
5. La revocazione e la correzione della delibera ABF. ....	117

#### **Sezione III - La Funzione tendenzialmente nomofilattica.**

1. Premessa. ....	124
-------------------	-----



2. L'ordinanza ABF del 6 luglio 2010. ....	127
3. Il giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi.....	129
4. La legittimazione <i>a quo</i> dei Collegi ABF. ....	138
5. L'ordinanza della Corte costituzionale del 4 luglio 2011, n. 218. .....	144
<b><u>Considerazioni conclusive.</u></b> .....	151
<i>Riferimenti bibliografici</i> .....	163
<i>Riferimenti giurisprudenziali.</i> .....	180

## **Abstract**

This study concerns the activities of the organisation established in 2009 at Bank of Italy to out - of - court financial and banking disputes.

The objective is to identify the legal nature of this proceeding, that seems to be a cross between the notoriously known as Alternative Dispute Resolution (arbitration and conciliation - mediation).

For this reason, the starting point of this study was to identify the national and supranational legal sources of protection system of ABF. These sources have allowed the identification of socio - cultural context that has led to the introduction of art. 128-*bis* T.U.B. and its founding process in our legal system.

Then, the first Chapter is characterized by the description of ABF organs, the technical Secretariat and the deciding Organ, taking care of issues related to the independence and impartiality of this organism. Doubts originated by the doctrine arise from the role played by technical Secretariat and by the deciding Organ in the procedure *ex art. 128-bis* T.U.B. Then the attention has been moved on the legal classification of the subjective position of intermediaries and customers, proceeding parties before the ABF.

In the next Chapter, the attention was on the general proceeding, highlighting the competence, the type of protection and the objective application. The study gives a particular attention to the issues about the compensation of damages and precontractual negotiations. On the other side, the attention falls to the determinant constraints on the legal action before the ABF, including the conditions of admissibility, and the stages - preliminary, investigation and decision - in which the proceeding is articulated.

The greatest attention has been devoted, in the third Chapter, to the final act of the procedure, which nature is the subject of the authoritative doctrine's discussion. To this end, it appears the analysis of the various functions of proceeding before the ABF.

The reference is to the conciliatory - deflative function of civil litigation: this purpose also derives from the condition of admissibility of judicial

application for financial and banking disputes, introduced by art. 5, p. 1, d.lgs. n. 28/2010. This provision in fact makes the ABF procedure alternative to mediation proceedings, disciplined from d.lgs. n. 28/2010. The theme is addressed in the first section of the third Chapter.

There also is a reference to «*specific - delaying*» function that the procedure *ex art. 128-bis* T.U.B. perform on the Bank of Italy administrative supervision procedure. The theme is analysed in the second section of the third Chapter.

There also is a final reference is to the «*nomofilattica*» function pursued by ABF, that provides banking and financial intermediaries the correct interpretation of the rules that they have to respect in their relationships with customers. The theme is analysed in the third section of the third Chapter.

Thanks to the study of these three functions, it has been possible to value the final act of the procedure *ex art. 128-bis* T.U.B., its efficacy between the parties and, in general, the legal effects' production.

These observations helped to identify the protection tools, that the intermediary and the costumer may bring before, during or at the end of the ABF proceedings.

The result is, on the one side, the analysis of the proceedings *ex art. 128-bis* T.U.B. relationship with the civil process, with the mediation - conciliation proceedings, and with the arbitral proceedings; on the other, the analysis of its relationships with the administrative procedure for supervision of Bank of Italy, regulated by act n. 241/1990.

The remarks about the legal nature of ABF close this study.

## **IL SISTEMA DI TUTELA STRAGIUDIZIALE DELL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO.**

### *Note preliminari.*

Il presente lavoro muove dallo studio dell'attività pratica dell'Organismo istituito nel 2009 presso la Banca d'Italia per la risoluzione delle controversie in materia bancario - finanziaria, al fine di individuarne la teorica natura giuridica, in considerazione delle particolarità che ne contraddistinguono il procedimento, il quale sembra essere, infatti, un crocevia tra i procedimenti aggiudicativi e quelli facilitativi di soluzione extragiudiziale delle controversie, notoriamente conosciuti (arbitrato, conciliazione e mediazione).

Il lavoro, pertanto, inizia con lo studio delle fonti (nazionali e sopranazionali) del sistema di tutela stragiudiziale dell'Arbitro Bancario Finanziario, che consentono di individuare il contesto socio - culturale che ha promosso l'introduzione nel nostro Ordinamento del procedimento di cui all'art. 128-*bis* del T.U. bancario. Di qui la descrizione, prima dell'analisi del procedimento *de quo*, dell'Organo decidente e della Segreteria tecnica che materialmente compongono l'Organismo ABF, senza trascurare le problematiche circa la sua indipendenza, imparzialità e terzietà, talora sollevate dalla dottrina, in ragione del ruolo svolto da ciascuno di essi. Ciò chiarito, vengono ricostruiti i presupposti dell'indagine, che muove dalla corretta qualificazione della posizione giuridica degli intermediari e della clientela, quali parti del procedimento innanzi all'ABF, al fine di verificare il carattere cogente delle prescrizioni contenute nell'art. 128-*bis* del T.U. bancario e, in relazione al quale poi, ricostruire - sulla base degli schemi della logica formale *norma - fatto - effetto* e *norma - potere - effetto*, che contraddistinguono i rapporti giuridici di natura privata e di natura pubblica - gli effetti giuridici riconducibili al procedimento stragiudiziale dell'ABF.

Nel Capitolo successivo, l'attenzione è posta *in primis* al procedimento in generale di cui all'art. 128-*bis* del T.U. bancario, tracciandone i profili della

competenza, del tipo di tutela erogabile dall'ABF e dell'oggettivo ambito di applicazione, affrontando le maggiori problematiche che i Collegi dell'ABF hanno dovuto risolvere nello svolgimento della loro attività decisoria, come quelle relative ai limiti della conoscibilità del danno risarcibile e delle trattative precontrattuali. *In secundis*, l'attenzione è posta al procedimento in senso stretto, previa analisi dei vincoli che condizionano l'azione innanzi all'ABF, tra cui le condizioni propriamente di procedibilità, e delle fasi - preliminare, istruttoria e decisoria - in cui si articola il procedimento; ancora una volta mettendo ben in evidenza i ruoli svolti e dalla Segreteria tecnica e dell'Organo decidente in ciascuna delle indicate fasi di svolgimento del procedimento stragiudiziale.

L'attenzione maggiore nel presente studio è offerta, nel terzo Capitolo, all'analisi dell'atto conclusivo del procedimento, la cui natura - non propriamente di accordo né di decisione in senso stretto - è stata in più occasioni discussa dalla dottrina più autorevole, i cui contributi hanno certamente offerto spunti utili per una ulteriore ricostruzione giuridica. A tal fine si ritiene di muovere dalla commistione di funzioni, attraverso le quali il legislatore - in maniera consapevole o inconsapevole - ha voluto indubbiamente assicurare l'effettività del sistema di tutela stragiudiziale dell'ABF.

Il riferimento è dunque alla funzione conciliativo - deflattiva del contenzioso civile, derivante anche dalla condizione di procedibilità della domanda giudiziaria in materia bancario - finanziaria, posta dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, che rende il procedimento di cui all'art. 128-*bis* T.U. bancario alternativo al procedimento di mediazione ivi previsto, e alla cui analisi è dedicata la prima sezione del Capitolo terzo; alla funzione «*specificativo - dilatoria*» del procedimento di vigilanza della Banca d'Italia, che in mancanza di ABF, comunque si sarebbe compiuto per il mancato rispetto della normativa in materia di trasparenza bancaria, la cui analisi invece è condotta nella seconda sezione del Capitolo terzo; e da ultimo alla funzione tendenzialmente nomofilattica che l'ABF svolge nell'orientare il comportamento degli intermediari bancari e finanziari, cui indica la corretta interpretazione delle norme che sono tenuti a rispettare nei rapporti con la clientela, la cui analisi infine è affrontata nella terza sezione del Capitolo terzo.

Lo studio dell'attività dell'ABF in questa triplice prospettiva consente di svolgere valutazioni circa la valenza probatoria dell'atto conclusivo del procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario, la efficacia (diretta e indiretta) tra le parti e, più in generale, circa la produzione di effetti giuridici riconducibili (anche) al procedimento svolto innanzi all'ABF. Rilievi dai quali non è possibile prescindere per l'individuazione dei rimedi di tutela (comunque o conseguenti) esperibili dall'intermediario e dal cliente, prima, durante o all'esito dello svolgimento del procedimento innanzi all'ABF. Nell'analisi condotta non sono allora trascurati per un verso, i rapporti del procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario con i procedimenti di mediazione - conciliazione, arbitrali e con il processo civile, e per altro verso, i rapporti con il procedimento amministrativo di vigilanza disciplinato dalla legge n. 241/1990.

Di qui le considerazioni conclusive che (per il momento) chiudono lo studio condotto, circa la natura giuridica del procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario, *rectius* dell'Arbitro Bancario Finanziario.

# CAPITOLO 1

## L'ORGANISMO.

**SOMMARIO:** 1. Le fonti istitutive nazionali. - 1.1. (*Segue*) lo sguardo alla normativa comunitaria. - 2. L'Organo giudicante. - 3. La Segreteria tecnica. - 4. L'adesione ai «*sistemi*». - 4.1. (*Segue*) la posizione soggettiva delle parti.

### Le fonti istitutive nazionali.

1. – La legge 28 dicembre 2005, n. 262 <sup>(1)</sup>, intervenuta in modifica di talune disposizioni normative del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia - d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (*di seguito*: T.U. bancario) <sup>(2)</sup> - al fine di assicurare «*la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*» <sup>(3)</sup>, per la «*risoluzione stragiudiziale delle controversie*» vi ha introdotto l'art. 128-*bis* (art. 29).

Dall'ingresso di tale norma nell'Ordinamento, diversi sono stati gli interventi successi del legislatore: un primo intervento modificatore si è avuto ad opera del d.lgs. 28 dicembre 2006, n. 303 <sup>(4)</sup>, che, al fine di individuarne i destinatari, ha sostituito la locuzione consumatori con quella di clientela, certamente ampliandone la portata applicativa (art. 1). Poi si sono succedute le

---

<sup>(1)</sup> La legge 28 dicembre 2005, n. 262, contenente «[d]isposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari», è pubblicata in *G.U.*, 28 dicembre 2005, n. 301, s.o. n. 208.

<sup>(2)</sup> Il d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, «*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*» è pubblicato in *G.U.*, 30 settembre 1993, n. 230, s.o. n. 92.

<sup>(3)</sup> La modifica è avvenuta in sostanza allo scopo di assicurare una maggiore tutela alla categoria degli utenti dei servizi bancari e finanziari, restituendogli la fiducia nei rapporti con gli intermediari (PERASSI, *Il ruolo dell'ABF nell'ordinamento bancario: prime riflessioni*, in *An. giur. dell'economia*, 1, 2011, 143 ss.).

<sup>(4)</sup> Il d.lgs. 28 dicembre 2006, n. 303, di «[c]oordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.) e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.)», è pubblicata in *G.U.*, 10 gennaio 2007, n. 7, s.o. n. 5.

innovazioni conseguenti al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 <sup>(5)</sup>, che nel dare attuazione alla direttiva comunitaria 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, ha aggiunto il comma 3-*bis* alla originaria formulazione dell'art. 128-*bis* (art. 35, comma 10); al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 <sup>(6)</sup>, che ha reso la procedura stragiudiziale riconducibile all'art. 128-*bis* capace di ottemperare l'onere di procedibilità della domanda giudiziaria in materia bancario - finanziaria; al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 <sup>(7)</sup>, che ha disposto il coordinamento - divenuto nel frattempo necessario - dell'art. 128-*bis* con le disposizioni contenute nel succitato d.lgs. n. 28/2010 (art. 4, comma 3); al d.lgs. 14 dicembre 2010, n. 218 <sup>(8)</sup> che, infine, nel modificare l'art. 4 del d.lgs. n. 141/2010, ha conseguentemente disposto la modifica dell'art. 128-*bis* (art. 3, comma 4).

In breve, l'art. 128-*bis* del T.U. bancario, occupandosi della «[r]isoluzione delle controversie» sorgenti in materia bancario - finanziaria, prescrive ai «soggetti di cui all'art. 115 [di aderire <sup>(9)</sup>] a sistemi di risoluzione stragiudiziale

---

<sup>(5)</sup> Il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, di «[a]ttuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE», è pubblicato in *G.U.*, 13 febbraio 2010, n. 36, s.o. n. 29. L'art. 40 del citato decreto prevede, per gli utilizzatori dei servizi di pagamento, il diritto di avvalersi di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, stabilendo a tal fine che le banche, gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento aderiscono ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie previsti dall'art. 128-*bis* del T.U. bancario.

<sup>(6)</sup> Il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, di «[a]ttuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», è pubblicato in *G.U.*, 5 marzo 2010, n. 53.

<sup>(7)</sup> Il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, di «[a]ttuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché' modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività' finanziaria e dei mediatori creditizi», è pubblicata in *G.U.*, 4 settembre 2010, n. 207, s.o. n. 212.

<sup>(8)</sup> Il d.lgs. 14 dicembre 2010, n. 218, contenente «[m]odifiche ed integrazioni al decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, recante attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché' modifiche del titolo IV del testo unico bancario (decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività' finanziaria e dei mediatori creditizi», è pubblicato in *G.U.* 18 dicembre 2010 n. 295.

<sup>(9)</sup> Nella formulazione del comma 1, art. 128-*bis* del T.U. bancario, si legge «aderiscono»: si tratta di una prescrizione avente carattere cogente nonostante l'utilizzo dell'indicativo presente per l'adesione ai sistemi stragiudiziali di cui all'art. 128-*bis*. Si ricordi che la Circolare del Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi del 20 aprile 2001, n. 1.1.26/10888/9.92, contenente «[r]egole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi», al § 4 prescrive: «b) Nella formulazione dei precetti è adottata la massima uniformità nell'uso dei modi verbali, la regola essendo costituita dall'indicativo presente, escludendo sia il modo congiuntivo



*delle controversie con la clientela»* (1 comma), con l'avvertimento in favore di quest'ultima che, pur dovendo le parti ottemperare alla condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, posta (anche) per tali materie dal d.lgs. n. 28/2010, il diritto di ricorrere «*in qualunque momento, a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento»* resta impregiudicato (comma 3).

Il comma 2 rinvia al Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (*di seguito*: CICR), di concerto con la Banca d'Italia, la determinazione dei criteri di svolgimento delle procedure e di composizione dell'organo decidente, di «*modo che venga assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela»*.

Il CICR ha provveduto con delibera del 29 luglio 2008, n. 275 (*di seguito*: delibera CICR) <sup>(10)</sup>, rimettendo alla Banca d'Italia la concreta nomina dei membri dell'organo decidente, lo svolgimento delle attività di supporto tecnico ed organizzativo, oltreché l'emanazione delle specifiche disposizioni applicative. Queste ultime, recanti «*[d]isposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari»* (*di seguito*: Disposizioni applicative della Banca d'Italia), sono state adottate dalla Banca d'Italia il 18 giugno 2009 <sup>(11)</sup> e poi modificate il 15 febbraio 2010 e il 12 dicembre 2011 <sup>(12)</sup>, per assicurarne il coordinamento con talune norme contenute nei citati decreti legislativi nn. 11/2010 e 28/2010.

Dalla descritta operazione di integrazione normativa è derivata la nascita di un Organismo dedito ai rimedi stragiudiziali delle controversie in materia

---

*sia il tempo futuro. c) E' evitato l'uso del verbo servile diretto a sottolineare la imperatività della norma ("deve"; "ha l'obbligo di"; "è tenuto a")».*

<sup>(10)</sup> La delibera CICR n. 275/2008, recante la «*[d]isciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari»*, è pubblicata in *G.U.*, 22 settembre 2008, n. 222.

<sup>(11)</sup> Le Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 sono pubblicate in *G.U.*, 24 giugno 2009, n. 144.

<sup>(12)</sup> Per comodità espositiva le Disposizioni applicative aggiornate all'ultimo intervento modificatore della Banca d'Italia, con provvedimento del 12 dicembre 2011 - pubblicato in *G.U.*, 29 dicembre 2011, n. 294 -, saranno indicate con la locuzione di *nuove Disposizioni applicative*. Il relativo testo è consultabile in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it). La modifica è intervenuta sostanzialmente per tener conto del nuovo regime della mediazione obbligatoria e delle indicazioni emerse dai primi due anni di operatività del sistema stragiudiziale di tutela dell'ABF.

bancario - finanziaria, qual è l'Arbitro Bancario Finanziario (*di seguito*: ABF) <sup>(13)</sup>, chiarendo di conseguenza che il riferimento, contenuto nel comma 1 dell'art. 128-bis T.U. bancario a «*sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela*», non concerne le generiche procedure di *Alternative Dispute Resolution* (*di seguito*: ADR) <sup>(14)</sup>, quanto ad un procedimento *sui generis*, avente (come si cercherà di evidenziare) caratteri discordanti dalle tradizionali procedure arbitrali, conciliative e di mediazione <sup>(15)</sup>.

Il che è tanto vero che l'ultimo comma dell'art. 128-bis T.U. bancario, infine, «*impone alla Banca d'Italia lo stesso obbligo di informazione che i regolamenti impongono alle banche e agli intermediari aderenti, vale a dire quello di rendere noto ai clienti la possibilità di adire l'ABF ...*» <sup>(16)</sup>.

Individuato il contesto normativo nazionale in cui si colloca il nuovo procedimento, è necessario contestualizzarlo altresì nell'ambito dell'Ordinamento comunitario, la cui legislazione e giurisprudenza condiziona, come noto, l'Ordinamento interno.

### **(Segue) lo sguardo alla normativa comunitaria.**

1.1. - Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, l'Unione europea indica tra i suoi obiettivi quello del miglioramento della giustizia civile <sup>(17)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Conferma la conclusione indicata la voce «*Arbitro Bancario Finanziario*» contenuta nelle «*[d]efinizioni*» che aprono le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, alla sezione I, 3ss., in particolare si veda anche quanto precisato nella nota n. 1.

<sup>(14)</sup> Sul tema dei procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie si vedano CANALE, *Luci ed ombre ad una prima lettura dello schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione*, CARATTA, *La via italiana alla conciliazione: luci ed ombre nel decreto legislativo sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali»*, CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*, RAITI, *La delega in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali ex art. 60 Legge n. 69 del 2009*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 109, 141, 195, 657.

<sup>(15)</sup> V. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione I, § 3, nt. 1, 4.

<sup>(16)</sup> MAIMERI, sub *Art. 128-bis*, in BELLI, LOSAPPIO, PORZIO, RISPOLI FARINA, SANTORO (a cura di), *Commentario al Testo unico bancario*, Milano, 2010, 1144.

<sup>(17)</sup> Il trattato è pubblicato in *G.U. delle C.E.*, 10 novembre 1997, n. C. 340. Cfr. il Titolo IV, (*ex* Titolo III-bis) - «*Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera*

Il 30 marzo 1998 la Commissione delle Comunità europee adotta la **raccomandazione 98/257/CE** <sup>(18)</sup>, con la quale sottolinea la necessità a livello comunitario di predeterminare principi minimi circa la creazione e il funzionamento delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie in materia di consumo. All'uopo raccomanda a tutti gli organismi esistenti o futuri, che si occupano della risoluzione extragiudiziale delle controversie nel settore del consumo, l'adozione dei principi di indipendenza dell'organo responsabile dell'adozione della decisione; di trasparenza, di efficacia e di rappresentanza della procedura; di legalità e libertà della decisione; e del contraddittorio tra le parti. La raccomandazione, occupandosi, seppure nel solo settore del consumo, delle procedure che richiedono l'intervento attivo di terzi, evidenzia dunque una prima distinzione nel *genus* delle ADR, separando le procedure arbitrali e di mediazione da quelle di conciliazione in senso stretto, che comportano invece un mero tentativo di incontro della volontà delle parti al fine di addivenire ad una soluzione consensuale della controversia.

Il Consiglio d'Europa poi, nella risoluzione del 25 maggio 2000, invita da un lato, la Commissione ad elaborare criteri diretti ad assicurare qualità, equità ed efficienza di tali procedure, e dall'altro, gli Stati membri ad applicarli; e nella

---

*circolazione delle persone» - all'art. 61 (ex articolo 73 I), prevede: «Allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il Consiglio adotta:*

*a) entro un periodo di cinque anni a decorrere dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, misure volte ad assicurare la libera circolazione delle persone a norma dell'articolo 14, insieme a misure di accompagnamento direttamente collegate in materia di controlli alle frontiere esterne, asilo e immigrazione, a norma dell'articolo 62, paragrafi 2 e 3 e dell'articolo 63, paragrafo 1, lettera a) e paragrafo 2, lettera a), nonché misure per prevenire e combattere la criminalità a norma dell'articolo 31, lettera e) del trattato sull'Unione europea,*

*b) altre misure nei settori dell'asilo, dell'immigrazione e della salvaguardia dei diritti dei cittadini dei paesi terzi, a norma dell'articolo 63,*

*c) misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, come previsto all'articolo 65,*

*d) misure appropriate per incoraggiare e rafforzare la cooperazione amministrativa, come previsto all'articolo 66,*

*e) misure nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale volte ad assicurare alle persone un elevato livello di sicurezza mediante la prevenzione e la lotta contro la criminalità all'interno dell'Unione, in conformità alle disposizioni del trattato sull'Unione europea».*

<sup>(18)</sup> Cfr. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione I, § 2, 3, che richiama anche questa raccomandazione tra le «[f]onti normative» dell'ABF.

**direttiva 2000/31/CE** del 8 giugno 2000 <sup>(19)</sup>, il Parlamento europeo e il Consiglio stabiliscono che gli Stati membri non devono ostacolare con le legislazioni interne l'uso degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie disponibili nel territorio nazionale. Nelle conclusioni adottate il 29 maggio 2000, inoltre, invita la Commissione a elaborare un Libro Verde sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, onde fare il punto della situazione esistente e avviare consultazioni. Ne consegue l'emanazione della **raccomandazione 2001/310/CE** della Commissione del 4 aprile 2001 <sup>(20)</sup>, che si preoccupa di individuare i principi applicabili agli organi extragiudiziali per la risoluzione consensuale delle controversie in materia civile, al fine di incoraggiare e agevolare la composizione delle controversie in materia di consumo fin sul nascere. Sottolinea che tali procedure per poter essere «*un'alternativa realistica*» <sup>(21)</sup> al giudizio innanzi al tribunale devono ovviare ai ben noti problemi del secondo, quali i costi, i tempi, la complessità e la rappresentanza. Per soddisfare tali esigenze, raccomanda l'imparzialità <sup>(22)</sup>, la trasparenza <sup>(23)</sup>, l'efficacia <sup>(24)</sup> e, infine, l'equità <sup>(25)</sup> della procedura. Sottolinea la compatibilità di tali principi con quelli fissati nella raccomandazione 98/257/CE e, in ogni caso, fa salvo il diritto

---

<sup>(19)</sup> La direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio è pubblicata in *G.U. delle C.E.*, 17 luglio 2000, n. L 178. Cfr. l'art. 17, rubricato «[c]omposizione extragiudiziale delle controversie»: «1. Gli Stati membri provvedono affinché, in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, la loro legislazione non ostacoli l'uso, anche per vie elettroniche adeguate, degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previsti dal diritto nazionale. 2. Gli Stati membri incoraggiano gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie, in particolare di quelle relative ai consumatori, ad operare con adeguate garanzie procedurali per le parti coinvolte. 3. Gli Stati membri incoraggiano gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie a comunicare alla Commissione le decisioni significative che adottano sui servizi della società dell'informazione nonché ogni altra informazione su pratiche, consuetudini od usi relativi al commercio elettronico».

<sup>(20)</sup> La raccomandazione 2001/310/CE della Commissione delle Comunità europee è pubblicata in *G.U. delle C.E.*, 19 aprile 2001, n. L. 109.

<sup>(21)</sup> Si veda il considerando n. 13 della citata raccomandazione.

<sup>(22)</sup> onde consentire che tutte le parti abbiano fiducia nella equità della procedura (v. considerando n. 10)

<sup>(23)</sup> si da assicurare ad entrambe le parti l'accesso alle informazioni di cui necessitano (v. considerando n. 11).

<sup>(24)</sup> per facilitare l'accesso e la disponibilità di tali procedure ad entrambe le parti, indipendentemente dal luogo in cui esse sono site (v. considerando n. 12).

<sup>(25)</sup> per consentire alle parti di fornire tutte le informazioni necessarie e pertinenti (v. considerando n. 15).

di adire i tribunali conformemente all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: spiega, infatti, la raccomandazione che, poiché la normativa comunitaria garantisce la libera circolazione dei beni e dei servizi nel mercato comune, da tali libertà deriva che gli operatori, compresi i consumatori, per risolvere le controversie derivanti dalle attività economiche poste in essere, devono essere in grado di adire il tribunale di uno Stato membro allo stesso modo dei cittadini di tale Stato, non essendo possibile designare procedure di risoluzione delle controversie in materia di consumo in sostituzione di quelle giudiziarie. L'uso di tali procedure non deve, infatti, privare i consumatori del loro diritto di adire i tribunali, a meno che non si dicano espressamente d'accordo con piena cognizione di causa, (e soltanto) dopo che la controversia sia stata materializzata.

Nel 2002, la Commissione pubblica il Libro Verde, sollecitando pareri in merito: l'orientamento generale si mostra favorevole alla conciliazione e all'opportunità che l'Unione europea assuma in tal senso iniziative. Le incertezze riguardano sostanzialmente l'opportunità di rendere obbligatorio il tentativo di conciliazione, l'*iter* procedimentale, le qualifiche dei mediatori, nonché altri profili tecnici.

Nella primavera del 2004 viene diffusa una prima versione di Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio europeo, e nell'autunno dello stesso anno viene fatta circolare la versione finale della Proposta, su cui successivamente si esprimono il Parlamento europeo, con parere del 29 marzo 2007, il Consiglio (il 28 febbraio 2008), e poi ancora il Parlamento europeo (il 23 aprile 2008). E il 21 maggio 2008 viene approvata la **direttiva 2008/52/CE** <sup>(26)</sup>, che i singoli Stati membri sono tenuti ad attuare entro il 2011.

La direttiva, formalmente destinata alla gestione delle sole controversie transfrontaliere, quali le controversie che oppongono parti abitualmente domiciliate o residenti in Stati membri diversi ad una certa data <sup>(27)</sup>, in sostanza offre «una

---

<sup>(26)</sup> La direttiva 2008/52/CE è pubblicata in *G.U. delle C.E.*, 24 maggio 2008, n. L 136.

<sup>(27)</sup> Cfr. gli artt. 1, comma 2 - «*La presente direttiva si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia*

*disciplina quadro agli Stati della Comunità che ad essa possono attingere per la promozione dell'istituto della risoluzione stragiudiziale a livello nazionale».*

Si preoccupa, dunque, di disciplinare non solo le controversie propriamente transfrontaliere, nel rispetto della normativa nazionale in materia, ma anche di garantire un migliore accesso alla giustizia civile, per il tramite di tali procedure stragiudiziali.

Per la direttiva, infatti, la mediazione può all'uopo costituire uno strumento utile, poiché fornisce soluzioni extragiudiziali convenienti e rapide delle controversie in materia civile e commerciale, sulla base di procedure concepite in relazione alle esigenze delle parti. E ciò anche sul rilievo che gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente dalle parti, favorendo rapporti amichevoli tra le stesse <sup>(28)</sup>, al punto da richiedere agli Stati membri di garantire alle parti della procedura, su richiesta, la esecuzione dell'intervenuto accordo. Sottolinea, infine, la necessità di assicurare il rispetto del principio di riservatezza nei procedimenti di mediazione e di far salvo in ogni caso l'accesso alla tutela giudiziale o arbitrale.

Orbene, ai fini del presente studio, rileva l'esistenza di un *trend* comunitario favorevole alla composizione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale, che incentiva il ricorso a tali procedure.

---

*fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (acta iure imperii)» - e 2, comma 1 - «Ai fini della presente direttiva per controversia transfrontaliera si intende una controversia in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui: a) le parti concordano di ricorrere alla mediazione dopo il sorgere della controversia; b) il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale; c) l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale; o d) ai fini dell'articolo 5, un invito è rivolto alle parti» - della direttiva 2008/52/CE.*

<sup>(28)</sup> La direttiva all'art. 3 precisa che per mediazione deve intendersi un procedimento in cui le parti di una controversia cercano volontariamente di raggiungere un accordo con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento non deve essere confuso con la c.d. conciliazione giudiziale (che viene esperita dallo stesso giudice che, in caso di fallimento, dovrà poi decidere della controversia), ma può ricomprendere anche la mediazione condotta da un giudice che non sia anche responsabile del relativo procedimento giudiziale. Il mediatore è, infatti, qualificato come quel terzo a cui sia chiesto di condurre la mediazione indipendentemente dalla sua professione e dalle modalità con le quali è stato nominato o invitato a condurre la stessa, elaborando proposte da sottoporre alle parti.

Da questo punto di vista può dirsi certamente che, in materia bancario - finanziaria l'invito comunitario all'adozione di strumenti stragiudiziali di tutela è stato accolto, anche mediante la istituzione dell'ABF.

### **L'Organo giudicante.**

2. – L'ABF ha iniziato a svolgere il compito affidatogli dalla Banca d'Italia il 15 ottobre 2009. È costituito da una Segreteria tecnica e da un Organo decidente che si articola territorialmente in tre Collegi aventi sede in Milano, Roma e Napoli <sup>(29)</sup>. Ciascun Collegio si compone di cinque membri effettivi, cui sono affiancati «*uno o più componenti supplenti*» per i casi di assenza, impedimento o astensione <sup>(30)</sup>. Di questi, il Presidente e due membri sono *designati* dalla Banca d'Italia, un membro da organismi associativi che presentano «*requisiti di ampia diffusione territoriale e di adeguata rappresentatività degli intermediari*» <sup>(31)</sup>, ed un ultimo membro, dalle associazioni rappresentative dei clienti: in particolare «*per i consumatori, dal Consiglio Nazionale dei consumatori e degli utenti (CNCU) di cui all'art. 136 del Codice del Consumo*»; per le altre categorie di clienti, dalle associazioni di categoria che raccolgono un numero consistente di clienti sull'intero territorio nazionale e che hanno svolto attività continuativa nei precedenti tre anni.

La *nomina* dei membri designati avviene con provvedimento della Banca d'Italia, previa verifica dei «*requisiti di esperienza, professionalità, integrità e indipendenza*» richiesti per ciascuno <sup>(32)</sup>. Ai fini della nomina sono altresì valutati la mole e la natura degli altri incarichi già ricoperti, l'età anagrafica e la vicinanza del luogo di residenza con la sede del Collegio.

---

<sup>(29)</sup> Per la competenza territoriale vedi *infra* Capitolo 2, § 1.

<sup>(30)</sup> Per le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione III, § 2, 9, «*[l]a sostituzione può essere disposta anche in relazione al flusso di ricorsi e ai carichi di lavoro, al fine di assicurare la funzionalità dell'attività del collegio*».

<sup>(31)</sup> Come indicato nelle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione III, § 2, 8.

<sup>(32)</sup> V. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione III, § 3, 10.

Non possono essere nominati membri dei tre Collegi coloro i quali siano stati condannati per reati inerenti ad attività bancarie, finanziarie, mobiliare, assicurativa, alla materia dei mercati e valori mobiliari o per i reati di usura e riciclaggio; coloro che sono incorsi in condanne definitive per altri delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione; a interdizione dai pubblici uffici o che siano stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza; coloro che nel biennio precedente alla designazione *«abbiano ricoperto cariche sociali o svolto attività di lavoro subordinato, ovvero di lavoro autonomo avente carattere di collaborazione coordinata e continuativa presso gli intermediari e le loro associazioni o presso le associazioni dei consumatori o delle altre categorie di clienti»*; nonché coloro che ricoprono cariche politiche <sup>(33)</sup>.

La composizione dell'Organo giudicante ha una struttura variabile in quanto, tranne che per il Presidente e i due membri designati dalla Banca d'Italia, i restanti membri sono convocati alle riunioni in ragione delle tipologie di parti coinvolte nella controversia da trattare e dell'oggetto della stessa, e ciò al fine di garantire in maniera effettiva la rappresentatività degli interessi coinvolti <sup>(34)</sup>. Questa struttura variabile dei Collegi giudicanti, secondo una parte della dottrina <sup>(35)</sup>, ampliandone la portata rappresentativa, rispecchia quella prevista per la sezione dell'Ombudsman competente per le controversie derivanti dall'esecuzione dei bonifici transfrontalieri, *«anche se l'inserimento della disposizione che prevede il membro provvisorio di nomina della Banca d'Italia dovrebbe prevenire quell'inerzia che ha bloccato il funzionamento della Sezione medesima»*.

---

<sup>(33)</sup> Cfr. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, § 3, 11.

<sup>(34)</sup> Si veda anche il § 2, sezione IV, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia secondo cui *«[i]n casi eccezionali, ove sussistano comprovate esigenze di specializzazione e di rappresentatività dei componenti e a condizione che ciò non pregiudichi l'economicità e l'efficienza della procedura, la Banca d'Italia può consentire che un organismo associativo designi più componenti dell'organo decidente, che si alternino in funzione delle caratteristiche del ricorso»*. *«Così, in presenza di un unico organismo associativo riconosciuto, la Banca d'Italia può valutare la possibilità che questo 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)»*.

<sup>(35)</sup> MAIMERI, *op. cit.*, 1145.



Il Presidente, nominato tra i componenti designati dalla Banca d'Italia, verifica la regolare costituzione del Collegio, e ne coordina la relativa attività <sup>(36)</sup>. Approva il calendario delle riunioni del Collegio, predisposto su iniziativa della Segreteria tecnica, laddove invece in precedenza questa costituiva un'attività rimessa unicamente alla Segreteria tecnica. Assicura, inoltre, che la composizione dell'Organo giudicante sia adeguata alla tipologia delle parti coinvolte nel ricorso oggetto di trattazione, verificando che siano presenti i membri designati dalle pertinenti associazioni dei clienti e degli intermediari. Coordina i lavori del Collegio, accerta i risultati delle votazioni e sottoscrive i verbali delle riunioni nei quali, a cura della Segreteria tecnica, è trascritto il dispositivo della decisione; firma, infine, le pronunce corredate di motivazione.

Orbene, un primo dato da valutare è che la scelta della maggioranza dei componenti di ogni Collegio - il Presidente e due membri - spetta alla Banca d'Italia. Ciò accade perché Autorità amministrativa indipendente nel settore del credito, e dunque per assicurare che l'Organo giudicante non sia sede di conflitto tra interessi contrapposti ma arbitro equidistante <sup>(37)</sup>. Eppure in dottrina spesso si è dubitato, anche per questo motivo, della indipendenza, imparzialità e terzietà dei Collegi dell'ABF <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Circa i compiti del Presidente del Collegio si vedano le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione III, § 2, 9.

<sup>(37)</sup> COSTANTINO, *La istituzione dell'«Arbitrato Bancario Finanziario»*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *op. cit.*, 301, secondo il quale assegnare la nomina della maggioranza dei membri dei Collegi alla Banca d'Italia implica una maggiore fiducia verso l'ABF e, pertanto, incentiva i ricorsi da parte della clientela. Considerano invece sbilanciata la ripartizione del potere di nomina fra gli organismi di vigilanza ed gli enti rappresentativi degli interessi in gioco, CONSOLO, STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in *An. giur. dell'economia*, 2011, 121 ss., in particolare l'appendice riassuntiva, anche se appare ragionevole che gli autori si riferiscano al potere di designazione e non di nomina dei membri dei Collegi, in quanto tutti sono indistintamente nominati con provvedimento della Banca d'Italia. Con il provvedimento di nomina, i membri sono formalmente investiti dell'ufficio, per cui la loro nomina da parte della Banca d'Italia non può certamente compromettere l'indipendenza dei componenti dell'Organo giudicante. In caso contrario (allora) si dovrebbe concludere che «anche i magistrati non sono autonomi dal potere esecutivo sol perché “nominati” con decreto del Ministro della Giustizia». In merito v. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a “La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR”)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 5, 666-667.

<sup>(38)</sup> Cfr. in merito CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2010, 261 ss., che sembra costruire l'ABF come un'articolazione interna della Banca d'Italia.

Invero, alle esigenze di imparzialità risponde senz'altro la prescrizione contenuta nell'art. 3 del regolamento dell'Organo decidente, dedito al «*dovere di astensione*», in virtù del quale «[i] componenti del collegio che ai sensi degli artt. 51 e 815 c.p.c. si trovano in situazioni di conflitto di interessi <sup>(39)</sup> rispetto alle parti o alle questioni oggetto della controversia si astengono dandone notizia al Presidente e alla Segreteria Tecnica, affinché vengano convocati i membri supplenti. Ove, eccezionalmente, la situazione di conflitto di interesse emerga nel corso della riunione, la trattazione del ricorso viene rinviata dandone conto nel verbale».

Potrebbe da subito rilevarsi che gli arbitri, e *a fortiori* gli altri soggetti privati preposti alle soluzioni stragiudiziali di controversie, non hanno un vero e proprio dovere di astenersi, quanto piuttosto il dovere di dichiarare all'occorrenza la circostanza ostativa all'assunzione dell'incarico <sup>(40)</sup>. Accade, tuttavia, che nell'ABF, diversamente dai casi di arbitrato amministrato, la nomina dei

---

<sup>(39)</sup> La nozione di «*conflitto di interesse*», seppure desumibile dall'esame combinato dei richiamati artt. 51 e 815 c.p.c., è ulteriormente precisata dall'art. 9, comma 3, del Codice deontologico dell'Organo decidente, consultabile in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it) e [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it), secondo il quale tale situazione «*si configura quando i componenti del collegio hanno un interesse privato o personale che possa influire o sembri influire sulla loro imparzialità e obiettività dei compiti ad essi assegnati*». Si pensi al caso in cui un membro del Collegio abbia prestato occasionalmente la propria collaborazione professionale ad una delle parti della controversia. Poiché l'esempio è indicato dalla Banca d'Italia (v. sezione III, § 4, nt. 1, delle Disposizioni applicative del 18 giugno 2009), una parte della dottrina ha ritenuto *a contrario* che non costituisca causa di incompatibilità per la nomina «*il fatto di aver ricevuto o di ricevere incarichi professionali da parte di intermediari, dei loro clienti o delle rispettive associazioni rappresentative, in quanto solo se il proprio assistito è parte della controversia vi è l'obbligo di astensione*». In questo senso LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in PICOZZA, GABRIELLI, *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2010, 260, nt. 10. Sul tema dell'imparzialità negli arbitrati amministrati cfr. LUISO, *Il nuovo regolamento-tipo per l'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio*, in *Riv. arb.*, 2007, 15; ID., *Il nuovo articolo 832 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, 352 ss.; PEDRINI, *Questioni in tema di ricsuzione nell'arbitrato amministrato*, in *Corr. giur.*, 2005, 842 ss.

<sup>(40)</sup> Si consideri che mentre per il giudice il dovere di imparzialità deriva dalla natura pubblica delle funzioni esercitate, per gli arbitri costituisce un onere privatistico fondato sulla fiducia, di cui garanti sono le stesse parti che hanno provveduto alla sua nomina. Sul diverso fondamento dei poteri del giudice e dell'arbitro si veda GLENDI, *La ricsuzione degli arbitri anche per «gravi ragioni di convenienza»*, in *Corr. giur.*, 2005, 555; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 86; ID. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, 155 ss.

componenti dei tre Collegi è effettuata a monte, vale a dire prima ancora che la controversia sia incardinata innanzi all'ABF <sup>(41)</sup>.

In altri termini, innanzi all'ABF non si realizza il meccanismo della nomina e dell'accettazione al singolo incarico di risoluzione della controversia, bensì una accettazione generalizzata a conoscere i ricorsi presentati al Collegio territorialmente competente di cui il singolo membro fa parte.

Il dovere di astensione prescritto dal regolamento dell'Organo decidente allora impone semplicemente al singolo membro di non partecipare alla riunione per la quale è convocato, qualora versi in una situazione di conflitto di interesse, rinunciando pertanto alla singola controversia.

Probabilmente sarebbe utile riconoscere alle parti (intermediari e cliente), anche per il tramite delle relative associazioni rappresentative, il potere di ricusare in tali situazioni il componente del Collegio in difetto, ne deriverebbe, però, l'ulteriore problema di individuare l'organo legittimato a sindacare la ricazione <sup>(42)</sup>.

In ogni caso, non può escludersi che proprio la predeterminazione dei nomi dei membri dei tre Collegi, in uno con la costanza e la regolarità della funzione svolta dall'ABF <sup>(43)</sup>, siano indice di imparzialità e terzietà dell'Organo giudicante.

A ciò si aggiunga che, il modello (adoperato) dell'organo collegiale <sup>(44)</sup> è già di per sé un sicuro indice di bilanciamento tra interessi personali e interessi superindividuali, che favorisce l'adozione di soluzioni non solo imparziali ma anche corrette, se si considera che l'ABF opera in un settore sensibile, per cui spesso deve occuparsi di complessi problemi tecnici inerenti al settore del credito.

---

<sup>(41)</sup> I membri dei tre Collegi hanno infatti già accettato l'incarico e, in relazione alle tipologie di parti coinvolte nella controversia, vengono convocati alle riunioni.

<sup>(42)</sup> PEDRINI, *op. cit.*, 846 ss., il quale evidenzia come l'autorità competente a decidere dell'istanza di ricazione non sia necessariamente il Presidente del tribunale, in quanto tale regime nel caso di arbitrati amministrati è pienamente derogabile. In merito cfr. il Regolamento della Camera Arbitrale di Milano (art. 19), il Regolamento della Camera Arbitrale di Roma (art. 7), il Regolamento arbitrale della Camera di Commercio di Venezia (art. 17) e il Regolamento arbitrale di Lucca (art. 18), i quali prevedono che sull'istanza di ricazione decida il Consiglio arbitrale.

<sup>(43)</sup> Vogliono garantire un impegno attivo e costante dei componenti dell'Organo decidente, i «[r]equisiti» di nomina individuati dal § 3, sezione III, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 10.

<sup>(44)</sup> BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 2008, 582.

L'indipendenza del giudizio è poi rafforzata da quelle previsioni secondo cui i singoli membri «*debbono possedere requisiti di esperienza, professionalità, integrità e indipendenza*», da individuarsi «*tra docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di 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*»; dal regime delle incompatibilità, cui i membri sono subordinati <sup>(45)</sup>; infine, dalla disciplina della durata, del rinnovo e della cessazione del mandato ad essi conferito <sup>(46)</sup>.

Tali rilievi tuttavia non sono bastati a fugare in dottrina i dubbi di indipendenza, imparzialità e terzietà dell'Organo giudicante dell'ABF, in virtù (anche) del ruolo svolto dalle Segreterie tecniche nella procedura di cui all'art. 128-*bis* del T.U. bancario.

### **La Segreteria tecnica.**

3. – Per ciascuno dei tre Collegi, l'attività di segreteria tecnica è svolta in strutture site presso le sedi della Banca d'Italia di Milano, Roma e Napoli, in ragione del fatto che «*l'attività ausiliaria ... per l'organo decidente è svolta [direttamente] dalla Banca d'Italia*», per il tramite di suoi dipendenti <sup>(47)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> V. il § 3, sezione III, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 10. In merito in sede di consultazione pubblica delle nuove Disposizioni applicative si è suggerito di definire in maniera dettagliata le ipotesi di incompatibilità per il personale dipendente della Banca d'Italia. Di qui la integrazione alla versione definitiva delle nuove Disposizioni, per le quali i dipendenti delle Autorità di vigilanza possono ritenersi in possesso dei requisiti di competenza ed esperienza richiesti per la nomina a componente dell'Organo giudicante, purché abbiano cessato dall'esercizio delle funzioni di vigilanza, volendo dunque mantenere distinte le funzioni della Banca d'Italia da quelle proprie dell'Organo giudicante dell'ABF. Cfr. il § 3, nt. 1, sezione III, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 10, con il «*[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011*», 4.

<sup>(46)</sup> Per il § 2, sezione III, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 10, «*[i]l presidente rimane in carica cinque anni e gli altri membri tre anni; il mandato è rinnovabile una sola volta*».

<sup>(47)</sup> Cfr. il § 1, sezione IV, 13, con il § 1, sezione I, 2, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia che, così come modificato, precisa che «*[a]lla Banca d'Italia sono affidati compiti di carattere normativo per l'emanazione delle disposizioni applicative e di nomina dei*

Questa attività si concreta nel ricevere i ricorsi presentati dalla clientela e i relativi documenti degli intermediari; nel preparare i fascicoli delle controversie; nel trasmettere la copia del ricorso, qualora non vi abbia già provveduto il cliente; nel sottoporre al Presidente (per l'approvazione) il calendario delle riunioni del Collegio; nel convocare i singoli membri, informandoli sull'agenda dei ricorsi da trattare; nel curare le comunicazioni alle parti nel corso della procedura; nell'assistere alle riunioni del Collegio e nel redigerne il verbale; nell'alimentare (infine) l'archivio elettronico delle decisioni adottate.

La Segreteria tecnica ha inoltre limitati poteri *valutativi*, in quanto «*accerta*»<sup>(48)</sup> la completezza, la regolarità e la tempestività della documentazione presentata dalle parti, chiedendo se necessario eventuali integrazioni entro un termine all'uopo fissato.

Valutata la manifesta irricevibilità o inammissibilità del ricorso, la segreteria tecnica lo sottopone «*prontamente*» al Presidente del Collegio per la eventuale dichiarazione di inammissibilità<sup>(49)</sup>.

Inoltre, per le previgenti Disposizioni applicative della Banca d'Italia, la Segreteria tecnica, valutato l'eventuale inadempimento delle decisioni da parte degli intermediari, provvedeva in caso di esito positivo direttamente alla esecuzione della relativa sanzione<sup>(50)</sup>, laddove invece la nuova disciplina prevede che qualora l'intermediario sia inadempiente o il suo inadempimento sia dubbio, la Segreteria tecnica, ne informi prima il Collegio, e poi provveda all'applicazione della sanzione in capo all'intermediario inadempiente. Fuori da queste ipotesi,

---

*membri dell'organo decidente, nonché lo svolgimento di alcune attività ausiliarie. Per svolgere queste ultime, la Banca d'Italia mette a disposizione dell'ABF mezzi e risorse, anche attraverso l'istituzione di strutture dedicate – le Segreterie tecniche – presso le sedi della Banca d'Italia ove operano i collegi dell'ABF».* Per coglierne la difesa formulazione, cfr. anche quest'ultimo paragrafo con il § 1, sezione I, delle Disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, 1.

<sup>(48)</sup> Così per il § 1, sezione IV, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 13.

<sup>(49)</sup> Cfr. il § 2, sezione IV, con il § 2, sezione VI, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia. V. anche il § 2, sezione IV, delle Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, 10, per il quale (invece), in caso di palese incompletezza, irregolarità o intempestività dell'istanza di partecipazione all'ABF, l'attestazione di irricevibilità del ricorso era esclusivamente rimessa alla stessa Segreteria tecnica.

<sup>(50)</sup> V. il § 5, sezione VI, delle Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009.

sembra invece che la Segreteria tecnica possa ancora provvedere direttamente alla esecuzione della sanzione <sup>(51)</sup>.

Svolge, infine, l'attività «istruttoria» <sup>(52)</sup> per l'Organo decidente, preparando per ogni singolo componente una relazione sulla questione che dovrà essere trattata nel corso della riunione del Collegio.

Il legame tra le Segreterie tecniche e la Banca d'Italia è reso ancor più evidente dal rilievo che le attività delle prime sono coordinate da un'apposita struttura (di coordinamento appunto) istituita presso l'Amministrazione centrale della Banca d'Italia, la quale cura il buon funzionamento del sistema, provvedendo in particolare ad apprestare un supporto specialistico alle Segreterie tecniche, specie su questioni relative all'applicazione delle Disposizioni applicative della Banca d'Italia; ad individuare la Segreteria tecnica competente nel caso di pluralità di ricorsi rimessi contestualmente al Collegio di coordinamento; ad apprestare l'assistenza tecnico - operativa ai tre Collegi; a svolgere le attività connesse con la nomina, la revoca e la decadenza dei componenti dell'Organo giudicante; all'informativa al pubblico sulle attività svolte dall'ABF, preoccupandosi per un verso di preparare una Relazione annuale sull'attività dell'ABF, e per altro verso, aggiornando il sito internet dell'ABF con la pubblicazione delle pronunce dei tre Collegi territoriali e delle eventuali inadempienze degli intermediari; a compiere gli adempimenti connessi alla partecipazione dell'ABF alla rete Fin.Net; all'evoluzione della procedura informatica di supporto, in collaborazione con le funzioni tecniche della Banca d'Italia <sup>(53)</sup>.

---

<sup>(51)</sup> Così da una lettura combinata dei §§ 1 (*Organizzazioni e funzioni*), sezione IV, e 4 (*Pubblicità dell'inadempimento*), sezione VI, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 13 e 19. Il riferimento è alle ipotesi di mancata cooperazione al funzionamento della procedura.

<sup>(52)</sup> La locuzione proviene dalle previgenti Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione VI, § 3, 15, secondo cui «[l]'istruttoria sul ricorso è curata dalla [S]egreteria tecnica territorialmente competente». In merito sia consentito rinviare a quanto rilevato nel Capitolo 2, § 6, del presente studio.

<sup>(53)</sup> V. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione IV, § 2, 14: «La Relazione riporta anche informazioni di carattere statistico sulle procedure che hanno interessato nel corso dell'anno ciascun intermediario, ivi compreso il numero delle eventuali inadempienze e quello dei ricorsi nei quali è risultato soccombente rispetto al numero totale dei ricorsi decisi nei suoi confronti».

Tuttavia la dottrina talora, nel marcare questo legame tra la Banca d'Italia e le Segreterie tecniche, ha posto in dubbio la stessa indipendenza, imparzialità e terzietà dei Collegi dell'ABF.

Per un verso si è ritenuto che, poiché alla Banca d'Italia spetta, non solo la designazione maggioritaria e la nomina dei membri dell'Organo giudicante, ma «anche l'organizzazione, a livello locale, delle [S]egreterie tecniche», la cui attività - come indicato - è poi coordinata a livello centrale dalla stessa Banca d'Italia, quest'ultima costituirebbe una sorta di «giudice - autorità» che regola, controlla e giudica qualsiasi comportamento delle banche verso la clientela, compreso l'operato dell'ABF, *rectius* dei singoli Collegi giudicanti <sup>(54)</sup>.

Invero, la scelta di affidare alla Banca d'Italia l'organizzazione dell'ABF appare certamente coerente con gli artt. 53, comma 1, lett. d), 107, comma 2, e 114-ter del T.U. bancario, che conferiscono alla Banca d'Italia un potere di regolamentazione sull'organizzazione amministrativa e sui controlli interni di banche ed intermediari finanziari. Tale potere è poi coerente con le funzioni di vigilanza della Banca d'Italia, che si propone di assicurare il rispetto delle regole di trasparenza da parte di banche ed intermediari finanziari sia nella fase di formazione dei contratti, assicurando la qualità delle informazioni rese ai clienti, sia nella successiva fase di esecuzione dei contratti, che deve realizzarsi secondo buona fede e correttezza <sup>(55)</sup>.

Inoltre le funzioni di supporto tecnico che la Banca d'Italia assicura al sistema dell'ABF sono regolate in modo da non interferire con la piena autonomia decisoria dei tre Collegi. Ne consegue che, anche se la Banca d'Italia, in quanto Autorità di vigilanza sul credito e sul risparmio, è chiamata *ex lege* a controllare

---

<sup>(54)</sup> CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 272 ss., in particolare 275.

<sup>(55)</sup> Cfr. DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 70, 2011, 14 - 15, liberamente consultabile sul sito web della Banca d'Italia, area Vigilanza, il quale tra l'altro evidenzia che la scelta di affidare alla Banca d'Italia le funzioni di supporto organizzativo all'ABF «determini un apprezzabile risultato di carattere funzionale, in quanto l'elevata competenza professionale del personale incaricato di funzioni istruttorie si traduce in un rilevante contributo specialistico che consente un pronto e corretto inquadramento dei profili tecnici che caratterizzano gli argomenti introdotti nei ricorsi (come, ad es. la corretta quantificazione degli interessi, spese e commissioni addebitati sul conto del cliente o riportati in un conteggio di estinzione anticipata di un finanziamento)».

l'operato degli intermediari e, così, assicurare il rispetto della normativa sulla trasparenza bancaria <sup>(56)</sup>, non bisogna per ciò solo ritenere che l'Organo giudicante non sia indipendente, imparziale e terzo, stante l'autonomia della funzione giudicante riconosciuta all'ABF per la risoluzione in via stragiudiziale delle controversie della clientela con gli intermediari <sup>(57)</sup>.

