

RIVISTA DELL'ARBITRATO

Anno XXIII Fasc. 1 - 2013

ISSN 1122-0147

Aldo Berlinguer

**L'ABF TRA GIUDIZIO E
MEDIA-CONCILIAZIONE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

L'ABF tra giudizio e media-conciliazione

ALDO BERLINGUER (*)

1. Le novità. — 2. L'ABF tra giudizio e mediazione. — 3. Chi vi ricorre, a chi è destinato. — 4. L'ambito operativo. — 5. Altre forme di ADR nel settore: il Conciliatore bancario. — 6. Aspetti processuali e operativi.

1. La recente disciplina sulla mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali continua a produrre significative novità, suscitando un dibattito sempre più ampio. Al nuovo *corpus* normativo, composto solo in parte da norme primarie, si sono infatti aggiunti nel frattempo decreti ministeriali ⁽¹⁾, circolari ⁽²⁾ ed altri atti ⁽³⁾, sempre di rango subordinato, tutti tesi a correggere, integrare, chiarire il quadro normativo, che appare oggi ancora più complesso e articolato ⁽⁴⁾.

(*) Professore ordinario di diritto comparato nell'Università di Cagliari.

(1) Vedi *infra* nel testo.

(2) Ad esempio, circolare 20 dicembre 2011 del Ministero della Giustizia, « *Interpretazione misure correttive decreto interministeriale 145/2011* »; circolare 13 giugno 2011 del Ministero della Giustizia, « *Attività di tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco degli enti di formazione. Indicazioni sull'applicabilità della disciplina del silenzio assenso* »; circolare 4 aprile 2011 del Ministero della Giustizia, « *Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori. Chiarimenti* » (su cui v. CAPONI, *Adesione e partecipazione alla mediazione*, in www.judicium.it).

(3) Tra cui il Provvedimento in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali del Garante per la protezione dei dati personali, 21 aprile 2011; la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 113/E, 29 novembre 2011, che qualifica l'attività di mediazione introdotta dal D.Lgs. n. 28/2010 « attività d'impresa » (su cui SACCARO, *L'attività di mediazione si qualifica come economica e commerciale*, in *Corr. trib.*, n. 5/2012, 342 ss.). Per approfondimenti sugli ulteriori interventi in tema di mediazione cfr. CAPONI, *Mediazione: il quadro delle ultime novità*, in AA.VV., *La mediazione civile un anno dopo: questioni vecchie e nuove*, in *Foro it.*, 2011, IX, cc. 195 ss.

(4) Sul D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e la sua progenie hanno già scritto in molti. Tra gli altri, cfr. (a cura di) CASTAGNOLA - DELFINI, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 e al decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180*, Padova, 2012; DOSTI, *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle ri-*

Centrale, anche alla luce dell'estensione della disciplina alle controversie condominiali ⁽⁵⁾ ed a quelle relative alla circolazione stradale ⁽⁶⁾, è stata, com'è noto, la condizione di procedibilità, sancita all'art. 5, comma 1 del D.Lgs. n. 28/2010; elemento questo che, in effetti, sembrava suscettibile di imprimere una vera svolta alla disperante china ormai irreversibilmente assunta dalla tutela giurisdizionale ordinaria. Ed in questo senso muoveva anche l'inasprimento,

forme del 2010, in *Contratto e impresa*, n. 1/2011, 226 ss.; DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3/2010, 575 ss.; PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, n. 5/2010, cc. 142 ss.; SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, *ibidem*, cc. 146 ss.; PAGNI - ARMONI - PORRECA, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le Società*, n. 5/2010, 619 ss. In ambito europeo, dopo il *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, COM(2002) 196, 19 aprile 2002 (sul quale cfr. LICINI, *Alternative Dispute Resolution (ADR): aspettative europee ed esperienza USA, attraverso il Libro Verde della Commissione e la sapienza di un giurista-mediator americano*, in *Riv. not.*, n. 1/2003, 1 ss.) e la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale [2008] in *GUCE* L 136/3 (su cui BLAKE, BROWNE, SIME, *A practical approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 274-277; GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss.; MICELI, *La mediazione in materia civile e commerciale nella Direttiva 2008/52/CE*, in *Europa e dir. priv.*, n. 3/2009, 855 ss.; VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in questa *Rivista*, 2009, 1 ss.), si è pronunciato anche il Parlamento europeo, prima con la Risoluzione 2011/2026(INI) del 13 settembre 2011 sull'*attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali*, e successivamente con la Risoluzione 2011/2117(INI) del 25 ottobre 2011 sulla *risoluzione alternativa delle controversie in materia civile, commerciale e familiare*. Da ultimo, sono stati adottati una proposta di Direttiva COM(2011) 793 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e di Regolamento COM(2011) 794 relativo alla risoluzione delle controversie *on line* dei consumatori del 29 novembre 2011 della Commissione europea.

⁽⁵⁾ Cfr. CELESTE, *21 marzo 2012: aria di primavera per il condominio dopo il lungo inverno nelle aule giudiziarie?*, in *Riv. giuri. edil.*, n. 1/2012, 11 ss.; AMERIO, *Mediazione e condominio*, in *Arch. loc. cond.*, n. 2/2011, 140 ss.; NITTI, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie condominiali*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2011, 1651 ss.; RAELI, *In tema di mediazione nelle controversie in materia di condominio e di locazioni (D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*, in *Arch. loc. cond.*, n. 3/2011, 285 ss.

⁽⁶⁾ Vedi CHINDEMI, *Tecniche conciliative, in tema di mediazione, con riferimento ai sinistri stradali*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 3/2011, 709 ss.; MONTANI, *La mediazione nelle controversie derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti*, in *Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali*, 2012, 216 ss.; MANIARI, *L'accertamento tecnico nella mediazione e... dintorni (perizia contrattuale e consulenza tecnica preventiva in funzione conciliativa)*, in *Assicurazioni*, n. 1/2011, 53 ss.; VERDONE, *La mediazione obbligatoria. Aspetti critici con particolare riguardo alle liti in tema di risarcimento dei danni da circolazione stradale, in Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2011, 1027 ss.

avvenuto con l'art. 2 comma, 35-*sexies* del D.L. n. 138/2011 (7), della sanzione che il giudice era tenuto ad irrogare alla parte che non avesse aderito al procedimento di mediazione.

Tuttavia, il predetto articolo — nella parte in cui riteneva la mediazione condizione di procedibilità della domanda giudiziale — non ha superato il vaglio della Consulta la quale lo ha ravvisato illegittimo per eccesso di delega legislativa (8). Ed i tentativi manife-

(7) D.L. 13 agosto 2011, n. 138 recante « *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo* », in *G.U.* n. 188 del 13 agosto 2011, convertito, con modificazioni, dalla Legge 14 settembre 2011, n. 148 « *Conversione in Legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari* », in *G.U.* n. 216 del 16 settembre 2011.

(8) Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 24 ottobre-6 dicembre 2012, in *G.U.*, Serie spec., del 12 dicembre 2012, n. 49. La sentenza della Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010 e in via consequenziale di una serie di disposizioni contenute nel medesimo decreto che devono pertanto ritenersi attualmente espunte in via definitiva dal nostro ordinamento giuridico. Queste ultime sono: a) (...) art. 4, comma 3, (...) limitatamente al secondo periodo (« *L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale* ») e al sesto periodo, limitatamente alla frase « *se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1 e* »; b) (...) art. 5, comma 2, primo periodo, (...), limitatamente alle parole « *Fermo quanto previsto dal comma 1 e* »; c) (...) art. 5, comma 4, (...), limitatamente alle parole « *I commi 1 e* »; d) (...) art. 5, comma 5 (...), limitatamente alle parole « *Fermo quanto previsto dal comma 1 e* »; e) (...) art. 6, comma 2, (...), limitatamente alla frase « *e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo cinque,* »; f) (...) art. 7 (...), limitatamente alla frase « *e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1 e* »; g) (...) art. 7 nella parte in cui usa il verbo « *computano* »; anziché « *computa* »; h) (...) art. 8, comma 5 (...); i) (...) art. 11, comma 1, (...), limitatamente al periodo « *Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13 e* »; l) (...) articolo 13 (...) escluso il periodo « *resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile* »; m) (...) art. 17, comma 4, lettera d, (...); n) (...) art. 17, comma 5, (...); o) (...) art. 24. Sul punto si veda VALERINI, *Ecco la sentenza sulla mediazione: la parola passa ora al Parlamento*, in *Dir. e giust.*, 2012, 1126. La condizione di procedibilità sancita dall'articolo in questione aveva posto numerosi interrogativi. Il TAR Lazio, Sez. I, con ordinanza 12 aprile 2011, n. 3202 (in questa *Rivista*, 2011, 99 ss., con nota di CORBI, *La mediazione civile ed i sospetti di illegittimità per eccesso di delega*; in *Foro it.*, V, 2011, cc. 274 ss., con nota di DALFINO; in *Giust. civ.*, 2011, 1361 ss., con nota di FINOCCHIARO, *I primi dubbi di legittimità costituzionale del decreto legislativo in tema di mediazione-osservazione a TAR Lazio, sez. I, ord. 12 aprile 2011, n. 3202*; in *Guida al diritto*, n. 17/2011, 15 ss., preceduta da nota di SOLDATI, *Mediazione: in attesa del giudice delle leggi immutato il quadro normativo*; in *Giur. merito*, 2011, 1926 ss., con commento di VIOTTI, *Le questioni di legittimità costituzionale sulla mediazione civile e commerciale*) e il giudice di pace di Parma, con ordinanza 1° agosto 2011, n. 271, in *G.U.* n. 51 del 7 dicembre 2011, avevano ritenuto non manifestamente infondata, per contrasto con gli artt. 24 e 77, la questione di legittimità costituzionale dei primi tre periodi dell'art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010 e avevano rimesso la questione alla Corte costituzionale. Simili rilievi erano stati evidenziati anche da:

stati dall'ultimo Governo di reintrodurre tale condizione mediante un decreto legge parrebbero oggi definitivamente tramontati, mentre restano tutt'ora pendenti i rinvii pregiudiziali, operati da altri giudici nazionali, nei confronti della Corte di giustizia UE ⁽⁹⁾.

