

Master Universitario di Secondo livello in
“Diritto di Impresa”
a.a. 2012/2013

La trasparenza bancaria tra
Ombudsm Conciliatore e Arbitro
Bancario Finanziario

Direttore del Master
Prof. Gustavo Visentini

Caterina Cascone

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

Abstract

Obiettivo del presente lavoro rivolto all'analisi della disciplina della trasparenza bancaria è quello di porsi un cruciale interrogativo. A fronte di un ineliminabile elevato tecnicismo intrinseco alla stessa nozione della trasparenza bancaria - in quanto l'informativa bancaria può essere semplificata ma di certo non banalizzata o volgarizzata - si riscontra nel panorama delle ADR un organismo che sia dotato di un altrettanto tecnicismo intrinseco da saper, con le sue pronunce prese in tempi rapidi, far fronte alla complessità della disciplina della trasparenza che il decreto 2010/141e successive modifiche ha irrigidito sempre più?

Al fine di giungere ad una possibile soluzione l'elaborato si sviluppa, dapprima, argomentando l'evoluzione della disciplina della trasparenza bancaria e le peculiarità dei contratti bancari rispetto a quelli disciplinati dal codice civile e, successivamente, enfatizzando il ruolo e la figura professionale del mediatore generico - richiamando le novità del decreto legislativo 28/2010 dopo la pronuncia di incostituzionalità -, il maggior tecnicismo pensato per la figura del conciliatore bancario e prima ancora per l'Ombudsman via via crescendo sino all'entrata in vigore dell'Arbitro Bancario Finanziario.

In pratica si cerca di chiarire come lo sviluppo dei sistemi di ADR finisce per contribuire alla realizzazione delle finalità di trasparenza per il radicarsi della fiducia del cliente, ma la settorialità dell'ambito in cui tutti i suindicati organi sono chiamati ad operare comporta necessariamente un ripensamento della materia, poiché, tanto più è specifico il settore in cui la procedura di ADR è chiamata ad operare tanto più sono necessari meccanismi di funzionamento statisticamente meno frequenti rispetto alle procedure alternative generalistiche, ovvero quelle applicabili a materie molto diverse tra loro e che prescindono dalla qualità delle parti.

1) Introduzione

Le profonde trasformazioni del sistema creditizio italiano, che ne caratterizzano la storia dell'ultimo decennio, hanno interessato in modo particolare il rapporto tra banche e clienti.

Nel delineare i punti salienti del nuovo rapporto tra le banche e l'utenza improntato ed ispirato, a principi di trasparenza e correttezza, si metterà dapprima in luce il percorso evolutivo della trasparenza bancaria ed infine il risvolto procedurale della tutela dei diritti, mettendo a confronto le procedure di ADR e il tecnicismo intrinseco alla nozione di trasparenza bancaria.

Nel 1961, Stigler in un suo articolo definiva l'informazione “*a valuable resource, and yet occupies a slum dwelling in the town of economics*”¹.

Da allora, i contributi analitici sul ruolo economico dell'informazione, sono cresciuti in maniera esponenziale, ed oggi l'Economia dell'informazione² occupa un posto di rilievo all'interno della teoria economica, soprattutto nella parte in cui spiega la ragion d'essere degli intermediari finanziari e le loro differenti configurazioni.

Il movimento ciclico dello sviluppo economico dai tempi dell'industrializzazione e della formazione di capitale orientata al mercato, a partire dalla metà del XIX secolo, costituiva un'esperienza alla

¹“Una risorsa preziosa, e tuttavia risiede nei bassifondi della città della teoria economica”, G. J. Stigler, *The economics of information* in *The Journal of Political Economy*, 1961, vol. LXIX, n. 3, p. 213.

² Filone di studi economici che analizza il modo in cui l'informazione influenza le attività e le decisioni degli operatori, e come l'informazione è diffusa, assorbita e utilizzata nel sistema economico. Tali studi economici hanno contribuito ad analizzare ed interpretare su nuove basi scientifiche gli scambi tra agenti economici, anche di natura finanziaria, partendo dai seguenti assunti: l'informazione è ripartita in modo non uniforme nel sistema economico e sociale; l'informazione non è totale o esauriente; l'informazione genera comunque un costo di produzione. Gli operatori non informati non sono in grado di assumere decisioni corrette. In questo contesto diviene possibile lo studio delle interdipendenze tra le decisioni economiche e finanziarie, studio escluso dalla “completezza” e “perfezione” dei mercati neoclassici.

L'economia dell'informazione affronta questioni relative al modo in cui le persone decidono se l'informazione che detengono è incompleta, a come l'acquisiscono e alla maniera in cui evolvono le relazioni se le diverse parti della transazione hanno informazioni diverse. S. Labory, *Economia dell'Informazione*, Dizionario di Economia e Finanza, 2012, consultabile al sito: www.treccani.it.

Nel 2001, G.A. Akerlof, A.M. Spence e J.E. Stiglitz hanno ricevuto il premio Nobel per l'economia per il loro contributo all'economia dell'informazione.

portata di tutti³. Ciononostante, la spiegazione delle crisi fino ad oggi è un fatto complesso, e non esiste una teoria generalmente accettata⁴.

Secondo la visione degli economisti del secolo scorso⁵, le crisi del capitalismo che si verificavano come conseguenza delle nuove tecnologie, delle nuove forme della divisione del lavoro e delle nuove soluzioni per lo scambio economico, erano da un lato intelligibili in quanto fenomeni ciclici nelle loro conseguenze economiche e sociali e, dall'altro, inevitabili in quanto spinte adattative nel cambiamento strutturale.

Inoltre, era noto che nell'ipotesi di crisi della dimensione di una depressione economica mondiale, in base ad un riflesso naturale non si richiedono solo rimedi, ma anche l'indicazione e la messa sotto accusa dei responsabili.

In questo senso le crisi economiche vengono associate a speculazione e speculatori. Questa idea è stata sostenuta dalla tendenza di considerare il mondo finanziario come un casinò.

La stessa definizione di speculazione in quanto azione mirata in direzione dell'incerto, è diretta a provocare casi, eventi e sviluppi che non devono essere per forza conformi alle aspettative. In questo caso si imputa agli speculatori il fatto che agirebbero in modo ingannevole e sulla base di un accesso privilegiato a informazioni contro coloro che, motivati dall'onestà, creano valori reali.

Difatti i mercati, oltre a provvedere all'allocazione delle risorse finanziarie, trasmettono le informazioni al fine di permettere il coordinamento delle decisioni decentralizzate degli agenti economici.

Si può arrivare ad affermare che in presenza di mercati efficienti da un punto di vista informativo, gli intermediari finanziari non avrebbero alcuna ragione di esistere⁶.

³ M. Hüther, *Dopo la crisi. Il rinnovamento dell'economia sociale di mercato*, 2010, Roma, consultabile al sito: www.kas.de.

⁴ Grömling, Hüther, Jäger, Kroker, 2009: le interpretazioni e le spiegazioni continuano ancora ad oscillare tra la tesi della causa esogena e quella della causa endogena delle crisi. Oggi prevale l'idea di una crisi multipla in cui si ritrovano diverse linee argomentative che vanno da Keynes a Kindleberger, da Friedman a Bernanke, nonché da Samuelson a Borchhardt. M. Hüther, *Dopo la crisi. Il rinnovamento dell'economia sociale di mercato*, cit. p. 5.

⁵ Per tutti Keynes e Eucken.

⁶ E. Fama, *Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work*, *Journal of Finance*, 1970.

Un mercato finanziario è efficiente, sotto il profilo informativo, se stabilisce i prezzi correttamente, utilizzando in ogni momento tutta l'informazione disponibile, ovvero le informazioni (private e pubbliche) sono disponibili a tutti gli operatori senza il sostenimento di nessun costo⁷.

Tuttavia la strutturale presenza delle asimmetrie informative, con i connessi fenomeni di selezione avversa e di *moral hazard*, rende i mercati incompleti ed incapaci di perseguire un livello ottimale di efficienza informativa (efficienza in senso forte), accrescendo la variabilità, l'incertezza e la realizzabilità degli scambi finanziari⁸, caratterizzati da un'incertezza intrinseca derivante dal rischio che la prestazione finale non corrisponda a quanto pattuito o alle aspettative degli scambisti.

Dunque, la ragione economica per l'esistenza degli intermediari, consiste nel fatto che occorre produrre informazioni prima ancora che si possano concedere finanziamenti.

Tale produzione di informativa è consentanea al fatto che l'intermediario finanziario è l'unico disposto ad internalizzare i costi di valutazione del prenditore di risorse finanziarie, nonché a valutare il grado di credibilità ed affidabilità dell'informazione prodotta dal prenditore stesso, allo scopo di individuare delle condizioni contrattuali ottimali per minimizzare i costi connessi alle asimmetrie informative e al disallineamento degli interessi tra gli operatori del mercato⁹.

⁷ Enzo Scannella, La banca nella teoria dell'intermediazione finanziaria, Il Risparmio, n. 3, 2010, Rivista trimestrale dell'ACRI, p. 105.

⁸ E. Fama, *Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work*, *Journal of Finance*, 1970, cit. L'Autore individua tre forme di efficienza debole, semi-forte e forte, in relazione alla capacità dei prezzi di incorporare l'informazione disponibile pubblicamente e privatamente. *Contro* sull'impossibilità di una perfetta efficienza informativa: Grossman e Stiglitz, 1980. Per una sistematica trattazione di carattere generale, in cui si presentano sia i modelli unipersonali che pluripersonali, si rinvia a Belcredi (1993).

⁹ In linea con la teoria economica dell'utilità, costruita all'interno della teoria delle decisioni, secondo cui: le situazioni decisionali possano essere concettualmente distinte in base all'informazione disponibile e alle conseguenze associate ad ogni specifica decisione. Se per ogni alternativa è nota a priori la conseguenza che ne deriverà, la situazione è detta di decisione in condizioni di certezza; se sono note le possibili conseguenze associate a ciascuna decisione e le probabilità (oggettive o soggettive) relative, la situazione è detta di decisione in condizioni di rischio o incertezza; se sono note le possibili conseguenze associate a ciascuna decisione ma non le relative probabilità, la situazione è detta di decisione in condizioni di estrema incertezza. J. Von Neumann e O. Morgenstern, mostrano come sulla base di certi postulati o assiomi di comportamento razionale di colui che deve prendere una decisione, sia possibile introdurre una funzione a valori reali detta, a seconda del contesto in cui si opera, di valore, o di utilità, per cui una decisione fondata unicamente su tale funzione si riduce in effetti ad una scelta fatta

Com'è noto, Smith, già due secoli fa, nella sua opera “La ricchezza delle Nazioni”, spiegava l'aumento del reddito con l'apprendimento di nuove conoscenze che si accompagna alla crescente divisione del lavoro¹⁰. Così Marshall¹¹, un secolo dopo, nei “Principi di economia”, attribuiva alla conoscenza il ruolo di motore della produzione.

Tuttavia, come si è detto, soltanto recentemente la teoria economica, a seguito della centralità che l'informazione ha assunto nel processo di modernizzazione, ha acquisito al suo interno una economia dell'informazione.

L'elemento di novità, rispetto al passato – scriveva Giacomo Vaciago in un suo articolo su “Il Sole 24 ore”, del 10 novembre 1999 - è rappresentato dalla *“sintesi che oggi viene fatta mettendo insieme i contributi teorici fondamentali, con riferimento all'economia dell'informazione e della conoscenza, ai processi di apprendimento, ossia alla capacità di assimilare e produrre informazione, al ruolo del capitale umano e della ricerca”*.

L'approccio è, dunque, quello di un più stretto collegamento tra teoria economica e realtà, quasi nel tentativo di adeguare la realtà alla teoria¹².

Secondo questa ipotesi, l'informazione perde la caratteristica di staticità e viene definita *“un processo in corso che coinvolge agenti fortemente localizzati in un contesto specifico di esperienze e conoscenze: gli agenti al tempo stesso agiscono sul mercato, apprendono e producono informazione”*¹³.

Esaurita questa premessa di carattere meramente tecnico-economico, è ora il caso, prima di passare all'analisi della disciplina in tema di trasparenza bancaria, di procedere ad un inquadramento generale

seguendo il proprio schema di preferenze. B. Chiandotto, Statistica delle decisioni, 2013, p. 10, consultabile al sito: www.unifi.it.

¹⁰ La ricchezza delle nazioni o Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni (*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*), pubblicata il 9 marzo 1776, è la principale opera di [Adam Smith](#), ritenuto il fondatore dell'[economia politica](#) liberale.

¹¹ A. Marshall, Principi di economia, Utet, 1987.

¹² M. Musumeci, Informazione e processi di apprendimento nello sviluppo locale, consultabile al sito: www.ueonline.it, 1999, p. 5.

¹³ C. Antonelli e G. Militello, La politica industriale nella nuova economia dell'informazione: tecnologie dell'informazione e processi di apprendimento, L'industria, Vol. 17, 1996, pp. 5-27.

del termine, che per molti interpreti viene considerato di matrice “polisemica”¹⁴.

Il fatto che talune regole siano qualificate attraverso un riferimento al diritto è, per la nostra tradizione culturale, un risultato storicamente definito dalla istituzionalizzazione del *jusdicere*. La progressiva tecnicizzazione e formalizzazione dei criteri attraverso i quali possono essere fatte valere esigenze regolative esterne a ciò che chiamiamo “diritto” ha caratterizzato in modo specifico la dipendenza linguistica del nostro diritto¹⁵.

Nell’arco di un decennio il termine trasparenza si è diffuso in settori disciplinari sempre più numerosi¹⁶, penetrando in trattazioni dottrinali, nel linguaggio giurisprudenziale¹⁷ ed ovviamente nel contesto comunitario ed internazionale, con significati e finalità non sempre univoci.

L’entusiasmo che si è accompagnato all’ingresso di questo termine, ha fatto sì che oggi venga usato in modo quasi naturale, senza una precisa individuazione del suo significato e del suo ruolo.

Il suo uso ha implicato elaborazioni teoriche in base alle quali la trasparenza è stata elevata a principio generale, a canone di comportamento dei privati e della P.A., a direttiva ordinante del mercato bancario-finanziario, a tecnica di negoziazione. La trasparenza del contratto, in special modo, è divenuta uno degli aspetti qualificanti dei

¹⁴ Guido Alpa, *La trasparenza dei contratti bancari*, Cacucci, 2003, p. 2.

¹⁵ La frase è tratta da C. Pennisi, *La trasparenza della cultura giuridica*, *Sociologia e ricerca sociale*, n. 79, 2006, p. 8.

¹⁶ Permea sia settori contigui al diritto bancario come i servizi di investimento e il ramo-vita assicurativo, sia settori prossimi come la normativa del codice del consumo, quella della sub-fornitura, quelle sul *franchising*, e ancora la normativa portata dal codice del turismo e sui ritardi di pagamento.

¹⁷ Consiglio di Stato Sez. V, 17 dicembre 1996, n. 1559, in *Riv. Giuridica*, 1997 p. 858 a proposito dei rapporti tra il direttore dei lavori, in una fattispecie di appalto pubblico, e il collaudatore; nello stesso senso Cons. Stato Sez. V, 21 novembre 2000 n. 5896 a proposito di un contratto atipico di tesoreria, con riguardo alle sponsorizzazioni offerte dalla banca all’ente pubblico, perché esse non alterano la *par conditio* dei partecipanti alla gara; E così ancora la Corte di Cassazione ha richiamato la normativa in materia come diretta a tutelare “la trasparenza del mercato dei valori mobiliari” (sent. 10 dicembre 1996, n. 10976). Analogo riferimento è effettuato dal Giudice di Pace di Roma 29 maggio 2000 a proposito dei principi di lealtà e trasparenza dei rapporti contrattuali, avente ad oggetto la documentazione relativa all’utenza telefonica.

servizi offerti nel commercio elettronico, oggetto di pubblicità commerciale e garanzia di correttezza del comportamento.

Ma assume connotati ulteriori a seconda degli ambiti organizzativi dell'operatore economico¹⁸:

- Trasparenza interna, ovvero nei rapporti interni di un gruppo, consiste nella circolazione ampia di informazioni e valutazioni, anche negative, volta a generare cooperazione nonché a prevenire e a superare momenti critici. Il rischio è che si arrivi a privilegiare gli interessi dell'Istituto rispetto a quelli del cliente. Lo strumento organizzativo principe è costituito dai c.d. *Chinese Walls*, barriere che ostacolano il passaggio di informazioni tra aree addette ad attività diverse e dal controllo interno assegnato ad un soggetto responsabile¹⁹.
- Trasparenza esterna nei rapporti contrattuali. Il legislatore comunitario con la direttiva n. 93/13/CEE, ha imposto nei contratti standardizzati l'uso del "*plain and intelligibile language*", ovvero un linguaggio chiaro e comprensibile, motivato dalle esigenze di fornire al consumatore la possibilità di prendere un'effettiva conoscenza di tutte le clausole contrattuali, al fine di un consenso consapevole²⁰.

Secondo queste accezioni del termine, la trasparenza sta diventando una sagoma interpretativa per lo sviluppo effettivo di un principio che, seppur non ancora costituzionalizzato²¹, risulta strutturalmente idoneo ad evitare possibili dissonanze cognitive sulla reale portata dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Si tratta di un uso dell'aggettivo più proprio di quello corrente (che fa riferimento, all'assenza di nascondimento e quindi alla possibilità

¹⁸ Oreste M. Calliano, *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari ed assicurativi e diritti del consumatore europeo*, Giappichelli, 2013, p. 10.

¹⁹ Obblighi informativi MIFID.

²⁰ Oreste M. Calliano, *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari ed assicurativi e diritti del consumatore europeo*, cit., p. 15.

²¹ Attesa la mancata costituzionalizzazione della Carta di Nizza, che all'art. 38 prevede la protezione dei consumatori tra i diritti fondamentali.

del controllo²²). In effetti, trasparente si dice propriamente di qualcosa che fa passare la luce²³. Qualcosa che dunque scompare tra chi guarda e ciò che viene visto (e l'uso comune rinvia a questo effetto della trasparenza più che alla trasparenza)²⁴.

E' trasparente l'informazione che non solo è chiara e vera, ma che consente di poterne cogliere appieno il significato rivelando anche ciò che sta alla base della sua creazione.

In questo contesto il termine trasparenza bancaria funge da mero nome di richiamo per raggruppare: la disciplina della pubblicità, la disciplina d'esecuzione del contratto, la disciplina della redazione del contratto e, la disciplina precontrattuale volta a realizzare un equilibrio tra le posizioni di banca e cliente.

2) La trasparenza bancaria e i profili di particolarità rispetto al codice civile

Si è fin qui posto in rassegna l'importanza delle informazioni scambiate in un mercato di capitali e il significato del termine trasparente, ma nel fare ciò non si può certo prescindere dall'analisi e dal raffronto tra il T.U.B. e il codice civile.

Sotto l'etichetta di trasparenza bancaria rientra, dunque, una disciplina che configura una regolamentazione generale dei contratti bancari²⁵, diversa dalla normativa di cui al IV libro del codice civile, in quanto risulta diverso l'ambito normativo.

²² Il termine trasparenza non appartiene geneticamente al linguaggio finanziario, bensì a quello fisico, più precisamente a quell'ambito della fisica che prende il nome di "elettromagnetismo" e alla sua branca denominata "ottica": in tal senso, la trasparenza è né più né meno che la proprietà di un corpo di lasciar passare la luce in modo da rendere perfettamente visibile ciò che gli stia dietro. Si contrappone alla "traslucenza" là dove il corpo ostacoli, con più o meno forza, il passaggio della luce sicché diventi parallelamente più disagiata vederla dietro.

²³ Trasparenza: agg. e s. m. [dal lat. mediev. *transparens -entis* (comp. del lat. *trans-* «trans-» e *parere* «apparire»)] da Vocabolario Treccani.

²⁴ C. Pennisi, *La trasparenza della cultura giuridica*, cit. p.10.

²⁵ La materia è disciplinata dal Testo Unico Bancario (Titolo VI – Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti), dalla delibera CICR del 4 marzo 2003 (Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari) e dal provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*. A tali disposizioni si sono aggiunte nel tempo alcune iniziative di autoregolamentazione promosse dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI), come il Codice di comportamento del settore bancario e finanziario, il

Nel codice civile dall'articolo 1834 all'articolo 1857, si individuano ben 27 articoli che trattano di contratti bancari.

Prendendo, per esempio, le mosse dal contratto di conto corrente disciplinato dal codice civile (artt. 1823 e ss. e art. 1852), possiamo notare come questo risulti legislativamente inadeguato rispetto al contratto di conto corrente bancario, che noi tutti abbiamo almeno una volta utilizzato.

In estrema sintesi e senza nessuna pretesa di completezza, il conto corrente del codice civile, nasce da un'usanza tra agricoltori per regolare le rispettive partite, mentre nella pratica bancaria il contratto di conto corrente si collega e spesso si sovrappone a diverse operazioni, che corrispondono a distinti tipi contrattuali quali l'apertura di credito, il deposito e l'anticipazione²⁶. Inoltre considerando che la componente gestoria non assorbe l'intero contenuto del contratto di conto corrente bancario, non può essere considerato alla stessa stregua di un tipico contratto di mandato. Difatti, secondo l'orientamento prevalente, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel considerare il contratto di conto corrente bancario come negozio complesso e misto, nel quale confluiscono oltre al mandato, anche figure negoziali diverse quali la delegazione, il deposito bancario e l'apertura di credito, identificabili di volta in volta in base alle singole operazioni eseguite²⁷.