Per altro verso, i dubbi della dottrina derivano dal rilievo che la Segreteria tecnica non si limita ad assistere i Collegi dell'ABF, ma la sua attività incide profondamente sul potere decisorio delle controversie: ciò accadrebbe in relazione all'esercizio dei poteri *valutativi* cui si è fatto cenno. Da questo punto di vista, la Segreteria tecnica parteciperebbe alla *funzione decisoria* dell'ABF con la conseguenza che, essendo espressione diretta della Banca d'Italia, sarebbe compromessa la stessa autonomia della funzione giudicante dei Collegi dell'ABF <sup>(58)</sup>.

Ebbene, pur volendo ritenere la Segreteria tecnica espressione derivata dell'*Authority* Banca d'Italia - e ciò allo stato è innegabile - si ritiene che la sua attività non incida (in alcun modo) sull'attività decisoria in senso stretto dell'Organo giudicante dell'ABF.

Un primo dato da sottolineare, infatti, è che l'Organismo ABF si compone e di Segreteria tecnica e di Organo giudicante, con funzioni istituzionali e compiti di diversa natura: la Segreteria tecnica non gestisce i giudizi, né svolge un'attività istruttoria «*secondo la logica inquisitoria del processo*» <sup>(59)</sup> perché, come si avrà modo di chiarire nel descrivere la fase istruttoria del procedimento *ex art. 128-bis*

---

<sup>(56)</sup> Il T.U. bancario attribuisce alla Banca d'Italia funzioni di vigilanza e quindi di controllo su tutte le attività svolte dai soggetti che si occupano della gestione dei risparmi e dei prodotti finanziari. Trattasi di funzioni pubbliche che si affiancano alle sue ordinarie funzioni di banca: v. l'art. 5 del T.U. bancario; AULETTA, *Banche e mercato mobiliare (giurisdizione in materia di)*, in VERDE (a cura di), *La giurisdizione, Dizionario del riparto*, Torino, 2010, 144; PORZIO, *Le imprese bancarie*, in *Tratt. Buonocore*, III-1, Torino, 2007, 85.

<sup>(57)</sup> In merito cfr. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, cit., 666, il quale evidenzia che mentre i componenti delle Segreterie tecniche sono dipendenti della Banca d'Italia, non lo sono anche i membri dell'Organo giudicante, scelti invece tra soggetti «*estranei alla "struttura" di banca d'Italia, e che quindi per definizione non partecipano all'esercizio delle altre competenze*».

<sup>(58)</sup> BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *I Contratti*, 2010, 4, 428.

<sup>(59)</sup> GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, cit., 667.



T.U. bancario <sup>(60)</sup>, l'attività di acquisizione e di valutazione delle prove spetta unicamente ai Collegi giudicanti in relazione alla documentazione prodotta dalle parti e (solo) raccolta dalle Segreterie tecniche.

L'attività svolta dalle Segreterie tecniche mira principalmente ad offrire ai Collegi giudicanti una ricostruzione ordinata e documentata degli elementi di fatto che sono oggetto della pretesa avanzata dal cliente, limitandosi pertanto a verificare la completezza formale della documentazione ricevuta dalle parti e, all'occorrenza, a richiederne una integrazione.

In particolare nella relazione tecnica, che le Segreterie tecniche consegnano alle riunioni dei Collegi ai singoli membri, si limitano ad illustrare per iscritto il caso controverso, indicando la ricostruzione dei fatti esposta dalle parti, corredata dai documenti acquisiti, dall'indicazione delle norme che regolano la materia oggetto del ricorso <sup>(61)</sup>, dall'indicazione di eventuali massime giurisprudenziali <sup>(62)</sup>. Possono segnalare eventuali precedenti pronunce dell'ABF su materie attinenti all'oggetto del ricorso, ma non possono in alcun modo formulare conclusioni del tipo di quelle che per esempio il Procuratore Generale deposita nel corso del giudizio di Cassazione. Inoltre quando assistono alle riunioni dei Collegi ABF svolgono una mera funzione verbalizzante <sup>(63)</sup>.

In altri termini, le Segreterie tecniche svolgono un'attività sostanzialmente preparatoria all'attività istruttoria e decisoria dell'Organo giudicante territorialmente adito, ricordando al più la figura del *Law Clerk* statunitense <sup>(64)</sup>.

Anche laddove è prescritto - in relazioni all'esecuzione della sanzione nel caso di inadempimento dell'intermediario - che «*la [S]egreteria tecnica ne*

---

<sup>(60)</sup> Si veda il § 6, Capitolo 2, del presente studio.

<sup>(61)</sup> Spesso la materia oggetto della controversia sottoposta all'ABF è regolata anche da disposizioni di carattere amministrativo, da codici deontologici o da accordi tra categorie rappresentative delle parti in contesa. Esempi di regolamentazioni speciali utili alle decisioni dei Collegi si rinvencono in materia di estinzione anticipata, di accollo e di portabilità dei mutui fondiari, la cui disciplina trova la sua fonte primaria in norme di legge, ma è regolata altresì per taluni aspetti da disposizioni amministrative della Banca d'Italia e da accordi intervenuti tra le associazioni rappresentative di intermediari e clienti (DE CAROLIS, *op. cit.*, 19).

<sup>(62)</sup> DE CAROLIS, *op. ult. cit.*, 17.

<sup>(63)</sup> Cfr. CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 133.

<sup>(64)</sup> CONSOLO, STELLA, *op. ult. cit.*, 133.

*informa il [C]ollegio» per la verifica dell'inadempimento* <sup>(65)</sup>, è d'uopo precisare che l'ipotesi concerne unicamente quei casi in cui si richiede dopo la decisione dell'Organo giudicante un nuovo intervento del Collegio dell'ABF, per valutare il comportamento dell'intermediario successivo all'adozione della decisione, quindi per accertare l'eventuale suo inadempimento ai fini dell'applicazione della sanzione. La Segreteria tecnica, *rectius* la Banca d'Italia non può entrare nel merito delle decisioni assunte dai Collegi giudicanti a salvaguardia proprio dell'autonomia e dell'indipendenza degli stessi <sup>(66)</sup>.

Tra l'altro, le modifiche apportate di recente alle Disposizioni applicative della Banca d'Italia hanno reso ancor più evidente l'autonomia *funzionale* che connota il sistema di tutela riconducibile all'art. 128-*bis* del T.U. bancario.

Da un lato vi è, infatti, la Banca d'Italia, alla quale, per il ruolo svolto nel settore creditizio, sono affidati compiti di carattere normativo per l'emanazione delle disposizioni applicative e di nomina dei membri dell'Organo giudicante, nonché lo svolgimento delle attività ausiliari, mettendo a disposizione mezzi e risorse, attraverso (anche) le Segreterie tecniche che essa stessa coordina attraverso l'Amministrazione centrale <sup>(67)</sup>:



Dall'altro lato, vi è l'Organo giudicante dell'ABF, articolato territorialmente in tre Collegi, il cui operato, per le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, è coordinato da un unico Collegio centrale, composto dai Presidenti dei

<sup>(65)</sup> V. il § 4, sezione VI, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 19.

<sup>(66)</sup> Cfr. il Comunicato del 26 ottobre 2010 pubblicato, su iniziativa della Banca d'Italia, sul sito internet dell'ABF e della Banca d'Italia.

<sup>(67)</sup> La Struttura centrale di coordinamento è disciplinata dal § 2, sezione IV, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 13.

tre Collegi nei quali si articola l’Organo giudicante, da un membro designato dalle associazioni degli intermediari e da un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti appartenenti ai singoli Collegi <sup>(68)</sup>:



### L'adesione

4. – Il procedimento di cui all’art. 128-*bis* del T.U. bancario si rivolge ai soggetti individuati dall’art. 115 T.U. bancario e alla c.d. «*clientela*».

Tra i primi rientrano le banche, gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi previsti dall’art. 106 del T.U. bancario, i confidi iscritti nell’elenco previsto dall’art. 112 del T.U. bancario, le Poste Italiane S.p.a per le attività di bancoposta, gli istituti di moneta elettronica, le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia le operazioni e i servizi indicati nel titolo VI del T.U. bancario. In ogni caso, onde facilitarne l’individuazione, la Banca d’Italia ha predisposto alla propria pagina web un apposito link che consente la consultazione dell’albo delle banche e degli intermediari sui quali grava l’adesione all’ABF <sup>(69)</sup>.

<sup>(68)</sup> Il nuovo Collegio di coordinamento è disciplinato dal § 5, sezione III, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d’Italia, 11 ss.

<sup>(69)</sup> Di seguito tutti i soggetti richiamati saranno indicati con la generica locuzione di *intermediario*. La nozione di «*intermediari*» è precisata dalle «[d]efinizioni» che aprono le nuove Disposizioni applicative della Banca d’Italia, sezione I, § 3, 4, e la delibera CICR n. 275/2008, art. 1. In merito, nel «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011», 5, è confermato che dal 13 maggio 2011, le società veicolo per le cartolarizzazioni, costituite ai sensi della legge n. 130/1999, sono cancellate dall’elenco generale dell’art. 106 del T.U. bancario; pertanto, sono automaticamente escluse dalla nozione di intermediario utile per l’ABF.

Nella «*clientela*», invece, rientrano non solo le persone fisiche generalmente costituenti consumatori ma anche le persone giuridiche, con l'unico limite, valevole per entrambi, di aver o aver «*avuto con l'intermediario un rapporto contrattuale o [di essere] entrato in relazione con un intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento*». «[C]liente» però nelle «*operazioni di factoring è il cedente, nonché il debitore ceduto con cui il cessionario abbia convenuto la concessione di una dilazione di pagamento*» <sup>(70)</sup>. Sono esclusi dalla «*clientela*» quanti invece svolgono in via professionale l'attività di intermediazione nei settori bancari, finanziari, assicurativi, previdenziali e dei servizi di pagamento, «*a meno che essi agiscano per scopi estranei all'attività professionale*».

Quest'ultima precisazione giova a chiarire dunque che, nonostante l'art. 1, comma 6, del d.lgs. n. 303/2006, abbia sostituito la locuzione «*consumatore*» con quella di «*clientela*», la disposizione riferisce comunque allo *status* di consumatore in cui viene a trovarsi la clientela nei rapporti bancari e finanziari.

Il Codice del consumo, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 <sup>(71)</sup>, oggi (infatti) definisce il consumatore come «*la persona ... che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale ... o professionale eventualmente svolta*» (art. 3, comma 1, lett. *a*), per cui la qualità di consumatore si ricava (anche) dalla rilevanza attribuita all'attività (imprenditoriale o professionale) eventualmente svolta dal soggetto.

Cliente *ex art. 128-bis* T.U. bancario può allora essere anche un imprenditore o un professionista, purché nel caso specifico, agisca per uno scopo estraneo alla propria attività imprenditoriale o professionale «*tipica*» <sup>(72)</sup>.

Ciò chiarito, si precisa che per il comma 1 dell'art. 128-*bis* del T.U. bancario gli intermediari «*aderiscono*» all'ABF: le disposizioni integrative alla fonte primaria, in particolare, dopo aver precisato che l'adesione all'ABF costituisce

---

<sup>(70)</sup> Per la definizione di «*clientela*» e di «*cliente*» cfr. l'art. 1 della delibera CICR n. 275/2008 e il § 3, sezione I, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, che hanno aggiunto alla prima definizione anche il riferimento ai servizi di pagamento.

<sup>(71)</sup> Il Codice del consumo introdotto dal d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, è pubblicato in *G.U.*, 8 ottobre 2005, n. 235.

<sup>(72)</sup> In merito cfr. BELLOMO, *op. cit.*, 75 ss.

(sempre) per gli intermediari «*condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione di servizi di pagamento*», e che «*l'eventuale violazione*» è valutata direttamente dalla Banca d'Italia «*nell'ambito della sua azione di controllo*» <sup>(73)</sup>, specificano che, qualora l'intermediario abbia aderito ad una associazione rappresentativa, sarà quest'ultima a prendere l'iniziativa, comunicando per iscritto alla Banca d'Italia la partecipazione dell'intermediario all'ABF.

Qualora, invece, l'intermediario non abbia aderito ad alcuna associazione, il singolo intermediario deve comunicare sempre per iscritto alla Banca d'Italia l'adesione all'ABF e l'associazione rappresentativa alla quale fare riferimento per il compimento delle necessarie attività nel corso della procedura stragiudiziale.

Gli intermediari di nuova costituzione e quelli che intendono iniziare lo svolgimento in Italia di operazioni e servizi bancari e finanziari, invece, dovranno effettuare la comunicazione di adesione prima dell'inizio delle attività, mentre gli intermediari aventi sede in un altro Stato membro dell'Unione europea, che operano nel nostro Paese in regime di libera prestazione di servizi e che hanno aderito ad un sistema di composizione stragiudiziale delle controversie estero partecipante alla rete Fin.Net promossa dalla Commissione europea <sup>(74)</sup>, dovranno

---

<sup>(73)</sup> Così per la sezione II, rubricata «*[a]desione all'arbitro bancario finanziario*», delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 7.

<sup>(74)</sup> La Fin-Net (*Financial Dispute Resolution Network*) è una rete europea di cooperazione tra gli organismi nazionali di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di servizi finanziari. Vi aderiscono tutti i paesi dell'Unione europea, l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia. La Fin-Net nasce da una iniziativa della Commissione del 2001. Nel *Memorandum of Understanding* sono individuati i principi cui gli ADR nazionali devono attenersi. La rete europea si avvale della rete degli ADR che sono membri della Fin-Net, di una segreteria presso la Commissione europea, la Direzione Generale *Internal Market and Service*, che offre mezzi e risorse per la gestione del sito internet e per le iniziative necessarie a realizzare il coordinamento tra i diversi ADR; e di un comitato guida (*sterring commitee*), composto da nove ADR, che fanno parte della rete, i quali vengono nominati con mandato biennale, per llaborare le scelte di *policy*. Sulla operatività della rete Fin-Net si veda BOCCUZZI, VALSECCHI, *La tutela del consumatore di prodotti bancari e finanziari in ambito europeo: un quadro di sintesi*, in BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 68, 2010, 26 ss.

Va segnalata altresì la Ecc-Net, rete di Centri europei dei consumatori ,che offre assistenza e consulenza gratuita ai consumatori: è una ulteriore rete europea tesa a facilitare i consumatori per reclami nei confronti di un operatore di un altro Paese dell'Unione europea, senza speciale riferimento al settore bancario - finanziario. Per informazioni è possibile consultare la seguente pagine web [http://ec.europa.eu/consumers/ecc/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/consumers/ecc/index_it.htm).

comunicare alla Banca d'Italia il sistema stragiudiziale al quale aderiscono o sono sottoposti nel Paese d'origine.

Data allora la rilevanza sul piano dell'attività bancaria e finanziaria dell'atto di adesione al sistema di tutela stragiudiziale dell'ABF, si pone la necessità di comprendere la posizione giuridica soggettiva in cui versano gli intermediari e i clienti rispetto alle prescrizioni dell'art. 128-*bis* del T.U. bancario. E ciò al fine di verificarne il carattere cogente e ricostruire gli (eventuali) effetti giuridici riconducibili al procedimento stragiudiziale che ne deriva.

### ***(Segue) la posizione soggettiva delle parti.***

4.1. - Sul piano letterale può dirsi che, nonostante la norma utilizzi l'indicativo presente nel prescrivere agli intermediari di aderire all'ABF, la stessa abbia carattere cogente <sup>(75)</sup>, trattandosi di un *obbligo* capace di condizionare lo svolgimento delle attività bancarie e finanziarie, come indicato anche dalle previgenti Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 <sup>(76)</sup>.

In dottrina, tuttavia, non sono mancati dubbi circa tale qualificazione. Secondo il prof. Ruperto, per esempio, non si tratta di un obbligo giuridico, in quanto nella specie «*non [è] 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 (e al fine della realizzazione del cui interesse) il contegno è tenuto, non potendo essi di certo identificarsi nei clienti delle banche*» <sup>(77)</sup>. La situazione soggettiva dell'intermediario sembra invece più vicina alla figura dell'onere giuridico, «*il cui adempimento integra la schiera dei requisiti che l'intermediario deve possedere*

---

<sup>(75)</sup> Si veda la nota n. 9 di questo Capitolo.

<sup>(76)</sup> Le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, nell'operare il *restyling* della disciplina, si limitano a precisare, alla sezione II, 7, che «*[l]adesione all'ABF costituisce una condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione dei servizi di pagamento*», senza nulla dire della natura di tale adempimento. Cfr. con la sezione II, delle previgenti Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 5.

<sup>(77)</sup> RUPERTO, *L'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 330.

per ottenere (o mantenere) dalla Banca d'Italia l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria»<sup>(78)</sup>.

Concorda per l'onere giuridico anche il prof. Quadri che motiva la diversa formulazione delle disposizioni integrative della Banca d'Italia, sul rilievo che non sia infrequente che il legislatore veicoli l'imposizione di un onere «*nel testo normativo in termini di "doverosità" di un comportamento (e si pensi a quanto previsto dagli artt. 2697 e 2643 cod. civ.)*, cui il soggetto è "tenuto" per realizzare un proprio interesse»<sup>(79)</sup>.

E in effetti, conduce a tale conclusione l'analisi della norma sul piano dell'interesse sotteso, in quanto l'art. 128-bis T.U. bancario, prescrivendo agli intermediari l'adesione all'ABF a costo di condizionare lo svolgimento dell'attività bancaria, li spinge a sacrificare un interesse proprio in funzione di un ulteriore interesse proprio, qual è lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria<sup>(80)</sup>. È pur vero, tuttavia, che un'analisi di questo tipo sarebbe incompleta qualora non venissero considerate altresì le conseguenze derivanti dalla mancata adesione.

Per le disposizioni integrative all'art. 128-bis del T.U. bancario, un comportamento di tal genere, come indicato, è valutato dalla Banca d'Italia nell'ambito della sua generale azione di «*controllo*»: la Banca d'Italia, in qualità di Autorità amministrativa indipendente nel settore della vigilanza sul credito, gode infatti di poteri discrezionali, per cui nulla esclude che preso atto della mancata adesione possa non solo impedire all'intermediario disubbidiente lo

---

<sup>(78)</sup> RUPERTO, *op. ult. cit.*, 331. Aderisce a tale tesi LA TORRE, *op. cit.*, 263.

<sup>(79)</sup> QUADRI, *L'«Arbitrato Bancario Finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 308.

<sup>(80)</sup> CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, 138. Non osta a tale conclusione nemmeno ritenere che l'adesione sia utile non solo agli intermediari ma anche alla Banca d'Italia, che vigilando sul contegno tenuto dagli intermediari nella propria attività, si adopera per l'efficienza dell'intero sistema finanziario. Secondo una parte della dottrina infatti l'onere giuridico costituisce anche una tecnica «*per il perseguimento di interessi pubblici*»: v. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Annali della R. Università di Macerata*, vol. XII, Tolentino, 1938, 16 ss. Secondo questa dottrina, infatti, la subordinazione dell'interesse dell'onere ad un altro interesse del medesimo soggetto non è un gioco disinteressato che il diritto si diverte a condurre per il gusto di mettere in difficoltà il destinatario della regola, bensì una tecnica sottile, meno autoritaria dell'obbligo, perché la gente faccia o non faccia certe cose pur conservando la sensazione di essere libera (GAVAZZI, *L'onere. Tra libertà e obbligo*, Torino, 1985, 44 ss., 55 ss., 69).

svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria, ma anche applicargli sanzioni amministrative pecuniarie <sup>(81)</sup>. Le modalità di esercizio del potere sanzionatorio della Banca d'Italia nel settore della vigilanza sul credito non sono rigidamente predeterminate ma - come si ricava dagli artt. 5 ss. dello stesso T.U. bancario - lasciate al suo apprezzamento, avendo essa il compito di salvaguardare la trasparenza e la correttezza dei comportamenti, la sana e prudente gestione dei soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria, avendo riguardo alla tutela degli investitori e alla stabilità, alla competitività e al buon funzionamento del sistema finanziario <sup>(82)</sup>.

Però in conferma è ancor più interessante rilevare come, a seguito delle più ampie modifiche apportate al T.U. bancario dal d.lgs. n. 141/2010, sia stata introdotta una nuova figura di illecito amministrativo.

La mancata adesione ai «*sistemi*» riconducibili all'art. 128-*bis* T.U. bancario, infatti, diventa per il T.U. bancario un illecito amministrativo (tipizzato), stabilendo l'art. 144 ivi previsto - come sostituito dall'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 141/2010 -, in conseguenza di tale illecito, l'applicazione di una specifica sanzione pecuniaria di importo massimo pari a € 258,225, nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, nonché dei dipendenti dell'intermediario <sup>(83)</sup>.

---

<sup>(81)</sup> Tale conclusione parte dall'idea che la vigilanza si attui in un'ampia gamma di funzioni, che non si esauriscono nei poteri contemplati nel titolo III del T.U. bancario, ma comprendono anche i poteri sanzionatori amministrativi contemplati nel titolo VII del T.U. bancario. Da questo punto di vista l'applicazione delle sanzioni sarebbe un segmento della vigilanza, in particolare l'esito finale di un'attività di vigilanza. In merito cfr. AULETTA, *Banche e mercato mobiliare (giurisdizione in materia di)*, cit., 150; la pronuncia del T.A.R. Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7235 e la relativa nota in commento di TRAVI, *La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca bors. tit. cred.*, 2002, II, 369 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2003, n. 2533, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1895.

<sup>(82)</sup> Come si deduce da una lettura *a contrario* di AULETTA, *op. ult. cit.*, 160; Cass., sez. Un., 23 gennaio 2004, n. 1235, in *Giur. it.*, 2004, 1062; Cass., sez. Un., 18 marzo 2004, n. 5535, in *Foro amm.*, *CdS*, 2004, 675.

<sup>(83)</sup> In merito si veda anche DE CAROLIS, *op. cit.*, 7, secondo il quale: «*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*». Cfr. la sez. II, nt. 1, della nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 7, le quali precisano altresì che «*[l]a mancata adesione dell'intermediario comunque non comporta l'irricevibilità dei ricorsi presentati nei suoi confronti*».



Orbene tali rilievi, uniti alla tesi dottrinarica secondo cui la sanzione costituisce una conseguenza della violazione di un obbligo piuttosto che dell'inosservanza di un onere <sup>(84)</sup>, inducono a confermare che gli intermediari siano *obbligati* <sup>(85)</sup> ad aderire all'ABF.

L'obbligo dell'intermediario consiste «*nel pati dell'esposizione al [controllo della Banca d'Italia] per il tramite (anche) dell'ABF ..., e nell'eventuale facere connesso alle inerenti prestazioni collaborative*» <sup>(86)</sup>.

Non bisogna tuttavia cadere nell'errore di farne derivare un procedimento obbligatorio di risoluzione delle controversie costruito alla stregua di un arbitrato obbligatorio, incostituzionale, come noto, nel nostro Ordinamento <sup>(87)</sup><sup>(88)</sup>.

Il procedimento introdotto dall'art. 128-*bis* T.U. bancario, infatti, non preclude alle parti di ricorrere (anche a prescindere) al giudice naturale. La scelta di adire l'ABF è libera sia per il cliente che per l'intermediario; quest'ultimo è obbligato soltanto ad aderire al sistema previsto dall'art. 128-*bis* T.U. bancario, ma non a risolvere necessariamente con tale strumento le controversie insorte con la clientela.

---

<sup>(84)</sup> Si condivide l'assunto secondo cui l'onere giuridico si muove nel lecito, diversamente dall'obbligo giuridico, per cui mentre il primo può essere inosservato, solo il secondo può essere violato. Cfr. GAVAZZI, *op. cit.*, 1 ss., il quale collega alla mancata osservanza dell'onere giuridico l'invalidità dell'atto posto in essere, e CARNELUTTI, *op. cit.*, 162, secondo cui «*la pietra di paragone per distinguere fra obbligo ed onere sta nel vedere se la violazione del precetto possa o non definirsi come atto illecito*».

<sup>(85)</sup> Cfr. ZACCARIA, DE CRISTOFARO, *Art. 128 bis*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 1463; MAIMERI, *op. cit.*, 1143; TAVORMINA, *L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de "I nuovi mostri")*, in *Corr. giur.*, 2011, 1025.

<sup>(86)</sup> AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Le Società*, 2011, 84.

<sup>(87)</sup> Il riferimento è alla storica sentenza della Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127, in *Giur. cost.*, 1977, I, 1103, con nota di ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione*; in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1803, con nota di SCOZZAFAVA, *Il problema della legittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio*; e in *Rass. arb.*, 1977, 138; ma anche ad altre note pronunce in materia: *ex multis* cfr. Corte cost., 9 maggio 1996, n. 152, in *Riv. arb.*, 1996, n. 501, con nota di RECCHIA; Corte cost., 14 luglio 1998, n. 325 e Corte cost., 8 giugno 2005, n. 221, in *www.giurcost.org*. Dubita invece della tenuta costituzionale del procedimento riconducibile all'art. 128-*bis* T.U. bancario TAVORMINA, *op. cit.*, 1027.

<sup>(88)</sup> In materia di arbitrato obbligatorio si veda BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 81 ss.; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 38 ss.; ID., *La Corte Costituzionale fa il punto su Costituzione e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, 515 ss.

Il che è tanto vero che l'intermediario ne assume unicamente la veste di legittimato passivo. Sembra infatti che il procedimento innanzi all'ABF sia costruito come rimedio accessibile unicamente dal cliente insoddisfatto dalla prestazione ricevuta dall'intermediario, al quale si è rivolto per il compimento di operazioni bancarie e/o finanziarie, e non anche uno strumento a disposizione (piena) dell'intermediario <sup>(89)</sup>.

In merito si rileva come nelle disposizioni integrative all'art. 128-bis T.U. bancario sia precisato che «[i]l diritto di [rivolgersi] all'ABF non può formare oggetto di rinuncia da parte del cliente», evidenziando (dunque) come il procedimento innanzi all'ABF nasca (anche) per apprestare una maggiore tutela alla clientela <sup>(90)</sup> nei rapporti bancari e finanziari, perché tradizionalmente considerata parte debole di tali rapporti <sup>(91)</sup>. Di qui la veste di unica legittimata attiva del procedimento *ex art. 128-bis* del T.U. bancario.

Del resto la originaria locuzione adoperata di «*consumatori*», rispetto alla quale si è preferita la attuale di «*clientela*», mostra la preoccupazione di rafforzare gli strumenti di tutela dei consumatori e, quindi, assicurare a questa categoria di clienti il rispetto dei criteri di trasparenza e buona fede nella formazione ed esecuzione dei contratti aventi ad oggetto la complessa materia bancario - finanziaria <sup>(92)</sup>.

Indice dell'esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela già esistenti era (anche) il numero consistente di esposti inviati alla Vigilanza della Banca d'Italia per chiedere interventi su questioni sorte nell'ambito di specifici rapporti contrattuali <sup>(93)</sup>, dal cui esame la Banca d'Italia trae informazioni utili circa

---

<sup>(89)</sup> Riconosce la legittimazione attiva unicamente al cliente anche LA TORRE, *op. cit.*, 262 e 267; QUADRI, *op. cit.*, 310.

<sup>(90)</sup> in questo senso anche SOLDATI, *L'arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *I Contratti*, 2009, 856.

<sup>(91)</sup> MAIMERI, *op. cit.*, 1136 e 1148.

<sup>(92)</sup> La varietà dei prodotti finanziari offerti dal mercato rende obiettivamente difficile al consumatore acquisire un grado di informazioni che gli consenta di correttamente valutare i rischi dell'operazione bancaria o finanziaria intrapresa.

<sup>(93)</sup> V. DE CAROLIS, *op. cit.*, 9, nt. 8, il quale pone in evidenza come nel 2009 siano pervenuti alla Banca d'Italia oltre 6.700 esposti, con un aumento del 29 per cento rispetto a quelli ricevuti nel 2008, cui si aggiungono circa 1.000 esposti relativi ad erronee segnalazioni alla Centrale dei rischi.

l'adeguatezza degli assetti organizzativi degli intermediari e l'efficacia del sistema dei controlli istituzionali interni.

Questo *diritto* del cliente di ricorrere al procedimento di cui all'art. 128-*bis* del T.U. bancario pare allora richiamare quel diritto processuale dei consumatori da taluni in dottrina evidenziano <sup>(94)</sup>.

Il diritto dei consumi consta infatti di disposizioni e principi che riconoscono al consumatore, non solo diritti di natura sostanziale ma anche precise modalità di tutela, arricchendo il sistema di norme di carattere *lato sensu* processuali, che riconoscono al consumatore una dimensione procedimentale specifica rispetto alla disciplina processuale generale.

In altri termini, su influenza del diritto comunitario, anche in Italia si afferma la tendenza ad accordare al consumatore leso nei suoi diritti un duplice livello di tutela, articolato sul piano cronologico dal preventivo tentativo di composizione amichevole della controversia, relegando l'approdo giudiziario unicamente all'eventuale momento successivo <sup>(95)</sup>.

Il *trend* di origine comunitaria favorevole ai ricorsi alle ADR, cui si è fatto cenno nel presente studio <sup>(96)</sup>, è infatti notoriamente teso per un verso, ad assicurare le esigenze di celerità e ragionevole durata dei processi, e per altro verso, ad assicurare l'accesso alla giustizia della parte debole dei rapporti in materia civile e commerciale <sup>(97)</sup>.

Da questo punto di vista, il procedimento innanzi all'ABF sembra essere il naturale completamento in ambito bancario di quegli interventi comunitari tesi a rendere effettiva la tutela del «consumatore» prima che la stessa sia compiutamente realizzata con il successivo approdo al processo civile .

L'obbligatorietà dell'adesione trova allora fondamento anche nell'esigenza di istituire una ulteriore forma di tutela legale alla clientela, offrendo ad essa la

---

<sup>(94)</sup> ZENO-ZENCOVICH, PAGLIETTI, *Verso un "diritto processuale dei consumatori"?*, in *Nuov. giur. civ. com.*, 2009, II, 216 ss.

<sup>(95)</sup> ZENO-ZENCOVICH, PAGLIETTI, *op. ult. cit.*, 220.

<sup>(96)</sup> Il riferimento è al § 1.1 di questo Capitolo.

<sup>(97)</sup> ZENO-ZENCOVICH, PAGLIETTI, *op. cit.*, 227-229, 232, in cui l'A. include l'art. 128-*bis* del T.U. bancario tra quelle «norme, concorrenti o alternative alla disciplina del codice del consumo, che espressamente si riferiscono alle ADR nell'ambito di discipline di settore».

possibilità di risolvere quasi gratuitamente conflitti di entità economica contenuta, che altrimenti non riceverebbe tutela in virtù dei costi di un ordinario giudizio civile <sup>(98)</sup>.

---

<sup>(98)</sup> Cfr. DE CAROLIS, *op. cit.*, 21.

## CAPITOLO 2

### IL PROCEDIMENTO.

**SOMMARIO:** 1. La competenza. - 2. La tutela erogabile. - 3. L'ambito oggettivo di applicazione: *il risarcimento del danno*. - 3.1. (*Segue*) l'ulteriore ambito oggettivo di applicazione e *le trattative precontrattuali*. - 4. Le condizioni dell'azione. - 5. Le condizioni di procedibilità. - 5.1. La difesa tecnica. - 6. La fase preliminare e istruttoria. - 7 la fase decisoria.

#### **La competenza.**

1. - La competenza per materia dell'ABF è individuata in relazione alla natura della controversia sottoposta all'attenzione del Collegio di esperti, tuttavia l'operazione di delimitazione <sup>(1)</sup> non è facilitata dalla formulazione sommaria dell'art. 128-*bis* T.U. bancario, il quale al comma 1, nel prescrivere l'adesione degli intermediari al sistema di tutela introdotto per il settore bancario, si riferisce genericamente alla risoluzione di «*controversie con la clientela*» <sup>(2)</sup>.

La delibera CICR n. 275/2008, in effetti, ha chiarito che per «*controversia*» deve intendersi «*una contestazione relativa a operazioni e servizi bancari e finanziari, con l'esclusione di quelli non assoggettati al titolo VI del TUB ai sensi dell'art. 23, comma 4, decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, recante Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria "TUF"*». Tuttavia, manca una selezione a monte delle controversie conoscibili dai Collegi dell'ABF e in conseguenza, non è presa in dovuta considerazione la iniziale confusione che la istituzione del nuovo organismo ha creato nel settore bancario -

---

<sup>(1)</sup> AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Le Società*, 2011, 85; BAIONA, *I confini tra regolazione pubblica e privata nel sistema bancario e finanziario italiano*, in *Giur. italiana*, 2010, 1460 ss.

<sup>(2)</sup> Cfr. LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in PICOZZA, GABRIELLI, *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2010, 265, il quale rileva: «*La genericità ed astrattezza con la quale è formulata la definizione delle materie sottoposte alla competenza dell'ABF, rischia di estendere la sua cognizione anche ad aspetti della relazione con il cliente che, invece, sono sottratti alla sua competenza*».

finanziario, in virtù dell'esistenza di altri organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie per la materia bancaria e finanziaria.

Si pensi all'Ombudsman - Giurì bancario (*di seguito*: Ombudsman) <sup>(3)</sup>, al Conciliatore Bancario Finanziario <sup>(4)</sup> e alla Camera di Conciliazione ed Arbitrato istituita presso la Consob (*di seguito*: Camera Consob) <sup>(5)</sup>.

In particolare, da subito si è posta l'esigenza concreta di coordinare l'attività dell'ABF con quella dell'Ombudsman e della Camera Consob.

Il Regolamento per la trattazione dei reclami e dei ricorsi in materia di servizi ed attività di investimento, entrato in vigore il 15 ottobre 2009 (giorno in cui ha anche iniziato ad operare di fatto l'ABF), limita l'attività dell'Ombudsman alle sole controversie tra banche/intermediari e «*clientela aventi ad oggetto i servizi e le attività di investimento e le altre tipologie di operazioni non assoggettati – ai sensi dell'art. 23, comma 4 del Testo unico della finanza – al titolo VI del T.U. bancario e quindi escluse dal sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinato ai sensi dell'art. 128-bis del ... Testo unico bancario*».

L'art. 16 del medesimo Regolamento, inoltre, precisa che «*[i] ricorsi rientranti nella competenza dell'Arbitro Bancario Finanziario che dovessero pervenire all'Ombudsman, saranno restituiti ai ricorrenti, segnalando loro la facoltà di presentare un ricorso all'ABF*» (comma 4), e che «*[q]ualora i ricorsi*

---

<sup>(3)</sup> L'Ombudsman è un organismo collegiale che opera presso il Conciliatore Bancario Finanziario, un'associazione alla quale aderiscono i maggiori gruppi bancari per la risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie, finanziarie e societarie, e che oggi gestisce anche le attività dell'Ombudsman. Studi su tale organismo sono offerti tra gli altri da SANGIORGIO, *Un esempio di giustizia "domestica" alternativa a quella dell'a.g.o.: l'ombudsman - giurì bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 344 ss.; CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'Ombudsman bancario*, in *Economia e diritto del terziario*, 2003, 1117 ss.

<sup>(4)</sup> Il Conciliatore Bancario Finanziario costituisce l'organismo di conciliazione bancaria, iscritto al n. 3 del registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, abrogato dall'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010.

<sup>(5)</sup> Studi sull'attività della Camera Consob sono offerti tra gli altri da SERRA, *Brevi note sulla disciplina istitutiva della Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Studium iuris*, 2009, 262 ss.; MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, in *Riv. arb.*, 2007, 665 ss.; ID., *Sul regolamento di attuazione del D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 (Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob)*, in *Riv. arb.*, 2008, 347 ss.; AULETTA, *Conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Riv. arb.*, 2007, 495 ss.

*riguardino più oggetti, che interessino la competenza sia dell'ABF che dell'Ombudsman, quest'ultimo limiterà la decisione all'oggetto di propria competenza» (comma 5).*

Per l'effetto, dalla cognizione dell'ABF sono escluse le controversie sorte in data anteriore al 1° gennaio 2007, le quali restano di competenza dell'Ombudsman, che provvederà a smaltirle nel tempo.

In merito, tuttavia va precisato che in considerazione della difficoltà di reperire la documentazione utile alla procedura stragiudiziale per le controversie «*datate*», nella versione definitiva delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia il limite temporale delle controversie conoscibili dall'Organo giudicante ABF è stato spostato al 1° gennaio 2009 <sup>(6)</sup>.

Il coordinamento è divenuto necessario anche (e soprattutto) rispetto all'attività svolta dalla Camera Consob.

Qui la linea di confine tra la competenza dell'ABF e della Camera Consob è tracciata dal richiamo, contenuto nella definizione di «*controversia*» dianzi richiamata, all'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 58/1998 (T.U. finanziario), secondo il quale «*l'applicazione del T.U. [bancario]*» è esclusa «*ai servizi e alle attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'art. 25-bis ovvero della parte VI, titolo II, capo I, del medesimo decreto legislativo*» <sup>(7)</sup>. Le due competenze pertanto sono definite dall'interpretazione - rimessa ai Collegi dell'ABF secondo gli appositi criteri contenuti nella disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari - delle voci «*prodotto finanziario*» e «*componenti di prodotti finanziari*» <sup>(8)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> La modifica decorre dal 1 luglio 2012, per consentire a quanti hanno già presentato reclamo in base della previgente disciplina di accedere comunque al sistema di tutela dell'ABF. Cfr. il § 4, sezione I, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 5, con il «*[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011*», in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it), 5.

<sup>(7)</sup> Sul punto cfr. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione I, § 4 e nt. 1, 5, e § 2, della medesima sezione, 3, che richiama l'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 58/2008 tra le «*[f]onti normative*» del sistema di tutela stragiudiziale dell'ABF.

<sup>(8)</sup> SOLDATI, *L'arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *I Contratti*, 2009, 854 ss.

Il Regolamento di attuazione del d.lgs. n. 179/2007, adottato dalla Consob con delibera n. 16763, il 29 dicembre 2008 <sup>(9)</sup>, all'art. 4, comma 2, rimette poi ad un protocollo d'intesa tra i due organismi la risoluzione delle questioni di competenza. Nello specifico tale protocollo dovrebbe regolare gli aspetti operativi della collaborazione tra i due sistemi stragiudiziali, sì da assicurare che i clienti/investitori, in caso di inesatta individuazione del sistema ricorribile per la propria controversia, vengano indirizzati a quello competente <sup>(10)</sup>.

La competenza per territorio (invece) è individuata in base al domicilio dichiarato dal cliente nel ricorso. In particolare, secondo le nuove «*Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*», sezione III, paragrafo 1, il Collegio avente sede in Milano decide i ricorsi dei clienti che hanno domicilio in Emilia - Romagna, Friuli - Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino - Alto Adige, Valle d'Aosta, Veneto; il Collegio di Roma decide i ricorsi dei clienti che hanno domicilio in Abruzzo, Lazio, Marche, Sardegna, Toscana, Umbria, oppure in uno Stato estero; il Collegio di Napoli decide i ricorsi dei clienti che hanno il domicilio in Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia e Sicilia.

La scelta di ancorare la competenza per territorio al domicilio dichiarato dal cliente nell'atto introduttivo, secondo una parte della dottrina, fa emergere il rischio che i tre Collegi dell'ABF non decidano allo stesso modo di fronte ad un ricorso con medesimo contenuto <sup>(11)</sup>. Tale rischio tuttavia risulta fortemente ridimensionato ove si consideri che all'ABF è riconosciuta una funzione tendenzialmente nomofilattica, rafforzata dalla recente istituzione del c.d. Collegio di coordinamento <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Il Regolamento dà attuazione al d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera Consob e le relative procedure stragiudiziali, ed è stato adottato dalla Consob con delibera n. 16763, il 29 dicembre 2008. La delibera di adozione del regolamento è pubblicata in *G.U.* 8 gennaio 2009, n. 5, mentre il regolamento è consultabile in *Riv. arb.*, 2008, 435 ss.

<sup>(10)</sup> SOLDATI, *op. cit.*, 854.

<sup>(11)</sup> MAIMERI, sub *Art. 128-bis*, in BELLI, LOSAPPIO, PORZIO, RISPOLI FARINA, SANTORO (a cura di), *Commentario al Testo unico bancario*, Milano, 2010, 1147.

<sup>(12)</sup> Sul punto v. *infra* Capitolo 3, sezione III, §1.



## La tutela erogabile.

2. – Le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia (paragrafo 4, sezione I), in relazione alle controversie bancarie e finanziarie su individuate, specificano il tipo di tutela erogabile dall'ABF.

I Collegi possono (infatti) *accertare* diritti, obblighi e facoltà inerenti a operazioni e servizi bancari e finanziari <sup>(13)</sup>, a prescindere «*dal valore del rapporto al quale si riferiscono*». Se, invece, «*la richiesta del ricorrente ha ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, la controversia rientra nella cognizione dell'ABF a condizione che l'importo richiesto non sia superiore ai 100.000 euro*».

In sede di consultazioni <sup>(14)</sup>, si è molto discusso di tale limite di valore: secondo la originaria proposta della Banca d'Italia, l'ABF poteva conoscere controversie di valore indeterminabili o comunque non superiori a 100.000 euro. Di qui le prime critiche della dottrina che consigliava di eliminare il limite e il richiamo al valore indeterminabile, in quanto laddove «*sia previsto un limite di valore, l'indeterminabilità dello stesso deve considerarsi eccedente il limite massimo (art. 9 c.p.c.)*» <sup>(15)</sup>.

La Banca d'Italia, intervenuta allora sul testo originario delle Disposizioni applicative, ha eliminato unicamente il riferimento al valore indeterminato, per un verso lasciando impregiudicato il limite di 100.000 euro e per altro verso chiarendo che l'*accertamento* di diritti, obblighi e facoltà può realizzarsi indipendentemente dal valore del rapporto cui si riferiscono, in quanto ipotesi in cui «*l'ABF non si pronuncia sulla spettanza o meno al ricorrente di somme di denaro o di altri beni economicamente qualificabili*». I Collegi dell'ABF

---

<sup>(13)</sup> Si pensi alle ipotesi in cui la banca non ha consegnato al proprio cliente la dovuta documentazione in materia di trasparenza ovvero non ha disposto la cancellazione dell'ipoteca dopo che il mutuo è stato estinto.

<sup>(14)</sup> La Banca d'Italia il 18 marzo 2009 ha reso disponibile un documento di consultazione per dare la possibilità agli interessati di inviare entro il 17 maggio 2009 commenti e proposte al testo delle disposizioni applicative. Queste consultazioni si sono concluse il 31 maggio 2009.

<sup>(15)</sup> Il riferimento è alle osservazioni avanzate dal prof. LUISSO al primo testo delle disposizioni applicative della Banca d'Italia, durante la fase della consultazione. Si veda il «*[r]esoconto della consultazione, giugno 2009*», in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), 4.

«valuta[no] il comportamento dell'intermediario per stabilire, ad esempio, se esso abbia adempiuto agli obblighi di trasparenza nei confronti del cliente. Quando invece il ricorrente avanza una pretesa avente ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, [lì] è necessario che l'importo richiesto dal cliente nel ricorso non superi i 100.000 euro»<sup>(16)</sup>.

Sembra allora che tale limite sia funzionale al tipo di tutela erogabile, piuttosto che a determinare una ipotesi di competenza per valore dell'ABF.

In breve, all'ABF spetta certamente una tutela di *accertamento* priva di limiti di valore, laddove invece la previsione inibisce «la dichiarazione di condanna al pagamento di crediti eccedenti» i 100.000 euro<sup>(17)</sup>.

D'altra parte, pur essendo il procedimento di cui all'art. 128-bis T.U. bancario costruito a modello del procedimento Ombudsman, non sarà un caso che nel ricalcare, nelle Disposizioni applicative della Banca d'Italia, la stessa formula utilizzata per l'individuazione della competenza dell'Ombudsman, è appunto omessa la parte in cui il limite di 100.000 euro viene lì considerato come una ipotesi di competenza per valore<sup>(18)</sup>.

Un diverso modo di opinare, precluderebbe ai Collegi dell'ABF di conoscere in via incidentale quelle questioni di valore superiore a quello ammesso, ma legate all'oggetto principale del ricorso da un rapporto di pregiudizialità e dipendenza. «E, invece, per esempio potrà essere sancito dall'ABF l'obbligo di adempimento pro quota di una maggiore obbligazione corrente nei confronti di una pluralità di clienti, uno solo dei quali ricorrente»

---

<sup>(16)</sup> V. il citato «[r]della consultazione, giugno 2009», 4 ss.

<sup>(17)</sup> AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 85. Il limite di 100.000 euro è all'opposto considerato una ipotesi di competenza per valore dell'ABF da RUPERTO, *L'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 341.

<sup>(18)</sup> Si veda l'art. 7, comma 1, lett. c), del Regolamento Ombudsman 2010: «1. All'Ombudsman possono rivolgersi i clienti degli intermediari aderenti, per controversie aventi ad oggetto i servizi e le attività di cui all'articolo 1, purché: ... c) il ricorso abbia ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono; se è richiesta la corresponsione di una somma di denaro, la questione rientra nella competenza dell'Ombudsman se l'importo richiesto non supera € 100.000,00; non è ammessa la riduzione della richiesta risarcitoria al fine di fare rientrare quest'ultima nella competenza per valore dell'Ombudsman». La ragione dell'omissione è facilmente intuibile in relazione al diverso tipo di attività svolto dai due organismi, uno conciliativo e l'altro decisorio, seppur *sui generis*.

(<sup>19</sup>). La giurisprudenza, poi, di recente ha chiarito che «*l'accertamento di un rapporto che costituisce la causa petendi della domanda, in quanto attiene a questione pregiudiziale della quale il giudice può conoscere in via incidentale, non influisce sull'interpretazione e qualificazione dell'oggetto della domanda principale e conseguentemente, sul valore della causa*», trattandosi di ipotesi che esulano dall'applicazione della regola di cui all'art. 11 c.p.c (<sup>20</sup>).

Diversa è l'ipotesi in cui il cliente ricorra nel limite indicato all'ABF per l'adempimento parziale di una obbligazione unitaria di somme di danaro di valore superiore ai 100.000 euro. In tal caso il ricorso dovrebbe ritenersi comunque irricevibile in applicazione del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione circa la parcellizzazione dei crediti pecuniari.

Se infatti il motivo per il quale le Sezioni Unite hanno precluso l'azione giudiziaria per l'adempimento frazionato del credito è salvaguardare l'equilibrio originario del rapporto obbligatorio in ogni sua fase, compresa quella giudiziale, allora *a fortiori* tale equilibrio deve essere salvaguardato in una fase (ancora) stragiudiziale del rapporto, incardinata innanzi ad un Organismo avente tra le finalità anche quella di riequilibrare i rapporti tra banche e clienti. Anche nel procedimento *de quo*, dunque, l'iniziativa violerebbe la regola della correttezza e buona fede, traducendosi in un abuso del procedimento in danno dell'intermediario (<sup>21</sup>).

### **L'ambito oggettivo di applicazione: il risarcimento del danno.**

---

(<sup>19</sup>) AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 85.

(<sup>20</sup>) Il riferimento è a Cass., sez. II, 16 marzo 2010, n. 6363, in *Gius. civ.*, Mass., 2010, 3, 380.

(<sup>21</sup>) Si pensi all'ipotesi in cui il ricorrente vanti un credito nei confronti della banca pari a 200.000 euro e presenti due diversi ricorsi (anche non contestuali), ciascuno per l'adempimento di 100.000 euro. La parcellizzazione della iniziativa si tradurrebbe senz'altro in un aggravamento della posizione dell'intermediario, il quale da un lato vedrebbe prolungato il vincolo coattivo che lo lega al cliente ricorrente, dall'altro potrebbe ricevere una duplice condanna alle spese e una duplice sanzione reputazionale per lo stesso rapporto obbligatorio. Cfr. Cass., sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giust. civ.*, Mass., 2007, 11, e sez. II, 27 maggio 2008, n. 13791, in *DeJure*. In dottrina cfr. QUADRI, *L'«Arbitrato Bancario Finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 313.

3. – Il paragrafo 4, sezione I, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia specifica poi che «[s]ono escluse dalla cognizione dell'[O]rgano decidente le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario».

Su un piano di diritto sostanziale, può rilevarsi che la disposizione indubbiamente richiama il criterio di imputazione del danno risarcibile di cui all'art. 1223 c.c., per il quale, accertata la dipendenza dell'evento di danno da un illecito (contrattuale o extracontrattuale), sulla base di un nesso di causalità giuridicamente rilevante tra atto ed evento, non tutte le conseguenze dell'evento sono risarcibili, ma solo quelle immediate e dirette. È pur vero, tuttavia, che la dottrina e la giurisprudenza, ricorrendo alla teoria della regolarità causale, sono pervenute ad una interpretazione non letterale dell'art. 1223 c.c. Hanno cioè ritenuto risarcibili anche le conseguenze mediate e indirette dell'illecito, quando effetti naturali del fatto (*id quod plerumque accidit*). Non può allora escludersi che i Collegi giudicanti dell'ABF possano conoscere (anche) del risarcimento dei danni che siano conseguenza mediata e indiretta «dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario» se, «in base alla comune esperienza, era oggettivamente prevedibile derivassero dall'azione»<sup>(22)</sup>.

Volendo poi entrare nel merito dei danni risarcibili, in aderenza alla recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (11 novembre 2008, n. 26972)<sup>(23)</sup> che, nel riesaminare i presupposti e il contenuto della nozione di

---

<sup>(22)</sup> Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 710, e TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. TRABUCCHI, Padova, 2009, 978, secondo cui la dottrina ormai è concorde nell'adottare il criterio della causalità adeguata per l'interpretazione dell'art. 1223 c.c., considerando «conseguenze collegate da un nesso di causalità rilevante quelle che, in base alla comune esperienza, era oggettivamente prevedibile derivassero dall'azione». Si ricordi che il concetto di causalità in sede civile non coincide con quello operante in sede penale non essendo qui riproducibili le esigenze dell'elemento del nesso eziologico sottese al sistema penalistico. Il principio di causalità nel diritto penale è retto dalla c.d. regola b.a.r.d. (*beyond any reasonable doubt*), cioè dell'oltre ogni ragionevole dubbio, codificata nel comma 1 dell'art. 533 c.p.p., mentre nel diritto civile rimane fermo alla regola del «più probabile che non». In giurisprudenza v. Cass., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Giust. civ., Mass.*, 2007, 10; Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 4, 827.

<sup>(23)</sup> Per una corretta ricostruzione della *ratio* sottesa alla risarcibilità del danno non patrimoniale si vedano in giurisprudenza: Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184; Corte cost., 27

danno non patrimoniale, ne ha affermato la risarcibilità pure in materia di responsabilità contrattuale, si ritiene che la cognizione dell'ABF non sia limitata ai danni di natura patrimoniale.

Nell'occasione, le Sezioni Unite hanno chiarito che il danno non patrimoniale costituisce una categoria generale non suscettibile di suddivisioni in sottocategorie variamente etichettate, se non con valenza puramente descrittiva. Non è conforme al dettato normativo distinguere il c.d. danno morale soggettivo dagli altri danni non patrimoniali, perché la sofferenza morale è solo uno dei molteplici aspetti di cui il giudice deve tener conto nella liquidazione dell'unico ed unitario danno non patrimoniale. Di qui la inammissibilità nel nostro Ordinamento del danno esistenziale come autonoma figura di danno. Di danno esistenziale può parlarsi solo come formula descrittiva della lesione di interessi costituzionalmente garantiti della persona, diversi da quello alla tutela della salute, onde evitare di far confluire anche il danno non patrimoniale - come quello patrimoniale - nell'area dell'atipicità. Il danno non patrimoniale ha infatti natura tipica, per cui non possono essere meritevoli di tutela risarcitoria i pregiudizi consistenti in fastidi, disagi, disappunti e ansie. La gravità dell'offesa costituisce, dunque, un ulteriore requisito per l'ammissione al risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili.

In altri termini, la lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, sì da rendere il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Ne consegue che ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale non rileva la fonte della responsabilità, la quale di conseguenza può essere sia di natura extracontrattuale che contrattuale: spiegano (infatti) le Sezioni Unite che l'inadempimento di una obbligazione contrattuale può determinare, oltre la violazione di obblighi di rilevanza economica assunti

---

ottobre 1994, n. 372; Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233; Cass., sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827-28; Trib. Roma 4 dicembre 2003; Cass., sez. III, 27 aprile 2004, n. 7980; Cass., sez. III, 27 ottobre 2004, n. 20814; Cass., sez. III, 16 marzo 2005, n. 5677; Cass., sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572; Cass., sez. III, 12 giugno 2006, n.13546; Cass., sez. III, 25 febbraio 2008, n. 4712; Cass., sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972; e Cass., sez. Un., 19 agosto 2009, n. 18356.

con il contratto oggetto di inadempimento, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, risarcibile sempre nei limiti sanciti dalle Sezioni Unite.

