

ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA RECENTE DISCIPLINA NORMATIVA IN MERITO ALLA SOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE CONTRATTUALI TRA CLIENTELA ED IMPRESE BANCARIE.

G. Sturniolo

Sommario: 1. Premessa. – 2. La soluzione stragiudiziale delle controversie tra intermediari creditizi e clienti mediante la costituzione dell’ “Ufficio Reclami della clientela e dell’*Ombudsman* (o Giuri) bancario”. – 2.1 Il Conciliatore Bancario. – 2.2 L’Arbitro Bancario Finanziario: ambito applicativo. – 2.3 Lo svolgimento della procedura conciliativa innanzi all’ABF. - 3. Le novità relative alla mediazione introdotta dal D. Lgs. 28/10 e successive modifiche di cui al D. L. 69/13, convertito, con modificazioni, dalla L. 9/2013.

1.

L’esigenza della clientela bancaria - nel caso di controversie sorte con gli intermediari creditizi - di ricevere una maggiore tutela, rappresentata dalla possibilità di ricorrere a strumenti alternativi all’intervento dell’ordinaria Autorità Giudiziaria, è emersa con una certa rilevanza da quasi vent’anni, a conferma del fatto che, come sottolineato dalla stessa Banca d’Italia, “*i sistemi stragiudiziali assumono rilievo per le finalità della vigilanza e, più in generale, per l’efficienza del sistema finanziario. Meccanismi efficaci di definizione delle liti incentivano il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela; migliorano la fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi bancari e finanziari; costituiscono un utile presidio*

dei rischi legali e reputazionali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso.”¹

Sull’argomento una parte della dottrina ha peraltro evidenziato ineccepibilmente la particolare connotazione ed importanza che il sistema delle cc.dd. A.D.R. (*Alternative Dispute Resolutions*) assume proprio con riferimento alle controversie sorte in detto settore, nel quale “...*si sente la necessità di regole che si impongano su un piano oggettivo e, dunque, che siano in grado di evidenziare una specifica neutralità atta a risolvere il problema del possibile conflitto d’interessi tra intermediari e clientela. Il ricorso a sistemi risolutivi alternativi dovrà corrispondere a tale esigenza per trovare completa e condivisa affermazione.”²*

La peculiare attenzione nei confronti delle dispute sorte tra gli intermediari bancari e finanziari ed i loro clienti ha trovato ulteriore conferma nell’ultimo intervento del legislatore nell’ambito dei sistemi di soluzione stragiudiziale delle liti, con l’emanazione del D. Lgs. n. 28/10 - e successive modifiche di cui al D. L. 69/13, convertito, con modificazioni, dalla L. 9/2013³ - che ha istituito

¹ Premessa delle disposizioni della Banca d’Italia del 18/06/2009.

² PELLEGRINI M., *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in *L’ordinamento finanziario italiano*, Vol. II, 861-862, Padova, 2010.

³ L’introduzione nel nostro ordinamento dell’obbligatorietà dell’esperimento del tentativo di mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle liti sorte nell’ambito delle materie di cui all’art. 5, comma 1-bis, del D. lgs. 28/10, è stata caratterizzata da un cammino piuttosto travagliato.

Infatti, in seguito alla prima stesura di detto D. lgs., sono state sollevate alcune questioni di legittimità costituzionale dell’originario art. 5, dichiarate non manifestamente infondate dal Tar del Lazio con ordinanza del 12/04/2011, che le ha rimesse alla Corte Costituzionale.

Ed invero, la compatibilità del predetto art. 5 era stata contestata sia sotto il profilo procedurale, per eccesso di delega ex artt 76 e 77 Cost., che sotto quello sostanziale, per la mancanza di conformità al diritto di azione e di difesa garantito ex art. 24 Cost, nonché per violazione degli artt. 3 e 111 Cost.

la nuova disciplina sulla mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali, prevedendo l'obbligatorietà del suo esperimento, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, nelle liti sorte nell'ambito delle materie di cui all'art. 5, comma 1-bis (già comma 1), del predetto decreto, tra le quali rientrano, appunto, anche quelle aventi ad oggetto contratti bancari e finanziari.

Ma la novità sulla quale preme maggiormente porre l'attenzione non è tanto rappresentata dall'inclusione delle predette controversie nell'elenco delle materie per le quali il preventivo esperimento del tentativo di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale – e, quindi, in tal senso obbligatorio – quanto piuttosto dalla particolare connotazione che la suddetta condizione di procedibilità assume in dette liti.