Ovviamente la vicenda, nel suo complesso, interessa direttamente anche l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) giacché la condizione di procedibilità riguardava anche le controversie che avevano ad oggetto contratti bancari e finanziari. L'art. 5, comma 1 del D.Lgs. n. 28/2010, infatti, consentiva alle parti di optare per una via alternativa alla media-

TAR Lazio, con ordinanza del 2 maggio 2012 in *G.U.* n. 33 del 22 agosto 2012; GdP Parma, con ordinanza del 24 novembre 2011, in *G.U.* n. 24 del 13 giugno 2012; Trib. Genova, con ordinanza del 18 novembre 2011, in *G.U.* n. 23 del 6 giugno 2012; Trib. Torino, con ordinanza del 24 gennaio 2012, in *G.U.* n. 22 del 30 maggio 2012; GdP Salerno, con ordinanza del 19 novembre 2011, in *G.U.* n. 15 dell'11 aprile 2012; GdP Recco, con ordinanza del 5 dicembre 2011, in *G.U.* n. 11 del 14 marzo 2012; GdP Catanzaro, con ordinanza del 3 novembre 2011, in *G.U.* n. 8 del 22 febbraio 2012; GdP Catanzaro, con ordinanza del 1° settembre 2011, in *G.U.* n. 5 del 1° febbraio 2012. Sul punto si vedano DI MARCO, *Mediazione senza pace: gli attacchi si moltiplicano*, in *Il Quotidiano Giuridico*, n. 23/03/anno 2012; PAGNI, *La mediazione dinanzi alla Corte costituzionale dopo l'ordinanza del TAR Lazio n. 3202/2011*, in *Corr. giur.*, n. 7/2011, 1001 ss.; SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d. lgs. n. 28/11*, in *Foro it.*, 2011, II, cc. 54 ss.

⁽⁹⁾ Il Trib. Palermo, sezione staccata di Bagheria, con ordinanza del 16 agosto 2011, ha infatti rimesso alla Corte giust. UE ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E. tre quesiti sull'interpretazione da attribuire ad alcuni articoli della Direttiva relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, 2008/52/Ce, del 21 maggio 2008. Più ampio l'oggetto della pronuncia pregiudiziale demandata in data 21 settembre 2011 dal giudice di pace di Mercato San Severino. Quest'ultimo ha infatti chiesto alla Corte di Lussemburgo se anche la Carta Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza nel 2000, oltre che la predetta Direttiva, ostino ad una normativa come quella adottata in Italia sulla mediazione. Al momento si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale del GdP Mercato San Severino la sola Commissione Europea con le sue *Osservazioni scritte* alla Corte giust. UE, il 2 aprile 2012, nella causa C-492/11, SJ. G(2012)416803. La Corte di Giustizia, in un contesto analogo in materia di controversie aventi ad oggetto servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi, si è pronunciata nel senso che la previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali non viola il principio della tutela giurisdizionale effettiva se rispetta taluni requisiti tra cui la non vincolatività della decisione. Cfr. *Alassini e altri v Telecom e altri*, sentenza nei procedimenti riuniti C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, [2010] ECR I-2213, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 113 ss., con nota di NICOLINI, *Comunicazioni elettroniche e tutela del consumatore: note a margine della sentenza Alassini*; in *Foro it.*, 2010, VII-VIII, cc. 361 ss. con nota di ARMONE - PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*; in questa *Rivista*, n. 4/2010, 633 ss., con nota di CALABRESI, *Sulla conformità al diritto comunitario del tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Co.Re.com in materia di telecomunicazioni: un test per la nuova mediazione?*. Si vedano inoltre: AHMED, *Implied compulsory mediation*, in *Civil Justice Quarterly*, 2012, 163 ss.; PAGLIETTI, *La protezione del consumatore tra diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e tentativo obbligatorio di conciliazione. (Commento CGUE, cause riunite C-317, 318, 319, 320/08)*», in *www.judicium.it*.

zione e ricorrere al procedimento previsto ai sensi dell'art. 128-bis del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (T.U.B.)⁽¹⁰⁾ il quale, in origine, era stato concepito come un percorso necessario, atteso l'obbligo per gli intermediari di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie sorte con i clienti.

In quest'ottica venne pertanto istituito l'Arbitro Bancario Finanziario⁽¹¹⁾ il quale divenne operativo dal 15 ottobre 2009 ancorché la sua disciplina, negli aspetti essenziali, risalisse alla delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) n. 275 del 29 luglio 2008⁽¹²⁾, alla quale si sono poi aggiunte le disposizioni di dettaglio pubblicate dalla Banca d'Italia in data 18 giugno

⁽¹⁰⁾ Introdotto nel T.U.B. dall'art. 29 della Legge « per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari » (Legge 28 dicembre 2005, n. 262, in *G.U.* n. 301 del 28 dicembre 2005, s.o. n. 208). Sul punto, v. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 1/2011, 134; GUCCIONE - RUSSO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 3/2010, 477. Sulla mediazione nel settore del credito si vedano anche SANGIOVANNI, *La mediazione obbligatoria in materia di contratti bancari (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, n. 2/2012, 141 ss.; Id., *La mediazione obbligatoria in materia di contratti bancari (Seconda parte)*, in *Studium Iuris*, n. 3/2012, 272 ss.; SOLDATI, *La mediazione nelle controversie societarie, bancarie e finanziarie*, in *La nuova mediazione e conciliazione*, Il Sole 24 Ore, 2010, 41 ss.; TARGIA - GRASSO ROLLEMBERG, *La mediazione. Effetti diretti sull'attività delle banche*, in *Rivista bancaria* (Minerva), 2010, 91 ss. Sulla clausola di mediazione cfr, per tutti, DELOGU, *Clausola di mediazione, contratti bancari, tutela del consumatore*, in *Contratto e impresa*, n. 2/2012, 367 ss.; TAMPONI, *Le clausole contrattuali per la mediazione delle controversie in materia di servizi bancari e finanziari*, in *Bancaria*, n. 9/2010, 48 ss.

⁽¹¹⁾ Sul tema, in generale, si vedano: BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in (a cura di) GABRIELLI - LENER, *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, 429 ss., in part. 444 ss.; CARRIERO, *Arbitro bancario finanziario: morfologia e funzioni*, in *Foro it.*, 2012, VI, cc. 213 ss.; PETRELLA, *L'Arbitrato Bancario Finanziario*, in (a cura di) PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. 3, Padova, 2012, 287 ss.; CONSOLO - STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2011, 121 ss.; PERASSI, *Il ruolo dell'ABF nell'ordinamento bancario: prime riflessioni*, *ibidem*, 143 ss.; RAFFAELE, *L'Arbitro bancario finanziario*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, n. 1/2011, 106 ss.; BALZARINI, *L'Arbitro bancario finanziario*, in *Riv. soc.*, n. 1/2010, 257-258; COSTANTINO, *L'Arbitro bancario finanziario*, in *Foro it.*, 2010, X, cc. 278-279; DI PACE, *L'arbitro bancario: il nuovo strumento per « dialogare » con le banche*, in *Amministrazione e finanza*, n. 1/2010, 68 ss.; FANTETTI, *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore e intermediario*, in *Resp. civ.*, n. 12/2010, 855 ss.; GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Milano, 2010, 33; VECCHIO G., *L'arbitro bancario e finanziario si confronta con i "danni punitivi"*, in *Vita notarile*, 2010, 1341 ss. Per uno studio comparato si veda (a cura di) BOCCUZZI, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Ed. Banca d'Italia, n. 68, settembre 2010.

⁽¹²⁾ In *G.U.* n. 222 del 22 settembre 2008.