Nell'ambito della perdita subita e della mancata utilità *ex art. 1223 c.c.* allora sono ricompresi anche i pregiudizi di natura non patrimoniale, con l'avvertenza che il danno non patrimoniale di fonte contrattuale, nella forma di danno esistenziale, può trovare origine solo nella lesione di interessi della persona costituzionalmente protetti e che la protezione costituzionale deve quindi riguardare il diritto leso (l'evento di danno) e non il pregiudizio da riparare (il danno conseguenza) <sup>(24)</sup>.

In breve, l'inadempimento di un'obbligazione derivante da un contratto bancario - finanziario può determinare anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, e la relativa tutela risarcitoria (del danno non patrimoniale) può essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale <sup>(25)</sup> innanzi all'ABF <sup>(26)</sup>.

Su un piano di diritto processuale, invece, la previsione in commento è criticabile là dove prescrive al Collegio dell'ABF di svolgere valutazioni inerenti al merito della controversia, quali sono quelle circa la natura diretta e immediata del danno preteso, per decidere della propria competenza a conoscerla, con la conseguenza di dover valutare caso per caso se dichiararsi incompetente ovvero rigettare nel merito il ricorso. *«La direttiva da consegnare all'interprete pare, allora, quella di esaltare il ruolo della prospettazione ex latere actoris onde poter ricavare di lì soltanto l'eventuale impedimento all'accesso al merito della pretesa risarcitoria; impedimento che, ove non sussistesse sin dalla rappresentazione del*

---

<sup>(24)</sup> In tema di risarcimento di danno non patrimoniale derivante da responsabilità contrattuale, tra l'evento di danno, quale l'inadempimento della prestazione dovuta, e il danno conseguenza, cioè il danno non patrimoniale risarcibile, si inserisce un evento di danno ulteriore, quale la lesione di un diritto della personalità. Cfr. Cass., sez. Un., 19 agosto 2009, n. 18356, in *Dir. famiglia*, 2010, 1, 94.

<sup>(25)</sup> TRABUCCHI, *op. cit.*, 1005.

<sup>(26)</sup> QUADRI, *op. cit.*, 312. Cfr. il citato *«[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011»*, 6, in cui si precisa, in relazione alla risarcibilità del danno esistenziale, che l'ABF può liquidare qualsiasi tipologia di danno, purché sussista il nesso causale con la violazione commessa dall'intermediario, nei limiti sanciti dalla giurisprudenza di legittimità.

*promotore del giudizio, non dovrebbe mai escludere la successiva decisione (eventualmente reiettiva della pretesa) au fond» (27).*

**(Segue) l'ulteriore ambito oggettivo di applicazione e le trattative precontrattuali.**

3.1. – «[S]ono parimenti escluse le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati (ad esempio, quelle riguardanti eventuali vizi del bene concesso in leasing o fornito mediante operazioni di credito al consumo; quelle relative alle forniture connesse a crediti commerciali ceduti nell'ambito di operazioni di factoring)» (28).

Certamente criticabile è inoltre la precisazione contenuta nella nota 3, del paragrafo 4, sezione I, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, secondo la quale «[r]esta fermo che non possono essere sottoposte all'ABF le controversie per le quali sia intervenuta la prescrizione ai sensi della disciplina generale»: la prescrizione è qui richiamata unitamente all'ipotesi di incompetenza dell'ABF sopra le «controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2009» (29), con il rischio di omologare il regime delle due eccezioni. Se così fosse, sarebbe precluso all'Organo giudicante ABF di conoscere le controversie riguardanti diritti prescritti, pur in mancanza di un rilievo di parte,

---

(27) AULETTA, sub *Art.128-bis*, in COSTA (a cura di), *Il Testo unico bancario*, in corso di pubblicazione per la collana *Le leggi commentate*, Padova, § 5.1.

(28) Si segnala la decisione del Collegio ABF, Napoli, 11 ottobre 2010, n. 1054, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it), il quale, ravvisando un collegamento negoziale tra il contratto di finanziamento stipulato dal cliente e dall'intermediario, rientrante nella sua competenza, e il contratto ad esso collegato, non rientrante nella sua competenza, accoglie il ricorso e dichiara risolto il contratto di finanziamento.

(29) In merito v. *retro* quanto precisato sul limite temporale nel § 1, in particolare alla nt. 6, e si legga la pronuncia del Collegio ABF, Roma, 6 settembre 2010, n. 882, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it), in cui l'Organo decidente osserva che il caso oggetto del ricorso, nella specie presentato, «rientra, ratione temporis, nella propria competenza a conoscere, in quanto, benché il rapporto oggetto della controversia abbia avuto origine prima del 2007, è da considerarsi persistente, seppur nei limiti della prescrizione. Questa tuttavia, in base ai principi generali deve essere espressamente eccepita dal convenuto, non essendo consentito al giudicante di rilevarla d'ufficio».

quasi come se gli fosse riconosciuto il potere di rilevare *ex officio* la prescrizione. La precisazione potrebbe allora essere letta nel senso di considerare la prescrizione «*quale possibile ragione di riconsiderazione in limine della conoscenza dell'affare soltanto quando del fatto estintivo del diritto altrui l'intermediario non si sia già avvalso ope exceptionis per conseguire il rigetto della domanda, confermandosi viceversa il regime comune di diritto civile*»<sup>(30)</sup>.

Un discorso a parte meritano poi le c.d. trattative precontrattuali.

La definizione originariamente data di «*cliente*» come soggetto che «*ha o avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento*», certamente rispondeva all'obiettivo di inquadrare la pretesa del cliente nell'ambito di rapporti certi e concreti sorti con l'intermediario. La definizione tuttavia lasciava dubbi sulle controversie in materia di trattative precontrattuali, pure rilevanti in tema di trasparenza e di esecuzione dei contratti, perché come noto la legge prescrive alle parti di comportarsi secondo buona fede (anche) durante lo svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.), in specificazione del più generale canone della buona fede che dovrebbe governare tutti i rapporti obbligatori (art. 1175 c.c.).

Ora, se è vero che «*[l]'osservanza di tali obblighi opera all'interno del rapporto contrattuale tra l'intermediario e l'investitore non solo per garantire la tutela di quest'ultimo, ma, soprattutto, al fine di realizzare lo svolgimento della più ampia attività economica all'interno di un mercato finanziario integro*»<sup>(31)</sup>. E se è vero che l'attività dell'ABF «*assume rilievo per il conseguimento di obiettivi di efficienza e competitività del sistema finanziario*», sul rilievo che può incentivare «*il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela*»<sup>(32)</sup>, allora inevitabilmente si sarebbe dovuto far rientrare nella

---

<sup>(30)</sup> AULETTA, sub *Art. 128-bis*, cit., § 5.1.

<sup>(31)</sup> FANTETTI, *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore ed intermediario*, in *La Responsabilità Civile*, 2010, 856.

<sup>(32)</sup> V. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione I, § 1, 2.



cognizione dell'Organo giudicante ABF anche le controversie in materia di trattative precontrattuali.

Il dovere di informazione che incombe in capo agli intermediari rileva in parte nella fase che precede la stipula dei contratti di intermediazione e in parte nella fase esecutiva del contratto stipulato <sup>(33)</sup>. E di fatto, il vuoto normativo evidenziato dall'esperienza pratica dell'ABF è stato colmato dalla Banca d'Italia in un primo momento in occasione dei chiarimenti su «[q]uestioni applicative» della disciplina <sup>(34)</sup>, i quali per la «[c]ondotta precontrattuale» precisano che «[I]e 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 trasparenza – indipendentemente dall'effettiva conclusione del contratto». E poi dalle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, le quali nel ri-definire la nozione di «cliente» utile al procedimento innanzi all'ABF, come soggetto che «è entrato in relazione con un intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento», precisano che «[t]ra le ipotesi di relazione con l'intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari rientrano anche le trattative precontrattuali, [perché appunto] possono dar luogo a controversie concernenti il rispetto delle norme in materia di trasparenza, indipendentemente dall'effettiva conclusione di un contratto» <sup>(35)</sup>.

Del resto rilevanza al «primo approccio» <sup>(36)</sup> degli intermediari con la clientela era stata data già dalle Disposizioni sulla trasparenza emanate dalla Banca d'Italia, in cui «il concetto di “cliente” e di “clientela” viene assunto in un'accezione più ampia rispetto a quella indicata nelle “definizioni” riguardanti

---

<sup>(33)</sup> Cfr. DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 70, 2011, 53, nt. 136, il quale evidenzia come sia proprio nella fase precontrattuale «che si determina la volontà del cliente di assumere obbligazioni con l'intermediario», per cui è «essenziale che sia messo in condizione di effettuare scelte negoziali libere e consapevoli».

<sup>(34)</sup> I chiarimenti su «[q]uestioni applicative» della disciplina sono consultabili alla pagina web [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it), alla voce *Altri documenti*.

<sup>(35)</sup> Così per le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione I, § 3 e nt. 2, 4.

<sup>(36)</sup> DE CAROLIS, *op. cit.*, 36.

*il procedimento dinanzi all'ABF, abbracciandovi anche colui "che intenda entrare in relazione" con la banca o con l'intermediario finanziario»* <sup>(37)</sup>.

### **Le condizioni dell'azione.**

4. – L'atto introduttivo del procedimento innanzi all'ABF ha la forma di un ricorso che deve essere redatto su un apposito modulo prestampato <sup>(38)</sup> il quale, compilato e sottoscritto dal cliente, con i relativi allegati va inoltrato alla Banca d'Italia <sup>(39)</sup>.

Queste indicazioni costituiscono già alcune delle condizioni cui è subordinata la ricevibilità del ricorso innanzi all'ABF <sup>(40)</sup>.

Il paragrafo 4, sezione I, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia prevede che «[n]on possono essere ... proposti ricorsi [innanzi all'ABF] inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, salvo i ricorsi proposti entro il termine fissato dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28» <sup>(41)</sup>; né «ricorsi inerenti a controversie rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione o di mediazione ai sensi di norme di legge (ad esempio, decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28) promosso dal ricorrente o al quale questi abbia aderito», pena l'irricevibilità del ricorso proposto.

---

<sup>(37)</sup> V. le Disposizioni sulla trasparenza, sezione I, § 3, che qualificano «cliente» «qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con l'intermediario».

<sup>(38)</sup> Il modello del ricorso è predisposto direttamente dalla Banca d'Italia e il relativo file è disponibile sul sito internet dell'ABF. Il modello è altresì reperibile presso tutte le Filiali della Banca d'Italia aperte al pubblico.

<sup>(39)</sup> In effetti le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione VI, § 1, 16 - 17, precisano che il ricorso «può essere, alternativamente: a) inviato direttamente, ..., alla segreteria tecnica del collegio competente o a qualunque Filiale della Banca d'Italia, che provvede a inoltrarlo senza indugi alla segreteria tecnica del collegio competente; b) presentato presso tutte le Filiali della Banca d'Italia aperte al pubblico, che provvedono come sopra».

<sup>(40)</sup> LA TORRE, *op. cit.*, 268, rileva come la Banca d'Italia utilizzi una «terminologia omnicomprensiva» per indicare l'improponibilità e l'improcedibilità dei ricorsi, quella di irricevibilità degli stessi; v. anche ZACCARIA, DE CRISTOFARO, *Art. 128 bis*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 1465.

<sup>(41)</sup> Le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione I, § 4, 5, sul punto precisano che «[a]nche in questi casi, resta fermo l'ambito della cognizione dell'ABF definito dalle presenti disposizioni».

Va subito precisato che per quanto concerne il rapporto con il processo civile la disposizione, già contenuta nelle Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, risulta ora parzialmente modificata per l'esigenza di coordinare la disciplina del procedimento riconducibile all'art. 128-*bis* T.U. bancario con la disciplina del procedimento di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010. La nuova formulazione del paragrafo 4, pertanto, tiene conto della circostanza che, se il giudice ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 rilevi entro la prima udienza che non è stata esperita la condizione di procedibilità della domanda giudiziaria posta (anche) in materia bancario - finanziaria, fissa alle parti un termine per avviare o completare il procedimento stragiudiziale. L'intervento modificatore, quindi, rende (ora) ricevibile il ricorso all'ABF anche entro la scadenza del termine fissato dal giudice per adempiere alla condizione di procedibilità della domanda prima non ottemperata<sup>(42)</sup>.

Il Collegio ABF di Milano, inoltre, con la decisione n. 941 del 17 settembre 2010<sup>(43)</sup>, si è interrogato sul preciso ambito di applicazione della condizione evidenziata, domandandosi «*se la medesima sia tale da dispiegare il suo effetto pregiudiziale in relazione a qualsivoglia ricorso il cui tema controverso sia stato comunque sottoposto alla decisione dell'autorità giudiziaria ovvero solo a quel ricorso avente ad oggetto un contendere per il quale sia pendente un giudizio dal quale possa scaturire una pronuncia di merito*». Nell'occasione il Collegio di Milano ha ritenuto che, poiché la *ratio* della preclusione risiede nell'evitare «*un concorso di competenze e il rischio di duplicazioni e sovrapposizioni di*

---

<sup>(42)</sup> Più nello specifico circa la compatibilità delle due discipline, v. *infra* Capitolo 3, sezione I, §§ 2 e 2.1.

<sup>(43)</sup> V. Collegio ABF, Milano, 17 settembre 2010, n. 941, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it); in breve i fatti: con ricorso del 7 aprile 2010 la società ricorrente lamentava l'illegittimità dell'iscrizione del proprio nominativo in Centrale Rischi operata dalla Banca. Quest'ultima, con le proprie controdeduzioni del 13 aprile 2010, richiedeva la declaratoria di inammissibilità del ricorso per essere la controversia «*già stata sottoposta all'autorità giudiziaria*», in quanto oggetto di ricorso *ex art. 700 c.p.c.* Dalla documentazione prodotta dalla Banca risultava inoltre che per il Tribunale di Treviso - ordinanza del 15 aprile 2009 - la richiesta di cancellazione dei dati in centrale Rischi integra gli estremi di una violazione della normativa sul trattamento dei dati personali, per la quale è prevista una misura cautelare specifica (v. art. 152 del d.lgs. n. 196/2003). Di qui la declaratoria di inammissibilità del ricorso alla tutela cautelare atipica di cui all'art. 700 c.p.c.

*pronunce*», la disposizione - così come formulata - non distingue tra pendenza o meno del giudizio, né tra un esito giudiziale in merito ovvero solo in rito. Le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia nel limitare l'azione innanzi all'ABF alle controversie «già sottoposte all'autorità giudiziaria», hanno voluto semplicemente stabilire un rapporto di precedenza tra i sistemi di tutela cui il cliente può ricorrere, in linea con la natura di strumento alternativo di risoluzione delle controversie dell'ABF. Trattandosi (infatti) di una condizione dell'azione, è chiaro che la preclusione opera solo per l'accesso a tale sistema di tutela, tant'è che il diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria o ad altro mezzo previsto dall'Ordinamento non risulta mai pregiudicato dal preventivo accesso all'ABF.

In quella occasione, il Collegio di Milano precisa altresì che la disposizione concerne qualunque tipologia di azione giudiziaria, anche di natura cautelare, proposta prima della proposizione del ricorso all'ABF, a prescindere dalla pendenza o conclusione dell'instaurato giudizio e dalla eventuale decisione in rito pronunciata, incapace di incidere sul merito della vicenda.

Al fine di meglio definire i rapporti con il processo civile, le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia precisano altresì che il ricorso è irricevibile qualora abbia ad oggetto controversie per le quali sia pendente un procedimento di esecuzione forzata o di ingiunzione, compresa l'eventuale fase di opposizione; e ciò al fine di «evitare possibili interferenze tra la decisione dell'ABF e l'opposizione a decreto ingiuntivo, che conduce a un provvedimento del giudice sul merito, sia pure adottato all'esito di una cognizione sommaria»<sup>(44)</sup>.

Quanto ai rapporti con le altre procedure stragiudiziali attivabili (arbitrato e conciliazione), la disciplina di coordinamento si atteggia in maniera differente, a seconda che si tratti di arbitrato o di conciliazione.

In particolare, quando la controversia tra cliente e intermediario è già pendente innanzi all'arbitro o al conciliatore, il procedimento di cui all'art. 128-bis T.U. bancario non può chiaramente essere avviato. Il ricorso sarà irricevibile,

---

<sup>(44)</sup> Cfr. il Documento per la consultazione delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, § 2, 3, e il citato «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011», 7.

tuttavia, solo nel secondo caso la irricevibilità non impedisce al cliente di riproporre il ricorso.

Qualora invece la iniziativa in altra sede venga intrapresa nel corso del procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario, ne consegue in un caso la estinzione e nell'altro la interruzione del procedimento innanzi all'ABF.

Le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, infatti, statuiscono che «*qualora il ricorrente, in relazione alla medesima controversia, comunichi di aver promosso o di aver aderito a un tentativo di conciliazione o di mediazione ai sensi di norme di legge*», l'adito Collegio dell'ABF, «*d'ufficio o su istanza di parte, dichiara l'interruzione del procedimento*». L'interruzione non preclude al cliente di presentare nuovamente il ricorso qualora il tentativo di conciliazione non riesca <sup>(45)</sup>, finanche oltre il termine di sei mesi previsto invece dalle previgenti Disposizioni applicative della Banca d'Italia <sup>(46)</sup>, «*senza necessità di un nuovo reclamo all'intermediario*» e con possibilità per entrambe le parti di «*fare rinvio alla documentazione già presentata in occasione della precedente procedura di ricorso*» (paragrafo 2, sezione VI). In tal caso, il ricorso, «*fermo restando quanto previsto dall'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*», può essere proposto anche qualora siano decorsi dodici mesi dalla presentazione del reclamo (paragrafo 4, sezione I).

La disposizione si coordina con quella contenuta nel comma 3, dell'art. 128-*bis* T.U. bancario, che fa salvo il diritto del cliente di ricorrere «*in qualunque momento, a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento*» <sup>(47)</sup>, ed

---

<sup>(45)</sup> Per il citato «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011», 8, il motivo va rinvenuto nel fatto che il procedimento innanzi all'ABF potrebbe evitare i tempi e i costi di un'azione giudiziaria.

<sup>(46)</sup> Cfr. i §§ 4, sezione I, e 3, sezione VI, delle Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, con i §§ 4, sezione I, e 2, sezione VI, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia.

<sup>(47)</sup> La disposizione sembra dare attuazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che riconosce l'accesso ai tribunali come un diritto fondamentale che preclude la creazione di procedure di risoluzione delle controversie in materia di consumi in sostituzione delle procedure giudiziarie. Circa la natura alternativa e non sostitutiva delle ADR alla tutela giudiziale si veda COSTANTINO, *La istituzione dell'«Arbitrato Bancario Finanziario»*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 299 ss.; QUADRI, *op. cit.*, 309.

impedisce che tale diritto sia pregiudicato nel caso in cui l'intermediario lo preceda nella scelta della procedura stragiudiziale.

Se invece l'intermediario decide di sottoporre la questione pendente innanzi all'ABF ad un arbitro (rituale o irrituale), come nel caso in cui la controversia sia sottoposta all'autorità giudiziaria, la Segreteria tecnica prima che venga dichiarata la estinzione del procedimento in corso, interpella il ricorrente onde verificarne l'interesse alla prosecuzione. Ne consegue, che se il ricorrente non manifesti tale interesse entro il termine di trenta giorni dalla richiesta, il Collegio ABF provvede a dichiarare la estinzione del procedimento <sup>(48)</sup>. In caso contrario, si ammette la contemporanea pendenza della procedura innanzi all'ABF e dell'eventuale giudizio o arbitrato.

### **Le condizioni di procedibilità.**

5. – «[C]ondizione preliminare e necessaria» <sup>(49)</sup> del rito innanzi all'ABF è la presentazione ad opera del cliente (del contratto bancario - finanziario) di un preventivo reclamo all'intermediario. Vi è deroga solo per i ricorsi relativi a controversie pendenti davanti all'Autorità giudiziaria, per le quali il giudice abbia rilevato il mancato esperimento della condizione di procedibilità della domanda giudiziaria (art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010).

Le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sottoposte a consultazione pubblica, non contengono un'articolata disciplina della fase di reclamo, operando un generale rinvio alle disposizioni relative ai reclami contenute nella disciplina della «*Trasparenza delle operazioni e dei servizi*

---

<sup>(48)</sup> Nel caso in cui la controversia sia stata sottoposta all'autorità giudiziaria, l'estinzione del procedimento consegue solo se il giudice, entro la prima udienza, non dichiara la improcedibilità della domanda giudiziale per il mancato esperimento della condizione di procedibilità, fissando alle parti i termini di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, così come dispongono anche le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione VI, § 2, nt. 1, 18.

<sup>(49)</sup> V. le Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, sezione VI, § 1, 13

*bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti»* <sup>(50)</sup>, e ciò al fine di «*sottolineare l'integrazione esistente fra la disciplina sulla trasparenza e quella sull'ABF, evitando inopportune sovrapposizioni*» <sup>(51)</sup>.

Per «*reclamo*» si intende «*ogni atto con cui un cliente chiaramente identificabile contesta in forma scritta (es. lettera, fax, e-mail) all'intermediario un suo comportamento o un'omissione*» <sup>(52)</sup>.

Con la presentazione del reclamo all'intermediario si apre una fase di negoziazione diretta tra le parti <sup>(53)</sup>, contrassegnata da un dialogo effettivo dell'intermediario con il cliente sulle rispettive posizioni contrattuali, già di per sé idonea a prevenire l'insorgenza della lite innanzi all'autorità giudiziaria. Proprio dalla rilevanza di questa fase per la salvaguardia dei rapporti tra intermediari e clientela deriva la prescrizione per i primi di adottare «*procedure per la trattazione dei reclami che garantiscano ai clienti risposte sollecite ed esaustive*» <sup>(54)</sup>. A tal fine dovranno istituire presso le loro sedi appositi uffici reclamo o, in mancanza, individuare un soggetto al quale affidare la responsabilità della gestione dei reclami inoltrati dalla clientela <sup>(55)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Le disposizioni circa la «*[t]rasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*» (di seguito: disposizioni sulla Trasparenza) emanate dalla Banca d'Italia il 29 luglio 2009, sono state da ultimo modificate con provvedimento della Banca d'Italia sul Recepimento della Direttiva sul credito ai consumatori del 9 febbraio 2011. Il testo è liberamente consultabile sul sito internet della Banca d'Italia.

<sup>(51)</sup> Cfr. le Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, sezione VI, § 1, 13; le nuove Disposizioni, sezione VI, § 1, 16; e il citato «*[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011*», 15.

<sup>(52)</sup> La definizione è indicata nelle Disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, sezione I, § 3, 2, e nelle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione I, § 3, 4.

<sup>(53)</sup> Cfr. LA TORRE, *op. cit.*, 267, secondo il quale, invece, poiché il preventivo reclamo costituisce condizione di procedibilità per il successivo ricorso, quest'ultimo potrebbe avere una «*funzione di "gravame" contro il silenzio o le decisioni di rigetto, anche parziale, dell'intermediario*».

<sup>(54)</sup> V. il § 3, sezione XI, delle disposizioni sulla Trasparenza, 85.

<sup>(55)</sup> Come previsto dalle Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, sezione VI, § 1, 13. Nei chiarimenti sul provvedimento del 29 luglio 2009 e successive integrazioni in materia di «*[t]rasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*», § 8.2., 13, la Banca d'Italia precisa che la responsabilità dell'ufficio deputato alla gestione dei reclami può essere affidato anche a collaboratori esterni legati all'intermediario da un rapporto di lavoro subordinato, purchè sia salvaguardata l'indipendenza di tali soggetti rispetto alle funzioni aziendali preposte alla commercializzazione dei servizi, e a condizione che, all'interno dell'azienda, sia assicurata l'individuazione di un soggetto responsabile.

Le procedure interne adottate dall'intermediario dovranno assicurare che l'ufficio o il responsabile della gestione dei reclami si mantenga costantemente aggiornato sugli orientamenti seguiti dall'ABF, consultando l'apposito archivio elettronico delle decisioni pubblicato sul sito internet dell'ABF. E ciò al fine di valutare i reclami in luce ai predetti orientamenti, qualora la questione sollevata dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise dai Collegi dell'ABF.

L'interazione con il personale preposto alla gestione dei reclami, salvo che per le spese connesse al mezzo di comunicazione, dovrà essere gratuita per il cliente, al quale spetterà una risposta entro trenta giorni dalla ricezione del reclamo.

Se il reclamo è ritenuto fondato, l'intermediario indica al cliente le iniziative che si impegna ad assumere nonché i tempi di realizzazione. Se ritenuto infondato, l'intermediario illustra in maniera chiara ed esauriente i motivi del rigetto ed indica al cliente le indicazioni necessarie per adire (ciononostante) l'ABF ovvero altre forme di tutela stragiudiziale delle controversie.

Nel primo caso, il cliente può presentare ricorso all'ABF solo se entro il detto termine di trenta giorni non riceva alcuna risposta dall'intermediario oppure riceva una risposta insoddisfacente.

Il ricorso deve avere ad oggetto la stessa contestazione del reclamo <sup>(56)</sup>, deve essere sottoscritto dal cliente <sup>(57)</sup> e deve essere inviato entro dodici mesi dalla presentazione del reclamo all'intermediario. Si tratta di ulteriori condizioni di procedibilità che, se violate, non precludono al cliente di agire *ex novo* ai sensi

---

<sup>(56)</sup> Sul punto le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione VI, § 1, 16, chiariscono che l'eventuale richiesta di risarcimento dei danni immediati e diretti (v. *retro* § 3 di questo Capitolo) può essere proposta per la prima volta anche direttamente nel ricorso, purchè si riferisca alla medesima questione sostanziale oggetto del reclamo. Sulla formulazione della domanda risarcitoria per la prima volta in sede di ricorso, si veda anche DE CAROLIS, *op. cit.*, 43 ss., per il quale ciò «*appare coerente con i principi del processo civile che prevedono la modificabilità della domanda soprattutto in relazione alla comparsa di risposta del convenuto*». Cfr. la Relazione illustrativa del Documento per la consultazione delle nuove Disposizioni, § 3, 6.

<sup>(57)</sup> Al fine di snellire le operazioni di avvio del procedimento innanzi all'ABF e rafforzare il contraddittorio tra le parti, le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione VI, § 1, 16, prevedono che il ricorso possa essere presentato per conto del cliente pure «*da un'associazione di categoria alla quale il cliente medesimo aderisca, dal rappresentante legale o da un soggetto munito di procura, che può essere conferita anche nel ricorso*».



dell'art. 128-*bis* T.U. bancario, una volta decorso il termine di dodici mesi dalla presentazione del reclamo.

Altra condizione di procedibilità è il versamento alla Banca d'Italia di un contributo di 20 euro per le spese di procedura: la documentazione attestante l'avvenuto pagamento deve essere infatti allegata al ricorso «*a pena di irricevibilità*»<sup>(58)</sup>.

L'esiguo contributo adempie la direttiva dell'economicità della procedura stragiudiziale, di cui tra l'altro il cliente ha diritto al rimborso dall'intermediario nel caso in cui l'Organo giudicante ABF accolga il ricorso. Le spese di procedura gravano infatti sulla Banca d'Italia, nonché sull'intermediario nell'ipotesi di accoglimento anche parziale del ricorso<sup>(59)</sup>.

La direttiva dell'economicità è pure adempiuta sul fronte dell'accesso alla procedura, in quanto costruito in modo da facilitare la presentazione del ricorso da parte del cliente, pur in mancanza di un professionista legale, facendogli così risparmiare i costi necessariamente connessi al patrocinio in giudizio per controversie di modesto valore economico che sarebbe inconveniente incardinare dinanzi al giudice ordinario. In ogni caso, il patrocinio legale non è escluso a priori per il procedimento innanzi all'ABF, ma solo facoltativo perché rimessa alla discrezione dell'interessato.

### **La difesa tecnica.**

5.1. - Posto che per il procedimento innanzi all'ABF la difesa tecnica è allora facoltativa, non è possibile escludere per ciò solo che il cliente chieda ed ottenga

---

<sup>(58)</sup> V. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione V, § 2, 15.

<sup>(59)</sup> Per le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione V, § 2, 15, se il Collegio accoglie in tutto o in parte il ricorso, l'intermediario rimborsa al ricorrente il contributo di 20 euro che ha pagato per avviare la procedura mentre versa alla Banca d'Italia un importo pari a 200 euro per contributo alle spese del procedimento.

In sede di consultazione pubblica delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia è stato proposto di abolire il contributo alle spese di procedura: la richiesta tuttavia non è stata accolta in quanto, nonostante l'importo sia esiguo, costituisce un deterrente ad azioni innanzi all'ABF prive dei «*necessari presupposti*» (v. il citato «*[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011*», 14).

dall'Organo giudicante ABF la ripetizione delle spese sostenute per il patrocinio legale.

Si rifletta sul principio enucleabile dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sezione Seconda, pronunciata nella controversia tra Ventorino c. Italia, del 17 maggio 2011 <sup>(60)</sup>, in ragione del quale le spese legali sono pienamente rimborsabili - a discrezione del giudicante investito della causa - quando rispettose dei canoni della effettività, necessità e ragionevolezza.

Da questo punto di vista, se tra le spese in considerazione rientrano anche gli onorari degli avvocati, e se tali spese sono ripetibili in sostanza quando necessarie alla parte che si è avvalsa del patrocinio legale, allora è chiaro che si pone un problema di ripetibilità degli onorari nei procedimenti che non richiedono necessariamente per l'appunto l'assistenza tecnica di un avvocato.

Un utile spunto di riflessione per la *quaestio* evidenziata è offerto oggi dal capo II del d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, recante «[d]isposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile» <sup>(61)</sup>: rilevano, in particolare, le modifiche apportate agli artt. 82 e 91 c.p.c. Il d.l. n. 212/2011, infatti, all'art. 13 dispone la modifica del comma 1 dell'art. 82 c.p.c., al fine di innalzare a euro 1000 il valore massimo della domanda proponibile innanzi al Giudice di pace senza patrocinio legale, e contestualmente introduce un quarto comma all'art. 91 c.p.c., disponendo che, per tali cause (art. 81, comma 1, c.p.c.), «*le spese, competenze ed onorari liquidati dal giudice non possono superare il valore della domanda*» <sup>(62)</sup>.

---

<sup>(60)</sup> CEDU, sez. II, 17 maggio 2011 - Ricorso n. 357/2007 - causa Ventorino c. Italia, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), sezione *Strumenti*, voce *Sentenze Corte europea dei diritti dell'uomo*, per la quale: «*Secondo la giurisprudenza della Corte, un ricorrente può avere il rimborso delle spese di procedimento soltanto nella misura in cui ne siano accertate l'effettività, la necessità e la ragionevolezza del loro tasso*».

<sup>(61)</sup> Il d.l. 22 dicembre 2012, n. 212, è pubblicato in *G.U.*, 22 dicembre 2012, n. 297.

<sup>(62)</sup> Un primo commento positivo all'approvato decreto è offerto dall'on.le avv. VIETTI, *Giustizia efficiente, un fattore di crescita dell'economia*, in *Il Sole 24 ORE*, del 28 dicembre 2011, per il quale la norma che fissa un limite alle spese liquidabili per le controversie davanti ai giudici di pace di più modesta entità, è importante «*in tema di efficienza della macchina giudiziaria*», avendo l'obiettivo di eliminare il «*contenzioso seriale che grava sugli uffici del giudice di pace e che si alimenta ... della possibilità, sino ad ora concessa, di ottenere singole liquidazioni delle spese legali per ciascun processo, a prescindere dal suo valore e dal fatto che sia identico a numerosi altri contestualmente promossi*». Tra l'altro, il decreto pare accogliere il pensiero

Orbene, dalla lettura combinata delle due norme pare che il legislatore abbia voluto disancorare definitivamente la ripetibilità delle spese legali dal canone della necessità per i procedimenti in cui il patrocinio legale sia meramente facoltativo; nonché da quello della effettività, rendendo ripetibili, per tali procedimenti, non tutte le spese effettuate, ma solo quelle che rientrano nel limite di valore della causa. Così procedendo il legislatore ha voluto evitare che il soccombente sia pregiudicato dalla libera scelta della parte vittoriosa di avvalersi dell'assistenza di un difensore, sebbene non richiesta *ex lege*.

Potrebbe allora ritenersi che anche nel procedimento innanzi all'ABF - là dove l'assistenza tecnica è facoltativa e rimessa a valutazioni discrezionali del cliente - le spese sostenute dal ricorrente per munirsi del patrocinio legale siano ciononostante ripetibili.

L'ammissibilità tuttavia sarebbe pure qui vincolata al limite massimo (di spesa rimborsabile) del valore della controversia, che renderebbe rispettosa del canone di ragionevolezza la scelta discrezionale dell'Organo giudicante di accogliere la richiesta di ritorno. Del resto un tale ragionare è coerente pure con le innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 28/2010.

In altri termini, se il legislatore vuole equiparare - quanto all'effetto processuale della condizione di procedibilità - il procedimento innanzi all'ABF al procedimento di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010, allora non è irragionevole che la condizione sia adempiuta con l'ausilio tecnico di un avvocato e che, in conseguenza, il cliente richieda la ripetizione di tali spese all'Organo giudicante ABF, in caso di accoglimento del ricorso <sup>(63)</sup>.

---

espresso dall'on.le Vietti nel corso del convegno da lui presieduto su "*I cambiamenti nella giustizia civile. Leggi del processo, norme dell'Ordinamento giudiziario, organizzazione e funzionamento dei servizi*", tenutosi lo scorso 18 novembre 2011, presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II: nell'occasione, infatti, aveva ritenuto «*necessari[o] per ridurre l'intollerabile afflusso di procedimenti che affollano le nostre aule giudiziarie*» «*calmierare le liquidazioni delle spese legali*». Merita di essere segnalato altresì che in quella occasione, l'on.le propose, come fattore di efficienza della giustizia e quindi di crescita dell'economia, (anche) di ridurre la rigidità delle regole processuali, in quanto «*a maggiore complessità della causa [deve] corrisponde[re] maggiore garanzia procedurale, [mentre] a minore difficoltà maggiore elasticità delle forme processuali*».

<sup>(63)</sup> Un dubbio potrebbe piuttosto derivare dal limite minimo di spese legali rimborsabili: il limite del valore della domanda introdotto dal legislatore per la ripetizione delle spese legali nei

La conclusione della generale ammissibilità, tra l'altro, è già (in parte) accolta dalla giurisprudenza dell'ABF per la quale, sebbene la difesa tecnica qui sia soltanto facoltativa, la ripetibilità delle spese legali va valutata in concreto sulla base di un giudizio di necessità dell'assistenza tecnica per la complessità dei fatti controversi innanzi all'ABF <sup>(64)</sup>.

Va però precisato che, talora i Collegi ABF, anziché rimborsare direttamente le spese sostenute dal cliente per munirsi del patrocinio legale, liquidano detto importo come voce di danno risarcibile, in quanto spesa che costituisce un depauperamento effettivo per il ricorrente. La stima di questo danno, in mancanza di «*indici somministrati dalla parte*» viene condotta in via equitativa «*utilizzando quali parametri alcune delle voci applicabili alla fattispecie in base alla tariffa professionale e alla costante giurisprudenza dell'Arbitro*» <sup>(65)</sup>. Del resto è consolidato in giurisprudenza l'orientamento di qualificare l'ammontare delle

---

procedimenti davanti al Giudice di pace senza l'assistenza tecnica del difensore, come preannunciato dallo stesso Consiglio nazionale forense, effettivamente potrebbe comprimere il diritto di difesa, scoraggiando l'azione giudiziaria per controversie di modestissimo valore economico, dovendosi la parte pagare in sostanza l'avvocato da solo. Allo stesso modo il cittadino che per esempio impugni una sanzione amministrativa abnorme e ne ottenga l'annullamento non potrà ottenere dal giudice la condanna dell'amministrazione pubblica che ha errato a rifondere tutte le spese sostenute, ma dovrà pagarsi l'avvocato da se. Da questo punto di vista, allora la norma più che limitare le pretese talvolta eccessive degli avvocati, pare semplicemente «*impedire che il cittadino impugni una multa o una sanzione amministrativa*», trascurando che per tali controversie il ricorso giurisdizionale costituisce anche uno strumento del cittadino per orientare il comportamento dell'amministrazione ai canoni di buon andamento ed imparzialità. In merito si veda il Dossier n. 58/2011 dell'Ufficio studi del Consiglio nazionale forense.

<sup>(64)</sup> Si veda la pronuncia del Collegio ABF, Napoli, 5 luglio 2011, n. 1383, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it). Cfr. la pronuncia del Collegio ABF, Napoli, 11 agosto 2011, n. 1716, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it), in cui le spese sono escluse per un verso in ragione della non eccessiva complessità della controversia, che quindi rende superflua l'assistenza, e per altro verso per l'accoglimento soltanto parziale del ricorso. In senso conforme anche la pronuncia del Collegio ABF, Napoli, del 1 giugno 2011, n. 1162, e del 20 giugno 2011, n. 1294, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

<sup>(65)</sup> Il riferimento è alla pronuncia del Collegio ABF, Napoli, 15 settembre 2011, n. 188611, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it). Cfr. la pronuncia del Collegio ABF, Napoli, 12 maggio 2011, n. 1003, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it): in quella occasione il Collegio esclude la ripetizione, non tanto per la complessità particolare della controversia, oltretutto della facoltatività della difesa tecnica nel giudizio innanzi all'ABF, quanto per la natura del giudizio richiesto nella specie «*che implica un sindacato sopra la salvaguardia di valori elementari primari, quali l'identità e la riservatezza personali, alla stregua di ormai univoci standard normativi e notori indirizzi interpretativi*».

spese sostenute per l'attività legale come danno emergente <sup>(66)</sup>. Ebbene, tale circostanza in uno con quella concreta secondo cui il ricorrente ha dovuto compiere una dispendiosa e defaticante attività legale, comportano che il pregiudizio subito, da questo punto di vista, dal ricorrente merita ristoro «*sub specie damni*» in via equitativa *ex art. 1226 c.c.* <sup>(67)</sup>.

E in effetti in maniera analoga conclude anche il «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011» <sup>(68)</sup> per il quale, nonostante il procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario non incoraggi la difesa tecnica, qualora il ricorrente se ne avvalga, il Collegio, ove lo ritenga opportuno, può includere nelle somme liquidate in favore del cliente a titolo di risarcimento dei danni anche l'importo delle spese da questi sostenute per l'assistenza professionale.

Non è poi infrequente che la richiesta di rimborso spese sia presentata già nell'atto di reclamo <sup>(69)</sup>, ciò tuttavia non vale a definire l'ammontare del *quantum* di spesa liquidabile.

In altre parole, si ritiene che nelle spese di patrocinio legale, eventualmente rimborsate al ricorrente, non vada altresì considerata l'assistenza tecnica prestata dall'avvocato anche per la mera fase di reclamo. Quest'ultima costituisce una forma di negoziazione diretta tra l'intermediario e cliente, tesa a realizzare un dialogo effettivo tra le parti del rapporto bancario - finanziario, il cui svolgimento mai richiederebbe la presenza necessaria dell'avvocato. La situazione cambia, e si complica, con la scelta del cliente di adire l'ABF, che implica l'attivazione di un

---

<sup>(66)</sup> Cass., sez. III, 21 gennaio 2010, n. 997, in *DeJure*. In merito si veda anche la recente giurisprudenza di merito del Tribunale di Modena, 26 novembre 2010, n. 1855, la cui massima è consultabile in *DeJure*.

<sup>(67)</sup> V. la pronuncia del Collegio ABF, Napoli, 30 settembre 2011, n. 2008, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*, il quale però poi nel dispositivo non condanna l'intermediario al risarcimento di tal danno, ma propriamente al rimborso delle spese legali. Cfr. le pronunce ABF del Collegio di Milano, 30 settembre 2011, n. 1029, e del Collegio di Napoli, 18 maggio 2011, n. 1046, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

<sup>(68)</sup> V. il «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011», cit., 14.

<sup>(69)</sup> Cfr. la citata pronuncia ABF, Collegio di Napoli, 12 maggio 2011, n. 1003 e la pronuncia ABF del Collegio di Milano, 4 ottobre 2010, n. 1029, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*. In particolare in quest'ultima pronuncia, il Collegio di Milano ammette la ripetizione delle spese, a prescindere da una specifica richiesta, in quanto conseguenza dell'ingiusta resistenza dell'intermediario nella fase di reclamo, giustificando pertanto la mancata specifica richiesta nell'atto di reclamo.

procedimento stragiudiziale di risoluzione delle controversie il quale, anche nella denegata ipotesi di mancata soluzione della controversia con l'intermediario, produce comunque un effetto processuale sulla successiva domanda giudiziaria.

### **La fase preliminare e istruttoria.**

6. – Proposto il ricorso ai sensi della richiamata disciplina, il cliente ne dà «*tempestiva comunicazione*» all'intermediario. Tuttavia, qualora tale comunicazione non sia effettuata, la Segreteria tecnica che ha ricevuto il ricorso provvede essa stessa all'adempimento: la prassi applicativa del procedimento innanzi all'ABF ha infatti evidenziato che in un numero considerevole di casi il ricorrente trasmette il ricorso all'intermediario, solo dopo sollecito della Segreteria tecnica. Per questo motivo, le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, nel rispetto delle modalità previste dalla delibera CICR, hanno previsto che la Segreteria tecnica possa essa stessa inoltrare la copia del ricorso all'intermediario, in caso di inerzia del cliente <sup>(70)</sup>, laddove invece le previgenti Disposizioni affidavano tale compito di comunicazione unicamente al cliente ricorrente <sup>(71)</sup>.

La modifica è stata apportata altresì per la incertezza, che la soluzione precedente offriva, circa il termine di trenta giorni entro il quale l'intermediario può trasmettere «*alla competente [S]egreteria tecnica le proprie controdeduzioni unitamente a tutta la documentazione utile ai fini della valutazione del ricorso, ivi compresa quella relativa alla fase di reclamo*» <sup>(72)</sup>. Il ritardo dell'intermediario nell'adempimento di questo onere, infatti, ove impedisca all'Organo giudicante di pronunciarsi nel merito, è considerato indice di mancata cooperazione alla procedura stragiudiziale rilevante, come vedremo, ai fini della vigilanza.

---

<sup>(70)</sup> V. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione VI, § 1, 17. Cfr. il citato «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011», 16.

<sup>(71)</sup> V. le Disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, sezione VI, § 2, 14.

<sup>(72)</sup> Così per le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione VI, § 1, 17, le quali precisano altresì che qualora «*l'intermediario aderisce a un'associazione degli intermediari, le controdeduzioni e la citata documentazione sono trasmesse, entro il medesimo termine di [trenta] giorni, alla predetta associazione, che entro [quindici] giorni dalla ricezione delle stesse provvede a inoltrare alla [S]egreteria tecnica*».

Ulteriore innovazione è che ora la Segreteria tecnica si preoccupa (sempre) di trasmettere al ricorrente la copia delle controdeduzioni ricevute, comunicazione invece prima subordinata alla richiesta fattane dal cliente all'atto di presentazione del ricorso <sup>(73)</sup>.

Avviato il contraddittorio tra le parti, la Segreteria tecnica trasmette il ricorso al Presidente del Collegio il quale, operando una sorta di filtro di ammissibilità, valuta la manifesta irricevibilità o inammissibilità del ricorso. Nello specifico, ove rilevi che il ricorso è affetto da irregolarità sanabili o che la documentazione presentata risulti incompleta, restituisce il ricorso alla Segreteria tecnica, assegnando alle parti un termine per la regolarizzazione del ricorso o per l'integrazione della documentazione incompleta. Decorso inutilmente tale termine, il Presidente del Collegio dichiara *de plano* il ricorso inammissibile.

Depositati il ricorso e le controdeduzioni, e posta l'ammissibilità del ricorso, il procedimento prosegue quasi d'ufficio, pervenendo alla soluzione prospettata dall'adito Collegio senza alcun ulteriore intervento delle parti. Il cliente per esempio non può modificare ovvero aggiungere domande <sup>(74)</sup> al ricorso già presentato <sup>(75)</sup>.

In particolare, segue «[l]'istruttoria sul ricorso [che] è curata dalla [S]egreteria tecnica territorialmente competente» <sup>(76)</sup>. Però al fine di chiarire il carattere *ausiliario* dell'attività svolta dalle Segreterie tecniche per i Collegi giudicanti, si evidenzia che in questa fase esse svolgono una «funzione meramente preparatoria dell'«istruttoria»» <sup>(77)</sup>, avendo per esempio il compito di formare il

---

<sup>(73)</sup> Cfr. il § 2, sezione VI, delle Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, 14, con il § 1, sezione VI, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 17.

<sup>(74)</sup> Si ricordi che poiché l'iniziativa procedimentale è riconosciuta solo al cliente, all'intermediario è finanche precluso richiedere in via riconvenzionale una domanda di tutela all'ABF.

<sup>(75)</sup> In merito però si veda il citato «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011», 16, il quale, pur in mancanza di una espressa previsione nelle nuove Disposizioni della Banca d'Italia, ammette nel corso del procedimento la proposizione ad opera delle parti di integrazioni, «ove pervenute in tempo utile ai fini dell'attività istruttoria».

<sup>(76)</sup> V. le Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, sezione VI, § 3, 15.

<sup>(77)</sup> V. la Relazione illustrativa del Documento per la consultazione delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, § 3.3, 5. Cfr. l'art. 6, comma 1, della delibera CICR,

fascicolo contenente tutta la documentazione presentata dalle parti, compresa quella relativa alla fase di reclamo (ricorso, controdeduzioni e ogni altro documento presentato utile per la decisione), e di predisporre una relazione sulla questione controversa per ciascun membro del Collegio giudicante prima della riunione in cui il ricorso viene discusso.

L'istruttoria è completamente documentale, non essendo consentito richiedere e disporre un interrogatorio formale né audire testimoni <sup>(78)</sup>.

Orbene, posta la preclusione generale alle c.d. prove costituende nel corso del procedimento innanzi all'ABF, sul punto in dottrina <sup>(79)</sup> *de iure condendo* non si è mancato di rilevare che potrebbe essere compatibile con il sistema di tutela erogabile dall'ABF ricevere la testimonianza per iscritto, possibilità di recente ammessa nel processo civile (artt. 257-*bis* c.p.c. e 103-*bis* disp. att. c.p.c.) <sup>(80)</sup>, ma (prima) già conosciuta (seppure in modalità diversa) in quello arbitrale, là dove gli arbitri possono «*assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono*» (art. 816-*ter*, comma 2, c.p.c.) <sup>(81)</sup>.

---

il quale specifica che la «[S]egreteria tecnica svolge un'istruttoria preliminare diretta a valutare la sussistenza dei presupposti per la sottoposizione del ricorso al [C]ollegio».

<sup>(78)</sup> Cfr. DE CAROLIS, *op. cit.*, 7, il quale sottolinea l'impossibilità di chiedere perizie, che potrebbero essere utili a «*definire aspetti di tipo tecnico che riguardano particolari situazioni (ad. es. modalità tecniche di funzionamento di particolari strumenti di pagamento)*».

<sup>(79)</sup> CONSOLO, STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *An. giur. dell'economia*, 2011, 137.

<sup>(80)</sup> L'art. 257-*bis* c.p.c. è stato introdotto nel Codice di rito a seguito dell'intervento modificatore del processo civile operato dalla legge n. 69/2009. Così facendo, il legislatore ha ammesso nel nostro processo civile un istituto analogo a quelli conosciuti nell'esperienza internazionale con il nome di *statements* e *affidavit* (BERLONI, *Affidavit come modalità alternativa di assunzione della prova testimoniale - l'esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1267 ss.). Oggi pertanto il giudice, su accordo delle parti, può disporre l'assunzione della deposizione testimoniale mediante risposta scritta ai quesiti sui quali il testimone deve essere ascoltato, nel termine fissato dal giudice. Il teste rende le dichiarazioni avvalendosi del modello di testimonianza predisposto dalla parte richiedente, in maniera conforme al modello approvato con decreto del Ministro della giustizia (v. d.m. 17 febbraio 2010, «*Approvazione del modello di testimonianza scritta e delle relative istruzioni per la sua compilazione*», in *G.U.*, 1 marzo 2010, n. 49), apponendo la propria firma autenticata su ciascuna delle facciate del foglio di testimonianza («*al termine di ogni risposta*» per l'art. 103 disp. att. c.p.c.), e poi spedisce il documento in plico raccomandato (ovvero lo consegna) alla cancelleria del giudice.

<sup>(81)</sup> La previsione originariamente ha fatto il suo ingresso nel titolo VIII del libro IV del Codice di rito con l'introduzione dell'art. 819-*ter* ad opera dell'art. 12 della legge 5 gennaio 1994, n. 25, poi con l'art. 22 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 è stata modificata e trasfusa nel neo art. 816-



Dunque, anche se nel sistema di tutela dell'ABF la prova non può formarsi nel corso del procedimento, la predisposizione di deposizioni testimoniali per iscritto potrebbe costituire un modo per ammettere la testimonianza nell'ABF, sul rilievo che l'art. 257-bis c.p.c. non introduce uno strumento di prova nuovo e diverso dalla prova testimoniale, ma una diversa tecnica di formazione della prova, capace di non compromettere le esigenze di speditezza ed economia sottese (anche) al procedimento innanzi all'ABF <sup>(82)</sup>.

È pur vero che anche qui resterebbero i dubbi circa l'attendibilità e la veridicità delle dichiarazioni rese dal testimone, nonostante l'autentica della sottoscrizione innanzi ad un pubblico ufficiale: se, infatti, non è inverosimile che nel corso di un processo di cognizione ordinario il teste si faccia predisporre dall'interessato le risposte ai quesiti, *a fortiori* tale rischio si avverte nel procedimento innanzi all'ABF che non pregiudica le posizioni sostanziali delle parti (sul punto v. *infra* Capitolo III, sezione II), a meno che il testimone, ricevuto il modello di testimonianza, provveda a recarsi da un notaio per riceverne le domande e rendere le disposizioni che il notaio, in virtù della funzione svolta, può raccogliere e documentare, anche in assenza dei difensori <sup>(83)</sup>. Ipotesi tuttavia, seppur auspicabile per il processo di cognizione, è poco verificabile nella pratica dell'ABF, perché avrebbe l'effetto automatico di disattendere la direttiva della economicità della procedura stragiudiziale.

---

*ter.* L'innovazione al suo ingresso nel Codice di rito, però, fu considerata pericolosa perché «la testimonianza va desunta direttamente ... dall'arbitro, con l'immediatezza che solo il contatto personale può dare, ... ma soprattutto il principio del contraddittorio - ... sanzionato come motivo di nullità [del lodo] nel n. 9 dell'art. 829 - principio che si esplica anche nell'esame del testimone» (AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, 2005, Torino, 312).

<sup>(82)</sup> Cfr. VERDE, *Diritto processuale civile*, 2. *Processo di cognizione*, Bologna, 2010, 101; DELLA PIETRA, *Le modifiche alla trattazione e all'istruzione nell'ultima novella del processo civile*, in AULETTA, BOCCAGNA, CALIFANO, DELLA PIETRA, OLIVIERI, RASCIO, *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Napoli, 2009, 47 ss. Cfr. il citato «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011», 17.

<sup>(83)</sup> Osservazioni svolte circa *I profili processualistici dell'atto pubblico*, modulo coordinato dal prof. Auletta in occasione del progetto di ricerca: *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione*.

L'acquisizione e la valutazione delle prove documentali, invece, raccolte nella fase preliminare, spetta unicamente all'Organo giudicante nel corso dell'istruttoria, solo dal quale pertanto potrebbe derivare una richiesta d'integrazione della prova.

Si tratta comunque di una ipotesi eccezionale, riconducibile al disposto di cui al paragrafo 2, sezione VI, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, là dove è prescritto che il Collegio può sospendere il termine per la pronuncia del ricorso «*per chiedere ulteriori elementi alle parti*»<sup>(84)</sup>, nella convinzione che si tratti di una disposizione dettata per «*l'accertamento di situazioni di fatto valutate come assolutamente rilevanti ai fini della decisione*»<sup>(85)</sup>.

Il rilievo prende le mosse dallo studio di una vicenda verificatasi innanzi al Collegio ABF di Milano. In breve i fatti per i quali vi è stato il ricorso: il 18 giugno 2010 la *Alfa S.r.l.*, dopo una formale denuncia presso la competente Polizia Postale, inoltra reclamo alla Banca *Beta S.p.a.* «*in merito alla disposizione di un bonifico non autorizzato, effettuato in data 10.6.2010, mediante servizio di home banking .... Il bonifico era stato disposto presso un istituto di credito estero, ... a favore di beneficiario sconosciuto*». La *Alfa S.r.l.*, venuta occasionalmente a conoscenza dell'addebito, ne chiede l'immediato blocco alla Banca *Beta S.p.a.*, in quanto operazione non autorizzata.