Il legislatore, infatti, sempre all'art. 5, comma 1 - bis, ha precisato che, proprio con riferimento alle controversie aventi ad oggetto i contratti bancari, la mediazione costituisce la **condizione di procedibilità *alternativa*** alla

Senza dilungarci troppo sul punto – trattandosi di una questione ormai superata – rileva, in questa sede, dare atto che la prima di tali contestazioni (relativa, cioè, al profilo procedurale) è stata accolta dai giudici della Consulta, i quali - condividendo l'eccezione d'incompatibilità dei giudici capitolini secondo cui il contrasto con gli artt. 76-77 Cost. si sarebbe configurato in quanto nella legge delega 69/09 non era rinvenibile alcun elemento da cui desumere l'obbligatorietà del preventivo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie - con la sentenza n. 272/2012, hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, del D.Lgs. 28/10, nella parte in cui ha reso obbligatoria la mediazione in un ampio ventaglio di materie.

In seguito a questo che potremmo definire “un passo indietro” - avendo la superiore sentenza spogliato la mediazione civile e commerciale del carattere dell'obbligatorietà, prevedendola nuovamente solo come facoltativa - il nostro Governo è tornato ad affrontare la questione con il D.L. 69/13, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia (c.d. “decreto del fare”), convertito con modificazioni dalla L. 9/2013, che, al fine di incidere positivamente sui tempi della giustizia e migliorarne l'efficienza, ha reintrodotta l'obbligatorietà dell'esperimento del tentativo di mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle liti sorte nell'ambito delle materie di cui al nuovo art. 5, comma 1-bis, del D. lgs. 28/10, così come modificato, che non include più le controversie per danni da circolazione di veicoli e natanti, ma include la responsabilità sanitari e prevede come obbligatoria l'assistenza dell'avvocato.

procedura stragiudiziale innanzi all'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF), istituita in attuazione dell'art. 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al D. Lgs. n. 385/1998 (analoga previsione è stata formulata con riferimento alle liti aventi ad oggetto i contratti finanziari, per le quali la mediazione di cui al D. Lgs. 28/2010 è condizione di procedibilità alternativa al procedimento di conciliazione previsto dal D. Lgs. n. 179/2007 innanzi alla Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob).

Siffatta previsione normativa imporrà al cliente, nel caso voglia intentare un'azione giudiziaria nei confronti di una banca, l'obbligo di esperire un preventivo tentativo di conciliazione, scegliendo tra quello che si svolge presso gli organismi autorizzati dal Ministero della Giustizia (ex D. Lgs. 28/10) e quello innanzi all'A.B.F.

Appare a questo punto indispensabile procedere all'analisi comparativa delle discipline relative ad entrambe le suddette procedure, al fine di poter comprendere le motivazioni che hanno spinto il nostro legislatore ad intervenire in tal modo proprio nell'ambito della conciliazione bancaria e finanziaria.

2.

A partire dagli anni '90 i sistemi alternativi di soluzione delle controversie (A.D.R.) sono stati oggetto di una maggiore attenzione della dottrina e del legislatore, allo scopo di facilitare l'accesso dei cittadini alla giustizia e di realizzare, allo stesso tempo, la finalità di diminuire il carico dei tribunali

civili.

Nell'ambito delle iniziative volte a rafforzare proprio detti sistemi alternativi si colloca anche la previsione di uno strumento di soluzione stragiudiziale delle liti sorte tra gli intermediari creditizi ed i loro clienti, che spinge l'A.B.I., il 15/04/1993, a compiere il primo passo in tal senso, varando l'“Accordo per la costituzione dell'Ufficio Reclami della clientela e dell'*Ombudsman* (o Giuri) bancario”, in base al quale le banche aderenti si impegnano a costituire al proprio interno un ufficio cui i clienti possono indirizzare i propri reclami su contratti e operazioni bancarie e finanziarie poste in essere, ferma restando la possibilità, per gli stessi, in caso di risposta insoddisfacente da parte dell'ufficio, di rivolgersi ad un organismo collegiale, denominato per l'appunto *Ombudsman* (o Giuri) bancario, che emette una propria decisione sulla questione, vincolante per la banca o l'intermediario aderente, mentre lascia libero il cliente, al quale viene sempre garantita la possibilità di adire la giustizia ordinaria.

L'ufficio Reclami è competente a gestire i reclami presentati da tutta la clientela su qualunque questione del tipo segnalato, ognuno dei quali deve essere evaso entro sessanta giorni dal ricevimento; ove il reclamo sia ritenuto fondato, l'ente creditizio deve indicare, nella propria comunicazione, anche i tempi tecnici entro i quali si impegna a provvedere alla sistemazione della vicenda.

L' *Ombudsman* costituisce, in pratica, una sorta di giudice d'appello avverso i procedimenti di reclamo interni alle banche.

La sua competenza, originariamente limitata ai rapporti con i consumatori in senso proprio, ha trovato via via estensione anche ai rapporti tra banche ed imprenditori e professionisti, dato che qualunque cliente può attivare la procedura, qualora ricorrano determinati presupposti⁴.

L'organismo deve rendere il proprio giudizio entro 90 giorni dal ricevimento della richiesta e, qualora venga a conoscenza che la banca non si è conformata al giudizio reso, le assegna un termine per provvedere, decorso infruttuosamente il quale rende nota l'inadempienza dandone pubblicità a mezzo stampa, a spese della banca medesima.