2009⁽¹³⁾ e più in generale quelle in materia di trasparenza e correttezza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari⁽¹⁴⁾. L'obbligo di adesione al sistema rappresenta quindi « una condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria »⁽¹⁵⁾ ed è stato di recente esteso ai servizi di pagamento in seguito al recepimento della Direttiva 2007/64/CE⁽¹⁶⁾.

Le disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 sono poi state ampiamente riviste al fine di realizzare un maggiore coordinamento con il D.Lgs. n. 28/2010 e in particolare con l'ormai abrogato art. 5, comma 1, tenendo anche conto delle esigenze emerse nella prima fase operativa dell'ABF⁽¹⁷⁾. Per cui oggi non è chiaro in che misura il sindacato di costituzionalità inciderà sulle suddette disposizioni le quali sono state di nuovo modificate il 13 novembre 2012⁽¹⁸⁾. Molto probabilmente la Banca d'Italia provvederà ad una ennesima rettifica volta a sopprimere le norme di collegamento al non più vigente art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010, contenute nelle Disposizioni Applicative. Non è stata invece ritoccata la Delibera CICR la quale anch'essa, allo stato attuale, presenta taluni problemi di armonizzazione.

Nel frattempo, con le sue quasi 5.000 decisioni in materia ban-

⁽¹³⁾ BANCA D'ITALIA, *Disposizioni sui sistemi di risoluzioni stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari* (di seguito « Disposizioni Applicative »), 18 giugno 2009, in *G.U.* n. 144 del 24 giugno 2009, testo sostituito dal Provvedimento di revisione del 15 febbraio 2010 sui servizi di pagamento e, successivamente, dal Provvedimento di revisione del 12 dicembre 2011, entrambi della Banca d'Italia.

⁽¹⁴⁾ BANCA D'ITALIA, *Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti* (di seguito « Disposizioni sulla trasparenza »), 29 luglio 2009, testo sostituito dal Provvedimento 9 febbraio 2011 della Banca d'Italia di attuazione della Direttiva 2008/48/CE sul credito ai consumatori.

⁽¹⁵⁾ Cfr. SOLDATI, *L'Arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, nn. 8-9/2009, 856. Nello stesso senso PIERUCCI, *L'Arbitro Bancario e Finanziario*, in (a cura di) BONELLI EREDE PAPPALRDO STUDIO LEGALE, *Arbitrato*, Milano, Ispoa, 2012, 346.

⁽¹⁶⁾ Ad opera dell'art. 40 del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11.

⁽¹⁷⁾ BANCA D'ITALIA, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, in vigore dal 1° gennaio 2012, pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* n. 294 del 19 dicembre 2011 a seguito della consultazione pubblica sulle proposte di modifica delle Disposizioni Applicative, avviata il 18 luglio 2011 e terminata il 12 settembre 2011.

⁽¹⁸⁾ BANCA D'ITALIA, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari - Testo vigente aggiornato al provvedimento del 13 novembre 2012*, pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* n. 278 del 28 novembre 2012, con il quale è stata inserita una nuova Sezione VI-bis, contenente la disciplina dettagliata del procedimento avviato su istanza del prefetto. Sul punto, vedi *infra* nel testo.

caria⁽¹⁹⁾, l'ABF è assurto ad autorevole fonte di produzione giurisprudenziale, assai utile e ben organizzata per chi voglia accedere ad una approfondita e puntuale applicazione delle disposizioni vigenti al settore in questione⁽²⁰⁾. È quindi ragionevole ipotizzare che, nonostante il venir meno della condizione di procedibilità, i ricorsi all'ABF non subiranno forti diminuzioni, tenuto anche conto della esiguità dei costi del procedimento e della possibilità per il cliente di rivolgersi in ogni momento all'autorità giudiziaria ordinaria.

2. È peculiare il modello organizzativo dell'ABF sia quanto alla sua struttura operativa e al suo *modus operandi*, sia con riguardo alla natura delle decisioni che esso assume⁽²¹⁾.

Sul primo versante, l'ABF si compone di una Segreteria tecnica, la cui attività è svolta dalla Banca d'Italia⁽²²⁾, e di un Organo decidente articolato in Collegi composti da cinque membri⁽²³⁾, dislocati territorialmente nelle sedi di Milano, Roma e Napoli⁽²⁴⁾.

L'ABF costituisce poi uno strumento di ADR di tipo « dichiarativo », che non ricerca la soluzione consensuale di un conflitto tra

⁽¹⁹⁾ Cfr. la Presentazione dell'ultima « *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario* », n. 2/2012.

⁽²⁰⁾ Cfr. SANGIOVANNI, *Le modifiche unilaterali dei contratti bancari fra recenti riforme e decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Obbligazioni e Contratti*, n. 3/2012, 209. Sul punto si veda anche CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *Contratti*, n. 2/2012, 183. Per un'agevole consultazione di tutte le decisioni dell'ABF, v. il sito web: www.arbitrobancariofinanziario.it. Si tenga anche conto che, le nuove Disposizioni di Banca d'Italia prevedono la costituzione di un Collegio con funzioni di coordinamento al fine di evitare orientamenti difformi dei Collegi territoriali (Sez. III, par. 5, Disp. Appl.).

⁽²¹⁾ Per approfondimenti cfr. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorio dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Le Società*, n. 8-9/2012, 953 ss.

⁽²²⁾ Attraverso le apposite strutture costituite nelle sedi di Milano, Roma e Napoli (art. 2, comma 3, Del. Cicr. e Sez. IV, par. 1, Disp. Appl.).

⁽²³⁾ Tra i quali un presidente e due membri scelti dalla Banca d'Italia, un membro designato dalle associazioni degli intermediari a ciò autorizzate dalla Banca d'Italia e un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti (art. 3, comma 1, Delibera Cicr. e Sez. III, par. 2, Disp. Appl.).

⁽²⁴⁾ Cfr. Sez. III, par. 1, Disp. Appl. La Delibera Cicr., all'art. 2, comma 2, dispone infatti che la Banca d'Italia può stabilire che l'Organo decidente sia articolato in più Collegi su base territoriale. Ormai note le critiche mosse da CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, n. 1/2010, 274 e ID, « Cicero pro domo sua », in *Mondo Bancario*, 2011, 3 ss., alla composizione dell'ABF. L'Autore sottolinea infatti la difficoltà dei componenti di giudicare questioni già esaminate in altra sede e richiama la contiguità di questi ultimi verso il sistema bancario. *Contra* GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, n. 1/2010, 665 ss.

le parti ma che muove verso la sua aggiudicazione; assimilabile per ciò a quei sistemi di composizione dei conflitti di tipo decisorio i cui esiti assumono un'efficacia variabile ed il cui mancato adempimento può dar luogo ad una sanzione interna al gruppo ovvero a conseguenze più incisive ed esterne, con un *decisum* che acquisisce forza di legge tra le parti e può essere dotato della forza esecutiva⁽²⁵⁾.

In ciò, l'alternatività, rispetto al procedimento di mediazione istituito col D.Lgs. n. 28/2010, non prefigurava quindi né una comunanza di intenti, né un *iter* procedurale simile, né, tantomeno, effetti equipollenti. L'ABF non è un sistema di tipo conciliativo; lo si evince, se non altro, da almeno due indizi univoci: l'obbligo di in-

(25) Com'è noto, assai vasto è il novero dei sistemi di composizione dei conflitti all'interno della stessa UE. Per questo, le istituzioni europee hanno prima voluto procedere ad una ricognizione dell'esistente per poi muovere in favore di una mediazione di tipo facilitativo per nulla orientata alla decisione delle controversie. Alcune tappe fondamentali in questo *iter* di maturazione sono state: COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde - L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*, COM(93)576, 16 novembre 1993; *Raccomandazione riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, 98/257/CE, 30 marzo 1998, (sui principi-base delle ADR di tipo decisorio/aggiudicativo); *Raccomandazione sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo*, 2001/310/CE, 4 aprile 2001 (sulle ADR di tipo facilitativo/consensuale), emessa a seguito della Risoluzione del Consiglio « *relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo* », 2000/C 155/01, 25 maggio 2000 (v. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4, 2003, 749 ss.); le Direttive 2002/65/CE (sui servizi finanziari a distanza), 2007/64/CE (sui servizi di pagamento), 2008/48/CE (sul credito al consumo). Per un'indagine comparativa di alcuni modelli di ADR, cfr. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, n. 1/2009, 240 ss. e VARANO (ed.), *L'altra Giustizia. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, in (a cura di) MAZZONI - VARANO, *Giuristi stranieri di oggi* (serie di libri). Per un'ampia analisi sui sistemi di ADR per i consumatori in Europa si veda HODGES - BENÖHR - CREUTZFELDT-BANDA, *Consumer ADR in Europe*, Oxford, 2012. Più in generale, si vedano il *Consultation Paper* della COMMISSIONE EUROPEA, *On the Use of Alternative Dispute Resolution as a Means to Resolve Disputes Related to Commercial Transactions and Practices in the European Union*, 2011, in http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/adr_consultation_paper_18012011_en.pdf (consultato il 30 settembre 2012); SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union*, 2009, in http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf (consultato il 30 settembre 2012); STUYCK - TERRYN - COLAERT - VAN DYCK - PERETZ - HOEKX - TERESZKIEWICZ, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings. Final report*, (Catholic University of Leuven), 2007, in http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf (consultato il 30 settembre 2012).

terrompere il procedimento qualora venga constatato l'avvio o l'adesione ad un tentativo di conciliazione da parte del ricorrente (Sez. VI, par. 2, Disp. Appl.)⁽²⁶⁾ e le stesse indicazioni fornite dalla Banca d'Italia, la quale esclude espressamente la natura conciliativa dell'ABF il cui compito è invece "quello di assumere una decisione"⁽²⁷⁾ per quanto essa possa dirsi "... comunque inidonea a sostituirsi a quella dell'autorità giudiziaria"⁽²⁸⁾.