Il 27 agosto 2010, la *Alfa S.r.l.*, non avendo ricevuto alcuna risposta al reclamo, ai sensi dell'art. 128-bis T.U. bancario propone ricorso all'ABF, sede di Milano, per il rimborso dell'importo indebitamente sottratto oltre che il risarcimento dei danni patiti. A dire della ricorrente si sarebbe verificato un episodio di *pishing*, facilitato dagli inadeguati controlli disposti dalla Banca,

---

<sup>(84)</sup> Cfr. l'art. 8 del «[r]egolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF», in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it), per il quale qualora si rende necessaria una integrazione dell'istruttoria, il Collegio sospende il procedimento e «*il Presidente ne dà avviso alla Segreteria Tecnica per le successive incombenze*».

<sup>(85)</sup> Così motiva il Collegio di Milano nel verbale della riunione del 28 aprile 2011. Del resto anche nel procedimento penale, terminata l'acquisizione delle prove nell'istruzione dibattimentale, il giudice può disporre l'assunzione di nuovi mezzi di prova solo quando «*assolutamente necessario*» (art. 507, comma 1, c.p.). Cfr. l'art. 523, comma 6, c.p.p.

dall'insufficienza dei sistemi di sicurezza adottati e, in particolare, dall'assenza di dispositivi di generazione automatica delle password quali *token*, chiavetta e *digipass*.

L'intermediario presenta le proprie controdeduzioni alla Segreteria tecnica il 13 ottobre 2010, rilevando come dalle verifiche condotte sui log dell'operazione contestata sia emerso che il bonifico sia stato effettuato mediante il corretto utilizzo delle credenziali di accesso e che le Banche non possono verificare la congruità sostanziale delle operazioni disposte dalla clientela.

Il Collegio ABF di Milano con decisione del 1 aprile 2011 accoglie parzialmente il ricorso, rilevando che all'epoca dei bonifici era in vigore la normativa di cui al d.lgs. 11/2010, in virtù della quale «*[q]ualora l'utilizzatore di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento già eseguita o sostenga che questa non sia stata correttamente eseguita, è onere del prestatore di servizi di pagamento provare che l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti*» (art. 10). Nella specie, tuttavia, la Banca Beta S.p.a. non ha assolto all'onere di provare che l'operazione contestata sia stata autenticata, registrata e contabilizzata regolarmente, pertanto, il Collegio di Milano dispone che l'intermediario risarcisca alla ricorrente un importo pari alla somma indebitamente sottratta.

Successivamente la Banca Beta S.p.a., insoddisfatta della decisione, chiede al medesimo Collegio la revocazione della pronuncia ai sensi dell'art. 395, comma 4, c.p.c. per aver il Collegio deciso sulla base di un fatto non veritiero. A dire dell'intermediario nelle controdeduzioni di difesa si era precisato «*che erano stati analizzati i log dell'operazione, dai quali si evinceva che la medesima era stata autenticata, registrata e contabilizzata regolarmente*», e il documento contenente l'analisi dei log, per mero errore materiale, non era stato allegato alle proprie difese. Data la utilità del documento ai fini dell'accoglimento del ricorso, l'intermediario si sarebbe atteso una richiesta di reintegrazione da parte del Collegio, «*stante le attribuzioni formalmente devolute alla Segreteria Tecnica*».

La pronuncia (per ora) rileva su due fronti. Da un lato, in rispetto a quanto finora evidenziato (v. anche *retro* Capitolo 1, paragrafi 2 e 3), consente di ribadire la diversità di funzioni e attribuzioni della Segreteria tecnica e dell'Organo giudicante: si è già precisato che nella fase preparatoria dell'istruttoria la Segreteria tecnica è chiamata a verificare formalmente la completezza, la regolarità e la tempestività della documentazione presentata dalle parti, chiedendo se necessario eventuali integrazioni entro un termine all'uopo fissato. È chiaro, dunque, che il potere della Segreteria tecnica di richiedere integrazioni documentali alle parti è strumentale al controllo formale di ammissibilità e ricevibilità del ricorso, non potendo essa entrare nell'esame di merito delle questioni controverse. Per cui, nel caso di specie, la Segreteria tecnica del Collegio di Milano non avrebbe potuto richiedere all'intermediario di integrare la documentazione comprovante la regolarità delle operazioni di *home baking*, ma solo eventualmente di integrare la documentazione introduttiva del procedimento al fine di rendere il ricorso ammissibile, ricevibile o precedibile<sup>(86)</sup>. La richiesta di integrazione della prova potrebbe al più provenire dai Collegi, unicamente ai quali spetta il potere di valutare e acquisire le prove.

Dall'altro lato, la pronuncia del Collegio di Milano conferma l'applicazione anche nel procedimento riconducibile all'art. 128-*bis* T.U. bancario della regola dell'onere della prova. Poiché, infatti, l'attività giudicante dell'ABF è diretta in sostanza a capire chi ha ragione e chi ha torto tra l'intermediario e il cliente, quest'ultimo, nel convincere l'Organo adito di avere ragione, dovrà comunque provare in via documentale il contratto bancario che lo lega all'intermediario, l'inadempimento di quest'ultimo e l'eventuale danno subito, e l'intermediario provare i fatti impeditivi, estintivi o modificativi eccepiti<sup>(87)</sup>.

---

<sup>(86)</sup> Cfr. il § 3, sezione VI, delle Disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 con il § 2, sezione VI, delle nuove Disposizioni della Banca d'Italia, per il quale (anche) il Presidente del Collegio può sospendere il termine per la pronuncia della decisione «*ai fini della regolarizzazione del ricorso*».

<sup>(87)</sup> Circa l'applicabilità delle regole generali sull'onere della prova al procedimento innanzi all'ABF v. RUPERTO, *op. cit.*, 344, per il quale, «*non rivestendo il giudizio dell'Organo decidente i caratteri di una cognizione "processuale" assimilabile a quella del giudice ordinario o*

## La fase decisoria.

7. - Quanto alla fase decisoria, il Collegio si pronuncia sul ricorso «*sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria*». La determinazione finale è deliberata a maggioranza dei voti, secondo «*previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca*», entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento delle controdeduzioni presso la Segreteria tecnica «*o, in mancanza dalla data di scadenza del termine previsto ... per la presentazione [delle controdeduzioni] da parte dell'intermediario o dell'associazione alla quale il medesimo aderisca*»<sup>(88)</sup>.

Questo termine può essere sospeso (anche) più volte, purché il tempo per la pronuncia non sia protratto per un periodo superiore a sessanta giorni. La sospensione può essere disposta direttamente dalla Segreteria tecnica, qualora l'esigenza sorga nel corso della fase «*preparatoria*»; dal Presidente del Collegio territorialmente competente, qualora sia necessario regolarizzare il ricorso; ovvero dal Collegio, qualora ritenga opportuno richiedere alle parti «*ulteriori elementi*».

La pronuncia *deve* contenere l'indicazione del Collegio deliberante, dei nomi dei singoli membri con la specifica «*indicazione per ciascuno dei soggetti designanti*», delle parti e della loro qualificazione, e *può* contenere indicazioni tese a facilitare il rapporto tra l'intermediario e il cliente. *Deve* inoltre contenere il dispositivo, il luogo e la data della deliberazione, la sottoscrizione del Presidente e la «*concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto della decisione*»<sup>(89)</sup>. Tuttavia, a seguito del recente intervento modificatore della Banca d'Italia, è possibile assistere ad una scissione del dispositivo dalle motivazioni della

---

*dell'arbitro*», l'onere della prova dovrebbe ricadere «*sempre ed integralmente sul cliente che invoca il giudizio dell'Organo*».

<sup>(88)</sup> Cfr. i §§ 2 e 3, sezione VI, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 17 - 18; gli artt. art. 8 e 9 del «*[r]egolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF*»; l'art. 6, comma 2, della delibera CICR n. 275/2008.

<sup>(89)</sup> Si veda l'art. 10 del «*[r]egolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF*».

pronuncia, per cui, non realizzandosi qui un'udienza pubblica <sup>(90)</sup>, ove richiesto, il Presidente può disporre che il dispositivo sia prontamente comunicato alle parti, rinviando ad un momento successivo - «*non oltre [trenta] giorni dalla pronuncia*» - la comunicazione della motivazione. L'opportunità trova ragione nell'«*urgenza*» talora manifestata dal cliente di conoscere l'esito delle determinazioni dell'ABF nelle more dell'estensione della pronuncia <sup>(91)</sup>.

La determinazione comprensiva di motivazione è invece comunicata alle parti entro trenta giorni dalla pronuncia. Le comunicazioni in entrambe le ipotesi sono curate dalla Segreteria tecnica <sup>(92)</sup>.

Ora, se il Collegio accoglie in tutto o in parte il ricorso fissa all'intermediario un termine entro il quale adempiere la pronuncia che, in mancanza, resta fissato in trenta giorni dalla comunicazione della determinazione completa di motivazione. Entro tale termine l'intermediario deve comunicare alla Segreteria tecnica quali sono le azioni poste o che vorrebbe porre in essere per dare concretamente attuazione alla pronuncia dell'Organo giudicante <sup>(93)</sup>.

Ove l'intermediario non adempia, la Segreteria tecnica provvede a dare pubblica notizia dell'inadempimento sul sito internet dell'ABF e, a cura e spese

---

<sup>(90)</sup> Le riunioni dei Collegi ABF si svolgono in assenza e del cliente ricorrente e dell'intermediario opponente, e talora per il Collegio di coordinamento anche in videoconferenza.

<sup>(91)</sup> In questo senso la Relazione illustrativa del Documento per la consultazione delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, § 3.5, 6.

<sup>(92)</sup> Per le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione VI, § 2, 12, la Segreteria tecnica «*dà tempestiva comunicazione alle parti [anche] della dichiarazione di interruzione, di estinzione o di cessazione della materia del contendere*». Le ipotesi di interruzione ed estinzione sono legate ai rapporti con i procedimenti arbitrali e conciliatici comunque attivabili dalle parti (v. *retro* Capitolo 2, § 4). Ulteriore ipotesi di estinzione del procedimento, introdotta dalle modifiche 2011 alle Disposizioni applicative della Banca d'Italia, concerne la «*rinuncia al ricorso, inequivocabilmente espressa dal ricorrente (o dal suo rappresentante in possesso di specifica procura)*», diversamente dalle previgenti Disposizioni per le quali invece il diritto del cliente di ricorrere all'ABF non può formare oggetto di rinuncia. La cessazione della materia del contendere, infine, è legata alle ipotesi in cui le parti addiveniscono ad un accordo transattivo della controversia ovvero l'intermediario spontaneamente adempie alla pretesa del ricorrente, prima che il Collegio si pronunci sul ricorso. Cfr. i chiarimenti su «*Questioni applicative*» della disciplina disposti dalla Banca d'Italia, n. 4, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it), alla voce *Altri documenti*.

<sup>(93)</sup> Per gli intermediari che hanno aderito alle associazioni degli intermediari possono ottemperare all'obbligo anche per il tramite di esse (nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione VI, § 4, 19)

dell'intermediario, in due quotidiani di diffusione nazionale <sup>(94)</sup>. Si tratta di una sanzione avente natura reputazionale, stabilita dalla Banca d'Italia e applicata sempre dalla stessa per il tramite della Segreteria tecnica.

Si rileva inoltre che *ante* riforma, l'attestazione ultima circa l'inadempimento dell'intermediario spettava alla Segreteria tecnica, la quale solo «*nei casi dubbi*» sottoponeva la questione al Collegio, chiamato dunque in seconda battuta ad opinare su l'inadempimento dell'intermediario <sup>(95)</sup>.

Per l'intervento della Banca d'Italia, invece, ora «[q]ualora risulti l'inadempimento dell'intermediario e nei casi dubbi, la [S]egreteria tecnica ne informa [sempre] il [C]ollegio», così evidenziando la struttura bifasica del procedimento innanzi all'ABF: nella prima fase, i Collegi svolgono un'attività decisoria, accertando e condannando secondo diritto, con l'ausilio della documentazione prodotta dalle parti, chi ha ragione e chi ha torto sulla questione controversa; nella seconda, eventuale – perché si instaura soltanto qualora i Collegi in sostanza abbiano statuito in favore del cliente ricorrente -, i Collegi sono chiamati a compiere una mera attività valutativa (e non decisoria) sulla condotta dell'intermediario successiva alla delibera ABF, strumentale al compito della Segreteria tecnica di rendere pubblica l'inadempienza dell'intermediario. In questa fase quanto già deliberato circa il merito del ricorso, in nessun caso, può essere messo in discussione, né le parti possono a tal fine vantare (ancora) una posizione pretensiva nei confronti del Collegio che sul ricorso originariamente presentato già si è pronunciato.

La Segreteria tecnica procederà alla esecuzione della sanzione reputazionale solo all'esito della verifica dell'inadempimento dell'intermediario ad opera del Collegio ABF.

---

<sup>(94)</sup> La pubblicità negativa consegue anche alle ipotesi in cui l'intermediario non collabori nel corso del procedimento al suo funzionamento. Tra queste, rientra anche l'omissione o il ritardo nell'invio della documentazione introduttiva, qualora impedisca la pronuncia nel merito della controversia, e il mancato versamento del contributo relativo ai componenti designati dall'associazione degli intermediari per l'adozione dei provvedimenti relativi alla pubblicità dell'inadempimento. V. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione VI, § 4, 19.

<sup>(95)</sup> Così per il § 5, rubricato «[p]ubblicità dell'inadempimento», sezione VI, delle Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, 16.

In ogni caso, è indubbio che attraverso la minaccia di tale sanzione, la Banca d'Italia obblighi indirettamente gli intermediari ad accettare il giudizio dell'Organo giudicante ABF e per l'effetto a rispettare gli obblighi in materia di trasparenza bancaria.



## CAPITOLO 3

### LA DELIBERA ABF.

#### SEZIONE I - LA FUNZIONE CONCILIATIVO - DEFLATTIVA.

**SOMMARIO:** 1. La delibera ABF. - 2. L'ABF e il d.lgs. n. 28/2010. - 2.1. (*Segue*) L'incidenza sulla «*effettività della tutela*». - 3. Il valore probatorio. - 3.1. (*Segue*) l'ABF e la Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite.

#### **La delibera ABF.**

1. – I primi interventi dottrinali in materia di ABF concordano nel ritenere che l'atto conclusivo del procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario, non produca alcun effetto giuridico tra le parti <sup>(1)</sup>. In particolare, si è ritenuto che la delibera ABF non abbia i caratteri tipici di una decisione giudiziale o arbitrale, non essendo il Collegio giudicante investito del potere decisorio direttamente dalle parti in contesa <sup>(2)</sup>. Di conseguenza, non può vincolarle alle sue prescrizioni, non statuisce sulla controversia e non raggiunge il primario effetto di definirla <sup>(3)</sup>. Dal deliberato dell'ABF non deriva, pertanto, alcun obbligo giuridico suscettibile di tutela innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria, come l'obbligo dell'intermediario di adempiere nei confronti del cliente. Ne consegue che nel caso di inadempimento dell'intermediario alla

---

<sup>(1)</sup> RUPERTO, *L'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 332 ss.

<sup>(2)</sup> Si ritiene che questo non costituisca un motivo idoneo a giustificare la mancata produzione di effetti giuridici perché, se così fosse, allora diventerebbe difficile spiegare anche lo *ius decidendi* del collegio arbitrale nelle ipotesi di arbitrati *ex lege*. Cfr. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Le Società*, 2011, 87. Sul punto si veda RUPERTO, *op. cit.*, 332 ss., in particolare 333-334 e nota n. 22, il quale (diversamente) indica questa causa tra i motivi fondanti la natura non decisoria della pronuncia ABF. L'A. invero a sostegno della sua tesi motiva anche che l'atto finale dell'ABF non determina sempre la definizione della lite, che è solo eventuale ed in conseguenza «*di ben distinti fatti*», e non produce effetti diretti nella sfera giuridica delle parti.

<sup>(3)</sup> RUPERTO, *op. ult. cit.*, 335.

determinazione dell'Organo giudicante ABF, il cliente, ancora insoddisfatto, non può far valere anche tale condotta innanzi al giudice o all'arbitro.

Di qui il dibattito circa la natura di tale atto che secondo alcuni <sup>(4)</sup>, essendo in sostanza frutto di attività di privati, avrebbe i caratteri propri della determinazione dell'arbitratore. Da questo punto di vista il procedimento di cui all'art. 128-bis T.U. bancario darebbe vita ad una forma di arbitraggio (art. 1349 c.c.), in quanto il *decisum* sarebbe teso a chiarire le prestazioni spettanti alle parti del rapporto negoziale banca - cliente; rapporto che quindi sarebbe integrato e completato dalla determinazione dell'ABF.

Secondo altri <sup>(5)</sup>, il procedimento innanzi all'ABF sarebbe ascrivibile alla *species* dell'arbitrato «a modalità irrituale» <sup>(6)</sup>, assumendo il deliberato i connotati di un lodo irrituale.

L'orientamento che si vuole seguire muove invece dal presupposto che la delibera dell'Organo giudicante non produca tra l'intermediario e il cliente l'efficacia di cui all'art. 1372 c.c.: nonostante infatti alla procedura riconducibile all'art. 128-bis del T.U. bancario sia presupposta una

---

<sup>(4)</sup> Il riferimento è a DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1, 2011, 495, secondo il quale «[s]e è vero – come è vero – che la determinazione dell'ABF è la determinazione di un privato, che va, in sostanza, a completare e integrare il regolamento negoziale che le parti già s'erano vicendevolmente date, allora non scorgerei ostacoli soverchi a ricondurre tale determinazione integrativa entro la figura dell'arbitraggio di cui all'art. 1349 cod. civ.». Secondo l'A., in virtù di tale ricostruzione, l'intermediario qualora ritenga iniqua o erronea la determinazione ABF potrebbe rivolgersi al giudice per ottenerne la rimozione mediante sentenza che definisca il corretto assetto degli interessi dei contraenti. Inoltre, all'intermediario sarebbe riconosciuta anche la possibilità di chiedere in via cautelare la sospensione dell'erronea determinazione dell'ABF e per questa via evitare la sanzione reputazionale. Inoltre, secondo l'A., parti del giudizio ordinario, oltre all'intermediario e al cliente, potrebbe essere anche il Collegio stesso, in quanto autore della determinazione, ma non anche la Banca d'Italia.

<sup>(5)</sup> Qui invece il riferimento è a GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le società*, 2011, 1221 ss., secondo il quale «il vincolo per le parti della decisione resa dall'ABF discend[e] dalla circostanza che le stesse a tale giudizio si sono volontariamente assoggettate e così della possibilità di ravvisare nel relativo procedimento un vero e proprio arbitrato, riconducibile – se non al paradigma dell'arbitrato rituale, atteso ... il sensibile scostamento del regime della “impugnazione” della decisione resa dall'Arbitro Bancario rispetto al regime dal codice per l'impugnazione del lodo – per lo meno al modello dell'arbitrato libero o, altrimenti detto, “a modalità irrituale”». *Contra* CONSOLO, STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *An. giur. dell'economia*, 2011, 123 e TAVORMINA, *L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de “I nuovi mostri”)*, in *Corr. giur.*, 2011, 1028.

<sup>(6)</sup> Così l'arbitrato *ex art. 808-ter c.p.c.* per SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, 25 ss.

manifestazione di volontà delle parti – si pensi all’atto di adesione ai «*sistemi*» dell’intermediario e al ricorso proposto dal cliente –, trattasi comunque di manifestazioni di intenti tali da non conferire all’atto conclusivo del procedimento un carattere impegnativo e vincolante per le stesse.

Una parte della dottrina ha, infatti, definito il contratto come «*l’accordo su un regolamento di interessi teso a produrre effetti giuridici patrimoniali, che sia tale da ingenerare un affidamento sul suo carattere vincolante*» <sup>(7)</sup>.

Non essendo parificabile ad una «*determinazione contrattuale*», la delibera ABF non può essere avvicinata *lato sensu* al lodo irrituale (art. 808-ter c.p.c.) <sup>(8)</sup>. Per l’effetto non può essere parificata nemmeno ad un contratto transattivo tra le parti o ad un atto di arbitraggio.

A sostegno della tesi negativa si rileva inoltre la diversità strutturale delle figure giuridiche poste a confronto.

La delibera ABF, infatti, pur avendo - come la transazione <sup>(9)</sup> - sostanzialmente una funzione dichiarativa, cioè di accertamento della situazione giuridica, non ha un’efficacia costitutivo - dispositiva dei diritti coinvolti <sup>(10)</sup>. Non realizza una composizione diretta fra le parti della controversia ma al più una etero - composizione della lite derivante dal deferimento della controversia al Collegio terzo dell’ABF. Inoltre diversamente dall’arbitratore, i Collegi dell’ABF sono chiamati a pronunciarsi su una controversia in atto, laddove invece il terzo arbitratore «è chiamato a

---

<sup>(7)</sup> NAVARETTA, voce *Contratto (in generale)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, 137.

<sup>(8)</sup> Propendono per la tesi negativa anche CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 123 e TAVORMINA, *op. cit.*, 1028, il quale esclude tale conclusione per la incapacità della determinazione ABF di pregiudicare i rapporti cliente - intermediario. Come indicato, però, una diversa opinione è rinvenibile in GUIZZI, *op. cit.*, 1221 ss.

<sup>(9)</sup> La transazione è il contratto con il quale le parti pongono fine ad una lite già cominciata ovvero prevengono una lite che sta per sorgere tra di loro, mediante reciproche concessioni (art. 1965 c.c.). È proprio nell’*aliquid dare, aliquid retinere* che sta la sua caratteristica (TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. TRABUCCHI, Padova, 2009, 933).

<sup>(10)</sup> L’efficacia del contratto transattivo varia in relazione alla sua natura novativa, che si ha quando le parti con il contratto costituiscono nuovi rapporti; non novativa, che si ha quando le parti non operano sulle rispettive pretese del rapporto in contesa; o mista, che si ha infine quando le parti modificano o estinguono altri rapporti preesistenti. Cfr. TRABUCCHI, *op. ult. cit.*, 933; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 1269, per il quale la transazione è un negozio dispositivo e non di accertamento.

*determinare uno degli elementi del negozio in formazione, e non a risolvere questioni relative a precedenti rapporti; il suo compito, pertanto, è quello di determinare elementi di carattere economico e non di risolvere questioni di diritto»* <sup>(11)</sup>. L'arbitraggio quindi, diversamente dal procedimento riconducibile all'art. 128-bis del T.U. bancario non persegue la funzione di risolvere una controversia.

Né, infine, pare configurabile una ipotesi di perizia contrattuale, quale accertamento tecnico che le parti deferiscono ad un terzo per determinare un elemento della prestazione dedotta in contratto <sup>(12)</sup>.

Orbene, escluse le ipotesi considerate, si ritiene che una corretta ricostruzione giuridica dell'atto in esame non possa prescindere da un'analisi delle reali funzioni sottese al procedimento innanzi all'ABF che per un verso, ne giustificano la istituzione e per altro verso, spiegano la *ratio* e gli effetti di questo atto conclusivo.

### **L'ABF e il d.lgs. n. 28/2010.**

2. – L'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 introduce una condizione di procedibilità della domanda giudiziale per talune controversie civili. Tra queste, anche quelle inerenti ai contratti bancari e finanziari, per i quali l'onere può essere ottemperato ricorrendo «[a]l *procedimento di mediazione*» - introdotto dal decreto stesso - «ovvero ... [a]l *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. 395, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate*» <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> TRABUCCHI, *op. cit.*, 938. Esclude la natura di arbitratore ai sensi dell'art. 1349 c.c. dell'ABF anche CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 123.

<sup>(12)</sup> Cfr. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, III, Milano, 2000, 333. All'A. non sembra che la perizia contrattuale «costituisca una figura autonoma, in quanto il carattere tecnico dell'operazione deferita al terzo non toglie che l'atto sia comunque diretto a determinare il rapporto contrattuale altrui o a comporre una controversia. Nel primo caso si tratterà di un arbitraggio, nel secondo di un arbitrato irrituale». V. anche in giurisprudenza Cass. 29 gennaio 1981, n. 699, e 23 ottobre 1998, n. 10554, in *DeJure*.

<sup>(13)</sup> Per l'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010: «[c]hi intende esercitare in giudizio

La norma pare dunque porre i due rimedi su un piano alternativo <sup>(14)</sup>, così come pure fa in materia di servizi di investimento, per i quali, in alternativa al procedimento di mediazione, il legislatore consente all'interessato di ricorrere al procedimento conciliativo istituito presso la Camera Consob dal d.lgs. n. 179 del 2007 <sup>(15)</sup>.

L'avvicinamento del procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario alla procedura di mediazione, e in generale a quelle conciliative, induce certamente a ritenere che anche il procedimento innanzi all'ABF persegua finalità *lato sensu* conciliative, quale quelle di favorire la composizione amichevole delle controversie e costituire un deterrente all'approdo giudiziario del contenzioso civile in materia bancario - finanziaria.

In altri termini il procedimento in esame certamente persegue una finalità conciliativo - deflattiva del contenzioso civile <sup>(16)</sup>. Non per questo, tuttavia,

---

*un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni».*

<sup>(14)</sup> Pure le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, modificate (anche) per assicurare il coordinamento tra le due discipline, considerano i due rimedi alternativi quanto al profilo della condizione di procedibilità, v. § 1, sezione I, 3.

<sup>(15)</sup> Cfr. gli artt. 4 del d.lgs. n. 179/2007, e 7-16 del Regolamento Consob.

<sup>(16)</sup> Cfr. CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 121 ss. i quali riconoscono una finalità deflattiva al procedimento innanzi all'ABF. La finalità conciliativa invece è riconosciuta in dottrina anche da ZACCARIA, DE CRISTOFARO (a cura di), sub *Art. 128 bis*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 1464; v. anche FANTETTI, *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore ed intermediario*, in *La Responsabilità Civile*, 2010, 857.

deve ritenersi che si tratti di un procedimento di mediazione e/o di conciliazione <sup>(17)</sup>.

Pur volendo infatti accogliere quegli orientamenti dottrinari che mettono bene in luce i profili differenziali dei procedimenti di mediazione da quelli di conciliazione, non può escludersi che comune denominatore è il non «*essere accertativ[i] o valutativ[i] di diritti ma solo facilitativ[i] di una sistemazione dei conflitti adeguata agli interessi delle parti*» <sup>(18)</sup>. Si tratta cioè di procedure in cui il terzo si limita a prendere atto delle richieste delle parti ovvero ad aiutarle ad elaborare una soluzione *opportuna*, senza mai svolgere una attività di tipo decisorio <sup>(19)</sup>. E di fatti il d.lgs. n. 28/2010 per mediazione intende appunto «*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*» (art. 1, lett. a).

Nel procedimento di cui all'art. 128-bis T.U. bancario, invece, l'attività del Collegio terzo, anche laddove diretta a favorire le relazioni tra le parti, fornendo ad esse specifiche indicazioni <sup>(20)</sup>, non è mai finalizzata al raggiungimento di un accordo (transazione) <sup>(21)</sup>, bensì all'adozione di una decisione adottata secondo diritto <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> CONSOLO, STELLA, *op. ult. cit.*, 123. *Contra*, ZACCARIA, DE CRISTOFARO (a cura di), *op. ult. cit.*, 1464.

<sup>(18)</sup> VIGORITI, *La direttive europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, 11, il quale tra l'altro evidenzia che «*[i]l mediatore non è un giudice e il suo compito non può essere quello di accertare il fondamento delle pretese, e quindi dei diritti. Chi nutrisse la pretesa di giudicare e volesse imporre, invece di convincere, eserciterebbe una funzione che non gli appartiene, addirittura lesiva, per il rischio di sommarietà e improvvisazione*».

<sup>(19)</sup> In questo senso anche per FANTETTI, *op. cit.*, 859.

<sup>(20)</sup> V. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione VI, § 3, 18.

<sup>(21)</sup> In senso analogo il «*[r]esoconto della consultazione, giugno 2009*» in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), 8, il quale evidenzia la differenza del procedimento di cui all'art. 128-bis T.U. bancario con la conciliazione, là dove si legge che il procedimento innanzi all'ABF «*non mira al raggiungimento di un accordo (transazione) tra le parti sulla base di un'eventuale proposta formulata dal terzo ("conciliatore")*» ma all'assunzione di una decisione «*idonea a sostituirsi a quella dell'autorità giudiziaria*». «*Ciò che appare singolare*», rileva SOLDATI, *L'arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *I Contratti*, 2009, 857, alla nota n. 22, «*è che in base al secondo comma dell'art. 40 d.lgs. n. 5 del 2003 l'unico caso di conciliazione valutativa nel nostro ordinamento è quello che può verificarsi quando entrambe le parti ne facciano espressa richiesta al conciliatore. In tutti gli altri casi, la conciliazione è sempre facilitativa. Ancora la conciliazione non può essere sicuramente equiparata ad una*

Né per questo il procedimento innanzi all'ABF può essere considerato *lato sensu* arbitrale <sup>(23)</sup>, essendone differente la struttura procedurale, la forma, la sostanza e il controllo della decisione. Potrebbe al più essere considerato un ADR ibrido tra i procedimenti di conciliazione e quelli di arbitrato <sup>(24)</sup>.

Del resto che non si tratti di conciliazione né di arbitrato è reso palese dalle disposizioni integrative all'art. 128-*bis* T.U. bancario, là dove prevedono l'interruzione del procedimento innanzi all'ABF, qualora il Collegio consti l'avvio di un tentativo di conciliazione, e la possibile estinzione, qualora consti invece che la controversia sia sottoposta a giudizio ordinario o arbitrale <sup>(25)</sup>.

Ciò posto, si pone allora il problema di capire se ci sia una reale alternatività tra i due rimedi individuati dalla legge per ottemperare alla condizione di procedibilità della domanda giudiziaria in materia bancario - finanziaria, quali il procedimento di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010 e il procedimento (ugualmente) stragiudiziale riconducibile all'art. 128-*bis* T.U. bancario. Di qui una breve un'analisi circa la compatibilità delle due discipline.

Non può non rilevarsi da subito che, certamente manca una completa alternatività sul piano della legittimazione ad agire <sup>(26)</sup>. Come osservato, infatti, il procedimento innanzi all'ABF può essere avviato unicamente dal

---

*transazione, essendo, forse più correttamente il suo opposto, pur avendo entrambe come comune denominatore il raggiungimento di un accordo».*

<sup>(22)</sup> V. *retro* Capitolo 2, § 7, del presente studio.

<sup>(23)</sup> Così anche per CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 123. Circa le differenze in particolare con l'arbitrato irrituale, v. *retro* il § 1, di questa sezione.

<sup>(24)</sup> Cfr. SOLDATI, *op. cit.*, 856, secondo il quale l'ABF dà luogo ad «una procedura c.d. adjudicative» che «non ha natura conciliativa, bensì arbitrale, il cui compito è quello di assumere una decisione, comunque, inidonea a sostituirsi a quella dell'autorità giudiziaria».

<sup>(25)</sup> Il riferimento è all'art. 6, comma 4, della delibera CICR n. 275/2008, e al § 2, sezione VI, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 18. In merito si v. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Judicium.it* (30.05.2011), § 2, 3 - 4.

<sup>(26)</sup> Per l'art. 2, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 28/2010 «[c]hiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto.

*Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle Carte dei servizi».* Cfr. DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 70, 2011, 35.

cliente ricorrente e non anche dall'intermediario <sup>(27)</sup>, per cui, è chiaro che, ai fini della condizione di procedibilità, laddove sia per esempio una banca a voler intraprendere un'azione legale nei confronti del cliente, questa potrà fare ricorso solo alla procedura di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010.

Da non sottovalutare è anche il profilo degli effetti dell'atto introduttivo del procedimento stragiudiziale. L'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 28/2010, prescrive che la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale e *«impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo»*. La normativa istitutiva del procedimento innanzi all'ABF invece non ha allegato tali effetti al ricorso introduttivo del procedimento, per cui nulla esclude che nonostante il cliente abbia adito l'ABF per ottemperare alla condizione di procedibilità, in caso di ritardi nella pronuncia, veda il suo diritto prescritto o incorra in decadenze.

Diverso è poi l'ambito oggettivo di applicazione dei due procedimenti: mentre l'oggetto della mediazione incontra il solo limite della disponibilità del diritto controverso nella materia civile e commerciale, per l'art. 128-bis T.U. bancario, l'ambito oggettivo di applicazione è più ristretto. Si è rilevato, infatti, che il procedimento innanzi all'ABF incontra per le controversie bancarie un limite di tutela di 100 mila euro (v. *retro*, Capitolo 2, paragrafo 2), il che (allora) induce a pensare che, per esempio, tutte le volte in cui oggetto della controversia bancario - finanziaria sia la pretesa alla corresponsione di una somma di danaro di importo superiore, la condizione di procedibilità necessariamente debba essere ottemperata ricorrendo al procedimento di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010.

Taluno poi ha individuato un'ulteriore circostanza impeditiva di ricorso all'ABF *«nella [possibilità di una] esplicita previsione nei contratti tra intermediari e clienti di una clausola di mediazione che ... vincoli la parte a*

---

<sup>(27)</sup> Sulla legittimazione attiva nel procedimento *ex art. 128-bis T.U. bancario* vedi quanto rilevato nel Capitolo 1, § 4.1 del presente studio.



*ricorrere alla mediazione piuttosto che all'ABF, oppure a un determinato organismo di mediazione, piuttosto che ad altro liberamente prescelto dall'istante (art. 5, comma 5, d.lg. n. 28 del 2010)»* <sup>(28)</sup>. Però, stante la irrinunciabilità del diritto del cliente di ricorrere all'ABF, le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia hanno assicurato che il diritto di ricorrere all'ABF sia «*espressamente previsto nel contratto in presenza di clausole compromissorie o concernenti il ricorso ad altri meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*» <sup>(29)</sup>.

Elemento di discordanza tra le due procedure può divenire anche dalla durata del procedimento. L'art. 6 del d.lgs. n. 28/2010, prescrive che i procedimenti di mediazione, siano essi facoltativi o obbligatori, hanno una durata non superiore a quattro mesi, termine che tuttavia può essere largamente superato nel caso di ricorso *ex art. 128-bis* del T.U. bancario. Come descritto <sup>(30)</sup>, il ricorso all'ABF è preceduto dall'inoltro di un reclamo all'intermediario; decorsi trenta giorni dalla ricezione del reclamo, qualora il cliente non abbia ricevuto alcuna risposta o la stessa non lo soddisfi, nei successivi dodici mesi può presentare il ricorso all'ABF. Entro trenta giorni dalla comunicazione del ricorso all'intermediario, questi può presentare le proprie controdeduzioni. Alla scadenza di tale termine, decorrono poi ulteriori sessanta giorni entro i quali i Collegi ABF dovrebbero deliberare. C'è il rischio poi che il termine per la pronuncia sia sospeso (anche) più volte per periodo non superiore a sessanta giorni. Ecco che allora il termine di durata, imposto dal d.lgs. n. 28/2010, è facilmente superato innanzi all'ABF.

Un problema di compatibilità di discipline pongono sicuramente pure gli artt. 11 e 12 del d.lgs. n. 28/2010 che, in attuazione della direttiva 2008/52/CE, regolano l'atto conclusivo del procedimento di mediazione, quale il verbale di conciliazione. Tale verbale, quando non contrario all'ordine pubblico o a

---

<sup>(28)</sup> CAPOBIANCO, *op. cit.*, § 3, 6.

<sup>(29)</sup> Il diritto di ricorrere all'ABF non può formare oggetto di rinuncia da parte del cliente, è quanto precisano le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, mutuando al § 2, sezione VII, 21, la precedente disposizione, e l'art. 2, comma 8, della delibera CICR n. 275/2008.

<sup>(30)</sup> Si veda *retro* Capitolo 2, § 5.

norme imperative, può essere omologato su istanza di parte e previo accertamento della regolarità formale, con decreto del Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo <sup>(31)</sup>. La ragione della incompatibilità è evidente: il procedimento innanzi all'ABF non si conclude con un accordo, ma con una decisione. Al più potrebbe accadere che il Collegio, nel fornire alle parti indicazione tese a favorire i loro rapporti, faciliti la conciliazione delle parti, le quali allora dovrebbero recarsi ad altro organismo, autorizzato a raccogliere le loro volontà e a redigere verbale di avvenuta conciliazione, al quale eventualmente connettere l'efficacia esecutiva di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 28/2010 <sup>(32)</sup>.

Si rifletta pure sulla seguente circostanza: pur volendo estendere per quanto possibile la disciplina dettata dal d.lgs. n. 28/2010 al procedimento innanzi all'ABF, a prescindere dalle questioni circa l'efficacia della decisione, per ottemperare alla condizione di procedibilità, nel procedimento giudiziario si dovrebbe dare atto che il procedimento è stato esperito e fallito. Tuttavia per il dovere di riservatezza quanto accaduto e dichiarato dalle parti nelle memorie depositate presso la Segreteria tecnica non può essere utilizzato in giudizio, «salvo [si legge nell'art. 10, d.lgs. n. 28/2010] *consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio*».

Inoltre, sempre in virtù dell'inclusione del procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario tra le ipotesi di mediazione obbligatoria, si pone l'ulteriore dubbio dell'effetto della decisione sul regime delle spese processuali del

---

<sup>(31)</sup> Nelle controversie transfrontaliere il verbale è omologato dal Presidente del Tribunale nel cui circondario deve avere esecuzione (art.12, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010).

<sup>(32)</sup> Della compatibilità dell'atto conclusivo del procedimento innanzi all'ABF con l'art. 12 del d.lgs. n. 28/2010, vi è riferimento anche in DE CAROLIS, *op. cit.*, 26, per il quale «la mancanza di esecutività attiene ... non tanto al problema della coerenza (in astratto) del sistema ABF rispetto alle regole stabilite nella legge sulla mediazione, quanto piuttosto alla carenza 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», sul presupposto che «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».

successivo giudizio. Per il d.lgs. n. 28/2010, qualora il verbale di mancata conciliazione coincida con il provvedimento giudiziale conclusivo del processo<sup>(33)</sup>, il verbale potrebbe rilevare sulle spese processuali. La soluzione positiva nel contesto dell'ABF, seppure suggestiva non convince in dottrina, *«non potendosi configurare in ordine al procedimento dinanzi all'ABF le fattispecie che determinano la produzione dell'effetto della proposta aggiudicativa (richiesta congiunta delle parti, ovvero scelta discrezionale del mediatore, informativa sulle possibili conseguenze in ordine alle spese) che appaiono strettamente pertinenti al procedimento di mediazione. Non sarebbe tuttavia incoerente col sistema ammettere l'applicazione degli artt. 91, comma 1, e 92, comma 1, c.p.c. a fronte della produzione della decisione dell'ABF nel processo»*<sup>(34)</sup>.

Ultimo spunto di criticità deriva sempre dal comma 1 dell'art. 5, d.lgs. n. 28/2010, nella parte in cui specifica che la improcedibilità della domanda giudiziale deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Trasposta la normativa ancora una volta nel contesto ABF, dovrebbe dedursi che se il giudice rilevi che il procedimento innanzi all'ABF è iniziato e non concluso, anche in questo caso dovrà fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi (art. 6, comma 1, d.lgs. 28/2010) decorrente dalla data di deposito della domanda di mediazione/ricorso all'ABF, ovvero dalla scadenza del termine fissato dal giudice per il deposito della stessa. Dovrebbe provvedere allo stesso modo anche quando il procedimento innanzi all'ABF non sia stato proprio esperito, *«assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione [o del ricorso all'ABF ]»*<sup>(35)</sup>. Sul punto, il coordinamento di disciplina è divenuto possibile grazie alla

---

<sup>(33)</sup> Sul punto si legga l'art. 13 del d.lgs. n. 28/2010

<sup>(34)</sup> CAPOBIANCO, *op. cit.* § 4, 7; cfr. CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 140 e 141.

<sup>(35)</sup> v. l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 28/2010. Cfr. DE CAROLIS, *op. cit.*, 28, per il quale, invece *«difficilmente si potrà verificare che il giudice fissi un nuovo termine per l'udienza al fine di consentire l'esperimento del ricorso all'ABF, se non altro perché quest'ultimo procedimento è riservato solo alla clientela (e non agli intermediari)»*.

Banca d'Italia che nelle nuove Disposizioni applicative tiene conto di tale circostanza.

In conclusione, non può parlarsi di una piena alternatività tra i due rimedi né di una perfetta compatibilità tra le due discipline. Ciò non toglie che, qualora il procedimento di mediazione e la condizione di procedibilità resti in vita <sup>(36)</sup>, il legislatore individua nel procedimento di cui all'art. 128-*bis* T.U. bancario, uno strumento idoneo ad ottemperare alla condizione di procedibilità posta dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, attribuendogli pertanto finalità conciliativo - deflative.

Del resto tali considerazioni trovano conferma da ultimo, nel «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011» sulle «[d]isposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari» in cui, (anche) la Banca d'Italia precisa che il d.lgs. n. 28/2010 non ha avuto l'effetto automatico di modificare la natura del procedimento innanzi all'ABF, limitandosi la norma (art. 5, comma 1) a considerare questo procedimento equivalente a quello di mediazione introdotto, ai fini della condizione di procedibilità.

I due procedimenti, pertanto, restano distinti per struttura, effetti ed ambito di applicazione, e ciò in ragione degli obiettivi sottesi al sistema di tutela stragiudiziale dell'ABF <sup>(37)</sup>.

### ***(Segue) l'incidenza sulla «effettività della tutela».***

2.1. – Il dato normativo assume particolare rilevanza alla luce di quanto dispone l'inciso finale del comma 2 dell'art. 128-*bis* T.U. bancario: «*Le procedure devono in ogni caso assicurare ... l'effettività della tutela*».

---

<sup>(36)</sup> Sul punto sia consentito rinviare alle considerazioni svolte nel paragrafo successivo.

<sup>(37)</sup> Cfr. il «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011» sulle «[d]isposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari», pubblicato sul sito internet della Banca d'Italia, 3 ss. Nell'occasione l'Autorità di vigilanza precisa anche che modificare la natura aggiudicativa del procedimento innanzi all'ABF in procedimento conciliativo *tout court* «*richiederebbe, tra l'altro, radicali trasformazioni dell'intero sistema normativo (TUB, delibera CICR) e organizzativo che attualmente lo riguarda*».

Talora si è infatti ritenuto che subordinare la procedibilità di una domanda giudiziale all'esperienza di una procedura conciliativa e/o di mediazione, precludendo l'accesso diretto alla giustizia, sarebbe compromesso il principio di effettività della tutela.

Da questo punto di vista allora obbligare il ricorso all'ABF per il tramite della condizione di procedibilità, (anziché favorire) potrebbe compromettere l'effettività della tutela in materia bancaria e finanziaria.

A ben vedere, l'accesso alla giustizia non è di per sé precluso dalla previsione (anche obbligatoria) di una fase pre-processuale che lascia comunque impregiudicata la facoltà di adire la via giurisdizionale.

«[S]econdo il costante insegnamento del Giudice delle leggi, [infatti] l'art. 24 Cost. non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale (Corte Cost., 21 gennaio 1988, n. 73; 13 aprile 1977, n. 63; sul punto, non può non richiamarsi anche la recente sentenza della Corte di Giustizia CE, IV, 18 marzo 2010)»<sup>(38)</sup>.

Anche la Corte di Giustizia, di recente, si è occupata di tale profilo nella decisione del 18 marzo 2010<sup>(39)</sup>, pronunciata in relazione al tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi al Co.Re.Com per la materia delle telecomunicazioni<sup>(40)</sup>. Nell'occasione, la Corte di Giustizia ha ritenuto che il

---

<sup>(38)</sup> Così nell'ordinanza del T.A.R. Lazio, sez. I, 12 aprile 2011, n. 3202, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>(39)</sup> Corte di Giustizia, sez. IV, 18 marzo 2010, Cause riunite nn. 317/08, 318/08, 319/08 e 320/08 - Pres. Lenaerts - Avv. gen. Kokott - Alassini e altri c. Telecom Italia Spa e Wind Spa, in *Corr. giur.*, 10/2010, 1289 ss.

<sup>(40)</sup> Si ricordi infatti che nell'ambito delle telecomunicazioni l'esperienza del tentativo di conciliazione, che può svolgersi tanto innanzi ai Co.Re.Com (Comitati regionali delle comunicazioni), se costituiti, quanto dinanzi alle Camere di Commercio – in via alternativa la conciliazione può avvenire anche in via telematica –, costituisce una condizione di procedibilità delle azioni giudiziali degli utenti. Queste azioni, per l'effetto, non possono essere instaurate se prima non siano decorsi trenta giorni dall'avvio della fase conciliativa. L'obbligo di

fatto che una normativa nazionale abbia non solo recepito la direttiva «*servizio universale*»<sup>(41)</sup> istituendo un procedimento conciliativo extragiudiziale ma lo abbia altresì reso obbligatorio, non pregiudica l'obiettivo della direttiva stessa, qual'è quello di introdurre procedure extragiudiziali per l'esame delle controversie irrisolte, in cui sono coinvolti i consumatori, relative alla materia delle comunicazioni elettroniche. «*Al contrario una normativa siffatta, [garantendo] il carattere sistematico del ricorso ad una procedura extragiudiziale di risoluzione delle controversie, tende a rafforzare l'effetto utile della direttiva "servizio universale"*»<sup>(42)</sup>.

In particolare, ha ritenuto che una normativa nazionale la quale impone per specifiche materie il preventivo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, non osta ai principi di equivalenza e di effettività, oltre che al principio della tutela giurisdizionale effettiva, in quanto il risultato di una procedura conciliativa non è vincolante nei confronti delle parti interessate e non incide sul loro diritto ad un ricorso giurisdizionale; di regola il procedimento non comporta un ritardo eccessivo del ricorso giurisdizionale; sospende la prescrizione dei diritti coinvolti; e non genera costi.

---

procedibilità è qui concepito con degli adattamenti. E' esclusa, infatti, per i procedimenti cautelari (sul punto è intervenuta la Corte costituzionale, con la sentenza del 30 novembre 2007, n. 403, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), che ha motivato l'esclusione per la prevalenza delle esigenze proprie della tutela cautelare su quelle sottese all'obbligatorietà della conciliazione).

<sup>(41)</sup> Il riferimento è alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 (2002/22/CE), relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale); si veda in particolare l'art. 34: «1. *Gli Stati membri provvedono affinché esistano procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie irrisolte, in cui sono coinvolti i consumatori, relative alle questioni contemplate dalla presente direttiva. Gli Stati membri provvedono affinché tali procedure consentano un'equa e tempestiva risoluzione delle controversie e, nei casi giustificati, possono adottare un sistema di rimborso e/o di indennizzo. Gli Stati membri possono estendere gli obblighi di cui al presente paragrafo alle controversie che coinvolgono altri utenti finali.* 2. *Gli Stati membri provvedono affinché le rispettive legislazioni nazionali non ostacolino la creazione, a un adeguato livello territoriale, di uffici e servizi on line per l'accettazione di reclami, incaricati di facilitare l'accesso dei consumatori e degli utenti finali alle strutture di composizione delle controversie.* 3. *Se in tali controversie sono coinvolti soggetti di Stati membri diversi, gli Stati membri coordinano i loro sforzi per pervenire ad una risoluzione della controversia.* 4. *Il presente articolo non pregiudica le procedure giudiziarie nazionali.*».

<sup>(42)</sup> V. la citata pronuncia della Corte di Giustizia, sez. IV, 18 marzo 2010.

Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, «i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizioni che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscono, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti»<sup>(43)</sup>.

In breve, per la Corte di Giustizia, la eventuale condizione è legittima se giustificabile alla luce degli obiettivi sottesi alla normativa nazionale che la pone, i quali devono rispondere ad interessi di natura generale. Il che è tanto vero che considera legittima la conciliazione obbligatoria in materia di telecomunicazioni, tenendo in debita considerazione che le disposizioni nazionali che l'hanno introdotta mirano ad «una definizione più spedita e meno onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, nonché un decongestionamento dei tribunali, e perseguono quindi legittimi obiettivi di interesse generale».

Orbene, considerando le finalità sottese al d.lgs. n. 28/2010 e (per il momento) il solo intento conciliativo e deflattivo del procedimento innanzi all'ABF, può concludersi che anche tali procedimenti obbligatori in materia bancaria e finanziaria non attentano al principio di effettività della tutela, richiamato in maniera esplicita dall'art. 128-bis T.U. bancario.

Ciò nonostante, per avere una visione completa ed aggiornata della questione posta, si consideri anche che questo costituisce uno dei profili sui quali il T.A.R. del Lazio si è soffermato, nel rimettere alla Corte costituzionale censure di legittimità proprio dell'art. 5, nonché dell'art. 16, del d.lgs. n. 28/2010.

In breve, il Collegio rimettente ha ritenuto che la condizione di procedibilità della domanda giudiziale delle materie individuate dal comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010, rendendo obbligatoria la mediazione per le

---

<sup>(43)</sup> Cfr. la citata decisione della Corte di Giustizia, sez. IV, 18 marzo 2010, con la sentenza 15 giugno 2006, n. C 28/05, Doker e a., Racc. I-5431, punto 75, e giurisprudenza ivi citata, nonché Corte eur. D.U., sentenza Fogarty c. Regno Unito del 21 novembre 2001.

relative controversie, non trova alcun riscontro nella legge delega, cioè nell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

La previsione di un procedimento obbligatorio stragiudiziale, secondo il Giudice amministrativo, contrasta con la volontà del legislatore delegante di modellare il nuovo procedimento di mediazione per la materia civile e commerciale al procedimento di conciliazione societaria previsto dagli artt. 38 ss. del d.lgs. n. 5/2003 e abrogato proprio dall'art. 23 del d.lgs. n. 28/2010. L'abrogato decreto non solo relegava la conciliazione societaria ad un ambito ristretto individuato da norme di fonte privata, come il contratto o lo statuto sociale, ma rimetteva la possibilità di esperire il tentativo di conciliazione ad un altro momento volontario privato, ossia alla facoltà della parte interessata.

Né può ritenersi, spiega il Collegio del T.A.R. del Lazio, che l'art. 5 richiami lo schema procedimentale predisposto dall'oramai abrogato art. 46 della legge 3 maggio 1982, n. 203, in tema di controversie agrarie - che individuava un presupposto processuale per la pronuncia nel merito da parte del giudice -, in quanto tale legge non è richiamata dalla legge delega, diversamente dal d.lgs. n. 5/2003 <sup>(44)</sup>.

Il T.A.R. del Lazio allora, ritenendo *«rilevante e non manifestatamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, comma 1, primo periodo (che introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (che prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), terzo periodo (che dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice)»* e dell'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, ha sospeso il giudizio in corso, rimettendo la decisione delle censure sollevate alla Corte costituzionale (ord. T.A.R. Roma, sezione I, 12 aprile 2011, n. 3202).

---

<sup>(44)</sup> V. la citata ordinanza del T.A.R. Lazio, sez. I, 12 aprile 2011, n. 3202.



## **Il valore probatorio.**

3. - Ritornando all'esame dell'atto conclusivo del procedimento innanzi all'ABF, nello studio finora condotto si è rilevato il *modus* in cui l'ABF realizza il dialogo tra intermediari e clientela, alle quali i Collegi ABF possono fornire indicazioni tese a facilitare i loro rapporti.

Tali indicazioni, se di fatto osservate, nonostante manchi una formale conciliazione, risolvono la controversia. Analogamente, ove l'intermediario adempia alla delibera dell'ABF, implicitamente riconosce e soddisfa la pretesa del cliente ricorrente, pervenendo anche in questo caso alla soluzione stragiudiziale della controversia.

Ora, si consideri anche che i Collegi ABF, già composti da esperti di diritto, deliberano con l'ausilio tecnico delle Segreterie, le quali pongono in luce gli aspetti della controversia rilevanti sul piano prettamente bancario - finanziario, conferendo alla delibera *secundum ius* dell'Organo giudicante, una forte connotazione specialistica nella materia di settore <sup>(45)</sup>.

Non è allora inverosimile ritenere che il giudizio dell'ABF possa anticipare con buona approssimazione l'eventuale decisione del giudice successivamente adito per la medesima controversia.

Da questo punto di vista sia all'intermediario che al cliente, grazie all'attività stragiudiziale dell'ABF, è consentito operare una sorte di giudizio prognostico sul possibile esito (definitivo) del giudizio ordinario o dell'arbitrato eventualmente instaurato, valutando in termini di rischi e vantaggi l'opportunità della successiva iniziativa <sup>(46)</sup>.

