



Università
Ca' Foscari
Venezia
Facoltà
di Economia

Corso di Laurea Magistrale
in Economia e Finanza

Tesi di Laurea

Lo ius variandi
negli orientamenti
dell'Arbitro Bancario Finanziario

Relatore

Ch. Prof. Marco Pistritto

Laureanda

Giulia Bortoletto

Matricola 815942

Anno Accademico

2011 / 2012

Alla mia famiglia

INDICE

INTRODUZIONE	7
1. SISTEMI DI RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE (<i>ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION, ADR</i>).....	11
1.1. OBIETTIVI DELLA RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE.....	16
1.2. I SISTEMI DI ADR NELLA NORMATIVA EUROPEA	18
1.3. BREVE PANORAMICA DEI SISTEMI DI ADR IN ALTRI PAESI EUROPEI.....	25
1.3.1. Francia.....	25
1.3.2. Germania	28
1.3.3. Regno Unito	30
1.3.4. Spagna.....	32
1.3.5. Esito del confronto	33
1.4. GLI ADR IN ITALIA: DALL'OMBUDSMAN-GRAN GIURÌ BANCARIO AL CONCILIATORE BANCARIO E ALL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO.....	36
2. L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO	51
2.1. EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA.....	53
2.2. FUNZIONAMENTO DELL'ABF.....	56
2.3. ABF E ARBITRATO	62
2.4. ABF E MEDIAZIONE OBBLIGATORIA	67
2.5. ABF E CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO DELLA CONSOB.....	72
2.6. ABF E GIUDIZIO CIVILE E PENALE	82
2.7. ABF E BANCA D'ITALIA	84
2.8. L'OBIETTIVO: LA CORRETTEZZA SOSTANZIALE	94

2.9. LE DECISIONI DELL'ABF.....	99
2.9.1. La natura delle decisioni	100
2.9.2. L'impatto delle decisioni sugli intermediari	104
2.9.3. L'impatto delle decisioni sulla giurisprudenza	106
3. DECISIONI DELL'ABF SULLO IUS VARIANDI.....	109
3.1. LO IUS VARIANDI.....	110
3.2. EVOLUZIONE DELL'ART. 118 T.U.B.....	117
3.3. ART. 118 T.U.B., ART. 33 DEL CODICE DEL CONSUMO E ART. 126-SEXIES T.U.B.: QUALE COORDINAMENTO?	136
3.4. IL GIUSTIFICATO MOTIVO	143
3.4.1. Definizione	143
3.4.2. Quali motivazioni nella pratica?	146
3.5. LE COMUNICAZIONI ALLA CLIENTELA	167
CONCLUSIONI	171
BIBLIOGRAFIA	175
FONTI NORMATIVE, REGOLAMENTARI E GIURISPRUDENZIALI.....	183

INTRODUZIONE

I sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie nascono per rispondere ad un bisogno di giustizia che troppo spesso rimane disatteso a causa dei lunghi tempi della giustizia non solo italiana. Un bisogno di giustizia che si manifesta anche per le controversie di scarso valore economico (c.d. *small claims*) ma che minano il rapporto di fiducia che dovrebbe esistere tra una banca o un intermediario finanziario e i propri clienti. Infatti, solo qualora il sistema, in questo caso il sistema bancario, riesca ad assicurare un adeguato livello di giustizia, la fiducia potrà mantenersi e crescere, affinché il sistema possa davvero funzionare nel migliore dei modi.

L'introduzione di strumenti innovativi volti a facilitare l'accesso alla giustizia dei risparmiatori dà luogo ad iniezioni di fiducia nei meccanismi di mercato nella prospettiva di un suo effettivo miglioramento.¹

Tuttavia garantire l'accesso alla giustizia non è sufficiente e rappresenta solo un rimedio che si potrebbe definire successivo, per questo è importante che il rapporto tra intermediario e cliente sia sempre improntato a principi di correttezza e trasparenza in modo da prevenire il sorgere delle controversie. I due aspetti (la trasparenza e la risoluzione stragiudiziale delle controversie) sono infatti tra loro interdipendenti e il nostro legislatore è di recente intervenuto spesso in queste materie proprio per sollecitare questo circolo virtuoso che può produrre dei vantaggi per i clienti, per gli intermediari e per tutto il sistema finanziario. Infatti:

meccanismi efficaci di definizione delle liti incentivano il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni

¹ PELLEGRINI, *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010, p. 882

*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.*²

Però la prospettiva non può essere limitata al panorama italiano in quanto l'Unione Europea rappresenta ormai da tempo una realtà e, soprattutto parlando di sistema finanziario, non si può immaginare un sistema circoscritto all'interno di un singolo Stato, ma occorre quantomeno confrontarsi a livello europeo. Proprio l'esistenza del mercato unico europeo e la libertà di competere al suo interno determinano la necessità di creare un "*terreno di gioco*" che sia omogeneo per tutti, perseguendo questo scopo:

*escludere che la partita possa essere vinta grazie a comportamenti opachi sul piano della trasparenza o men che commendevoli su quello della correttezza*³.

Ecco che allora solo il fatto che le regole di trasparenza, di correttezza e di risoluzione delle controversie siano omogenee può portare alla creazione di un sistema finanziario efficiente.

È in questo contesto che si inserisce l'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario. La sua istituzione, infatti, ha comportato una serie di vantaggi, tra cui:

- l'accesso facilitato alla giustizia per il "*contraente debole*", attraverso l'affidamento della risoluzione delle controversie un "*organismo imparziale, qualificato e al contempo rappresentativo degli interessi coinvolti*";

² BANCA D'ITALIA, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, 12 dicembre 2011, p. 2.

³ CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato Bessone*, XXXI, Torino, 2007, p. 163.

- la funzione di deterrente nei confronti degli intermediari, proprio in virtù della facilitazione dell'accesso ad una giustizia sostanziale offerta alla clientela, con un conseguente "*effetto disciplinante sul mercato*";
- la possibilità che il rapporto tra intermediario e cliente non si interrompa grazie alla conflittualità meno "*traumatica*" determinata dal ricorso all'ABF, rispetto all'esperimento di un'azione giudiziaria.⁴

Nel presente lavoro verranno preliminarmente analizzati i diversi sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, con particolare riguardo alle loro finalità e alla loro concreta applicazione in alcuni Paesi dell'Unione Europea.

Successivamente si passerà all'esame dell'Arbitro Bancario Finanziario, tentando di ricostruirne la disciplina ed effettuando un confronto tra il ricorso a questo organismo ed altre procedure volte alla risoluzione delle liti, fornendo anche una panoramica delle diverse ipotesi circa la natura delle decisioni assunte dai Collegi.

Infine verranno analizzate in particolare le decisioni riguardanti un istituto tanto importante quanto controverso in ambito bancario: lo *ius variandi*.

⁴ A.M. TARANTOLA, *Regole e comportamenti nelle relazioni tra banche e clienti*, in *Dimensione cliente 2010*, Roma, 25 marzo 2010, p. 7.

1. SISTEMI DI RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE (*ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION, ADR*)

I sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie sono delle procedure tendenzialmente alternative al giudizio ordinario, le quali vengono per questo chiamate *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Tali procedure possono essere suddivise in due grandi categorie in base al metodo utilizzato per dirimere le controversie:

- **metodo conciliativo** o facilitativo/consensuale (ad esempio mediazione e negoziazione): sono procedure attraverso le quali le parti cercano di raggiungere un accordo, con o senza la mediazione di un terzo, che sia condiviso da entrambe; tali procedure rispondono alla logica “*win-win*”, espressione che indica che l’esito della procedura soddisfa entrambe le parti, le quali sono dunque ambedue vincitrici;

- **metodo valutativo** o decisorio/aggiudicativo (ad esempio arbitrato): sono procedure in cui le parti affidano ad un terzo il potere di prendere una decisione, più o meno vincolante, al fine di risolvere la controversia.

Uno dei vantaggi delle procedure di tipo conciliativo si sostanzia nel fatto che tra le parti si mantiene aperto un canale di comunicazione⁵, il che è fondamentale se si vuole conservare il rapporto tra le parti, il quale, nel caso delle banche con i relativi clienti, è tendenzialmente duraturo. Ed è possibile mantenere tale relazione proprio in virtù del carattere volontaristico e collaborativo delle procedure conciliative.

Al contrario, quando le parti ricorrono ad una procedura valutativa, esse si pongono in contraddittorio tra di loro e sono soggette alla decisione vincolante del terzo, spesso senza possibilità di contestazione; queste procedure, rispetto al giudizio ordinario, permettono un notevole risparmio sia di tempo che di denaro, però il metodo di risoluzione del conflitto è il medesimo, una decisione imposta da un terzo imparziale.

⁵ CASSANO, NISATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, Milano, 2003, p. 237.

Si potrebbe aggiungere che, tecnicamente, solo le procedure valutative (arbitrato e giudizio) risolvono il conflitto, mentre quelle conciliative (mediazione e negoziazione) lo estinguono.