In effetti, di decisione si tratta; essa viene adottata tenendo conto della documentazione versata in atti e si fonda sul dato normativo, primario e secondario, ivi compresi i codici di condotta cui l'intermediario aderisca. La decisione viene inoltre debitamente motivata (art. 6, comma 5, Del. Cicr. e Sez. VI, par. 3, Disp. Appl.). L'Organo decidente distribuisce così « ragione e torto » tra l'intermediario e il cliente senza che la decisione assuma effetti vincolanti per le parti. Piuttosto, al fine di favorire l'effetto deflattivo dell'istituto, è stata prevista una sanzione di tipo « reputazionale », attraverso la pubblicazione dell'inottemperanza dell'intermediario alla decisione dell'ABF che accoglie il ricorso⁽²⁹⁾ (art. 6, comma 7, Del. Cicr. e Sez. VI, par. 4, Disp. Appl.) e senza però riconoscere al cliente alcun rimedio specifico, salvo potersi sempre rivolgere all'autorità giudiziaria (art. 6, comma 8, Del. Cicr. e Sez. VI, par. 3, Disp. Appl.).

Anche il *nomen iuris* « arbitro » è utilizzato in senso atecnico, non essendo l'ABF riconducibile né all'arbitrato né all'arbitraggio. Non può essere l'uno atteso l'obbligo, espresso dal legislatore, di aderirvi. Si riprodurrebbero altrimenti, in questa sede, i dubbi di legittimità costituzionale già sollevati dagli arbitrati obbligatori *ex lege*⁽³⁰⁾. Non si tratta di arbitraggio, almeno secondo l'opinione prevalente, giacché sia il cliente che l'intermediario demandano all'ABF non di colmare una lacuna di carattere eminentemente tecnico, ma di assumere un parere *pro veritate* di natura giuridica, non

⁽²⁶⁾ Sul punto vedi meglio *infra* al par. 6.

⁽²⁷⁾ Resoconto della consultazione sulle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, giugno 2009, 8.

⁽²⁸⁾ *Id.*

⁽²⁹⁾ Si veda per tutti CAPOBIANCO, *op. cit.*, 13.

⁽³⁰⁾ Corte cost., 6 giugno 2005, n. 221 in *Raccolta ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale*, 2005, 285 ss. Si veda anche FERRETTI, *L'Arbitrato e l'ADR nel settore bancario*, in (a cura di) RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010, 1570.

vincolante per le parti, all'inosservanza del quale fa seguito al massimo, e per il solo intermediario bancario, la predetta sanzione reputazionale ⁽³¹⁾.

Altri ritengono che l'intero meccanismo faccia capo alla funzione di vigilanza di cui è investita la Banca d'Italia con il che l'ABF costituirebbe un subprocedimento che si inserisce all'interno di una più estesa attività di natura amministrativa, sottoposta come tale alla legge n. 241/1990 e finalizzata all'efficienza del sistema finanziario. L'art. 128-bis è infatti collocato all'interno del Capo III sulle *Regole generali e controlli* del Titolo VI T.U.B. e la stessa sanzione è irrogata non dal Collegio ma dalla Banca d'Italia attraverso la sua Segreteria tecnica. Da ciò si desumerebbe che la potestà sanzionatoria derivi non tanto dalla previa adesione dell'intermediario all'ABF, quanto direttamente dai poteri di vigilanza della Banca centrale italiana ⁽³²⁾. Si tratterebbe pertanto di un atto interno al procedimento amministrativo, una sorta di «... *dichiarazione di giudizio relativa e successiva ad accertamenti tecnici complessi* » ⁽³³⁾.

Altri ancora ritengono l'ABF un metodo di risoluzione delle controversie *sui generis* fondato sul prestigio della Banca d'Italia e assimilabile, entro certi limiti, a tecniche di *early neutral evaluation* ⁽³⁴⁾.

La Corte costituzionale, dal suo canto, ha negato natura giurisdizionale all'organo, pur riconoscendo carattere giudiziale alla sua funzione di « *procedere ed adottare le proprie determinazioni secundum ius* » ⁽³⁵⁾.

⁽³¹⁾ Sul punto v. TAVORMINA, *L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de « I nuovi mostri »)*, in *Corr. giur.*, n. 7/2011, 1028-1029; DESARIO, *Profili di impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, n. 4/2011, 495 ss.

⁽³²⁾ Ciò sarebbe confermato dalle nuove Disposizioni Applicative che hanno chiarito che la mancata adesione dell'intermediario all'ABF non preclude il ricorso del cliente ma incide sul piano sanzionatorio con l'applicazione dell'art. 144, comma 4 T.U.B. (Sez. II, nota 1).

⁽³³⁾ Cfr. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e « sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie »*, in *Le Società*, 1/2011, 87 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale (nota a C. Cost. 21.7.2011, n. 218)*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 3/2011, 133; PERASSI, *op. cit.*, 153; CONSOLO - STELLA, *op. cit.*, 125; CARADONNA - BOSSI, *L'Arbitro Bancario Finanziario quale strumento di gestione delle liti fra gli intermediari finanziari e la propria clientela*, in *Riv. dott. comm.*, n. 2/2010, 292 (nota 2).

⁽³⁵⁾ Cfr. C. cost., ord. 21 luglio 2011, n. 218, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 3/2011, 117 ss., con nota di ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale* e in *Corr. giur.*, 2011, 1652 ss., con nota di CONSOLO - STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a*

Si aggiunga che la natura del procedimento rileva anche sul piano dei rimedi azionabili avverso la decisione, per quanto non vincolante, dell'ABF ⁽³⁶⁾. Al riguardo, le nuove Disposizioni Applicative offrono un procedimento di correzione della decisione affetta da omissioni, errori materiali o di calcolo, dinanzi allo stesso ABF, che può essere azionato dalla « parte interessata » e dunque sia dal cliente che dall'intermediario (Sez. VI, par. 5, Disp. Appl.).

3. Regole particolari l'ABF prevede anche in ordine alla legittimazione, attiva e passiva, a promuovere il procedimento.

Anzitutto, lo *ius agendi* è riconosciuto al solo cliente, considerato parte debole del rapporto, e non anche all'intermediario; ciò per l'evidente squilibrio dei poteri contrattuali dei soggetti coinvolti. Invero, inizialmente, l'art. 128-*bis* T.U.B. faceva riferimento al « consumatore » poiché l'intera disciplina si iscriveva all'interno della più ampia politica consumeristica avviata dalle istituzioni europee ⁽³⁷⁾. Successivamente, l'art. 1, comma 6 del D.Lgs. n. 303/2006 ⁽³⁸⁾ ha modificato l'art. 128-*bis* T.U.B. sostituendo il termine « consumatore » con « cliente » ⁽³⁹⁾, al fine di estendere la possibilità di adire l'ABF anche ai soggetti che instaurano rapporti con l'intermediario

quello dell'arbitrato, del nuovo ABF, « scrutatore » di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria. In quell'occasione la Corte costituzionale si era pronunciata in merito all'« ordinanza » del Collegio di Napoli del 6 luglio 2010 in www.judicium.it con nota di MAIONE, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*, che ipotizzava una legittimazione *a quo* dell'ABF a sollevare questioni di costituzionalità. Ipotesi che è stata poco dopo smentita direttamente dalla suddetta ordinanza della Consulta.

⁽³⁶⁾ Nel Provvedimento 28 aprile 2011 del Collegio di Milano si è ammessa ad esempio in via analogica l'impugnabilità per revocatoria *ex art.* 395 c.p.c. delle delibere dell'ABF. Il provvedimento è contenuto in *Le Società*, n. 4/2012, 437 con nota (*contra*) di MAIONE, *Forma e sostanza delle delibere dell'Arbitro Bancario Finanziario*.

⁽³⁷⁾ Sul ruolo assunto, in questa prospettiva, dalla Banca d'Italia, si veda, di recente ROSSI, *La tutela del consumatore di servizi bancari e finanziari: quadro normativo e competenze della Banca d'Italia*, CNEL, Roma 12 luglio 2012, 8 ss.; TARANTOLA, *La Banca d'Italia e la tutela del consumatore nei servizi bancari e finanziari*, Ventennale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma 19 marzo 2010, 10-11, entrambi in www.banccaditalia.it, interventi degli altri Membri del Direttorio.