Sulla stessa linea argomentativa, in riferimento al profilo negoziale dei contratti bancari è opportuno evidenziare come l'impianto che è alla base stessa della nozione di contratto, di cui all'art. 1321 cod. civ., non è mai esistito in materia, in quanto era opinione diffusa che le condizioni del contratto dovessero tutelare le banche, amministratrici e detentrici del risparmio, bene di rango costituzionale e dunque bisognoso di tutela (art. 47 Cost). Secondo questa impostazione tutelando le banche non si faceva altro che tutelare indirettamente il risparmio, ma in sostanza si

Protocollo di intesa con le associazioni dei consumatori sulle condizioni generali relative al rapporto banca-cliente e il progetto "PattiChiari". (www.pattichiari.it).

²⁶ A differenza del contratto di conto corrente ordinario il correntista può disporre in ogni momento delle somme risultanti a suo credito senza dover attendere la chiusura del conto, il credito risulta disponibile sulla base del saldo giornaliero. Così, Cass. 1971 n. 2840 che pone la radicale differenza tra le due operazioni. *Sub.* art. 1852 c.c., Francesco M. Cirillo, *La giurisprudenza sul codice civile annotato con la dottrina*, libro IV, Milano, 2012, p. 252.

²⁷ *Sub.* art. 1854 c.c., Cass. 1982 n. 815 e Cass. 2010 n. 5843, Francesco M. Cirillo, *La giurisprudenza sul codice civile annotato con la dottrina*, libro IV, cit., p. 318.

imponere una disciplina non negoziabile, in antitesi con il dettato dell'art. 1322 del codice civile.

Ad oggi, si può ricordare l'art. 117 comma 8 T.U.B.²⁸, che, in ossequio al potere di tipizzazione riconosciuto alla Banca d'Italia, consente a quest'ultima di stabilire la forma dei contratti di obbligazioni e dei certificati di deposito bancario, in pratica lasciando, tutt'ora, innalzata una barriera all'autonomia negoziale delle parti²⁹.

Tuttavia, i motivi di maggior differenza tra il codice civile e il T.U.B. possono essere evidenziati mediante una breve cronistoria delle norme che si sono susseguite in materia: accanto a norme primarie si è avuta una stratificazione di normative secondarie, codici di autodisciplina e linee guide.

La legge bancaria del '36-38, non si preoccupava dei rapporti tra banca e cliente, prevedeva solo all'articolo 35 la possibilità per le autorità creditizie, di “determinare i limiti dei tassi attivi e le condizioni delle operazioni di deposito e conto corrente³⁰”. Il Comitato dei ministri immediatamente utilizzò questa norma, prima ancora che il decreto del 1936 fosse convertito in legge, e rese obbligatorio per tutte le banche il cartello bancario del '19 stipulato tra le grandi banche. In questo modo - adeguato all'ideologia corporativa dell'epoca - metteva, il cliente completamente nelle mani delle banche³¹. Il codice del 1942 non

²⁸ “La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia”.

²⁹ Su questa disposizione si riscontrano seri dubbi argomentativi se e come la Banca d'Italia possa o meno esercitare tale potere attesa la mancanza di una potestà regolamentare specifica; tuttavia dottrina e giurisprudenza maggioritaria sono concordi, nel riconoscere indirettamente questo potere di tipizzazione, attraverso l'introduzione di nuovi obblighi nascenti dalla disciplina della trasparenza, attraverso l'utilizzo del rischio reputazionale (ex art 53 T.U.B. su cui ha potestà) ed infine, attraverso l'assunzione della tutela del contraente debole, finendo per sconfinare nell'ambito tipico dell'Autorità Garante. *Contra* Costi e De Nova, secondo i citati autori più che di tipizzazione apparirebbe preferibile parlare di “connotazione”, dal momento che la norma si limita a condizionare l'utilizzo di un determinato *nomen* in presenza di specifici vincoli contenutistici predeterminati dall'Autorità amministrativa, lasciando invece inalterata la libertà di contratti atipici. L. De Angelis, *sub.* art. 117 T.U.B. commentario, a cura di M. Porzio, Giuffrè, 2010, p. 1698.

³⁰ La norma si riferiva alle banche di deposito.

³¹ Nel nostro Paese il primo cartello bancario è stato stipulato (auspice e promotore il ministro del Tesoro Francesco Saverio Nitti) nel giugno del 1918 tra le quattro grandi banche (Banca Commerciale Italiana, Credito Italiano, Banco di Roma e Banca Italiana di Sconto). Esso stabiliva i limiti massimi dei tassi passivi e quelli minimi per i tassi attivi e comminava

modificò la situazione; anzi, in un certo senso l'aggravò, perché quel codice si ispirava al principio che i contraenti sono formalmente uguali e sullo stesso piano, e l'accordo contrattuale è raggiunto sempre tra le parti in piena consapevolezza dei suoi contenuti, con una timida scollatura dell'impostazione con gli artt. 1341, 1342 e 1370, che apprestavano una tutela formale al contraente debole, individuato come parte non predisponente le condizioni contrattuali. Inoltre, con l'articolo 1341 permetteva alle grandi imprese, quindi alle banche, di fare a meno della volontà consapevole dell'altro contraente³². In questa situazione, proliferarono le cosiddette Norme bancarie uniformi³³, che non a caso si chiamavano "norme", perché pur non avendo valore vincolante erano la *legge* che le banche avevano il potere di imporre agli altri consociati una volta inserite nei contratti³⁴.

sanzioni pecuniarie in caso di inosservanza. Nel 1919 veniva costituita l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) il cui scopo principale era dare esecuzione all'accordo. Questo veniva rinnovato di anno in anno raccogliendo adesioni di altre banche, finché nel 1932 nasceva, promosso dall'ABI, un vero e proprio cartello interbancario obbligatorio e veniva affidato alla Banca d'Italia il compito di garantirne l'osservanza. Francesco M. Cirillo, *La giurisprudenza sul codice civile annotato con la dottrina*, libro IV, cit., p. 145.

³² La disciplina del codice appare decisamente filomonopolistica, in quanto volta a perseguire solo un equilibrio tra gli interessi confliggenti dei concorrenti, anziché proteggere in maniera diretta gli interessi dei consumatori.

³³ Le Norme Uniformi Bancarie (NUB) sono elaborate dall'ABI con la collaborazione di quasi tutte le imprese bancarie al fine di uniformare le condizioni praticate dalle stesse per le operazioni ed i contratti conclusi con la propria clientela. Tali norme rientrano fra le fonti di produzione del diritto bancario prodotte nell'ambito dell'autonomia negoziale delle imprese del settore le quali, in virtù della posizione di forza contrattuale che possiedono nei confronti dei clienti, predispongono unilateralmente ed in via preventiva il contenuto dei contratti. La natura giuridica delle norme suindicate è da sempre oggetto di discussione. A fronte dell'orientamento, rimasto minoritario, circa l'efficacia normativa delle stesse fondata su una presunta consuetudine, si contrappone l'orientamento prevalente che attribuisce a tali disposizioni efficacia vincolante per il cliente solo con l'inserimento nel contratto sottoscritto dallo stesso. Si tratterebbe di semplici condizioni contrattuali sottoposte alla disciplina di cui agli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c., non idonee però, nonostante la ripetizione e l'uniformità delle stesse, ad integrare gli estremi della consuetudine quale fonte di diritto. Infatti, come noto, le consuetudini giuridicamente rilevanti si basano sulla costante ed uniforme ripetizione di un comportamento, per un determinato periodo di tempo, da parte di una generalità di soggetti nella convinzione che si tratti di un comportamento giuridicamente obbligatorio. Invece, nel caso delle norme uniformi bancarie, nonostante la presenza dell'elemento oggettivo comportamentale, manca l'elemento soggettivo (*opinio iuris et necessitatis*), in quanto i clienti delle banche accettano le clausole loro proposte perché privi di forza contrattuale ma nella consapevolezza che le stesse non riproducono un predeterminato obbligo giuridico vincolante. A. Antonucci, *Diritto delle banche*, Giuffrè, 2009, p. 324.

³⁴ In tal proposito è da segnalare l'art. 15 delle norme uniformi secondo cui "*le banche non assumono alcuna responsabilità per la forma, la sufficienza, la portata legale di qualsiasi documento né per*

Questa situazione cominciò a mutare intorno agli anni Settanta; per effetto di due fattori, uno endogeno ed uno esogeno: quello endogeno era rappresentato dal fatto che i risparmi degli italiani erano aumentati contestualmente alla scoperta della borsa³⁵. Nel famoso recinto della grida si ragionava in termini diversi rispetto alla banca: c'era il mercato d'asta, c'era la trasparenza e la confrontabilità dei prezzi (si diceva allora sulla base di un detto vigente negli USA, che in borsa si possono quotare anche le mele marce, purché si dica chiaramente che sono marce). Questo primo fattore ebbe un effetto sulla psicologia del cliente, perché il cliente cominciò a fare delle scelte diverse dal semplice affidarsi all'amico banchiere. Poi vi fu, soprattutto, un fattore esogeno, che promana dallo sviluppo di certe tendenze e culture nell'ambito della Comunità europea, ovvero che l'uguaglianza propugnata dal codice non corrispondeva ad un'effettiva uguaglianza sostanziale.

La successiva legislazione, segnatamente comunitaria, sulla scorta di questa nuova visione, ha rivolto in special modo l'attenzione al consumatore, identificato nella parte debole contrattuale che stipula per scopi estranei all'attività d'impresa e non ha, dunque, le conoscenze del contraente forte. La tutela dei consumatori è divenuta nei successivi trent'anni il centro dell'interesse dell'azione comunitaria, tant'è che fu inserita come politica di accompagnamento dall'Atto Unico Europeo del 1987 e fatta oggetto di regole specifiche.

Sotto la spinta di questo ritrovato spirito egalitario, dalla matrice comunitaria derivarono le norme sul credito al consumo, quelle sulle clausole abusive e la promozione dei codici di condotta sui mutui-casa. Parallelamente dalla matrice nazionale derivarono la disciplina sulla trasparenza delle condizioni contrattuali di banche ed intermediari finanziari e la sottoposizione alle norme antitrust. Mentre nacquero dall'autodisciplina delle banche l'istituzione dell'Ombudsman bancario e

le condizioni generali, né particolari aggiunte o predisposte ai documenti?: la clausola fu inizialmente considerata illegittima per violazione dell'art. 1229 cod. civ. con sentenza del 1950 dal Tribunale di Firenze, ma successivamente è prevalsa in dottrina l'opinione contraria, in quanto si sostenne (Bonelli e Molle), che la clausola si proponeva di ribadire il formalismo del credito documentario, ovvero che il controllo delle banche era solo rivolto ad un semplice controllo formale o esteriore dei documenti. Nello stesso senso in giurisprudenza, Cass. 1959 n. 3028. Francesco M. Cirillo, *La giurisprudenza sul codice civile annotato con la dottrina*, libro IV, cit., p. 251.

³⁵ M. Porzio, *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti: oltre la trasparenza*, Quaderni della Cassa di Risparmio di San Miniato; n 2, Giappichelli, 2011, p. 22.

iniziative per migliorare il rapporto con la clientela, quali la formalizzazione di canali di dialogo e di contrattazione con le associazioni dei consumatori e l'istituzione di "PattiChiarì", al fine di favorire la conoscenza e la comparabilità dell'offerta bancaria di base.

In Italia, nel 1992, quasi insieme, vennero pubblicate la prima legge sulla trasparenza bancaria (n. 154³⁶) e, la legge che regola il credito al consumo (n. 142).

Soprattutto la legge sulla trasparenza segnò il punto finale di un acceso dibattito, partito dalla proposta Minervini nel marzo del 1986, tra chi sosteneva che la disciplina delle operazioni bancarie dovesse essere ispirata alla trasparenza e chi, invece, dovesse essere ispirata al riequilibrio³⁷.

Merito delle due normative è di aver introdotto norme derogabili in senso più favorevole al cliente, ed in particolare l'obbligo della forma scritta per i contratti bancari e la nullità delle clausole contrattuali che prevedono il rinvio agli usi di piazza. Ma soprattutto merito delle normative è di aver operato il distinguo, in due cerchi concentrici della clientela: c'è un cliente debole - e tutti i clienti sono deboli - cui bisogna garantire un minimo di conoscenza, di trasparenza per colmare le

³⁶ In realtà, la prima iniziativa in tema di trasparenza è da imputare alle circolari ABI 5/1988 e 5/1989, con le quali prima dell'entrata in vigore della legge 154/1992, fu varato l'accordo sulla pubblicità della trasparenza e delle condizioni, rispettivamente per le aziende di credito e per gli istituti di credito speciale, che obbligava gli aderenti a rendere note alla clientela, mediante appositi avvisi, le condizioni economiche praticate per le operazioni e le prestazioni dei servizi effettuati.

³⁷ Il 26 marzo 1986, venne presentata alla Camera dei deputati la proposta di legge n. 3617, firmata dall'On. Minervini, dal titolo "Norme per la trasparenza nelle operazioni bancarie", composta da 16 articoli e 4 titoli (operazioni attive, operazioni passive, servizi bancari accessori, disposizioni finali e comuni). Il progetto faceva divieto alle banche di modificare i tassi di interesse concessi alla clientela e tutte le voci che compongono il costo del credito senza uno specifico accordo con gli interessati. Con specifico riferimento allo *ius variandi* la proposta concedeva alle banche la possibilità di modificare unilateralmente le condizioni del contratto durante lo svolgimento solo in casi di contratti conclusi a tempi indeterminato e, quando una variazione nello stato del mercato finanziario lo avesse reso necessario. La proposta prevedeva tra l'altro che, nello stipulare operazioni attive, gli istituti indicino nei contratti il costo complessivo del credito attraverso un'unica aliquota percentuale posticipata in ragione d'anno. Questo costo, non doveva comprendere solo gli interessi, ma anche le provvigioni, le commissioni, le spese e ogni altro tipo di costo accessorio. Le clausole relative al costo complessivo del credito dovevano essere approvate per iscritto dal cliente e, senza la sua sottoscrizione, erano considerate nulle. Questo costo poteva variare solo per "mutuo consenso". E. Guerinoni, I contratti del consumatore, principi e regole, Giappichelli, 2011, p. 10.

asimmetrie informative nella specie fra banche e cliente; e c'è un cliente più debole, il consumatore, cui bisogna garantire qualcosa in più.

Le due leggi sopra richiamate sono state coordinate e trasfuse nella nuova legge bancaria d.lgs 1993 n. 385 (T.U.B.) che - superando la distinzione tra i vari contratti di credito del codice civile e parlando unicamente di contratto tra la banca e il cliente - al titolo VI raggruppa diverse norme tese ad intervenire sul contratto per eliminare alcuni fra i punti, più marcati, della predominanza bancaria nei confronti della clientela.

Dopo l'avvento del T.U.B. possiamo segnalare, per un verso, la tendenza ad entrare sempre più nel merito del prezzo dei contratti bancari: esempi sono la legge sull'usura³⁸, la vicenda sull'anatocismo con

³⁸ La legge sull'usura (legge 108/1996), ha introdotto un limite ai tassi di interesse sulle operazioni di finanziamento oltre il quale gli stessi sono considerati usurari. Ai fini della valutazione della usurarietà dei tassi, si deve fare riferimento al momento in cui gli interessi sono promessi o convenuti, indipendentemente dal momento del pagamento (legge 24/2001).

La Banca d'Italia rileva trimestralmente i tassi effettivi globali medi applicati dalle banche e dagli intermediari finanziari.

Prima dell'entrata in vigore della legge 108, il reato di usura era *in primis* disciplinato dall'art. 644 c.p. L'art. 644 c.p. nello specifico sanciva la condanna di chi, approfittando dello "stato di bisogno" di una persona, si faceva dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari in corrispettivo della prestazione di denaro o di altra cosa mobile. Tale disposizione lasciava tuttavia ampia discrezionalità al giudice in merito all'individuazione dello stato di bisogno, inoltre spesso uno stesso tasso veniva a volte considerato usurario ed altre lecito. Inoltre sorgevano difficoltà ad applicare la norma alla c.d. "usura reale", riguardante la prestazione di servizi o attività professionali. Col D.L. n. 306 dell'8 giugno 1992, convertito in Legge n. 356 del 7 agosto 1992, fu introdotto all'interno del Codice Penale, l'art. 644 *bis*, che prevedeva la c.d. "usura impropria" e puniva: "chiunque fuori dei casi previsti dall'art. 644, approfittando delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria di persona che svolge un'attività imprenditoriale o professionale, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, interessi o altri vantaggi usurari". Con l'entrata in vigore della Legge n. 108/1996, in pratica, da una parte si modificava sia l'art. 644 c.p., sia l'art. 1815 c.c. (riverbo civilistico del reato di usura), stabilendo che: il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari sono definiti all'art. 2, comma 4, ("nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella G.U. ai sensi del comma 1, relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà"); dall'altra all'art. 1 si riprendeva la disposizione dell'art. 644 c.p. secondo cui: "per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito".

In seguito, la Legge n. 2/2009, ribadiva il limite oltre il quale gli interessi sono considerati usurari ai sensi dell'art. 644 c.p., comma 5, individuandolo nel tasso medio risultante dalla rilevazione trimestrale relativa alla categorie di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà, cosiddetto Tasso Effettivo Globale (T.E.G.). Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, delle remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito.

l'intervento della Cassazione nel 1999 e la modifica dell'art. 120 del T.U.B.³⁹, infine, gli interventi del legislatore sulla commissione di

Particolarmente importante è il meccanismo di annualizzazione del oneri. Il legislatore infatti ha disposto che essi debbano essere conteggiati all'interno della formula della determinazione del TEG, su "base annua", ciò sta a significare che le commissioni e le spese, escluse quelle sostenute per imposte e tasse, devono essere riprese sul trimestre di competenza e nei tre trimestri precedenti. Nel caso in cui non si avesse lo storico necessario, è possibile seguire due diverse strade:

-conteggiare solo gli oneri dei trimestri a disposizione;

-annualizzare gli oneri dei trimestri in proprio possesso utilizzando un multiplo idoneo. La metodologia in tal caso consisterà nel mediare gli oneri dei trimestri a disposizione e moltiplicando il risultato così ottenuto per 4 (numero dei trimestri che formano un anno).

Sub. art. 1815 c.c., R. Giovagnoli, Codice civile annotato con la giurisprudenza, Giuffrè, 2013, p. 2126 e A. Dolmetta, Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti: oltre la trasparenza, cit., p. 63.

³⁹ I contratti bancari prevedevano che gli interessi maturati in favore della banca nell'ambito dei contratti di contratto di conto corrente si capitalizzassero trimestralmente con relativa clausola, avallata per lungo tempo in giurisprudenza. La situazione inizia a mutare con l'inversione della giurisprudenza nel 1999 con tre sentenze nn. 2374, 3096 e 12507, di identico tenore. Tali sentenze comminavano la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale sulla base del fatto che gli usi previsti dall'art. 1283 c.c. sono usi normativi e non usi negoziali *ex art.* 1340 c.c. o interpretativi *ex art.* 1368 c.c., non rilevando a nulla in materia le NUB. Le sentenze citate hanno dato luogo ad un contenzioso giurisprudenziale. Con l'introduzione del d.lgs 1999 n. 342 il legislatore ha inserito disposizioni di emergenza nell'art. 120 T.U.B modificando il II e il III comma. Con il II comma si è creato una disciplina speciale degli interessi maturati dalle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e si è rimandato al CICR la determinazione delle modalità e i criteri per la produzione di interessi sugli interessi. E al III comma si intervenne con una norma di salvataggio per le banche, considerando legittimo la sopravvivenza delle clausole ritenute nulle dalla Cassazione, fino all'entrata in vigore della delibera del CICR, a cui rimandava il comma II. Dopo varie incertezze giurisprudenziali la Cass. S.U. 2004 n. 21095 ha confermato l'orientamento del 1999 e ha previsto la nullità della clausola anatocistica nel calcolo degli interessi, in quanto non corrispondente ad un uso normativo, inoltre chiarisce che il mutamento della giurisprudenza al quadro interpretativo è frutto della valorizzazione della buona fede come clausola di protezione del contraente più debole, della tutela del consumatore e della trasparenza bancaria. In seguito anche la giurisprudenza di merito ha confermato la nullità della clausola che prevedeva la capitalizzazione degli interessi contrattuali di mora, anche se maturati anteriormente l'entrata in vigore del d.lgs 1999 n. 342, che in tema di anatocismo bancario, ha previsto la nullità dell'ammortamento alla francese. Di conseguenza la banca che utilizza nei contratti di mutuo questo criterio di determinazione degli interessi viola gli artt. 1283 e 1284 c.c. G. Fauceglia, *sub.* art. 1815 c.c., D. Valentino, Commentario del codice civile. Dei singoli contratti, Torino, 2011. p. 211 Tali conclusioni non sono ritenuti applicabili ai mutui fondiari dove l'anatocismo è previsto per legge (Cass. 2003 n. 2593).