I due modelli che possono essere considerati particolarmente esemplificativi dei due tipi di procedure sono la **mediazione** e l'**arbitrato**. Nella prima interviene nel conflitto tra le parti il mediatore, cioè un professionista che assiste le parti nel ricercare un accordo. Nel secondo il terzo è un arbitro (arbitro singolo o collegio arbitrale) chiamato a pronunciarsi attraverso una decisione vincolante (lodo). Solitamente ricorrono all'arbitrato le imprese che affrontano controversie di notevole valore economico, mentre viene utilizzata maggiormente la mediazione per le controversie di valore ridotto, sorte ad esempio tra consumatori, piccole imprese, datori di lavoro e dipendenti.

Nella seguente tabella sono evidenziate le principali caratteristiche delle suddette procedure, confrontate tra loro e con il giudizio, la procedura ordinaria a cui esse dovrebbero essere alternative. Si può notare come il formalismo delle procedure diminuisca passando dal giudizio all'arbitrato e dall'arbitrato alla mediazione. Un'altra osservazione interessante può essere quella riguardante lo scopo perseguito dalle procedure: il giudizio e l'arbitrato hanno entrambi come scopo una decisione, però può esservi una sostanziale differenza delle motivazioni sulle quali si basa tale decisione quando le parti autorizzano l'arbitro a pronunciarsi secondo equità⁶ (dove l'equità può essere definita come giustizia del caso concreto), mentre la mediazione persegue uno scopo ben diverso: l'accordo.

⁶ L'art. 822 del codice di procedura civile prevede infatti che *“Gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità.”*

Procedure di risoluzione delle controversie			
Procedure	Giudizio	Arbitrato	Mediazione
Caratteristiche			
Vincolante/ non vincolante	vincolante ma soggetto ad appello	vincolante talvolta soggetto a revisione	se c'è accordo, di solito applicabile come contratto
Il ruolo del "terzo"	terzo decisore neutrale imposto, di solito senza specifica competenza	terzo decisore scelto dalle parti, di solito con specifica competenza	terzo neutrale, gradito alle parti, agevolatore dell'accordo
Grado di formalismo	altamente formalizzato	meno formale	informale
Scopo	decisione motivata fondata su norme	decisione motivata, secondo diritto o equità; oppure compromesso	ricerca di accordi accettabili dalle parti
Privata/pubblica	pubblico	privato, salva revisione giudiziale	privata, salvo riconoscimento pubblico

Tabella 1- Procedure di risoluzione delle controversie

Accanto a questi due modelli fondamentali vi sono numerose varianti e procedure che prevedono elementi sia dell'uno che dell'altro modello, cosicché il panorama dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie è molto vasto e variegato. Di seguito ne verranno presentati alcuni esempi.

Nella **negoziazione** le parti cercano un accordo senza essere assistite da un terzo, ma solamente in base ai rapporti di forza esistenti tra loro e tramite reciproche

concessioni; se viene raggiunto un accordo, questo è vincolante tra le parti così come lo sarebbe un contratto.

La **mediazione/arbitrato** (Med/Arb) è una procedura che si scompone di due fasi: una prima necessaria e una seconda eventuale. La prima fase consiste in un tentativo di mediazione; solo qualora questa fallisca, si aprirà la seconda fase che consiste in una procedura arbitrale. Mediatore e arbitro possono essere due professionisti distinti, ma può anche essere previsto che il mediatore diventi anche l'arbitro.⁷

Il **comitato permanente per la risoluzione delle controversie** viene creato in casi particolari, come l'esecuzione di grandi opere civili, in cui possono insorgere diversi conflitti in corso d'opera, anche di modesta entità, con un rischio di sospensione o blocco dei lavori anche per lunghi periodi, visti i tempi della giustizia ordinaria.⁸

La **valutazione preventiva neutrale** (*early neutral evaluation*) è una procedura giurisdizionale in quanto essa può essere intrapresa nelle fasi iniziali del processo per evitarne la continuazione. Il tribunale o le parti designano un terzo neutrale, competente nella materia oggetto di conflitto, il quale è chiamato a stimare l'andamento del processo, cioè a valutare preventivamente quale sarà l'esito del procedimento; tale previsione non è in alcun modo vincolante. Le parti possono, in base all'esito prospettato, recedere dal giudizio e tentare una procedura conciliativa⁹.

Attraverso il **mini-giudizio** (*mini-trial*), una sorta di processo simulato, le parti possono farsi un'idea circa il possibile andamento del processo e il suo più probabile esito. Questa procedura, dal punto di vista formale, è assimilabile al giudizio, sia per quanto riguarda la fase istruttoria che per il fatto che si conclude con una decisione (che in questo caso però non è vincolante); se tuttavia ne osserviamo lo scopo, notiamo come sia per lo più conciliativo, in quanto le parti sono spinte, una volta terminato il mini-giudizio, a cercare un accordo. Questa simulazione processuale consente inoltre alle

⁷ GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003, p. 8 e CASSANO, NISATI, *op.cit.*, p. 250.

⁸ CASSANO, NISATI, *op.cit.*, p. 247.

⁹ CASSANO, NISATI, *op.cit.*, p. 248 e GIACOMELLI, *op.cit.*, p. 8.

parti di mantenere una certa discrezione riguardo al loro conflitto, in quanto un mini-giudizio non ha sicuramente la risonanza mediatica di un processo vero e proprio. Ciò consentirà più facilmente la continuazione di eventuali relazioni durature tra le parti¹⁰.

L'**ombudsman** è una figura di origine svedese e nasce come una sorta di difensore civico il cui scopo è la tutela del cittadino. Oggi l'ombudsman è un organo di autoregolamentazione, incaricato di risolvere i conflitti tra le aziende appartenenti ad una certa categoria e i loro clienti. Sarà l'associazione di categoria a determinare le regole a cui tale organo dovrà attenersi nello svolgimento delle sue funzioni. Si tratta anch'essa di una procedura di tipo valutativo¹¹.

Tutte queste soluzioni alternative comportano dei problemi riguardo alle garanzie processuali che comunque devono essere assicurate affinché tali procedure siano credibili ed effettivamente efficaci: l'imparzialità del terzo, la sua discrezionalità nel decidere e il contraddittorio tra le parti.

¹⁰ CASSANO, NISATI, *op.cit.*, p. 249 e GIACOMELLI, *op.cit.*, p. 8.

¹¹ CASSANO, NISATI, *op.cit.*, p.251

1.1. OBIETTIVI DELLA RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE

Gli strumenti di risoluzione delle controversie nascono per rispondere ad un bisogno di giustizia sentito da molti clienti di banche e intermediari finanziari che emerge per controversie di modesto valore economico, con riferimento alle quali non sarebbe conveniente per il cliente ricorrere alla giustizia ordinaria, sia per i costi elevati che essa comporta, sia per la lunga durata dei processi¹². Ecco che allora rivestono particolare importanza questi strumenti che avvicinano il cliente, il quale si trova spesso in una situazione di "sostanziale debolezza" rispetto agli intermediari finanziari, alla giustizia¹³.

Infatti il poter facilmente, in tempi rapidi e a costi contenuti, risolvere il conflitto raggiungendo un accordo o sottostando ad una decisione, da un lato aumenta la fiducia del cliente rispetto all'intero settore bancario e dall'altro spinge le banche a tenere un comportamento corretto e trasparente in ogni occasione. Non a caso la disposizione che prevede nel Testo Unico Bancario i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie è inserita nel Titolo VI rubricato «Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti».

Questa funzione dei sistemi di risoluzione delle controversie è espressa in modo chiaro nella deliberazione n. 275 del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) dove si sottolinea:

L'adesione degli operatori a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie costituisce uno strumento per

¹²Per un'analisi sui limiti della giustizia civile italiana e il conseguente sviluppo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie: PELLEGRINI, *Il processo civile e la civile giustizia*, Padova, 2005; AA.VV., *Ritardi della giustizia civile e ricadute sul sistema economico. Costi della giustizia civile rilevanti per il sistema delle attività produttive*, a cura del Consorzio MIPA, luglio 2006.

¹³ PRATIS, *L'accordo interbancario del 1993*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1994, I, pp. 215 s, e PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007, p. 316, che evidenzia come "la vessatorietà del sinallagma contrattuale e tutte le altre cause di alterazione del rapporto negoziale (...) si riflettono, comunque, sulla formazione del «giudizio di responsabilità» a carico degli intermediari, ponendosi a fondamento di un indirizzo giurisprudenziale che appare talora preordinato alla realizzazione di forme di «compensazione sociale» più che alla reintegrazione di diritti violati".

*migliorare i rapporti con la clientela e la fiducia del pubblico nei prestatori di servizi bancari e finanziari, con effetti positivi anche sul piano del contenimento dei rischi legali e reputazionali delle banche e degli intermediari finanziari.*¹⁴

Infatti se da un lato le ADR consentono il mantenimento di buoni rapporti tra banche e clienti e un rafforzamento della fiducia tra sistema bancario e pubblico, dall'altro lato esse permettono alle banche di limitare i propri rischi legali¹⁵ e reputazionali¹⁶ che potrebbero inficiare la loro stabilità: così coloro che ne traggono vantaggio non sono solamente i clienti, ai quali viene assicurata maggiore trasparenza e tutela, ma anche le banche.

¹⁴ Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR), deliberazione del 29 luglio 2008, n. 275, *Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni*, in G.U., 22 settembre 2008, n. 222.

¹⁵ Rischio legale: rischio di perdite derivanti da violazioni di leggi o regolamenti, da responsabilità contrattuale o extra-contrattuale ovvero da altre controversie (BANCA D'ITALIA, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006, Titolo II, Capitolo 5, p. 6).