2.1.

In tempi molto più recenti (nel 2006) l'A.B.I., sulla scia di quanto disposto dall'art. 38 del D. Lgs. 5/2003 (che, nell'ambito della riforma societaria, detta una disciplina per la conciliazione stragiudiziale davanti ad un organismo di conciliazione), ha deliberato la costituzione di un'associazione privata, volontaria (e, quindi, senza finalità di lucro), autonoma rispetto alla stessa A.B.I., deputata a gestire procedure di conciliazione delle controversie in materia bancaria, finanziaria e societaria, denominata "Conciliatore

⁴ Si deve infatti trattare di controversie:

- a) che non siano già state sottoposte all'esame dell'Autorità Giudiziaria o di un arbitro o ad altra procedura di conciliazione in corso;
- b) che abbiano un valore non superiore ai 100.000 euro;
- c) il cui oggetto sia stato posto in essere nei due anni precedenti la presentazione del reclamo;
- d) il cui contenuto sia già stato sottoposto all'esame dell'Ufficio Reclami, ma:
 - la banca non abbia fornito risposta nel termine di 60 giorni;
 - la risposta non sia stata favorevole, in tutto o in parte, per il cliente;
 - all'accoglimento del reclamo non sia stata data attuazione nei termini indicati dalla banca.

Bancario”⁵, alla quale aderiscono tutti i principali gruppi bancari e sotto la cui gestione è stata trasferita tutta l’attività dell’ *Ombudsman*, di cui rappresenta una sorta di evoluzione.

Detta associazione privata mira a favorire e diffondere la conoscenza e l’utilizzo degli strumenti alternativi di soluzione delle controversie in questione ed ha il compito di indicare e nominare dei conciliatori in possesso di determinate caratteristiche di professionalità ed indipendenza; essa esercita le funzioni amministrative precedentemente esercitate dall’A.B.I. nei riguardi dell’ *Ombudsman*.

Successivamente al trasferimento da parte dell’A.B.I. della gestione dell’Ufficio Reclami/*Ombudsman* al Conciliatore Bancario, si è proceduto all’accorpamento in un unico soggetto dei molteplici strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie tra le banche e la loro clientela. In altre parole, gli aderenti all’accordo sono divenuti associati al nuovo organismo, attraverso il quale possono usufruire delle tre funzioni dallo stesso promosse e cioè: a) conciliazione stragiudiziale delle controversie in questione; b) soluzione in sede stragiudiziale di dette controversie attraverso organismi collegiali, anche sul modello dell’*Ombudsman* bancario, istituiti nel rispetto dei principi del diritto comunitario e della normativa nazionale; c) soluzione in sede stragiudiziale delle medesime controversie anche attraverso procedure arbitrali che garantiscano il rispetto del principio del contraddittorio

⁵ In ragione dell’ampliamento delle proprie competenze detto organismo ha assunto ora la denominazione di “Conciliatore Bancario Finanziario – Associazione per la soluzione delle controversie bancarie, finanziarie e societarie – A.D.R.”.

e della parità di trattamento tra le parti.

Tra le suddette tre funzioni quella più significativa è rappresentata dalla conciliazione, la cui caratteristica peculiare è quella di evitare un intervento giudiziario, in quanto realizzerebbe una procedura mirata a condurre le parti ad un accordo sulla controversia⁶.

Essa si differenzia in modo sostanziale dalla procedura che si svolge innanzi all'ombudsman, innanzitutto poichè il presupposto indefettibile per il suo avvio consiste nell'accordo di entrambe le parti di richiedere l'intervento del conciliatore, mentre l'ombudsman rende il proprio giudizio, che vincola la banca, a semplice richiesta del cliente, che è l'unica parte libera di ricorrere alla giustizia ordinaria, nel caso in cui dovesse ritenersi insoddisfatto.

In secondo luogo, perché il conciliatore non emette una decisione, in grado di risolvere la controversia, ma un parere finalizzato ad aiutare le parti a raggiungere un accordo transattivo sulla questione controversa, in mancanza del quale esse rimangono libere di tutelare i propri interessi ricorrendo alla giustizia ordinaria; infine, in quanto non si tratta di una procedura gratuita per la clientela, stante la previsione normativa che ne pone l'onere a carico degli utilizzatori⁷.

⁶ V. PELLEGRINI M., *op. cit.*, 864, ove distingue due tipologie differenti di conciliazione: una, che si applica su richiesta delle parti, che in caso di esito positivo conduce le parti ad una transazione (che l'autrice definisce una procedura "informale", non essendo disciplinata da una normativa *ad hoc*); un'altra, nella quale le parti sono assistite da un conciliatore indipendente che ha il compito di facilitare il raggiungimento di un accordo tra le parti in un tempo contenuto.

⁷ Si tratta comunque di una somma contenuta in relazione alle tariffe stabilite per i conciliatori che fanno capo a organismi promossi da enti pubblici

2.2.