Attualmente le modalità di calcolo degli interessi anatocistici sono individuati con riferimento a distinte tipologie di operazioni. Ai fini della trasparenza nei contratti vanno indicati la periodicità di capitalizzazione ed il tasso degli interessi nonché, in caso di capitalizzazione infrannuale, il complessivo valore del tasso su base annua, tenendo conto degli effetti della capitalizzazione. Tali clausole non hanno effetto se non approvate per iscritto, riecheggiando l'applicazione dell'art. 1341, 2 comma, c.c.

massimo scoperto⁴⁰ e, per un altro verso la tendenza ad un'eccessiva legificazione⁴¹.

Ultimi interventi normativi - in ordine temporale - in tema di trasparenza bancaria, sono stati: (i) il decreto 2010/11 (di attuazione della Direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento del mercato interno) che ha introdotto nel titolo VI il Capo II-*bis* (artt. da 126-*bis* a 126-*octies*), denominato "Servizi di pagamento"; (ii) il decreto 2010/141⁴² (di attuazione della Direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori) che ha riformato il Capo II, in tema di Credito al consumo, ora denominato "Credito ai consumatori" e, ha apportato alcune modifiche alla parte generale contenuta nel Capo I, denominato ora "Operazioni e servizi bancari e finanziari".

⁴⁰ La commissione di massimo scoperto (CSM) costituisce una voce di costo ulteriore rispetto all'interesse del finanziamento concesso dalla banca al cliente. Le clausole che prevedono tale commissione possono articolarsi in: CMU ovvero commissione per mancato utilizzo e, commissione con addebito periodico.

La materia è stata ampiamente rivisitata a seguito dell'entrata in vigore del decreto «salva-Italia» (6 dicembre, n. 211), la nuova regolamentazione della c.d. commissione di massimo scoperto (come integralmente sostitutiva del confuso regime della legge 28 gennaio 2009, n. 2), ha introdotto l'art 117-*bis* T.U.B. Oggi, così come confermato dalla sentenza della Cassazione Penale, sez. II, n. 262 del 19/02/2010 e sentenza della Cassazione penale, sez. II, n. 12028 del 26 marzo 2010, che hanno confermato l'inclusione della CMS tra gli oneri da includere nella determinazione del Tasso Effettivo Globale (TEG) ai sensi dell'usura, precisando inoltre la non conformità alla norma di cui all'art. 644 del Codice Penale delle Istruzioni della Banca d'Italia, laddove escludevano tali oneri dal calcolo del tasso effettivo globale, si prevede che l'ammontare delle varie forme di massimo scoperto per legge non può comunque superare lo 0,5 per trimestre. Nel merito la norma del T.U.B. da ultimo citata, prevede due tipi di clausole che risultano consentite alla predisposizione di autonomia delle banche: un tipo è per l'apertura di credito, l'altro per lo sconfinamento. Le clausole non sono cumulabili, né possono venire invertite e rappresentano gli unici oneri che – in aggiunta al peso degli interessi - possono essere caricati sul cliente in connessione con la concessione di un fido. Per il fido formalizzato in una regolare apertura, dunque, la legge consente alle banche la possibilità di un vero e proprio compenso: sotto forma di commissione destinata a spalmarsi nel tempo in misura proporzionale alla somma resa disponibile e che risulta *pro tempore* non utilizzata. Di conseguenza, via via che cresce l'utilizzato, se salgono gli interessi, nel contempo scende il carico della commissione.

È una novità grossa, nell'ordinamento, perché in genere, come è noto, il T.U.B. è una legge procedimento; per cui la norma finale concretamente applicabile è affidata alla normazione secondaria dell'autorità creditizia. A. Nigro, Giurisprudenza bancaria (2009-2011), Giuffrè, 2011, p. 137.

⁴¹ M. Porzio, Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti: oltre la trasparenza, cit. p. 24.

⁴² Recentemente modificato dal d.lgs 19 settembre 2012 n. 169, recante modifiche sul credito ai consumatori e sul titolo V del T.U.B. in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi.

Quest'ultimo decreto legislativo - in linea con la tecnica legislativa comunitaria di superare la logica dei tipi contrattuali seguita dal codice civile del 1942, per dettare discipline applicabili a fasce di contratti che presentano esigenze comuni⁴³ - ha concluso, per il momento, l'iter di recepimento della disciplina in materia di trasparenza contrattuale⁴⁴.

Tra le novità più significative possiamo segnalare tre ordini di profili⁴⁵:

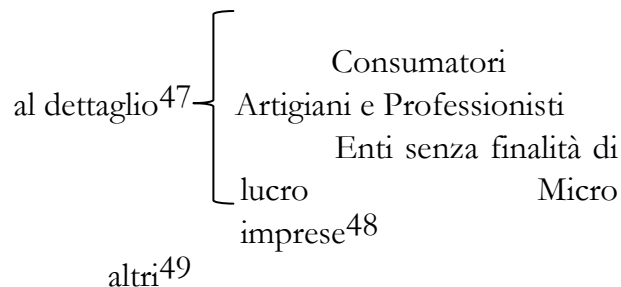
- Il potenziamento del ruolo assegnato nel sistema alla trasparenza: poiché il ruolo della trasparenza può, alla luce della crisi finanziaria, far recuperare la fiducia della clientela nei confronti delle banche, in quanto la tutela della clientela e la trasparenza sono divenute esse stesse finalità di vigilanza, incrementando quelle già indicate dall'art. 5 T.U.B. e mutando il ruolo della banca quando contratta con i consumatori di cui è divenuta guardiana e consulente responsabile.
- La specializzazione degli obblighi di trasparenza in relazione al tipo di rapporti ed al tipo di clienti⁴⁶: dopo gli ultimi interventi normativi, per espressa previsione dell'art. 115, comma 3, T.U.B. si sancisce la non applicazione delle norme del Capo I, ai contratti di credito al consumo e ai servizi di pagamento, se non espressamente richiamate. Inoltre le Istruzioni di Vigilanza del 2009 - sulla falsariga dell'attuazione della MIFID - hanno delineato 4 sottoinsieme di clienti:

⁴³ A. Spena, *sub.* art. 126 T.U.B., Commentario, addenda di aggiornamento ai d. lgs. 141/2010 e 218/2010, a cura di M. Porzio, Giuffrè, 2011, p. 98.

⁴⁴ Per completezza espositiva vanno segnalati le modifiche alle liberalizzazioni in tema di portabilità di mutui, del 2007 e 2013 e, particolarmente, del comma 7 dell'art. 120-*quater* T.U.B.

⁴⁵ A. Nigro, Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti: oltre la trasparenza, *cit.*, p. 29.

⁴⁶ Analoga specializzazione si può notare per i servizi di pagamento di cui all'art. 126-*bis*, comma 3, T.U.B., per cui le regole sulla trasparenza si applicano o meno a seconda che il cliente sia un consumatore o una micro-impresa, Sciarrone, *sub.* art. 126-*bis* T.U.B. commentario, *cit.*, p. 2100.



- L'ampliamento dell'area della trasparenza. Alla luce dei nuovi interventi normativi, con gli obblighi posti a carico delle banche si arriva ad imporre un obbligo di assistenza del cliente, quasi ad integrare una vera e propria consulenza.

Da questo excursus normativo è agevole considerare come la normativa sulla trasparenza bancaria risulti complessa, soprattutto ove si vuole cercare di raggruppare e ricondurre a sistema la normativa di riferimento.

2.1) *Vademecum delle fonti normative della trasparenza bancaria:*

⁴⁷ All'interno della categoria generale dei clienti si individuano i cosiddetti clienti al dettaglio, cui appartengono non solo i consumatori, cioè le persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, ma anche altri soggetti (micro-imprese, enti senza finalità di lucro, artigiani e professionisti) che si caratterizzano per la piccola dimensione e per una scarsa competenza in materia finanziaria. A tale scopo la banca deve verificare, prima della conclusione del contratto, se al cliente può essere attribuita la qualifica di consumatore o di cliente al dettaglio; successivamente il cambiamento della qualifica può avvenire, qualora ne ricorrano i presupposti, solo su richiesta del cliente. L'accertamento della qualifica può rivelarsi difficile poiché alcuni clienti, come gli artigiani e i professionisti, si distinguono spesso per la commistione fra attività imprenditoriale e personale, interagendo con la banca anche per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale svolta.

⁴⁸ Si tratta di imprese con meno di dieci addetti e un fatturato o totale di bilancio non superiore a due milioni di euro. La loro introduzione è dovuta al fatto che la nozione "classica" di consumatore appariva troppo restrittiva, infatti per effetto di queste critiche la Direttiva 64/2000/CE relativa ai servizi di pagamento ha consentito agli Stati membri di applicare la disciplina specificatamente destinata ai consumatori, anche alle microimprese. Di tale facoltà si è avvalso il legislatore italiano con il decreto legislativo 10/2010. A. Spina *sub.* art. 126 T.U.B., Commentario, addenda di aggiornamento ai d. lgs 141/2010 e 218/2010, a cura di M. Porzio, cit., p. 94.

⁴⁹ Sono i soggetti che non rientrano nella definizione di clienti in senso stretto, ovvero banche, società finanziarie etc., in quanto tali rimangono sottratti all'applicazione della normativa; infatti alle relazioni con questi soggetti si applica il diritto comune dei contratti.

La materia è regolata da:

- titolo VI del T.U.B., concernente la trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari;
- deliberazione del CICR del 9 febbraio 2000, recante “Modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell’esercizio dell’attività bancaria e finanziaria”;
- deliberazione del CICR del 9 febbraio 2000, recante “Credito fondiario. Disciplina dell’estinzione anticipata dei mutui”;
- deliberazione del CICR del 25 luglio 2000, in materia di organizzazione amministrativa e contabile e controlli interni degli intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale di cui all’articolo 107 del T.U.B.;
- deliberazione del CICR del 4 marzo 2003, recante “Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”;
- deliberazione del CICR del 4 marzo 2003, recante “Attuazione del Titolo V-*bis* del decreto legislativo n. 385/93 concernente gli istituti di moneta elettronica (Imel): disciplina in materia di partecipazioni al capitale degli Imel, vigilanza regolamentare, controlli sulle succursali in Italia di Imel comunitari”;
- decreto del Ministro dell’economia e delle finanze 3 febbraio 2011, recante “Determinazioni in materia di credito ai consumatori”.

Si richiamano, inoltre:

- articolo 144, comma 3, del T.U.B., che prevede l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria per l’inosservanza delle norme contenute nell’art. 116 o delle relative disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie;

- articolo 16 della legge 7 marzo 1996, n. 108, in materia di attività di mediazione o di consulenza nella concessione di finanziamenti da parte di banche o di intermediari finanziari;
- decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, recante il Codice del Consumo;
- articolo 10 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 (convertito, con modificazioni, nella legge 4 agosto 2006, n. 248), che ha introdotto il divieto per gli intermediari di richiedere ai clienti penali o altre spese in occasione dell'estinzione di rapporti di durata;
- articoli 7, 8 e 13, commi 8-*sexies* 8-*quaterdecies* del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 (convertito, con modificazioni, nella legge 2 aprile 2007, n. 40), e successive modifiche, concernenti l'estinzione anticipata dei mutui immobiliari, la "portabilità" dei finanziamenti e la cancellazione dell'ipoteca per i mutui immobiliari;
- decreto legislativo recante "Attuazione della direttiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, e abrogazione della direttiva 97/5/CE" (di seguito, "d.lgs. di recepimento della direttiva sui servizi di pagamento").
- decreto legge 29 novembre 2008, n. 185 (convertito, con modificazioni, nella legge 28 gennaio 2009, n. 2), e in particolare, l'articolo 2, comma 5, in materia di mutui garantiti da ipoteca per l'acquisto dell'abitazione principale, e l'articolo 2-*bis*, in materia di commissione di massimo scoperto e remunerazione dell'affidamento;
- decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, e in particolare l'art. 2, in materia di contenimento del costo delle condizioni bancarie;
- deliberazione del CICR del 29 luglio 2008, n. 275, recante "Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle

controversie con la clientela ai sensi dell'articolo 128-*bis* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni”;

- provvedimento della Banca d'Italia del 3 settembre 2003, in materia di procedura per l'applicazione delle sanzioni amministrative agli intermediari non bancari;
- provvedimento della Banca d'Italia del 21 dicembre 2007, recante “Disposizioni relative al trasferimento alla Banca d'Italia delle competenze e dei poteri dell'Ufficio italiano dei cambi”;
- provvedimento della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, recante “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari”.
- provvedimento della Banca d'Italia 2010 recante nuovi disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei sba fondate sul principio di proporzionalità.
- provvedimento Banca d'Italia del 29.7.2009 (integrato da ultimo con provvedimento del 20.6.2012) recante disposizioni su “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”.

Da questo ginepraio normativo possiamo scorgere due ordini di profili, innanzitutto, le banche appaiono restie ad accettare la normativa sulla trasparenza, perché in tal modo finiscono per perdere quella sorta di supremazia che nei tempi precedenti era quasi incontrollato. In secondo luogo, vi è da segnalare come l'alta frequenza dei cambiamenti normativi genera diversi danni collaterali. I contratti bancari, si caratterizzano per il contenuto predefinito (contratti per adesione) e per l'efficacia che si protrae nel tempo (contratti a tempo indeterminato e contratti di durata), un medesimo rapporto quindi si troverebbe a dover passare più e più turni di modifiche. Con riguardo al cliente che già ha difficoltà a capire il contratto, il susseguirsi di modifiche sempre più tecniche ingenera un fenomeno di instabilità, a cui lo stesso interprete ha difficoltà a far fronte.

3) Tecnicismo della trasparenza bancaria e finalità

Come si è avuto modo di rilevare, le disposizioni in materia di trasparenza (titolo VI del T.U.B.; delibere del CICR citate e il provvedimento BI del 2009⁵⁰) si applicano - salva diversa previsione - a tutte le operazioni e a tutti i servizi disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U.B. aventi natura bancaria e finanziaria offerti dagli intermediari, anche fuori sede o mediante tecniche di comunicazione a distanza⁵¹.

Per un'efficace attuazione della regolamentazione, le banche devono inoltre rispettare alcuni requisiti organizzativi al fine di ridurre i rischi legali e reputazionali derivanti dalle relazioni con la clientela⁵².

A questo punto è bene una precisazione, a differenza di quanto avviene negli altri settori, i prodotti bancari sono tutti costituiti da contratti. L'impresa bancaria predispose i propri prodotti, li immette nel mercato in termini seriali e governa il complessivo svolgimento del rapporto con il cliente⁵³.

⁵⁰ Tale intervento regolamentare è teso sia a predisporre protocolli di documenti informativi, sia a delineare criteri lessicali per la comunicazione con i clienti, calibrate sul livello di alfabetizzazione finanziaria delle differenti fasce di clientela, avendo riguardo anche del prodotto offerto.

⁵¹ La normativa del T.U.B. non si applica solo in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante sia di investimento.

⁵² Posto che le norme sulla trasparenza sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente (art. 127, comma 2, del T.U.B.), il controllo sulla loro applicazione spetta alla Banca d'Italia, che dispone di poteri informativi e ispettivi e, in caso di irregolarità, può:

- inibire la continuazione dell'attività, anche di singole aree o sedi secondarie, e ordinare la restituzione delle somme indebitamente percepite e altri comportamenti conseguenti;
- inibire specifiche forme di offerta, promozione o conclusione di contratti;
- disporre la sospensione, per un periodo non superiore a novanta giorni, delle attività di cui ai punti precedenti in caso di particolare urgenza;
- pubblicare i relativi provvedimenti nel Bollettino di Vigilanza e disporre altre forme di pubblicazione, eventualmente a cura e spese della banca.

In questo contesto la Banca d'Italia viene a giocare un ruolo che potremmo definire di *policymaker*, utilizzando una terminologia affine a quella che si usa in statistica nella teoria delle decisioni.

⁵³ Un esempio lampante è costituito dalla vicenda sottoposta all'esame del Tribunale di Milano, 19 dicembre 2012 n. 13976, in www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercati/2012-12-19/derivati-comune-milano-condanna51149.shtml?uuid=AbaekVDH. Tale Sentenza ha condannato le banche Deutsche Bank, Depfa Bank, UBF per truffa aggravata in tema di vendita di contratti derivati al Comune di Milano, nello specifico contratti di ristrutturazione di mutui convertiti dalle banche citate in *bullet bond* trentennali nel 2005, in quanto tali contratti erano viziati come sostenuto dall'accusa da un elevato grado di opacità, in violazione del dovere di trasparenza da parte delle banche volto a garantire l'affidamento dell'operazione. Questa decisione è stata

Conscio di tale situazione il legislatore ha utilizzato, come mezzo per fornire tutela alla clientela, la disciplina della trasparenza dei rapporti contrattuali. L'idea di fondo era sostanzialmente articolata su due semplici considerazioni: in primo luogo, un esaustivo e chiaro bagaglio conoscitivo al contempo costituisce un patrimonio primario e un'arma di contesa negoziale. In secondo luogo il prodotto bancario/finanziario per quanto articolato, origina pur sempre da un rapporto di natura contrattuale. In tale contesto, il numero degli elementi conoscitivi a disposizione dell'offerente e del cliente possono sensibilmente differire, producendo quel fenomeno, noto come "asimmetria informativa", per il quale una parte si trova a disporre di dati e conoscenze di cui l'altra parte non dispone. Ne deriva un evidente squilibrio destinato ad influire sulla conclusione dell'operazione e sulla definizione delle relative condizioni.

Nel condivisibile obiettivo di aumentare la trasparenza proprio attraverso l'accrescimento dei dati e la facilitazione al loro accesso, il T.U.B. ha inquadrato la trasparenza come informativa chiara, concentrandosi sulla quantità, nel senso di numero di informazioni, che l'intermediario deve porre a disposizione del cliente.

Questa prima visione quantitativa delle informazioni risultò fallace per una serie di fattori: (i) l'*inevitabile tecnicismo* dell'informazione finanziaria (che può essere forse linguisticamente semplificata, ma non certo banalizzata o "volgarizzata"); (ii) la *scarsa educazione finanziaria* del risparmiatore medio (non è realistico pensare o pretendere che il risparmiatore divenga un erudito del settore); (iii) il *tempo decisionale* è, invero, fantasioso supporre che la scelta di un prodotto bancario possa aver luogo dopo un'approfondita e meditata analisi e indagine dei contenuti dell'informazione ricevuta.

Il sovrabbondare di informazioni ha condotto ad un'irrilevanza della quantità informativa e la sua sostanziale inutilizzabilità. Avere troppe informazioni equivale ad avere nessuna informazione⁵⁴. Con la sola conseguenza che il contratto, più che assolvere allo scopo di strumento informativo, diviene un mezzo di protezione legale

completamente ribaltata dalla recente decisione della Corte d'Appello di Milano, del 7 marzo 2014, consultabile al sito www.milano.corriere.it.

⁵⁴ C.d. Teorema di Arrow. E' uno dei modelli della teoria dei mercati competitivi ed è una parte cruciale della teoria dell'equilibrio generale, in quanto può essere usato per dimostrare l'esistenza dell'equilibrio generale (o [equilibrio walrasiano](#)) di un'economia. K. J. Arrow, *Existence of an equilibrium for a competitive economy*, *Econometrica*, 22, 1954, p. 265-290.

dell'emittente, il quale, dispensando l'informazione sia pur in forme non leggibili dall'utenza finanziaria comune, avrà comunque la certezza di non incappare in responsabilità omissive⁵⁵.

Questo *gap* fu superato quando ci si rese conto che l'informazione è tale solo se è comprensibile, ed è comprensibile solo ove pervade tutto il concetto che si vuole trasmettere. Si riconosce, quindi, alla trasparenza una valenza primariamente qualitativa⁵⁶.

In questo senso la trasparenza delle operazioni bancarie viene ad esprimere altri due ordini di significato: (i) trasparenza come idea di contenimento e correzione del potere di predisporre unilateralmente le condizioni e i termini di un contratto da parte della banca; (ii) trasparenza come equilibrio dell'informazione⁵⁷. Entrambe queste nuove prospettive vanno iscritte sotto il mantello informante della clausola generale della buona fede oggettiva: in questo senso possiamo leggere la disposizione dell'art. 127, comma 1, T.U.B., che esprime la necessità che i comportamenti delle banche verso i propri clienti seguano il canone di buona fede oggettiva⁵⁸.

⁵⁵ E. Girino, L'inspiegabile riduzione della trasparenza sul rischio finanziario: realtà normativa ed equivoci europeisti, in www.dirittobancario.it, 2013.

⁵⁶ Se, ad esempio: si offre un titolo strutturato, nel descriverlo sarà necessario esprimere in termini chiari ed espliciti che lo strumento può esporre ad un rischio elevato. Saremo con ciò in presenza di un'informazione vera e chiara. Ma affinché quell'informazione divenga altresì veramente trasparente, si dovranno necessariamente illustrare le ragioni del rischio, il motivo per cui il rischio si concreta, e soprattutto come e quanto la componente di rischio può generarsi ed emergere. Dunque sarà necessario chiarire la meccanica costruttiva del prodotto e, occorrendo con l'ausilio di esempi e simulazioni, renderne evidente il funzionamento e la possibile deriva verso i livelli massimi di rischio ipotizzabili.