¹⁶ Rischio reputazionale: rischio attuale o prospettico di flessione degli utili o del capitale derivante da una percezione negativa dell'immagine della banca da parte di clienti, controparti, azionisti della banca, investitori o autorità di vigilanza (BANCA D'ITALIA, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, Circolare n. 263/2006, Allegato A del Titolo III).

1.2. I SISTEMI DI ADR NELLA NORMATIVA EUROPEA

A livello europeo i sistemi di ADR si inseriscono nel più ampio contesto della tutela del contraente debole, cioè del consumatore. Già nel 1988, nella relazione sullo stato di avanzamento del processo di completamento del mercato interno¹⁷, si dichiara:

I consumatori devono essere sicuri ... che sia garantito l'accesso all'informazione e alle vie giudiziarie.

Ora, ove l'accesso alle vie giudiziarie ordinarie sia reso difficoltoso dal loro costo e dalla lentezza degli organi giurisdizionali, si rende necessario un sistema alternativo.

Una decina di anni dopo, la **Raccomandazione 98/257/CE**¹⁸ della Commissione riguardante «i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo» elenca i sette principi su cui deve basarsi l'azione di tali organi:

I. **Principio di indipendenza:** coloro che sono chiamati a decidere su una controversia devono essere ad essa estranei, in modo che il loro giudizio possa essere indipendente dalle posizioni delle parti; qualora la decisione debba essere presa collegialmente, l'indipendenza è assicurata dalla pari rappresentanza di consumatori e professionisti nell'organo decidente.

II. **Principio di trasparenza:** l'organo deve comunicare, a chiunque ne faccia richiesta, tutte le informazioni circa le modalità e i presupposti per il reclamo, le regole di condotta dell'organo, le modalità di adozione delle decisioni e la loro valenza giuridica.; inoltre è richiesta la pubblicazione delle decisioni adottate.

¹⁷ Relazione sullo stato di avanzamento del processo di completamento del mercato interno del 17 novembre 1988, cui fece seguito la risoluzione del Consiglio dei Ministri della CEE del 9 novembre 1989.

¹⁸ Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998, n. 257, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, in G.U. n. L 115 del 17 aprile 1998.

III. **Principio del contraddittorio**: deve essere assicurato alle parti il diritto di esprimere le proprie posizioni e motivazioni e di conoscere quelle della parte avversa.

IV. **Principio di efficacia**: implica che il consumatore possa facilmente e gratuitamente o a costi moderati (anche senza l'obbligo di farsi rappresentare da un avvocato) accedere a tale procedura, la quale deve svolgersi in tempi brevi predeterminati.

V. **Principio di legalità**: le decisioni adottate devono essere motivate e devono assicurare il rispetto delle leggi che ne garantiscono la particolare tutela.

VI. **Principio di libertà**: il consumatore deve poter liberamente scegliere tra i sistemi di risoluzione stragiudiziale e il giudizio ordinario.

VII. **Principio di rappresentanza**: la procedura non può privare le parti del diritto di farsi rappresentare o accompagnare da un terzo in qualunque fase della procedura stessa.

Questi organi responsabili per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo rientrano negli ADR che si avvalgono di un metodo valutativo, in cui un terzo prende una decisione che sarà vincolante per le parti e che risolverà la controversia. Infatti il Consiglio stesso aveva osservato come i sistemi di risoluzione stragiudiziale di tipo conciliativo non rientravano nell'ambito di applicazione di tale Raccomandazione ed aveva invitato la Commissione ad estendere tale ambito in modo da potervi ricomprendere anche questi altri sistemi già numerosi e molto utilizzati. La Commissione ha provveduto a ciò con la Raccomandazione 2001/310/CE.

La Raccomandazione 98/257/CE dichiara inoltre che non deve esservi «sproporzione tra la portata economica della controversia e il costo della soluzione giudiziaria», poiché:

Le difficoltà eventualmente collegate alle procedure giudiziarie possono, in particolare nei conflitti transfrontalieri, dissuadere il consumatore dal far valere effettivamente i suoi diritti.

Nel 2002 la Commissione Europea ha predisposto un **Libro Verde**¹⁹ relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale per fare il punto sulla situazione esistente e per avviare una consultazione per definire i principi fondamentali, in generale e in settori specifici, che forniscano le garanzie necessarie affinché la composizione delle controversie da parte di tali procedure extragiudiziali riesca ad assicurare il livello di sicurezza richiesto nell'amministrazione della giustizia.

Nel 2004 viene emanata la c.d. **Direttiva MiFID**²⁰ la quale prevede all'art. 53 che gli Stati Membri incoraggino, nell'ambito dei servizi d'investimento, la creazione di procedure di reclamo e di ricorso per la soluzione stragiudiziale delle liti in materia di consumo che siano efficaci ed effettive, anche per quanto riguarda le controversie che coinvolgono più Paesi membri.

Articolo 53

Meccanismo extragiudiziale per i reclami degli investitori

- 1. Gli Stati membri incoraggiano l'istituzione di procedure efficaci ed effettive di reclamo e di ricorso per la risoluzione extragiudiziale di controversie in materia di consumo relative alla prestazione di servizi di investimento e di servizi accessori da parte delle imprese di investimento, avvalendosi, se del caso, degli organismi esistenti.*
- 2. Gli Stati membri assicurano che non vi siano disposizioni di legge o regolamentari che impediscano a tali organismi di*

¹⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, COM(2002), 196, 19 aprile 2002.

²⁰ Direttiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, meglio nota come Direttiva MiFID “*Market in Financial Instruments Directive*”, che modifica le Direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la Direttiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, in G.U.C.E. L. 145/1 del 30 aprile 2004, recepita in Italia con il d. lgs. n. 164 del 17 Settembre 2007.

collaborare efficacemente nella composizione delle controversie transfrontaliere.

La stessa previsione è contenuta, per quanto riguarda i servizi di pagamento e le controversie tra utenti e prestatori di servizi di pagamento, nella Direttiva 2007/64/CE²¹.

Articolo 83

Ricorso extragiudiziale

1. Gli Stati membri vigilano affinché siano istituite procedure di reclamo e di ricorso extragiudiziale adeguate ed efficaci per la risoluzione delle controversie tra gli utenti e i loro prestatori di servizi di pagamento, aventi come oggetto diritti e obblighi derivanti dalla presente direttiva; per tali procedure si può ricorrere, se del caso, ad organismi esistenti.

2. Nel caso di controversie transfrontaliere, gli Stati membri assicurano che tali organismi collaborino attivamente alla loro risoluzione.

Inoltre il «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa»²², approvato nel 2004, nella sezione rubricata «Cooperazione giudiziaria in materia civile», stabilisce una serie di misure volte a realizzare una legislazione uniforme in materia giurisdizionale, al fine di rendere effettive le norme a tutela dei cittadini europei; infatti, in un mercato sempre più transnazionale è importante che vi sia, in ogni Stato membro, un sistema giudiziario

²¹ Direttiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE, in G.U.C.E. 5 dicembre 2007, L 319/1, recepita in Italia con il d. lgs. n. 11 del 27 gennaio 2010.

²² Il «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa», firmato a Roma il 29 ottobre 2004, unifica in un documento organico tutti i precedenti trattati, da quelli di Roma del 1957 fino ai più recenti di Maastricht e di Nizza.

in grado di cooperare effettivamente ed efficacemente con quelli degli altri Paesi, altrimenti si corre il rischio di lasciare spazio ai c.d. «arbitraggi regolamentari»²³.

Articolo III-269

1. L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

2. Ai fini del paragrafo 1, la legge o legge quadro europea stabilisce, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire:

a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione;

b) la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali;

c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione;

d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova;

e) un accesso effettivo alla giustizia;

f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri;

g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie;

h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari.

²³ L'arbitraggio regolamentare si può realizzare qualora vi siano regole diverse per fattispecie analoghe in Paesi differenti; in questi casi un soggetto potrebbe ad esempio svolgere in un altro Paese un'attività che nel proprio Stato non sarebbe consentita oppure lo sarebbe ma a condizioni peggiori.

Qualche anno più tardi viene approvata la **Direttiva 2008/52/CE**²⁴ in tema di mediazione civile e commerciale: tale iniziativa legislativa è diretta ad incentivare una cooperazione giudiziaria in materia civile tra i vari Paesi europei con l'obiettivo di creare un mercato interno correttamente funzionante in cui siano garantite la libertà, la sicurezza e la giustizia.

Articolo 1

Obiettivo e ambito di applicazione

1. La presente direttiva ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.

Un'altra iniziativa europea riguardante gli ADR in materia di servizi bancari e finanziari da menzionare è la rete di collaborazione tra ADR nazionali **Fin-Net**²⁵ (*Financial Dispute Resolution Network*). Nata nel 2001 a seguito di un'iniziativa della Commissione, ad oggi conta 53 membri provenienti da 23 Stati. Questa rete facilita ai consumatori l'accesso alle procedure extragiudiziali in casi transfrontalieri; se un consumatore in un Paese aderente alla rete ha una controversia con un fornitore di servizi finanziari di un altro Paese appartenente alla rete, il membro di Fin-Net a cui si rivolgerà il consumatore lo metterà in contatto con il corrispondente ADR dell'altro Paese coinvolto, fornendo tutte le informazioni utili per la corretta presentazione del reclamo. Nella tabella seguente sono indicati i Paesi e il numero di ADR attualmente facenti parte della rete Fin-Net.