Ultima tappa di questo percorso condotto attraverso le varie forme di tutela stragiudiziale nell'ambito delle controversie in campo bancario (prima di giungere alle ultime novità introdotte con il D. Lgs. 28/10), è rappresentato dalla L. 262/05 (c.d. "Legge sul risparmio"), che ha introdotto specifiche norme dedicate agli strumenti alternativi di composizione delle controversie, con lo scopo di garantire una più efficiente tutela dei diritti dei clienti nei confronti degli intermediari ed assicurando, tra l'altro, un più stringente rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nei rapporti con la clientela⁸.

In particolare l'art. 29 di detta legge ha introdotto l'art. 128-bis del T.U.B. che, nel prevedere procedure di soluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari, ha imposto agli intermediari bancari e finanziari di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i clienti, al fine di garantire la rapidità e l'economicità della composizione di queste ultime senza frustrare la facoltà per gli stessi clienti di ricorrere ai diversi mezzi di tutela previsti dal nostro ordinamento.

Il comma 2 della citata norma demanda ad una delibera del C.I.C.R. (n. 275 del 29/07/2008), emanata su proposta della Banca d'Italia, la definizione, da una parte, dei criteri di svolgimento delle procedure, che devono garantire la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela, e, dall'altra, quelli di composizione dell'organo decidente, in modo da

⁸ V. in tal senso BERTAZZOLI GRABINSKI BROGLIO P., *Arbitro Bancario e Finanziario: primo bilancio di un anno di attività*, in *Diritto e Pratica della Società* n. 3/2010, 43.

assicurarne l'imparzialità e la rappresentatività dei soggetti interessati.

Il C.I.C.R. ha poi affidato il compito di curare l'organizzazione ed il funzionamento di detti sistemi alternativi di soluzione delle liti alla Banca d'Italia, che, con provvedimento del 18/06/2009, ha emanato le disposizioni d'attuazione della predetta delibera che prevedono un sistema, articolato su diversi collegi giudicanti, ad adesione obbligatoria per gli intermediari e gestito da un organismo, c.d. Arbitro Bancario Finanziario (o ABF) che, su richiesta del cliente, emette una decisione in relazione ai reclami rimasti insoddisfatti

Dal 15 ottobre 2009 è dunque operativo l'ABF, al quale è demandato l'esame di tutte le controversie in materia di “operazioni e servizi bancari e finanziari”.

È opportuno chiarire sin da subito che, a dispetto del nome, non si tratta di un particolare tipo di arbitrato, ma di un organismo indipendente ed imparziale, la cui finalità è quella di risolvere una questione insorta tra cliente ed intermediario attraverso una decisione (comunque inidonea a sostituirsi a quella dell'autorità giudiziaria) non vincolante per le parti, che restano libere di aderirvi o meno. Esso non ha nemmeno natura conciliativa in quanto, a differenza della conciliazione, non mira al raggiungimento di un accordo tra le parti sulla base di un'eventuale proposta formulata da un terzo (“conciliatore”).

Il soggetto attivo di tale procedura, l'unico legittimato ad attivare il nuovo sistema stragiudiziale, è il “cliente”, definito dalla disciplina come *“colui che*

*ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari*⁹”. Da tale definizione sono espressamente esclusi i soggetti che svolgono in via professionale attività nei settori bancario, finanziario, assicurativo, previdenziale e dei servizi di pagamento. La disciplina, peraltro, sancisce espressamente l’irrinunciabilità da parte del cliente del proprio diritto a ricorrere all’ABF.

Soggetti passivi della procedura, invece, secondo la disciplina in esame, sono le banche, gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi previsti dagli articoli 106 e 107 del Tub, che operano nei confronti del pubblico, istituti di moneta elettronica, Poste Italiane S.p.A. in relazione all’attività di bancoposta, nonché le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia operazioni e servizi bancari e finanziari (disciplinati dal titolo VI del Tub) nei confronti del pubblico.

Degna di particolare attenzione è la disposizione di cui al comma 1 dell’art. 128-bis T.U.B., laddove si stabilisce che *“I soggetti di cui all’art. 115 aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela”*.

Detta norma prospetta dunque l’adesione da parte delle banche e degli intermediari finanziari ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie (denominati dalla Banca d’Italia Arbitro Bancario Finanziario, ABF) non già come una libera scelta, bensì come un atto dovuto, al compimento del quale tali soggetti non possono dunque sottrarsi.

⁹ Sezione I, paragrafo 3, ove si specifica altresì che, per le operazioni di factoring, si considera cliente il cedente, nonché il debitore ceduto con cui il cessionario abbia convenuto la concessione di una dilazione di pagamento.

Ma la dottrina si è interrogata sull'esatta natura di tale atto di adesione, se cioè esso configuri un vero e proprio obbligo giuridico, nel significato pieno del termine.