⁽³⁸⁾ *Coordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.) e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.)*, in *G.U.* n. 7 del 10 gennaio 2007, S.O. n. 5.

⁽³⁹⁾ Nell'ambito delle operazioni di *factoring*, la Delibera Cicr. (art. 1, comma 1, lett. a) e le Disposizioni Applicative (Sez. I, par. 3) chiariscono che per cliente deve intendersi il cedente nonché il debitore ceduto che abbia concordato con il cessionario la concessione di una dilazione di pagamento.

per scopi imprenditoriali ⁽⁴⁰⁾. Ma non tutti i dubbi potevano così dirsi risolti poiché la definizione di cliente, data dalle Disposizioni Applicative prima della revisione del 2011, ricomprendeva solo chi fosse legato all'intermediario da un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento (art. 1, comma 1, lett. a, Del. Cicr. e Sez. 1, par. 3, Disp. Appl. *ante* riforma). Permanevano quindi dubbi sulla legittimazione attiva di tutti quei soggetti che, sebbene non avessero rapporti negoziali con l'intermediario, erano comunque titolari di un interesse qualificato a ricorrere all'ABF ⁽⁴¹⁾.

È il caso delle fattispecie che, pur in presenza di « contatti qualificati » tra il cliente e l'intermediario, non erano sfociate nella conclusione del contratto. In questi casi, il problema non sarebbe sorto se le Disposizioni Applicative avessero adottato sin dal principio la più estesa definizione di « cliente » contenuta nelle Disposizioni sulla trasparenza, le quali considerano tale anche chi « intenda entrare in relazione » con l'intermediario ⁽⁴²⁾. In assenza di tale previsione, era intervenuta la « giurisprudenza » dell'ABF che in via eteronoma aveva provveduto ad estendere il campo di operatività dell'istituto anche a simili fattispecie. Così, uniformandosi all'orientamento consolidato in tema di interruzione ingiustificata delle trattative (art. 1337 c.c.) ⁽⁴³⁾, l'ABF aveva accolto il ricorso del cliente al

⁽⁴⁰⁾ Continuano tuttavia ad essere esclusi dalla nozione di cliente « *i soggetti che svolgono in via professionale attività nei settori bancario, finanziario, assicurativo, previdenziale e dei servizi di pagamento* » (art. 1, comma 1, lett. a, Del. Cicr. e Sez. 1, par. 3, Disp. Appl.). Ciò, ovviamente, salvo che costoro « *agiscano per scopi estranei all'attività professionale* » che svolgono (Sez. I, par. 3 Disp. Appl.). L'ABF ha così rilevato carenza di legittimazione attiva nei confronti di un intermediario finanziario (Decisione n. 2649 del 2 dicembre 2011) e di una società iscritta all'albo dei mediatori creditizi (Decisione n. 119 del 14 gennaio 2011). Per un'analisi dei casi limite di utilizzo della definizione di consumatore cfr. TROMBETTI, *L'ulteriore elaborazione della nozione di consumatore*, nota a Cass. civ., ordinanza n. 6802 del 20 marzo 2010, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 27 ss.; DELLI PRISCOLI, *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in *Contratto e impresa*, n. 2/2007, 1533 ss.

⁽⁴¹⁾ Per ulteriori approfondimenti cfr. DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Ed. Banca d'Italia, n. 70, giugno 2011, 35 ss.

⁽⁴²⁾ Sez. I, par. 3, Disp. Trasp.

⁽⁴³⁾ Richiamato dall'ABF più precisamente negli arresti della Cassazione: 8 ottobre 2008, n. 24795 (in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 3/2009 205 ss., con commento di CONFORTI, *Responsabilità precontrattuale e dovere di informazione*; in *Foro it.*, 2009, II, cc. 440 ss., con nota di SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area de-*

quale l'intermediario, dopo lunghe negoziazioni che avevano generato un legittimo affidamento alla conclusione del contratto, non aveva infine concesso il finanziamento, sul presupposto che tale diniego fosse contrario al principio di buona fede⁽⁴⁴⁾. Mentre non era stato accolto il ricorso del cliente coinvolto in trattative di breve durata.

Per questi motivi, ed al fine di risolvere i predetti inconvenienti, le nuove Disposizioni Applicative hanno esteso la nozione di cliente a colui che sia entrato « in relazione » con un intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari, così estendendo il campo operativo dell'istituto alle trattative precontrattuali (Sez. I, par. 3, Disp. Appl.).

Il ricorso all'ABF viene quindi consentito anche nel caso di un intermediario che inserisce erroneamente il nome del ricorrente, a lui completamente estraneo, all'interno della « Centrale Rischi » così impedendo a quest'ultimo di ricevere un finanziamento da parte di un altro istituto bancario⁽⁴⁵⁾. Il Collegio ha ribadito, in tal caso, che la nozione di « cliente » si riferisce a chi sia entrato anche solo in contatto con la banca, come nella circostanza in cui l'intermediario violi, nei confronti di un soggetto, gli elementi essenziali dell'obbligo di diligenza. Diversamente, in analoga circostanza riguardante invece l'iscrizione nella Centrale d'Allarme Interbancaria⁽⁴⁶⁾ (CAI), il Collegio ha rilevato una responsabilità contrattuale⁽⁴⁷⁾.

Sempre sul versante di chi può ricorrere all'ABF, merita infine

gli obblighi di informazione; in *I Contratti*, n. 1/2009, 65 ss., con nota di ROMEO, *La responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido*; 29 marzo 2007, n. 7768, (in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 3); 18 giugno 2004, n. 11438 (in *I Contratti*, 2005, 144).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Decisione n. 445 del 27 maggio 2010 e Decisione n. 297 dell'11 febbraio 2011.

⁽⁴⁵⁾ V. la Decisione ABF n. 613 del 24 giugno 2010. Sul punto si vedano anche BANCA D'ITALIA, *Sintesi dell'attività svolta dall'Arbitro bancario finanziario (Abf) al 31 marzo 2010*, in *Foro it.*, n. 10/2010, c. 282. Specificamente sul profilo del danno da erronea o abusiva segnalazione alla Centrale rischi creditizi, tra gli altri, cfr. MARTORANO, *Tutela della privacy e responsabilità nella gestione delle centrali dei rischi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova 2010, 509 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Centrali dei rischi creditizi e normativa di privacy: informazione e controlli dell'interessato*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/2003, 423 ss.

⁽⁴⁶⁾ Per ulteriori approfondimenti si veda AA.VV., *La Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Ed. Banca d'Italia, n. 59, settembre 2007.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Decisione n. 422 del 20 maggio 2010. Sui casi di illegittime iscrizioni alla CAI sottoposti alla cognizione dell'ABF si veda SANTONI, *La centrale d'allarme interbancaria a un decennio dalla sua introduzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, n. 5/2011, 564 ss.

segnalare il singolare ruolo recentemente riconosciuto al Prefetto in merito a questioni inerenti l'attività creditizia. Esso infatti, su istanza del cliente, è tenuto a richiedere previamente alla banca interessata informazioni sulla meritevolezza del credito sul quale è sorta contestazione e, se lo ritiene opportuno, sottopone la segnalazione all'ABF, con obbligo per quest'ultimo di pronunciarsi entro 30 giorni⁽⁴⁸⁾.

La legittimazione passiva spetta invece agli intermediari, ossia banche, intermediari finanziari iscritti negli elenchi previsti dall'articolo 106 T.U.B., confidi iscritti nell'elenco previsto dall'art. 112 T.U.B., istituti di pagamento e di moneta elettronica, Poste Italiane S.p.a., in relazione all'attività di bancoposta. Nella nozione sono ricomprese anche banche e intermediari esteri che svolgono in Italia operazioni e servizi al pubblico disciplinati dal titolo VI del T.U.B. (Sez. I, par. 3, Disp. Appl.). Gli intermediari che hanno sede all'interno di altro Stato membro e che svolgono la propria attività in Italia possono scegliere di non aderire all'ABF purché abbiano preso parte ad un sistema alternativo delle controversie iscritto alla rete Fin.Net (Sez. II, Disp. Appl.)⁽⁴⁹⁾. In tal modo, il cliente italiano, il quale abbia intenzione di ricorrere contro l'intermediario estero che non ha aderito all'ABF, può ugualmente ottenere dalla Segreteria tecnica assistenza e informazioni sul relativo sistema di ADR estero. Anche l'ABF aderisce alla rete Fin.Net e pertanto può essere adito da clienti residenti o domiciliati in altro Stato membro che intendano ricorrere contro intermediari italiani, ove ciò sia concesso dalla normativa di tale Stato (Sez. VII, par. I, Disp. Appl.)⁽⁵⁰⁾.