⁵⁷ In pratica tornando indietro a quello che Minervini 27 anni fa propugnava.

⁵⁸ Il principio della buona fede può essere inteso come una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale, imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altro, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali. Ormai è pacifico in dottrina e in giurisprudenza che la correttezza e la buona fede in senso oggettivo sono fonti di integrazione del contratto (art. 1374 c.c.), in quanto, oltre ai vari obblighi espressamente previsti dalle parti e dalla legge, il rapporto obbligatorio è arricchito da ulteriori obblighi e doveri a carico di entrambe le parti. Si tratta dei c.d. obblighi di salvaguardia o protezione, cioè di obblighi gravanti su ciascun soggetto di attivarsi per salvaguardare la posizione giuridica sostanziale dall'altra parte contraente. Tale principio deve presiedere all'esecuzione, alla formazione e all'interpretazione di tutto il rapporto obbligatorio. Sul punto la Cass. con sentenza 2009/20106, ha sancito che l'esplicita pattuizione del recesso *ad nutum* a favore del concedente non esclude che il suo esercizio con modalità arbitrarie, anche in considerazione della disparità dei contraenti, violi il principio di buona fede oggettiva nell'esecuzione dei contratti e costituisca pertanto un abuso del diritto. Infatti funge da

Tale clausola sui contratti bancari si pone come un vertice orientativo della normativa sulla trasparenza⁵⁹. E sembrerebbe destinata a svolgere nella regolamentazione dello *ius variandi* (art. 118 T.U.B.) un importante ruolo di correttivo esterno, considerata la stretta tendenza ad avvicinare nel mondo bancario le figure del giustificato motivo⁶⁰, della diligenza e della causa concreta (o meritevolezza degli interessi perseguiti da clausole o da negozi). Si tratta di clausole prima d'ora estranee alle banche e che sono intrise di valori cuciti nel tessuto costituzionale.

Quella dell'informazione viene ad unire tanti profili: da quello della documentazione e della consegna⁶¹, a quello della completezza

strumento per il giudice atto a controllare il regolamento negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi: di analogo tenore Cass. 2008 n. 2800, in *sub.* art. 1374 c.c. in R. Giovannoli, Codice civile annotato con la giurisprudenza, cit., p. 1582.

⁵⁹ La frase è tratta da A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari*, Regole, Bologna, 2013, p. 10.

⁶⁰ Il giustificato motivo si concentra sull'esercizio di un diritto od un potere e ne controlla ragione e termini.

⁶¹ Per attuare gli obblighi in materia di pubblicità delle operazioni e dei servizi offerti e delle relative condizioni contrattuali, le banche devono utilizzare i seguenti strumenti:

a) i documenti contenenti i principali diritti del cliente. La banca deve esporre nei locali aperti al pubblico e mettere a disposizione dei clienti un documento generale denominato "Principali diritti del cliente" conforme, per ciascuna modalità di commercializzazione utilizzata, ai modelli stabiliti dalla Banca d'Italia. Inoltre, devono essere messi a disposizione appositi documenti (Guide) riguardanti i contratti di conto corrente offerti ai consumatori e i servizi più comunemente associati (Bancomat, assegni, carte di credito, scoperti, ecc.), i mutui ipotecari offerti ai consumatori e l'accesso ai meccanismi di soluzione stragiudiziale delle controversie previsti dal T.U.B. (Arbitro Bancario Finanziario);

b) il foglio informativo contenente almeno:

- informazioni sulla banca: denominazione, iscrizione in albi e/o registri, indirizzo della sede legale, numero di telefono degli uffici ai quali il cliente si può rivolgere per ulteriori informazioni e/o per la conclusione del contratto, numero di fax, sito internet e indirizzo di posta elettronica;

- le caratteristiche e i rischi tipici dell'operazione o del servizio;

- un elenco completo delle condizioni economiche offerte;

- le clausole contrattuali che riguardano: il diritto di recesso spettante al cliente e alla banca e i tempi massimi per la chiusura del rapporto; i mezzi di tutela stragiudiziale di cui la clientela può avvalersi;

- le informazioni sugli eventuali servizi accessori.

Tutte le condizioni economiche sono indicate nella misura massima se a favore della banca e minima se a favore del cliente; per ciascuna condizione può essere riportato anche un valore fisso o un valore massimo e minimo. I tassi di interesse sono riportati su base annuale e almeno con riferimento all'anno civile; in caso di capitalizzazione infrannuale degli interessi, il tasso di interesse deve tenere conto degli effetti della capitalizzazione;

c) la copia completa dello schema di contratto. Prima della conclusione del contratto, la banca deve consegnare al cliente che ne abbia fatto richiesta, entro tempi congrui, una copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula; a scelta del cliente può essere

informativa a livello contrattuale degli oneri economici, a quello della comprensibilità dell'informazione fino a quello esemplificativo⁶²(tant'è che vi è chi sostiene di frammentare la normativa in sotto- regole⁶³).

Di una simile tendenza potrebbero considerarsi espressione le disposizioni di cui agli artt. 124, comma 5 e, 124-*bis* T.U.B., la previsione delle istruzioni di vigilanza del 2009 (secondo la quale le procedure interne devono includere “*accorgimenti in modo che il cliente non sia indirizzato verso prodotti evidentemente inadatti rispetto alle proprie esigenze finanziarie, l'intermediario deve valutare l'introduzione di strumenti anche informatici che consentano di verificare la coerenza tra il profilo del cliente e i prodotti allo stesso*

consegnato il solo documento di sintesi. La consegna non impegna le parti alla stipula del contratto e il diritto del cliente di ottenere copia del testo contrattuale o del documento di sintesi non può essere sottoposto a termini o condizioni;

d) il documento di sintesi che riporta in maniera personalizzata, secondo quanto previsto dal contratto, le condizioni economiche pubblicizzate nel foglio informativo relativo alla specifica operazione o servizio. Tale documento costituisce il frontespizio del contratto e ne è parte integrante in presenza di un accordo delle parti in tal senso. Se l'offerta di un'operazione o di un servizio non è personalizzabile, il foglio informativo e il documento di sintesi possono coincidere. In questo caso il frontespizio del contratto è costituito dal foglio informativo. Nel documento di sintesi e nel foglio informativo deve essere inserito un indicatore sintetico di costo (ISC), quando riguardano mutui, anticipazioni bancarie, altri finanziamenti (ad esempio, prestiti personali e finalizzati), conti correnti destinati ai consumatori e aperture di credito offerte ai clienti al dettaglio. Per i mutui, le anticipazioni bancarie, le aperture di credito e gli altri finanziamenti l'ISC è denominato Tasso Annuo Effettivo Globale ed è calcolato come previsto dalla normativa sul credito al consumo. Provvedimento Banca d'Italia del 29.7.2009 (integrato da ultimo con provvedimento del 20.6.2012) recante disposizioni su “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”, sez. XI, consultabile sul sito www.bancaditalia.it.

⁶² Per quanto riguarda la forma, i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare, comprensivo delle condizioni generali, deve essere consegnato al cliente; la consegna è attestata mediante apposita sottoscrizione del cliente sull'esemplare del contratto conservato dalla banca. Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta nei casi previsti dalla legge.

Nella conclusione dei contratti mediante strumenti informatici o telematici, la banca deve osservare, oltre alla disciplina prevista dalle presenti disposizioni, anche le norme specificamente stabilite per l'utilizzo di tali tecniche. Relativamente al contenuto, i contratti devono indicare il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi gli eventuali oneri di mora per i contratti di credito, le commissioni spettanti alla banca, e le altre voci di spesa a carico del cliente. Il contratto deve comunque riportare tutte le condizioni applicate, incluse le condizioni generali di contratto. In mancanza di pubblicità nulla è dovuto.

⁶³ A. Dolmetta, Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti: oltre la trasparenza, cit., p. 58.

offerta[...]»⁶⁴), nonché la sentenza sulla clausola anatocistica (Cass. S.U 2004 n. 21095).

Con gli artt. 124, comma 5 e 124-*bis* in pratica il legislatore nazionale - sulla scorta dell'art. 8 della direttiva comunitaria che introduce la nozione di credito responsabile -, ha introdotto l'obbligo del finanziatore di valutare individualmente il merito creditizio, in modo che la misura del finanziamento non ecceda la capacità di restituzione da parte del finanziato. In questo modo l'ottica argomentativa viene spostata e, anziché avere riguardo agli obblighi di adeguatezza delle informazioni fornite in merito al prodotto, si ha riguardo agli obblighi di adeguatezza delle informazioni da richiedere e fornire.

Da quanto sin d'ora esposto possiamo desumere che il requisito della forma contrattuale e dell'informazione in esso contenuta si è progressivamente evoluta passando da un formalismo strutturale a un formalismo di protezione che impone una trasparenza basata su profili di informazione proporzionali al grado di alfabetizzazione finanziaria del cliente.

Tutto ciò porta ad un naturale ampliamento della trasparenza bancaria con risvolti pratici sui profili di responsabilità delle banche, alimentando il dibattito sulla mancanza, ad oggi, di conseguenze in termini civilistici per le violazioni degli obblighi imposti agli intermediari e la mancata definizione di un regime di responsabilità degli stessi (nello specifico manca una responsabilità risarcitoria).

Difatti il legislatore comunitario e nazionale continuano ad affidare alle sanzioni amministrative la mancata attuazione della disciplina (infatti il d.lgs 2010/141 ha rafforzato tale ambito), limitandosi invece ad incentivare procedure per la risoluzione stragiudiziale delle controversie, accentuando così la concentrazione di tutele affidate all'autorità di vigilanza⁶⁵.

4) Metodi alternativi di risoluzione delle controversie

Alla luce di quanto fin d'ora esposto, possiamo desumere che la trasparenza bancaria volta alla tutela della clientela è divenuta una

⁶⁴ Analoghe disposizioni si hanno in materia di cessione del quinto dello stipendio, e in materia di credito revolving concesso con carte di credito, che insieme ai prestiti personali costituiscono le tre forme di credito diretto.

⁶⁵ Artt. 127, 1 comma, 128 e 128-*ter* T.U.B.

precondizione della sana e prudente gestione, un presupposto dell'affidabilità del sistema finanziario e, un requisito per il radicarsi della fiducia del cliente⁶⁶. Da qui nasce l'esigenza di predisporre efficaci strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli intermediari bancari e finanziari. La trasparenza come mera fruizione di informazione e successivamente come presidio volto ad assicurare la correttezza sostanziale delle relazioni tra intermediari e clienti, si è rilevata essere insufficiente per garantire un'adeguata ed effettiva tutela alla clientela. Infatti nonostante gli obblighi di natura organizzativa e procedurale riguardanti i rapporti con la clientela che impongono agli intermediari bancari e finanziari di adottare “*accorgimenti di carattere organizzativo idonei ad assicurare che in ogni fase dell'attività di intermediazione sia prestata costante e specifica attenzione a tali profili*”, rivolti in special modo all'educazione dei fruitori dei servizi bancari e finanziari⁶⁷, il quadro degli strumenti di tutela è stato completato solo con l'introduzione - su impulso della normativa comunitaria - di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie (c.d. *Alternative Dispute Resolution*), i cui tratti distintivi sono costituiti dalla facilità di accesso, rapidità, imparzialità, economicità ed efficacia⁶⁸.

Appare fin d'ora necessaria una precisazione: l'ADR non è una scorciatoia per evitare una giustizia ordinaria lunga e costosa, ma piuttosto un'un'offerta di servizi di giustizia, che le persone possono utilizzare quando la questione da affrontare abbia caratteristiche tali da essere meglio affrontata in questa sede che in quella tradizionale⁶⁹.

⁶⁶ Rapporto sulla stabilità finanziaria, n. 3, Aprile 2012, predisposto da Banca d'Italia e consultabile sul sito www.bancaditalia.it.

⁶⁷ In Italia, le autorità coinvolte nella protezione del consumatore (Antitrust, Banca d'Italia, Consob, Covip e Isvap) hanno sottoscritto agli inizi di giugno 2010 un protocollo d'intesa in materia di educazione finanziaria, con il quale si sono impegnate a promuovere e realizzare iniziative congiunte; individuare le modalità di coordinamento più idonee, rafforzando le attuali forme di collaborazione; concordare gli obiettivi di medio e lungo periodo e gli strumenti per la loro realizzazione, al fine di favorire comportamenti sempre più consapevoli da parte dei cittadini.

⁶⁸ M. Corradino, *ADR e Mediazione*, Giappichelli, 2012, pp. 2-7.

⁶⁹ F. Maimeri, *sub. art. 128-bis T.U.B.*, commentario, a cura di M. Porzio, cit., p. 1138.

Di origine anglo-americana⁷⁰, le ADR nei vari ordinamenti hanno acquisito un crescente rilievo, registrando sia in ambito comunitario che nazionale un'esponentiale sviluppo applicativo⁷¹.

⁷⁰ Convenzionalmente, la nascita del movimento a favore della diffusione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie viene fatta coincidere con la conferenza del 1976 organizzata per celebrare il settantesimo anniversario del discorso tenuto da Roscoe Pound, uno dei padri fondatori del diritto americano, dinanzi all'*American Bar Association* (*American Bar Association Journal*, 1971, p. 248 ss). Ove l'esigenza di diversificare le procedure in ragione dell'oggetto della controversia in modo da ridurre il sovraccarico delle Corti e da consentire che le scarse risorse a loro disposizione potessero essere destinate alla definizione di pochi casi, per i quali il processo non costituisse la soluzione più antieconomica tra quelle astrattamente ipotizzabili. Nello stesso senso possiamo segnalare l'esempio Svedese con la costituzione dell'Ombudsman dei consumatori nel 1975, la Risoluzione n. 39/248 del 1985 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite "*memorandum sul nuovo impulso alla politica di protezione del consumatore*" trasmesso dalla Commissione al Consiglio in data 4 gennaio 1985 dove sono state individuate quattro prospettive per l'implementazione degli strumenti di tutela dei consumatori, e uno dei quali consiste nella diffusione delle pratiche di conciliazione. Dello stesso ceppo ideologico possiamo segnalare la legge del Regno Unito del 1988 secondo la quale il consumatore poteva scegliere una specifica procedura extragiudiziale in sostituzione di un giudizio ordinario. Infine una vera e propria svolta è stata segnata con il Libro Verde in tema di accesso dei consumatori alla Giustizia del 16 novembre 1993, il quale contiene per la prima volta una sintesi di tale indirizzo comunitario. Tale atto costituisce il primo studio comparato delle procedure giudiziali e stragiudiziali previste nei singoli ordinamenti nazionali a tutela dei diritti dei consumatori. In particolare, la Commissione si è preoccupata di analizzare le difficoltà connesse alle controversie transfrontaliere di modesto valore (c.d. *small claims*), auspicando la creazione di un dispositivo di gestione delle stesse, nonché lo sviluppo di procedure extragiudiziali che permettessero di ridurre lo squilibrio tra il costo della procedura giudiziaria transfrontaliera e il valore della controversia. La pubblicazione del Libro Verde ha così costituito lo strumento propulsore della partecipazione degli Stati membri e degli enti interessati alla politica comunitaria di tutela dei consumatori. Alla base del Libro Verde, sta difatti l'avvio di politiche di armonizzazione dell'accesso dei consumatori alla giustizia in quanto "*l'ordinamento giuridico comunitario è costituito da un sistema di norme la cui applicazione è in massima parte affidata non già ad un proprio ordinamento giudiziario, bensì alle giurisdizioni istituite nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali?*" e, quindi, "*se l'accesso all'autorità giudiziaria nazionale è ostacolato, viene a subire pregiudizio l'efficacia stessa del diritto comunitario e in particolare il principio di non discriminazione?*". Da questa concezione sono risultate innovative le determinazioni del Consiglio d'Europa adottate all'esito della riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, con cui l'organo comunitario ha invitato tutti gli Stati membri ad istituire ed attivare procedure alternative per la risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale (Libro Verde 2002). E la Direttiva 2998/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, che, come riportato al considerando n. 2, ha lo scopo di "*agevolare un miglior accesso alla giustizia*" in attuazione alle deliberazioni adottate dal Consiglio alla riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999.

A tal fine, "*per garantire che le parti che vi ricorrono possano fare affidamento su un contesto giuridico certo è necessario introdurre un quadro normativo che affronti, in particolare, gli elementi chiave della procedura civile*". "*Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni*"(considerando n. 8). Consultabile al sito www.mondoadr.it e www.ec.europa.eu; M. Corradino, ADR e Mediazione, cit., pp. 15-21.

⁷¹ L'Unione Europea con le Raccomandazioni della Commissione 98/257/CE e 2001/310/CE ha dettato le linee guida per le ADR extraprocessuali in contrapposizione a quelle - di origine statunitense - endoprocessuali, dove il giudice a latere del giudizio vero e

Da un punto di vista generale, i modelli di ADR possono innanzitutto raggrupparsi in tre aree principali, concernenti rispettivamente le procedure “primarie”, “ibride” e “multifase”⁷².

Le procedure primarie sono quelle costituite dalle tre forme tradizionali – negoziazione, conciliazione e arbitrato – di soluzione delle controversie.

In particolare, nella negoziazione le parti interagiscono direttamente fra loro, senza l'intervento di un organo terzo, e dunque si verifica una vera e propria trattativa contrattuale (con o senza l'ausilio di consulenti di parte).

Nella conciliazione, invece, la procedura è condotta da un organo terzo (con o senza il potere di emettere una decisione vincolante) e le parti in lite (normalmente assistite da consulenti) non sono mai vincolate ad accettare le soluzioni eventualmente proposte dall'organo neutrale.

L'arbitrato, invece, si caratterizza per la volontaria devoluzione all'organo terzo del potere di decidere la lite in modo vincolante per le parti (pressoché sempre assistite da consulenti).

Le procedure ibride (o miste) sono quelle che si compongono di elementi appartenenti a più di una delle tipologie sopra descritte⁷³.

proprio conduce la trattazione della controversia. Esempi di questo secondo tipo sono le *Court annexed procedures* (fase immediatamente preliminare al processo e sono dirette dal giudice), le procedure *early neutral evaluation* e le *mini-trial*, affidate ad un soggetto terzo non togato e preparatorie alla fase del giudizio. All'interno del primo gruppo, ADR extragiudiziarie, distinguiamo tra le ADR aggiudicatrici o determinative e le ADR consensuali o facilitative. Mentre nei sistemi determinativi il terzo risolve la controversia assumendo una decisione imparziale rispetto alle differenti posizioni assunte dalle parti, nei sistemi facilitativi il terzo tenta invece più semplicemente di facilitare il raggiungimento di un accordo tra le parti senza poter imporre alcuna decisione. All'interno di questa macro-area, possono distinguersi la conciliazione in senso stretto e la mediazione propriamente detta (*mediation*). Per conciliazione (in senso stretto) si intende il procedimento incidentale di cui all'art. 185 c.p.c., ovvero la procedura instaurata, nel corso della fase istruttoria di una causa, dal giudice istruttore su richiesta congiunta delle parti ovvero d'ufficio. Per mediazione si intende la procedura instaurata (sia nel corso di un giudizio sia stragiudizialmente) su richiesta delle parti o (nei casi previsti dalla legge) dal giudice e condotta da un professionista esterno (ovvero neutrale e che non svolge né svolgerà il ruolo di giudice o arbitro nella stessa lite). Un esempio in tal senso è costituito dalla mediazione prevista dall'art. 155 sexies, comma 2, c.p.c. in materia di diritto di famiglia. G. De Palo, in *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, a cura di R. Sammartano, Bologna, 2009. L'esperienza nella risoluzione delle controversie in ambito bancario presenta un'iniziale preferenza per le ADR determinative, mentre solo recentemente e sulla base delle direttive comunitarie si è orientata verso procedure di conciliazione. F. Maimeri, *Sub. Art. 128-bis T.U.B.*, commentario, cit., p. 1141 e M. Corradino, *ADR e Mediazione*, cit., p. 13.

⁷² G. De Palo, in *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, cit.

Le procedure multifase sono quelle che si caratterizzano per la consequenzialità automatica tra due procedure primarie e si distinguono da quelle ibride poiché non operano, in genere, alcuna commistione di elementi all'interno di una singola procedura ma si articolano in più fasi connotate da distinte procedure collegate fra loro⁷⁴.

4.1) *La conflittualità banca-cliente nell'evoluzione delle ADR in ambito bancario*

L'ambito bancario e finanziario a seguito della crisi e allo sviluppo di una finanza sempre più progredita, con i suoi prodotti sempre più tecnici e complessi, ha visto la necessità di creazione di organi *ad hoc* alternativi a quelli previsti dall'ordinamento quali strumenti per la protezione del cittadino e del consumatore.

Il dibattito italiano sui fenomeni di risoluzione consensuale delle liti comincia intorno agli anni '90.

Con la circolare 3/1993, l'associazione bancaria italiana ha varato l'Accordo per la costituzione dell'ufficio reclami della clientela e dell'Ombudsman bancario, con lo scopo di fornire alla clientela strumenti di tutela alternativi per la soluzione di controversie che insorgevano con le banche.