A tal proposito è stato correttamente evidenziato che di obbligatorietà dello strumento alternativo si potrebbe nel caso di specie parlare solo qualora al soggetto aderente (l'intermediario) fosse precluso, dopo l'adesione, l'accesso alla giustizia ordinaria, ma tale conclusione sarebbe fuorviante, considerata la mancanza di qualsiasi riferimento, nella predetta norma, alla posizione dell'intermediario ed alla sua facoltà di adire in qualunque momento la giustizia ordinaria¹⁰.

L'adesione dell'intermediario al sistema, o la proposizione del ricorso da parte del cliente, quindi, non compromettono in alcun modo lo *ius agendi* dell'intermediario stesso.¹¹

Da ciò si deduce che il ricorso all'ABF non delinea un sistema "obbligatorio", sullo stampo dei cosiddetti arbitrati obbligatori: l'adesione degli intermediari ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela non è configurata dall'art. 128-bis come un dovere, quanto piuttosto come una sorta di onere, il cui adempimento costituisce una condizione necessaria per lo

¹⁰ V. RUPERTO S., *L' "Arbitro Bancario Finanziario"*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2009, 329.

¹¹ In realtà l'art. 128-bis, al comma 3, fa riferimento solo al cliente, precisando che rimane comunque salvo ed impregiudicato il suo potere di ricorrere, in qualunque momento, ad ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento. Ma il riferimento al solo cliente non deve condurre ad un'interpretazione restrittiva della norma, secondo la quale sarebbe, di contro, preclusa all'intermediario la facoltà di adire la giustizia ordinaria. Invero, la *ratio* della previsione di cui al comma 3 dell'art. 128-bis, è da rinvenire nella volontà del legislatore – la quale, però, non emerge dalla lettura della norma, ma è stata esplicitata nell'art. 5, comma 1, della Deliberazione del CICR – di attribuire al cliente la legittimazione esclusiva di ricorrere a detto procedimento speciale e, dunque, nell'esigenza di chiarire espressamente che il ricorso non pregiudica l'accesso ad altre forme di tutela (vd in tal senso RUPERTO S., *op. cit.*, 329-330).

svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria in Italia e sulla cui eventuale violazione vigila la Banca d'Italia nell'ambito della propria attività istituzionale di controllo.

Quanto, poi, all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in esame, la stessa prevede che possano essere sottoposte alla cognizione dell'ABF le controversie aventi ad oggetto fatti o comportamenti avvenuti o posti in essere successivamente al 1° gennaio 2007 e per le quali, comunque, non sia intervenuta la prescrizione secondo le regole generali del nostro ordinamento.

Fermi restando i predetti limiti temporali, la competenza dell'ABF è limitata alle controversie relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari, restando così escluse le controversie relative ai servizi di investimento che, invece, possono essere sottoposte – tra gli altri – alla Camera di Conciliazione e Arbitrato istituita presso la Consob, disciplinata dal Regolamento Consob n. 16763 del 29 dicembre 2008¹², ovvero agli altri strumenti di tutela stragiudiziale previsti nel nostro ordinamento, come le procedure gestite dagli organismi di conciliazione

¹² Al fine di individuare in modo chiaro la ripartizione delle rispettive competenze, il predetto Regolamento n. 16763 del 29 dicembre 2008 rimette ad un protocollo di intesa tra la Camera di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob e l'ABF la risoluzione delle questioni relative all'ambito di applicazione (art. 4, comma 2); tale protocollo avrà il compito di regolare gli aspetti operativi della collaborazione tra i due sistemi stragiudiziali in modo da assicurare che i clienti, in caso di inesatta individuazione del sistema di risoluzione stragiudiziale applicabile alla propria controversia, vengano indirizzati al sistema competente. La Banca d'Italia ha altresì precisato che la definizione della linea di confine tra le materie di competenza dell'ABF e quelle soggette alla cognizione della Camera Consob investe il tema più generale dell'interpretazione dell'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 58/98 (TUF), con particolare riguardo alla nozione di "prodotto finanziario" e di "componenti di prodotti finanziari" (c.d. prodotti "misti").

di cui agli artt. 38 e ss. del d. lgs. n. 5 del 2003, - tra cui il Conciliatore Bancario Finanziario - nonché dall'Ombudsman-Giurì bancario parimenti attivo presso l'Associazione "Conciliatore Bancario Finanziario".

Nell'ambito delle controversie relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari, l'ABF ha competenza in merito all'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono. Se la richiesta del cliente, invece, ha per oggetto la corresponsione di una somma di denaro, la competenza dell'ABF sussiste solo nell'ipotesi in cui l'importo richiesto non sia superiore a 100.000 euro.

Restano inoltre escluse dalla cognizione dell'ABF:

- le controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria o a decisione arbitrale, ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione;
- le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario;
- le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati.

2.3.