4. Anche l'ambito oggettivo di operatività dell'ABF è molto circoscritto, *ratione materiae* e *ratione pretii*. Lo si intuisce dalle

⁽⁴⁸⁾ Art. 1, comma 1-*quinquies* Legge 18 maggio 2012, n. 62, « Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 24 marzo 2012, n. 29, concernente disposizioni urgenti recanti integrazioni al decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, e al decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, in G.U. n. 117 del 21 maggio 2012. La disciplina sul procedimento avviato su istanza del Prefetto è contenuta nella nuova Sezione VI-bis delle Disp. Appl.

⁽⁴⁹⁾ Promossa dalla Commissione Europea dal 2001. Cfr. il sito http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_en.htm. Grazie a tale rete, il cliente che intende ricorrere contro un intermediario estero può rivolgersi direttamente al sistema ADR nazionale che lo metterà in contatto con l'apposito sistema del Paese in cui ha sede l'intermediario, sempre che vi faccia parte.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. per tutti SOLDATI, *op. cit.*, nota 16, 857.

stesse regole fondative del sistema, le quali si trovano nel Titolo VI del T.U.B. relativo alla trasparenza delle condizioni contrattuali riconducibili a operazioni e servizi bancari, finanziari. L'ABF si occupa pertanto solo delle controversie aventi ad oggetto servizi e attività rientranti nello stesso Titolo e non, ad esempio, di quelle individuate ai sensi dell'art. 23, comma 4, del Testo Unico della Finanza (T.U.F.)⁽⁵¹⁾, relative ad attività e servizi di investimento, al collocamento di prodotti finanziari, ad operazioni e servizi componenti di prodotti finanziari finalizzati all'investimento⁽⁵²⁾. Talvolta, risulta in concreto difficile stabilire a quale disciplina ricondurre talune fattispecie, come nel caso dei cd « prodotti composti »⁽⁵³⁾, assoggettati sia al T.U.B. che al T.U.F. Per cui si è reso necessario utilizzare il criterio della prevalenza delle finalità delle operazioni e dei servizi oggetto di contestazione⁽⁵⁴⁾.

Inoltre, le Disposizioni Applicative impediscono all'ABF di statuire sul risarcimento di danni derivanti da cause non riconducibili all'inadempimento dell'intermediario, su beni materiali o servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto (come quelle sui vizi del bene concesso in *leasing*), su contratti collegati a quello stipulato con l'intermediario⁽⁵⁵⁾.

Altro limite all'operatività dell'ABF — dettato dalla Delibera Cicr. (art. 2, comma 4) e dalle Disposizioni Applicative (Sez. I, par. 4) — riguarda il valore delle controversie aventi ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro. Possono infatti formare oggetto di cognizione da parte dell'Organo solo quelle non superiori a € 100.000. Ma anche questo aspetto non può dirsi esente da dubbi, in particolare sulla possibilità, per il creditore, di chiedere l'adempimento

⁽⁵¹⁾ D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, *Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52*, in *G.U.* n. 71 del 26 marzo 1998. L'esclusione è operata direttamente dalle Disp. Appl. (Sez. I par. 4).

⁽⁵²⁾ Per un'attenta analisi si veda GUCCIONE - RUSSO, *op. cit.*, 491 ss.

⁽⁵³⁾ Ossia tutti quei prodotti ibridi, con una componente di natura di investimento o assicurativa e altra di natura bancaria o comunque riconducibile al titolo VI del T.U.B.. Alcune linee guida a riguardo sono reperibili nelle Disposizioni sulla trasparenza nella Sez. I, par. 1.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Decisione ABF n. 17 del 2 febbraio 2010.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. art. 2, comma 5, Delib. Cicr. e Sez. I, par. 4, Disp. Appl.. Per un'analisi delle controversie demandabili all'ABF si veda GIORGETTI, *L'arbitro bancario finanziario muove i primi passi* », (a cura della) COMMISSIONE ARBITRATO DELL'ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI, in *Dir. e prat. soc.*, n. 3/2010, 88 (la prima parte dell'articolo è invece di CARADONNA).

mento frazionato di un credito unitario; questione sulla quale si riscontrano posizioni discordanti ⁽⁵⁶⁾. Incertezze sul valore potrebbero sorgere anche in merito ad una controversia avente ad oggetto una obbligazione plurisoggettiva. L'art. 11 c.p.c. stabilisce infatti che, in questi casi, il valore della causa è determinato dall'intera obbligazione. Non essendo tuttavia l'ABF sottoposto alle regole processual-civilistiche, quest'ultimo potrebbe statuire su una controversia di valore eccedente i € 100.000 nel caso in cui la quota della parte istante sia al di sotto di tale soglia. Mentre resterebbero escluse dalla cognizione del Collegio le questioni incidentali di valore superiore legate da un rapporto di pregiudizialità-dipendenza al ricorso principale ⁽⁵⁷⁾. È quindi evidente che, anche qui, la natura ibrida dell'ABF genera taluni dubbi che si riverberano sull'operatività dell'istituto, atteso peraltro che lo stesso Organo decidente, in altre, frequenti circostanze, non ha mancato di richiamare norme e principi del codice di rito e orientamenti giurisprudenziali della suprema Corte ⁽⁵⁸⁾.

Nessun limite di valore è invece previsto per le domande ri-

⁽⁵⁶⁾ Sul punto, favorevole alla frazionabilità dell'importo, COSTANTINO, *La istituzione dell'« Arbitro Bancario Finanziario »*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 301. *Contra* si veda QUADRI, *L'« Arbitro Bancario Finanziario » nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 6/2010, 313, il quale si dice contrario argomentando sulla base dei principi di correttezza e buona fede, oltre che su esigenze processuali, e richiamando la nota sentenza delle S.U. del 15 novembre 2007, n. 23726 (in *Foro it.*, 2008, V, cc. 1514 ss., con nota di PALMIERI - PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile* e di CAPONI R., *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 458 ss., con commento di FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite* e di COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione*; in *Giur. it.*, 2008, 929 ss.; in *Riv. dir. civ.*, 2008, 335 ss., con nota di DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato* e di DALLA MASSERA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il "ripensamento" delle Sezioni Unite*; in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1435 ss., con nota di GOZZI, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*). L'ABF sembrerebbe invece in linea con quest'ultima posizione. Nella Decisione n. 1749 del 7 settembre 2011, il Collegio, dopo aver riunito due ricorsi « per la perfetta identità delle parti in causa (...) e dei fatti posti a fondamento delle domande formulate dal ricorrente », ne ha sancito l'improcedibilità per incompetenza per valore. Ha inoltre aggiunto che « in questa prospettiva, la presentazione del secondo ricorso appare come un tentativo da parte del ricorrente di frammentare le proprie richieste risarcitorie e restitutorie, finalizzato a eludere il limite massimo di valore ».

⁽⁵⁷⁾ Si veda a riguardo AULETTA, *op. cit.*, 85.

⁽⁵⁸⁾ All'applicazione dei principi giurisprudenziali della Corte costituzionale fa direttamente riferimento l'ultima « *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario* », cit., all'interno della Presentazione.

guardanti il mero accertamento di diritti, obblighi o facoltà (art. 2, comma 4, Del. Cicr. e Sez. I, par. 4, Disp. Appl.).

Infine, l'ABF è soggetto ad una limitazione *ratione temporis*, non essendo possibile sottoporla a controversie anteriori al 1° gennaio 2009 (Sez. I, par. 4, Disp. Appl.). Tale limite, fissato in precedenza al 1° gennaio 2007, è stato posticipato a far data dal 1° luglio 2012, secondo le modifiche apportate dalla nuova disciplina. In vigenza delle vecchie Disp. Appl. il criterio era stato tuttavia interpretato in modo estensivo dall'Organo decidente il quale aveva ritenuto di poter esaminare fattispecie che, sebbene sorte prima di quella data, rimanevano produttive di effetti anche successivamente. Resta ferma l'operatività della prescrizione (Sez. I, par. 4, Disp. Appl., nota 3), che è onere del resistente eccepire, non essendo rilevabile d'ufficio (59).

5. Già prima dell'introduzione dell'ABF, il settore bancario e finanziario aveva sperimentato il ricorso a sistemi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione ordinaria, al fine di tutelare la minor forza contrattuale della clientela rispetto agli intermediari. Dette ADR poggiavano su basi privatistiche e volontaristiche (60).

Nel 1993, su iniziativa dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI), veniva così sottoscritto un accordo interbancario che comportava, per le banche aderenti, la costituzione di un Ombudsman deputato a prestare ulteriore attenzione alle doglianze dei clienti rispetto alle decisioni assunte dall'Ufficio reclami (61). Successivamente, nel 2006, l'ABI ha

(59) Cfr. Decisione n. 882 del 6 settembre 2010.

(60) Sull'evoluzione dei sistemi di risoluzione delle controversie nel sistema bancario e finanziario, dall'Ombudsman bancario all'ABF, si vedano in particolare: BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratti*, n. 4/2010, 422 ss.; MAIMERI, *L'Arbitro Bancario Finanziario: dall'iniziativa degli operatori all'imperio legislativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, cit., 405 ss.; PELLEGRINI M., *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in (a cura di) CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010, 864 ss. e in (a cura di) URBANI, *L'attività delle banche*, Padova, 2010, 544 ss.; FERRETTI, *op. cit.*, 1560 ss.; FABRIZIO, *Autoregolamentazione e tutela dei risparmiatori: ipotesi di istituzione di un Ombudsman settoriale per i mercati finanziari*, in *Riv. bancaria*, n. 1/1997, 107 ss.