Inoltre, nulla esclude che il cliente, ma anche l'intermediario nel caso di rigetto del ricorso, possano chiedere l'acquisizione come mezzo di prova dell'accertamento (contenuto nella delibera) dell'ABF nel successivo processo

---

<sup>(45)</sup> In merito si vedano i rilievi svolti da DE CAROLIS, *op. cit.*, 14-15, richiamati nel Capitolo 1, al § 4, di questo studio.

<sup>(46)</sup> In termini analoghi anche per CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 121 ss., in quali ravvisano propriamente una funzione prognostico - deflattiva nell'attività dell'ABF.

giudiziario, rimettendo all'adito giudice qualsivoglia valutazione circa l'ammissibilità e la rilevanza del documento.

Non si vuole certamente riconoscere la piena efficacia probatoria della determinazione ABF ma, essendo in sostanza uno scritto proveniente da un terzo, chiestane l'acquisizione al processo dalla parte interessata, il giudice potrebbe liberamente valutarla *ex art.* 116 c.p.c.

Inoltre, per l'imparzialità, la terzietà e l'autorevolezza dei Collegi di esperti ABF non può nemmeno escludersi a priori che il giudice consideri il giudizio dell'ABF alla pari di una consulenza tecnica, espletata nel corso del medesimo giudizio, ovvero di una consulenza tecnica di parte la quale, pur non essendo dotata di efficacia probatoria nemmeno rispetto ai fatti accertati – non essendo previsto nel nostro Ordinamento la pre-costituzione fuori dal giudizio di un mezzo di prova di questo tipo <sup>(47)</sup> –, ha comunque il valore di indizio, al pari di ogni documento proveniente da un terzo, il cui apprezzamento è rimesso alle valutazioni discrezionali del giudice di merito <sup>(48)</sup>. In questo modo non sarebbe certamente dispersa un'attività istruttoria comunque compiuta <sup>(49)</sup>.

Di qui la considerazione che la delibera ABF possa costituire un'allegazione difensiva della parte che voglia avvalersene nel successivo processo giudiziario o arbitrale, a sostegno del proprio quadro probatorio, in

---

<sup>(47)</sup> V. Cass., sez. II, 19 maggio 1997, n. 4437, in *Giust. civ.*, Mass., 1997, 785.

<sup>(48)</sup> E anche qui, come per le consulenze tecniche, il giudice leggendo le motivazioni sottese al giudizio dell'ABF potrebbe pervenire egli stesso alle conclusioni prospettate dal Collegio ABF. Non si dimentichi, infatti, che l'atto conclusivo del procedimento innanzi all'ABF è espressione di un giudizio di esperti e come tale costituisce un atto di decisione, come lo è anche una consulenza tecnica. Entrambe si distinguono dall'atto di decisione per antonomasia che è la pronuncia del giudice, rispetto alla quale si collocano in posizione servente, senza che possano soddisfare tutte le esigenze della decisione giudiziale. In merito si veda AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, 6 ss. e 148 ss. Sulla natura e sull'efficacia probatoria della consulenza tecnica d'ufficio e di parte, in giurisprudenza cfr. Cass., sez. III, 24 maggio 2007 n. 12086, in *Giust. civ.*, Mass., 2007, 7 - 8; Tribunale di Milano, sez. X, 31 dicembre 2005, n. 14015; Cass. 18 novembre 1997, n. 11440; Cass. 19 maggio 1997, n. 4437, in *Giust. civ.*, Mass., 1997, 785; Cass., 29 agosto 1997, n. 8240.

<sup>(49)</sup> v. SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, in *Judicium.it*, § 2.

quanto avente valore indiziario che può, quindi, contribuire a fondare il convincimento del giudice <sup>(50)</sup>.

Va precisato tuttavia che, acquisita la valutazione dell'Organo giudicante ABF al processo, per il principio di derivazione comunitaria della riservatezza, quanto accaduto e dichiarato dalle parti nelle memorie depositate presso la Segreteria tecnica non può essere utilizzato in giudizio, «*salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni*», come dispone l'art. 10 del d.lgs. n. 28/2010 per il procedimento di mediazione ivi previsto <sup>(51)</sup>.

In breve, il giudice ai fini della decisione, potrebbe avvalersi del solo documento contenente la valutazione (tecnica) di diritto dell'ABF, come del resto fa, senza per questo violare il principio della riservatezza, per la consulenza tecnica preventiva in funzione conciliativa.

### **(Segue) l'ABF e la Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite.**

3.1. – A sostegno di quanto addotto si rifletta proprio sulle affinità che è possibile cogliere tra l'istituto giuridico riconducibile all'art. 128-*bis* T.U. bancario e l'istituto introdotto dal legislatore del 2005 all'art. 696-*bis* c.p.c.,

---

<sup>(50)</sup> È chiaro che qui si riferisce alla efficacia probatoria del documento rispetto al *thema probandum* del giudizio, e non dell'efficacia rispetto alla sua provenienza essendo incontrovertibile il grado di attendibilità del documento. Sul valore probatorio delle scritture private si sono di recente pronunciate le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la pronuncia del 23 giugno 2010, n. 15169, in *Corr. giur.*, 2011, 201 ss., con nota di VANZETTI, *L'irrisolto problema della disciplina processuale delle scritture provenienti da terzi estranei al giudizio e della loro eventuale efficacia probatoria*.

Escludono invece qualsiasi utilizzazione della delibera ABF nel corso del giudizio a fini probatori CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 139 ss., ritenendo preferibile «*che la decisione del collegio rilevi soltanto all'esito del giudizio civile, allorquando il contenuto della sentenza rispetti il "pronostico" compito dal collegio, e così quale titolo di condanna alle spese ex art. 92 e 96 c.p.c., estendendosi la soluzione de lege lata (impropriamente) prevista per i casi in cui il contenuto della sentenza corrisponda a quello della proposta formulata dal mediatore (art. 13, D. lgs. 28/2010)*».

<sup>(51)</sup> In tal caso, sussistendo il consenso di entrambe le parti, qualora si chiedesse l'acquisizione al giudizio del verbale delle riunioni, il documento potrebbe assumere addirittura i caratteri di una testimonianza scritta ex art. 257-*bis* c.p.c.

vale a dire la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite.

Come noto, tale istituto è diretto ad accertare e determinare «*i crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione delle obbligazioni contrattuali o da fatto illecito*» (art. 696-bis c.p.c.), ed è utilizzabile nelle frequenti ipotesi in cui tra le parti è controverso unicamente ciò che in sede di processo di cognizione diventa oggetto di un'apposita consulenza tecnica.

Si tratta d'ipotesi in cui, una volta conclusa la consulenza, le parti si conciliano ovvero, in mancanza, il giudice se ne avvale ai fini della decisione, recependone il contenuto.

Per questi motivi la consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.* è stata considerata uno strumento idoneo ad evitare lo svolgimento di un processo di cognizione finalizzato unicamente a raccoglierne l'esito. Il legislatore del 2005, difatti, con la sua istituzione ha voluto introdurre nel nostro Ordinamento un altro strumento teso a favorire una composizione preventiva della lite, individuando una ulteriore circostanza in presenza della quale ad un consulente tecnico sono affidati poteri conciliativi <sup>(52)</sup>.

La dottrina, ormai avallata anche dalla giurisprudenza <sup>(53)</sup>, è convinta che i motivi che hanno spinto il legislatore ad introdurre il meccanismo procedurale dell'art. 696-bis c.p.c., siano sostanzialmente: «*la convinzione, a valle, che la*

---

<sup>(52)</sup> Si pensi al consulente tecnico in materia contabile incaricato dal giudice istruttore di esaminare documenti contabili e che ai sensi dell'art. 198 c.p.c. può tentare la conciliazione delle parti. In materia di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite si v. VERDE, *Diritto processuale civile*, 4. *Procedimenti speciali*, Bologna, 2010, 85, il quale in particolare rileva come l'istituto sia dunque utile ad accertare non solo l'ammontare di un credito pecuniario derivante da responsabilità contrattuale o extracontrattuale, ma anche l'esistenza del credito, con la conseguenza di affidare al consulente un accertamento prossimo a quello realizzabile dal giudice. Cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, I *processi speciali*, IV, Milano, 2009, 249 ss.

<sup>(53)</sup> Si veda la decisione del Tribunale di Trani, sezione distaccata di Andria, 12 febbraio 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 2, 346, secondo la quale: «*E' indubitabile che il legislatore, attraverso questo istituto, sembra confidare sul fatto che la conoscenza anticipata del futuro, probabile esito della causa di merito sia tale da dissuadere le parti dall'istaurare la causa, o dal coltivarla; in particolare, la conoscenza anticipata dovrebbe far presa sulla parte per la quale la prognosi sfavorevole, palesando l'opportunità – sotto il profilo delle spese processuali degli interessi di mora e della responsabilità civile in generale – dall'astenersi dall'azione o dal resistere, ed, ove la prognosi sia di soccombenza parziale reciproca, dovrebbe suggerire ai litiganti la convenienza di una soluzione contrattuale pari o prossima a quella indicata come probabile nel futuro giudizio di merito*».

*conoscenza anticipata del futuro esito del processo di cognizione dissuada in molti casi le parti dal promuoverlo o dal coltivarlo, agevolando piuttosto l'epilogo extragiudiziale della lite; e la convinzione, a monte, secondo cui sovente conoscere in anticipo i risultati della consulenza tecnica permette appunto – rispetto alle liti in cui le parti siano soprattutto divise sulla ricostruzione del fatto – di prevedere con buona approssimazione l'esito del processo di cognizione»* <sup>(54)</sup>, essendo ragionevole attendersi che il giudice faccia proprie le conclusioni dell'istruttoria tecnica.

Ai nostri fini però occorre anche rilevare che la consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 696-bis c.p.c. svolge sì una funzione conciliativo - deflattiva, essendo nata *principaliter* a tale fine, ma svolge altresì la funzione, seppure (se si vuole) secondaria, di preconstituire un particolare mezzo di prova (la consulenza tecnica <sup>(55)</sup>) fuori dal processo e in deroga al generale divieto vigente in materia. Non potrebbe altrimenti spiegarsi la collocazione normativa di questo istituto nell'ambito dei procedimenti sommari di istruzione preventiva, oltretutto il richiamo contenuto nell'art. 696-bis c.p.c. all'art. 696 c.p.c. e agli artt. 191 - 197 c.p.c. <sup>(56)</sup>.

La dottrina, infatti, chiarisce che qualora «*l'intento conciliativo non si realizzi, la procedura ... ha il medesimo esito (ed i medesimi effetti) di un ordinario accertamento tecnico preventivo: il deposito di una relazione che può essere acquisita nel successivo giudizio di merito*» <sup>(57)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> ROMANO, *Questioni sparse in tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 1, 51 ss.

<sup>(55)</sup> Se infatti la conciliazione non riesce, restano in vita gli accertamenti compiuti dal consulente che nella sostanza non sono diversi da quelli compiuti nel corso di un accertamento tecnico preventivo ai sensi dell'art. 696 c.p.c. VERDE, *op. cit.*, 85.

<sup>(56)</sup> Circa la duplice propensione applicativa della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite si veda ROMANO, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione di una controversia in tema di ripetizione dell'indebitato*, in *Giur. merito*, 2010, 2, 346 ss.; SCALAMOGNA, *op. cit.*, 1 ss.; in giurisprudenza si v. la pronuncia del Tribunale di Torino, sez. III, 31 marzo 2008, con nota di TASSONI, *La consulenza tecnica preventiva in funzione conciliativa ex art. 696-bis c.p.c.: prime applicazioni dell'istituto nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2008, II, 2885 ss.

<sup>(57)</sup> SCIBETTA, *Il nuovo art. 686 bis c.p.c.: la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Giur. merito*, 2006, I, 267 ss.

Analogamente può ritenersi che nell'ABF l'intermediario con l'adesione e il cliente con il ricorso manifestino il loro consenso a che un Collegio di esperti esprima un giudizio valutativo su una situazione tra loro controversa. E sebbene, tali manifestazioni di intenti non siano tali da rendere il giudizio ABF la nuova regola giuridica del rapporto intermediario - cliente, sono comunque tali da legittimare un eventuale utilizzo della delibera ABF nel successivo giudizio ordinario.

In altri termini, mentre nella consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. la relazione del consulente, in mancanza di conciliazione, può essere comunque utilizzata nel corso del processo come mezzo di prova liberamente valutabile dal giudice, essendo quest'ultimo a legittimare una valutazione tecnica *ante* processo sul *quid* controverso, nel caso dell'ABF la legittimazione ad utilizzare l'accertamento dell'Organo giudicante – qualora anche qui non si realizzi l'intento conciliativo sotteso al procedimento stragiudiziale – potrebbe derivare proprio dal consenso manifestato da entrambe le parti al procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario, senza tuttavia escludere la valutazione dell'adito giudice di merito circa la sua ammissibilità.

E ciò proprio in ragione del fatto che la delibera ABF, come la consulenza tecnica, non vincola le parti alla stessa <sup>(58)</sup>.

---

<sup>(58)</sup> SCALAMOGNA, *op. cit.*, 1 ss.

## CAPITOLO 3

### SEZIONE II - LA FUNZIONE «SPECIFICATIVO - DILATORIA».

**SOMMARIO:** 1. L'ABF e la legge n. 241/1990. - 2. La natura vincolante. - 3. Gli effetti giuridici. - 4. La tutela giurisdizionale. - 4.1. (*Segue*) le singole azioni. - 5. La revocazione e la correzione della delibera ABF.

#### **L'ABF e la legge n. 241/1990.**

1. - Conclusa l'analisi dell'attività dell'ABF nella prospettiva conciliativo - deflattiva del contenzioso civile, che vede il cliente - privato avviare un procedimento stragiudiziale di risoluzione delle controversie in materia bancario - finanziaria, ai fini della piena comprensione del sistema di tutela stragiudiziale dell'ABF occorre (ora) muovere nell'area pubblicistica della vigilanza sul credito.

Il rapporto privato, intercorrente tra l'intermediario e il cliente in virtù del contratto bancario - finanziario, innanzi all'Organismo dell'ABF si intreccia (infatti) con il rapporto pubblico che sorge invece tra la Banca d'Italia, quale Autorità vigilante nel settore del credito, e i singoli intermediari bancari e finanziari, quali soggetti vigilati.

Il T.U. bancario attribuisce alla Banca d'Italia funzioni di vigilanza su tutte le attività svolte dai soggetti che si occupano della gestione dei risparmi e dei prodotti finanziari <sup>(1)</sup>. E ciò ai fini della «*sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, [de]lla stabilità complessiva, [de]ll'efficienza e [de]lla competitività del sistema finanziario, nonché [de]ll'osservanza delle disposizioni in materia creditizia*» (art. 5 T.U. bancario). In aggiunta alle ordinarie funzioni di banca, alla Banca d'Italia spettano pertanto funzioni di natura pubblica, che richiedono l'esercizio di un potere amministrativo che, nella specie, è valso a conferirgli la

---

<sup>(1)</sup> AULETTA, *Banche e mercato mobiliare (giurisdizione in materia di)*, in VERDE (a cura di), *La giurisdizione, Dizionario del riparto*, Torino, 2010, 144; PORZIO, *Le imprese bancarie*, in *Tratt. Buonocore*, III-1, Torino, 2007, 85.

qualità di Autorità amministrativa indipendente nel settore della vigilanza sul credito e risparmio <sup>(2)</sup>.

Orbene, l'attività di vigilanza, richiedendo l'esercizio di un potere discrezionale amministrativo derivante da un'Autorità indipendente, e «*non un'attività di prestazione nei confronti dei privati*» <sup>(3)</sup>, segue le regole della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante «*[n]uove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*» <sup>(4)</sup>.

Per cui, quando il cliente ricorre all'ABF per far valere la sua doglianza avverso l'intermediario, non fa altro che sollecitare l'esercizio del potere (originario) di vigilanza della Banca d'Italia, avviando indirettamente il procedimento amministrativo <sup>(5)</sup>.

Per l'art. 1 del Regolamento della Banca d'Italia del 25 giugno 2008, su «*[i] termini e [le] unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza della Banca d'Italia relativi all'esercizio di funzioni di vigilanza in materia bancaria e finanziaria*», il procedimento di vigilanza, nell'ipotesi di

---

<sup>(2)</sup> Cfr. AULETTA, *op. ult. cit.*, 144; PORZIO, *op. ult. cit.*, 85.

<sup>(3)</sup> AULETTA, *Banche e mercato mobiliare (giurisdizione in materia di)*, cit., 142; MONTEDORO, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 133.

<sup>(4)</sup> La legge n. 241/1990 è pubblicata in *G.U.* del 18 agosto 1990, n. 192. Secondo l'art. 4, comma 3 del T.U. bancario, al procedimento di vigilanza della Banca d'Italia «*[s]i applicano, in quanto compatibili, le disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241*». In passato i dubbi relativi all'applicazione di questa legge anche alle attività delle Autorità indipendenti erano legati all'incertezza che accompagnava la loro natura giuridica. Tale incertezza oggi è stata eliminata in virtù dell'esplicito riconoscimento alle Autorità indipendenti della natura di pubbliche amministrazioni. Di recente, inoltre, la giurisprudenza (v. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) ha confermato che anche ai particolari procedimenti delle Autorità indipendenti si applica la disciplina della legge n. 241/1990, in quanto «*legge generale sul procedimento amministrativo [che individua i] principi fondamentali cui la successiva normazione, di rango primario e secondario deve uniformarsi*». Per la dottrina e la giurisprudenza, infatti, l'analisi complessiva della legge n. 241/1990 evidenzia la volontà del legislatore di impostare il procedimento come uno strumento di partecipazione, di confronto e di composizione degli interessi pubblici e privati. Questo carattere del procedimento amministrativo è stato ancor di più consacrato dal Consiglio di Stato nell'Adunanza Plenaria del 15 settembre 1999, n. 14. In quella occasione ha riconosciuto che la legge n. 241/1990 non è la legge del procedimento amministrativo, ma la legge sul procedimento, e dunque ha una efficacia generale valevole per tutti i procedimenti amministrativi, salve alcune eccezioni. In merito si veda BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo. Attività*, II, Padova, 2009, 119.

<sup>(5)</sup> Per CONSOLO, STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *An. giur. dell'economia*, 2011, 130, invece l'apertura del procedimento di vigilanza potrebbe aversi in un secondo momento, cioè a seguito della notizia dell'inadempimento, che sollecitando poteri ispettivi da parte degli organi di vigilanza, implica l'apertura di un'istruttoria da parte della Banca d'Italia.



iniziativa privata, ha inizio con il ricevimento della domanda o del «*diverso atto di iniziativa, comunque denominato*», redatto secondo le forme e i modi stabiliti dalla normativa vigente, previo utilizzo di moduli predisposti dalla Banca d'Italia. Nulla esclude pertanto che l'atto di iniziativa privata, nella specie, sia costituito proprio dal ricorso inoltrato dal cliente alla Segreteria tecnica ai sensi dell'art. 128-*bis* T.U. bancario <sup>(6)</sup>. Per l'effetto, la Banca d'Italia, quale Amministrazione procedente, assume l'obbligo giuridico di procedere <sup>(7)</sup>.

Al fine di comprendere quanto in concreto accade, si rifletta sulle fasi in cui si articola un procedimento amministrativo ai sensi della legge n. 241/1990 <sup>(8)</sup>: alla iniziativa procedimentale, segue la fase istruttoria destinata all'accertamento dei fatti, all'acquisizione degli interessi e alla valutazione di entrambi.

L'acquisizione dei fatti nel procedimento amministrativo *tout court* può avvenire indifferentemente ad iniziativa della p.a. attraverso i suoi organi, o ad opera del privato interessato, non vigendo in tale contesto il principio dell'onere della prova.

Nei procedimenti più complessi però, previsti dalla legge, l'acquisizione dei fatti segue dei *sub* procedimenti, aventi sostanzialmente una funzione dichiarativa. Si pensi alle ispezioni, alle inchieste, ai c.d. accertamenti tecnici <sup>(9)</sup> e in generale alle attività di consulenza.

Nelle ultime ipotesi l'Amministrazione può procedere in maniera diretta, avvalendosi di propri uffici dotati di competenze tecniche, oppure in maniera indiretta, avvalendosi dell'ausilio di professionisti esterni. Nel procedimento di

---

<sup>(6)</sup> Circa i procedimenti ad istanza di parte cfr. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2008, 302 ss.

<sup>(7)</sup> Si tratta del principio di doverosità dell'azione amministrativa, quale corollario del principio di necessità, in forza del quale l'amministrazione, essendo titolare di un potere nell'espletamento di un compito, ha il dovere di agire quando si verifica la situazione reale prevista dalla legge attributiva del potere.

<sup>(8)</sup> La ripartizione in fasi del procedimento amministrativo risale a SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, 119. Cfr. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo. Attività*, cit., 130.

<sup>(9)</sup> Nel diritto amministrativo è possibile distinguere tra *acclaramenti*, aventi ad oggetto l'esistenza, la misurazione, l'analisi tecnica dei dati fattuali del mondo reale, ed *accertamenti in senso stretto* che invece sono preordinati all'attribuzione di una qualità giuridica ad un rapporto, ad una persona o ad un bene. Tuttavia per la dottrina e la giurisprudenza si tratta di una distinzione puramente scolastica, non avente conseguenze sul piano della disciplina. Di qui il riferimento alla categoria unitaria dell'accertamento. Sul punto si v. BELLOMO, *op. ult. cit.*, 174.

vigilanza avviato a seguito del ricorso del cliente, la Banca d'Italia per l'acquisizione dei fatti e la valutazione degli interessi in gioco <sup>(10)</sup>, si serve proprio della prestazione dell'Organo giudicante dell'ABF.

In altri termini, si sostiene che l'ABF, operando nel contesto dei rapporti vigilante - vigilati intercorrenti tra la Banca d'Italia e i singoli intermediari bancari e finanziari, svolge un ruolo fondamentale nei procedimenti di vigilanza derivanti dalla violazione delle norme a tutela della trasparenza bancaria, perché condiziona (vincolando) la Banca d'Italia nell'applicazione concreta di una determinata sanzione amministrativa, qualora venga accertata la violazione della normativa richiamata.

Questa strumentalità dell'attività dell'ABF all'attività di vigilanza della Banca d'Italia è confermata sul piano normativo dalla collocazione sistematica dell'art. 128-bis, inserito come noto nel capo III, dedicato alle «[r]egole generali e controlli», del titolo VI, rubricato «[t]rasparenza delle condizioni contrattuali» del T.U. bancario; dalla lettura del paragrafo 1.2, sezione I, delle disposizioni in materia di «[t]rasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», emanate dalla Banca d'Italia il 29 luglio 2009, secondo il quale l'adesione degli intermediari all'ABF costituisce uno strumento di trasparenza cui gli intermediari sono tenuti <sup>(11)</sup>; ancora dal paragrafo 1, sezione I, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, per il quale «[l]'attività dell'ABF ... assume rilievo per il conseguimento di obiettivi di efficienza e competitività del sistema finanziario» e «[l]e decisioni dell'ABF ... integrano il più ampio quadro informativo di cui la Banca d'Italia dispone nello svolgimento della propria funzione regolatrice e di controllo» <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Nell'attività di giudizio dell'Organo giudicante ABF il momento dell'acquisizione non può realizzarsi separatamente da quello della sua valutazione.

<sup>(11)</sup> Le disposizioni sono pubblicate in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it). Un commento alla disciplina della trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari è offerto da CARRIÈRE, BASCELLI, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: le nuove regole della Banca d'Italia (commento a)*, in *I Contratti*, 2009, 619 ss.

<sup>(12)</sup> Sul punto si veda anche il § 4, sezione VI, delle previgenti Disposizioni applicative della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, per il quale gli esiti dei ricorsi sono valutati dalla Banca d'Italia «per i profili di rilievo che essi possono avere per l'attività di vigilanza». Cfr. il

L'attività dell'ABF incide quindi sull'attività di vigilanza della Banca d'Italia «*in senso specificativo - dilatorio*»<sup>(13)</sup>. Da questo punto di vista, il procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario consente all'intermediario, ritenuto ad un primo stadio del procedimento di vigilanza inadempiente nei confronti del cliente, per aver violato la normativa sulla trasparenza bancaria, di rimediare al suo comportamento, dando ottemperanza alla soluzione della controversia disposta dall'Organo giudicante. Ma ove l'intermediario disattenda tale statuizione, il procedimento di vigilanza si compie e la Banca d'Italia gli applica la sanzione reputazionale.

Di qui la duplice conclusione che la delibera ABF è strumentale anche all'attività di vigilanza della Banca d'Italia, contribuendo, seppur in maniera indiretta, all'efficienza dell'intero sistema finanziario; e che la delibera ABF ha la consistenza di un atto non provvedimentale<sup>(14)</sup>, in quanto atto contenente una dichiarazione di giudizio adottata da un Collegio di esperti secondo diritto circa accertamenti tecnici complessi, senza pur tuttavia assumere la natura di atto amministrativo<sup>(15)</sup>.

### **La natura vincolante.**

---

«[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011», in *www.bancaditalia.it*, 4, in cui è ulteriormente precisato che anche gli esiti dei procedimenti innanzi all'ABF sono utilizzabili come fonte informativa di anomalie nel comportamento degli intermediari, legittimanti interventi della Banca d'Italia.

<sup>(13)</sup> AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Le Società*, 2011, 89.

<sup>(14)</sup> Ciò sul rilievo che per atto non provvedimentale si intende un atto di scienza o di conoscenza, laddove per provvedimento una dichiarazione di volontà con efficacia dispositiva, cioè produttiva di effetti giuridici (BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo. Attività*, cit., 2009, 174).

<sup>(15)</sup> La definizione classica di atto amministrativo, ricunducibile a Guido Zanobini, considera tale ogni «*dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa*» (CLARICH, voce *Atto amministrativo (Principi)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, 180).

2. - La delibera ABF, che per molti aspetti ha (dunque) la valenza di un parere <sup>(16)</sup> contenente accertamenti tecnici piuttosto che una decisione in senso stretto, è obbligatoria e vincolante per la Banca d'Italia, alla stessa maniera del parere del Consiglio di Stato nel ricorso straordinario al Capo dello Stato, al punto da costituire come il secondo il «*progetto*» di una decisione assunta «*aliunde*» <sup>(17)</sup>, cioè della decisione della Banca d'Italia di applicare la sanzione reputazionale: la Banca d'Italia, infatti, se ne avvale come presupposto imprescindibile per l'applicazione della sanzione in capo all'intermediario.

Si ricordi che all'Organo giudicante ABF risulta precluso un riesame nel merito di quanto già deliberato e un nuovo intervento del Collegio territorialmente competente sul medesimo ricorso è (talora) richiesto unicamente per valutare il comportamento dell'intermediario – ove sia stato giudicato in torto dal Collegio – successivo all'adozione della decisione; *rectius*, per verificare l'eventuale suo inadempimento alla decisione ABF ai fini dell'applicazione della sanzione reputazionale.

Nella seconda fase (della evidenziata struttura bifasica) del procedimento innanzi all'ABF (v. *retro* Capitolo 2, paragrafo 7) i Collegi sono chiamati a compiere un'attività diversa dalla prima, di mera valutazione della condotta dell'intermediario successiva alla delibera ABF, rilevante solo per la Banca d'Italia, senza poter in nessun caso rimettere in discussione quanto già deliberato.

Orbene, come il parere emesso dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario, la delibera ABF risulta essere un atto irretrattabile <sup>(18)</sup>, in quanto

---

<sup>(16)</sup> RUPERTO, *L'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 335; AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 88.

<sup>(17)</sup> La Corte di Giustizia infatti ha considerato il parere emanato dal Consiglio di Stato nel ricorso straordinario un «*progetto*» di decisione «*formalmente*» emanata dal Presidente della Repubblica (Cort. Giustizia, 16 ottobre 1997, n. 79). Non diversamente si è espressa la giurisprudenza interna per la quale, in virtù del carattere obbligatorio e (oggi pienamente) vincolante del parere reso dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario, il decreto del Presidente della Repubblica finisce con l'essere soltanto «*l'atto conclusivo di esternazione di un momento decisione verificatosi aliunde*» (Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695/00, n. *Giur. it.*, 2001, 842).

<sup>(18)</sup> I parere del Consiglio di Stato, sez. I, 30 luglio 2009, n. 1982, in *Foro amm.*, *CdS*, 2009, 1923 ss., e sez. III, 2 dicembre 2009, n. 2870/09, in *Foro amm.*, *CdS*, 2009, 2956 ss., equiparano il parere reso al Presidente della Repubblica nell'ambito del ricorso straordinario ad una sentenza quanto al profilo della irretrattabilità.

non modificabile dall'organo che lo ha emesso. Invero la delibera non è sindacabile nemmeno dalla stessa Banca d'Italia, per il tramite della Segreteria tecnica, la quale non può entrare nel merito delle decisioni assunte dai Collegi giudicanti proprio a salvaguardia dell'autonomia e dell'indipendenza degli stessi<sup>(19)</sup>.

Tuttavia è necessario altresì precisare che il carattere vincolante per la Banca d'Italia della delibera ABF attiene unicamente al giudizio di diritto operato dai Collegi giudicanti e non (anche) alla eventuale errata ricostruzione dei fatti (sul punto, vedi *infra* paragrafo 5); ipotesi in cui, invece, la Banca d'Italia potrebbe (come fa) disattendere la delibera e non applicare la sanzione in capo all'intermediario.

All'emanazione della delibera ABF segue, infatti, una fase di esercizio di discrezionalità tecnica in cui la Banca d'Italia stabilisce se la condotta dell'intermediario è conforme al giudizio dell'ABF o anche se sia, più nello specifico, da irrogare la sanzione reputazionale.

Può allora ritenersi che per un verso, la delibera dell'ABF può essere considerata tendenzialmente stabile e definitiva, per altro verso non può essere considerata un atto *terminativo*, in quanto la decisione ultima sull'applicazione della sanzione reputazionale in capo all'intermediario inadempiente spetta in ogni caso alla Banca d'Italia.

La legittimità della sanzione reputazionale non risiede infatti nel consenso manifestato dall'intermediario nell'atto di adesione ai «*sistemi*» di cui all'art. 128-*bis* T.U. bancario, ma appunto nel corretto esercizio del potere amministrativo della Banca d'Italia e, nella misura in cui ne costituisca elemento essenziale, del giudizio dell'ABF<sup>(20)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Cfr. il Comunicato sulla pubblicità dell'inadempimento alle decisioni dell'ABF del 26 ottobre 2010 pubblicato, su iniziativa della Banca d'Italia, sul sito internet dell'ABF e della Banca d'Italia, secondo il quale «[l]'autonomia e l'indipendenza dei Collegi rispetto alla Banca d'Italia non consentono di entrare nel merito delle decisioni assunte dall' [ABF]».

<sup>(20)</sup> Circa la legittimità della sanzione reputazionale, in dottrina, cfr. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 89; RUPERTO, *op. cit.*, 334 e 337; TAVORMINA, *L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de "I nuovi mostri")*, in *Corr. giur.*, 2011, 1028.

### **Gli effetti giuridici.**

3. - Orbene, in relazione alla funzione conciliativo - deflattiva del contenzioso civile, non può negarsi che il procedimento innanzi all'ABF costituisca uno strumento certo di dialogo tra intermediari e clientela, teso a favorire la composizione stragiudiziale delle controversie nella materia bancario - finanziaria, evitandone l'approdo in sede giudiziale. Se, infatti, le parti adempiono la delibera ABF, cessa la materia del contendere e si perviene alla composizione stragiudiziale della controversia <sup>(21)</sup>.

Qualora ciò non accada e il cliente, o l'intermediario, ancora insoddisfatto decida di adire l'Autorità giudiziaria ordinaria, come evidenziato <sup>(22)</sup>, la delibera ABF può costituire un'allegazione difensiva liberamente valutabile dal giudice, di cui la parte interessata può chiedere l'acquisizione agli atti dell'instaurato processo, ovvero (addirittura) valersene come «*prova scritta*» ex art. 634 c.p.c. idonea a legittimare l'emissione di un decreto ingiuntivo in favore della parte che vanta una somma liquida di danaro <sup>(23)</sup>.

Si consideri poi, che i Collegi ABF sono composti da soggetti esperti in materia di contratti bancari e finanziari, i quali provvedono a compiere valutazioni di giudizio secondo diritto. Nulla esclude pertanto che quanto deliberato dall'Organo giudicante ABF anticipi una eventuale e successiva sentenza giudiziale pronunciata tra le stesse parti sulla medesima controversia.

È innegabile allora la funzione prognostica che il giudizio dell'ABF può compiere circa il possibile esito giudiziale della controversia, condizionando, da questo punto di vista, il cliente o l'intermediario nella scelta di adire l'autorità giudiziaria ordinaria <sup>(24)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> In merito si veda TAVORMINA, *op. cit.*, 1025.

<sup>(22)</sup> Il riferimento è al § 3, sezione I di questo Capitolo.

<sup>(23)</sup> V. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 90. Di opinione contraria sono invece CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 139.

<sup>(24)</sup> Cfr. CONSOLO, STELLA, *op. ult. cit.*, 125 e 129, secondo i quali «*l'Abf ha una finalità prettamente preventiva, e solo indirettamente deflattiva, del contenzioso. Finalità che viene perseguita attraverso una simulazione (non già del processo in sé, se non per talune vicinanze ad esso nelle forme, ma piuttosto) di quella che sarebbe la sentenza di merito. Con la differenza, essenziale, che questa anticipazione del risultato fornita dal collegio Abf non avrà alcuna efficacia conformativa sulle sistuazioni giuridiche soatnziali facenti capo alle parti*».

Altro beneficio concreto per l'intermediario sarà allora quello di veder ridotti i «rischi legali che ogni contenzioso comporta, apprezzabile sul piano degli oneri di appostamento di fondi rischi a bilancio da doverosa e talora non agevole stima»<sup>(25)</sup>.

In relazione invece all'altra funzione, finora evidenziata, quella «specificativo - dilatoria», va innanzitutto premesso che incardinato il procedimento innanzi all'ABF in una *sub*-fase del procedimento amministrativo di vigilanza della Banca d'Italia, necessariamente dal procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario derivano effetti giuridici.

Per definizione un procedimento amministrativo consta di «una serie coordinata e collegata di atti e di fatti imputati ad organi e soggetti diversi tendenti nel loro insieme alla produzione di un effetto giuridico». «[Questa] serie [di] atti e [di] fatti tra loro collegati costituisce una fattispecie giuridica in senso tecnico in quanto produttiva di effetti giuridici»<sup>(26)</sup>.

In altri termini, non può aversi azione amministrativa della Banca d'Italia senza produzione di effetti giuridici.

Ne consegue che più nello specifico, dal sistema innescato con il ricorso del cliente, deriva un effetto vincolante della delibera ABF nei confronti dell'intermediario in virtù della sua appartenenza al sistema creditizio, che lo espone automaticamente ed inevitabilmente al potere pubblico della vigilanza<sup>(27)</sup>. Non si dimentichi poi che l'intermediario è obbligato alla prestazione nei confronti del cliente anche per via del contratto (o del contatto).

Il procedimento riconducibile all'art. 128-bis T.U. bancario consente, dunque, all'intermediario di evitare quella sanzione amministrativa che, in mancanza di ABF, gli sarebbe comunque comminata in conseguenza delle

---

<sup>(25)</sup> CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 129.

<sup>(26)</sup> CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 296; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1, Napoli, 1989, 642, per il quale, il procedimento amministrativo assume una rilevanza giuridica meramente strumentale, in quanto luogo di formazione dell'atto, individuabile esclusivamente dall'effetto giuridico (il provvedimento) in funzione del quale l'attività amministrativa si svolge.

<sup>(27)</sup> In merito si veda l'art. 108 del T.U. bancario secondo il quale «la Banca d'Italia può adottare, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di singoli intermediari». Cfr. TAVORMINA, *op. cit.*, 1028, che riconduce alla delibera ABF un'efficacia vincolante tra intermediario e Banca d'Italia in conseguenza dell'adesione obbligatoria del primo all'ABF.

violazioni della normativa sulla trasparenza bancaria. È un effetto della tutela di sistema concessa dall'ABF.

Dal procedimento di cui all'art. 128-bis T.U. bancario deriva poi *«l'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 reprobatoria (in alternativa all'archiviazione del procedimento promosso a istanza del privato, la quale è destinata a seguire al ritenuto - rispettivamente dal Collegio e dalla segreteria tecnica - adempimento dell'intermediario, originario ovvero successivo alla specificazione conformativa avutasi con la delibera ABF)»*. Del resto *«come alla Banca d'Italia spetta di sanzionare ex ante la mancata adesione al “sistem[a]” di cui all'art. 128-bis T.U. bancario, così non può [non spettare] alla stessa [anche] il potere di sanzionare l'eventuale mancanza nella conformazione al giudizio dell'Organo che di quel “sistem[a]” viene realizzando la missione»* <sup>(28)</sup>.

Il procedimento innanzi all'ABF si presta all'attività di vigilanza della Banca d'Italia, la quale se ne avvale per rafforzare la fiducia della clientela nei confronti degli intermediari bancari e finanziari, contribuendo indirettamente a mantenere alto lo *standard* di efficienza del sistema finanziario italiano.

Sul punto sono chiare le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, che diversamente dalle precedenti, al paragrafo 1, sezione I, premettono che *«[1] attività dell'ABF, quale sistema alternativo di risoluzione delle controversie, assume rilievo per il conseguimento di obiettivi di efficienza e di competitività del sistema finanziario: 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»* <sup>(29)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 90.

<sup>(29)</sup> Cfr. BOCCUZZI, VALSECCHI, *Tutela della clientela e regolamentazione bancaria e finanziaria*, in BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, n. 68, 2010, 13 ss.



La Banca d'Italia, avvalendosi del giudizio sulla controversia espresso dall'Organo decidente, può allora valutare il comportamento tenuto dall'intermediario nei confronti del cliente irrispettoso della normativa sulla trasparenza bancaria – la cui disciplina come noto tende al «*riequilibrio delle posizioni contrattuali*»<sup>(30)</sup> – e, nell'applicargli la sanzione reputazionale, in uno con l'azione dell'ABF, garantisce al cliente, quale parte debole del contratto bancario - finanziario «*l'effettività della tutela*» (art. 128-bis, comma 2, T.U. bancario).

Anche questo profilo è stato chiarito nelle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, che al paragrafo 1, della sezione I, precisano che «*[l]e decisioni dell'ABF ... integrano il più ampio quadro informativo di cui la Banca d'Italia dispone nello svolgimento della propria funzione regolatrice e di controllo*».

In conclusione, il giudizio dell'ABF modifica la realtà giuridica «*sostanziale*» del rapporto Banca d'Italia - intermediario, «*agendo in senso prevalentemente determinativo*», ed è capace di modificare la realtà giuridica «*processuale*» del rapporto intermediario - cliente, «*agendo in senso prevalentemente asseverativo*»<sup>(31)</sup>.

### **La tutela giurisdizionale.**

4. – Dalla ricostruzione della delibera ABF come mero atto interno al procedimento di vigilanza, inidoneo di per sé di produrre effetti diretti lesivi nei confronti dei clienti e degli intermediari, deriva l'impossibilità delle parti del procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario di dolersi direttamente della delibera ABF innanzi all'autorità giudiziaria<sup>(32)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> CARRIÈRE, BASCELLI, *op. cit.*, 622.

<sup>(31)</sup> AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 90, nt. 30, il quale tra l'altro evidenzia come l'effetto soltanto processuale sia confermato proprio dalla previsione contenuta nel comma 1, dell'art. 5, del d.lgs. n. 28/2010. Esclude invece effetti di carattere processuale TAVORMINA, *op. cit.*, 1028.

<sup>(32)</sup> AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 88.

In virtù del principio del procedimento, l'azione amministrativa è procedimentalizzata, di conseguenza «*al fine di demolire la fattispecie e perciò la produzione degli effetti*»<sup>(33)</sup>, gli interessati devono far valere la loro doglianza unicamente avverso il provvedimento *terminativo* dell'azione di vigilanza.

Il legislatore per facilitare l'individuazione del giudice capace di decidere sulle controversie che coinvolgono le Autorità indipendenti in settori caratterizzati dall'esplicazione di poteri di discrezionalità tecnica su diritti fondamentali in ambiti privatistici, all'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «*le controversie in materia di pubblici servizi ... nonché afferenti alla vigilanza sul credito*».

Anche dopo l'intervento modificatore della Corte costituzionale<sup>(34)</sup>, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie relative alla vigilanza e al controllo nei confronti del gestore, nonché per quelle afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare era rimasta (in sostanza) tal quale.

In quella occasione, la Consulta individuò principi guida che consentissero al legislatore la corretta individuazione della giurisdizione esclusiva in particolari materie rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità. Nel dettaglio, precisò che il legislatore ordinario non può prevedere una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ancorata unicamente alla presenza, in un certo settore, del perseguimento di un interesse pubblico; che nell'individuare tale giurisdizione non deve guardare solo al dato oggettivo delle materie ma alla natura della situazione soggettiva coinvolta; che le materie assoggettabili alla giurisdizione esclusiva devono essere ai sensi dell'art. 103 Cost. particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione del giudice di legittimità; che questa particolarità deve consistere nel fatto che la pubblica amministrazione agisce come autorità, nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al

---

<sup>(33)</sup> CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 296 ss.

<sup>(34)</sup> Il riferimento è alla nota sentenza della Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204 in cui la Corte si è pronunciata sulla compatibilità dell'art. 33 d.lgs. n. 80/98 con l'art. 103 Cost. Vedi anche Cass., sez. Un., 29 luglio 2005, n. 15916, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 6.

giudice amministrativo; infine che le controversie devolute al giudice amministrativo anche in sede esclusiva devono inerire all'esercizio del potere.

In breve, secondo la ricostruzione operata dalla Corte costituzionale, il legislatore ordinario può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva, purché abbia riguardo a materie (particolari) che, in assenza di tale previsione, rientrino comunque nella giurisdizione generale di legittimità, in quanto vi opera la pubblica amministrazione - autorità<sup>(35)</sup>.

Alla lettura dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, tuttavia, non sono mancati dubbi interpretativi derivanti dal rilievo che la vigilanza non costituisce un servizio pubblico ma una funzione pubblica derivante dall'«*esercizio di potere amministrativo in senso classico, autoritativo, discrezionale, di discrezionalità tecnica ...*»<sup>(36)</sup>. Di qui una prima proposta di interpretare in senso abrogante la norma, in virtù dell'impossibilità di individuare veri e propri servizi pubblici nella materia considerata, che però ha lasciato il capo alla diversa proposta interpretativa di leggere la norma in maniera estensiva, e ricomprendere nell'attività di vigilanza di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 «*le attività delle amministrazioni indipendenti che regolano i mercati finanziari (Banca d'Italia, Consob, Isvap)*»<sup>(37)</sup>.

Oggi i dubbi interpretativi possono dirsi superati in quanto il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha disposto (all'art. 4, comma 1, n. 20, dell'allegato 4) l'abrogazione dell'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, recependone in parte il contenuto. Per cui ricorre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sopra i «*pubblici servizi*» ai

---

<sup>(35)</sup> V. la citata sentenza della Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204. L'art. 103, comma 1 Cost. non conferisce al legislatore ordinario una discrezionalità assoluta ed incondizionata nell'attribuire al giudice amministrativo materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di individuare «*particolari materie*» nelle quali il giudice amministrativo può conoscere anche di diritti soggettivi. Di questo potere al negativo può dirsi che non è assoluto, né incondizionato; in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato oggettivo delle materie. Per l'effetto la Consulta ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 nella parte in cui devolve al giudice amministrativo «*tutte le controversie in materia di servizi pubblici*», senza considerare la natura delle situazioni soggettive in essa coinvolte, e nella parte in cui detta un elenco di ipotesi che normalmente non coinvolgono la pubblica amministrazione - autorità.

<sup>(36)</sup> AULETTA, *Banche e mercato mobiliare (giurisdizione in materia di)*, cit., 142; MONTEDORO, *op. cit.*, 133.

<sup>(37)</sup> AULETTA, *op. ult. cit.*, 142; MONTEDORO, *op. ult. cit.*, 133. Sul tema dei servizi pubblici si veda invece MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, 59 ss.

sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., che specificamente devolve alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie «*afferenti alla vigilanza sul credito*».

In questo modo, il legislatore ha confermato quell'orientamento che vede a fronte dell'esercizio del potere di vigilanza, in quanto potere autoritativo e discrezionale, la posizione sostanziale dell'interesse legittimo, la cui tutela trova sede naturale nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo <sup>(38)</sup>.

Maggiori dubbi interpretativi accompagna(va)no il riparto di giurisdizione in materia di sanzioni, nonostante la previsione *ad hoc* ugualmente inserita nel Codice del processo amministrativo - art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a.: «*le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dalla Commissione nazionale per le società e la borsa, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209*» -, con la quale certamente il legislatore ha cercato di realizzare il difficile coordinamento delle previsioni di cui al d.lgs. n. 80/1998 con talune discipline di settore, che invece prevedevano la giurisdizione del giudice ordinario.

Si pensi all'ormai abrogato art. 1 del d.lgs. n. 5/2003, che riservava al giudice ordinario la giurisdizione in materia di controversie relative all'esercizio del potere di irrogazione di sanzioni pecuniarie in materia bancaria e finanziaria,

---

<sup>(38)</sup> Il legislatore sembra dunque dare applicazione alla c.d. teoria della natura del potere che fa dipendere la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo dalla natura discrezionale o vincolata del potere esercitato dalla pubblica amministrazione.

ma soprattutto a quelle previsioni contenute nei Testi Unici delle leggi in materia bancaria e in materia finanziaria, che rimettevano le doglianze avverso i provvedimenti sanzionatori alla giurisdizione della competente Corte di appello<sup>(39)</sup>.

I dubbi nascevano proprio dalla difficoltà di correttamente qualificare la posizione sostanziale del soggetto che subisce il provvedimento sanzionatorio.

Per un primo orientamento, l'attività sanzionatoria, diversamente da quella di vigilanza, implica l'esercizio di un potere amministrativo vincolato, a fronte del quale può individuarsi solo una posizione di diritto soggettivo. Di qui la giurisdizione in materia sanzionatoria in capo al giudice ordinario.

La natura vincolata dell'attività sanzionatoria e le posizioni giuridiche di diritto soggettivo dei sanzionati erano dunque gli argomenti principali adottati dall'orientamento prevalente, avallato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che radicava la giurisdizione in capo al giudice ordinario<sup>(40)</sup>.

Altro argomento utile al riparto veniva tratto dalla classificazione delle sanzioni in «*afflittive - retributive*» e in quelle aventi carattere «*satisfattivo - ripristinatorio*»<sup>(41)</sup>. In sostanza, quando la sanzione è afflittiva - retributiva, si

---

<sup>(39)</sup> Sino all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori irrogati dalle Autorità amministrative indipendenti erano attribuite alla giurisdizione amministrativa nella loro totalità, ad eccezione di quelle concernenti la Consob e la Banca d'Italia, devolute alla giurisdizione amministrativa solo con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010. L'art. 195, comma 4, T.U. Finanziario, per esempio, nella versione *ante* abrogazione (art. 4, comma 1, n. 19, allegato 4 del d.lgs. n. 104/2010) prescriveva che «[a]vverso il provvedimento di applicazione delle sanzioni previste dal presente titolo è ammessa opposizione alla corte d'appello del luogo in cui ha sede la società o l'ente cui appartiene l'autore della violazione ovvero, nei casi in cui tale criterio non sia applicabile, del luogo in cui la violazione è stata commessa». L'art. 145, comma 4, T.U. bancario, nella versione antecedente all'abrogazione, disposta dal d.lgs. n. 104/2010 (art. 4, comma 1, n. 17, dell'allegato 4), invece prevedeva: «*Contro il provvedimento che applica la sanzione è ammessa opposizione alla corte di appello di Roma*».

<sup>(40)</sup> Cass., sez. Un., 23 gennaio 2004, n. 1235, in *Giust. civ., Mass.*, 2004, 1, in *Foro it.*, 2004, I, 1781 e in *Foro amm., CdS*, 2004, 88; Cass., sez. Un., 21 maggio 2004, n. 9731, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, 21, 68, con nota di GIULIANI; Cass., sez. Un., 22 luglio 2004, n. 13709, in *Giust. civ., Mass.*, 2004, 7 - 8 e in *Foro amm., CdS*, 2004, 2004; Cass., sez. Un., 24 gennaio 2005, n. 1362, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 1.

<sup>(41)</sup> Le sanzioni «*afflittive - retributive*» sono tese a punire il soggetto resosi responsabile di illecito e a retribuire l'illecito attraverso la diminuzione patrimoniale inflitta al suo autore; quelle aventi carattere «*satisfattivo - ripristinatorio*», mirano essenzialmente alla reintegrazione dell'interesse pubblico leso dalla violazione. Cfr. RASCIO, *Sanzioni amministrative*, in VERDE (a cura di), *Dizionario della giurisdizione*, Torino, 2010, 593 ss.; COMINO, *Sanzioni Consob: è in pericolo la giurisdizione amministrativa?*, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 9, 1847, il quale evidenzia

sostanza una posizione di diritto soggettivo, quale «*il diritto a non essere sottoposto a una prestazione patrimoniale se non nei casi espressamente previsti dalla legge*»<sup>(42)</sup>, con giurisdizione del giudice ordinario; quando è satisfattivo - ripristinatoria, ad essa si contrappone un interesse legittimo e quindi la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, in quanto la sanzione ha lo scopo di realizzare indirettamente l'interesse specificamente affidato all'amministrazione che la irroga e resta compresa nell'area di esercizio della sua discrezionalità amministrativa.

Vi era poi chi concepiva l'attività di vigilanza comprensiva della potestà di sanzionare il soggetto vigilato e chi invece individuava nel *genus* delle sanzioni amministrative, sanzioni strettamente collegate ai poteri di vigilanza e controllo, e sanzioni che sono espressione di un distinto potere dell'Amministrazione pubblica. Le prime, avendo contenuto interdittivo - sospensivo, sono espressione dell'attività di vigilanza, per cui il relativo sindacato spetta al giudice amministrativo. Le seconde invece sarebbero propriamente le sanzioni amministrative pecuniarie previste per esempio dal T.U. finanziario, con cognizione del giudice ordinario.

Orbene, l'inserimento della lett. l) nell'art. 133, comma 1, c.p.a. non è valso a porre fine alla *querelle*.

La disposizione è stata, infatti, recentemente interpretata (e giustificata) in maniera diversa dalla giurisprudenza ordinaria e da quella amministrativa, le quali, salvo interventi sottesi alla salvaguardia «*delle rispettive prerogative giurisdizionali*»<sup>(43)</sup>, hanno discusso della tenuta costituzionale della previsione di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo pure in materia di sanzioni.

---

come tale distinzione nel tempo abbia svolto un ruolo decisivo ai fini dell'individuazione del giudice competente.

<sup>(42)</sup> Cfr. RASCIO, *op. cit.*, 593 ss. e AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 91, nt. 33, per il quale: «*Se è lecito ... intendere come diminuzione patrimoniale non subvalente rispetto a quella meramente pecuniaria la diminuzione che [per il sistema ABF] deriverebbe all'intermediario dall'integrità reputazionale colpita dall'inadempimento, sembra per conseguenza poter concludere, quanto alla natura della posizione soggettiva, in senso adesivo a quanto ... definito in ordine alla situazione giuridica di ogni altro sanzionando per via amministrativo - pecuniaria*», cioè come «*diritto soggettivo all'integrità reputazionale dell'intermediario*».

<sup>(43)</sup> COMINO, *op. cit.*, 1847 ss.

La Corte di appello di Torino, sezione I, con la ordinanza del 25 marzo 2011, ha rimesso alla Consulta censure di costituzionalità (anche) dell'art. 133, comma, 1 lett. l), c.p.a. sul presupposto della diversa natura dell'attività di vigilanza rispetto a quella sanzionatoria <sup>(44)</sup>.

Per il giudice ordinario, la prima si realizza attraverso l'esercizio di un potere amministrativo caratterizzato da discrezionalità, per cui in capo al destinatario non può non configurarsi una posizione di interesse legittimo, che giustifica la giurisdizione amministrativa in materia di vigilanza.

L'attività sanzionatoria, invece, è priva di caratteri di discrezionalità, essendo contraddistinta *«dalla doverosità, sul lato dell'autorità indipendente, e dalla tutela dei diritti soggettivi, sul lato del sanzionato»*.

La Corte di appello sottolinea, dunque, i profili differenziali delle due attività, rilevando come la *«vigilanza ben può concludersi senza intervento sanzionatorio e, viceversa, il profilo sanzionatorio dev'essere attuato anche su segnalazione di terzi, in assenza di un'attività di vigilanza, così dimostrandosi la sola occasionale connessione fra i due aspetti e quindi la non ricomprensione nell'ambito di quei casi particolari considerati dalla sentenza [costituzionale n. 204/2004]»* <sup>(45)</sup>.