²⁴ 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, in G.U.C.E. L. 136/3 del 24 maggio 2008, recepita in Italia con il d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010.

²⁵ Ulteriori informazioni sono reperibili nel sito: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net.

PAESE	N° ADR	PAESE	N° ADR
AUSTRIA	1	LUSSEMBURGO	2
BELGIO	2	MALTA	1
DANIMARCA	5	NORVEGIA	1
ESTONIA	1	PAESI BASSI	1
FINLANDIA	4	POLONIA	3
FRANCIA	4	PORTOGALLO	2
GERMANIA	9	REGNO UNITO	1
GRECIA	2	REPUBBLICA CECA	1
IRLANDA	1	SPAGNA	3
ITALIA	3	SVEZIA	1
LIECHTENSTEIN	2	UNGHERIA	2
LITUANIA	1	TOTALE	53

Tabella 2 - Paesi e numero di ADR aderenti a Fin-Net

1.3. BREVE PANORAMICA DEI SISTEMI DI ADR IN ALTRI PAESI EUROPEI²⁶

I vari Paesi Europei hanno recepito in modo diverso le Raccomandazioni e le Direttive in materia di risoluzione stragiudiziale delle controversie: questo un po' perché erano differenti le esperienze fino ad allora maturate in tale ambito e un po' in quanto anche la normativa nazionale in tema di tutela del consumatore era ed è tuttora differenziata fra Stato e Stato. Gli interventi dell'UE sono finalizzati alla creazione di una base comune, di un livello di tutela minimo che deve essere assicurato in tutti gli Stati membri, i quali hanno però spesso facoltà di scegliere tra diverse modalità di attuazione quella che ritengono più idonea alla loro realtà.

Verranno di seguito analizzati i sistemi di ADR di quattro Paesi dell'Unione Europea (Francia, Germania, Regno Unito e Spagna) per un'analisi comparatistica delle scelte adottate.

In Regno Unito e Spagna i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie sono pubblici, in Germania e in Francia invece sorgono da iniziative di autodisciplina, quindi sono di stampo privatistico, anche se in Francia sono sottoposti ad un controllo pubblicistico. Inoltre in Germania, Regno Unito e Spagna tali sistemi sono di tipo valutativo, mentre in Francia conciliativo.

1.3.1. FRANCIA

In Francia il sistema più diffuso è la mediazione. Esistono quattro sistemi accentrati di mediazione, tutti aderenti alla rete Fin-Net, che verranno di seguito brevemente presentati:

- *Médiateur de la Fédération Bancaire Française*²⁷ (FBF)
- *Médiation de l'Association française des Sociétés Financières*²⁸ (ASF)

²⁶ BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, Quaderno di ricerca giuridica n° 68, settembre 2010.

²⁷ Ulteriori informazioni si possono trovare nel sito www.fbf.fr seguendo il percorso: *La banque des particuliers, Relations banques/clients, Médiation*.

- *Médiation de l'Autorité des Marchés Financiers*²⁹ (AMF)
- *Médiateur de la Fédération Française des Sociétés d'Assurances*³⁰ (FFSA)

Il mediatore della federazione bancaria francese è competente a conoscere le controversie relative all'esecuzione di contratti e servizi forniti nell'ambito di contratti di deposito, di operazioni di credito e di strumenti finanziari; si tratta di un servizio attivo dal dicembre del 2002. Generalmente le banche si sono dotate di un proprio mediatore, tuttavia FBF ha messo questo servizio di mediazione a disposizione di quelle banche che non desiderano dotarsi di un mediatore interno. La mediazione è un ricorso attivabile dopo l'esaurimento dei primi due livelli di dialogo tra il cliente e la banca che sono il responsabile della banca e il responsabile del dipartimento relazioni con la clientela dell'istituto. Pertanto non sostituisce le modalità di gestione dei reclami da parte delle banche, ma offre l'ultima possibilità di intesa prima di un'eventuale lite. Il ricorso è gratuito per il cliente.

La mediazione dell'associazione francese delle società finanziarie nasce nel 1995 da iniziative di autoregolamentazione e dalla collaborazione dei membri all'ASF con le organizzazioni dei consumatori; è competente solo per le controversie riguardanti la concessione di crediti e di mutui fondiari e la prestazione di alcuni servizi di investimento effettuati dagli intermediari aderenti all'ASF che riconoscono la competenza del suo mediatore (90 società su 360). Il mediatore è indipendente, nominato dall'ASF d'intesa con le organizzazioni dei consumatori, e il suo intervento è rapido e gratuito.

Presso l'autorità dei mercati finanziari (AMF), cioè l'autorità di vigilanza sui valori mobiliari, è stato istituito nel 2010 un sistema di mediazione a cui tutti i soggetti vigilati devono aderire e che si occupa delle controversie in materia di servizi e attività d'investimento.

²⁸ Ulteriori informazioni si possono trovare nel sito www.asf-france.com/mediation.

²⁹ Ulteriori informazioni si possono trovare nel sito www.amf-france.org, alla voce *Médiateur*.

³⁰ Ulteriori informazioni si possono trovare nel sito www.ffa.fr seguendo il percorso: *L'Assurance Pratique, Généralités, Le médiateur*.

Infine c'è il mediatore della federazione francese delle società di assicurazione che si occupa delle controversie relative ai contratti di assicurazione.

Inoltre, dall'ottobre del 2008, è attiva la *Médiation du crédit aux entreprises*³¹. Questo sistema di mediazione è volto a risolvere i problemi di finanziamento o di tesoreria ed è aperto a qualsiasi imprenditore, artigiano, commerciante, professionista, che ha delle difficoltà con la propria o le proprie banche. La mediazione del credito viene condotta in ogni dipartimento, nel rispetto delle regole di confidenzialità e di segreto bancario, dai mediatori dipartimentali che sono i direttori della Banca di Francia.

Tutti questi mediatori hanno natura privatistica, tranne la mediazione gestita dall'AMF che ha invece natura pubblica. Per quanto riguarda i mediatori privati, questi sono assolutamente indipendenti dall'autorità di vigilanza e tutte le informazioni e i dati da loro raccolti rimangono strettamente confidenziali. Diverso è il caso del mediatore dell'AMF: la sua attività è infatti considerata complementare all'attività di vigilanza e lo stesso AMF nel rapporto sulla mediazione del 2008 precisa:

Per la sua azione, il servizio di mediazione contribuisce alla vigilanza dell'AMF sui mercati e alla qualità della protezione del risparmio pubblico.

Rispetto alla funzione giurisdizionale, un tentativo di mediazione non è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, però il ricorso al mediatore non è compatibile né con l'avvio o la pendenza di un'azione dinanzi al giudice né con un suo giudicato nella stessa materia del contendere (applicazione del principio «*ne bis in idem*»).

Essendoci numerosi mediatori, sorge il problema di un eventuale conflitto di competenza tra gli organi di mediazione, in quanto alcuni sono competenti per materia (come il mediatore dell'AMF), altri per soggetto. Nella prassi, se viene presentato lo stesso ricorso ad un mediatore bancario e a quello dell'AMF, viene data precedenza al

³¹ Ulteriori informazioni si possono trovare nel sito www.mediateurducredit.fr

mediatore bancario; tuttavia, qualora questo tentativo di mediazione non consenta alle parti di raggiungere un accordo, esse potranno fare ricorso anche al mediatore dell'AMF.

Tutte le procedure di mediazione devono essere gratuite per obbligo di legge; inoltre esse devono assicurare un adeguato grado di trasparenza. Le banche devono informare i propri clienti della possibilità di ricorrere gratuitamente al mediatore ed ogni mediatore bancario è tenuto a redigere un rendiconto annuale. Questi rendiconti vengono esaminati dal Comitato della mediazione bancaria, organo di controllo istituito nel 2009 per la supervisione delle numerose e differenti procedure di mediazione esistenti. Il Comitato non interviene nel merito delle controversie, ma svolge un'attività di controllo sull'operato dei mediatori, assicurandone l'indipendenza.

Le proposte di mediazione non sono in alcun modo vincolanti per le parti, salvo patto contrario, scritto e motivato. Tuttavia la gran parte degli intermediari vi si conforma, dando così prova dell'efficacia e della credibilità del sistema.

1.3.2. GERMANIA

In Germania la situazione è completamente opposta rispetto a quella francese: tutti gli ADR del settore bancario hanno natura valutativa, cioè si concludono con una decisione in merito alle richieste delle parti. Questo vale sia per l'Ombudsman, che per lo *Schlichter*: quest'ultimo, letteralmente, sarebbe un conciliatore, ma anche la conciliazione in Germania si conclude con una decisione, denominata a volte proposta, che ha natura aggiudicativa. Tutti i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie sono organi monocratici e gli Ombudsman devono essere abilitati alla professione di giudice.