L'Ombudsman bancario è stato inizialmente concepito per la composizione delle controversie tra banche e clienti-consumatori, nella nozione indicata dall'art. 121 del T.U.B., ossia le persone fisiche che hanno posto in essere una determinata fattispecie contrattuale per scopi estranei all'attività economica eventualmente esercitata (erano così automaticamente escluse le società di qualsiasi tipo, le fondazioni, le associazioni non aventi fini di lucro, le imprese familiari e, infine, gli stessi soggetti individuali quando agivano in veste di professionisti o di

⁷³ Fra di esse si possono individuare i tavoli negoziali paritetici, gli istituti di autoregolamentazione, la valutazione neutrale, il mini-processo, l'*adjudication*, l'arbitrato-legato, l'arbitrato *baseball*, l'arbitrato *baseball* notturno.

⁷⁴ Fra di esse si possono individuare la conciliazione-arbitrato, la conciliazione-poi arbitrato, la conciliazione-poi arbitrato legato.

imprenditori). Questo limite soggettivo è venuto meno con la riforma del Regolamento entrato in vigore l'1 gennaio 2006⁷⁵.

L'accordo, cui hanno aderito buona parte delle banche e degli intermediari finanziari italiani, prevedeva la costituzione di due strumenti consecutivi e complementari di tutela dei clienti in caso di controversia con le banche. Nello specifico:

- un primo strumento decentrato, costituito dall'Ufficio Reclami presente all'interno di ogni banca e deputato alla ricezione e all'esame dei reclami presentati da tutta la clientela (accessibile, quindi ad ogni categoria di risparmiatore) in relazione a qualunque questione derivante dai rapporti intrattenuti con la banca o intermediario e aventi ad oggetto rilievi circa il modo con cui la banca stessa abbia gestito operazioni;
- un secondo strumento centralizzato, costituito dall'Ombudsman bancario, ossia un organismo collegiale (unico a livello nazionale, con sede a Roma⁷⁶) e deputato a riesaminare su ricorso dei soli consumatori, le decisioni dei singoli Uffici Reclami e risolvere le controversie relative alla prestazione di servizi bancari, purché di valore non superiore ai 5 milioni di lire.

Insomma, nella sua conformazione originaria la competenza dell'Ombudsman⁷⁷, fermi i limiti soggettivi e oggettivi poc'anzi

⁷⁵ S. Delle Monache, Arbitro bancario Finanziario, relazione presentata al Convegno "Gli strumenti alternativi di soluzione delle controversie", Treviso, 2012, consultabile al sito www.judicum.it, p. 150.

⁷⁶ In origine le nomine dei cinque componenti del collegio dell'Ombudsman erano così ripartite: il Presidente, nominato dal Governatore della Banca d'Italia; due membri, nominati dal Presidente dell'ABI; e, infine, gli altri due componenti, nominati dal Consiglio Nazionale Forense e dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti. Tali modalità di nomina hanno costituito una criticità del sistema perché l'assenza di rappresentanti dei fruitori dei servizi bancari e finanziari ha fatto dubitare della effettiva imparzialità ed indipendenza dell'organismo, sulla base della considerazione che secondo le associazioni dei consumatori "avvocati e commercialisti" non costituivano assoluta garanzia d'indipendenza ed imparzialità dell'organismo. A. Antonucci, Diritto delle banche, cit. p. 341.

⁷⁷ Originariamente la denominazione dell'istituto era semplicemente Ombudsman bancario, tuttavia, considerazioni di natura pratica (poiché il termine ombudsman è ostico alla stragrande maggioranza dei cittadini anche se dotati di un medio bagaglio culturale); e considerazioni teoriche (l'ombudsman bancario non è assimilabile al difensore civico) hanno suggerito di rimeditare. Si è così provveduto ad aggiungere alla classica e internazionalmente conosciuta definizione di "ombudsman" quella, più vicina all'esperienza italiana, di "giuri". S. Delle Monache, Arbitro Bancario Finanziario, cit., p. 167.

evidenziati, era estesa a qualunque tipologia di controversia bancaria e finanziaria senza esclusioni di sorta.

Con la circolare ABI n. 41 del 16.11.1998 il Regolamento è stato adeguato ai principi comunitari di cui alla Raccomandazione della Commissione Europea 98/257/CE attraverso: l'introduzione dell'obbligo di motivazione delle decisioni; e la previsione di più rigidi requisiti di indipendenza dei componenti del collegio introducendo, tra l'altro, il divieto di nominare soggetti che nel triennio precedente abbiano svolto attività di lavoro subordinato o autonomo avente caratteristica di collaborazione coordinata e continuativa presso l'ABI e/o presso associati alla stessa.

Successivamente, l'Accordo interbancario è stato ulteriormente rinnovato con la circolare ABI n. 40 del 15.11.2001 che: (i) ha ampliato il novero dei possibili aderenti al sistema, estendendolo agli intermediari mobiliari e finanziari partecipati da banche o appartenenti a gruppi bancari; (ii) ha innalzato il limite della competenza per valore sino ad Euro 100.000,00; (iii) ha introdotto termini entro cui il cliente può ricorrere all'Ufficio Reclami (due anni dall'operazione contestata) e all'Ombudsman (un anno decorrente dalla mancata risposta, dal rigetto o dalla mancata esecuzione della decisione dell'ufficio reclami); (iv) ha disposto che l'Ombudsman predisponga mensilmente un rapporto statistico mensile sull'attività svolta, nonché una relazione al termine di ogni anno⁷⁸.

Infine, in questo stesso periodo si colloca l'ammissione dell'Ombudsman alla rete FIN-NET⁷⁹, nonché l'istituzione con la

⁷⁸ F. Raffaele, L'Arbitro Bancario Finanziario, 2011, consultabile al sito www.consumatoridiritto mercati.it, p. 106.

⁷⁹ In materia di sistemi di risoluzione stragiudiziale per le controversie transfrontaliere, devono essere segnalate due ulteriori iniziative della Commissione europea, volte a creare reti di cooperazione internazionale tra i vari ADR: FIN-Net e ECC-Net (quest'ultima, tuttavia, senza uno specifico riferimento al settore bancario e finanziario, è una rete europea volta ad agevolare il consumatore nell'identificazione del competente ADR nelle controversie transfrontaliere). Nei diversi stati Fin-Net è una rete di collaborazione tra ADR nazionali in materia di servizi bancari, finanziari e assicurativi che comprende l'intero spazio della UE, oltre a Islanda, Liechtenstein e Norvegia. In particolare, ciascun ADR aderente fornisce assistenza per la risoluzione di controversie transfrontaliere. Fin-Net trae origine da un'iniziativa della Commissione del 2001 e trova il suo testo fondamentale in un *Memorandum of Understanding*, ai cui principi ciascun ADR nazionale si conforma. E' progetto specificamente rivolto alla soluzione delle controversie tra un operatore economico e un consumatore risparmiatore nell'ambito dei mercati finanziari. F. Maimeri, *sub. art. 128-bis*, T.U.B., commentario, cit., p. 1150; F. Raffaele, L'Arbitro Bancario Finanziario, cit., p. 110.

circolare ABI n. 18 del 17.6.2002 di una Sezione Speciale dell'Ombudsman competente in materia di bonifici transfrontalieri, per effetto del recepimento della Direttiva 97/5/CE ad opera del d.lgs. 28 luglio 2000 n. 253⁸⁰.

Importanti innovazioni alla struttura e al funzionamento dell'Ombudsman sono intervenute con l'attuazione dei principi delle norme poste dal d.lgs. 5/2003 (emanato nell'ambito della riforma societaria).

Il d.lgs. 5/2003, con gli artt. 38-40, stabilisce una disciplina specifica per la conciliazione stragiudiziale di controversie tra banche o banche e associazioni di consumatori davanti ad organismi di conciliazione⁸¹.

Sulla scorta della soprarichiamata normativa, l'ABI, ha deliberato d'istituire un organismo autonomo rispetto all'ABI stesso sul modello di quello delineato dal d.m. 222/2004, immaginato come un'evoluzione dell'Ombudsman-Giurì Bancario. Al nuovo organismo denominato "Conciliatore BancarioFinanziario", da un lato, è stato attribuito il compito di indicare e nominare dei conciliatori (ora mediatori) aventi determinate caratteristiche di professionalità e indipendenza, dall'altro lato, sono state trasferite le funzioni amministrative sino allora esercitate dall'ABI nei confronti del preesistente Ombudsman bancario, lasciando peraltro a tale sistema la propria autonomia operativa.

⁸⁰ Diffuso con circolare ABI 18/2002, che sostanzialmente ricalca le disposizioni della direttiva 1995/5/CE, il cui art. 8 dispone che *"a fronte dell'esecuzione delle operazioni di bonifico transfrontaliero gli enti, anche per il tramite delle associazioni di categoria, assicurano adeguate ed efficaci procedure di reclamo per la soluzione di controversie tra l'ordinante o il beneficiario e gli enti medesimi spetta al Ministro dell'economia determinare, su proposta della Banca d'Italia i criteri di svolgimento delle procedure di reclamo e di composizione dell'organo decidente i reclami, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati"*.

⁸¹ Precisamente con l'art. 38 si stabilisce che sia gli enti pubblici, sia gli enti privati in grado di offrire garanzie di serietà ed efficienza (in primo luogo le Camere di Commercio), sono abilitati a costituire organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione delle controversie, organismi che per poter operare devono iscriversi in un apposito registro tenuto dal Ministero della Giustizia. Con l'art. 39 si stabiliscono agevolazioni fiscali applicabili ai procedimenti di conciliazione, mentre all'art. 40 si stabiliscono una serie di novità su aspetti procedurali (riservatezza procedimento, imparzialità del conciliatore, etc.), sugli effetti della domanda di conciliazione (interruzione prescrizione, impedimento decadenza) e sugli effetti del verbale di conciliazione (omologazione con decreto del presidente del Tribunale ed efficacia titolo esecutivo). A questa disciplina ha fatto seguito il d.m. 222/2004, con il quale il Ministro della Giustizia ha dettato un regolamento in merito ai criteri e alle modalità di iscrizione e alla tenuta del registro degli organismi di conciliazione. F. Maimeri, *sub. art. 128-bis*, T.U.B., commentario, cit., p. 1144 e S. Delle Monache, Arbitro bancario Finanziario, cit., p. 151.

In pratica gli aderenti all'accordo sono divenuti associati del nuovo organismo attraverso il quale offrono alla propria clientela due strumenti alternativi di risoluzione delle controversie: quello dell'Ombudsman, preordinato al conseguimento di una decisione, vincolante per la banca, in grado di risolvere la controversia, salvo il diritto del cliente di adire l'autorità giudiziaria, e quello della mediazione, come forma di ausilio nel trovare una soluzione di compromesso alla questione, che deve essere accettata da entrambe le parti⁸².

Una volta intervenuta l'iscrizione del Conciliatore BancarioFinanziario nel registro degli organismi di conciliazione tenuto dal Ministero della Giustizia, la nuova struttura conciliativa creata dal sistema bancario ha iniziato a operare e, in questo quadro ha provveduto a dettare un nuovo Regolamento sul funzionamento degli Uffici Reclami delle banche e degli intermediari finanziari aderenti, nonché dell'Ombudsman bancario⁸³. Tra le modifiche più importanti intervenute si segnala: (i) la nomina del Presidente del Collegio da parte del Presidente del Consiglio di Stato (e non più da parte del Governatore della Banca d'Italia); (ii) l'introduzione della figura del Vice Presidente incaricato di sostituire il presidente in caso di assenza o impedimento di quest'ultimo e garantendo così anche in queste eventualità all'Ombudsman di poter operare; (iii) l'introduzione della figura del Coordinatore incaricato di gestire l'attività della Segreteria Tecnica dell'Ombudsman; (iv) l'innalzamento della competenza per valore sino ad Euro 100.000,00⁸⁴.

Tale evoluzione normativa segna il passaggio da un sistema in cui la gestione alternativa delle controversie era lasciata ad iniziative di autoregolamentazione degli intermediari, ad un assetto connotato da un'impronta più marcatamente pubblicistica.

⁸² Il Conciliatore BancarioFinanziario articola la propria operatività in tre settori: la conciliazione, l'arbitrato e un servizio di Ombudsman. Mentre la conciliazione e l'arbitrato si estendono, allo stato, sia al settore bancario e finanziario, sia a quello dei servizi di investimento, l'Ombudsman-Giurì Bancario, come si spiegherà tra poco, a seguito dell'istituzione dell'ABF, ha limitato la propria competenza al settore dei servizi di investimento.

⁸³ Con lettera circolare del 26.6.2007 e con lettera circolare del 21.7.2008.

⁸⁴ Consultabile al sito www.conciliatorebancariofinanziario.it.

Ma ancora, con tale passaggio ha fatto ingresso per la prima volta in ambito bancario una procedura che tenta di risolvere la questione mediante un accordo tra le parti.

In questa ritrovata ideologia, viene in considerazione la delega conferita al governo con la legge 262/2005, per l'adozione di un decreto legislativo volto ad istituire nuove procedure di conciliazione ed arbitrato. Da qui la nascita della Camera di conciliazione e arbitrato della Consob, istituita con il d.lgs. 179/2007, a cui possono rivolgersi i clienti non professionali e gli intermediari a seguito della violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei contratti di intermediazione finanziaria⁸⁵.

E, la nascita con l'art. 29 della legge sul risparmio (262/2005) dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), introdotto dal nuovo articolo 128-*bis* T.U.B. (poi modificato dal d.lgs 2006/303 e, in ultimo dal d.lgs 141/2010), in base al quale le banche e gli intermediari bancari e finanziari devono aderire ad un sistema alternativo di risoluzione dei conflitti gestito dalla Banca d'Italia⁸⁶.

⁸⁵ L'art. 2, comma 1, d.lgs. 8.10.2007, n. 179 prevede testualmente che "E' istituita una Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob per l'amministrazione, in conformità al presente decreto, dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori?"

L'art. 8, comma 1, d.lgs. 8.10.2007, n. 179 prevede testualmente che "E' istituito il Fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori di cui all'articolo 27, comma 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262, di seguito denominato: Fondo, destinato all'indennizzo, nei limiti delle disponibilità del Fondo medesimo, dei danni patrimoniali causati dalla violazione, accertata con sentenza passata in giudicato, o con lodo arbitrale non più impugnabile, delle norme che disciplinano le attività di cui alla parte II del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58".

⁸⁶ L'adesione all'ABF è indicata come una condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria, una condizione la cui assenza è sindacabile dalla Banca d'Italia nell'ambito della sua azione di controllo. Tant'è che in caso di mancata adesione si applicherà anche la sanzione amministrativa prevista dall'art. 144, comma 4, T.U.B.

Più che di adesione obbligatoria molti autori sogliono parlare di onere. Così F. Raffaele, L'Arbitro Bancario Finanziario, cit., p. 108: L'obbligo di adesione è unilaterale, ossia a carico soltanto della parte "professionale" del rapporto, pur tuttavia pare corretto qualificarlo tecnicamente come "onere" piuttosto che come "obbligo". Per un verso, infatti, la previsione di cui al comma 1 dell'art. 128-*bis* rappresenta, come specificato nella disciplina attuativa, una condizione di ammissibilità per lo svolgimento dell'attività di intermediazione creditizia, il cui rispetto integra la schiera dei requisiti che l'intermediario deve possedere per ottenere o mantenere dalla Banca d'Italia l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. Per l'altro verso, la norma non sancisce l'"obbligatorietà" dello strumento ADR, nel senso di alternatività (o preclusione) rispetto alla tutela giurisdizionale ordinaria. Nello stesso senso F. Maimeri, che evidenzia come l'adesione "ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, compiuta in adempimento di un onere, costituisce, da parte dell'intermediario, una manifestazione di

Il neo costituito Arbitro Bancario Finanziario è competente a conoscere ogni controversia riguardante operazioni e servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento, con esclusione di quelli non assoggettati al titolo VI del T.U.B. (di competenza dell'art. 23, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), il cui oggetto non superi i 100.000 euro e, la cui domanda di adizione non provenga dalla banca, in quanto priva della legittimazione attiva⁸⁷.

L'avvio dei lavori dell'ABF (15 ottobre 2009), ha significativamente ridotto l'ambito di applicazione oggettivo dell'Ombudsman - Giurì Bancario, limitandolo alle sole controversie che non possono essere decise dall'ABF, ossia a quelle concernenti i servizi e le attività di investimento e le altre tipologie di operazioni non assoggettati al titolo VI del T.U.B. (servizi e attività d'investimento, collocamento di prodotti finanziari, nonché operazioni e servizi che siano componenti di prodotti finanziari aventi finalità di investimento, quali, ad esempio, obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati, pronti contro termine)⁸⁸.

La competenza dell'Ombudsman - Giurì Bancario riveste quindi oggi un carattere meramente residuale e tale circostanza, unitamente alla scarsa conoscenza dell'istituto, inciderà sempre più sull'effettivo utilizzo dello stesso da parte dei fruitori di servizi bancari e finanziari, tanto più considerando che le controversie suscettibili di essere trattate esclusivamente dall'Ombudsman - Giurì Bancario rientrano nell'ambito di applicazione delle procedure di conciliazione e arbitrato amministrato dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob (che, ad oggi, non è ancora stato utilizzato ed è già in fase di revisione).

La nascita dell'ABF possiamo affermare ha segnato un punto di svolta in tema di ADR, infatti oltre all'obbligatoria adesione ad un sistema ADR per tutti gli intermediari del sistema, si è disciplinato

consenso". Nel caso dell'ABF il consenso espresso dall'intermediario con l'atto di adesione non reca la medesima natura di quello posto a base degli altri strumenti alternativi, poiché ad esse non consegue, neppure indirettamente, l'effetto di comporre la controversia. Lo evidenzia anche S. Delle Monache: "All'obbligo – ma non manca chi lo considera un onere – degli intermediari fa da contrappunto il diritto dei loro clienti ad accedere al sistema dell'ABF", in *Arbitro Bancario Finanziario*, cit., p. 2.

⁸⁷ D. Rossano, *Mediazione Camera di Conciliazione Arbitro Bancario Finanziario*, Editoriale Scientifica, 2012., p. 120.

⁸⁸ B. De Carolis, *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, 2011, consultabile al sito www.bancaditalia.it.

tramite legge l'intero sistema della risoluzione alternative delle controversie e, si è affidata la gestione e il ruolo di organizzatore della soluzione delle controversie alle autorità di controllo (Banca d'Italia e Consob), in particolare, ad oggi, la Banca d'Italia organizza il sistema ADR per risolvere le controversie fra intermediari e clientela, valutando, altresì, gli esiti dei ricorsi a cominciare dall'irrogazione delle specifiche sanzioni previste dall'art. 128-*bis* T.U.B⁸⁹.

Infine, è da segnalare che la materia degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie ha, di recente, formato oggetto di intervento da parte del legislatore alla luce della normativa comunitaria. Il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 nonostante la pronuncia di incostituzionalità con Sentenza n. 272/2012⁹⁰) è stato richiamato dal decreto del fare (n. 69/2013), convertito in legge 98/2013. Ad oggi, a norma dell'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs 28/2010, si ha l'obbligo per chi

⁸⁹ G. Boccuzzi I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata, Quaderni di ricerca giuridica, 2010 n. 68, consultabile al sito www.bancaditalia.it.

⁹⁰ CONSULTABILE PER INTERO AL SITO WWW.CORTECOSTITUZIONALE.IT; PER UN COMMENTO ALLA SENTENZA SI RIMANDA A M. MORICONI, COMMENTO ALLA SENTENZA N. 272/2012 DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN PUNTO MEDIAZIONE OBBLIGATORIA, 2012, CONSULTABILE AL SITO WWW.MONDOADR.COM E G. AUTORINO, MEDIAZIONE E CONCILIAZIONE, NELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI, MAGGIOLI 2013, P. 131. SECONDO I CITATI AUTORI, LA CORTE HA ESAMINATO ED ACCOLTO LA SOLA QUESTIONE RITENUTA PREGIUDIZIALE, RELATIVA AL DIFETTO DI DELEGA DA PARTE DEL PARLAMENTO AL GOVERNO, RELATIVA ALL'OBBLIGATORietà DEL TENTATIVO DI MEDIAZIONE IN DETERMINE MATERIE, CON RIFERIMENTO AGLI ARTT. 76 E 77 COST, RITENENDO ASSORBITE LE ALTRE QUESTIONI. IN PRATICA PER QUANTO RIGUARDA IL MERITO DELLA DECISIONE LA CORTE HA RITENUTO CHE NÉ GLI ATTI RICHIAMATI DALL'UNIONE EUROPEA, NÉ LA LEGGE DELEGA 69/2009, ALL'ART. 60, RITENESSERO DI CONSIDERARE INCLUSO TRA I PRINCIPI CONTEMPLATI L'OBBLIGATORietà DELLA MEDIAZIONE FINALIZZATA ALLA CONCILIAZIONE. PUR CONSIDERANDO LA MEDIAZIONE COME STRUMENTO DEFLATTIVO DELLE CONTROVERSIE NON SI PUÒ DESUMERE L'OBBLIGATORietà IN NESSUNA DISPOSIZIONE O ATTO E, FACENDO LARGO USO DELLA DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ LA CORTE HA FATTO VENIR MENO MOLTE DISPOSIZIONI DEL D.LGS 28/2010 DIVERSE ED ULTERIORI RISPETTO ALL'ART. 5, COMMA 1. NELLO STESSO SENSO PRECEDENTI SENTENZE DELLA STESSA CORTE COSTITUZIONALE NN. 276/2000 E 317/2010.