Il dibattito sulla giurisdizione dunque è correlato (ancora oggi) alla natura dell'attività sanzionatoria <sup>(46)</sup> e, in effetti, la tesi della separazione fra attività di vigilanza ed attività sanzionatoria è stata successivamente riconosciuta nella

---

<sup>(44)</sup> Cfr. l'ordinanza n. 220 di promovimento del giudizio incidentale di costituzionalità, emessa dalla Corte d'appello di Torino il 25 marzo 2011, in *G. U., s.s. Corte costituzionale*, 26 ottobre 2011, n. 45, con la quale ha proposto *«la questione di legittimità costituzionale in relazione ... all'art. 44 legge 18/6/2009, n. 69, nonché agli artt. 133, comma 1, lett. l), 135, comma 1, lett. c) del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva amministrativa in generale, e del T.A.R. Lazio - Sede di Roma in specie, le controversie relative alle sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB, ed ancora dell'art. 4, comma 1, n. 19 dell'allegato n. 4, d.lgs. 2010, n. 104 nella parte in cui abroga l'art. 187-septies, comma 4 d.lgs. 1998, n. 58, in quanto apparentemente configgenti con gli artt. 3; 76; 103, comma 1 e 113, comma 1; 111, comma 2, 7, 8 Cost.»*.

<sup>(45)</sup> V. la citata ordinanza di rimessione n. 220/2011 della Corte di appello di Torino (25 marzo 2011).

<sup>(46)</sup> Come rilevato anche in dottrina (COMINO, *op. cit.*, 1847) le criticità che accompagnano l'attività sanzionatoria della Consob riguardano anche l'esercizio della corrispondente attività della Banca d'Italia. Le novità legislative introdotte circa la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, infatti, riguardano entrambe le Autorità indipendenti.

formulazione, modificata dall'art. 7 della legge n. 205/2000, dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, il quale devolveva alla giurisdizione amministrativa tutte le controversie afferenti alla vigilanza sul mercato mobiliare, rimettendo implicitamente alla giurisdizione ordinaria quelle attinenti ai provvedimenti sanzionatori emessi dalla Banca d'Italia e dalla Consob<sup>(47)</sup>.

Per il T.A.R. Lazio, sezione I, 9 maggio 2011, n. 3934, all'opposto, la estensione della giurisdizione esclusiva ai provvedimenti frutto di potestà sanzionatoria è avvenuta proprio «*in ragione della stretta connessione tra potere di vigilanza, costituente già servizio pubblico nei settori di cui all'art. 33 d.lgs. 80/1998, e potere sanzionatorio*»<sup>(48)</sup>.

Il giudice amministrativo, senza soffermarsi sulla classificazione delle sanzioni in afflittive e ripristinatorie, costruisce, come già aveva fatto in passato<sup>(49)</sup>, la propria giurisdizione sul rapporto di *strumentalità e consequenzialità*

---

<sup>(47)</sup> Cfr. Cass., sez. Un., 22 luglio 2004, n. 13709, in *Giust. civ., Mass.*, 2004, 7-8 e in *Foro amm., CdS*, 2004, 2004; Cass., sez. Un., 23 gennaio 2004, n. 1235, in *Giust. Civ., Mass.*, 2004, 1, in *Foro it.*, 2004, I, 1781 e in *Foro amm., CdS*, 2004, 88; Cass., sez. Un., 21 maggio 2004, n. 9731, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, 21, 68, con nota di GIULIANI; Cass., sez. Un., 24 gennaio 2005, n. 1362, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 1. In dottrina cfr. COMINO, *op. cit.*, 1847.

In effetti, prima dell'intervento delegato dall'art. 44 della legge n. 69/2009, la giurisprudenza (v. per esempio Cass., sez. Un., 15 luglio 2010, n. 16577) e il legislatore, salvo alcune incertezze, erano concordi nel riconoscere la giurisdizione in materia di sanzioni al giudice ordinario, tant'è che la stessa Consob, durata le fasi di approvazione del processo amministrativo (audizione informale del 20 maggio 2010, in [www.consob.it](http://www.consob.it), alla voce *Comunicati, interventi e convegni - Audizioni e interventi*, 3) esprime il proprio parere a mantenere la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto «*la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche delle controversie aventi ad oggetto le sanzioni comminate dalla Consob, prevista dallo schema del Codice, in corso di approvazione, appare non coerente con i principi ... che, ad avviso pacifico della dottrina e della giurisprudenza, giustificano il radicamento della giurisdizione del giudice ordinario sugli atti sanzionatori, compresi quelli della Consob; tali atti sono da considerare espressione di "un'attività vincolata che, proprio per questo, non può essere assimilata, pur essendo ad essa strettamente collegata, a quella di vigilanza, le cui modalità di esercizio non sono invece rigidamente predeterminate"*».

<sup>(48)</sup> Si veda la pronuncia del T.A.R., Roma, Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3934, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 9, 1847: per il giudice amministrativo, diversamente da quello ordinario, non può qui rinvenirsi un eccesso di delega e, quindi un contrasto dell'art. 133, comma 1, lett. l), d.lgs. n. 104/2010, con l'art. 76 Cost., in quanto la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Consob - per la quale Autorità, nel regime previgente, ai sensi degli artt. 195 e 187-*septies*, d.lgs. 58/1998, erano devolute alla giurisdizione ordinaria - trova ragione nell'esigenza di concentrazione della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo, che costituisce uno dei principi espressamente indicati dalla legge delega.

<sup>(49)</sup> Il riferimento è alla pronuncia del T.A.R., Lazio, Roma, 25 gennaio 2005, n. 561, in *Foro amm.*, T.A.R., 2005, 114. Sulla intrinseca connessione del potere sanzionatorio con quello di



intercorrente tra l'attività di vigilanza e quella sanzionatoria <sup>(50)</sup>. Ancora una volta dunque l'irrogazione delle sanzioni viene considerata come un momento della vigilanza sul mercato, teso a renderla effettiva <sup>(51)</sup>.

In conclusione, il panorama normativo e giurisprudenziale - almeno fino al prossimo intervento della Corte costituzionale - non fornisce indicazioni utili a costruire con certezza la posizione giuridica sostanziale dell'intermediario, che subisce la sanzione reputazionale, come diritto soggettivo ovvero come interesse legittimo. Tuttavia certo è che nel contesto in cui opera l'ABF, la sanzione reputazionale, pur espressione del potere sanzionatorio della Banca d'Italia, costituisce il momento conclusivo dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia, individuandosi qui una sicura *strumentalità* e *consequenzialità* tra le due attività.

In ogni caso, la sanzione è frutto dell'esercizio di un potere amministrativo discrezionale, posto in essere da un'Amministrazione agente come Autorità.

---

vigilanza si veda anche la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, 29 luglio 2005, n. 15916, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 6, per le quali la vigilanza sul mercato mobiliare si esplica mediante l'esercizio di una serie di poteri nei confronti dei «*soggetti abilitati*», «*diretti ad assicurare che i loro comportamenti siano "trasparenti" e "corretti" e la loro gestione sia sana e prudente (art. 5 e 91 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58) onde la posizione di tali soggetti nei confronti dell'Autorità [di vigilanza] si configurano, in linea di massima, come interessi legittimi*».

<sup>(50)</sup> Per il giudice amministrativo non è così scontato ritenere che la posizione soggettiva sostanziale incisa da un provvedimento sanzionatorio abbia la natura del diritto soggettivo, perché posta la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, la situazione sostanziale contrapposta all'esercizio del potere può essere individuata in relazione al modo in cui l'Amministrazione esercita il potere. Per cui, essendo in sostanza l'interesse legittimo «*una situazione ontologicamente collegata all'esercizio autoritativo ed unilaterale del potere amministrativo*», deve concludersi «*per la posizione di interesse legittimo, quando la matrice dell'agere amministrativo è l'esercizio della relativa funzione con moduli autoritativi, e cioè l'attività procedimentalizzata finalizzata alla tutela di un interesse della collettività*». Quando invece l'Amministrazione pubblica, per realizzare le finalità pubbliche, agisce non in via autoritativa, ma con atti paritetici, allora a fronte dell'esercizio del potere amministrativo, vi è la posizione del diritto soggettivo.

Nella specie, il T.A.R. ritiene che la materia delle controversie relative ai provvedimenti sanzionatori applicati dalla Consob rientri nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, *in primis* perché materia particolare caratterizzata dall'esercizio di pubblici poteri, per cui dubbi di costituzionalità dovrebbero essere nutriti per la precedente normativa attributiva della giurisdizione al giudice ordinario; *in secundis*, perché a fronte del potere pubblico ravvisa un posizione di interesse legittimo, in quanto «*la sanzione è irrogata all'esito dell'accertamento*» di un «*fatto complesso*», qual è «*il compimento dell'illecito*» e, quindi all'esito «*dell'esercizio del potere di vigilanza*». Per cui, da questo punto di vista anche l'attività sanzionatoria è contraddistinta da discrezionalità.

<sup>(51)</sup> Cfr. T.A.R., Roma, Lazio, sez. I, 09 maggio 2011, n. 3934, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 9, 1847; T.A.R., Lazio, Roma, 25 gennaio 2005, n. 561, in *Foro amm.*, T.A.R., 2005, 114; COMINO, *op. cit.*, 1847.

Da questo punto di vista, a fronte del potere amministrativo autoritario e discrezionale della Banca d'Italia dovrebbe rinvenirsi una posizione di interesse legittimo <sup>(52)</sup> dell'intermediario, che giustificherebbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia alla luce della lett. c) che della lett. l) dell'art. 133, comma 1, c.p.a. <sup>(53)</sup>, salvo ritenere la lesione dell'integrità reputazionale dell'intermediario in conseguenza dell'inadempimento «una diminuzione patrimoniale non subvalente rispetto a quella meramente pecuniaria» <sup>(54)</sup>.

Del resto il T.U. bancario non include la sanzione reputazionale tra le sanzioni amministrative pecuniarie espressamente previste. Tra queste vi è quella che la Banca d'Italia in maniera vincolata deve applicare in caso di mancata adesione dell'intermediario all'ABF, proprio perché la sanzione pecuniaria li consegue ad un'attività vincolata, qui invece quella reputazionale consegue all'esercizio di un potere di discrezionalità della Banca d'Italia.

A tali considerazioni si aggiunga che nelle questioni sanzionatorie è frequente l'intreccio di posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo, il che giustifica ulteriormente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «quale giudice anche dei diritti» <sup>(55)</sup>, in rispetto al principio della concentrazione della tutela giurisdizionale espresso dal legislatore nella delega contenuta nell'art. 44, della legge n. 69/2009 (comma 2, lett. b), n. 1), di riordino delle «norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni».

---

<sup>(52)</sup> Da questo punto di vista, essendoci una norma di legge che attribuisce alla Banca d'Italia un potere pubblico (di vigilanza) da esercitarsi in via autoritativa e discrezionale, allora il rapporto giuridico Banca d'Italia - intermediario va descritto in linea generale in termini di potestà-interesse legittimo. Sulla natura del rapporto giuridico di diritto pubblico, si veda BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 2008, 5 ss.

<sup>(53)</sup> Si consideri però che ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. c), c.p.a., «le controversie di cui all'art. 133, comma 1, lett. l), fatta eccezione per quelle di cui all'articolo 14, comma 2, nonché le controversie di cui all'art. 104, comma 2, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385» sono devolute alla competenza funzionale inderogabile del T.A.R., Lazio, sede di Roma, «salvo ulteriori previsioni di legge».

<sup>(54)</sup> sia consentito rinviare alla nota n. 43 della presente sezione.

<sup>(55)</sup> V. la pronuncia del T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 27 ottobre 2010, n. 3830, in *Foro amm.*, TAR, 2010, 10, 3338 ss.

**(Segue) le singole azioni.**

4.1. - Ora, in linea generale la tutela degli interessi legittimi nell'ambito della giurisdizione esclusiva segue il modello proprio della giurisdizione di legittimità. Tuttavia, poiché le materie devolute alla giurisdizione esclusiva sono di frequente caratterizzate dall'intreccio tra posizioni di interesse legittimo e posizioni di diritto soggettivo, la tutela richiedibile al giudice amministrativo non si ferma alla tutela costitutiva di annullamento del provvedimento illegittimo ma si estende anche all'accertamento del rapporto giuridico sottostante, con possibilità per il giudice di adottare le statuizioni più idonee a soddisfare l'interesse sostanziale del privato, riconoscendogli anche il bene della vita <sup>(56)</sup>.

Ne consegue, pur nel silenzio della normativa specifica, che qualora l'intermediario *soccombente* voglia dolersi dell'applicazione della sanzione reputazionale, egli possa adire il giudice amministrativo ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 104/2010 mediante azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere entro il termine di sessanta giorni dall'applicazione della sanzione. In quella sede potrà chiedere al giudice amministrativo l'eliminazione degli effetti che la Banca d'Italia, in virtù del potere attribuitogli dalla legge, ha prodotto unilateralmente nella sua sfera giuridica, impugnandone la fonte diretta, quale il provvedimento applicativo della sanzione.

Quindi il risultato immediato che l'intermediario può conseguire è l'annullamento della sanzione, da cui scaturisce, come conseguenza della cognizione svolta sulla sua legittimità, l'obbligo della Banca d'Italia di conformare l'esercizio del potere di vigilanza a quanto statuito dal giudice.

In tale ambito, il giudice amministrativo può altresì condannare la Banca d'Italia al risarcimento dei danni conseguenti, cioè derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa (art. 30, comma 2, c.p.a.).

---

<sup>(56)</sup> Tra l'altro l'art. 134 c.p.a. riconosce al giudice amministrativo l'esercizio della giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni (pecuniarie) la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti - lett. c).

Sia l'azione di annullamento che quella di condanna (al risarcimento dei danni) presuppongono la conclusione del procedimento amministrativo di vigilanza. Ai sensi dell'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 104/2010, in nessun caso il giudice può pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. Ciò non esclude, trattandosi di giurisdizione esclusiva, che nel periodo intercorrente tra la pronuncia dell'Organo giudicante e l'applicazione della sanzione reputazionale, l'intermediario possa agire sempre ai sensi dell'art. 30, d.lgs. n. 104/2010, in via autonoma per chiedere la condanna della Banca d'Italia a non rendere pubblica l'inadempienza. Proprio l'autonomia dell'azione di condanna, garantita per i casi di giurisdizione esclusiva dall'art. 30, comma 1, c.p.a., sembra consentire all'intermediario, *«finanche prescindendo dall'annullamento del provvedimento sanzionatorio ove non già adottato»*, di promuovere tale azione dopo la determinazione dell'Organo giudicante ABF e il consapevole rifiuto della Banca d'Italia di non darvi attuazione per non averlo ritenuto giudizio erroneo <sup>(57)</sup>.

In ogni caso, all'intermediario non sarebbe precluso richiedere la *«emanazione di misure cautelari ... che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso»*, così come dispone l'art. 55, comma 1, del d.lgs. n. 104/2010.

Quanto al cliente, la posizione sostanziale è chiaramente diversa da quella dell'intermediario.

Sul cliente - consumatore l'Autorità di vigilanza non esercita alcun potere, in quanto soggetto che invece è tenuta a tutelare. Di conseguenza la sua posizione sostanziale nei confronti della Banca d'Italia assume la consistenza di un diritto soggettivo <sup>(58)</sup>, che non essendo collegato ad alcuna relazione di potere con la pubblica amministrazione, non può essere leso dal provvedimento amministrativo

---

<sup>(57)</sup> Cfr. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 90.

<sup>(58)</sup> Cfr. Cass., sez. Un., 2 maggio 2003, n. 6719, in *Giust. civ.*, I, 2003, 1488.

applicativo della sanzione <sup>(59)</sup>, e in caso di violazione può ricevere tutela solo innanzi al giudice ordinario <sup>(60)</sup>.

Tuttavia, l'art. 128-*bis* T.U. bancario riconosce al cliente un diritto a ricorrere all'ABF, cioè un diritto procedimentale, ascrivibile nei c.d. diritti processuali dei consumatori <sup>(61)</sup>.

Ebbene, tale diritto, così come riconosce in via esclusiva al cliente - consumatore la iniziativa procedimentale innanzi all'ABF, consentendogli di attivare indirettamente il procedimento di vigilanza della Banca d'Italia, allo stesso modo lo legittima ad agire innanzi al giudice amministrativo in caso di silenzio della stessa Banca d'Italia.

In altri termini, qualora la Banca d'Italia non applichi la sanzione reputazionale all'intermediario, nonostante l'Organo giudicante ABF si sia pronunciato in favore del cliente ricorrente, questi può agire ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 104/2010 avverso il silenzio dell'amministrazione procedente - *«fermo naturalmente il potere di impugnare il provvedimento esplicito di archiviazione»* <sup>(62)</sup> - e, in tal modo, assicurarsi una decisione giudiziale attestante la fondatezza della pretesa ad irrogare la sanzione reputazionale in capo all'intermediario, in quanto attività per la quale *«non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»* (comma 3).

Infine, attenendo ad un diverso rapporto giuridico, cioè quello intermediario - cliente, restano chiaramente impregiudicate dalle azioni giurisdizionali *amministrative*, quelle *ordinarie* che, in ogni caso, sia il cliente che l'intermediario possono proporre innanzi al giudice ordinario per far valere la medesima pretesa avanzata innanzi all'ABF e rimasta, nonostante il procedimento svolto (art. 128-*bis* T.U. bancario), insoddisfatta.

---

<sup>(59)</sup> Tra il cliente - consumatore e l'Autorità di vigilanza non c'è alcun rapporto giuridico se non quando il comportamento della seconda assurge a fonte di danno per il primo.

<sup>(60)</sup> Cass. sez. Un., 29 luglio 2005, n. 15916, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 6.

<sup>(61)</sup> In merito sia consentito rinviare alle considerazioni svolte nel Capitolo 1, § 4.1.

<sup>(62)</sup> AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 90.

## La revocazione e la correzione della delibera ABF.

5. - Nelle considerazioni fin qui svolte circa i rimedi di tutela giudiziale ai quali la clientela e gli intermediari possono fare ricorso, non può essere trascurata l'ipotesi in cui l'Organo giudicante ABF emani una delibera ingiusta e/o erronea <sup>(63)</sup>.

Premesso che l'accertamento dei fatti operato dai Collegi ABF, per i motivi illustrati, non è direttamente sindacabile in sede giudiziale, e che la delibera ABF di per sé non compromette mai la situazione sostanziale delle parti, si ritiene che nella ipotesi considerata vada anzitutto esclusa la esperibilità, *rectius* l'ammissibilità del rimedio revocatorio *ex art. 395 c.p.c.*

La conclusione muove da osservazioni svolte circa una vicenda verificatasi innanzi al Collegio di Milano dell'ABF, cui si è già fatto cenno <sup>(64)</sup>: il riferimento è alla pronuncia del 24 febbraio 2011, con la quale il Collegio di Milano accoglie parzialmente il ricorso inoltrato all'ABF, in sostanza per non aver l'intermediario ottemperato all'onere della prova. Quest'ultimo, insoddisfatto della delibera, chiede al Collegio ABF la revocazione della pronuncia ai sensi dell'art. 395, comma 4, c.p.c., in quanto determinazione assunta sulla base di un fatto non veritiero: a dire dell'intermediario il documento comprovante le sue difese, per mero errore materiale, non è stato allegato alla documentazione presentata alla Segreteria tecnica e, data la utilità del documento ai fini dell'accoglimento del ricorso, l'intermediario si sarebbe atteso una richiesta di reintegrazione da parte del Collegio, «*stante le attribuzioni formalmente devolute alla Segreteria Tecnica*». In uno con la revocazione della decisione, chiede al Collegio di Milano altresì la sospensione del termine di trenta giorni concesso all'intermediario per la prova dell'adempimento della predetta pronuncia.

---

<sup>(63)</sup> Cfr. CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 130, per i quali «è lecito immaginare che un intermediario adempia "con riserva" quando la decisione appaia "ingiusta", evitando così, nell'immediato, la gogna mediatica, ma ripromettendosi di far valere le sue ragioni in via giudiziaria. La decisione Abf favorevole al cliente sarà, in tal caso, paragonabile negli effetti ad una clausola di solve et repete, in grazia della quale il diritto del cliente troverà immediata soddisfazione, l'onere di assumere l'iniziativa giudiziale gravando poi sull'intermediario».

<sup>(64)</sup> Si veda *retro* Capitolo 2, § 6.

Nella riunione del 28 aprile 2011, il Collegio ABF di Milano si occupa della nota inviata gli il 13 aprile 2011 dall'intermediario e, pur ammettendo la revocazione *ex art. 395 c.p.c.* degli atti conclusivi del procedimento riconducibile all'art. 128-*bis* T.U. bancario, ne esclude tuttavia l'esercizio nello specifico, sul rilievo che il motivo revocatorio addotto dall'intermediario, «*ossia la mancata produzione di un documento che si assume decisivo da parte di una delle parti, manifestatamente non rientra in alcuno dei casi tassativi previsti dall'art. 395 c.p.c.*»<sup>(65)</sup>.

Ciò posto, si ritiene che alla conclusione del Collegio di Milano di ammettere in linea generale la revocazione *ex art. 395 c.p.c.* nel contesto dell'ABF osti innanzitutto una considerazione di ordine logico: la delibera dell'Organo giudicante dell'ABF non è un atto terminativo. Vale a dire, pur trattandosi dell'atto che materialmente chiude la fase decisoria del procedimento di cui all'art. 128-*bis* T.U. bancario, non è altresì l'atto conclusivo del procedimento di vigilanza a cui si presta, pur rappresentandone la sostanza. Non genera in capo alla clientela e agli intermediari una soccombenza in senso sostanziale e materiale che potrebbe essere definitivamente pregiudicata dalla mancata proposizione di una impugnazione di merito.

---

<sup>(65)</sup> Così nella decisione del Collegio ABF di Milano, trascritta nel verbale della riunione del 28 aprile 2011.

Secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza l'errore di fatto di cui al n. 4, dell'art. 395 c.p.c. sussiste quando «*da una pura e semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio*», l'organo giudicante è indotto «*a decidere di un falso presupposto di fatto, cioè facendo ritenere esistente un fatto documentalmente escluso o inesistente un fatto documentalmente provato*»; quando attiene ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato; quando il fatto costituisce un elemento decisivo della decisione da revocare, «*necessitando cioè un rapporto di causalità tra l'erronea supposizione e la pronuncia stessa*». L'errore di fatto revocatorio si configura quindi come un abbaglio dei sensi che può essere apprezzato solo quando risulti da atti o documenti ritualmente acquisiti agli atti del giudizio. Di qui la inammissibilità del rimedio revocatorio rispetto a documenti non prodotti ovvero per un errore di fatto la cui dimostrazione avviene depositando il documento per la prima volta nel giudizio di revocazione. Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2011, n. 498, in *Foro amm.*, CdS, 2011, 1, 74; Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2010, n. 3083, in *Foro amm.*, CdS, 2010, 9, 2007; Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 708; 17 gennaio 2008, n. 6279; Cons. Stato, sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4607; 16 settembre 2008, n. 4361; 20 luglio 2007, n. 4087; Cass., sez. I, 22 gennaio 1980, n. 491, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1980, fasc. 1.

Il giudizio di revocazione, come noto, attiene a vizi nella formazione della volontà del giudice i quali, per essere fatti valere, richiedono che tale volontà si sia definitivamente espressa sulla situazione sostanziale vantata dalle parti <sup>(66)</sup>.

Si ricordi infatti che la revocazione nasce come l'*extraordinarium auxilium* concesso nei casi gravi e tassativi avverso le decisioni inoppugnabili <sup>(67)</sup>, ponendosi come rimedio diretto ad attaccare principalmente il giudicato <sup>(68)</sup>.

È ammessa avverso le sentenze pronunciate in unico grado o in grado di appello, le sentenze non più appellabili e avverso le sentenze pronunciate dalla Corte di cassazione <sup>(69)</sup>. E anche quando la originaria normativa codicistica è stata integrata per l'individuazione degli ulteriori provvedimenti impugnabili, la estensione ha avuto riguardo sostanzialmente i provvedimenti decisori, seppur privi della forma di sentenza, o comunque aventi «*sostanza di sentenza*» <sup>(70)</sup>.

E' il caso (per esempio) del decreto ingiuntivo non opposto, per il quale è esclusa però la revocazione ai sensi dei nn. 3 e 4 dell'art. 395 c.p.c. (art. 656 c.p.c.); del lodo rituale, per il quale è ammessa la sola revocazione straordinaria (art. 831 c.p.c.) <sup>(71)</sup>; e, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, delle

---

<sup>(66)</sup> Cfr. in giurisprudenza Cass., 21 dicembre 1999, n. 14359, in *Gius. civ., Mass.*, 1999, 2592, e Cass., sez. lavoro, 3 marzo 2001, n. 3104, in *Giust. civ., Mass.*, 2001, 393.

<sup>(67)</sup> IMPAGNATIELLO, voce *Revocazione*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, 470; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Profili generali*, II, Padova, 2008, 563 ss.

<sup>(68)</sup> La revocazione risponde ad una esigenza di giustizia, qual è quella, non di correggere le ingiustizie o le invalidità frutto di errori di giudizio del giudice o delle parti, ma di apprestare un particolare rimedio «*allorché un giudizio ... si manifesti ... affetto da "sintomi gravi di ingiustizia" dovuti a circostanze patologiche e spesso nascoste (anche al giudice)*», che hanno inciso sul giudizio, deviandone l'esito. Quando ciò accade, il bisogno di giustizia prevale sull'esigenza di stabilità, presidiata appunto dal giudicato, che «*in casi - limite, può allora cedere il passo ed essere "revocato"*». V. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 563.

<sup>(69)</sup> La disciplina codicistica originariamente non includeva le sentenze della Corte di cassazione tra le pronunce revocabili. A seguito dell'intervento della Corte costituzionale (sent. 30 gennaio 1986, n. 17), che ha ipotizzato la revocazione per errore di fatto anche delle sentenze della Corte Suprema, il legislatore ordinario ha introdotto nel Codice di rito l'art. 391-*bis*, ammettendo la revocazione per errore di fatto avverso tutte le sentenze della Corte di cassazione. Il legislatore del 2006, poi, ha esteso la proponibilità della revocazione straordinaria contro le sentenze di merito della Corte di cassazione (art. 391-*ter* c.p.c.).

<sup>(70)</sup> CONSOLO, *op. cit.*, 566.

<sup>(71)</sup> Autorevole dottrina ritiene che i motivi della revocazione ordinaria siano assorbiti nell'impugnazione per nullità del lodo rituale di cui all'art. 827 c.p.c. (VERDE, *Diritto processuale civile*, 2. *Processo di cognizione*, Bologna, 2010, 279).



ordinanze di convalida di licenza e di sfratto, per le ipotesi di mancata comparizione o opposizione dell'intimato <sup>(72)</sup> <sup>(73)</sup>.

È il caso, cioè di ipotesi in cui la giustificazione della estensione risiede nella idoneità dei provvedimenti a definire il giudizio con efficacia di giudicato.

Non va trascurato poi che in caso di errata ricostruzione dei fatti la Banca d'Italia ha il potere (e dovere) di disattendere la delibera ABF e non applicare la sanzione reputazionale. Ricorre, cioè, una ipotesi in cui la Banca d'Italia *deve* disattendere la delibera ABF se non vuole incorrere in un «*eccesso di potere*» tale da render annullabile la sanzione reputazionale innanzi al giudice amministrativo.

In caso di vizio revocatorio del giudizio ABF a cui la Banca d'Italia faccia comunque seguito per l'applicazione della sanzione reputazionale, difetta il corretto esercizio dell'azione di vigilanza della Banca d'Italia, di tal che, l'intermediario in sua tutela, ove la sanzione già gli sia stata applicata, può chiedere al giudice amministrativo l'annullamento del provvedimento illegittimo (art. 29 c.p.a.), ove invece non gli sia stata ancora applicata, la condanna della Banca d'Italia a non rendere pubblica la inadempienza (art. 30 c.p.a.).

Inoltre, nonostante si sia messo in luce il meccanismo bifasico che si innesta innanzi all'ABF <sup>(74)</sup>, si è altresì evidenziata la diversità funzionale delle due fasi, per cui in nessun caso, come del resto accade in qualsiasi processo civile, l'intermediario può formulare altre richieste all'Organo giudicante, una volta avviata e conclusa innanzi all'adito organismo la fase decisoria <sup>(75)</sup>.

---

<sup>(72)</sup> Il riferimento è alle pronunce della Corte cost., 20 dicembre 1989, n. 558, in *Foro it.*, 1990, I, 372, e Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 51, in *Foro it.*, 1995, I, 2414. L'esperibilità della revocazione per errore di fatto o per dolo di una parte in danno dell'altra vale ad attribuire a queste ordinanze la natura di atto giurisdizionale decisivo, reso in unico grado, e come tale non appellabile (Cass., sez. III, 10 marzo 2005, n. 5329, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 4), senza per questo qualificarle come sentenze, avverso le quali esperire le normali impugnazioni di cui all'art. 323 c.p.c. (Cass., sez. I, 15 gennaio 1996, n. 270, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1056).

<sup>(73)</sup> Non va trascurato che l'istituto è previsto dalla legge anche nel processo amministrativo e in quello tributario.

<sup>(74)</sup> Si veda quanto rilevato nel § 2 della presente sezione.

<sup>(75)</sup> E ciò nonostante nel § 5, sezione VI, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 20, sia precisato che richieste o comunicazioni delle parti - ulteriori alla richiesta di correzione - «*conseguenti alla decisione vengono sottoposte dalla [S]egreteria tecnica al [P]residente del [C]ollegio*», il quale fornisce alle Segreterie indicazioni in ordine alla risposta da indirizzare alle parti oppure «*sottopone la questione al [C]ollegio per le opportune determinazioni*».

Escluso il rimedio revocatorio avverso la delibera ABF, per gli errori materiali o di calcolo, invece, nulla osta a rendere applicabile nel contesto dell'ABF la disciplina della correzione degli errori materiali delle sentenze, di cui agli artt. 287 ss. c.p.c. <sup>(76)</sup>, pacificamente ritenuta procedura avente natura amministrativa.

Nel procedimento per correzione, infatti, vengono in rilievo errori attinenti alla manifestazione della volontà del giudicante e non errori attinenti alla sua formazione; l'esigenza sottesa, a prescindere da valutazioni circa la responsabilità civile dei giudicanti, non è porre un rimedio avverso una pronuncia errata, ma semplicemente adeguare il testo formale della decisione alle intenzioni del giudicante, che palesemente emergono dal contesto dell'atto. Tant'è che l'interesse alla correzione di una pronuncia prescinde dalla soccombenza sostanziale <sup>(77)</sup> che, del resto, la determinazione ABF non genera nei confronti delle parti.

Il procedimento per correzione non costituisce «*un nuovo giudizio o una nuova fase processuale*» rispetto a quella in cui la decisione è stata emessa, quanto «*un mero incidente dello stesso giudizio diretto ad identificare con la sua corretta espressione grafica l'effettiva volontà*» del giudicante come già risulta espressa nell'atto emanato <sup>(78)</sup>. Inoltre, presuppone l'irrevocabilità della decisione affetta da errore correggibile, perché è chiaro che se la determinazione fosse

---

<sup>(76)</sup> L'errore materiale non è un errore di giudizio ma solo un errore nella documentazione di un giudizio esatto. Emerge dalla lettura della pronuncia senza che occorra metterla a confronto con altri documenti, laddove l'errore revocatorio deve essere fondato su una grossolana discordanza tra le affermazioni in fatto contenute nella sentenza e quanto risulta dal fascicolo processuale. Ma la distinzione non sempre è agevole. Entrambi vanno distinti dall'errore di giudizio, denunciabile invece in cassazione (art. 360, n. 5 c.p.c.). In particolare il n. 4 dell'art. 375 c.p.c. ricomprende solo l'errore di percezione dei documenti scritti che il giudice ha letto o ricordato male nel momento della decisione. Come l'errore materiale, dal quale va separato, consiste in una svista che attiene alla sfera della percezione e non a quella del ragionamento del giudice. Cfr. CONSOLO, *op. cit.*, 106, 569; VERDE, *op. cit.*, 275; LUISSO, *Diritto processuale civile, Il processo di cognizione*, II, Milano, 2007, 480. In giurisprudenza v. Cass., sez. III, 15 maggio 2009, n. 11333, in *Giust. civ., Mass.*, 2009, 5, 781; Cass., sez. I, 9 settembre 2005, n. 17977, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 7/8; Cass., sez. II, 30 agosto 2004, n. 17392, in *Giust. civ., Mass.*, 7/8; Cass., sez. I, 12 dicembre 2003, n. 19040, in *Giust. civ., Mass.*, 2003, 12; Cass., sez. II, 11 aprile 2002, n. 5196, in *Giust. civ., Mass.*, 2002, 627; Cass., sez. III, 25 gennaio 2000, n. 816, in *Giust. civ., Mass.*, 2000, 135.

<sup>(77)</sup> Cfr. LUISSO, *op. ult. cit.*, 204; VERDE, *op. ult. cit.*, 280 e CONSOLO, *op. ult. cit.*, 106.

<sup>(78)</sup> Cass., sez. I, 24 marzo 1992, n. 3604, in *Giust. civ., Mass.*, fasc. 3.

revocabile allora l'errore potrebbe essere fatto valere con la mera istanza di revoca.

Si ritiene, pertanto, ammissibile il procedimento per correzione avverso la decisione dell'Organo giudicante, in quanto l'errore che viene qui in rilievo non incide su quanto già accertato tra le parti, limitandosi il procedimento ad uniformare le eventuali espressioni erranee utilizzate nel documento con la decisione stessa.

Del resto, in favore dell'ammissibilità provvedono anche le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia. In particolare, per la nuova disciplina, entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione della decisione completa di motivazione, la parte interessata può chiederne la correzione per errore materiale o di calcolo, oppure qualora sia affetta da omissioni, previa richiesta da inoltrare alla Segreteria tecnica del Collegio che ha adottato la decisione.

La richiesta, in via preliminare, è esaminata dal Presidente o da un delegato del Collegio, *«il quale, se rileva la manifesta insussistenza dei presupposti per la correzione, [la] dichiara ... inammissibile»*, altrimenti la dichiara ammissibile. La Segreteria tecnica comunica la dichiarazione di ammissibilità o di inammissibilità, ad entrambe le parti, onde consentire l'instaurazione del contraddittorio. Con la dichiarazione di ammissibilità è interrotto *«il termine a carico dell'intermediario per l'adempimento alla decisione»* <sup>(79)</sup>. In tal caso, la Segreteria tecnica, nel comunicare alle parti l'ammissibilità della richiesta di correzione, comunica loro anche l'interruzione del procedimento. Dalla dichiarazione di ammissibilità decorre il termine di trenta giorni entro il quale il Collegio si pronuncia sulla richiesta, e se la accoglie, provvede all'integrazione della determinazione <sup>(80)</sup>.

In breve, dunque, la decisione dell'Organo giudicante dell'ABF non può essere revocata *ex art. 395 c.p.c.*, non potendo essere inclusa tra quei provvedimenti aventi il contenuto di sentenza, pur essendo privi della forma di

---

<sup>(79)</sup> Cfr. il § 5, sezione VI, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia.

<sup>(80)</sup> Per le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione VI, § 5, 20, inoltre, *«[q]ualora la decisione richieda un adempimento da parte dell'intermediario, il [C]ollegio fissa il relativo termine, che decorre dalla data di comunicazione della pronuncia»*.

sentenza, tuttavia per gli errori materiali o di calcolo le parti possono avvalersi del procedimento di correzione di cui agli artt. 287 ss. c.p.c.

## CAPITOLO 3

### SEZIONE III - LA FUNZIONE TENDENZIALMENTE NOMOFILATTICA.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. L'ordinanza ABF del 6 luglio 2010. - 3. Il giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi. - 4. La legittimazione *a quo* dei Collegi ABF. - 5. L'ordinanza della Corte costituzionale del 4 luglio 2011, n. 218.

#### Premessa.

1. – L'ABF «*nel contesto dell'ordinamento sezione bancario e in relazione al sistema dei rapporti banche - clienti*» svolge altresì «*una funzione in senso lato “nomofilattica” (si parva licet componere magnis), giacché gli intermediari sono obbligati a mantenersi aggiornati in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, e a valutare i reclami dei clienti, nella prospettiva della bonaria definizione della lite, tenendo conto delle precedenti soluzioni adottate dall'Arbitro per i casi uguali o simili*».

«[L]'ABF ha [cioè] la funzione di orientare il comportamento degli intermediari, fornendo la corretta interpretazione delle norme cui essi debbono attenersi nei rapporti con i clienti» <sup>(1)</sup>. Il rispetto degli orientamenti dell'ABF rientra, infatti, tra i principi generali di correttezza cui gli intermediari sono tenuti nello svolgimento delle loro attività.

Tale funzione è assicurata per un verso, dall'attività di supporto alle Segreterie tecniche offerta dalla Struttura centrale di coordinamento, la quale, come già messo in luce <sup>(2)</sup>, (tra l'altro) si preoccupa di monitorare i «*processi di lavoro e [l]'individuazione di linee guida, al fine di garantire l'efficienza complessiva del sistema*» <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Così per l'ordinanza del Collegio ABF, Napoli, 6 luglio 2010, in *G.U.*, 1<sup>a</sup> s.s., 1 dicembre 2010, n. 48.

<sup>(2)</sup> Sia consentito qui richiamare le considerazioni svolte nel Capitolo 1, § 4 del presente studio.

<sup>(3)</sup> Si vedano le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione IV, § 2, 14.

Per altro verso, dal Collegio di coordinamento, di nuova istituzione <sup>(4)</sup>, «*composto dai presidenti dei tre Collegi nei quali si articola l'organo decidente, nonché da un membro designato dalle associazioni degli intermediari e da un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti appartenenti ai singoli Collegi*» <sup>(5)</sup>.

Per le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, infatti, qualora innanzi ad uno dei Collegi dell'ABF venga proposta una questione di particolare importanza, ovvero una questione che «*abbia dato luogo o possa dar luogo a orientamenti non uniformi tra i singoli Collegi*», il ricorso inoltrato dal cliente va rimesso ad opera del Collegio territorialmente competente all'esame del Collegio di coordinamento. Invero, la rimessione può essere disposta, in via preliminare, anche dal Presidente del Collegio territorialmente preliminare, prima che il ricorso sia esaminato dal Collegio adito.

L'attribuzione di tale facoltà anche al Presidente del Collegio territorialmente competente, per il «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011», risponde ad esigenze di snellezza e celerità della procedura; inoltre il documento precisa la funzione del Collegio di coordinamento qual è quella «*non ... solo di eliminare ex post difformità tra decisioni, ma anche di ridurre il rischio ex ante che questi casi si verifichino*».

Le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia non prevedono altresì la possibilità che siano le parti ad adire direttamente il Collegio di coordinamento, e ciò in ragione del fatto che non si tratta di un organo autonomo, nè di un «*secondo grado di giudizio*», quanto semplicemente di «*una soluzione*

---

<sup>(4)</sup> La figura del Collegio di coordinamento è stata istituita a seguito della recente revisione delle Disposizioni della Banca d'Italia. È disciplinato dal § 5, sezione III, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 11.

<sup>(5)</sup> Per le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione III, § 5, 12, i membri designati dalle associazioni, nonché i relativi supplenti, ogni anno vengono estratti a sorte dalla Banca d'Italia tra i componenti dei singoli Collegi giudicanti. Nello specifico i membri designati dalle associazioni dei clienti sono due: uno è sorteggiato tra i membri designati dalle associazioni dei consumatori e uno tra i membri espressi dalle associazioni delle altre categorie di clienti. In ogni caso l'elenco dei membri del Collegio di coordinamento e dei relativi supplenti è pubblicato sul sito web dell'ABF. Le funzioni di Presidente del Collegio di coordinamento, invece, sono svolte dal più anziano dei presidenti dei Collegi: l'anzianità è determinata dalla permanenza in carica oppure, in caso di eguale permanenza, dall'età anagrafica. La composizione del Collegio di coordinamento, in sostanza, replica quella dei Collegi territoriali.

*organizzativa interna al sistema volta a garantire l'uniformità degli orientamenti»*<sup>(6)</sup>.

In altri termini, per la normativa integrativa all'art. 128-bis T.U. bancario costituisce una particolare composizione dell'Organo giudicante dell'ABF.

Il procedimento innanzi al Collegio di coordinamento seguirà le medesime regole, circa il funzionamento, l'adozione e gli effetti delle decisioni, predisposte dalla Banca d'Italia per i procedimenti innanzi ai singoli Collegi. Non trattandosi di un «*secondo grado di giudizio*», le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia non prevedono regole di collegamento tra la sua attività e quella del Collegio territoriale adito. Con la rimessione del ricorso al Collegio di coordinamento, infatti, si realizza un mero spostamento di competenza (a decidere del ricorso) in capo al secondo<sup>(7)</sup>.

L'attività di segreteria tecnica, invece, è in tal caso curata dalla Segreteria del Collegio innanzi al quale è stato proposto originariamente il ricorso. Solo in caso di presentazione contestuale di una pluralità di ricorsi riguardanti la medesima questione, l'attività di segreteria tecnica sarà svolta dalla Segreteria individuata direttamente dalla Struttura centrale di coordinamento.

A seguito delle osservazioni svolte durante l'ultima consultazione pubblica, il testo finale delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia disciplina altresì l'ipotesi in cui i singoli Collegi vogliano discostarsi dall'orientamento del Collegio di coordinamento.

In tal caso sarà sufficiente indicare «*nella motivazione della decisione le ragioni per le quali ritengono che la specificità del caso concreto rendono necessaria una soluzione diversa da quella a suo tempo adottata dal Collegio di coordinamento*»<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> V. il «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011», in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), 10 - 11.

<sup>(7)</sup> Per il Collegio di coordinamento è possibile che le riunioni si svolgano anche in modalità video - conferenza. V. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione III, § 5, 12. V. anche il citato «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011», 12.

<sup>(8)</sup> V. il § 3, sezione III, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, 12.

## L'ordinanza ABF del 6 luglio 2010.

2. - Orbene, proprio perché l'Organo giudicante dell'ABF svolge in posizione *super partes* funzioni di obiettiva applicazione della legge, anche allo scopo di «forn[ire] la corretta interpretazione delle norme cui [gli intermediari] debbono attenersi nei rapporti con i clienti»<sup>(9)</sup>, in questi primi due anni di attività dell'ABF, dati i risultati finora conseguiti, già si è posto il problema del riconoscimento in capo ai singoli Collegi giudicanti del potere di sollevare incidenti di costituzionalità delle norme che sono tenuti ad applicare nell'adempimento della funzione giudicante.

La questione ha avuto origine da un ricorso presentato al Collegio di Napoli<sup>(10)</sup>, in relazione al quale l'Organo decidente si è dovuto confrontare con una

---

<sup>(9)</sup> Il riferimento è alla citata ordinanza del Collegio ABF, Napoli, 6 luglio 2010.

<sup>(10)</sup> Questi i fatti di causa: l'Impresa individuale Azienda agricola Deliella nel 2005 beneficia di un prestito agrario, concesso dal Banco di Sicilia S.p.a., pari alla somma di 65 mila euro. Nel contratto di prestito le parti pattuiscono la restituzione dell'importo in *tranches* separate alla scadenza di due effetti cambiari emessi a garanzia. Alle scadenze (30 settembre 2005 e 30 novembre 2005), le parti prorogano gli effetti al 30 marzo 2007 e al 30 maggio 2007, ma neppure alle nuove date l'Azienda agricola onora le cambiali. Il 18 agosto 2008 l'istituto bancario inoltra all'Azienda agricola una missiva stragiudiziale per sollecitarne il pagamento, con l'avvertimento che in mancanza avrebbe adito l'autorità giudiziaria per il recupero coattivo delle somme concesse in prestito. Dopo circa un anno, il 10 luglio 2009, l'Azienda agricola, valendosi del disposto di cui all'art. 19, comma 1, della legge regionale 14 maggio 2009, n. 6, entrata nel frattempo in vigore, chiede con nota scritta all'istituto bancario una ulteriore proroga del termine per la restituzione del credito, perché secondo la richiamata norma «*gli Istituti di credito prorogano fino a diciotto mesi le esposizioni di natura agraria scadute alla data del 31 dicembre 2008 ... Alle suddette operazioni di proroga si applica, a totale carico del beneficiario, il tasso di riferimento vigente al momento delle singole scadenze*». Il Banco di Sicilia S.p.a. nega la proroga e l'Azienda agricola presenta (prima) reclamo presso l'istituto bancario avverso tale comportamento e (poi) ricorso per i medesimi motivi all'Arbitro Bancario Finanziario al fine di veder accertato in quella sede il suo diritto alla proroga del credito scaduto.

Il Collegio dell'ABF, chiamato dunque a pronunciarsi su tale quesito, in considerazione (anche) delle difese presentate da entrambe le parti, chiarisce in via interpretativa che in effetti l'art. 19, comma 1, della legge regionale n. 6/2009, «*introduce un vero e proprio diritto potestativo del debitore, ove si tratti di impresa agricola, alla proroga dell'esposizione debitoria scaduta*» che comporta una «*posizione di soggezione*» dell'intermediario, «*dovendo prorogare il termine là dove il cliente eserciti tale diritto*». Un'interpretazione di questo tipo, tuttavia, pur determinando l'accoglimento della domanda della ricorrente, finisce per menomare l'autonomia negoziale degli istituti di credito e, per l'effetto, a porsi in contrasto con principi costituzionali. Di qui l'iniziativa del Collegio dell'ABF di rimettere alla Corte costituzionale l'incidente di sospetta incostituzionalità dell'art. 19, comma 1, legge regionale n. 6/2009 con gli artt. 3, 41 e 117, comma 2, lett. l), della Costituzione (ordinanza Collegio ABF, Napoli, 6 luglio 2010).



norma «*la cui unica interpretazione possibile alla luce del suo tenore testuale e della sua finalità*»<sup>(11)</sup> appariva lesiva di principi e regole costituzionali.

Si tratta dell'art. 19, comma 1, della legge regionale n. 6/2009 che, secondo il Collegio di Napoli, laddove interpretato nel senso di riconoscere al debitore un diritto potestativo alla proroga del credito scaduto, si pone in contrasto non solo con gli artt. 3 e 41 della Carta costituzionale ma anche con l'ulteriore art. 117, comma 2, lett. l), «*che, nell'individuare tra i limiti alla potestà legislativa regionale quello dell'“ordinamento civile”, ... sottrae alle Regioni il potere di dettare prescrizioni che incidono sull'autonomia privata, oltretutto nell'ambito di rapporti contrattuali già in essere*»<sup>(12)</sup>.

Poiché il sindacato costituzionale delle leggi nel nostro Ordinamento è una prerogativa della Corte costituzionale, il Collegio di Napoli sospende il procedimento stragiudiziale fino alla definizione dell'incidente di costituzionalità e all'uopo ordina alla sua Segreteria tecnica di trasmettere l'ordinanza e gli atti del procedimento alla cancelleria della Consulta, ritenendosi a tanto legittimato sostanzialmente per i seguenti motivi: l'ABF, pur non esercitando poteri giurisdizionali, è istituito per svolgere «*un ruolo autenticamente decisivo di controversie*»; la sua attività si esplica nella «*rigorosa applicazione delle norme di diritto*» a casi concreti, analogamente all'attività dell'arbitro rituale nel corso dei giudizi arbitrali, al quale però il legislatore riconosce il potere di rimessione (art. 819 *bis* c.p.c.). La tesi favorevole deriva poi dall'interpretazione delle nozioni di «*giudizio*» e «*autorità giurisdizionale*» di cui all'art. 23 della legge n. 87/1953 operata dalla giurisprudenza costituzionale, la quale riconosce il potere di rimessione anche in favore di «*organi, che, pure estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano investiti anche in via eccezionale di funzioni giudicanti, per l'obiettiva applicazione della legge, e all'uopo posti in posizione super partes*». Rileva inoltre il Collegio di Napoli che, secondo la lettura più accreditata dell'art. 808-*ter* c.p.c., il potere di rimessione oramai è riconosciuto anche agli arbitri irrituali nel

---

<sup>(11)</sup> Il corsivo è riferito alla citata ordinanza di rimessione del Collegio ABF di Napoli.

<sup>(12)</sup> Anche qui il corsivo è riferito alla citata ordinanza di rimessione.

corso del relativo procedimento arbitrale che, come noto, si chiude con una «*determinazione contrattuale*», con un atto quindi che non ha l'efficacia di una sentenza così come il parere (appunto) emesso in sede di ricorso straordinario dal Consiglio di Stato cui anche, di recente, il legislatore ha riconosciuto la legittimazione *a quo* <sup>(13)</sup>.

Ciò posto, a parer di chi scrive, per ricostruire una eventuale legittimazione *a quo* in capo all'Organo giudicante dell'ABF bisogna previamente individuare la *ratio* sottesa all'accesso incidentale del giudizio di costituzionalità delle leggi e poi verificare in presenza di quali condizioni può dirsi rispettata. Di qui una breve disamina tesa appunto ad evidenziare le giustificazioni del giudizio incidentale di costituzionalità.

### **Il giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi.**

3 - Come noto, ad eccezione della materia regionale, la Costituzione rinvia ad una legge costituzionale la determinazione delle condizioni, delle forme e dei termini per proporre il giudizio di costituzionalità (cfr. gli artt. 127 e 137 Cost.). In questa prospettiva il legislatore ha emanato (prima) la legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, e (poi) la legge 11 marzo 1953, n. 87, le quali (ai nostri fini) rilevano nella parte in cui statuiscono che il dubbio di costituzionalità di una legge o di un atto ad essa equiparato può essere proposto alla Corte costituzionale, unica legittimata a decidere di tali questioni, con apposita istanza nel corso di un «*giudizio*», su iniziativa di una delle parti (p.m. compreso, se prevista la sua partecipazione) ovvero d'ufficio dall'«*autorità giurisdizionale*» innanzi alla quale verte il giudizio (cfr. artt. 1, legge cost. n. 1/1948, e 23, legge n. 87/1953). È escluso pertanto il ricorso diretto alla Consulta sia da parte di privati, che

---

<sup>(13)</sup> V. l'art. 13 del D.P.R. n. 1199/1971, così come modificato dall'art. 69, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69.

lamentino la lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia da parte di un organo pubblico a ciò deputato <sup>(14)</sup>.

Ne è derivato un sistema di accesso al giudizio di costituzionalità riservato unicamente all'iniziativa incidentale dell'autorità giurisdizionale <sup>(15)</sup>, per cui ai fini del riconoscimento del potere di rimessione occorre necessariamente muovere dall'interpretazione delle nozioni «*giudice - autorità giurisdizionale*» e «*giudizio*» di cui agli artt. 1, legge cost. n. 1/1948 e 23, legge n. 87/1953.

Il controllo di costituzionalità presidia esigenze di natura pubblica, quali la certezza del diritto – che sarebbe appunto insidiata dai dubbi di costituzionalità – e l'osservanza della Costituzione <sup>(16)</sup>, e il sindacato incidentale costituisce l'unica strada percorribile per «*ammettere al [controllo] della Corte costituzionale leggi che ... più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposta*» <sup>(17)</sup>. Questi i motivi che hanno spinto la giurisprudenza costituzionale a un'interpretazione lata dei detti concetti, sì da allargare il novero dei soggetti legittimati a promuovere il giudizio incidentale e garantire in questo modo un controllo maggiore di costituzionalità sulle leggi <sup>(18)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> Il ricorso in via diretta alla Consulta è ammesso soltanto quando la controversia d'illegittimità sorge tra Stato e Regioni o tra diverse Regioni, come prevede anche l'art. 127 Cost. Così secondo il disposto degli artt. 2, legge cost. n. 1/1948, e 127 Cost.

<sup>(15)</sup> Anche se, come indicato, il potere di iniziativa incidentale è riservato al giudice e alle parti, è solito ritenere che l'iniziativa incidentale spetti unicamente al giudice della causa, in quanto il potere d'azione dei singoli può essere esercitato solo per il tramite dell'autorità giurisdizionale. Il giudice svolge il ruolo di «*introdottoress necessario*» della questione innanzi alla Corte e, in effetti, guardando l'accesso incidentale dal lato della Consulta, si nota come l'atto di impulso del giudizio di costituzionalità sia sempre dell'autorità giurisdizionale. Cfr. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 38; ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 581; ODORISIO, *La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge nel giudizio arbitrale*, in *Giust. civ.*, 2001, 4238.