I sistemi di ADR sono per lo più privati, nati dall'autoregolamentazione degli intermediari; spesso l'adesione ad essi, anche se non vincolante, è condizione necessaria per essere membri delle varie associazioni di categoria che li hanno istituiti. Gli ADR privati sono sei:

- *Ombudsman der privaten Banken* (Ombudsman delle banche private)

- *Ombudsman der öffentlichen Banken*³² (Ombudsman delle banche pubbliche)
- *Ombudsman der genossenschaftlichen Bankengruppe* (Ombudsman delle banche cooperative)
- *Schlichtungsstelle del Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes*³³ (Camere arbitrali delle casse di risparmio)
- *Ombudsleute der privaten Bausparkassen* (Ombudsman delle casse di risparmio fondiario private)
- *Schlichtungsstelle der Landesbausparkassen* (Camera arbitrale delle casse di risparmio fondiario dei Länder)

Oltre a questi sistemi privati vi è anche un ADR di natura pubblicistica, la *Schlichtungsstelle bei der Deutschen Bundesbank*³⁴ (Camera arbitrale presso la Banca centrale). Questa Camera è competente, in via residuale, per le sole controversie relative ad intermediari non aderenti ad altri sistemi privati. Infatti, la Camera arbitrale presso la Banca centrale nasce per adempiere all'obbligo sancito dalla normativa comunitaria per cui gli Stati membri devono dotarsi di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie. La legge tedesca di recepimento ha dunque istituito tale Camera, lasciando però libero il Ministero della Giustizia di delegare la risoluzione stragiudiziale a sistemi di ADR privati, previa autorizzazione dello stesso Ministero. Questa autorizzazione ha contribuito ad uniformare i vari ADR privati e costituisce un controllo pubblico su tali sistemi prima quasi totalmente inesistente.

Per quanto riguarda i rapporti con la funzione giurisdizionale, il legislatore federale ha lasciato all'autonomia dei vari Länder la facoltà di scegliere se rendere il ricorso ad un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie condizione di procedibilità della domanda giudiziale oppure no.

³² Ulteriori informazioni si possono trovare nel sito www.voeb.de.

³³ Ulteriori informazioni si possono trovare nel sito www.dsgv.de selezionando dal menù in alto la voce *Kontakt* e poi *Schlichtungsstelle*.

³⁴ Ulteriori informazioni si possono trovare nel sito www.bundesbank.de seguendo il percorso: *Weitere Services, Schlichtungsstelle bei der Deutschen Bundesbank*.

Le pronunce di questi ADR non sono mai vincolanti per il cliente, il quale può rivolgersi ad altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, compreso ovviamente il giudice. Per quanto riguarda gli intermediari, le decisioni dell'Ombudsman delle banche pubbliche, dell'Ombudsman delle banche cooperative, delle Camere arbitrali delle casse di risparmio e della Camera arbitrale presso la Banca centrale non sono in alcun modo vincolanti; mentre quelle dell'Ombudsman delle banche private, dell'Ombudsman delle casse di risparmio fondiario private e della Camera arbitrale delle casse di risparmio fondiario regionale sono vincolanti, sempreché il valore della controversia sia inferiore a 5.000 euro, altrimenti la competenza di tali controversie passa al giudice.

Infine, tali sistemi di ADR, essendo per lo più di natura privatistica, non hanno alcun legame con l'autorità di vigilanza, salvo il caso della Camera arbitrale presso la Banca centrale che però, come già è stato evidenziato, ha competenza solo residuale e la sua operatività è molto ridotta. Quindi nel sistema tedesco vi è una netta separazione tra sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie e vigilanza, non essendovi nemmeno alcun obbligo di comunicazione degli esiti delle procedure.

1.3.3. REGNO UNITO

Nel Regno Unito c'è un unico organismo per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria, di natura pubblicistica: il *Financial Service Ombudsman* (FOS)³⁵. Questo ente pubblico è amministrato da nove *directors* che nominano i vari Ombudsman.

Il procedimento si compone in linea teorica di due fasi:

1. una prima fase conciliativa in cui i funzionari del FOS, denominati *adjudicators*, affiancano le parti in un tentativo di conciliazione; se questo tentativo non risolve il conflitto, l'*adjudicator* propone un'ipotesi di accordo, sotto forma di parere, che può essere accettato o meno dalle parti. Questo parere viene elaborato anche sulla base degli orientamenti degli Ombudsman in casi simili;

³⁵ Ulteriori informazioni si possono trovare nel sito www.financial-ombudsman.org.uk

2. una seconda fase valutativa in cui la questione viene portata innanzi ad un Ombudsman, il quale esamina il lavoro svolto nella prima fase, esegue un'ulteriore istruttoria (qualora la ritenga necessaria) ed emana una decisione; per l'intermediario tale decisione è vincolante e costituisce titolo esecutivo nei suoi confronti (se l'intermediario non si conforma alla decisione, la *Financial Services Authority* può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria).

La decisione può prevedere che l'intermediario corrisponda al consumatore una somma a titolo di risarcimento del danno, anche morale, da lui subito (per un valore massimo di 100.000 sterline).

In qualunque momento, anche una volta presa la decisione, il consumatore può rivolgersi all'autorità giudiziaria esercitando il diritto di rifiutare (*reject*) la decisione; comunque il ricorso al FOS non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Nella maggioranza dei casi il conflitto si risolve nel corso della prima fase, senza che si renda necessario l'intervento dell'Ombudsman.

Sono tenuti ad aderire al FOS tutti gli intermediari autorizzati dalla *Financial Services Authority* (FSA), tutti i soggetti titolari di licenza rilasciata dall'*Office of Fair Trading* (OFT) e vi possono aderire anche gli altri intermediari. La FSA è l'autorità unica di vigilanza sul sistema bancario e sui mercati finanziari, mentre l'OFT è l'autorità preposta alla tutela del consumatore: la materia di cui stiamo trattando rientra nella competenza di entrambe, in quanto il FOS ha competenza sui reclami (con un limite di valore pari a 250.000 sterline) proposti dai consumatori e dalle piccole e medie imprese nei confronti degli intermediari finanziari in senso lato. Il ricorso al FOS è gratuito.

Nel Regno Unito, al contrario di quanto avviene in Germania, l'operatività del FOS è strettamente collegata alla vigilanza; infatti l'attività dell'Ombudsman è funzionale alla protezione del consumatore, che costituisce lo scopo principale della FSA. La stretta correlazione tra FOS e FSA rileva soprattutto in due aspetti chiave: il primo è che le decisioni dell'Ombudsman costituiscono un punto di riferimento per l'operatività

degli intermediari ed affianca la regolamentazione che è di competenza della FSA; il secondo consiste nel fatto che le informazioni di cui l’FOS entra in possesso durante la fase istruttoria del procedimento possono risultare interessanti ed utili a fini di vigilanza.

1.3.4. SPAGNA

In Spagna, dal 2011, la risoluzione stragiudiziale delle controversie è affidata alle Autorità di vigilanza dei vari settori, attraverso i loro *Servicio de Reclamaciones* (Servizio Reclami); esistono quindi tre organismi:

- *Servicio de Reclamaciones* presso il *Banco de España*³⁶ (servizio nato nel 1987)
- *Servicio de Reclamaciones* presso la *Comisión Nacional del Mercado de Valores* (CNMV)
- *Servicio de Reclamaciones* presso la *Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones*.

Questi servizi collaborano tra loro, anche rimettendo all’organo competente i reclami che ricevono e che non sono di loro competenza. Il procedimento è gratuito.

Prima di presentare un ricorso, il cliente deve aver avuto la possibilità di risolvere preventivamente il conflitto, cioè deve aver formulato un reclamo presso il *Servicio de Atención al Cliente* (Servizio clienti) o il *Defensor del Cliente* (Difensore civico), di cui tutti gli intermediari devono essere dotati, e deve non aver ricevuto risposta entro due mesi ovvero deve aver visto respinto il proprio reclamo.

Il cliente, anche qualora abbia presentato reclamo ai suddetti Servizi, è sempre libero di rivolgersi all’autorità giudiziaria per risolvere la controversia. Le decisioni dei Servizi (*informe final*) sono più che altro delle relazioni motivate o dei pareri; questi non sono vincolanti ma hanno comunque natura decisoria. Qualora la questione venga riproposta davanti al giudice o ad un arbitro, spetterà a costui decidere se utilizzare le informazioni risultanti dal procedimento presso il Servizio oppure no.

³⁶ Ulteriori informazioni si possono trovare nel sito www.bde.es, seguendo il percorso: *Servicios, Servicio de Reclamaciones*.

Ai *Servicios de Reclamaciones* possono essere proposti tre tipi di istanze:

- 1) *reclamaciones*: reclami inoltrati da clienti che hanno subito un pregiudizio a causa di violazione, da parte dell'intermediario, di norme contrattuali, di norme di trasparenza o della corretta prassi finanziaria;
- 2) *quejas*: lamentele per l'insoddisfacente svolgimento del rapporto banca-cliente dovuto a ritardi o disattenzioni nell'ambito dei servizi bancari e finanziari;
- 3) *consultas*: questioni di carattere generale portate innanzi ai suddetti Servizi per ottenere informazioni riguardo ai diritti dei clienti in materia di trasparenza.

Una particolarità di questi Servizi sta nel fatto che i clienti non possono chiedere loro il risarcimento dei danni, poiché la competenza in questa materia spetta esclusivamente all'autorità giudiziaria.