LA CORTE HA ANCHE AFFERMATO CHE OVE IL LEGISLATORE, CON LEGGE ORDINARIA, VOLESSE ULTERIORMENTE INTERVENIRE CON PROFILI DI OBBLIGATORietà SULLA MEDIAZIONE CIÒ NON SAREBBE IN CONTRASTO CON LA DISCIPLINA EUROPEA. DIFATTI CON IL DECRETO DEL FARE, CONVERTITO IN LEGGE 9 AGOSTO 2013 N. 98, IL LEGISLATORE HA RIPRISTINATO LA MEDIAZIONE COME CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ DELLA DOMANDA GIUDIZIALE NELLE MATERIE ELENcate DALL'ART. 5, COMMA 1, D.LGS 28/2010, RIPORTANDO IN TAL MODO IN VIGORE LE DISPOSIZIONI RITENUTE INCOSTITUZIONALI CON LA SENTENZA IN COMMENTO.

intende agire in giudizio relativamente a controversie concernenti, tra l'altro, i contratti bancari, finanziari e assicurativi, di esperire preliminarmente 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.

Tali procedimenti sono esperibili in alternativa alla mediazione disciplinata dal decreto legislativo 28/2010, come riformato dalla legge 98/2013⁹¹. E il motivo per cui il legislatore preveda per la materia bancaria un procedimento speciale di mediazione è di natura cronologica, difatti come si è avuto modo di evidenziare la normativa sulla mediazione bancaria è stata emanata prima di quella sulla mediazione in generale. Il legislatore del 2010 ha preferito non cancellare tale regolamentazione speciale, permettendo che conviva con il procedimento di tipo generale, poiché il vantaggio principale della mediazione bancaria è il livello di specializzazione dell'organo decidente⁹².

5) Trasparenza dei prodotti bancari e Ombudsman

⁹¹ Per una visione integrale al nuovo testo riformato si rimanda al sito www.altalex.com. In questa sede si segnalano, in sintesi, le novità più importanti: è stato inserito un criterio di competenza territoriale per la presentazione della domanda; la procedura di mediazione può proseguire solo a seguito del consenso delle parti, raccolto in un incontro preliminare gratuito, il quale costituisce la condizione di procedibilità per le materie indicate, da svolgersi entro 30 giorni dal deposito dell'istanza a costi massimi molto contenuti; le controversie Rc auto sono state escluse, mentre sono state incluse le materie relative al risarcimento danni derivante da responsabilità sanitaria; il giudice può ordinare e non solo invitare la parti di procedere alla mediazione; la durata massima dell'intera procedura è stata ridotta a 3 mesi; gli avvocati sono mediatori di diritto, hanno l'obbligo di aggiornamento professionale e assistono le parti durante l'intera procedura di mediazione; c'è una nuova disciplina in tema di efficacia esecutiva dell'accordo di mediazione; il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5 (condizione di procedibilità, ordine del giudice e clausola contrattuale), non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio.

⁹² V. Sangiovanni, *La mediazione obbligatoria in materia di contratti bancari*, 2012, consultabile al sito www.judicium.it, p. 3; L. Orlando, *La mediazione nelle controversie societarie, bancarie, finanziarie*, 2011, consultabile al sito www.mondoadr.it; E. Capobianco, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, 2011, consultabile al sito www.judicium.it, p. 5.

In base all'art. 1 del Regolamento 2009, modificato nel 2013, l'attività dell'Ombudsman è volta a dirimere le controversie aventi ad oggetto i servizi e le attività di investimento e le altre tipologie di operazioni non assoggettate - ai sensi dell'art. 23, comma 4, T.U.F. - al titolo VI del T.U.B. e quindi escluse dal sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie, disciplinato dall'art. 128-*bis* del medesimo T.U.B.⁹³.

Più precisamente all'Ombudsman possono rivolgersi i clienti degli intermediari aderenti, ma tale adesione non è requisito per il legittimo esercizio dell'attività di intermediazione, poiché come si è avuto di evidenziare, si tratta di un'adesione ad un sistema di ADR riferibile al Conciliatore Bancario, quale mero ente associativo⁹⁴.

Tutto ciò è funzionale alla tipologia di decisione assunta dall'Ombudsman in quanto diversa dall'accordo conciliativo (per il quale la presenza degli esponenti delle categorie litiganti diverrebbe necessaria) e diversa dall'arbitrato, poiché tale decisione è vincolante solo per la banca.

L'Ombudsman, difatti, non propone alcun accordo, ma decide sul ricorso del cliente (accogliendolo o rigettandolo) e la sua decisione non vincola mai lo stesso cliente, ma solo l'intermediario che, in caso d'inadempimento, è soggetto a sanzioni di carattere reputazionale: in tal

⁹³ Una sovrapposizione di competenze si potrebbe verificare con le procedure amministrative dalla Camera di Conciliazione e di Arbitrato istituita presso la Consob, ma in questo caso, trattandosi di procedure arbitrali e conciliative, soccorrono le disposizioni dell'art. 8, comma 2 e dell'art. 15 del Regolamento. Secondo l'art. 8, comma 2, del Regolamento si stabilisce che, una volta istaurato il procedimento avanti all'Ombudsman, l'eventuale successivo avvio di un procedimento giudiziario, arbitrale o conciliativo per dirimere la medesima controversia determina l'improcedibilità del ricorso e la conseguente dichiarazione di archiviazione da parte del collegio; mentre l'art. 15 del Regolamento, prevede che, dal lato del cliente, il preventivo ricorso all'Ufficio Reclami o all'Ombudsman Bancario non determina alcun effetto preclusivo per una successiva ed eventuale istanza all'Autorità Giudiziaria o ad un organismo conciliativo o, ancora, ove previsto ad un arbitro. Non trova dunque applicazione la regola "*electa un via non datur recursus ad alteram*". Al contrario, dal lato della banca, il procedimento davanti all'Ombudsman si configura come obbligatorio (nel senso che la banca non può rifiutarsi di prendervi parte) e la decisione (di fatto) vincolante dato che il mancato inadempimento comporta l'applicazione di sanzioni di carattere reputazionale che la banca ha tutto l'interesse ad evitare. F. Maimeri, Sub art. 128-*bis* T.U.B., commentario, cit., p. 1140; S. Delle Monache, Arbitro Bancario Finanziario, cit., p. 149.

⁹⁴ L'adesione al sistema di ADR può essere correttamente inquadrata nella categoria del consenso dell'avente diritto, così S. Delle Monache, Arbitro Bancario Finanziario, cit., p. 168.

modo appare chiaro che la rilevanza delle decisioni del Collegio si svolge interamente sul piano del diritto privato⁹⁵.

L'attuale disciplina dell'Ombudsman prevista dal Regolamento, tuttavia, non chiarisce qual sia il valore della decisione dell'Ombudsman nell'ambito di un successivo procedimento giudiziale o arbitrale promosso dal cliente insoddisfatto o dalla banca soccombente. La questione può forse essere risolta rilevando che la decisione dell'Ombudsman non può mai condizionare in alcun modo il giudice o l'arbitro eventualmente chiamato a decidere sulla medesima questione (la decisione dell'Ombudsman, non è idonea al giudicato), pertanto alla stessa si potrà al più riconoscere il valore di argomento di prova liberamente valutabile dal giudice o dall'arbitro. In ogni caso, la parte soccombente avrà l'onere di dimostrare l'erroneità del ragionamento posto alla base della decisione dell'Ombudsman, onde evitare il rischio che il giudice o l'arbitro possano a loro volta fare proprio questo stesso ragionamento e ripeterlo nella sentenza o nel lodo.

La decisione dell'Ombudsman, anche se priva di natura giuridica, opera in questa sede in veste di garante della regolarità dell'attività bancaria e la composizione del collegio⁹⁶ è stata ritenuta la più funzionale, dotata di quella tecnicità richiesta per i contratti finanziari e

⁹⁵ Le conseguenze per la banca per l'omessa esecuzione della decisione attengono a responsabilità per violazione degli obblighi assunti dalla stessa nei confronti dell'ABI e quindi ai rapporti contrattuali ed associativi intrapresi con quest'ultima. A. Buonfrate e C. G. Orlandi, *Le leggi commentate, Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Utet, 2009, p. 571.

⁹⁶ Il collegio è oggi costituito da un presidente nominato dal Presidente del Consiglio di Stato, e da quattro componenti designati:

- uno dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti (CNCU) di cui all'articolo 136 del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, ovvero da tre associazioni di categoria scelte dal CNCU stesso fra quelle iscritte nell'elenco di cui all'articolo 137 del medesimo decreto legislativo (tale possibilità esisteva già nel regolamento, come modificato da circolare ABI 28.9.2005 n. 16 ma è rimasta inutilizzata fino al 2010);
- uno da almeno tre delle seguenti associazioni rappresentative delle altre categorie di clienti: Confindustria (Confederazione Generale dell'Industria Italiana), Confcommercio (Confederazione Generale Italiana del Commercio, del Turismo e dei Servizi), Confagricoltura (Confederazione Generale dell'Agricoltura Italiana), Confartigianato (Confederazione Generale Italiana dell'Artigianato);
- uno dall'Associazione Bancaria Italiana, scelto tra gli iscritti all'Ordine degli avvocati;
- uno dall'Associazione Bancaria Italiana, scelto tra gli iscritti all'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili.

priva di ogni rappresentanza di interessi di parte, che in altri strumenti di risoluzione delle controversie troppo spesso viene sottovalutata⁹⁷.

6) *Trasparenza dei prodotti bancari e Conciliatore Bancario Finanziario*

La normativa soprarichiamata (d.lgs. 28/2010) prevede l'obbligatorietà della mediazione per tutti i contratti bancari. Le ragioni che hanno spinto il legislatore italiano a creare un procedimento obbligatorio di mediazione in tale ambito, vanno circoscritte da un lato, nel fatto che la materia è oggetto di frequente contenzioso. Così facendo l'auspicio è quello di deflazionare la giustizia statale di un significativo numero di controversie. Dall'altro lato le materie individuate dal legislatore riguardano per lo più contratti di durata in cui il rapporto fra le parti è destinato a durare anche in presenza di una controversia: di qui l'esigenza ancora più forte di giungere a una veloce soluzione della stessa.

La mediazione presso il Conciliatore Bancario Finanziario è disciplinata dal Decreto Legislativo n. 28/2010 e dal proprio Regolamento, depositato presso il Ministero della giustizia⁹⁸. Il Conciliatore Bancario Finanziario è un "Organismo di Mediazione" specializzato nelle controversie in materia bancaria, finanziaria e societaria, che si avvale di propri mediatori presenti in molte Regioni.

Il termine mediazione deriva dal termine *mediation*, ed è usato maggiormente in ambito internazionale più che domestico. Nella legislazione italiana si usava il termine conciliazione per designare la soluzione di una lite di natura civile o commerciale, mentre il termine mediazione era usato per le controversie di natura scolastica, sociale, familiare e penale. Il d.lgs 28/2010 ha attuato una specificazione dei due termini stabilendo all'art. 1 che, per mediazione si intende: "*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*",

⁹⁷ F. Maimeri, *sub. art 128-bis T.U.B.*, commentario, cit., p. 1142; S. Delle Monache, *Arbitro Bancario Finanziario*, cit., p. 167; E. Capobianco, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, cit., p. 8.

⁹⁸ Consultabile al sito www.conciliatorebancariofinanziario.it.

mentre per conciliazione si intende: “*la composizione di una controversia a seguito del procedimento di mediazione*”.

Con riferimento al procedimento di conciliazione molti dubbi sono rimasti dopo la “risuscitazione” della mediazione obbligatoria per mezzo del decreto del fare⁹⁹, e molti studiosi della materia tendono

⁹⁹ Alcuni accorgimenti normativi si sono resi necessari affinché il tentativo di mediazione potesse sopravvivere al verdetto della Corte Costituzionale e non si ponesse in conflitto con l’art. 24 Cost.

Tra questi accorgimenti, anzitutto, va ricordata la quasi equiparazione, in punto di effetti sostanziali, tra domanda di mediazione e domanda giudiziale. L’art. 5, comma 6, del d. lgs. n. 28/2010 recita: “*dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta (...)*”.

Quanto alla prescrizione, la domanda di mediazione ha sul diritto gli stessi effetti di cui all’art. 2493, commi 1 e 2 c.c. e all’art. 2945 c.c. (i noti effetti interruttivi e sospensivi).

Quanto alla decadenza dalla possibilità di proporre l’azione a tutela del diritto, invece, è previsto, in deroga alle regole generali (di cui all’art. 2964 c.c.), che la decadenza sia impedita una sola volta. Se la conciliazione fallisce, ha cura di specificare l’ultimo periodo dell’art. 5, comma 6, l’azione dovrà essere proposta entro il termine originario di decadenza che decorrerà dal deposito del verbale negativo di conciliazione presso la segreteria (ai sensi dell’art. 11 del d. lgs. n. 28/2010).

Con riferimento alla domanda di mediazione questa è sancito che deve avere forma scritta - deve, cioè, essere incorporata in un’istanza soggetta a deposito, ex art. 4, comma 1, d. lgs. cit. - ma non v’è rigidità nella sua redazione. Il legislatore ha ritenuto opportuno enucleare il solo contenuto minimo dell’atto introduttivo, che dovrà *indicare l’organismo, le parti, l’oggetto e le ragioni della pretesa* (art. 4, comma 2).

In merito alla comunicazione l’art. 8, comma 1, secondo periodo, recita: “*All’atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell’organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all’altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante*”. Il legislatore ha, così, realizzato una scissione temporale tra il “tempo della domanda” da considerare ai fini dell’individuazione del mediatore competente (nel caso di più domande che interessano la stessa controversia), che si sostanzia nel deposito dell’istanza; ed il “tempo della domanda” cui è collegata la produzione degli effetti regolati dall’art. 5, comma 6 appena visto, individuato invece nella comunicazione della domanda.

Con riferimento all’organismo territorialmente competente, il legislatore dimostra un cambio di rotta: il vecchio art. 4 non prevedeva alcun criterio per l’individuazione del mediatore competente, mentre, il nuovo art. 4, comma 1, viene riformulato prescrivendo che l’istanza di mediazione debba essere depositata “*presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia* e che, in caso di più domande relative alla stessa controversia, *la mediazione si svolge davanti all’organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda*”.

Anche se la competenza territoriale del mediatore è liberamente derogabile mediante accordo delle parti. D. Rossano, *Mediazione Camera di conciliazione Arbitro Bancario Finanziario*, cit., pp. 63-82; V. Sangiovanni, *La mediazione obbligatoria in materia di contratti bancari*, cit., p. 10; G. Alpa, *Mediazione e conciliazione. Un sistema disciplina di difficile praticabilità*, *Rivista Bancaria*, 2012, pp.150-153.

sempre più ad ovviare con i propri scritti alle lacune normative, anche se attese le peculiarità che connotano il tentativo di conciliazione in ambito bancario, non è rinvenibile quell'identità di ratio che consente all'interprete di servirsi del meccanismo di interpretazione analogica¹⁰⁰.

Ulteriori problematiche connesse alla nuova disciplina sulla mediazione riguardano la c.d. (in)competenza del mediatore.

La nuova disciplina si è preoccupata solo di nominare mediatori tutti gli avvocati iscritti all'albo (art. 16, al nuovo comma 4-*bis*¹⁰¹), ma non ha prestato particolare attenzione alle specifiche qualità e competenze che dovrebbero essere richiesti per ricoprire il ruolo di mediatore.

Ed invero, il d.m. 180/2010 chiarisce solo che i mediatori devono possedere un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale o, in alternativa, essere iscritti a un ordine o collegio professionale e aver superato un corso di formazione di almeno 50 ore tenuto da uno degli enti – iscritti nell'elenco tenuto dal Ministero della Giustizia – abilitati a svolgere l'attività di formazione dei mediatori. Ai mediatori viene inoltre chiesto un successivo impegno di

¹⁰⁰ Ad es. con riguardo al rapporto tra mediazione obbligatoria e procedimento cautelare *ante causam*, perché alla proposizione della domanda di mediazione, non è stato concesso alcun effetto sospensivo del termine perentorio per l'instaurazione del giudizio di merito previsto dai commi 1 o 2 dell'art. 669 *octies* c.p.c. Nella sentenza del Trib. Brindisi, ord. 9 gennaio 2012, il giudice estensore ha aggirato l'ostacolo della mediazione sostenendo che, essendo il procedimento cautelare *ante causam* nei casi di necessaria instaurazione del giudizio un procedimento unitario di natura bifasica, l'inizio del procedimento andava individuato nella data del deposito del ricorso per ottenere tutela cautelare, data anteriore a quella di entrata in vigore dell'apparato normativo sulla mediazione obbligatoria. Pertanto, in base ad una "semplice" applicazione del principio del *tempus regit actus*, il Tribunale ha stabilito che le disposizioni del d. lgs. n. 28/2010 non dovessero applicarsi al caso di specie. Per un approfondimento si rimanda a Trevisan, La mediazione obbligatoria e i provvedimenti cautelari conservativi *ante causam*: il giudice di merito si confronta con le prime questioni applicative, consultabile al sito www.judicium.it, 2013 e G. Fanelli, "Interferenze" ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. «decreto del fare» e la legge n. 98/2013, 2014, consultabile al sito www.judicium.it.

¹⁰¹ "Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori. Gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 55-bis del codice deontologico forense. Dall'attuazione della presente disposizione non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

aggiornamento formativo di durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali e lo svolgimento di 20 tirocini biennali¹⁰².

Ciò significa che tutti coloro che superano un corso secondo gli attuali *standard* dovrebbero essere in grado - a prescindere dalla professione svolta abitualmente - di dirimere la questione in atto in base alle tecniche di negoziazione apprese.

Da questa nuova configurazione nasce, inoltre, il timore che l'assistenza legale - smettendo di essere mera garanzia e diventando anche obbligo, seppur per la sola mediazione obbligatoria¹⁰³ - possa contribuire a trasformare la domanda di mediazione in un atto solamente prodromico alla futura instaurazione del giudizio¹⁰⁴.

Con riferimento specifico alla trasparenza bancaria si pone, il consentaneo problema di una mancata competenza "professionale" sulla materia del contendere da parte del mediatore, ovvero se a fronte di un evidenziato, elevatissimo, livello di tecnicismo giuridico corrisponda un'effettiva competenza professionale sulla materia. Sicché la preparazione del mediatore che lo qualifichi ampiamente competente nelle materie giuridico/economico/tecniche dovrebbe necessariamente essere affiancata, a prescindere dall'espletamento della sua attività di mediatore, dalle capacità che lo rendono autorevole terzo neutrale, pena la non legittimazione soprattutto dalla difesa delle parti che, se in

¹⁰² Sono previsti anche requisiti di onorabilità non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa; non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza; non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento.

¹⁰³ Accanto alla mediazione obbligatoria il decreto legislativo 28/2010 prevede anche la mediazione facoltativa. Ovvero quella procedura che si attiva quando le parti coinvolte in una causa pendente davanti al Tribunale da diversi anni, decidono, anche congiuntamente, di partecipare ad un incontro di mediazione per tentare di addivenire ad una composizione amichevole della stessa, ovvero sia il giudice ad invitare le parti ad avviare la mediazione, anche nell'ipotesi che in cui il primo tentativo svolto al fine di integrare la condizione di procedibilità abbia avuto esito negativo (c.d. mediazione delegata). Appare chiara l'intenzione del legislatore che si "sforza" di imporre la natura di *extrema ratio* della giurisdizione statale, sia in presenza di un processo pendente che in assenza dello stesso. E. Bocchini, *Mediazione ABF - camera di conciliazione Consob nelle controversie bancarie finanziarie*, Maggioli, 2011, p. 34.

¹⁰⁴ D. Rossano, *Mediazione Camera di Conciliazione Arbitro Bancario Finanziario*, cit., p. 74.

disaccordo con l'utilizzazione dello strumento, tenteranno di mitigare la valenza in nome della supposta maggior competenza specifica¹⁰⁵.

A ciò si aggiunga che il verbale di accordo dovrà essere sottoposto ad omologazione da parte del giudice (nel caso in cui le parti non siano tutte assistite da un avvocato), appare quindi chiaro che chi non possieda sufficiente esperienza e adeguata conoscenza tecnica possa avallare accordi che siano contrari alla legge stessa. Da qui il pericolo che a seguito della mancata omologazione dell'accordo, il procedimento di mediazione si risolva in una perdita di tempo, con l'ulteriore rischio che le parti possano agire in giudizio per far accertare un'eventuale responsabilità sia del mediatore e, dell'ente che lo ha scelto¹⁰⁶.