<sup>(16)</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 571, secondo cui nei giudizi sulle leggi la funzione della Corte costituzionale è in ultima istanza quella di «*rendere effettiva la supremazia della Costituzione sugli atti legislativi, nell'ambito della generale funzione di garanzia costituzionale che ad essa è affidata (sentenze n. 1 del 1959; n. 48 del 1961 e n. 59 del 1960)*».

<sup>(17)</sup> V. la sentenza della Corte cost., 12 novembre 1976, n. 226, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>(18)</sup> ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 576 ss.; ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1966 - 1998)*, Torino, 1999, 62; ID., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005 - 2007)*, Torino, 2008, 34 ss.; ESPOSITO, *Si aprono le «porte del cielo»: dall'arbitrato al ricorso straordinario al presidente della Repubblica?*, in *Giur. cost.*, 2001, 3758; PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale*

Così procedendo la Consulta «*si è riappropriata della funzione di perseguire l'interesse generale, pubblico e politico alla costituzionalità delle leggi, che nel sistema originario della nostra Carta Costituzionale avrebbe dovuto svolgere attraverso l'azione diretta, rimessa all'iniziativa dei singoli cittadini*»<sup>(19)</sup>. Il che è tanto vero che nel corso del processo costituzionale la Corte non si preoccupa di comporre contrasti d'interessi privati, ma di perseguire un interesse pubblico, «*assolutamente preminente*», qual è quello all'eliminazione di leggi contrarie alla Costituzione<sup>(20)</sup>.

Ora, nel procedere all'interpretazione estensiva, la giurisprudenza costituzionale individua alcuni caratteri propri (ma non assoluti) dell'accesso incidentale che, valutati di volta in volta, riconoscono come legittima la rimessione alla Consulta.

Innanzitutto, sostiene che, in virtù del prevalere dell'interesse pubblico sotteso alla costituzionalità delle leggi rispetto agli interessi fatti valere in concreto al giudice *a quo*, oltreché del principio dell'osservanza della Costituzione, la proponibilità della questione alla Corte costituzionale non deve dipendere dalla qualificazione del procedimento in corso ma dalla fondatezza della questione sollevata.

Il riferimento è alla sentenza costituzionale **12 dicembre 1957, n. 129**, con la quale la Consulta, adottando una nozione ampia di giurisdizione - intesa come attività applicativa di leggi al caso concreto da parte di un giudice -, riconosce la legittimazione al giudice anche nel corso di un procedimento di volontaria

---

*alla Corte Costituzionale e tutela dei diritti: note minime anche a proposito delle Authorities*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); ONIDA, *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 396-397.

<sup>(19)</sup> ODORISIO, *La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge nel giudizio arbitrale*, in *Giust. civ.*, 2001, 4226. Cfr. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parte*, Milano, 1985, 31. Si ricordi che secondo il disegno originario del sistema di controllo costituzionale delle leggi, la Corte costituzionale interveniva anche su iniziativa diretta dei singoli.

<sup>(20)</sup> Il corsivo è riferito a ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parte*, cit., 54 - 55; si veda in merito anche ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 573 ss., secondo cui nel nostro Ordinamento «*la tutela delle posizioni soggettive lese dalla legge incostituzionale consegue, come effetto secondario, all'eliminazione della legge incostituzionale*», e CHIARA, *L'arbitro come giudice a quo: profili ricostruttivi*, in *Giur. cost.*, 1997, 1233 ss.

giurisdizione. Così procedendo la Consulta dimostra che le finalità generali del giudizio di costituzionalità possono influire sul suo accesso incidentale.

Sebbene, infatti, il nostro Ordinamento condizioni la proponibilità delle questioni all'esistenza di un giudizio, i termini «*giudice - autorità giurisdizionale*» e «*giudizio*» di cui agli artt. 1, legge cost. n. 1/1948 e 23, legge n. 57/1983, sono in realtà adoperati dal legislatore in maniera generica. Il «*giudice*» e il «*giudizio*» rilevano per la loro posizione intermediaria tra «*la lex (il diritto dal punto di vista del "politico") e gli iura (i diritti dal punto di vista della società)*», in quanto costituiscono il «*punto di congiunzione dello Stato - autorità e dello Stato - comunità*». In particolare, il giudice rileva per la sua posizione istituzionale di soggetto imparziale che agisce nell'interesse sia della *lex* che degli *iura*, divenendo pertanto l'«*introdotto necessario*» della questione innanzi alla Corte<sup>(21)</sup>. L'imprescindibilità del giudizio invece sottintende la necessità del carattere incidentale e concreto della questione, che impedisce da un lato, che il rimettente si trasformi «*in una sorta di pubblico ministero legittimato a ricorrere contro le leggi di dubbia costituzionalità ... solo in virtù del fatto che riveste tale qualifica*»<sup>(22)</sup>; dall'altro, che il privato all'occorrenza si avvalga del sindacato costituzionale «*a scopo di mera iattanza ... [senza che abbia] sofferto ... l'incostituzionalità come dramma, o comunque, un avvenimento increscioso della propria esistenza*»<sup>(23)</sup>. Il processo non costituisce solo l'occasione per promuovere l'incidente di costituzionalità, ma anche «*la radice e la ragion d'essere della questione*» d'illegittimità costituzionale<sup>(24)</sup>.

La giurisprudenza costituzionale individua poi due requisiti legittimanti il giudizio incidentale di costituzionalità, pur precisando la sufficienza di ciascuno<sup>(25)</sup>: il primo, di natura oggettiva, attiene al «*giudizio*» di cui all'art. 23 che,

---

<sup>(21)</sup> ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 573 ss.

<sup>(22)</sup> ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1966 - 1998)*, cit., 64, nt. 24.

<sup>(23)</sup> Le frasi virgolettate si riferiscono a Cass., 23 giugno 1956, n. 2224, in ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parte*, cit., 55.

<sup>(24)</sup> ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 573.

<sup>(25)</sup> ODORISIO, *op. cit.*, 4225; ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 580; TARASCO, *La funzione consultiva come attività (para)giurisdizionale: questione di costituzionalità deferibile anche nel ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Foro amm.*, CdS, 2003, 3874 ss. In giurisprudenza

secondo la Consulta, deve essere inteso come procedimento che, indipendentemente dalla natura e dalle modalità di svolgimento, si compie innanzi al titolare di un ufficio giurisdizionale. Il secondo, di natura soggettiva, concerne la nozione di «*autorità giurisdizionale*», nella quale secondo la Consulta possono rientrare «*anche organi che, pur estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, ed all'uopo posti in posizione super partes*».

Il riferimento qui è alla pronuncia costituzionale **15 giugno 1966, n. 83**, con la quale la Corte costituzionale, avvalendosi solo di uno dei due requisiti, riconosce questa volta la legittimazione al pretore nel corso del procedimento di esecuzione esattoriale immobiliare di cui all'art. 200 del T.U. 29 gennaio 1958, n. 645, qualificato dalla stessa Corte come procedimento amministrativo <sup>(26)</sup>.

Ne deriva un secondo punto utile alla ricostruzione della legittimazione *a quo* in capo all'Arbitro, vale a dire che «*giudizio*» e «*autorità giurisdizionale*» possono essere intesi anche come procedimento che, indipendentemente dalla natura e dalle modalità di svolgimento, si compie innanzi ad un organo che, pure estraneo all'organizzazione della giurisdizione e svolgente compiti di natura diversa da quella contenziosa giurisdizionale, svolge in posizione *super partes* funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, anche in via eccezionale. Non è più doverosa poi l'appartenenza del rimettente all'ordinamento giudiziario, né all'organizzazione della giurisdizione.

L'ultima pronuncia, cui è utile fare riferimento, è la sentenza costituzionale **12 novembre 1976, n. 226**, con la quale la Corte costituzionale, in aderenza agli orientamenti illustrati <sup>(27)</sup>, riconosce la legittimazione alla Corte dei conti in sede

---

cfr. le sentenze Corte cost., 7 febbraio 2011, n. 47; Corte cost., 7 maggio 2008, n. 164 e l'ordinanza costituzionale del 14 gennaio 2008, n. 6, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), le quali invece ritengono necessari entrambi i requisiti, qualora il rimettente sia un giudice.

<sup>(26)</sup> Un'analisi approfondita dei due criteri è offerta da ODORISIO, *op. cit.*, 4223, 4225 e 4227.

<sup>(27)</sup> Nella pronuncia n. 226/1976 la Consulta ricorda che in aderenza agli stessi orientamenti la legittimazione *a quo* è stata riconosciuta anche al giudice dell'esecuzione penale; al giudice di sorveglianza; al tribunale nel corso del procedimento per il ricovero dell'alienato; alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura; ai Commissari regionali per la liquidazione

di controllo sugli atti del Governo, in quanto attività che si concreta nell'applicazione delle norme di legge da cui questi sono disciplinati.

Nello svolgimento di quest'attività la Corte dei conti, vincolata al rispetto delle leggi in vigore, potrebbe dover rifiutare il visto sugli atti di Governo nel caso in cui l'atto contrasti con una norma di dubbia costituzionalità, o viceversa apporlo sulla base di una legge incostituzionale. La Corte versa pertanto in una situazione analoga a quella del giudice (ordinario o speciale), allorché procede a raffrontare i fatti e gli atti, dei quali deve giudicare, alle leggi che li concernono. Spiega infatti la Corte costituzionale che, «[a]nche se il procedimento svolgentesi davanti alla Sezione di controllo non è un giudizio in senso tecnico - processuale [infatti poi nel prosieguo della sentenza specifica che tale procedimento non ha natura propriamente giurisdizionale, pur essendo analogo ad un giudizio], è certo tuttavia che, ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, la funzione in quella sede svolta dalla Corte dei conti è, sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa».

La pronuncia ribadisce quindi la necessità che il rimettente al momento della rimessione svolga una funzione giudicante analoga a quella giurisdizionale, che si concreti nella applicazione di leggi al caso concreto; e, più delle altre, ha il pregio di rendere manifesta la volontà della giurisprudenza costituzionale di individuare una giurisdizione *ad hoc* per l'accesso incidentale, vale a dire una giurisdizione utile al limitato fine del giudizio incidentale di incostituzionalità, tesa a soddisfare le esigenze pubbliche sottese al sindacato costituzionale delle leggi <sup>(28)</sup>. Emerge al contempo la difficoltà di definire sul piano concettuale tale giurisdizione, perché è chiaro che una interpretazione restrittiva, riconducibile al disposto dell'art. 102

---

degli usi civici; agli Intendenti di finanza; alla Commissione dei ricorsi in materia di brevetti; ai Consigli comunali in sede di contenzioso elettorale; ai Comandanti di porto; ai Consigli di prefettura e alle Giunte provinciali amministrative nell'esercizio di funzioni giurisdizionali.

<sup>(28)</sup> In senso analogo ODORISIO, *op. cit.*, 4232, secondo il quale la Corte costituzionale «ha elaborato una nozione di giurisdizione ai soli fini della definizione di giudice a quo che non coincide con quella cui fanno riferimento le altre norme costituzionali». Cfr. ONIDA, *op. cit.*, 392 ss., il quale evidenzia come il quadro costituzionale apra un varco al «rovesciamento del principio di unicità della giurisdizione»; ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 574 ss.; PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, §§ 1 ss.

Cost., sicuramente impedisce l'accesso alla Corte di questioni per le quali il sindacato costituzionale è più difficile, seppur non impossibile, in altre sedi <sup>(29)</sup>.

Questo stesso orientamento guida la Consulta nella sentenza del **22-28 novembre 2001, n. 376**, con la quale riconosce la legittimazione *a quo* agli arbitri nel corso del giudizio arbitrale <sup>(30)</sup>. Anche in quella circostanza, la Corte, ai limitati fini e senza affrontare la problematica della natura giuridica dell'arbitrato <sup>(31)</sup>, pone l'attenzione sull'attività concretamente svolta dagli arbitri nella risoluzione delle controversie, consistente nell'applicazione di norme di legge a casi concreti, attraverso un procedimento previsto e disciplinato dal Codice di procedura civile nel rispetto delle garanzie del contraddittorio e dell'imparzialità proprie della giurisdizione ordinaria. Sebbene gli arbitri svolgano la funzione giudicante fuori dalle aule giudiziarie, hanno comunque il dovere di adottare decisioni *secundum Constitutionem*, tanto più che il nostro assetto costituzionale preclude ad ogni organo giudicante il potere di disapplicare le leggi e di definire il giudizio mediante leggi di dubbia costituzionalità <sup>(32)</sup>. Le norme costituzionali

---

<sup>(29)</sup> PATRONI GRIFFI, *op. ult. cit.*, § 1.

<sup>(30)</sup> Si veda ODORISIO, *op. cit.*, 4221; RICCI, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 ss.; ESPOSITO, *Si aprono le «porte del cielo»: dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della repubblica?*, cit., 3757 ss.; PINARDI, *Quando l'arbitro diventa portiere (della Corte): notazioni minime sulla "naturale" elasticità della nozione di giudice a quo*, in *Giust. cost.*, 2001, 3747 ss.; VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, I, 2887 ss.; LUISO, AULETTA, CAPPONI, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C. Cost. n. 376 del 2001)*, in *Giust. civ.*, II, 2002, 59 ss.; TARASCO, *La funzione consultiva come attività (para)giurisdizionale: questione di costituzionalità deferibile anche nel ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 3874 ss.; PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, § 3. Circa il potere di rimessione degli arbitri prima della pronuncia costituzionale n. 376/2001, si veda in dottrina CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, 71 ss.; BARILE, *L'arbitro rituale e la Corte costituzionale*, in *Riv. arb.*, 1992, 229 ss.; CHIARA, *op. cit.*, 1215 ss.; DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 175 ss.; AULETTA, *L'arbitro: giudice a quo rispetto alla Corte costituzionale?*, in *Riv. arb.*, 2000, 820 ss.

<sup>(31)</sup> Quanti in dottrina hanno accolto con favore la riconosciuta legittimazione *a quo* degli arbitri, hanno giustificato la decisione muovendo dalla ritualità dell'arbitrato considerato e dagli effetti di sentenza che poi al lodo rituale ha attribuito l'art. 824-bis c.p.c. Si veda per esempio ODORISIO, *op. ult. cit.*, 4222, 4239 ss.; RICCI, *op. ult. cit.*, 2002, 352.

<sup>(32)</sup> All'opposto riconoscono il potere di disapplicazione in capo agli arbitri, AULETTA, *L'arbitro: giudice a quo rispetto alla Corte costituzionale?*, cit., 821; CAPPELLETTI, *op. cit.*, 77; BARILE, *op. cit.*, 232; LUISO, AULETTA, CAPPONI, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C. Cost. n. 376 del 2001)*, cit., 60, 63: in particolare per il primo A. «ritenere che l'arbitro abbia il potere di disapplicare la norma primaria incostituzionale significa attribuire all'arbitro non già un potere che nessuno ha, sibbene un



fanno parte del diritto, che deve essere applicato e interpretato dagli arbitri, e il dubbio di costituzionalità non è diverso da ogni altra questione giuridica che il giudice e l'arbitro si pongono nel loro itinerario logico di decisione. Di qui la necessità che «*anche gli arbitri – il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione – [utilizzino] il sistema di sindacato incidentale sulle leggi*»<sup>(33)</sup>.

«*[L]a posizione degli arbitri e dei giudici rispetto all'applicazione della legge di cui la questione di incostituzionalità rappresenta un elemento ineliminabile*», [come rilevato da autorevole dottrina<sup>(34)</sup>], è assolutamente identica, e identico [pertanto] deve essere il loro comportamento»<sup>(35)</sup>.

La decisione è stata poi accolta dal legislatore ordinario che, novellando la disciplina codicistica dell'arbitrato, l'ha inserita nella formulazione dell'art. 819-bis c.p.c.

L'accesso incidentale al giudizio di costituzionalità non ha dunque trovato ostacoli nell'investitura privata dei poteri dell'arbitro e ancora una volta è considerato «*autorità giurisdizionale*» ai sensi dell'art. 23, legge n. 87/1953, un soggetto che certamente non rientra tra gli organi giurisdizionali di cui all'art. 102 Cost., ma che svolge «*un'attività solo oggettivamente giurisdizionale*»<sup>(36)</sup>, quale l'attività di applicazione del diritto in posizione *super partes*. Anche questa decisione rafforza l'idea di una giurisdizione *ad hoc* per l'accesso al giudizio di costituzionalità, giustificata, come detto, dalle esigenze pubbliche sottese al sindacato costituzionale<sup>(37)</sup>.

---

*potere che tutti hanno, tranne il giudice*»; per il secondo A. «*[i]n realtà, le preclusioni in questione non possono che riguardare “soltanto” quei “giudici” che amministrano la giustizia “in nome del popolo” (art. 101 cost). ... I privati ... hanno invece la libertà di disapplicare la legge (se incostituzionale) perché non agendo “in nome del popolo”, non sono soggetti “soltanto alla legge”*».

<sup>(33)</sup> Corte cost., 22-28 novembre 2001, n. 376, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>(34)</sup> V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, Napoli, 1964, 857 - 858.

<sup>(35)</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, 2891.

<sup>(36)</sup> Così ODORISIO, *op. cit.*, 4221, e CAPPONI, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C. Cost. n. 376 del 2001)*, cit., 69, i quali ritengono che agli arbitri la legittimazione sia stata riconosciuta in applicazione del criterio oggettivo; cfr. VACCARELLA, *op. ult. cit.*, 2890 ss. Sul «*carattere intrinsecamente giurisdizionale dell'arbitrato*» si veda anche ESPOSITO, *Si aprono le «porte del cielo»: dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della repubblica?*, cit., 3757 ss.

<sup>(37)</sup> Così anche in PINARDI, *op. cit.*, 3756.

La stessa logica in più occasioni spinge il Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica a rimettere questioni di legittimità alla Corte costituzionale <sup>(38)</sup>. Tuttavia con la nota pronuncia n. **254/2004** (questa volta) la Corte dichiara inammissibile la questione sollevata dal Consiglio di Stato per difetto di legittimazione. Il diniego è argomentato sostanzialmente su due circostanze: a) la natura amministrativa dell'attività consultiva svolta dal Consiglio di Stato nel ricorso straordinario, nonostante nelle sentenze costituzionali su indicate avesse all'opposto disancorato la legittimazione alla natura amministrativa o giurisdizionale del procedimento nel corso del quale l'incidente di costituzionalità viene sollevato; b) l'impossibilità di procedere ad un'interpretazione di giudice *a quo* comprensiva della figura del Consiglio di Stato, perché - citando la sentenza costituzionale del 1976, n. 226 - ricorda che l'interpretazione lata è giustificata soltanto quando il sindacato sulle leggi non è possibile in altro modo.

A ben vedere, la sentenza richiamata giustifica l'interpretazione estensiva ai limitati fini per le ipotesi in cui il controllo sulle leggi è più *difficile* che in altre sedi e non, come invece concluso dalla Consulta in quella occasione, quando le leggi «*ad esso sfuggirebbero*» <sup>(39)</sup>.

In ogni caso il dubbio è superato dall'intervento legislativo 18 giugno 2009, n. 69 che, modificando l'art. 13 del D.P.R. n. 1199/1971, autorizza il Consiglio di Stato al rinvio pregiudiziale tutte le volte in cui il ricorso straordinario non può essere deciso indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità

---

<sup>(38)</sup> Cfr. i pareri del Consiglio di Stato, sez. II, 26 marzo 2003, n. 2898/2002 e sez. II, 27 marzo 2002, n. 534/2001, in *G.U.*, 1<sup>a</sup> s.s., 2 aprile 2003, n. 13; del 19 maggio 1999, n. 650/96, in *Cons. Stato*, I, 2000, 179; del 26 marzo 1997, n. 2524/1994, in *Cons. Stato*, I, 1998, 326; si veda anche la sentenza della Corte di Giustizia, 16 ottobre 1997, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), emessa nelle cause riunite da C-69/96 a C-79/96, secondo cui il Consiglio di Stato, quando emette un parere in sede di ricorso straordinario rientra nella nozione di "giurisdizione" ai sensi dell'art. 177 del Trattato istitutivo della Comunità Europea. In dottrina cfr. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, § 1 ss.; ESPOSITO, *Si aprono le «porte del cielo»: dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della repubblica?*, *cit.*, 3768.

<sup>(39)</sup> Cfr. le sentenze costituzionali nn. 226/1976 e 254/2004, in [www.cortecostituzione.it](http://www.cortecostituzione.it). Note critiche alla seconda pronuncia costituzionale sono contenute in TARASCO, *La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario*, in *Foro amm.*, *CdS*, 2004, 2371 ss.; PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, § 4.

costituzionale (art. 69) <sup>(40)</sup>. Sebbene taluni <sup>(41)</sup> abbiano da subito sollevato censure di incostituzionalità verso questa disposizione per aver fissato in via ordinaria un presupposto del sistema della giustizia costituzionale, a chi scrive sembra invece che il legislatore si sia semplicemente limitato a recepire ancora una volta il descritto orientamento costituzionale <sup>(42)</sup>, come nel 2006 per l'arbitrato.

Ciò posto non resta che domandarsi se anche i Collegi dell'ABF siano a tanto legittimati, anche in virtù dell'equivalenza funzionale che in più occasioni abbiamo colto tra l'atto conclusivo del procedimento dell'ABF e il parere reso dal Consiglio di Stato nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

### **La legittimazione *a quo* dei Collegi ABF.**

4 - Orbene, nel corso del presente studio, si è cercato di evidenziare come l'ABF, nonostante la molteplicità di funzioni cui si presta, faccia comunque parte dell'apparato amministrazione della giustizia, in quanto istituito (pure) per predisporre il sistema che la legge <sup>(43)</sup> ha richiesto per la soluzione stragiudiziale

---

<sup>(40)</sup> L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *Foro amm.*, TAR, 2009, 2664 ss.; PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), § 9; QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Foro amm.*, TAR, 2010, 2724. Circa la legittimazione del Consiglio di Stato prima dell'intervento legislativo n. 69/2009, v. ESPOSITO, *Si aprono le «porte del cielo»: dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della repubblica?*, cit., 3768 ss.; TARASCO, *La funzione consultiva come attività (para)giurisdizionale: questione di costituzionalità deferibile anche nel ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 3874 ss.

<sup>(41)</sup> Cfr. PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)*, cit., § 9; ID., *Sulla natura del ricorso straordinario: l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 della l. 69/2009*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>(42)</sup> Cfr. L. CARBONE, *op. cit.*, 2684. Circa la compatibilità dell'art. 69, legge n. 69/2009, alla Costituzione si veda la sentenza del T.A.R., Lazio, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>(43)</sup> Si ricordi infatti, che l'art. 29 della legge 28 dicembre 2005, 262, contenente «[d]isposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari», novellando il d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (T.U. bancario), vi ha introdotto l'art. 128-bis per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancario-finanziaria: la norma rinvia ad una delibera del CICR, da adottarsi d'intesa con la Banca d'Italia, la determinazione dei criteri di svolgimento delle procedure e di composizione dell'organo decidente. Di qui l'adozione da parte del CICR della delibera n. 275 del 29 luglio 2008 - recante «[d]isciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari»-, e da parte della Banca d'Italia delle citate disposizioni applicative del 18 giugno 2009, istitutive

delle controversie tra intermediari e clienti nella materia bancario - finanziaria. Da questo punto di vista, potrebbe ritenersi investito della funzione giudicante, ampiamente intesa, direttamente dalla legge <sup>(44)</sup>.

Il punto è che nonostante difetti dei caratteri giurisdizionali, il procedimento stragiudiziale riconducibile all'art. 128-*bis* T.U. bancario appare rispettoso delle coordinate fornite dalla Consulta in questi anni per l'accesso incidentale alla Corte costituzionale.

Se è vero infatti che, al limitato fine del sindacato costituzionale, i termini «*giudice - autorità giurisdizionale*» e «*giudizio*» debbano essere intesi come punto di contatto tra lo Stato - apparato e lo Stato - comunità, e che quindi siano strumentali al perseguimento della «*funzione giurisdizionale - garantista*» e della funzione «*politica*» del controllo costituzionale <sup>(45)</sup>, non può negarsi che:

- Per un verso, il procedimento innanzi all'ABF, indipendentemente dalla natura e dalle modalità di esecuzione, si svolge innanzi ad un organismo che, pur estraneo alla giurisdizione, adempie le sue funzioni in posizione *super partes* <sup>(46)</sup>;

- Per altro verso, come evidenziato (anche) dal Collegio di Napoli nell'ordinanza di rimessione del 6 luglio 2010, all'ABF non è affidato un ruolo di mera conciliazione o transazione delle controversie tra banche e clienti, ma «*un ruolo autenticamente decisorio della controversia, [da svolgere] in rigorosa applicazione delle norme di diritto*», nel contraddittorio degli interessi coinvolti

---

dell'ABF. L'art. 40 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, poi prevede il ricorso stragiudiziale all'ABF per le controversie concernenti i servizi di pagamento. Mentre, il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, all'art. 5, rende il procedimento *ex art. 128 bis* rimedio concorrente al procedimento di mediazione di cui al decreto stesso per l'espletamento della condizione di procedibilità posta anche per le domande giudiziali in materia di contratti bancari e finanziari. Tra l'altro il d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10, all'art. 2, comma 16 *decies*, non ha prorogato il termine di efficacia di cui all'art. 24, d.lgs. n. 28/2010, per il procedimento innanzi all'ABF. Per un maggiore approfondimento si veda quanto rilevato nel Capitolo 1, § 1.

<sup>(44)</sup> Funzione giudicante, però, che può essere compresa appieno considerandone l'attività nella prospettiva conciliativo - deflattiva, in quella «*specificativo - dilatoria*» e in quella tendenzialmente nomofilattica.

<sup>(45)</sup> La «*funzione giurisdizionale - garantistica*» del controllo costituzionale delle leggi consiste nella tutela del diritto (o interesse) del singolo violato dalla legge incostituzionale, mentre la funzione «*politica*» nella custodia di principi e valori costituzionali; ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parte*, cit., 28.

<sup>(46)</sup> Conclusione derivante dalle osservazioni condotte nel Capitolo 1, §§ 2 e 3, a cui sia consentito rinviare.

(<sup>47</sup>) e previa motivazione del deliberato. È quanto può essere dedotto da una lettura combinata dell'art. 128-*bis*, comma 2, T.U. bancario, nella parte in cui richiede che «*in ogni caso*» la procedura assicuri «*l'effettività della tutela*»; dall'art. 6, comma 5, della delibera CICR e dal paragrafo 3, sezione VI, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, contenenti un'analogia disposizione, secondo cui l'atto conclusivo deve essere adottato in base alla «*documentazione raccolta*» nel corso della fase istruttoria, applicando ai casi esaminati le «*previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca*».

A sostegno va rilevato anche che nonostante la delibera ABF non sia definitiva come una sentenza o un lodo rituale, la stessa sia comunque - salvo il potere della Banca d'Italia di disattendere la determinazione - un atto stabile ed irretrattabile, in quanto non modificabile dal Collegio che lo ha emesso né sindacabile in altra sede (<sup>48</sup>); *rectius* definitivo ai soli fini del giudizio di costituzionalità (<sup>49</sup>). Il requisito della definitività della decisione (richiesto da alcune pronunce costituzionali, v. da ultimo la citata sentenza Corte cost., 7 febbraio 2011, n. 47) è infatti strettamente correlato al tipo di giudizio nel corso del quale il rimettente solleva l'incidente di incostituzionalità. Non può pertanto pretendersi che la decisione assunta, in esplicazione della funzione giudicante di cui è investito il rimettente, abbia necessariamente l'efficacia di giudicato. Quando ciò non è possibile, il requisito può ritenersi soddisfatto proprio in presenza di una decisione tendenzialmente stabile ed irretrattabile. Lo stesso Presidente della Repubblica nella lettera inviata al Presidente del Consiglio dei ministri sul caso Englaro, scrive che «*[d]ecisione definitiva, sotto il profilo dei*

---

(<sup>47</sup>) Per GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 5, 667, e ID., *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le società*, 2011, 1216 ss., in particolare la nota n. 17, il procedimento innanzi all'ABF assicura un contraddittorio effettivo tra le parti. Non sono pienamente concordi, ravvisandovi un contraddittorio limitato, CONSOLO, STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *An. giur. dell'economia*, 2011, 135.

(<sup>48</sup>) Sul punto si veda quanto rilevato nella sezione II, del presente Capitolo, § 2.

(<sup>49</sup>) È bene ribadire che un tale argomentare muove proprio dal presupposto della mancata identità tra la funzione giurisdizionale, propria dei giudici, e quella complessa (in quanto non solo giustiziale) dei Collegi ABF. In merito, si veda *infra* § 5, di questa sezione.

*presupposti di diritto, deve infatti considerarsi, anche un decreto emesso nel corso di un procedimento di volontaria giurisdizione, non ulteriormente impugnabile, che ha avuto ad oggetto contrapposte posizioni di diritto soggettivo».* D'altra parte, al parere reso dal Consiglio di Stato nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è riconosciuta la esecuzione mediante giudizio di ottemperanza *ex art. 112, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 104/2010*, pur non riconoscendogli l'efficacia della cosa giudicata, propria delle sentenze <sup>(50)</sup>.

Appare chiaro allora che, se in sede di decisione il Collegio dell'ABF dovesse applicare una norma di dubbia costituzionalità, come nel caso della citata ordinanza di rimessione e la Banca d'Italia dia comunque seguito alla delibera ABF, subendone pregiudizio il singolo intermediario soccombente, ne subirebbe danno per l'effetto anche il sistema finanziario, la cui stabilità è notoriamente condizionata dalla fiducia della clientela nei confronti delle banche <sup>(51)</sup>.

L'ABF opera in un settore sensibile che contribuisce al funzionamento del sistema imprenditoriale e che contempera nella sua attività di stabilizzazione la tutela economica con la tutela dei diritti dei cittadini, utenti e consumatori. In queste situazioni l'esigenza di certezza del diritto è ancor più forte e l'applicazione di una legge che attenti ad un qualsiasi parametro costituzionale potrebbe essere causa di danni anche irreversibili.

Non per caso talora in dottrina si è auspicato il riconoscimento del potere di rimessione anche in favore delle Autorità indipendenti nel corso delle attività paragiurisdizionali (talvolta) ad esse affidate.

Ne consegue che l'eventuale legittimazione *a quo* del Collegio dell'ABF può essere rinvenuta nei medesimi motivi che hanno spinto la giurisprudenza costituzionale ad allargare il novero dei soggetti rimettenti, ricorrendo anche in

---

<sup>(50)</sup> Sul punto si veda la recente pronuncia della Corte di cassazione, sez. Un., 28 gennaio 2011, n. 2065, in *www.cortedicassazione.it*, che in applicazione della nuova disciplina del giudizio di ottemperanza contenuta nel codice del processo amministrativo, chiarisce come il rimedio della ottemperanza sia oggi svincolato dalla natura giurisdizionale dell'atto di cui si richiede la esecuzione.

<sup>(51)</sup> In questo senso anche per BOCCUZZI, VALSECCHI, *Tutela della clientela e regolamentazione bancaria e finanziaria*, in BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 68, 2010, 13 ss.

questo caso i presupposti necessari all'accesso incidentale, perché solo riconoscendo all'Organo giudicante dell'ABF il potere di rimessione degli incidenti di incostituzionalità, può realizzarsi nel settore della vigilanza sul credito la certezza del diritto e l'osservanza della Costituzione.

Benché, infatti, il procedimento innanzi all'ABF non renda *impossibile* il controllo costituzionale ad iniziativa del giudice successivamente adito, nel frattempo la norma dubbia applicata potrebbe aver già prodotto effetti dannosi sulla stabilità degli intermediari, rendendo più *difficile* il controllo successivo.

Sarebbe allora opportuno mantenere distinto il *potere* di rimessione dal *dovere* di rimessione. Il primo potrebbe sussistere quando il mancato riconoscimento della legittimazione rende più difficile il controllo costituzionale in altre sedi, come per l'ABF; il secondo potrebbe configurarsi in relazione a quelle ipotesi in cui non riconoscere la legittimazione *a quo* vorrebbe dire impedire il controllo costituzionale sulla legge dubbia (<sup>52</sup>).

Di qui la utilità che ai Collegi dell'ABF sia riconosciuto il potere di rimessione tutte le volte in cui le norme, che gli intermediari devono osservare, non possano essere interpretate secondo Costituzione, stante anche la funzione tendenzialmente nomofilattica riconosciuta all'ABF.

Si ritiene pertanto che il riconoscimento della legittimazione *a quo*, possa derivare solo prescindendo dall'inquadramento dell'Organo giudicante dell'ABF nell'organizzazione della giurisdizione, come la giurisprudenza costituzionale ha già fatto con gli arbitri, facendo leva unicamente sull'attività di applicazione del diritto; oppure procedendo in maniera ancor più pragmatica, sul presupposto che la giurisdizione non è solo un concetto astratto, e, aderendo alla tesi di una giurisdizione utile al limitato fine dell'accesso al sindacato costituzionale, riconoscere la legittimazione anche ai Collegi dell'ABF, ricorrendo anche per essi le condizioni in presenza delle quali può dirsi rispettata la *ratio* dell'instaurazione incidentale del giudizio di costituzionalità.

---

(<sup>52</sup>) Critica la sussistenza di un *dovere* di rimessione in capo agli arbitri, riconosciuto invece dalla pronuncia costituzionale n. 376/2001, AULETTA, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C. Cost. n. 376 del 2001)*, cit., 62 - 63.

In entrambe le ipotesi, sarebbe definitivamente superato il binomio legittimazione *a quo* – giurisdizione *tout court*, come da ultimo conferma il riconoscimento del potere di rimessione in capo al Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (<sup>53</sup>).

Del resto, sarebbe impensabile ritenere che la Corte di cassazione, adita nell'interesse della legge dal Procuratore Generale, non possa nel corso del procedimento *ex art. 363 c.p.c.* - quindi là dove la funzione nomofilattica è alla massima espressione - sollevare incidenti di costituzionalità, pur non avendo quel procedimento «*natura giurisdizionale*» (<sup>54</sup>).

Le nozioni di «*giudice - autorità giurisdizionale*» e «*giudizio*» hanno un carattere relativo e la Consulta potrebbe interpretarle al punto di legittimare i Collegi dell'ABF alla rimessione *a quo* nel corso del procedimento *ex art. 128-bis T.U. bancario*, in quanto procedura diretta «*in ogni caso [ad] assicurare ...*

---

(<sup>53</sup>) Il riconoscimento della legittimazione *a quo* (qui) infatti non ha avuto l'effetto automatico di mutare la natura amministrativa in giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, pena l'incostituzionalità dell'art. 69 della legge n. 69/2009 per contrasto con gli artt. 125 e 137 Cost. Diversamente opinando, non sarebbe spiegabile la vigenza dell'art. 10 D.P.R. n. 1199/1971 che prevede (ancora oggi) la trasposizione della decisione del presentato ricorso in sede giurisdizionale. Sul piano lessicale si consideri poi che la rubrica del citato art. 69 non riferisce ai rimedi *giurisdizionali* ma ai «*rimedi giustiziali*», né l'aggettivo *giurisdizionale* è impiegato nel corpo della disposizione. Inoltre, nella Relazione di accompagnamento all'intervento legislativo n. 69/2009 (Atti parlamentari - Camera Deputati - XVI Legislatura - Disegno di Legge n. 1441), pare cogliersi che il potere di sollevare incidenti di incostituzionalità sia riconosciuto al Consiglio di Stato solo «*ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87*», senza voler quindi incidere sulla natura del rimedio, confermando al contempo l'esistenza di una giurisdizione utile al limitato fine dell'accesso incidentale al giudizio costituzionale delle leggi. V. la cit. sentenza T.A.R. Lazio, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104.

(<sup>54</sup>) Cass., sez. Un., 1 giugno 2010, n. 13332, in *Giust. civ., Mass.*, 2010, 855, secondo la cui, le Sezioni Unite, adite nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363 c.p.c., svolgono «*una funzione ... che, prescindendo completamente dalla tutela dello ius litigatoris, si sostanzia nella stessa enunciazione del principio di diritto richiesta alla Corte, finalizzata alla stabilizzazione della giurisprudenza.*

*Da ciò deriva il peculiare inquadramento dogmatico dell'istituto in esame, che ne esclude la natura giurisdizionale di azione di impugnazione volta all'annullamento della decisione di merito viziata, sulla quale, infatti - come espressamente chiarito all'art. 363 c.p.c., u.c., nella vigente formulazione - la pronuncia della Corte non ha effetto, determinando piuttosto la configurazione di procedimento autonomo, originato da una iniziativa diretta a consentire il controllo nomofilattico, anche con riferimento a provvedimenti di natura non decisoria, non ricorribili per cassazione, assecondando la peculiare vocazione del giudizio di legittimità, e, così, a perseguire il tendenziale obiettivo di assicurare una esatta ed uniforme interpretazione della legge».*



*l'effettività della tutela»* (comma 2, art. 128-bis T.U. bancario). Ciò che invece adesso non è accaduto.

### **L'ordinanza della Corte costituzionale, 4 luglio 2011, n. 218.**

5. - La Corte costituzionale con la ordinanza del 4 luglio 2011, n. 218 ha dichiarato manifestatamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 1, della legge della regione Siciliana 14 maggio 2009, n. 6 - «*Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2009*» - sollevata in riferimento agli artt. 3, 41 e 117, comma 2, lett. l), Cost. dal Collegio ABF di Napoli, e nell'occasione ha altresì negato il potere di rimessione all'Organo giudicante dell'ABF <sup>(55)</sup>.

Le motivazioni addotte dalla Consulta ruotano intorno all'incapacità di qualificare l'organismo rimettente come organo giurisdizionale:

a) L'ABF, pur essendo stato «*istituito sulla base di una disposizione avente carattere legislativo, quale l'art. 128-bis del Testo unico bancario ..., ha poi trovato la propria disciplina esclusivamente ... in disposizioni di carattere amministrativo*», quali la delibera n. 275/2008 del CICR e le Disposizioni applicative della Banca d'Italia.

b) La natura amministrativa delle disposizioni che ne regolano il funzionamento, specie della fase decisoria, già vale ad escludere la riconducibilità dell'ABF tra gli organi giurisdizionali che, invece, per loro natura sono ancorati al fondamento costituzionale e alla riserva di legge;

c) I «*criteri e i requisiti di nomina dei componenti, il loro status giuridico e il complesso delle regole deontologiche*» non sono parificabili ai corrispondenti presidi di tutela previsti per gli organismi chiamati a svolgere funzioni giurisdizionali;

---

<sup>(55)</sup> In dottrina, già prima dell'intervento costituzionale, si erano espressi in senso negativo CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 131, per difetto sia del requisito soggettivo che oggettivo.

d) Le specifiche attribuzioni che l'ABF è chiamato a svolgere non rispecchiano gli indici di riconoscibilità considerati tipici della funzione giurisdizionale;

e) Ciò risulta evidente anche dal fatto che *«l'intervento dell'[ABF], è, da un lato, precluso nell'ipotesi in cui la controversia sia stata già sottoposta all'autorità giudiziaria o rimessa a decisione arbitrale (art. 2, comma 6, della citata delibera CICR) e, dall'altro risulta ugualmente vanificato, qualora nel corso del procedimento la controversia stessa sia devoluta ai giudici o agli arbitri (art. 6, comma 4, della medesima delibera)»*;

f) Del resto come precisa il Comunicato della Banca d'Italia del 26 ottobre 2010, *«per gli intermediari, così come per i clienti, quale che sia l'esito della procedura, resta ferma la facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi»*, sul rilievo che *«le decisioni dell'ABF ... non incidono sulle situazioni giuridiche delle parti»*;

g) La mancanza di connotati giurisdizionali si rileva anche dalla natura delle decisioni, non aventi, secondo la Consulta, *«alcun valore cogente per nessuna delle parti "in causa", svolgendo essa solo una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla reputazione dell'intermediario, in particolare se non ottemperante, secondo connotazioni che possono riecheggiare gli interventi di organi amministrativi in autotutela»*;

h) Infine, secondo la Corte costituzionale, il rilievo secondo cui *«il "risponso" dell'[ABF] debba essere adottato "secondo diritto" non può ritenersi in sé argomento probante, giacché è tipico di qualsiasi funzione giustiziale procedere e adottare le proprie determinazioni secundum ius, al pari di qualsiasi organismo della pubblica amministrazione»*.

Orbene, più volte nel corso del presente studio si è ritenuto che l'ABF trovi fonte nella legge. Il riferimento è innanzitutto alla legge n. 262/2005, al d.lgs. n.

385/1993, al d.lgs. n. 11/2010, al d.lgs. 28/2010, al d.lgs. 141/2010 e al d.lgs. n. 218/2010 <sup>(56)</sup>.

Ora, prescindendo dalle disposizioni integrative aventi carattere amministrativo (delibera CICR n. 275/2008 e Disposizioni applicative della Banca d'Italia), dal quadro della normativa primaria emerge chiaramente l'intenzione del legislatore, che non è quella di istituire giudici speciali in violazione dell'art. 102 Cost., quanto di istituire un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra intermediari e clienti che tenda al riequilibrio delle rispettive posizioni contrattuali, assicurando la c.d. trasparenza bancaria; che prevenga, attraverso lo strumento del dialogo tra le parti, l'insorgere della controversia innanzi all'autorità giudiziaria; che si presti all'attività di vigilanza della Banca d'Italia, facendo in modo che gli esiti dei ricorsi rilevino ai fini della vigilanza, e che contribuisca per questa via all'efficienza dell'intero sistema finanziario, presieduta dalla fiducia della clientela nel sistema creditizio <sup>(57)</sup>.

E' chiaro cioè che l'intenzione del legislatore non è sottrarre la funzione giurisdizionale nella materia bancario - finanziaria all'autorità giudiziaria. Il che è ancor più evidente ove si pensi alla condizione di procedibilità della domanda giudiziaria che il procedimento innanzi all'ABF è capace di adempiere <sup>(58)</sup>.

Per tale motivo si è preferito studiare l'eventuale potere di rimessione dei Collegi ABF muovendo proprio dal presupposto della mancata identità tra la funzione giurisdizionale, propria dei giudici, e la funzione complessa (in quanto, come visto, non solo giustiziale) dei Collegi ABF, ritenendo al contempo che ciò non valga ad escludere a priori una eventuale legittimazione *a quo*, il cui riconoscimento, invece, in ragione della *ratio* sottesa al giudizio di

---

<sup>(56)</sup> Si vedano i rilievi contenuti nel § 1 del Capitolo 1, e nella nota n. 43 di questa sezione.

<sup>(57)</sup> Il che spiega anche perché all'intermediario inadempiente venga applicata una sanzione fondata sulla c.d. pubblicità - notizia.

<sup>(58)</sup> Non può valere ad escludere la legittimazione *a quo* il fatto che il procedimento innanzi all'ABF adempia, in alternativa al procedimento di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010, la condizione di procedibilità, perché mentre nei procedimenti di mediazione e conciliazione *tout court* il terzo si limita a mediare le contrapposte pretese, l'Organo giudicante ABF svolge un ruolo autenticamente decisorio della controversia. Cfr. Corte cost., 15 febbraio 1980, n. 17.

costituzionalità, dipende da canoni diversi, non nettamente definiti e variamente applicabili <sup>(59)</sup>.

Per un primo canone, infatti, per aversi *giudizio a quo*, è sufficiente un procedimento che, indipendentemente dalla natura e dalle modalità di svolgimento, si compie innanzi ad un organo che, pure estraneo all'organizzazione della giurisdizione e svolgente compiti di natura diversa da quella contenziosa giurisdizionale, svolge in posizione *super partes* funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge <sup>(60)</sup>, anche in via eccezionale <sup>(61)</sup>.

Per un secondo canone ai fini del riconoscimento bisogna in sostanza far riferimento alla sussistenza di garanzie e regole procedurali proprie della funzione giurisdizionale, come il principio del contraddittorio, la imparzialità, l'indipendenza e la terzietà dell'organo rimettente <sup>(62)</sup>.

Per altro canone (invece), la legittimazione *a quo* va negata quando la attività applicativa della legge non deriva dall'esplicazione di una funzione decisoria <sup>(63)</sup>.

Ma il canone più restrittivo è certamente quello che, in specificazione del primo indicato, esige altresì che l'applicazione della legge da parte del giudice – quindi concerne l'ipotesi in cui il rimettente sia quanto meno un organo giurisdizionale – sia caratterizzata da entrambi gli attributi dell'obiettività e della

---

<sup>(59)</sup> *Contra* CONSOLO, STELLA, *op. cit.*, 132.

<sup>(60)</sup> Sul punto però vedi CONSOLO, STELLA, *op. ult. cit.*, 134, per i quali, anche se i Collegi ABF applicano norme di diritto e «quindi svolgono un'attività mentale non diversa da quella che svolgono gli arbitri», «[n]on si possono ... tener disgiunti gli effetti di una certa attività dall'attività stessa», perché «[l]o ius dicere, che è il proprium della "funzione giudicante" svolta dal giudice e dall'arbitro rituale, deve essere – essenzialmente, per essere tale – un riverbero, "diretto ed immediato" (Redenti), nella realtà giuridica sostanziale».

<sup>(61)</sup> Cfr. le citate pronunce della Corte costituzionale nn. 83/1966, 226/1976, 376/2001, e quanto rilevato nel § 3 di questa sezione.

<sup>(62)</sup> Riferimenti in tal senso possono essere tratti da Corte cost., 2 febbraio 1971, n. 12; Corte cost., 10 maggio 1995, n. 158; Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376; e dall'ordinanza costituzionale, 21 marzo 2002, n. 86, per la quale in particolare «ove il rimettente non rivesta la qualità soggettiva di un giudice, la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità dipende dall'esercizio di un'attività di tipo giurisdizionale o comunque assistita, in quanto destinata all'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, delle garanzie del contraddittorio e della imparzialità, tipiche della giurisdizione».

<sup>(63)</sup> Cfr. la sentenza Corte cost., 21 marzo 2002, n. 86 e l'ordinanza Corte cost., 13 febbraio 2003, n. 52.

definitività, nel senso della idoneità del provvedimento reso a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato <sup>(64)</sup>.

Il canone cui si fa riferimento in questo studio allora è necessariamente il primo, al quale si è voluto affiancare quella sorta di clausola di chiusura, talora individuata nella giurisprudenza costituzionale, che riconosce la possibilità, «*ai limitati fini*» dell'instaurazione del giudizio incidentale di costituzionalità, di assimilare alla funzione giurisdizionale procedimenti che «*non sono un giudizio in senso tecnico - processuale*», capaci tuttavia di rendere più difficile seppur non impossibile il controllo (costituzionale) in un secondo momento <sup>(65)</sup>.

Di qui la conclusione che il riconoscimento del potere di rimessione in capo ai Collegi ABF può derivare solo dal superamento del binomio legittimazione *a quo* - giurisdizione *tout court* - e ciò in linea con la scelta del legislatore del 2009 di riconoscere il potere di rimessione al Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario - ovvero dall'accoglimento della tesi di una giurisdizione utile al limitato fine dell'accesso al sindacato costituzionale delle leggi <sup>(66)</sup>.

Così non è stato, per cui bisogna prendere atto che per il momento altra è la via prescelta, cioè quella di mantenere saldo il legame tra la legittimazione *a quo* e la giurisdizione *tout court*.

La Consulta, infatti, disconosce il potere di rimessione in sostanza per la natura non giurisdizionale dell'ABF <sup>(67)</sup>, e a tal fine adduce motivazioni che ne costituiscono la conseguenza logica piuttosto che il fondamento. Cioè è una conseguenza della natura non giurisdizionale dell'ABF, per esempio, il fatto che la disciplina integrativa all'art. 128-*bis* T.U. bancario sia affidata a disposizioni di

---

<sup>(64)</sup> Sul carattere della definitività della pronuncia ABF si veda *retro* § 4.

<sup>(65)</sup> V. *retro* § 3, in questa sezione.

<sup>(66)</sup> V. *retro* § 4, in questa sezione.

<sup>(67)</sup> Il binomio giurisdizione *tout court* - legittimazione *a quo* è particolarmente evidente nell'ordinanza costituzionale n. 113 del 1990: «*i Consigli locali dell'Ordine degli avvocati e procuratori non hanno natura giurisdizionale e non sono, pertanto legittimati a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale*». Si legga anche l'ordinanza n. 387 del 1995: «*ai Collegi locali dei ragionieri non può essere riconosciuta natura giurisdizionale - spettando essa solo ai Collegi o Consigli nazionali degli organi professionali - né, conseguentemente, la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale*».

carattere amministrativo <sup>(68)</sup>; che i criteri e i requisiti di nomina dei singoli membri, nonché il loro *status* giuridico e le regole deontologiche, che sono tenuti a rispettare, non siano presieduti dalle medesime tutele previste per gli organismi chiamati a svolgere funzioni giurisdizionali; che, infine, la delibera ABF non faccia stato tra le parti alla stregua di una sentenza o di un lodo arbitrale.

La Consulta inoltre preferisce non riconoscere all'ABF nemmeno un mero *potere* di rimessione, sperando che voglia quantomeno riconoscergli in maniera implicita il potere di disapplicare norme di palese incostituzionalità, nonostante in una nota pronuncia abbia ritenuto che nel nostro «*assetto costituzionale ... è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità*» (Corte cost. n. 376/2001), agendo (ora) in linea con chi in dottrina ritiene che preclusioni di questo tipo possono riguardare «*"soltanto" quei "giudici" che amministrano la giustizia "in nome del popolo" (art. 101 Cost.)*» e che sono per questo soggetti «*soltanto alla legge*» <sup>(69)</sup>

I membri dell'Organo giudicante ABF, infatti, sono solo privati professionisti che, non agendo «*in nome del popolo*», non sono soggetti «*soltanto alla legge*» e, quindi, hanno la libertà di disapplicare la legge, se ritenuta incostituzionale <sup>(70)</sup>.

Certo è che ove il ragionamento seguito dalla Consulta avesse presupposto (anziché concludersi con) la natura non giurisdizionale dell'ABF, avrebbe offerto

---

<sup>(68)</sup> Tra l'altro cfr. il «[r]esoconto della consultazione, dicembre 2011», 18, il quale (anche) precisa che «[l]'efficacia e la natura delle decisioni dell'ABF (tuttora controversi in dottrina) non possono essere stabilite dalle disposizioni della Banca d'Italia, ma è necessaria una norma di legge».

<sup>(69)</sup> AULETTA, *Sulla legittimità del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C. Cost. n. 376 del 2001)*, cit., 63, per il quale: «Il popolo ... dà mandato ai propri amministratori di giustizia attraverso la legge: è per questo che "soltanto alla legge" essi vanno soggetti, che il processo che si svolge davanti a loro è interamente "regolato dalla legge", che contro le sentenze è sempre ammesso ricorso per cassazione "per violazione di legge"». Di conseguenza i giudici «hanno da osservare esclusivamente la legge, quella che loro prescrive il da farsi per rimettere alla Corte costituzionale la ... questione [d'incostituzionalità]. Ma, in un sistema veramente liberale, per chiunque altro non deve essere così».

<sup>(70)</sup> LUISO, *Sulla legittimità del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C. Cost. n. 376 del 2001)*, cit., 60, per il quale il controllo accentrato di costituzionalità non tocca il potere di disapplicazione che spetta ad ogni altro soggetto, escluso il giudice, cui la legge lo sottrae.

elementi utili a capirne la reale natura giuridica. L'unico indice utile a tal fine sembra essere la locuzione *responso* utilizzata per identificare le delibere ABF.

## **Considerazioni conclusive.**

1. - In conclusione, quanto al procedimento *ex art. 128-bis* del T.U. bancario può ritenersi che le considerazioni fin qui svolte non valgono ad escludergli la natura di ADR.

Il procedimento innanzi all'ABF, che sembra essere un crocevia tra i procedimenti aggiudicativi e quelli facilitativi di soluzione extragiudiziale delle controversie, notoriamente conosciuti (arbitrato, conciliazione e mediazione), si presenta infatti (comunque) rispettoso delle raccomandazioni e dei principi comunitari in materia, come del principio dell'indipendenza ed imparzialità del terzo <sup>(1)</sup>; del principio della trasparenza <sup>(2)</sup>; del principio del contraddittorio <sup>(3)</sup>; del principio di efficienza <sup>(4)</sup>; del principio di libertà <sup>(5)</sup>; e del principio di rappresentanza <sup>(6)</sup>.

Il procedimento innanzi all'ABF ha però il pregio di guardare ai sistemi di ADR non solo come strumenti deflattivi della giustizia civile ma anche come strumenti di politica economica, di cui spesso si avvalgono le Autorità indipendenti, e non solo, per assicurare l'accesso alla giustizia del consumatore e quindi, apprestare uno strumento di tutela alla parte debole del rapporto contrattuale bancario - finanziario.

---

<sup>(1)</sup> Sul punto sia consentito rinviare alle considerazioni che seguono e quelle già espresse nei §§ 2 e 3 del Capitolo 1 del presente studio.