(61) In argomento, si ricordino BERLINGUER, *L'arbitrato nel diritto bancario e nel mercato mobiliare*, in (a cura di) RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 225 ss.; SANGIORGIO - CARRIERO, *L'Ombudsman bancario*, in (a cura di) PROSPERETTI - COLAVOLPE, *Banche, Assicurazioni e gestori di risparmio*, Milano, 2009, 203 ss.; CARRIERO,

promosso l'istituzione del Conciliatore Bancario Finanziario, quale associazione senza scopo di lucro con il compito di gestire procedure di conciliazione nel settore bancario, finanziario e societario⁽⁶²⁾; il Conciliatore bancario ha a tal fine ottenuto iscrizione nell'apposito registro ministeriale degli Organi di conciliazione⁽⁶³⁾. Attualmente, a seguito di diverse modifiche che hanno comportato la costituzione di un organismo unitario, l'Associazione, con la nuova denominazione di *Conciliatore Bancario Finanziario - Associazione per la soluzione delle controversie bancarie, finanziarie e societarie - ADR*⁽⁶⁴⁾, offre i seguenti servizi: a) Ombudsman-Giurì Bancario (secondo la più recente denominazione); b) mediazione; c) arbitrato.

Evidente quindi la significativa diversità di approccio perseguita poi con la costituzione dell'ABF. Con essa si è inteso, in buona sostanza, sostituire forme pregresse di ADR di settore, sorte dall'autoregolamentazione di categoria, con un sistema di tipo istituzionale ed obbligatorio⁽⁶⁵⁾. L'ABF si è infatti sostituito all'Ombudsman-

L'Ombudsman garante della correttezza bancaria, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 3/1995, 481 ss.; *Id.*, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'« ombudsman » bancario*, in *Foro it.*, n. 5/2002, cc. 249 ss.; PRATIS, *L'Accordo interbancario del 1993 per l'istituzione dell'ufficio reclami degli enti creditizi e dell'Ombudsman bancario nell'ambito della tutela del consumatore. Raffronto con analoghi sistemi di altri Paesi della CEE*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, 218 ss.

⁽⁶²⁾ Sul punto, si veda CONTI, *Il Conciliatore Bancario e gli organismi di conciliazione nel sistema di soluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Bancaria*, n. 4/2007, 10 ss.

⁽⁶³⁾ Il Conciliatore Bancario è iscritto al n. 3 del registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione tenuto dal Ministero della Giustizia.

⁽⁶⁴⁾ Il 28 novembre 2011 è entrato in vigore il nuovo Regolamento di procedura per la mediazione dell'Organismo di conciliazione bancaria gestito dal Conciliatore Bancario e Finanziario ai sensi del D.M. 18 ottobre 2010, n. 180, *Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, in *G.U.* n. 258 del 4 novembre 2010, modificato dal D.M. 6 luglio 2011, n. 145, *Regolamento recante modifica al d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, in *G.U.* n. 197 del 25 agosto 2011. In arg., cfr. CONTALDO - GORGA, *La mediazione civile e commerciale alla luce del D.M. 180 del 4 novembre 2010*, in *Corr. giur.*, n. speciale 1/2011, 5 ss.; MANIARI, *La mediazione ai blocchi di partenza: il Regolamento di attuazione*, in *Rass. dir. civ.*, n. 1/2011, 304 ss.; MINERVINI, *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contratto e impresa*, n. 2/2011, 339 ss.; VALERINI, *Il nuovo decreto ministeriale sulla mediazione tra innovazioni e correzioni di rotta*, in *Contratti*, n. 12/2010, 1179 ss.

⁽⁶⁵⁾ Per ulteriori approfondimenti cfr. BAIONA, *I confini tra regolazione pubblica e privata nel sistema bancario e finanziario italiano*, in *Giur. it.*, n. 6/2010, 1469 ss.; SANGIOR-

Giurì Bancario nella quasi totalità delle controversie dell'ambito oggetto di analisi.

Dal momento in cui è divenuto operativo l'ABF, l'Ombudsman-Giurì Bancario ha comunque continuato ad occuparsi di controversie relative ad attività e servizi di investimento (nonché ad altre tipologie di operazioni non assoggettate al titolo VI del T.U.B.), non superiori a € 100.000 (se è richiesta la corresponsione di una somma di denaro), esclusi dalle materie affidate all'ABF⁽⁶⁶⁾. Condividono invece la cognizione sulle attività e servizi di investimento l'Ombudsman-Giurì Bancario ed il procedimento di conciliazione gestito dalla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob⁽⁶⁷⁾. Ma mentre il ricorso a quest'ultimo (così come quello all'ABF) assolveva la condizione di procedibilità apposta dall'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010 in via alternativa alla mediazione; non soddisfaceva tale requisito il ricorso all'Ombudsman-Giurì Bancario.

In sintesi, dunque, l'art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010 prevedeva quale alternativa per i servizi bancari e finanziari una forma di ADR di tipo decisorio, sebbene non vincolante; per i servizi di investimento era prevista invece una procedura di ADR di tipo conciliativo. Il Conciliatore Bancario soddisfaceva la condizione di procedibilità del D.Lgs. n. 28/2010 unicamente nella sua attività di mediazione.

6. Com'è evidente, molte sono le riflessioni che un'offerta così eterogenea di strumenti di composizione delle liti genera in or-

GIO, *Un esempio di giustizia « domestica » alternativa a quella dell'a.g.o.: l'Ombudsman-Giurì Bancario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, n. 3/2009, 353 ss.

⁽⁶⁶⁾ Vedi art. 7 del *Regolamento per la trattazione dei reclami e dei ricorsi in materia di servizi e attività d'investimento* dell'Ombudsman-Giurì Bancario entrato in vigore il 15 ottobre 2009.

⁽⁶⁷⁾ L'art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010 prevede quale alternativa alla mediazione, oltre che il procedimento istituito ai sensi dell'art. 128-bis T.U.B., anche quello previsto dall'art. 4 D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, rubricato *Istituzione di procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo e fondo garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262*, e disciplinato in dettaglio dagli artt. 7-16 del *Regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob e le relative procedure*, adottato dalla Consob con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008. L'art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010 non richiama invece il meccanismo arbitrale affidato ugualmente alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob. Sul punto, v. GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, n. 3/2008, 301 ss.; COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi d'investimento*, in *Le Società*, n. 1/2007, 8 ss.

dine ai rapporti tra gli istituti citati e la giurisdizione, rispetto alla quale operava la condizione di procedibilità sancita dall'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010 ⁽⁶⁸⁾.

L'ABF consiste infatti in un istituto che evoca i « *tratti tipicamente caratterizzanti i procedimenti preordinati alla tutela dei diritti* » ⁽⁶⁹⁾ essendo l'intero procedimento centrato sul principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.) e attento a che il cliente, al momento del ricorso (*rectius* al momento del precedente reclamo all'intermediario di cui sia rimasto insoddisfatto, che delimita l'oggetto della contestazione e del successivo ricorso all'ABF, Sez. VI, par. I, Disp. Appl.), individui *petitum* e *causa petendi*. I Collegi fanno inoltre largo uso di altri principi processuali consentendo l'ammissibilità del giudizio su richiesta implicitamente contenuta nella domanda ⁽⁷⁰⁾ ed applicando il principio di non contestazione (art. 115 c.p.c.) ⁽⁷¹⁾; alle stesse parti è richiesto altresì di assolvere all'onere probatorio secondo i criteri ordinari ⁽⁷²⁾.

La pronuncia è infine emessa a seguito di una fase istruttoria

⁽⁶⁸⁾ Sui problemi di carattere processuale determinati dalla suddetta condizione si veda BATTAGLIA, *La nuova mediazione « obbligatoria » e il processo oggettivamente e soggettivamente complesso*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 126 ss.; BUFFONE, *Diritto processuale della mediazione*, in *Giur. merito*, n. 10/2011, 314 ss.; DE SANTIS, *Mediazione obbligatoria e domande riconvenzionali*, in *ADR Magazine*, n. 1/2011, 15 ss. Da ultimo, sull'estensione della condizione di procedibilità alla domanda riconvenzionale, si veda anche Trib. Roma, sez. Ostia, ordinanza del 15 marzo 2012 in www.personaedanno.it con il commento di BARIZZA, *Procedimento di mediazione: condizione di procedibilità anche per la riconvenzionale*; Trib. Firenze, decreto di differimento di udienza 14 febbraio 2012, in http://www.ca.milano.giustizia.it/documentazione/D_712.pdf. Particolare la posizione di Trib. Palermo, sez. Bagheria, ordinanza 11 luglio 2011, in www.personaedanno.it con il commento di BARIZZA, *op. cit.*

⁽⁶⁹⁾ Cfr. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le Società*, n. 10/2011, 1218.