In pratica la stessa immagine commerciale della mediazione rimarrebbe frustrata se iniziasse a dilagare la convinzione che i mediatori non sanno ciò che fanno e partoriscono accordi invalidi¹⁰⁷.

Si rammenta infine una doppia possibilità. La prima è prevista dall'art. 8, comma 4, del decreto cit., ovvero la possibilità del mediatore di avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali, nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche. Anche se tale ricorso pone il rischio che con ogni provabilità il mediatore non riuscirà a chiudere il procedimento nel termine di tre mesi previsto. La seconda possibilità, molto spesso sottovalutata, è prevista dal Codice Etico, allegato al Regolamento dell'Organismo che all'art. 2, rubricato "competenza", stabilisce per il mediatore di accettare la nomina conferitagli solo quando si ritenga qualificato per affrontare le materie oggetto della controversia per la quale è stato designato. Con ciò facendo della propria coscienza e del proprio bagaglio culturale, la propria arma principe per assurgere il ruolo di vero semplificatore della questione.

¹⁰⁵ A. Buti, Decreto Legislativo 28/2010: mediatore (in)competente?, 2010, consultabile al sito www.judicum.it.

¹⁰⁶ Il mediatore la cui obbligazione deve essere ascritta a quella di mezzi e non di risultato, risponde nei confronti delle parti *ex art.* 1218 c.c. per contatto sociale e, risponde nei confronti dell'organismo presso il quale svolge la propria attività professionale per responsabilità contrattuale in caso di inadempimento della prestazione, dovuta a dolo o colpa grave, mentre risponde a titolo extracontrattuale solo nelle ipotesi di dolo. L'organismo di mediazione risponde per *culpa in eligendo*, per non aver segnalato un mediatore competente.

¹⁰⁷ D. Rossano, L'ABF e la "mediazione obbligatoria". Problematicità di un coordinamento disciplinare, Banca e borsa e titoli di credito, 2013, p. 225.

7) *Trasparenza dei prodotti bancari e ABF*

L'Arbitro Bancario Finanziario previsto dalla normativa del T.U.B. rivolta alla "trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti" (titolo VI, art. 115 T.U.B.), si pone come uno strumento di trasparenza con la funzione specifica, prevista dall'art. 128-*bis* T.U.B., di risolvere stragiudizialmente le controversie con la clientela¹⁰⁸.

Le linee fondamentali dell'istituto sono tracciate dall'art. 128-*bis* del T.U.B., anche se la disciplina di dettaglio è di carattere sub-legislativo ed è tracciata dalle disposizioni di carattere amministrativo emanate dal CICR nella deliberazione n. 275 del 29 luglio 2008 e, nelle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia in data 18 giugno 2009, a cui si affianca la normativa in tema di trasparenza e correttezza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari contenuta nel provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009¹⁰⁹.

La delibera di attuazione del CICR citata, contiene la disciplina dei sistemi stragiudiziali delineandone il campo di applicazione, la struttura e

¹⁰⁸ I soggetti di cui all'art. 115 T.U.B. (banche ed intermediari finanziari che svolgono la propria attività nel territorio della Repubblica italiana e ai quali si applica la disciplina della pubblicità e della trasparenza bancaria) aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie rimettendo al CICR, su proposta della Banca d'Italia, la determinazione dei criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Il tutto senza pregiudizio per la possibilità di ricorso da parte del cliente in qualunque momento a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento.

Le disposizioni dettate da Banca d'Italia precisano che la sfera soggettiva di applicazione dell'ABF si estende anche: a banche ed intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 T.U.B., ai confidi iscritti nell'elenco di cui all'art. 112 T.U.B., agli istituti di moneta elettronica, agli istituti di pagamento, a Poste Italiane S.p.A. in relazione all'attività bancoposta da essa svolta. Inoltre l'art. 27-*bis*, comma 1-*quinquies*, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, convertito con modificazioni dalla L. 18 maggio 2012 n. 62, ha introdotto la possibilità per i prefetti di segnalare all'ABF comportamenti della banca ritenuti illegittimi o illeciti relativamente a operazioni di finanziamento che implicino valutazioni del merito creditizio del cliente. F. Maimeri, *sub* art. 128-*bis* T.U.B., commentario, cit., p. 1146.

Per "cliente" si deve intendere "il soggetto che ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente a oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento, ma non i soggetti che svolgono in via professionale attività nei settori bancario, finanziario, assicurativo, previdenziale e dei servizi di pagamento". B. De Carolis, L'Arbitro Bancario Finanziario come strumento di tutela della trasparenza, cit.

¹⁰⁹ E. Capobianco, Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario, cit., p. 2.

le regole procedurali, demandando invece alla Banca d'Italia i compiti di nomina dei membri dell'organo decidente, di svolgimento di attività di supporto tecnico ed organizzativo, nonché l'emanazione delle disposizioni applicative.

L'articolazione territoriale del collegio è prevista in tre sedi: Milano, Roma e Napoli, ogni collegio ha una segreteria tecnica gestita dalle sedi locali della Banca d'Italia, la quale organizza la pratica per la decisione dell'organismo. A questi organi qualora il collegio competente per la trattazione del ricorso, ritiene che ricorrano questioni di particolare importanza o rileva che la questione sottoposta al suo esame abbia dato luogo o possa dare luogo a orientamenti non uniformi tra i singoli Collegi, dispone che il ricorso sia esaminato e deciso da una particolare composizione dell'ABF, denominata Collegio di coordinamento¹¹⁰.

Ogni organo decidente si compone di cinque membri¹¹¹, tutti nominati dalla Banca d'Italia: il presidente e due membri sono scelti dalla Banca d'Italia; un membro è designato dagli intermediari¹¹²; e un membro è designato dalle associazioni rappresentative dei clienti¹¹³.

¹¹⁰ Il Collegio di coordinamento è costituito 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. I membri designati dalle associazioni e i relativi supplenti sono annualmente estratti a sorte dalla Banca d'Italia nell'ambito dei componenti dei singoli Collegi. L'elenco dei componenti il Collegio di coordinamento e dei relativi supplenti è pubblicato sul sito web dell'ABF. Le funzioni di presidente del Collegio di coordinamento sono svolte dal più anziano tra i presidenti dei singoli Collegi. L'attività di segreteria tecnica per il Collegio di coordinamento è affidata alla segreteria del collegio competente sul ricorso o, nel caso di contestuale presentazione di una pluralità di ricorsi, alla segreteria individuata dalla Struttura centrale di coordinamento. Disposizioni della Banca d'Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari - testo vigente aggiornato al provvedimento del 13.11.2012, par. III.

¹¹¹ I componenti del Collegio rimangono in carica per tre anni, (a parte il presidente che rimane in carica 5 anni) e sono rinnovabili una sola volta.

¹¹² La designazione è rimessa ad organismi associativi che presentino requisiti di ampia diffusione territoriale e di adeguata rappresentatività degli intermediari. La Banca d'Italia procede al riconoscimento degli organismi associativi che possono partecipare alla designazione del componente espresso dagli intermediari su istanza degli organismi stessi, verificando la sussistenza dei predetti requisiti. Disposizioni della Banca d'Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari - testo vigente aggiornato al provvedimento del 13.11.2012, par. III, cit. Nello specifico è effettuata dal Conciliatore BancarioFinanziario, al quale la Banca d'Italia ha riconosciuto il ruolo di "associazione rappresentativa degli intermediari".

¹¹³ La designazione del componente espresso dalle associazioni rappresentative dei clienti è effettuata:

Queste ultime nomine sono estremamente importanti in quanto i membri sono scelti di volta in volta in funzione della tipologia dell'intermediario interessato, dell'oggetto della controversia o, della categoria di appartenenza del cliente che ha avanzato il ricorso.

Accanto ai cinque membri effettivi del collegio, sono nominati con le medesime modalità sopraindicate anche uno o più componenti supplenti che sostituiscano i primi in caso di loro assenza, impedimento o astensione, nonché quando tale sostituzione si rendesse necessaria per assicurare la funzionalità dell'attività del collegio in ragione del flusso dei ricorsi e dei carichi di lavoro dei membri effettivi.

I componenti, sono scelti tra docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti da almeno dodici anni ad albi professionali nelle medesime materie (es. avvocati o dottori commercialisti), magistrati in quiescenza o altri soggetti in possesso di una significativa e comprovata competenza in materia bancaria, finanziaria o di tutela dei consumatori. E' previsto che i componenti del collegio che versino in situazioni di conflitto d'interessi rispetto alle parti o alle questioni oggetto della controversia (ad esempio, per aver occasionalmente prestato la propria collaborazione professionale a favore di una delle parti della controversia), devono darne immediatamente notizia alla segreteria tecnica, ai fini della convocazione dei rispettivi supplenti; nel caso la situazione di conflitto di interessi emerga solo nel corso della riunione, la trattazione del ricorso viene rinviata¹¹⁴.

-
- per i consumatori, dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti (CNCU) di cui all'articolo 136 del Codice del Consumo;
 - per le altre categorie di clienti, da associazioni di categoria che raccolgono, anche attraverso accordi con altre associazioni di categoria, un significativo numero di clienti distribuiti sull'intero territorio nazionale e che hanno svolto attività continuativa nei tre anni precedenti.

Disposizioni della Banca d'Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari - testo vigente aggiornato al provvedimento del 13.11.2012, par. III, cit.

¹¹⁴ Non possono essere nominati componenti dell'organo decidente coloro i quali:

— siano stati condannati per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa, dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari e di strumenti di pagamento, ovvero per i reati di riciclaggio e di usura;

— abbiano riportato condanne definitive per altri delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione;

Questa struttura estremamente competente riecheggia, secondo molti autorevoli autori, il modello previsto per la Sezione dell'Ombudsman competente per le controversie derivanti dall'esecuzione dei bonifici transfrontalieri¹¹⁵.

Quanto all'oggetto della controversie assoggettabili l'ambito di applicazione dell'ABF racchiude le controversie riguardanti operazioni e servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento¹¹⁶, escludendo (come già evidenziato) le controversie relative che ai sensi dell'art. 23, comma 4, del T.U.F., non sono soggette all'applicazione del titolo VI del T.U.B. Tale esclusione trova giustificazione nel fatto che si tratta di operazioni e contratti che non rientrano nell'ambito di applicazione del titolo VI del T.U.B. di cui l'art. 128-*bis* fa parte e, perché con riguardo ai servizi di investimento e gestione collettiva del risparmio è prevista la procedura di conciliazione e arbitrato amministrata dalla Camera di Conciliazione e di Arbitrato presso la Consob¹¹⁷.

— abbiano riportato condanne a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi;

— siano incorsi nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici;

— siano stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza.

Non possono essere nominati componenti coloro che, nel biennio precedente, abbiano ricoperto cariche sociali o svolto attività di lavoro subordinato ovvero di lavoro autonomo avente carattere di collaborazione coordinata e continuativa presso gli intermediari o le loro associazioni o presso le associazioni dei consumatori o delle altre categorie di clienti. Non possono essere nominati componenti coloro che ricoprono cariche politiche. Disposizioni della Banca d'Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari - testo vigente aggiornato al provvedimento del 13.11.2012, App. III, par. II e III.

¹¹⁵ F. Maimeri, *sub*. art. 128-*bis* T.U.B., commentario, cit., p. 1147; S. Delle Monache in Arbitro Bancario Finanziario, cit, p. 153. Secondo F. Raffaele, anche il procedimento davanti l'arbitro riecheggia quello davanti l'Ombudsman, in L'Arbitro Bancario Finanziario, cit., p. 111.

¹¹⁶ Come introdotto dal comma 3-*bis* dello stesso art. 128-*bis* T.U.B., in attuazione della direttiva 2007/64/CE.

¹¹⁷ Nel caso di prodotti composti, soggetti in parte alla disciplina del titolo VI del T.U.B. ed in parte a quella del T.U.F. si fa riferimento ad una serie di criteri interpretativi consultabili dalle Disposizioni sulla trasparenza emanate dalla Banca d'Italia, nelle quali si individua una linea di confine sulla base delle "finalità" che caratterizzano il prodotto. In particolare, è stabilito che: "*in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante non sia di investimento le disposizioni sulla trasparenza bancaria e finanziaria si applicano: all'intero prodotto se questo ha finalità, esclusive o preponderanti, riconducibili a quelle di servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U.B. (ad esempio, finalità di finanziamento, di gestione della liquidità, ecc); alle sole componenti riconducibili a servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U.B. negli altri casi*". Quindi laddove non sussista una "finalità esclusiva o preponderante", si potrebbero determinare ipotesi di competenza "parziale" dell'ABF, limitata cioè soltanto alle sole parti riferibili a

Dunque l'oggetto della controversia può consistere in accertamento di diritti, obblighi e facoltà indipendentemente dal valore del rapporto cui si riferiscono; o nella corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, a condizione che l'importo richiesto non sia superiore ad Euro 100.000,00. Non possono essere proposti ricorsi aventi ad oggetto: (i) risarcimento danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione posta in essere dall'intermediario (si tratta di una previsione superflua dal momento che ripropone i contenuti dell'art. 1223 c.c., richiamato dalla responsabilità extracontrattuale dall'art. 2056 c.c., in quanto l'ABF è tenuto a prendere la sua decisione applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia¹¹⁸); (ii) 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; (iii) domande del cliente che abbiano un fine esplorativo o dirette a provocare un accordo¹¹⁹. In ogni caso, non possono essere sottoposte all'ABF controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2007¹²⁰.

La decisione del collegio dell'ABF, composto da soggetti di comprovata esperienza e professionalità, anche se non è di per sé idonea a produrre effetti giuridici vincolanti in capo alle parti e non è suscettibile di essere portata in esecuzione, al contrario dell'accordo di conciliazione, riceve un'ottemperanza univoca da parte delle banche, in quanto la sua decisione nei confronti del solo intermediario è legata ad un sistema sanzionatorio di carattere reputazionale, che trova applicazione in caso d'inadempimento a quanto statuito nella decisione.

In questa situazione sembra condivisibile sostenere che la decisione dell'ABF costituisce una sorta di parere *pro veritate*, essendo l'Organo decidente sostanzialmente investito dalla Banca d'Italia

“servizi e operazioni” rientranti nella disciplina del Titolo VI del T.U.B. Provvedimento Banca d'Italia 2009, Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni con gli intermediari e clienti. Sez. I, par. 1.1. Nello stesso senso ABF, collegio di Milano, decisione n. 975 del 10 maggio 2011, e ABF, collegio di Roma, decisione n. 530 del 28 gennaio 2013.

¹¹⁸ S. Delle Monache, Arbitro Bancario Finanziario, cit., p. 150.

¹¹⁹ ABF, collegio di Roma, decisione n. 2156 del 14 ottobre 2011 e ABF, collegio di Milano, decisione n. 2710 dell'1 agosto 2012.

¹²⁰ F. Maimeri, *sub. art. 128-bis T.U.B.*, commentario, cit., p. 1149.

dell'incarico di esprimere una valutazione sulla controversia in atto fra l'intermediario e il cliente¹²¹.

Si può affermare che le relazioni dell'ABF coprono l'intero diritto bancario, con portata fortemente innovativa rispetto alla giustizia di merito, e in certi casi le sue decisioni assumano valenza prognostica sull'esito finale della lite.

La regola per cui la decisione deve essere assunta secondo diritto esclude il possibile ricorso all'equità nella decisione sulla pretesa fatta valere dal cliente bancario, la decisione va presa secondo diritto, deve essere motivata e si basa solo sulla documentazione raccolta¹²².

¹²¹ In nessun caso può essere assimilato ad un procedimento giurisdizionale in quanto la decisione emessa dal Collegio dell'ABF è priva dei requisiti di definitività e vincolatività propri di una sentenza e di un lodo arbitrale considerato che, da un lato, con comunicato del 26 ottobre 2010 la Banca d'Italia ha affermato che "le decisioni dell'ABF non incidono sulle situazioni giuridiche delle parti" e, dall'altro, la Corte Costituzionale con l'ordinanza del 22 luglio 2011, n. 218 ha negato il potere dell'ABF di sollevare questioni di legittimità costituzionale, sull'assunto che l'ABF non ha natura giurisdizionale e non emette decisioni che hanno l'idoneità al giudicato ex art. 2909 c.c. D. Rossano, *Mediazione Camera di Conciliazione Arbitro Bancario Finanziario*, cit., p. 129.

¹²² In una corretta ottica di inserimento del procedimento dinanzi all'ABF nell'ambito del complessivo disegno del d.lg. n. 28 del 2010 il ricorso a detto organismo si pone come condizione di procedibilità della domanda. Il ricorso all'ABF deve essere preceduto da un reclamo all'intermediario e può essere proposto solo trascorsi trenta giorni dalla ricezione del reclamo senza che questo abbia avuto esito, oppure in caso di esito insoddisfacente per il cliente. Altra condizione di procedibilità è il versamento del contributo di € 20,00 per le spese della procedura (se il ricorso viene accolto il cliente otterrà il rimborso di quanto versato). Il ricorso può essere presentato purché non siano trascorsi dodici mesi dal reclamo. Entro trenta giorni dalla comunicazione del ricorso all'intermediario questi può trasmettere le proprie controdeduzioni. Il collegio si pronuncia entro sessanta giorni, ma il termine può essere sospeso per ragioni in senso lato "istruttorie" (par. 1-4 delib. Banca d'Italia). Trattasi, quindi, di un procedimento ragionevolmente destinato a superare il termine di quattro mesi di cui all'art. 6, comma 1, d.lg. n. 28 del 2010, sebbene non sia escluso che possa risolversi entro detto termine. In quest'ottica possiamo leggere la norma che rende esperibile un ricorso all'ABF senza il preventivo reclamo all'intermediario, per quelle controversie in cui il giudice abbia rilevato il mancato esperimento della condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs 28/2010.

E' un procedimento esclusivamente documentale che non tollera prove testimoniale o richieste di CTU, pena l'inammissibilità del ricorso stesso. ABF, collegio di Milano, decisione n. 448 del 15 febbraio 2012; ABF, collegio di Roma, decisione n. 3979 del 23 novembre 2012.

Possono, invece, trovare applicazione nella procedura le presunzioni ed il fatto notorio (art. 2727 e ss. c.c.), il principio di non contestazione (art. 115 c.p.c.) e la confessione (art. 2733 e ss. c.c.). E. Capobianco, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario e Finanziario*, cit., p. 7.

Il diritto del cliente di ricorrere all'ABF non può formare oggetto di rinuncia, pena la nullità dell'eventuale dichiarazione di rinuncia formulata dal cliente stesso. Gli intermediari, anche a motivo del regime di mediazione obbligatoria introdotta dall'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 hanno inserito nei contratti con la clientela clausole che individuano in anticipo un organismo conciliativo al quale sottoporre le eventuali controversie. Tuttavia, la

Quanto evidenziato permette di considerare le decisioni dell'ABF alla stregua di principi e raccomandazioni che devono essere applicati e seguiti nell'ambito dei rapporti bancari e finanziari al fine di ripristinare le relazioni di fiducia tra i ricorrenti e gli intermediari, svolgendo al contempo una vera e propria funzione "interpretativa" e "innovativa" della normativa.

In tale ottica assumono rilevanza gli interventi dell'ABF per portata innovativa in relazione alla normativa della trasparenza bancaria che attengono alla:

- materia delle comunicazioni alla clientela e dello *ius variandi*. Le decisioni dell'ABF sul punto sono state nel corso del 2013 pari a 1383, a riprova di un atteggiamento contrariato della clientela ad una modifica unilaterale del contratto, ex art. 118 T.U.B., anche in presenza di giustificato motivo. Entrando nel merito dello *ius variandi* si segnalano le decisioni del collegio del Nord, 13 febbraio 2013 n. 849, secondo cui *“deve considerarsi illegittimo il comportamento della banca che comunichi con scarsa tempestività al cliente la propria decisione di non concedere il credito. Sotto questo profilo la banca tiene un comportamento poco corretto alle esigenze del cliente in ordine alla programmazione dei propri affari, così violando il dovere di buona fede oggettiva”*. E la decisione, 12 febbraio 2013, n. 828, secondo cui: *“se non è stata prevista specificatamente per iscritto la clausola contrattuale che dà alla banca il potere di modifica unilaterale del contratto, tale potere non sussiste”*. In tema di comunicazioni bancarie alla Centrale Rischi si segnala la decisione del collegio di Milano, 20 marzo 2013 n. 1527, secondo cui: *“è sicuramente scorretta la prassi di procedere a segnalazioni automatiche in Centrale Rischi non appena si verifici uno sconfinamento”*. Nello stesso senso ABF, collegio di Napoli, decisione n. 345 del 21 gennaio 2014, secondo cui: *“il mancato avviso preventivo al soggetto finanziato della segnalazione in centrale rischi, vizia la successiva segnalazione che pertanto deve essere immediatamente cancellata”*.
- materia dei servizi di pagamento. Si segnalano tre decisioni importanti in materia di responsabilità delle parti nel caso di

sottoscrizione di questa tipologia di clausole da parte della clientela non determina la perdita del diritto di ricorrere all'ABF che, come detto, è irrinunciabile. Disposizioni della Banca d'Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari - testo vigente aggiornato al provvedimento del 13.11.2012, cit.

disconoscimento di pagamenti effettuati *on line* mediante l'uso di strumenti elettronici di pagamento¹²³. In base alle quali, qualora le operazioni contestate risalgono ad un periodo successivo all'entrata in vigore del D. Lgs. 27 gennaio 2010 n. 11 (1° marzo 2010) di recepimento della Direttiva c.d. PSD sui servizi di pagamento, il collegio da un lato, deve valutare l'adeguatezza del sistema di protezione adottato dall'intermediario, quale espressione della diligenza professionale dallo stesso esigibile ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., e dall'altro deve valutare l'adempimento degli obblighi di custodia dello strumento di pagamento, imposti dalla legge e dal contratto intercorso con il prestatore del servizio, tenendo presente che in base a tale indirizzo nel caso di specie è applicabile una franchigia di Euro 150,00. In proposito le decisioni citate parlano spesso di *status* della banca, con ciò riferendosi a un livello di comportamento che si lega all'appartenenza di un soggetto ad una categoria professionale vigilata, in definitiva ci si trova in una zona non molto lontana da quanto l'ordinamento esige per le attività pericolose ex art. 2050 c.c. Sul punto la decisione del Collegio di Roma, n. 1111, del 15 ottobre 2010, ha rilevato come la *ratio* ispiratrice della normativa PDS si condensi nel *“far gravare i rischi statisticamente prevedibili legati ad attività oggettivamente pericolose sull'impresa in quanto quest'ultima è in grado, attraverso la determinazione dei prezzi, di ribaltare sulla massa dei consumatori e degli utenti il costo dell'assicurazione di detti rischi”*.