Il contenimento dei rischi legali e reputazionali degli intermediari e l'efficiente funzionamento dei sistemi stragiudiziali dipendono in larga misura dalla capacità dell'intermediario di preservare un rapporto corretto e trasparente con i clienti. In questa prospettiva, quindi, è essenziale che le imprese bancarie

riservino la massima cura alla funzione di gestione dei reclami, al fine di prevenire l'insorgere di controversie e di risolvere, già in questa fase preliminare, le situazioni di potenziale insoddisfazione del cliente.

La nuova disciplina prevede, quindi, che l'espletamento della fase di reclamo presso l'intermediario costituisca una condizione preliminare e necessaria per adire l'ABF. In tale contesto, pertanto, assume particolare importanza l'esatta individuazione dei supporti attraverso i quali può essere presentato il reclamo, il quale viene oggi puntualmente definito come *“ogni atto con cui un cliente chiaramente identificabile contesta in forma scritta (es. lettera, fax, e-mail) all'intermediario un suo comportamento o un'omissione”*¹³.

Una volta ricevuto il reclamo da parte del cliente, gli intermediari avranno 30 giorni di tempo per pronunciarsi nel merito dello stesso, indicando, in caso di accoglimento, i tempi previsti per l'adempimento¹⁴.

Al fine di assicurare una corretta e sollecita gestione dei reclami, la disciplina in esame prevede, inoltre, che gli intermediari si dotino di adeguate strutture organizzative e procedure interne, istituendo un ufficio reclami o individuando un responsabile della funzione di gestione dei reclami della clientela, secondo le relative disposizioni contenute nella disciplina sulla trasparenza dei servizi bancari e finanziari emanata il 29 luglio 2009.

¹³ Sezione I, Paragrafo 3.

¹⁴ Sezione VI, Paragrafo 1. In proposito, appare opportuno richiamare quanto affermato dalla Banca d'Italia nel documento sugli esiti della consultazione, ove si afferma che *“la scadenza del termine di 30 giorni non pregiudica una successiva composizione bonaria della lite: rientra, infatti, nella piena disponibilità del cliente, una volta scaduto il termine, decidere di proporre il ricorso all'ABF oppure, se l'interlocuzione intrapresa con l'intermediario appare avviata a una proficua soluzione, attenderne gli sviluppi fino alla scadenza dei 12 mesi dal reclamo (termine fissato dalla disciplina per la presentazione del ricorso)”*.

Se il cliente è rimasto insoddisfatto (o se l'intermediario non si pronuncia nel predetto termine di 30 giorni), entro 12 mesi dalla presentazione del reclamo, può presentare ricorso all'ABF, purché l'oggetto del ricorso corrisponda a quello del reclamo; dopo aver presentato il ricorso, il cliente dovrà darne tempestiva comunicazione all'intermediario.

Una volta ricevuta la predetta comunicazione, l'intermediario dovrà:

- comunicare tempestivamente all'indirizzo di posta elettronica della segreteria tecnica competente la data di ricezione della comunicazione del cliente;
- trasmettere alla competente segreteria tecnica, entro 30 giorni dalla ricezione della predetta comunicazione, le proprie controdeduzioni, unitamente a tutta la documentazione utile ai fini della valutazione del ricorso, ivi compresa quella relativa alla fase di reclamo.

Ove la violazione dell'obbligo di presentare le controdeduzioni renda impossibile una pronuncia sul merito della controversia, l'ABF valuterà la condotta dell'intermediario sotto il profilo della mancata cooperazione, anche ai fini di quanto previsto dal paragrafo 5 della Sezione VI delle Disposizioni della Banca d'Italia (applicazione della sanzione della pubblicità dell'inadempimento, di cui *infra*).

Il collegio deve pronunciarsi sul ricorso entro 60 giorni dalla data di deposito delle controdeduzioni o dalla data di scadenza del termine per il loro deposito¹⁵.

¹⁵ La Banca d'Italia ha specificato che il collegio non si limita ad affermare l'esistenza del diritto violato, ma può anche condannare l'intermediario a tenere un comportamento specifico (*dare, facere o non facere*) (Vd.

Il collegio, d'ufficio o su istanza di parte, dichiara l'interruzione del procedimento qualora consti che, in relazione alla medesima controversia, è stato avviato un tentativo di conciliazione; la segreteria tecnica dà tempestiva comunicazione alle parti di tale interruzione. Se la conciliazione non riesce, il ricorso può essere riproposto senza necessità di un nuovo reclamo all'intermediario entro 6 mesi dal fallimento del primo tentativo di conciliazione. In tal caso, le parti possono fare rinvio alla documentazione già presentata in occasione del precedente ricorso.

Qualora la controversia sia sottoposta dall'intermediario all'autorità giudiziaria ovvero a giudizio arbitrale nel corso del procedimento, la segreteria tecnica richiede al ricorrente di dichiarare se questi abbia comunque interesse alla prosecuzione del procedimento dinanzi all'organo decidente. Ove il ricorrente non abbia manifestato il proprio interesse in tal senso entro 30 giorni dalla richiesta, il collegio dichiara l'estinzione del procedimento e – anche in tal caso – la segreteria tecnica ne dà tempestiva comunicazione alle parti. In caso contrario, il procedimento prosegue nonostante l'instaurazione del giudizio o dell'arbitrato.