La collocazione di tali Servizi all'interno delle varie autorità di vigilanza consente di sfruttare le sinergie tra sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie e attività di vigilanza. Il legislatore stesso prevede che le informazioni di cui il *Servicio de Reclamaciones* viene a conoscenza possano essere utilizzate, ad esempio, dal *Banco de España* per attivare i propri strumenti di vigilanza, compreso il potere sanzionatorio. Inoltre i pareri dei vari Servizi completano la regolamentazione in materia, individuando delle *best practices* a cui gli intermediari dovrebbero uniformarsi. Infine questo sistema di ADR, grazie alla pubblicazione dei reclami (con l'indicazione dell'intermediario coinvolto, ma non del reclamante), spinge i clienti a scegliere gli operatori più virtuosi.

1.3.5. ESITO DEL CONFRONTO

Dal confronto tra i sistemi di ADR in questi Paesi si può rilevare come la risoluzione stragiudiziale delle controversie sia strettamente connessa all'attività di vigilanza (ad eccezione del sistema tedesco), in quanto contribuisce al raggiungimento dei suoi obiettivi. Infatti i sistemi di ADR:

- incoraggiano comportamenti corretti e trasparenti da parte degli intermediari, i quali possono così ridurre i propri rischi legale e reputazionale;

- contribuiscono a preservare la stabilità degli intermediari e dell'intero sistema bancario e finanziario, in quanto favoriscono la creazione di rapporti tra clienti e intermediari basati sulla fiducia, la correttezza dei comportamenti e la trasparenza;

- attraverso le informazioni da essi raccolte nell'ambito dei loro procedimenti, arricchiscono le informazioni a disposizione dell'autorità di vigilanza che potrà tempestivamente intervenire nei confronti dei singoli intermediari o dell'intero sistema qualora emergano elementi di criticità.

In tutti i Paesi esaminati il ricorso ai sistemi di ADR è gratuito, generalmente preceduto da un reclamo presso l'intermediario e non soggetto a limitazioni di valore delle controversie (salvo il caso del Regno Unito).

Generalmente i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie possono adottare le proprie decisioni in base alla normativa vigente, tenendo conto dei codici di condotta degli intermediari e talvolta possono decidere secondo equità; questo permette loro un sindacato di merito sulla condotta degli intermediari più ampio di quello spettante alla giustizia ordinaria.

Le decisioni dei ADR possono essere più o meno vincolanti per gli intermediari mentre non lo sono mai per i clienti, i quali sono liberi in ogni momento di rivolgersi ad altri sistemi alternativi oppure alla giustizia ordinaria. Il carattere vincolante degli esiti delle varie procedure è più marcato nel Regno Unito, dove le decisioni hanno forza di titolo esecutivo nei confronti dell'intermediario che, se non adempie, può essere soggetto ad una sanzione amministrativa pecuniaria; in Spagna, le pronunce dei *Servicios de Reclamaciones* non sono vincolanti, tuttavia è prevista una sanzione reputazionale non irrilevanti in quanto vengono pubblicati tutti i reclami ad essi presentati, con l'indicazione dell'intermediario coinvolto; in Germania le decisioni degli Ombudsman sono vincolanti per l'intermediario solo qualora le controversie non superino il valore di 5.000 euro; in Francia alcuni intermediari scelgono di autovincolarsi impegnandosi ad accettare la proposta del mediatore.

Nei Paesi considerati i sistemi di ADR sono in crescente sviluppo, sia perché rispondono all'esigenza di certezza del diritto e delle regole dell'intero sistema

finanziario, sentita maggiormente in questo periodo di crisi finanziaria, sia perché in tutti gli Stati esaminati la situazione della giustizia ordinaria non è molto diversa da quella italiana, cioè è caratterizzata da tempi lunghi ed elevati costi di procedura. I sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie consentono, in tempi brevi e a costo zero, di risolvere un conflitto che spesso viene addirittura composto bonariamente in fase di reclamo presso l'intermediario.

1.4. GLI ADR IN ITALIA: DALL'OMBUDSMAN-GRAN GIURÌ BANCARIO AL CONCILIATORE BANCARIO E ALL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO

Come già accennato in precedenza, la clientela bancaria è praticamente da sempre considerata, nell'ambito dei contratti bancari, come contraente debole³⁷, soprattutto qualora si tratti di persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività eventualmente svolta, cioè di consumatori.

Tuttavia, finché il sistema bancario è rimasto chiuso, il problema di tutela del consumatore non aveva motivo di sussistere: infatti, il numero di banche era dato, così come i rispettivi territori di competenza, in modo che anche la clientela era in un certo senso predefinita.

È con il superamento della logica della legge bancaria del 1936 e con l'avvento del Testo Unico Bancario³⁸ che la tutela del contraente debole inizia a rivestire un ruolo chiave nell'attività bancaria, per compensare la maggior forza contrattuale di cui da sempre dispongono le banche (un tipico esempio può essere la disciplina dello *ius variandi* che consente alle banche di modificare le condizioni contrattuali nel corso di un contratto di durata).

Di questa tutela si è occupata l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) quando già nel dicembre del 1988 ha promosso due accordi interbancari, riguardanti rispettivamente la pubblicità e la trasparenza delle condizioni contrattuali. Questi accordi hanno cessato di avere applicazione nel 1992, quando è entrata in vigore la legge n. 154 recante «Norme

³⁷ "Nei primi anni settanta la dottrina iniziò a denunciare la veste puramente formale della tutela assegnata all'aderente a condizioni generali di contratto segnalando proprio il contraente bancario come esempio, e perfino come «vessillo», di una vicenda di sperequazioni, approfittamenti, abusi: ed è proprio all'interno di questa dinamica contrattuale che trova importante spazio e riconoscimento dottrinale la figura del «contraente debole», inteso quale soggetto che subisce il maggior potere contrattuale di colui che fornisce beni o servizi esercitando una (seppur fattuale) potestà normativa sul regolamento contrattuale", DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 201.

³⁸ Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, pubblicato in G.U. n. 230 del 30 settembre 1993, Supplemento Ordinario n. 92.

per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari»³⁹. Così il legislatore ha deciso di intervenire in una materia dove già erano sorte iniziative di autoregolamentazione.

L'autoregolamentazione è sicuramente importante in quanto spesso coloro che sono più vicini ai problemi concreti possono trovarvi le soluzioni migliori. Tuttavia il sistema bancario e finanziario, considerata la rilevanza pubblicistica degli interessi in gioco (una tutela del risparmio costituzionalmente protetta e un'attività, quella bancaria, un tempo considerata alla stregua di funzione di interesse pubblico), non può regolarsi esclusivamente da solo, ma è necessaria anche una regolamentazione pubblica.⁴⁰

L'intervento pubblico in generale si rende necessario perché il mercato non è in grado di raggiungere autonomamente l'efficienza a causa dei c.d. fallimenti del mercato; allo stesso modo la regolamentazione pubblica, sia a livello normativo che regolamentare, è volta a correggere quei comportamenti che provocherebbero dei danni all'intero sistema.

*Le autorità di vigilanza svolgono un ruolo indispensabile, che consiste nell'accompagnare lo sviluppo dei mercati secondo la logica di auto-produzione delle regole (...) salvaguardando gli stessi mercati dalla loro atavica debolezza, dalla loro incapacità di evitare i fallimenti, ossia dalla loro tendenza autodistruttiva.*⁴¹

Dunque è necessario che vi sia un giusto equilibrio tra autoregolamentazione ed eteronormazione al fine di salvaguardare la correttezza dei comportamenti e la stabilità del sistema bancario nel suo complesso.

³⁹ Legge 17 febbraio 1992, n. 154, *Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, pubblicata in G.U. n.45 del 24 febbraio 1992, entrata in vigore il 10 marzo 1992.

⁴⁰ BAIONA, *I confini tra regolazione pubblica e privata nel sistema bancario e finanziario italiano*, in *Giurisprudenza Italiana*, giugno 2010, p. 1460ss.

⁴¹ ONADO, *La vigilanza nella dimensione europea*, in FARINA (a cura di), *La vigilanza sul mercato finanziario*, Milano, 2005, p.3 ss.

Tornando all'evoluzione degli strumenti a tutela del contraente debole, nel 1993 abbiamo il primo intervento in ambito di risoluzione stragiudiziale delle controversie; infatti, come già accennato, la tutela della clientela bancaria non potrebbe essere effettiva senza un efficace sistema di reclamo e di composizione dei conflitti i quali, qualora non sia conveniente risolverli in sede giurisdizionale, devono poter essere definiti in un contesto extra-giudiziale. Le stesse banche hanno spinto per la creazione di un organismo a ciò deputato proprio al fine di migliorare il loro rapporto con la clientela massimizzando la soddisfazione dei clienti e minimizzando i rischi reputazionali.