- materia dei tassi usurari. Si segnala, a riguardo, un triplice ordine di decisioni fortemente innovative rispetto alla giustizia di merito:
 - o sul computo o mancato computo della CSM. In base alla decisione del collegio di Milano, 21 gennaio 2013, n. 433, la commissione di massimo scoperto deve essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, essendo rilevante ai fini della determinazione del tasso usurario tutti gli oneri che il cliente sopporta in

¹²³ ABF, collegio di Milano, decisione n. 321 del 16 gennaio 2013; ABF, collegi di Napoli, decisione n. 3457 del 24 ottobre 2012; ABF, collegio di Roma, decisione n. 1305 del 12

relazione all'utilizzo del credito e ciò indipendentemente dalle Istruzioni della Banca d'Italia, nelle quali si prevede che la commissione di massimo scoperto non debba essere valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale, traducendosi questa interpretazione in un aggiramento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. La determinazione della soglia dell'usura soggiace alle metodiche di rilevazione fissate dai decreti ministeriali recettivi delle rilevazioni trimestrali della Banca d'Italia e ciò fino a quando la rilevazione del tasso effettivo globale medio non seguirà le nuove disposizioni onnicomprensive di cui al secondo comma dell'articolo 2-*bis* della legge 28 gennaio 2009, n. 2. Da ciò consegue che il dovere di conformarsi, nel calcolo dei tassi, al criterio c.d. "*all inclusive*" di cui alla legge 7 marzo 1996, n. 108, è operante esclusivamente per il periodo successivo alla adozione del regolamento di cui al citato articolo 2-*bis*.

- sull'usura sopravvenuta. In base alla legge 108/1996, l'usura va valutata con riferimento al tasso soglia vigente al momento in cui gli interessi sono convenuti o promessi. Trattandosi di legge interpretativa, si ritiene che essa si applichi anche ai contratti conclusi prima del 1996, il cui tasso convenzionale, molto alto, sarebbe pertanto fisso nel tempo, non potendosi più dichiarare la nullità sopravvenuta. Tuttavia, la Cassazione con due sentenze del 2013 nn. 350 e 892, ha riaperto la questione con riferimento a due contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge predetta, considerando usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque pattuiti a qualunque titolo e quindi anche a titolo di interessi moratori. La Suprema Corte, nelle citate sentenze ha escluso la possibilità di applicare in modo retroattivo la

legge 108/1996, ed ha affermato, quindi, la validità delle originarie clausole contrattuali relative agli oneri economici convenuti tra le parti, escludendo, la possibilità di procedere con l'automatica sostituzione del tasso originariamente determinato tra le parti con il tasso legale. Ad avviso della Suprema Corte, *“trattandosi di rapporti non esauriti al momento dell'entrata in vigore della L. 108”* occorre piuttosto procedere, ai sensi degli articoli 1419, 2 comma, c.c. e 1339 c.c. attraverso *“l'inserzione automatica di clausole, in relazione ai diversi periodi, dai tassi soglia”*. Per questo motivo sul punto è stato più volte chiamato a pronunciarsi l'ABF¹²⁴, che con la decisione del collegio di Coordinamento, 10 gennaio 2014, n. 77, ha finalmente chiarito che il problema della sproporzione tra tasso convenzionale e tasso soglia era mal posto, perché si pretendeva, con la nullità, di risolverlo in chiave sanzionatoria, mentre esso andava risolto con gli strumenti posti a tutela dell'equilibrio contrattuale, per il caso di sopravvenienze. La decisione richiamata facendo salva la validità del contratto nel rispetto dei tassi vigenti all'epoca della stipula ha ritenuto contrario a buona fede il comportamento dell'intermediario nel rifiutarsi di portare il livello dei tassi concordati al di sotto della soglia di usurarietà, in un contesto in cui i tassi erano prossimi alla soglia del tempo e senza che sia percepibile un incremento del rischio individuale. *“Il ricorso al principio di buona fede appare il rimedio più congruo al fine di trasferire all'interno di una*

¹²⁴ Ad esempio, ABF, Collegio di Roma, decisione n. 620 del 29 febbraio 2012: *“L'applicazione di interessi superiori alla soglia di usura, dopo l'entrata in vigore della legge n. 108/1996, evidenzia altresì un comportamento contrario a buona fede, sicché anche sotto questo profilo si impone una rideterminazione degli stessi entro i limiti della soglia di usura”*. E, [ABF, Collegio di Roma del 9 agosto 2013](#): *“Il superamento del tasso soglia, che sia sopravvenuto a seguito dell'entrata in vigore di modifiche regolamentari della Banca d'Italia (nella specie, relative alle spese di assicurazione), se non determina la configurazione del reato di usura, né comporta la nullità della relativa clausola contrattuale ai sensi dell'art. 1815 comma 2 c.c., non può tuttavia comportare l'applicazione dei tassi contrattuali, perché ciò si porrebbe in contrasto con lo spirito della legge n. 108/1996 e pure perché configurerebbe un comportamento contrario a buona fede oggettiva. Si impone pertanto una rideterminazione degli interessi, ai sensi dell'art. 1339 c.c., entro i limiti della soglia di usura”*.

rapporto di durata poliennale i vantaggi economici derivanti da una discesa dei tassi di mercato senza alterare in modo eccessivo l'equilibrio contrattuale, ma armonizzandolo con la funzione equilibratrice propria di un sistema giuridico logicamente orientato”.

- sul conteggio del tasso moratorio alla verifica del tasso soglia¹²⁵.

Si può quindi affermare che gli orientamenti emergenti dalle decisioni adottate dagli organi decidenti dell'ABF per la risoluzione dei conflitti in tale sede, qualora trovassero conferma anche in sede giurisdizionale, potrebbero indurre il sistema bancario a correggere alcune prassi al fine di ridurre l'insorgenza di conflitti, gestendo le situazioni preconfittuali in modo tale da conservare buoni rapporti contrattuali con la clientela.

In tale ambito, richiamando quanto già esposto, può ritenersi che alcune scelte adottate dalla normativa di settore (la sottoposizione della decisione a regole di diritto, l'autorevolezza dei componenti dei collegi decidenti e la diffusione delle decisioni e degli orientamenti tramite web), costituiscano le migliori condizioni possibili affinché si realizzino sia la maggiore credibilità alla procedura alternativa, sia gli effetti deflattivi.

8) Conclusioni

Come si è visto, lo sviluppo dei sistemi di ADR contribuisce alla realizzazione delle finalità di trasparenza, in quanto: promuovono comportamenti corretti e trasparenti riducendo, nel breve termine, i rischi operativi, legali e reputazionali degli intermediari; favoriscono un rapporto corretto e trasparente con i clienti assicurando, nel lungo periodo, la stabilità degli intermediari e del sistema; arricchiscono il patrimonio informativo a disposizione delle autorità di settore e permettono di orientarne meglio l'azione in termini di tempestiva identificazione di situazioni di criticità e di adozione dei conseguenti interventi correttivi.

¹²⁵ Sul punto ancora l'ABF non si è pronunciata in maniera definitiva, infatti il collegio di Roma con decisione del 17 gennaio 2014, ha rimesso la valutazione innanzi al Collegio di coordinamento: *“La questione dell'eventuale ricomprensione degli interessi moratori nel calcolo del carico economico ai fini del riscontro di usurarietà del negozio si manifesta di particolare rilevanza, sì che il suo esame va senz'altro rimesso alla valutazione del Collegio di Coordinamento”.*

Tuttavia i metodi alternativi di risoluzione delle controversie non possono essere considerati unicamente destinati a deflazionare una congestionata macchina della giustizia statale, poiché vale anche l'assunto contrario: proprio un'organizzazione statale efficiente e rapida della giurisdizione garantisce la miglior resa ai sistemi alternativi. Qualsiasi impostazione abbia un determinato sistema, dunque, non può prescindere da un'organizzazione basata tanto sulla giurisdizione che sui metodi alternativi, collegati da un rapporto di integrazione reciproca.

Alla luce dell'analisi posta in essere nel paragrafo che precede, appare evidente che l'ABF rappresenta un *unicum* nel panorama delle procedure di ADR. E' una procedura indipendente dal processo, che prescinde dall'impulso o da atti di selezione del giudice, che non prevede alcuna interlocuzione con gli organi giurisdizionali (o funzionari delegati), che è retta dal principio di trasparenza e che non prevede sanzioni aventi una efficacia endoprocessuale a carico della parte non collaborativa.

Invero, ad oggi, il coordinamento tra la disciplina della mediazione obbligatoria e l'ABF presenta, tratti di difficile praticabilità, in quanto si tratta di sistemi differenti per struttura, effetti ed applicazione¹²⁶. In estrema sintesi le maggiori peculiarità sono: (i) il verbale di conciliazione può essere omologato dall'autorità giudiziaria e per tale via può acquistare valore di titolo esecutivo, mentre la decisione dell'ABF è destinata a rimanere sempre priva di esecutività, così a fronte dell'eventuale inadempimento dell'intermediario il cliente è sprovvisto di mezzi di reazione diretti e immediati, potendo contare unicamente sulla *moral suasion* esercitata dalla sanzione reputazione che può essere irrogata all'intermediario dalla Banca d'Italia; (ii) il procedimento avanti all'ABF termina con la pronuncia di una vera e propria "decisione" attraverso cui il Collegio stabilisce "chi ha torto e chi ha ragione". Il procedimento di conciliazione, in caso di esito positivo, si conclude invece con la sottoscrizione di un verbale di conciliazione della controversia, nel quale le parti danno atto di aver raggiunto o meno un accordo grazie all'opera di mediazione svolta dal "conciliatore"; (iii) la decisione dell'ABF non può mai andare al di là dell'oggetto della domanda dell'istante, in

¹²⁶Visto che l'ABF aveva ridotto il campo di attività dell'Ombudsman-Giuri Bancario così si ci aspettava che la mediazione obbligatoria avrebbe eliminato il recente ABF. Invece il legislatore richiamando lo strumento dell'ABF come alternativa ha reso equivalenti due procedure estremamente diverse. Così F. Maimeri, *sub* art. 128-*bis* T.U.B., commentario cit., p. 1145.

ossequio al principio processuale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e spesso non rispetta il termine di tre mesi previsto dalla disciplina. Nell'ambito delle procedure di conciliazione, invece, l'accordo può essere rinvenuto anche facendo riferimento a diritti e situazione giuridiche ulteriori e diverse da quelle indicate nell'istanza che ha dato avvio al procedimento e, nell'90% dei casi si conclude nel rispetto dei termini prescritto.

La singolarità dell'istituto in parola è giustificata, dalla settorialità del relativo campo di applicazione, infatti il ricorso al giudizio dell'ABF in confronto a quello della mediazione è preferibile per quanto riguarda la competenza dei componenti dei singoli collegi decidenti, poiché la legge sulla mediazione appare maggiormente rivolta ad accertare la serietà e l'efficienza dei soggetti abilitati, a fronte di un maggior esame connesso ai requisiti di professionalità e competenza. Tuttavia con riguardo all'ABF occorre segnalare che appaiono fondate le critiche, di autorevoli autori, sulla mancata indipendenza dei componenti del collegio e sul ruolo svolto dalla segreteria tecnica.

A motivo di quanto precede possiamo evidenziare con riguardo, alla prima critica, che benché tre dei cinque membri sono scelti e nominati dalla Banca d'Italia, non possiamo certo valutare il loro operato in base alla veste formale del provvedimento con cui gli stessi vengono investiti dell'ufficio, altrimenti arriveremmo al paradosso che anche i magistrati non sono autonomi dal potere esecutivo, perché sono nominati con decreto del Ministro della Giustizia¹²⁷.

In merito al ruolo svolto dalla segreteria tecnica la cui funzione appare commistionata con i poteri di vigilanza che fanno capo alla Banca d'Italia, appare logico dubitare dell'imparzialità e indipendenza dell'ABF stesso, quanto meno con riferimento al fatto che tali canoni sono espressamente richiamati dalla normativa sulla mediazione obbligatoria e di cui i mediatori non difettano. Tuttavia possiamo evidenziare che, nonostante, l'inserimento dell'ABF all'interno delle ADR come mero contributo a raggiungere quante più adesioni possibili a livello di tutela nel settore bancario e il rinvio al potere regolamentare delle autorità creditizie doveva servire solo come certificazione dell'operatività e dell'affidabilità dell'istituto. Le potenzialità dell'ABF si sono rilevate,

¹²⁷ La frase è addebitabile a C. Consolo – M. Stella, Il funzionamento dell'ABF, in Banca borsa e titoli di credito, 2010.

immediatamente, in termini di supporto all'attività di vigilanza tant'è che, inquadrando di fatto l'ABF all'interno della propria struttura amministrativa, la Banca d'Italia ha finito per destinarne le attività a scopi diversi da quelle direttamente ricollegabili alla finalità di giustizia, rivelando l'intento di correlarne la funzione decisoria anche a scopi di vigilanza¹²⁸. Difatti nei casi in cui il Collegio, all'esito del procedimento attivato dal cliente, rileva l'inadempimento dell'intermediario, la decisione dell'ABF ed il comportamento dell'intermediario sono sottoposti al vaglio della Banca d'Italia.

Infine, un'ultima considerazione, il ricorso all'ABF potrebbe generare una funzione preventiva ed ulteriore avente l'effetto di invertire la logica di genesi del sistema: allo scopo primario dell'istituto (ovvero quello di risolvere le controversie in modo alternativo rispetto alla giurisdizione), si affiancherebbe quello di regolare i rapporti contrattuali tra le parti nella fase precedente alla nascita delle controversie (ovvero nelle situazioni preconfittuali). Ad oggi, sussistono pochi dubbi, sul fatto che l'ABF abbia ad oggetto materie specifiche (quella bancaria e quella finanziaria) con un elevato livello di tecnicismo, e ancor meno dubbi possono nutrirsi sulle peculiari qualità delle parti, soprattutto con riferimento agli intermediari non a caso obbligati per legge ad aderire all'istituto in questione.

Appare, infatti, chiaro che quanto più è specifico il settore in cui la procedura di ADR è chiamata ad operare (e quanto più sono peculiari le qualità delle parti coinvolte), tanto più sono necessari meccanismi di funzionamento statisticamente meno frequenti rispetto alle procedure alternative generalistiche, quelle cioè applicabili a materie molto diverse tra loro e che prescindono dalla qualità delle parti.

Può allora ritenersi legittima l'aspettativa che l'ABF possa realizzare concretamente i propri scopi, ispirando di conseguenza la genesi di istituti analoghi in altre discipline di settore.

¹²⁸ La frase è tratta da F. Raffaele, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, cit., p. 113. Dello stesso tenore ideologico F. Maimeri, *sub art. 128-bis T.U.B.*, commentario, cit., p.1145.

BIBLIOGRAFIA

- Antonucci A., *Diritto delle Banche*, Giuffrè, 2009.
- Arrow K. J., *Existence of an equilibrium for a competitive economy*, *Econometrica*, 22, 1954.
- Autorino G., *Mediazione e Conciliazione, nelle controversie civili e commerciali*, Maggioli, 2013.
- Alpa G., *La trasparenza dei contratti bancari*, Cacucci, 2003.
- Alpa G., *Mediazione e conciliazione. Un sistema disciplinare di difficile praticabilità*, *Rivista Bancaria*, 2012.
- Bocchini E., *Mediazione ABF – Camera di conciliazione Consob nelle controversie bancarie finanziarie*, Maggioli, 2011.
- Bocuzzi G., *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un’analisi comparata*, *Quaderni di ricerca giuridica*, n. 68, www.bancaditalia.it, 2010.
- Buonfrate A. e Orlandi C. G., *Le leggi commentate, Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Utet, 2009.
- Buti A., *Decreto legislativo 28/2010: mediatore (in)competente?*, www.judicium.it, 2010.
- Calliano Oreste M., *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari ed assicurativi e diritti del consumatore europeo*, Giappichelli, 2013.
- Capobianco E., *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, www.judicium.it, 2011.
- Chiandotto B., *Statistica delle decisioni*, www.unifi.it, 2013.
- Cirillo Francesco M., *La giurisprudenza sul codice civile annotato con la dottrina*, libro IV, Milano, 2012.
- Corradino M., *ADR e Mediazione*, Giappichelli, 2012.
- De Carolis B., *L’Arbitro Bancario Finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, www.bancaditalia.it, 2011.
- Delle Monache S., *Arbitro Bancario Finanziario, Relazione presentata al convegno “Gli strumenti alternativi di soluzione delle controversie”*, Treviso, 2012.
- Dolmetta A., *Gli interventi normativi sul contenuto economico dei contratti bancari, Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti: oltre la trasparenza*, *Quaderni della Cassa di Risparmio di San Miniato*; n 2, Giappichelli, 2011.

Dolmetta A., *Trasparenza dei prodotti bancari, Regole*, Bologna, 2013.

Fama E., *Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work*, *Journal of Finance*, 1970.

Fanelli G., “Interferenze” ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. “decreto del fare” e la legge 98/2013, www.judicium.it, 2014.

Girino E., *L’inspiegabile riduzione della trasparenza sul rischio finanziario: realtà normativa ed equivoci europeisti*, www.dirittobancario.it, 2013.

Giovagnoli R., *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, 2013.

Guerinoni E., *I contratti del consumatore, principi e regole*, Giappichelli, 2011.

Hüther M., *Dopo la crisi. Il rinnovamento dell’economia sociale di mercato*, www.kas.de, 2010.

Labory S., *Economia dell’Informazione*, *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012.

Marshall A., *Principi di economia*, Utet, 1987.

Moriconi M., *Commento alla sentenza n. 272/2012 della Corte Costituzionale, in punto di mediazione obbligatoria*, www.mondoadr.com, 2012.

Musumeci M., *Informazione e processi di apprendimento nello sviluppo locale*, www.ueonline.it, 1999.

Nigro A., *Giurisprudenza bancaria (2009-2011), Rassegne di diritto e legislazione bancaria*, Giuffrè, 2011.

Orlando L., *La mediazione nelle controversie societarie, bancarie, finanziarie*, www.mondoadr.it, 2011.

Pennisi C., *La trasparenza della cultura giuridica*, *Sociologia e ricerca sociale*, n. 79, 2006.

Porzio M., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti: oltre la trasparenza*, *Quaderni della Cassa di Risparmio di San Miniato*; n 2, Giappichelli, 2011.

Porzio M., *Testo Unico Bancario, Commentario*, Giuffrè, 2010.

Porzio M., *Testo Unico Bancario, Commentario, addenda di aggiornamento ai d. lgs. 141/2010 e 218/2010*, Giuffrè, 2011.

Raffaele F., *L’Arbitro Bancario Finanziario*, www.consumatoridirittomercati.it, 2011.

Rossano D., L'ABF e la "mediazione obbligatoria". Problematicità di un coordinamento disciplinare, Banca e borsa e titoli di credito, 2013.

Rossano D., Mediazione Camera di Conciliazione Arbitro Bancario Finanziario, Editoriale Scientifica, 2012.

Sammartano R., Arbitrato, ADR, Conciliazione, Bologna, 2009.

Sangiovanni V., La mediazione obbligatoria in materia di contratti bancari, www.judicium.it, 2012.

Scannella E., La banca nella teoria dell'intermediazione finanziaria, Il Risparmio, Anno LVIII – n. 3, Luglio Settembre 2010, Rivista trimestrale ACRI.

Stigler G. J., The economics of information, The Journal of Political Economy, n.3, 1961.

Trevisan I., La mediazione obbligatoria e i provvedimenti cautelari conservativi ante causam: il giudice di merito si confronta con le prime questioni applicative, www.judicium.it, 2013.

Valentino D., Commentario del codice civile. Dei singoli contratti, Torino, 2011.