<sup>(2)</sup> Gli intermediari sono tenuti ad informare la clientela del loro diritto di ricorrere all'ABF e delle modalità di svolgimento del procedimento. Inoltre le stesse disposizioni integrative all'art. 128-*bis* T.U. bancario risultano rispettose di tale principio là dove descrivono (per esempio) le tipologie di controversie che vi possono essere sottoposte, tenendo conto della competenza per materia, valore e territorio dell'Organo giudicante; le spese di procedura; la regola di decisione del Collegio e la natura non vincolante della stessa. Inoltre è prevista la pubblicazione di una relazione annuale relativa alle decisioni adottate, che consente di valutare i risultati ottenuti.

<sup>(3)</sup> Le parti possono conoscere le rispettive posizioni difensive e replicare ad esse.

<sup>(4)</sup> È stato disegnato in modo tale da essere facilmente accessibile dal cliente anche in assenza di un professionista legale e quindi fargli risparmiare i costi necessariamente connessi al patrocinio in giudizio, nel caso di controversie di modesto valore economico che per il cliente sarebbe inconveniente portare dinnanzi al Giudice ordinario. Sul punto si veda *retro* Capitolo 2, § 5.1.

<sup>(5)</sup> Il procedimento non priva le parti del diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria (art. 24 Cost.).

<sup>(6)</sup> Le parti possono procedere personalmente, con l'ausilio delle associazioni rappresentative di appartenenza ma anche dell'assistenza tecnica di un rappresentante legale.



In altri termini, il procedimento *ex art. 128-bis* T.U. bancario contribuisce a garantire l'effettività della tutela della clientela.

Le peculiari modalità di svolgimento, infatti, richiamano alla mente quei sistemi di ADR, già conosciuti in Europa <sup>(7)</sup>, che nascono proprio per completare il quadro delle iniziative di tutela della clientela bancaria e finanziaria e che per questo «*garantiscono un rimedio meno costoso, più rapido ed efficace, tipicamente utilizzabile nell'ambito delle controversie finanziarie, contribuendo anche al rafforzamento della certezza dei rapporti giuridici*» <sup>(8)</sup>.

Nello specifico, il sistema di tutela stragiudiziale dell'ABF sembra avere caratteri prossimi ai sistemi di ADR spagnoli di tutela del consumatore.

---

<sup>(7)</sup> I sistemi europei di ADR che operano nel settore bancario - finanziario sono organizzati in maniera diversa a seconda «*delle caratteristiche istituzionali degli assetti regolamentari e di vigilanza esistenti*» in ciascun Paese. Tranne che per la Germania, il cui Ordinamento configura i sistemi di ADR come strumenti di autoregolamentazione degli intermediari, in Francia, Regno Unito e Spagna, trovano fondamento normativo in atti legislativi speciali del settore bancario - finanziario.

Nel Regno Unito, per esempio, opera il *Financial Ombudsman Service* (FOS), la cui competenza copre la *compulsory jurisdiction*, cioè le controversie che riguardano le *regulated activities*, il credito al consumo e altre attività, nei confronti dei soggetti obbligati ad aderire al sistema, in quanto titolari di un'autorizzazione della *Financial Services Authority* (FSA), Autorità unica di vigilanza; la *consumer credit jurisdiction* su le controversie nei confronti di soggetti titolari di licenza rilasciata dall'OFT ma che non sono autorizzati dalla FSA; e la *voluntary jurisdiction* per le controversie che non rientrano nelle ipotesi precedenti e che coinvolgono gli intermediari che aderiscono volontariamente al sistema.

In Francia, il sistema è di mediazione e copre quasi la totalità di controversie tra banche e consumatori per i servizi e i prodotti offerti. La mediazione bancaria qui opera su iniziativa degli intermediari a livello decentrato, la c.d. *médiation en compte propre*. La legge, infatti, non disciplina le strutture che svolgono la mediazione bancaria. Nel comparto della finanza mobiliare, un servizio di mediazione a sé è offerto dall' *Autorité des Marchés Financiers* (AMF), disciplinato dal *Code Monétaire et Financier*. Il coordinamento tra le diverse Autorità coinvolte nella tutela della clientela dei servizi bancari e finanziari è facilitato dalla *Banque de France*, titolare di specifiche competenze in materia di rapporti tra intermediari e clienti.

In Germania, invece, operano addirittura sette sistemi di ADR per il settore bancario - finanziario. Di questi solo uno ha natura pubblica, mentre i restanti derivano da iniziative di autoregolamentazione degli intermediari e per essi l'adesione è volontaria. Il sistema pubblico invece è istituito presso la Banca centrale ed è competente esclusivamente in determinate materie e nei confronti di intermediari che non abbiano già aderito ad un sistema privato.

In materia un utile contributo è offerto da BOCCUZZI, GUIDA, PLACANICA, SCIOTTI E VALSECCHI, *I sistemi di ADR in Francia, Germania, Regno Unito e Spagna*, in BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 68, 2010, 45 ss.

<sup>(8)</sup> BOCCUZZI, VALSECCHI, *Tutela della clientela e regolamentazione bancaria e finanziaria*, in BOCCUZZI (a cura di), *op. cit.*, 17.

Ricordando che nell'Ordinamento spagnolo la tutela del consumatore in generale è riconosciuta in Costituzione all'art. 51, si precisa che quella settoriale degli utenti dei servizi bancari rientra nelle competenze del Ministero dell'Economia e del Banco di Spagna.

In particolare, la legge bancaria (art. 48, comma 2, legge n. 26/1988) attribuisce al primo una competenza generale anche di materia regolamentare, al fine di garantire la correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti <sup>(9)</sup>.

Il Banco di Spagna, invece, gestisce un sistema di ADR denominato *Servicio de Reclamaciones*, la cui organizzazione e funzionamento sono disciplinati dalla circolare del Banco di Spagna del 7 settembre 1990, n. 8 <sup>(10)</sup>. Il *Servicio de Reclamaciones* opera dal 1987 e ha ricevuto riconoscimento normativo con l'*Orden* del 12 dicembre 1989 del Ministro dell'Economia.

La legge 22 novembre 2002, n. 44, nel frattempo emanata per rispondere agli indirizzi comunitari in materia, prevede la modifica del sistema precedente mediante la creazione di tre distinti organismi. Si tratta del *Comisionando para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios* presso il Banco di Spagna, per la protezione dei diritti dei clienti delle banche; del *Comisionando para la Defensa del Inversor*, presso la Commissione Nazionale del Mercato dei Valori (CNMV), per la tutela dei diritti dei clienti di società di investimento; e, infine, del *Comisionando para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones*, presso la *Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones*, per la tutela dei diritti dei clienti di società di assicurazioni e fondi pensione.

Il funzionamento dei tre *Comisionados* è disciplinato dal Real Decreto n. 303 del 20 febbraio 2004, tuttavia la riforma non è attuata, in quanto il Ministro dell'Economia non ha provveduto alla nomina dei membri dei tre organismi, per cui nel frattempo il sistema del *Servicio de Reclamaciones* continua ad operare in

---

<sup>(9)</sup> SCIOTTI, *La tutela del consumatore e i sistemi di ADR in Spagna*, in BOCCUZZI (a cura di), *op. cit.*, 148 ss.

<sup>(10)</sup> Non si dimentichi che in Spagna per i consumatori è prevista la possibilità di ricorrere, in alternativa ai rimedi giurisdizionali, ad un *Sistema Arbitral de Consumo*, disciplinato dall'art. 57 del Real Decreto n. 1/2007 e dal Real Decreto n. 231 del 15 febbraio 2008.

vece del *Comisionando* per le controversie bancarie, «*in accordo con la normativa ad esso applicabile*»<sup>(11)</sup>.

Il che è tanto vero che il *Servicio de Reclamaciones* costituisce l'Organismo indicato alla Commissione europea per la rete Fin-Net.

Il *Servicio de Reclamaciones* riceve dalla clientela le cosiddette *reclamaciones, quejas e consultas*: le *reclamaciones* sono le istanze volte ad ottenere il riconoscimento di un diritto o di un interesse, in relazione ad azioni o omissioni che hanno determinato un pregiudizio al reclamante, in conseguenza della violazione del contratto o della normativa di trasparenza e protezione della clientela; le *quejas* sono le istanze aventi ad oggetto il malfunzionamento dei servizi bancari e finanziari che hanno subito i clienti nel corso dei loro rapporti con gli intermediari; le *consultas*, infine, sono richieste di consulenza o di informazione su questioni di interesse generale relative ai diritti degli utenti e dei servizi finanziari in materia di trasparenza e protezione della clientela.

I tratti comuni tra questo sistema di tutela e quello dell'ABF non sono pochi.

Si rifletta, per esempio, sul fatto che, come per l'ABF, il procedimento spagnolo non può essere avviato, qualora la controversia sia già sottoposta all'autorità giudiziaria o arbitrale, e il procedimento, in ogni caso, non preclude il diritto del cliente di fare ricorso a qualsiasi altro mezzo di tutela previsto dall'Ordinamento interno. In tal caso, come ipotizzato per l'ABF, le risultanze dell'atto conclusivo possono essere acquisite al successivo procedimento arbitrale o giudiziale e lì valutate a discrezione del giudicante<sup>(12)</sup>.

Parzialmente diverso è invece l'ambito oggettivo di applicazione, non potendo conoscere il sistema spagnolo le richieste di risarcimento dei danni<sup>(13)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> SCIOTTI, *op. cit.*, 46 - 47.

<sup>(12)</sup> SCIOTTI, *op. ult. cit.*, 153. Per l'ABF si veda quanto rilevato nei §§ 3, sezione I, e 3, sezione II, del Capitolo 3.

<sup>(13)</sup> L'Italia non è l'unico Paese ad ammettere la cognizione del proprio sistema di ADR bancario - finanziario sul tema del risarcimento del danno. Le richieste sono pure ammesse nei sistemi del Regno Unito, della Francia e della Germania (BOCCUZZI, GUIDA, PLACANICA, SCIOTTI, VALSECCHI, *op. cit.*, 51 ss.).

Inoltre anche per questo procedimento l'avvio è subordinato, a pena di inammissibilità, alla sottoposizione della controversia al *Departemento* o *Servicio de Atenciòn* al cliente o al *Defensor* del cliente dell'intermediario.

In maniera parzialmente diversa dal procedimento innanzi all'ABF, inoltre, l'attivazione del *Servicio de Reclamaciones* per il cliente è completamente gratuita e gli intermediari non contribuiscono mai al suo finanziamento, in quanto le spese sono a carico unicamente del Banco di Spagna.

Come per l'ABF, anche per il *Servicio de Reclamaciones* ogni anno viene preparata una relazione sull'attività stragiudiziale svolta e le decisioni adottate in favore della clientela vengono pubblicate per estratto.

Affinità tra i due procedimenti possono essere colte anche nelle attività che in concreto connotano le tre fasi in cui si articola il procedimento stragiudiziale: nella fase preliminare viene valutata l'ammissibilità del ricorso, verificando che la questione sia stata preventivamente sottoposta al servizio reclami dell'intermediario e che non ci siano cause di improcedibilità dovute alla pendenza di un procedimento giudiziario o arbitrale. In questa prima fase, inoltre, viene assicurato il contraddittorio con le parti previo scambio degli scritti difensivi, i quali vengono inviati al *Servicio de Reclamaciones*.

Diversamente dal procedimento innanzi all'ABF, poi, le parti qui hanno un maggiore potere di partecipazione, avendo per esempio il diritto di accesso agli atti relativi al ricorso, così come la facoltà di essere «*sentiti*» qualora il *Servicio de Reclamaciones* richieda integrazioni alle informazioni fornite con il reclamo <sup>(14)</sup>. Conclusa però la fase preliminare, anche il procedimento spagnolo prosegue senza la possibilità di audire le parti.

Interessante è rilevare come le affinità si estendano anche all'atto conclusivo del procedimento spagnolo, l'*informe final*, il quale costituisce una sorta di parere o di relazione motivata con la quale l'organismo esprime la propria valutazione sul caso esaminato, non avendo efficacia vincolante tra le parti.

---

<sup>(14)</sup> SCIOTTI, *op. cit.*, 155.

Nel presente studio si è, infatti, approfonditamente spiegato come la determinazione dell'ABF non produca effetti tra le parti, se non in una prospettiva riflessa di utilità conseguibili dalle stesse e nella prospettiva dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia, producendo da questo punto di vista un effetto vincolante in capo all'intermediario inadempiente. Per questa via si è giunti a ritenere che la delibera ABF si avvicini nella sostanza ad un parere, più che ad una decisione in senso stretto, contenente un accertamento tecnico sui rapporti in atto tra l'intermediario e il cliente. A tale conclusione pare essere d'accordo anche la Corte costituzionale, là dove nel ribadire la natura non giurisdizionale dell'ABF e il conseguente difetto di legittimazione *a quo* dei Collegi ABF, qualifica la determinazione dell'ABF come «*responso*», quasi sottolineandone la funzione prognostica sull'eventuale successivo giudizio <sup>(15)</sup>.

Tornando al *Servicio de Reclamaciones*, pare utile rilevare che anche quanto accade successivamente alla pronuncia finale è in sostanza analogo al sistema di tutela dell'ABF: entro un mese dalla ricezione della pronuncia notificatagli, infatti, l'intermediario deve dichiarare l'intenzione di accettare o meno la decisione. Se accetta, indica altresì i comportamenti posti in essere per adempiere.

Inoltre, anche in Spagna, la sanzione per l'intermediario è solo di tipo reputazionale, consistendo nella pubblicazione del nome dell'intermediario nella «*memoria*» annuale del Banco di Spagna <sup>(16)</sup>, e come la delibera ABF, anche l'*informe final* non può essere impugnato, in quanto - come precisa il Real Decreto n. 303/2004 - ha solo carattere informativo e non costituisce un atto amministrativo.

Ancor più rilevante infine è costatare che anche tale atto si presta all'attività di vigilanza del Banco di Spagna: la legge n. 44/2002 e il Real Decreto n. 303/2004 dispongono, infatti, che qualora dal procedimento emergano elementi indicativi di una possibile violazione delle norme in materia di trasparenza e protezione della clientela, il *Servicio de Reclamaciones* informa i servizi del

---

<sup>(15)</sup> V. *retro* il § 5, sezione III, del Capitolo 3, e la ordinanza della Corte cost., 4 luglio 2011, n. 218, in *www.giurcost.org*.

<sup>(16)</sup> BOCCUZZI, GUIDA, PLACANICA, SCIOTTI, VALSECCHI, *op. cit.*, 59.

Banco di Spagna, il quale, come la Banca d'Italia, può utilizzare le informazioni nella sua funzione di vigilanza e applicare agli intermediari specifiche sanzioni.

In secondo luogo, la ingerenza della decisione nell'attività di vigilanza deriva dal fatto che le decisioni individuano i c.d. *best practices* che gli intermediari sono tenuti ad osservare. Ne consegue che, da questo punto di vista, le decisioni del *Servicio de Reclamaciones*, come quelle dell'ABF, integrano «*il quadro di riferimento normativo in materia di trasparenza e correttezza dei comportamenti*» cui gli intermediari sono tenuti a rispettare <sup>(17)</sup>.

Infine, il sistema dell'ADR spagnolo «*innesca meccanismi di mercato che inducono gli utenti a selezionare gli operatori più virtuosi*» <sup>(18)</sup>. Si rifletta, per esempio, sul fatto che la pubblicità della relazione annuale, come delle decisioni, consentono ai consumatori di meglio conoscere gli intermediari con i quali dovranno contrattare e quali sono i servizi da essi offerti, che presentano una maggiore problematicità.

Orbene, alla luce dello studio condotto, può ritenersi che l'ABF non è un organo giurisdizionale, che l'acronimo ABF connota un sistema di tutela stragiudiziale - di matrice europea e con caratteri analoghi al *Servicio de Reclamaciones* previsto nell'Ordinamento spagnolo - per la risoluzione di controversie della clientela con gli intermediari bancari e finanziari, che tende al riequilibrio delle rispettive posizioni contrattuali, assicurando il rispetto della normativa in materia di trasparenza bancaria. Questo sistema previene l'insorgere della controversia innanzi all'Autorità giudiziaria, assicurando un dialogo effettivo tra le parti; si presta all'attività di vigilanza della Banca d'Italia, rilevando gli esiti dei ricorsi ai fini della vigilanza; e, per l'effetto, contribuisce all'efficienza dell'intero sistema finanziario, notoriamente ancorato alla fiducia dei clienti nel sistema creditizio.

---

<sup>(17)</sup> SCIOTTI, *op. cit.*, 156 ss.

<sup>(18)</sup> SCIOTTI, *op. ult. cit.*, 157.

2. - Quanto all'Organismo ABF, invece, resta da chiedersi quale sia la sua natura giuridica <sup>(19)</sup>.

Ritenere che l'ABF sia munito di una propria soggettività giuridica, vuol dire riconoscere a quest'Organismo l'attitudine ad essere centro finale di imputazione normativa: secondo la teoria generale del rapporto giuridico, infatti, la norma di legge individua la disciplina della fattispecie, identificando gli effetti giuridici che si collegano a determinati fatti. Per cui «[v]i è soggettività giuridica in capo a coloro che siano suscettibili di essere destinatari dell'effetto, non essendo sufficiente l'attitudine ad essere autore del fatto da cui esso promana» <sup>(20)</sup>.

Sulla base di tali premesse, il Consiglio di Stato, nell'Adunanza Generale del 20 ottobre 2011, con parere n. 04277/2011, ha escluso che la Camera di conciliazione e di arbitrato, istituita dal d.lgs. n. 179/2007, presso la Consob abbia una propria soggettività giuridica, motivando che la stessa «non risulta essere destinataria degli effetti, poiché la legge considera la sua attività in funzione di quella della Consob».

Le motivazioni, che spiegano la conclusione del Consiglio di Stato, costituiscono occasione utile di riflessione sulla natura giuridica anche dell'ABF.

L'inquadramento non può che incentrarsi sulla normativa di riferimento. Come indicato, l'art. 29 della legge n. 262 del 2005 ha introdotto nel T.U. bancario la fonte normativa dell'ABF, l'art. 128-bis, la quale nel prescrivere agli intermediari bancari e finanziari di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela, affida al CICR, «su proposta della Banca d'Italia», il compito di determinare i criteri di svolgimento delle procedure e di

---

<sup>(19)</sup> Nel Regno Unito, il FOS per il FSMA è un organismo pubblico indipendente che opera in collegamento con la FSA, dalla quale è giuridicamente indipendente. In Francia, la mediazione bancaria ha natura privata, ma i mediatori bancari sono sottoposti a controllo dal *Comité de la médiation bancaire*, organo istituito dal *Code Monétaire et Financier*, presieduto dal governatore della *Banque de France*. Il Comitato, pur definendo le modalità di esercizio dell'attività dei mediatori, non interferisce con la indipendenza di ciascuno. In Germania, nonostante la maggioranza dei sistemi di ADR previsti abbia natura privata, sono sottoposti ad «una forma attenuata di controllo pubblico» ad opera del Ministero della Giustizia. Si veda in merito BOCCUZZI, GUIDA, PLACANICA, SCIOTTI, VALSECCHI, *op. cit.*, 47.

<sup>(20)</sup> Cfr. il parere del Cons. Stato, Ad. Generale, 20 ottobre 2011, n. 04277/2011, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

composizione dell'Organo giudicante, così facendo intendere la nascita di un organismo *ad hoc* per la soluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancario - finanziaria.

Il CICR, provvedendovi con la delibera n. 275/2008, a sua volta rimette alla Banca d'Italia la concreta nomina dei membri dell'Organo giudicante, lo svolgimento delle attività di supporto tecnico ed organizzativo, oltretutto l'emanazione di specifiche disposizioni applicative, che insieme con le diverse fonti normative nazionali e sopranazionali, più volte citate in questo studio, integrano il quadro di disciplina dell'ABF.

Le precisazioni di carattere generale, che aprono le nuove disposizioni applicative della Banca d'Italia, premettono che l'ABF *«ha lo scopo di dirimere in modo semplice, rapido ed efficace le controversie tra i clienti e gli intermediari»* e che *«svolge in autonomia le proprie funzioni, delle quali ha la piena ed esclusiva titolarità»*.

Al contempo, premettono anche che *«[l]’attività dell’ABF, quale sistema alternativo di risoluzione delle controversie, assume rilievo per il conseguimento di obiettivi di efficienza e competitività del sistema finanziario»*, incentivando *«il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela»*, migliorando *«la fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi bancari e finanziari»*, e costituendo *«un utile presidio dei rischi legali e reputazionali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso»*.

Di qui la ulteriore premessa che *«[l]e decisioni dell’ABF ... integrano il più ampio quadro informativo di cui la Banca d'Italia dispone nello svolgimento della propria funzione regolatrice e di controllo»* <sup>(21)</sup>.

Le disposizioni richiamate, dunque, mentre da un lato cercano di mantenere separato l'ABF dalla Banca d'Italia, dall'altro sottolineano la strumentalità, evidenziata in questo studio, dell'attività (di risoluzione stragiudiziale delle controversie) all'attività di vigilanza della Banca d'Italia.

---

<sup>(21)</sup> Cfr. le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sez. I, § 1, 2.



A tale riflessione si aggiunga che l'ABF svolge la propria attività avvalendosi di strutture e risorse della Banca d'Italia: quest'ultima, infatti, «*mette a disposizione dell'ABF mezzi e risorse, anche attraverso l'istituzione di strutture dedicate - le Segreterie tecniche - presso le sedi della Banca d'Italia ove operano i collegi dell'ABF*»<sup>(22)</sup>.

Orbene, tali considerazioni insieme con il rilievo che la Banca d'Italia designa la maggioranza dei componenti dei Collegi e provvede alla nomina di tutti i membri, inducono a ritenere che anche l'ABF non sia munito di una soggettività giuridica separata dall'Autorità di vigilanza.

Vero è che la designazione maggioritaria e la nomina dei membri dei tre Collegi spetta alla Banca d'Italia perché Autorità amministrativa indipendente nel settore del credito, e dunque per assicurare che l'Organo giudicante non sia sede di conflitto tra interessi contrapposti ma arbitro equidistante.

È anche vero però che tale circostanza, mentre non consente di dubitare - per gli ulteriori motivi evidenziati nei paragrafi 2 e 3, del Capitolo 1 - della imparzialità e terzietà dell'Organo giudicante ABF, evidenzia certamente una compenetrazione organizzativa dell'ABF nella Banca d'Italia, escludendo una ipotesi di avvalimento tra uffici<sup>(23)</sup>.

Non si dimentichi infatti che è la Banca d'Italia a coprire le spese di funzionamento del sistema e, per il tramite della struttura di coordinamento, a preoccuparsi della relazione annuale sull'attività svolta dall'ABF; a monitorare i «*processi di lavoro*» e individuare le linee guida, «*al fine di garantire l'efficienza complessiva del sistema*»; e a compiere gli adempimenti necessari per la partecipazione dell'ABF alla rete Fin-Net (v. *retro* Capitolo 1, paragrafo 4).

---

<sup>(22)</sup> Così per le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sez. I, § 1, 2.

<sup>(23)</sup> La figura dell'avvalimento tra uffici concerne il rapporto tra enti e soggetti diversi per l'esercizio di funzioni pubbliche o di compiti di interesse pubblico. Ricorre quando l'ente titolare della funzione - quale dovrebbe essere nella specie l'ABF - si avvale di uffici di altro ente - quale nella specie la Banca d'Italia - senza pur tuttavia perdere in concreto la titolarità della funzione. Di conseguenza 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. L'istituto viene richiamato dalla Consob nella relazione illustrativa del quesito circa la natura giuridica della Camera Consob per spiegare i suoi rapporti con la camera (Cons. Stato, Ad. Gen., 20 ottobre 2011, n. 04277/2011).

In altri termini, l'ABF ha come referente della propria attività proprio la Banca d'Italia, nonostante svolga in autonomia le proprie funzioni giudicanti, delle quali ha la piena ed esclusiva titolarità.

Si è già precisato che la circostanza per la quale la Banca d'Italia, in quanto Autorità di vigilanza sul credito e sul risparmio, vigila sull'operato degli intermediari al fine di assicurare il rispetto della normativa sulla trasparenza bancaria, non tocca l'indipendenza funzionale dell'Organo giudicante ABF (v. *retro* Capitolo 1, paragrafo 3), tuttavia tale circostanza nemmeno smentisce il rapporto di appartenenza organica con la Banca d'Italia, «*essendo ormai ampiamente noto che i requisiti di indipendenza ed autonomia sono compatibili - tanto più nell'ambito di enti ascrivibili al novero delle Autorità indipendenti - 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*»<sup>(24)</sup>.

Il non riconoscimento di una autonoma soggettività giuridica all'ABF, infine, appare giustificato anche alla luce dei principi di buon andamento e sussidiarietà della pubblica amministrazione.

«*L'evoluzione normativa [che ha portato all'introduzione dell'ABF nel nostro Ordinamento] segna il passaggio da un sistema in cui la gestione alternativa delle controversie era lasciata ad iniziative di autoregolamentazione degli intermediari a un assetto connotato da un'impronta più marcatamente pubblicistica*»<sup>(25)</sup>, per cui l'istituzione di un ulteriore soggetto per lo svolgimento di compiti già attribuiti ad Autorità indipendenti, contrasta con le finalità di semplificazione perseguite dalle amministrazioni pubbliche, oltre che «*antitetic[o] rispetto all'apertura che in materia di mediazione civile la più recente legislazione ha operato in favore dei privati*»<sup>(26)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> Cfr. il citato parere del Cons. Stato, Ad. Generale, 20 ottobre 2011, n. 04277/2011.

<sup>(25)</sup> BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 68, 2010, 8.

<sup>(26)</sup> Cfr. il citato parere del Cons. Stato, Ad. Generale, 20 ottobre 2011, n. 04277/2011.

Del resto se l'ABF fosse munito di autonoma soggettività giuridica non si spiegherebbe perché il d.lgs. n. 385/1993 rimetta al CICR e alla Banca d'Italia, e non ad uno Statuto o ad un Regolamento interno all'ABF, la disciplina dell'attività e dell'organizzazione del procedimento che innanzi ad esso si svolge.

## ***Riferimenti bibliografici.***

- ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, Napoli, 1964, 857 ss.;
- ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 1103;
- ANGELETTI (a cura di), *L'interazione tra pubblico e privato nell'attività amministrativa*, in *Giur. it.*, 2010, 1447 ss.;
- ANNUNZIATA, *Il nuovo regolamento Consob sui consulenti finanziari (artt. 18-bis e 18-ter TUF)*, in *Corr. giur.*, 2010, 285 ss.;
- ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, 128 ss.;
- AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Le Società*, 2011, 83 ss.;
- AULETTA, *Banche e mercato mobiliare (giurisdizione in materia di)*, in VERDE (a cura di), *Dizionario della giurisdizione*, Torino, 2010, 142 ss.;
- AULETTA, BOCCAGNA, CALIFANO, DELLA PIETRA, OLIVIERI, RASCIO, *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Napoli, 2009;
- AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010;
- AULETTA, CAPPONI, LUISO, *Sulla legittimità del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C. Cost. n. 376 del 2001)*, in *Giust. civ.*, II, 59 ss.;

- AULETTA, *Conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Riv. arb.*, 2007, 495 ss.;
- AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002;
- AULETTA, *L'arbitro: giudice a quo rispetto alla Corte costituzionale?*, in *Riv. arb.* 2000, 815 ss.;
- AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, 2005, Torino, 312 ss.;
- AULETTA, sub. *Art. 128-bis*, in COSTA (a cura di), *Il Testo unico bancario*, in corso di pubblicazione per la collana *Le leggi commentate*, Padova, 2012;
- BAIONA, *I confini tra regolazione pubblica e privata nel sistema bancario e finanziario italiano*, in *Giur. it.*, 2010, 1460 ss.;
- BARILE, *L'arbitrato rituale e la corte costituzionale*, in *Riv. arb.*, 1992, 229 ss.;
- BASTIAN, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1, 4 ss.;
- BELLI, LOSAPPIO, PORZIO, RISPOLI FARINA, SANTORO (a cura di), *Commentario al Testo unico bancario*, Milano, 2010;
- BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 2008;
- BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo. Attività*, II, Padova, 2009;
- BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo. Giustizia*, III, Padova, 2009;
- BERLONI, *Affidavit come modalità alternativa di assunzione della prova testimoniale - l'esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1267 ss.;

- BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, III, Milano, 2000;
- BIAVATI, *Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari*,  
in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2009, 523 ss.;
- BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 68, 2010;
- BONSIGNORE (a cura di), *Secondo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, ISDACI, Milano, 2009;
- BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 121 ss.;
- BOVE, SANTI, *Il nuovo processo civile tra le modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009;
- BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 81 ss.;
- BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1988, 227 ss.;
- BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *I Contratti*, 2010, 4, 422 ss.;
- CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950;
- CANALE, *Luci ed ombre ad una prima lettura dello schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione*, in AULETTA, CALIFANO,

- DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 109 ss.;
- CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Judicium*;
- CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957;
- CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2010, 261 ss.;
- CARADONNA, BOSSI, *L'Arbitro bancario finanziario quale strumento di gestione delle liti fra gli intermediari finanziari e la propria clientela*, in *Riv. dei dott. commercialisti*, 2010, 2, 283 ss.;
- CARATTA, *La via italiana alla conciliazione: luci ed ombre nel decreto legislativo sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali»*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 141 ss.;
- CARATTA, MANDRIOLI, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009;
- CARBONE L., *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *Foro amm.*, TAR, 2009, 2664 ss.;
- CARINGELLA, *Le Autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Cons. Stato*, 2000, 541 ss.;
- CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Novissimo dig. it.*, Torino, 1958, 892 ss.;
- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951;

- CARRIÈRE, BASCELLI, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: le nuove regole della Banca d'Italia (commento a)*, in *I Contratti*, 2009, 619 ss.;
- CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'Ombudsman bancario*, in *Economia e diritto del terziario*, 2003, 1117 ss.;
- CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2009;
- CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, 2003;
- CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., 2008;
- CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2008;
- CHIARA, *L'arbitro come giudice a quo: profili ricostruttivi*, in *Giur. cost.*, 1997, 1215 ss.;
- CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 195 ss.;
- CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro amm., TAR*, 2003, 3133 ss.;
- CLARICH, *La tutela giurisdizionale avverso gli atti delle Autorità indipendenti*, in *Judicium.it*;
- CLARICH, voce *Atto amministrativo (Principi)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, 180 ss.;
- COMINO, *Sanzioni Consob: è in pericolo la giurisdizione amministrativa?*, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 9, 1847 ss.;



- CONSOLO, *La improcrastinabile radicale riforma della Legge - Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corr. giur.*, 2010, 425 ss.;
- CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Profili generali*, II, Padova, 2008;
- CONSOLO, STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *An. giur. dell'economia*, 2011, 121 ss.;
- CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008;
- COSTANTINO, *L'Arbitro bancario finanziario. Premessa*, in *For. it.*, 2010, 5, 279 ss.;
- COSTANTINO, *La istituzione dell'«Arbitrato Bancario Finanziario»*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 299 ss.;
- COSTANTINO, *Rassegna di legislazione (1° marzo-30giugno 2009)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1113 ss.;
- CUOMO ULLOA, *Novità in materia di conciliazione e mediazione*, in *I Contratti*, 2009, 640 ss.;
- DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999;
- DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 70, 2011;
- DELLA PIETRA, *Le modifiche alla trattazione e all'istruzione nell'ultima novella del processo civile*, in AULETTA, BOCCAGNA, CALIFANO, DELLA PIETRA,

- OLIVIERI, RASCIO, *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Napoli, 2009, 47 ss.;
- DELSIGNORE, *La valutazione tecnica ed i suoi riflessi sul procedimento*, in *Foro amm.*, CdS, 2010, 1121 ss.;
- DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in *Banca borsa tit. credito*, 1, 2011, 492 ss.;
- ESPOSITO, *L'arbitrato tra autonomia privata e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1998, 251 ss.;
- ESPOSITO, *Si aprono le «porte del cielo»: dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della repubblica?*, in *Giust. cost.*, 2001, 3757 ss.;
- FANTETTI, *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore ed intermediario*, in *La Responsabilità Civile*, 2010, 855 ss.;
- FAZZALARI, voce *Sentenza*, in *Enc. dir.*, XLI, 1245 ss.;
- GAVAZZI, *L'onere. Tra libertà e obbligo*, Torino, 1985;
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007;
- GIACOBBE, *Il giuramento e la questione di legittimità costituzionale nel procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, I, 1996, 1185 ss.;
- GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Foro amm.*, TAR, 2, 597 ss.;
- GLENDI, *La ricusazione degli arbitri anche per «gravi ragioni di convenienza»*, in *Corr. giur.*, 2005, 555 ss.;

- GOLDSTEIN, *Giudici manager e giudici conciliatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 985 ss.;
- GUCCIONE, RUSSO, *L'Arbitro bancario finanziario*, in *Nuov. leg. civ. com.*, 2010, 475 ss.;
- GUIDA, PLACANICA, SCIOTTI, VALSECCHI, BOCCUZZI, *I sistemi di ADR in Francia, Germania, Regno Unito e Spagna*, in BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 68, 2010, 45 ss.;
- GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 5, 665 ss.
- GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le società*, 2011, 1216 ss.;
- IMPAGNATIELLO, voce *Revocazione*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, 470 ss.;
- LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in PICOZZA, GABRIELLI, *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2010, 260 ss.;
- LAMORGESE, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Foro amm.*, CdS, 2009, 1109 ss.;

- LEONE, *Il Consiglio di Stato e l'affermazione del principio di diritto. È applicabile l'art. 363 c.p.c. al processo amministrativo?*, in *Foro amm., CdS*, 2010, 166 ss.;
- LIPARI N., *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2009, 479 ss.;
- LUISO, *Conciliazione*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, 498 ss.;
- LUISO, *Diritto processuale civile, I processi speciali*, IV, Milano, 2009;
- LUISO, *Diritto processuale civile, Il processo di cognizione*, II, Milano, 2007;
- LUISO, *Il nuovo articolo 832 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, 352 ss.;
- LUISO, *Il nuovo regolamento - tipo per l'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio*, in *Riv. arb.*, 2007, 15 ss.;
- LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1201 ss.;
- LUISO, *La conciliazione: i possibili sviluppi tratti dall'esperienza*, in *Judicium.it*;
- MAIMERI, sub *Art. 128-bis*, in BELLI, LOSAPPIO, PORZIO, RISPOLI FARINA, SANTORO (a cura di), *Commentario al Testo unico bancario*, Milano, 2010, 1136 ss.;
- MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, in *Riv. arb.*, 2007, 665 ss.;
- MANCINI, *Sul regolamento di attuazione del D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 (Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob)*, in *Riv. arb.*, 2008, 347 ss.;

- MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, 2003, 4867 ss.;
- MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002;
- MONTEDORO, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 75 ss.;
- MONTESANO, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensioni di processi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1 ss.;
- NASCOSI, *La conciliazione stragiudiziale societaria a quattro anni dalla sua introduzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 2, 585 ss.;
- NAVARETTA, voce *Contratto (in generale)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, 137 ss.;
- ODORISIO, *La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge nel giudizio arbitrale*, in *Giust. civ.*, 2001, 4219 ss.;
- ONIDA, *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 392 ss.;
- PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale alla Corte Costituzionale e tutela dei diritti: note minime anche a proposito delle Authorities*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);
- PATRONI GRIFFI, SANDULLI, SANTORO, *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Torino, 1999;
- PEDRINI, *Questioni in tema di ricusazione nell'arbitrato amministrato*, in *Corr. giur.*, 2005, 842 ss.;

- PELLEGRINO, *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori (d.lgs. 13.8.2010, n. 141)*, in *Obblig. e cont.*, 2011, 125 ss.;
- PERASSI, *Il ruolo dell'ABF nell'ordinamento bancario: prime riflessioni*, in *An. giur. dell'economia*, 1, 2011, 143 ss.;
- PICOZZA, GABRIELLI, *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2010;
- PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);
- PIGNATELLI, *Sulla natura del ricorso straordinario: l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 della l. 69/2009*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it);
- PINARDI, *Quale arbitro diventa portiere (della Corte): notazioni minime sulla "naturale" elasticità della nozione di giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 2001, 3747 ss.;
- PORZIO, *Le imprese bancarie*, in *Tratt. Buonocore*, III-1, Torino, 2007, 85 ss.;
- POZZI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e principi costituzionali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);
- PROTTO, CARINGELLA, *Il nuovo procedimento amministrativo. Commento organico alla Legge 18 giugno 2009, n. 69, di modifica della L. n. 241/1990*, a cura di CARINGELLA, Roma, 2009;
- PUCE, *La mediazione è attività giuridica in senso stretto. Tutto il resto è mandato. Approdo discutibile e controverso*, in *Corr. giur.*, 2010, 210 ss.;
- QUADRI, *L'«Arbitrato Bancario Finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 308 ss.;

- QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Foro amm., TAR*, 2010, 2724 ss.;
- RAITI, *La delega in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali ex art. 60 Legge n. 69 del 2009*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 657 ss.;
- RASCIO, *Sanzioni amministrative*, in VERDE (a cura di), *Dizionario della giurisdizione*, Torino, 2010, 593 ss.;
- RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Annali della R. Università di Macerata*, vol. XII, Tolentino, 1938, 16 ss.;
- RICCI, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 ss.;
- ROMANO, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione di una controversia in tema di ripetizione dell'indebito*, in *Giur. merito*, 2010, 2, 346 ss.;
- ROMANO, *Questioni sparse in tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 1, 51 ss.;
- ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985;
- ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1999, 43 ss.;

- ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale, 2005 - 2007*, Torino, 2008, 31 ss.;
- RUFFINI, *Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2001, n. 376)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 643 ss.;
- RUPERTO, *L'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 330 ss.;
- SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici all'approccio)*, in *Foro amm., CdS*, 2009, 1601 ss.;
- SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959;
- SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1, Napoli, 1989;
- SANGIORGIO, *Un esempio di giustizia "domestica" alternativa a quella dell'a.g.o.: l'ombudsman - giurì bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 344 ss.;
- SANTI, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in BOVE, SANTI, *Il nuovo processo civile tra le modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 95 ss.;
- SASSANI, CARDI, *Le sanzioni amministrative*, in PATRONI GRIFFI, SANDULLI, SANTORO, *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Torino, 1999, 1247 ss.;
- SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, 25 ss.;
- SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, in *Judicium.it*;



- SCIBETTA, *Il nuovo art. 686 bis c.p.c.: la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Giur. mer.*, 2006, I, 267 ss.;
- SCIOTTI, *La tutela del consumatore e i sistemi di ADR in Spagna*, in Boccuzzi (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 68, 2010, 148 ss.;
- SERRA, *Brevi note sulla disciplina istitutiva della Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Studium iuris*, 2009, 262 ss.;
- SOLDATI, *Cittadini più tutelati con l'Arbitro bancario*, in *Guida al Diritto Dossier*, 2010, 4, 106 ss.;
- SOLDATI, *L'arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *I Contratti*, 2009, 854 ss.;
- TARANTOLA, *La Banca d'Italia e la tutela del consumatore nei servizi bancari e finanziari*, *Ventennale dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, Roma, 19 marzo 2010, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it);
- TARASCO, *Alternatività tra ricorso straordinario e riti speciali: un parere restrittivo del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, CdS, 2009, 2411 ss.;
- TARASCO, *La funzione consultiva come attività (para)giurisdizionale: questioni di costituzionalità deferibile anche nel ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Foro amm.*, CdS, 2003, 3874 ss.;
- TARASCO, *La funzione consultiva e la proponibilità dell'incidente di costituzionalità: la Corte costituzionale si pronuncia sulla natura del ricorso straordinario*, in *Foro amm.*, CdS, 2004, 2371 ss.;

- TASSONI, *La consulenza tecnica preventiva in funzione conciliativa ex art. 696-bis c.p.c.: prime applicazioni dell'istituto nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2008, II, 2883 ss.;
- TAVORMINA, *L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de "I nuovi mostri")*, in *Corr. giur.*, 2011, 1021 ss.;
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. TRABUCCHI, Padova, 2009;
- TRAVI, sub *Art. 33*, in *Nuov. leg. civ. com.*, 1999, 1510 ss.;
- VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, I, 2001, 2887 ss.;
- VALSECCHI, BOCCUZZI, *La tutela del consumatore di prodotti bancari e finanziari in ambito europeo: un quadro di sintesi*, in BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 68, 2010, 26 ss.;
- VALSECCHI, BOCCUZZI, *Tutela della clientela e regolamentazione bancaria e finanziaria*, in BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, *Quaderni di Ricerca Giuridica*, Banca d'Italia, n. 68, 2010, 13 ss.;
- VANZETTI, *L'irrisolto problema della disciplina processuale delle scritture provenienti da terzi estranei al giudizio e della loro eventuale efficacia probatoria*, in *Corr. giur.*, 2011, 203 ss.;
- VECCHIO, *L'arbitro bancario e finanziario si confronta con i "danni punitivi"*, in *Vita notarile*, 2010, 1, 1341 ss.;

- VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005;
- VERDE (a cura di), *Dizionario della giurisdizione*, Torino, 2010;
- VERDE, *Diritto processuale civile*, 2. *Processo di cognizione*, Bologna, 2010;
- VERDE, *Diritto processuale civile*, 4. *Procedimenti speciali*, Bologna, 2010;
- VERDE, *La Corte Costituzionale fa il punto su Costituzione e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, 515 ss.;
- VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006;
- VIETTI, *Giustizia efficiente, un fattore di crescita dell'economia*, in *Il Sole 24 ORE*, 28 dicembre 2011;
- VIGORITI, *Accesso alla giustizia, ADR, prospettive*, in *Riv. arb.*, 2007, 103 ss.;
- VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, 1 ss.;
- VIGORITI, *La proposta di direttiva europea sulla mediation*, in *Rass. forense*, 2005, 359 ss.;
- ZACCARIA, DE CRISTOFARO, *Art. 128 bis*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 1463 ss.;
- ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 521 ss.;
- ZENO-ZENCOVICH, PAGLIETTI, *Globalizzazione, delocalizzazione, europeizzazione: riflessi sul processo dei consumatori*, in *Judicium.it*;
- ZENO-ZENCOVICH, PAGLIETTI, *Verso un "diritto processuale dei consumatori"?*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2009, II, 216-239;

ZENO-ZENCOVICH, PAGLIETTI, *Verso un “diritto processuale dei consumatori”?*,  
in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2009, II, 251-274.

### ***Riferimenti giurisprudenziali.***

Collegio ABF, Milano, 1 aprile 2011, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Milano, 17 settembre 2010, n. 941, in  
*www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Milano, 28 aprile 2011 (verbale);

Collegio ABF, Milano, 30 settembre 2011, n. 1029, in  
*www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Milano, 4 ottobre 2010, n. 1029, in  
*www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Napoli, 1 giugno 2011, n. 1162, in  
*www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Napoli, 11 agosto 2011, n. 1716, in  
*www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Napoli, 11 ottobre 2010, n. 1054, in  
*www.abritobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Napoli, 12 maggio 2011, n. 1003, in  
*www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Napoli, 15 settembre 2011, n. 188611, in  
*www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Napoli, 18 maggio 2011, n. 1046, in  
*www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Napoli, 20 giugno 2011, n. 1294, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Napoli, 30 settembre 2011, n. 2008, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Napoli, 5 luglio 2011, n. 1383, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Collegio ABF, Napoli, 6 luglio 2010 (ordinanza), in *G.U.*, 1<sup>a</sup> s.s., 1 dicembre 2010, n. 48;

Collegio ABF, Roma, 6 settembre 2010, n. 882, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*;

Cons. Stato, 17 gennaio 2008, n. 6279, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

Cons. Stato, 19 maggio 1999, parere n. 650/96, in *Cons. Stato*, I, 2000, 179;

Cons. Stato, 26 marzo 1997, parere n. 2524/1994, in *Cons. Stato*, I, 1998, 326;

Cons. Stato, Ad. Gen., 20 ottobre 2011, parere n. 04277/2011, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14, in *Foro amm.*, 1999, 1695;

Cons. Stato, sez. I, 30 luglio 2009, parere n. 1982, in *Foro amm.*, CdS, 2009, fasc. 7-8, 1923;

Cons. Stato, sez. II, 26 marzo 2003, parere n. 2898/2002, in *Foro amm.*, CdS, 2003, 3867;

Cons. Stato, sez. II, 27 marzo 2002, parere n. 534/2001, in *Foro amm.*, CdS, 2003, 3866;

Cons. Stato, sez. III, 2 dicembre 2009, parere n. 2870/09, in *Foro amm.*, CdS, 2009, 2956;

Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2010, n. 3083, in *Foro amm.*, CdS, 2010, 9, 2007;

Cons. Stato, sez. III, 3 dicembre 2009, n. 2203/09, in *Foro amm.*, CdS, 2009, fasc. 12, 2956;

Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695/00, n. *Giur. it.*, 2001, 842;

Cons. Stato, sez. IV, 16 settembre 2008, n. 4361, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

Cons. Stato, sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4607, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2011, n. 498, in *Foro amm.*, CdS, 2011, 1, 74;

Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 708, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

Corte app. di Torino, sezione I, 25 marzo 2011, ordinanza n. 220, in *G.U.*, s.s. *Corte costituzionale*, 26 ottobre 2011, n. 45;

Corte cass., 18 novembre 1997, n. 11440, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1997, 2206;

Corte cass., 19 maggio 1997, n. 4437, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1997, 785;

Corte cass., 23 ottobre 1998, n. 10554, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1998, 2166;

Corte cass., 29 agosto 1997, n. 8240, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1566;

Corte cass., 29 gennaio 1981, n. 699, in *Giust. civ.*, *Mass.*, fasc. 1;

Corte cass., sez. I, 12 dicembre 2003, n. 19040, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2003, 12;

Corte cass., sez. I, 15 gennaio 1996, n. 270, in *Giur. it.*, 1996, I, 1056;

Corte cass., sez. I, 21 dicembre 1999, n. 14359, in *Gius. civ., Mass.*, 1999, 2592;  
Corte cass., sez. I, 22 gennaio 1980, n. 491, in *Giust. civ., Mass.*, 1980, fasc. 1;  
Corte cass., sez. I, 24 marzo 1992, n. 3604, in *Giust. civ., Mass.*, fasc. 3;  
Corte cass., sez. I, 9 settembre 2005, n. 17977, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 7-8;  
Corte cass., sez. II, 11 aprile 2002, n. 5196, in *Giust. civ., Mass.*, 2002, 627;  
Corte cass., sez. II, 16 marzo 2010, n. 6363, in *Gius. civ., Mass.*, 2010, 3, 380;  
Corte cass., sez. II, 19 maggio 1997, n. 4437, in *Giust. civ., Mass.*, 1997, 785;  
Corte cass., sez. II, 27 maggio 2008, n. 13791, in *DeJure*;  
Corte cass., sez. II, 30 agosto 2004, n. 17392, in *Giust. civ., Mass.*, 7-8;  
Corte cass., sez. III, 10 marzo 2005, n. 5329, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 4;  
Corte cass., sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, in *Dir. e giust.*, 2006, 28, 17;  
Corte cass., sez. III, 15 maggio 2009, n. 11333, in *Giust. civ., Mass.*, 2009, 5, 781;  
Corte cass., sez. III, 16 marzo 2005, n. 5677, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 4;  
Corte cass., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Giust. civ., Mass.*, 2007, 10;  
Corte cass., sez. III, 21 gennaio 2010, n. 997, in *DeJure*;  
Corte cass., sez. III, 24 maggio 2007 n. 12086, in *Giust. civ., Mass.*, 2007, 7-8;  
Corte cass., sez. III, 25 febbraio 2008, n. 4712, in *Guida al diritto*, 2008, 12, 42;  
Corte cass., sez. III, 25 gennaio 2000, n. 816, in *Giust. civ., Mass.*, 2000, 135;  
Corte cass., sez. III, 27 aprile 2004, n. 7980, in *Giust. civ., Mass.*, 2004, 4;  
Corte cass., sez. III, 27 ottobre 2004, n. 20814, in *Giust. civ. Mass.*, 7-8;  
Corte cass., sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827-28, in *Giust. civ., Mass.*, 2003, 5;  
Corte cass., sez. lavoro, 3 marzo 2001, n. 3104, in *Giust. civ., Mass.*, 2001, 393;  
Corte cass., sez. Un., 19 agosto 2009, n. 18356, in *Dir. famiglia*, 2010, 1, 94;



Corte cass., sez. Un., 1 giugno 2010, n. 13332, in *Giust. civ., Mass.*, 2010, 855;

Corte cass., sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 4, 827;

Corte cass., sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 38;

Corte cass., sez. Un., 15 luglio 2010, n. 16577, in *Giust. civ., Mass.*, 2010, 7-8, 1047;

Corte cass., sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giust. civ., Mass.*, 2007, 11;

Corte cass., sez. Un., 18 marzo 2004, n. 5535, in *Foro amm., CdS*, 2004, 675;

Corte cass., sez. Un., 2 maggio 2003, n. 6719, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1488;

Corte cass., sez. Un., 21 maggio 2004, n. 9731, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, 21, 68;

Corte cass., sez. Un., 22 luglio 2004, n. 13709, in *Giust. civ., Mass.*, 2004, 7-8;

Corte cass., sez. Un., 23 gennaio 2004, n. 1235, in *Giur. it.*, 2004, 1062;

Corte cass., sez. Un., 23 giugno 2010, n. 15169, in *Corr. giur.*, 2011, 201;

Corte cass., sez. Un., 24 gennaio 2005, n. 1362, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 1;

Corte cass., sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Giur. it.* 2006, 11, 2042;

Corte cass., sez. Un., 28 gennaio 2011, n. 2065, in *www.cortedicassazione.it*;

Corte cass., sez. Un., 29 luglio 2005, n. 15916, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 6;

Corte cost., 10 maggio 1995, n. 158, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 47, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 11 luglio 1961, n. 48, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 12 dicembre 1957, n. 129, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 12 novembre 1976, n. 226, in *www.cortecostituzionale.it*;

Corte cost., 13 febbraio 2003, ordinanza n. 52, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 13 luglio 1960, n. 59, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *www.giucost.org*;

Corte cost., 14 luglio 1998, n. 325, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 15 febbraio 1980, n. 17, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 18 gennaio 2008, ordinanza n. 6, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 18 novembre 1976, n. 226, in *www.cortecostituzione.it*;

Corte cost., 2 febbraio 1971, n. 12, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 20 dicembre 1989, n. 558, in *Foro it.*, 1990, I, 372;

Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 51, in *Foro it.*, 1995, I, 2414;

Corte cost., 20 maggio 2008, n. 164, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 21 luglio 2004, n. 254, in *www.cortecostituzione.it*;

Corte cost., 21 marzo 2002, ordinanza n. 86, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 22-28 novembre 2001, n. 376, in *www.cortecostituzionale.it*;

Corte cost., 27 gennaio 1959, n. 1, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 27 gennaio 2011, n. 30, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *giurcost.org*;

Corte cost., 30 gennaio 1986, n. 17, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 30 novembre 2007, n. 403, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 4 luglio 2011, ordinanza n. 218, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 8 giugno 2005, n. 221, in *www.giurcost.org*;

Corte cost., 9 maggio 1996, n. 152, in *Riv. arb.*, 1996, n. 501;

Corte cost., n. 387/1996, in *www.giurcost.org*;

Corte di Giustizia, 15 giugno 2006, n. C 28/05;

Corte di Giustizia, 16 ottobre 1997, n. 79 in *www.curia.europa.eu*;

Corte di Giustizia, sez. IV, 18 marzo 2010, cause riunite nn. 317/08, 318/08, 319/08 e 320/08, in *Corr. giur.*, 10/2010, 1289;

GdP, Civitanove Marche, 26 giugno 2008, in *www.filodiritto.com*;

T.A.R. Lazio, Roma, 25 gennaio 2005, n. 561, in *Foro amm.*, T.A.R., 2005, 114;

T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 09 maggio 2011, n. 3934, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 9, 1847;

T.A.R. Lazio, sez. I, 12 aprile 2011, ordinanza n. 3202, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

T.A.R. Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7235 in *Banca bors. tit. cred.*, 2002, II, 369;

T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 27 ottobre 2010, n. 3830, in *Foro amm.*, TAR, 2010, 10, 3338;

T.A.R., Lazio, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

Trib. Milano, sez. X, 31 dicembre 2005, n. 14015, in *DeJure*;

Trib. Modena, 26 novembre 2010, n. 1855, in *DeJure*;

Trib. Roma, 4 dicembre 2003, in *DeJure*;

Trib. Torino, sez. III, 31 marzo 2008, in *Giur. merito*, 2008, II, 2885;

Trib. Trani, sez. dist. di Andria, 12 febbraio 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 2, 346.