Nasce allora da un'altra iniziativa di autoregolamentazione, con la circolare 1° febbraio 1993, n. 3 dell'ABI, l'«Accordo per la costituzione dell'Ufficio reclami della clientela e dell'Ombudsman bancario», noto anche come Accordo interbancario del 1993. Viene così creato, in Italia, il primo sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie in ambito bancario: l'**Ombudsman bancario**. Previo reclamo presentato all'intermediario, qualora il cliente non avesse ottenuto soddisfazione totale o parziale, costui poteva rivolgersi a questa sorta di giudice privato⁴². La competenza di questo organo era limitata: poteva decidere solo su questioni il cui valore non superasse i 5 milioni di lire e vi potevano ricorrere solo clienti consumatori (come definiti dall'allora art. 1469-bis cod. civ.⁴³). Inoltre le decisioni dell'Ombudsman bancario erano vincolanti solo per l'intermediario che, se non vi si conformava, era soggetto ad una sanzione reputazionale (la pubblicità a mezzo stampa, a sue spese, dell'inadempimento), mentre il cliente era in ogni momento libero di rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria.

Riguardo alla sanzione applicabile dall'Ombudsman era sorto un dubbio relativo alla sua legittimità. Infatti le pene, o sanzioni, private previste dai contratti in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento dovrebbero avere carattere

⁴² SANGIORGIO, *Un esempio di giustizia "domestica" alternativa a quella dell'a.g.o.: l'ombudsman-giurì bancario*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2009, I, p. 345s.

⁴³ Art. 1469-bis c.c. «*il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*».

necessariamente patrimoniale⁴⁴, mentre la sanzione reputazionale sarebbe «direttamente destinata a nuocere, di fronte all'opinione pubblica, alla considerazione sociale della persona». Tale sanzione «morale» sarebbe invalida. Tuttavia nel caso in esame, la sanzione reputazionale sarebbe accessoria (ed eventuale) rispetto alla sanzione patrimoniale di risarcimento del danno che l'Ombudsman può comminare agli intermediari inadempienti; così essa assumerebbe una funzione di «coazione psicologica» all'adempimento della sanzione principale (quella patrimoniale) e quindi sarebbe più che lecita.⁴⁵

All'Ombudsman bancario potevano aderire anche le banche che non facevano parte dell'Associazione Bancaria Italiana, cosicché sarebbe stato possibile coinvolgere tutto il sistema creditizio di allora: infatti vi è stata un'adesione a tale sistema da parte di quasi tutto il sistema bancario.⁴⁶

Successivamente è stato emanato il decreto legislativo n. 253 del 2000⁴⁷ per recepire la Direttiva 97/5/CE sui bonifici transfrontalieri⁴⁸; questo intervento normativo è volto ad assicurare che le procedure di reclamo e di soluzione stragiudiziale delle controversie siano efficaci anche per i problemi che dovessero sorgere nell'ambito dei bonifici transfrontalieri. Di questo si occupa in particolare l'articolo 8 del suddetto decreto.

Art. 8

Soluzione delle controversie

⁴⁴ CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'«ombudsman» bancario*, in *Foro Italiano*, V, 2002, p. 256.

⁴⁵ CARRIERO, *op.cit.*, p. 257.

⁴⁶ CARRIERO, *op.cit.*, p. 254.

⁴⁷ Decreto legislativo 28 luglio 2000, n. 253, *Attuazione della direttiva 97/5/CEE sui bonifici transfrontalieri*, pubblicato nella G.U. n. 212 del 11 settembre 2000.

⁴⁸ Il bonifico transfrontaliero è l'operazione effettuata, su incarico di un ordinante, da un ente insediato in uno Stato membro dell'Unione europea, al fine di mettere una somma di denaro a disposizione di un beneficiario presso un ente insediato in un altro Stato membro; l'ordinante e il beneficiario di un'operazione di bonifico transfrontaliero possono coincidere. (art. 1, lett. i) del d. lgs. 253/2000).

1. A fronte dell'esecuzione delle operazioni di bonifico transfrontaliero gli enti, anche per il tramite delle associazioni di categoria, assicurano adeguate ed efficaci procedure di reclamo per la soluzione delle controversie tra l'ordinante o il beneficiario e gli enti medesimi.

2. Con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di reclamo e di composizione dell'organo decidente i reclami, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela.

In seguito a questa legge, l'ABI ha predisposto il «Regolamento delle procedure di reclamo in materia di bonifici transfrontalieri»⁴⁹ con cui è stata costituita all'interno dell'Ombudsman bancario un'apposita **Sezione** incaricata di risolvere le controversie in materia di bonifici transfrontalieri.

Nel frattempo l'Accordo del 1993 era stato rinnovato a seguito di una circolare del 2001 dell'ABI: la competenza dell'Ombudsman era stata ampliata per ricomprendere le controversie aventi un valore non superiore a 10.000 euro e anche quelle riguardanti intermediari diversi dalle banche (ma comunque facenti parte di gruppi bancari o partecipati da esse).

L'ABI è intervenuta ancora per modificare le regole riguardanti l'Ombudsman, in particolare nel 2005 quando ha emanato il Regolamento **Ombudsman-Giurì Bancario**⁵⁰, entrato in vigore il 1° gennaio 2006. A partire da questa data qualunque

⁴⁹ Regolamento dell'Ombudsman-Giurì Bancario entrato in vigore il 1° ottobre 2002, a seguito della Circolare ABI n. 18 del 17 giugno 2002.

⁵⁰ La denominazione di questo organismo è stata modificata per renderla più comprensibile ai clienti bancari (MAIMERI, *L'arbitro bancario finanziario: dall'iniziativa degli operatori all'imperio legislativo*, in ALPA, AMOROSINO (a cura di), *Scritti in onore di Francesco Capriglione: le regole del*

cliente, e non più solo i consumatori, può far ricorso all'Ombudsman nel caso in cui si sia già rivolto all'Ufficio reclami della sua banca o dell'intermediario senza avere completa soddisfazione. La controversia non può superare il valore di 50.000 euro e non deve essere già stata sottoposta all'esame dell'autorità giudiziaria, di un collegio arbitrale o di un organismo conciliativo.

Con il decreto legislativo n. 5 del 2003⁵¹ vengono invece regolate le controversie in materia bancaria e creditizia che sorgono tra banche, tra una banca e un'associazione rappresentativa di consumatori e tra una banca e una camera di commercio. Inoltre questo decreto dispone che le controversie in materia societaria, bancaria e finanziaria possano essere risolte con due particolari modalità:

1) le banche, nell'atto costitutivo, inseriscono una clausola compromissoria in virtù della quale derogano alla competenza del giudice ordinario e deferiscono ad **arbitri** la decisione di controversie future; in questo caso il lodo è vincolante ed impugnabile e l'arbitro è tenuto a decidere secondo diritto, anche se la clausola compromissoria lo autorizzerebbe a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile;

2) le banche costituiscono degli **organismi di conciliazione**: questi devono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia⁵²; le informazioni di cui entrano in possesso non possono essere utilizzate nel giudizio promosso a seguito dell'insuccesso del tentativo di conciliazione, né possono essere oggetto di prova testimoniale; se la conciliazione riesce è redatto separato processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore; il verbale, previo accertamento della regolarità formale, è omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui

mercato finanziario, tomo I, Padova, 2010, p. 411) considerato che, come evidenzia Sangiorgio, "già di per sé il termine ombudsman è ostico per la stragrande maggioranza dei cittadini anche se dotati di un medio bagaglio culturale" (SANGIORGIO, *op.cit.*, p. 346).

⁵¹ Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, *Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, pubblicato nella G. U. n. 17 del 22 gennaio 2003, Supplemento Ordinario n. 8.

⁵² Il Ministero della giustizia, con d. m. 23 luglio 2004, n. 222, ha dato attuazione al 2° comma dell'art. 38 del d. lgs. 5/2003 prevedendo l'istituzione di un Registro degli organismi di conciliazione, individuandone i criteri e le modalità di iscrizione.

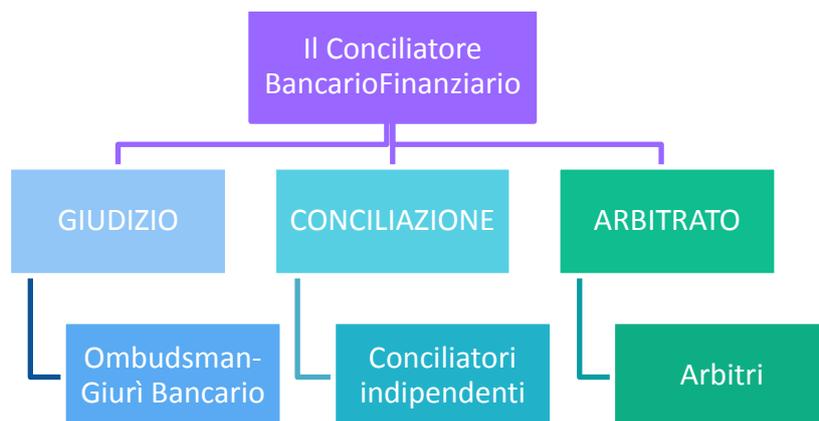
circondario ha sede l'organismo di conciliazione e costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Sulla scia di questo intervento normativo l'ABI ha costituito nel 2005 un nuovo organismo: il **Conciliatore Bancario**, un'associazione volontaria senza fini di lucro, iscritta nel registro degli organismi di conciliazione tenuto dal Ministero della giustizia, il cui scopo è indicato all'art. 2 del suo Regolamento originario (approvato nel 2006):

favorire e diffondere la conoscenza e l'utilizzo, nella società e presso il sistema finanziario, degli strumenti alternativi di soluzione nelle controversie quali, fra gli altri, la conciliazione, l'ombudsman e l'arbitrato.