Tale ultima previsione, evidentemente, consentirà la contemporanea esistenza di due giudizi sulla medesima controversia, l'uno dinnanzi all'ABF, l'altro davanti all'Autorità giudiziaria ordinaria. Quanto alle ragioni a fondamento della scelta di consentire – seppur in astratto – la coesistenza di due diversi giudizi (circostanza, peraltro, suscettibile di dar luogo a due pronunce contrastanti sulla

Documento recante il “Resoconto della Consultazione”, p. 31).

medesima controversia), la Banca d'Italia ha affermato che la previsione che consente la prosecuzione del procedimento su richiesta del ricorrente è essenzialmente volta ad evitare che l'intermediario possa sottrarsi alla decisione sul ricorso sottoponendo la controversia all'autorità giudiziaria o a collegio arbitrale. Pur ammettendo che i contenuti delle due decisioni potrebbero in ipotesi essere diversi, l'Autorità ha sottolineato come tali procedure siano caratterizzate da mezzi istruttori, criteri di giudizio e tempi significativamente differenti; ad avviso della Banca d'Italia, pertanto, tale circostanza potrebbe giustificare la scelta del ricorrente di non arrestare la procedura, ma di pervenire comunque ad una conclusione della stessa, pur se in pendenza di un procedimento giudiziario o arbitrale.

Si osserva, inoltre, che a fronte di ciò, le nuove disposizioni non contengono alcuna previsione che stabilisca la prevalenza della decisione giudiziaria (o arbitrale) rispetto a quella dell'ABF: muovendo dal presupposto che le predette decisioni hanno natura diversa e che l'indipendenza dello strumento stragiudiziale rispetto a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento è sancita dalla legge (art. 128-*bis* Tub), la Banca d'Italia ha precisato che nell'ipotesi di condanna da parte dell'ABF, l'intermediario dovrà adempiere la decisione, indipendentemente dall'esito del giudizio eventualmente instaurato dinnanzi al giudice ordinario.

L'intermediario deve adempiere alla decisione entro 30 (trenta) giorni dalla pronuncia ovvero entro il diverso termine ivi previsto, ferma restando – come già detto – la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria,

ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti ed interessi¹⁶.

Il provvedimento emesso dall' Arbitro Bancario e Finanziario non è in alcun modo vincolante né per il cliente né per l'intermediario: quest'ultimo, però, qualora sia soccombente in tutto o in parte e non adempia spontaneamente, o anche solo ritardi nell'adempimento, è soggetto a veder reso pubblico tale proprio inadempimento sul *sito internet dell'A.B.F.*, su quello *della Banca d'Italia* e su *due quotidiani ad ampia diffusione nazionale*.

Come è stato osservato in dottrina, "l'analisi del dato normativo porta quindi a concludere che l'intermediario non è obbligato ad adempiere alla decisione dell'Organo. Il suo inadempimento resta insuscettibile di tutela, non essendo esperibile, da parte del soggetto nei cui confronti l'obbligo dovrebbe essere eseguito, alcuna azione avente ad oggetto quell'inadempimento. Conseguentemente, la decisione dell'Organo non è fatto costitutivo di obblighi (e dunque di effetti giuridici) per le parti della controversia, né, per l'appunto, porta a definizione la lite. A differenza di quanto avviene nel caso dell'arbitrato e dell'arbitraggio (di una transazione o di un negozio di accertamento *transattivo*), la banca ed il cliente non hanno alcun rapporto diretto con l'Organo decidente. Con l'adesione al sistema ABF, e con la proposizione del ricorso, l'intermediario e il cliente instaurano un rapporto solamente con la Banca d'Italia, il cui oggetto è la trattazione di particolari controversie tra loro insorte. Ma con tale adesione l'intermediario non

¹⁶ Da ciò si evince che la decisione dell'ABF non definisce la lite esistente tra il cliente e l'intermediario la quale, pertanto, può essere sempre sottoposta alla cognizione di un giudice o di un arbitro.

conferisce un incarico di gestione della controversia finalizzato all'ottenimento di una decisione, come avviene nel caso degli arbitrati, bensì si limita ad autorizzare la Banca d'Italia ad irrogargli la sanzione in caso di inottemperanza o in esecuzione di una decisione dell'Organo, assunta e comunicata conformemente alla regolamentazione in vigore"¹⁷.

In estrema sintesi, la procedura innanzi all'A.B.F. ha natura volontaria, che può essere azionata esclusivamente dal cliente di un intermediario ex art. 115 T.U.B. (per quelle controversie il cui valore non sia superiore ad Euro 100.000) ed il cui provvedimento successivamente emesso dall'A.B.F. non è vincolante per le parti, salvo la pubblicità negativa che ne deriva nei confronti dell'intermediario in caso di inadempimento a quanto deciso dall'Arbitro stesso.