⁽⁷⁰⁾ L'ABF, nella Decisione n. 1434 del 6 dicembre 2010, richiama in particolare: Cass. 17 gennaio 2002, n. 475, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 76 e Cass. 11 ottobre 2006, n. 21745, in *Foro it. Rep.*, 2006, voce *Appello civile*, n. 99. Cfr. DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, cit., 45.

⁽⁷¹⁾ Cfr. Decisioni n. 23 dell'8 febbraio 2010 e n. 472 del 31 maggio 2010. L'ABF fa riferimento, tra le altre, a Cass. 19 agosto 2009, n. 18399, in *Obbligazioni e contratti*, n. 12/2010, 811 ss. con nota di FOLLIERI, *L'interruzione della prescrizione: recettività e momento perfezionativo della notifica* e Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191, in *Mass. Giur. it.*, 2008, 312. Cfr. DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, cit., 46 ss. Più in generale si veda CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.*, n. 4/2011, cc. 99 ss.; TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, n.1/2011, 76 ss.

⁽⁷²⁾ Cfr. Decisione n. 506 dell'8 giugno 2010. Sugli indirizzi dell'ABF in tema di onere della prova si veda BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'Attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, n. 1/2010, 39, consultabile sul sito dell'ABF.

curata dalla Segreteria tecnica territorialmente competente alla quale giungono le allegazioni delle parti in lite (art. 5, commi 2 e 3, Del. Cicr.; Sez. IV, par. 1 e Sez. VI, par. 2, Disp. Appl.). La documentazione così raccolta è alla base dell'atto finale dell'Organo decidente il quale si pronuncia alla stregua di un giudice, chiamato ad applicare la legge, i regolamenti e i codici di condotta cui l'intermediario abbia eventualmente aderito (art. 6, comma 5, Del. Cicr. e Sez. VI, par. 3, Disp. Appl.).

In particolare, sotto l'egida dell'art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010, le Disposizioni Applicative avevano ricevuto talune rettifiche volte ad armonizzare le regole per il ricorso dinanzi l'ABF con la normativa della mediazione obbligatoria. Sebbene a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della suddetta disciplina tali modifiche appaiono oggi ultronee — sembrando invece più coerenti con l'assetto attuale le precedenti Disposizioni Applicative — al momento esse permangono, tenuto anche conto della possibilità sempre aperta di reintroduzione della condizione di procedibilità.

Secondo la precedente disciplina, non si poteva infatti proporre ricorso all'ABF qualora la controversia fosse già stata sottoposta all'AGO (Sez. I, par. 4, Disp. Appl.); il Collegio era inoltre obbligato ad estinguere il procedimento se, in sua costanza, l'intermediario adiva il giudice ordinario e il cliente non manifestava interesse a proseguire il procedimento avviato dinanzi all'Organo decidente (Sez. VI, par. 3, Disp. Appl.). Queste disposizioni non erano per nulla coerenti con la previsione dell'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010 in base al quale, se il convenuto eccepiva o il giudice rilevava, entro la prima udienza, il mancato esperimento del tentativo di conciliazione, veniva fissato un termine per presentare la domanda di mediazione. Vero: l'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010 parlava solo di « mediazione » ma esso doveva essere interpretato in modo da ricomprendervi anche il ricorso all'ABF in quanto strumento suscettibile di assolvere la condizione di procedibilità prevista dalla stessa norma. Per questo motivo, le nuove Disposizioni Applicative avevano chiarito che all'ABF non spettasse conoscere di controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, salvo che si trattasse di ricorso proposto entro il termine fissato dal giudice ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010 (Sez. I, par. 4). Inoltre, esse avevano specificato che nel caso in cui l'intermediario sottoponesse la controversia all'autorità giudiziaria in presenza di un ricorso già pendente dinanzi l'ABF, il Collegio fosse tenuto ad estinguere il procedimento solo ove entro la prima udienza

non fosse stata dichiarata dal giudice l'improcedibilità della domanda per assenza del previo esperimento del tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 5, D.Lgs. n. 28/2010 (Sez. VI, par. 2, nota 1). Restava fermo il diritto del cliente di manifestare un interesse contrario e far proseguire il procedimento dinanzi l'ABF pur in presenza dell'instaurazione del giudizio dinanzi all'AGO (Sez. VI, par. 2, Disp. Appl.). Il giudice, infatti, nel caso in cui constatasse che la mediazione, e dunque, per i motivi su esposti anche il procedimento dinanzi l'ABF, fosse cominciato ma non ancora concluso, avrebbe dovuto fissare una ulteriore udienza (art. 5 D.Lgs. n. 28/2010).

Le nuove Disposizioni Applicative hanno poi introdotto talune migliorie volte ad un coordinamento con le altre modalità di risoluzione delle controversie, estranee alla dichiarazione di incostituzionalità della mediazione, e dunque tutt'ora vigenti. Le vecchie Disposizioni Applicative precludevano ad esempio il ricorso all'ABF nel caso fosse già pendente un tentativo di conciliazione o un giudizio arbitrale (Sez. I, par. 4,) e, nello stesso tempo, imponevano al Collegio di interrompere il procedimento se un tentativo di conciliazione fosse stato avviato in un momento successivo (Sez. VI, par. 3).

Anche queste previsioni sono state riviste dalla Banca d'Italia poiché compromettevano di fatto il diritto irrinunciabile del cliente di ottenere una pronuncia da parte dell'ABF (Sez. II, Disp. Appl. ante riforma e Sez. VII, par. 2, Disp. Appl.). Attualmente, la nuova disciplina impedisce il ricorso all'ABF solo qualora il cliente (e non l'intermediario) abbia proposto o aderito ad un procedimento arbitrale, di conciliazione o di mediazione della lite (Sez. I, par. 4, Disp. Appl.). Analogamente, solo l'iniziativa o l'adesione del cliente ad un tentativo di conciliazione o mediazione è oggi suscettibile di causare l'interruzione del procedimento già incardinato dinanzi all'ABF (Sez. VI, par. 2 Disp. Appl.).

Di nuovo conio è invece l'impossibilità per l'ABF di conoscere controversie per le quali sia pendente un procedimento di esecuzione forzata o di ingiunzione (Sez. I, par. 4, Disp. Appl.)⁽⁷³⁾.

Resta infine nel novero delle possibili, ulteriori migliorie, l'eventuale assimilazione della decisione dell'ABF alla proposta del

⁽⁷³⁾ La Relazione illustrativa (luglio 2011) e il Resoconto della Consultazione (dicembre 2011) per la modifica delle precedenti Disposizioni Applicative, entrambi reperibili nel sito della Banca d'Italia, giustificano l'esclusione al fine di evitare la sovrapposizione e la possibile interferenza tra la decisione dell'ABF e il provvedimento del giudice.

mediatore di cui all'art. 11, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010 con le conseguenze che ne discendono ai sensi del successivo art. 13; assimilazione non consentita dall'attuale dato normativo che non appare tuttavia del tutto peregrina. Anzi, essa meglio si attaglierebbe ad un procedimento di natura decisoria, quale quello dinanzi all'ABF, che alla natura — preferibilmente facilitativa — della mediazione. Tornerebbe però, in tal caso, al pettine il nodo, già evidenziato, della conformità a Costituzione di un procedimento vagamente somigliante all'arbitrato, obbligatoriamente imposto dalla legge e con gli effetti dell'art. 13 D.Lgs. n. 28/2010.

Non sarebbe invece incoerente con la normativa vigente l'applicazione degli artt. 91, comma 1 e 92, comma 1 alla decisione dell'ABF nel successivo processo (74).

Insomma, sono molti i ritocchi e gli adeguamenti che la disciplina dell'ABF ha subito onde potersi armonizzare con il D.Lgs. n. 28/2010 e sposare la condizione di procedibilità introdotta dall'art. 5. Oggi, all'esito della sua abrogazione, non è chiaro quali ulteriori emendamenti verranno apportati e quale senso possa essere attribuito a molte delle citate disposizioni introdotte proprio alla luce — e sotto l'imperio — dell'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010. Occorrerà probabilmente attendere, se non trascorre troppo tempo, i correttivi che vorrà introdurre il nuovo Parlamento alla disciplina generale della mediazione, e la Banca d'Italia alle Disposizioni Applicative, onde evitare di procedere a tentoni in una materia molto complessa e delicata.

The paper analyses the nature and the functioning of the Arbitro bancario e finanziario (ABF), with particular regard to its composition, its decision-making process, its scope of application, its heterogeneous regulation.

Particular attention is dedicated to the effects that the recent declaration of unconstitutionality of article 5, par. 1, of Lgs.D. n. 28/2010 has had on the preceding regulatory framework and on the functioning of ABF.

The paper also describes the main features of other forms of alternative dispute resolution, in the banking sector, such as the Conciliatore bancario finanziario (CBF).

(74) Esplicitamente in tal senso CAPOBIANCO, *op. cit.*, 144.