L'intento, quindi, dell'A.B.F. è quello di fornire alle parti, in particolare al cliente, un provvedimento non vincolante in diritto sul caso specifico, a costi molto contenuti ed in tempi ragionevolmente brevi, come metro di paragone per un eventuale successivo giudizio.

3.

La nuova disciplina istitutiva della mediazione civile e commerciale,

¹⁷ RUPERTO S., *op. cit.*, 333-334. il quale chiarisce che la natura giuridica di tale autorizzazione è assimilabile a quella del consenso dell'avente diritto: l'intermediario manifesta il proprio consenso all'atto dell'adesione e ciò impedisce che il provvedimento di pubblicazione dell'inadempimento possa esser ricondotto all'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c. (provvedimento che, altrimenti, non sarebbe consentito alla Banca d'Italia), divenendo così, invece, un atto *iure*, come tale improduttivo di un danno risarcibile. L'A. precisa infine che tale consenso è in ogni momento liberamente revocabile da parte dell'intermediario, ma la sua revoca comporterebbe anche la revoca della stessa adesione al sistema ABF e, quindi, il venir meno di uno dei presupposti indefettibili per l'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria.

introdotta dal D. lgs. 28/10, ha lasciato inalterata la sopra esposta normativa relativa ai sistemi di risoluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria, ma - come già accennato in apertura del presente lavoro - ha sancito l'obbligatorietà di esperire un preventivo tentativo di conciliazione - quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale - ricorrendo agli organismi autorizzati dal Ministero della Giustizia (secondo la procedura di cui allo stesso D. lgs 28/10) o, ***in alternativa***, all'A.B.F.(ex art. 128-bis del D. lgs. 385/1993). Da qui, la configurazione della c.d. "***condizione di procedibilità alternativa***".

A questo punto risulta necessario, oltre che indubbiamente utile, individuare il rapporto e le differenze esistenti tra le suddette procedure, al fine di poter stabilire l'opportunità di ricorrere all'una piuttosto che all'altra.

Va preliminarmente chiarito che la su citata condizione di procedibilità alternativa sussiste solo con riferimento alle azioni giudiziarie che il cliente voglia intraprendere contro la banca, ma non viceversa. Infatti, qualora sia l'intermediario a doversi rivolgere al Giudice, lo stesso potrà esclusivamente far ricorso alla procedura di mediazione di cui al D. Lgs. 28/2010, dato che quella gestita dall'A.B.F. può essere esperita esclusivamente dal cliente, mentre l'intermediario può essere chiamato in causa solo quale convenuto.

Esaminando poi più da vicino il contenzioso che si svolge dinanzi all'A.B.F., ci si rende conto che trattasi di una **procedura c.d. aggiudicativa** (e cioè che dà ragione ad una parte) differente da quella di mediazione e, pur essendo molto simile all'arbitrato, il provvedimento che ne deriva non è vincolante per

le parti come il lodo arbitrale, né, tantomeno, è in alcun modo assimilabile alla decisione del giudice, non essendo fornito dei mezzi tipici dell'esecuzione ed il suo inadempimento da parte dell'intermediario sarà solamente reso pubblico sul sito internet dell'A.B.F., su quello della Banca d'Italia e su due quotidiani ad ampia diffusione nazionale. Tale procedura, come detto, lascia sempre all'utente la possibilità di instaurarne in alternativa un'altra, che sia di mediazione, arbitrale o giurisdizionale.

Da tutto ciò è facilmente desumibile la non definitività di detto accordo, che lo differenzia radicalmente da quello con cui si conclude il procedimento di mediazione di cui al D. lgs. 28/10. L'art. 12, comma 2, infatti, attribuisce inequivocabilmente il carattere di definitività all'accordo di conciliazione raggiunto all'esito della procedura prevista dal suddetto nuovo D.lgs., statuendo che, in questo caso, il verbale di conciliazione omologato costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale.

Ciò significa che il soggetto interessato a far valere quanto stabilito con l'accordo di conciliazione, non agirà in un giudizio ordinario o ancora presso l'A.B.F., ma semplicemente cercherà di ottenere l'esecuzione dell'accordo attraverso i mezzi che il nostro ordinamento mette a disposizione dei privati per l'esecuzione delle sentenze giudiziali.

Tutti questi elementi, unitamente alla condizione di procedibilità della domanda davanti all'A.B.F. rappresentata dalla preventiva proposizione di un reclamo all'intermediario, nonché al limite di 100.000 euro che l'eventuale

importo richiesto (a qualunque titolo) dal cliente con tale ricorso non può superare, ed all'assenza di limiti soggettivi nella scelta dell'organismo preposto alla procedura di mediazione ex D. lgs. 28/10, fanno decisamente propendere per la preferibilità di quest'ultima.

Goffredo Sturniolo

PhD Diritto dell'Economia - Università di Pisa

Assegnista di Ricerca - Università di Messina