Infatti questo organismo è principalmente orientato all'amministrazione di procedure conciliative, ma ad esso l'ABI ha anche trasferito la gestione dell'Ufficio Reclami e dell'Ombudsman-Giurì Bancario: ad oggi la sua denominazione completa è "**Conciliatore BancarioFinanziario - Associazione per la soluzione delle controversie bancarie, finanziarie e societarie - ADR**"⁵³.

Schematicamente, la struttura del Conciliatore è la seguente:



⁵³ Ulteriori informazioni sono reperibili nel sito www.conciliatorebancario.it.

Nel 2005 entra in vigore la c.d. legge sul risparmio⁵⁴; anch'essa si occupa di risoluzione delle controversie in due articoli (art. 27 e art. 29) che si occupano di due materie differenti.

Art. 27

*Procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo
e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori*

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato e di un sistema di indennizzo in favore degli investitori e dei risparmiatori, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, secondo i seguenti principi e criteri direttivi:

a) previsione di procedure di conciliazione e di arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla CONSOB per la decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori, esclusi gli investitori professionali, e le banche o gli altri intermediari finanziari circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela;

L'articolo 27 si occupa della creazione di sistemi di conciliazione e arbitrato in materia di servizi di investimento e il Governo, a ciò delegato, vi ha provveduto con il decreto legislativo n. 179 del 2007⁵⁵ istituendo la **Camera di Conciliazione e Arbitrato** presso la Consob. La Camera ha funzioni meramente amministrative e i suoi

⁵⁴ Legge 28 dicembre 2005, n. 262, *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, pubblicata nella G. U. n. 301 del 28 dicembre 2005, supplemento ordinario n. 208.

⁵⁵ Decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, *Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262*, pubblicato nella G. U. n. 253 del 30 ottobre 2007.

membri non svolgono attività di conciliazione o arbitrato: per questo la Camera si avvale dei conciliatori e degli arbitri iscritti negli elenchi da essa gestiti. In questo modo anche alla Consob non vengono attribuiti poteri giurisdizionali, ma solamente il compito di gestire le procedure e di fornire supporto tecnico alla Camera. In ogni caso vige una netta separazione tra l'attività di vigilanza svolta dalla Consob e le procedure di conciliazione e arbitrato da essa gestite. Questo principio è desumibile dal 7° comma dell'art. 4 del decreto legislativo n. 179/2007 il quale stabilisce che le dichiarazioni rese dalle parti nel procedimento di conciliazione non possono essere utilizzate nell'eventuale procedimento sanzionatorio nei confronti dell'intermediario avanti l'Autorità di vigilanza competente per l'irrogazione delle sanzioni amministrative previste per le medesime violazioni.

Art. 29

Risoluzione delle controversie in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari

1. Dopo l'articolo 128 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, è aggiunto il seguente:

«Art. 128-bis. – (Risoluzione delle controversie). – 1. I soggetti di cui all'articolo 115 aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i consumatori.

2. Con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela.

3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non pregiudicano per il cliente il ricorso, in qualunque momento, a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento».

L'articolo 29, invece, riguarda la risoluzione delle controversie in ambito bancario; esso va ad incidere direttamente nel T.U.B. inserendo un nuovo articolo, il 128-bis, che impone alle banche e agli intermediari finanziari di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i clienti. Questo art. 128-bis è stato modificato dal 6° comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 303/2006 che ne ha ampliato l'ambito di applicazione (infatti il riferimento non è più limitato ai soli consumatori ma riguarda la clientela in senso lato)⁵⁶ ed il 3° comma dell'art. 4 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141⁵⁷, ha introdotto un ultimo comma che attribuisce alla Banca d'Italia il dovere, qualora riceva un reclamo da un cliente di una banca, di informarlo riguardo ai possibili sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie a cui tale cliente potrà rivolgersi per ottenere soddisfazione in tempi brevi e ad un costo contenuto, senza dover rinunciare alle proprie pretese anche qualora queste riguardino lamentele di scarso valore economico.

Art. 128-bis

Risoluzione delle controversie

- 1. I soggetti di cui all'articolo 115 aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela.*
- 2. Con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la*

⁵⁶ Nella Relazione al decreto legislativo n. 303/2006 è spiegato il motivo che sta alla base di questa modifica il quale va ricercato nel coordinamento dell'art. 128-bis T.U.B. con l'art. 27 della legge n. 262/2005 in materia di procedure di conciliazione e arbitrato presso la Consob in materia di servizi d'investimento e con il d.lgs. n. 253/2000 in materia di procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di bonifici transfrontalieri.

⁵⁷ Decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, *Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi*, pubblicato nella G.U. n. 207 del 4 settembre 2010, Supplemento Ordinario n. 212.

rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela.

3. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28⁵⁸, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non pregiudicano per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento.

3-bis. La Banca d'Italia, quando riceve un reclamo da parte della clientela dei soggetti di cui al comma 1, indica al reclamante la possibilità di adire i sistemi previsti dal presente articolo.

Un aspetto interessante riguardo all'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 128-bis è rinvenibile nel suo inserimento nel Capo III "Regole generali e controlli" del Titolo VI del T.U.B. (rubricato "Trasparenza delle condizioni contrattuali"). Tale scelta legislativa può essere interpretata secondo due modalità:

- 1) un'interpretazione sistematica porterebbe a considerare che l'art. 128-bis è stato inserito come norma di chiusura dell'intero Titolo e che, quindi, non fa altro che inserire nel T.U.B. un'ulteriore tutela per l'osservanza delle disposizioni sulla trasparenza (che andrebbe ad aggiungersi ai rimedi civili, la nullità relativa, e di tipo amministrativo, *ex art. 128*, già previsti);
- 2) un'interpretazione letterale, in considerazione della rubrica del suddetto articolo "Risoluzione delle controversie", condurrebbe invece ad una diversa lettura della disposizione, considerando applicabile il sistema *ex art. 128-bis* a tutte le controversie che potrebbero sorgere tra gli intermediari e i clienti.⁵⁹

⁵⁸ Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 "Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali", pubblicato in G.U. del 5 marzo 2010, n. 53.

⁵⁹ FORASASSI, *La risoluzione delle controversie di cui all'articolo 128 bis T.U.F. (Art.29)*, in GALGANO, ROVERSI-MONACO (a cura di), *Le nuove regole del mercato finanziario: la Legge 28 dicembre 2005, n. 262 Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, Padova, 2009, p. 576.

Questa iniziativa legislativa è stata poi attuata tramite la delibera del CICR n. 275/2008 e la successiva predisposizione delle "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari"⁶⁰ (in seguito: Disposizioni) emanate dalla Banca d'Italia il 18 giugno 2009 (dopo una consultazione pubblica avvenuta nel mese di marzo) riguardanti un nuovo sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie: l'**Arbitro Bancario Finanziario**.

Con la creazione di questo nuovo organismo, il legislatore non ha voluto eliminare o criticare i sistemi che già erano sorti grazie all'autoregolamentazione, ma il suo scopo era quello di creare un organo decidente la cui indipendenza dagli intermediari fosse non solo reale ma anche percepita chiaramente dai clienti⁶¹; infatti la principale novità di questo sistema sta proprio nella natura pubblicistica dell'ABF, in contrapposizione alla natura volontaristica dell'Ombudsman⁶² prima e del Conciliatore poi⁶³.

Infine, il 15 ottobre del 2009, è entrato in vigore il nuovo Regolamento dell'Ufficio reclami e dell'Ombudsman-Giurì Bancario recante le modifiche e le norme di coordinamento necessarie in seguito all'istituzione dell'ABF.

Ciò che emerge dal percorso normativo appena esaminato conferma quanto espresso dalla Banca d'Italia nel documento per la consultazione riguardante il Programma dell'attività normativa dell'area vigilanza per l'anno 2012, ovvero:

Negli ultimi anni la disciplina a tutela della clientela di banche e intermediari finanziari è stata profondamente modificata per

⁶⁰ BANCA D'ITALIA, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, pubblicate nella G.U. n. 144 del 24 giugno 2009.

⁶¹ SANGIORGIO, *op.cit.*, p. 352.

⁶² Riguardo all'Ombudsman, erano emerse delle critiche circa la sua efficacia per via della sua origine volontaristica (cfr. GABRIELLI, *L'incompetenza dell'Ombudsman bancario (il non liquet dell'organismo di garanzia)*, nota a Decisione dell'Ombudsman del 9 marzo 1999, pubblicata in *Giustizia civile*, I, 1999, p. 1523ss) ma l'esperienza pratica ne ha confermato la validità come strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie in quanto "*non risulta si sia mai registrato un solo caso in cui un istituto bancario si sia rifiutato di conformarsi al giudizio del gran giurì*" (FORASASSI, *op.cit.*, p. 573).

⁶³ RAFFAELE, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 1/2011, p. 108.

*assicurare rapporti più trasparenti e corretti, maggiore concorrenza e, conseguentemente, minori costi per la clientela.*⁶⁴

Un ultimo aspetto da considerare riguarda il fatto che la coesistenza nel nostro Paese di questa pluralità di organismi deputati alla risoluzione stragiudiziale delle controversie può creare dei problemi in termini di conflitti di competenza. Infatti:

*si ritiene che la previsione di molteplici strumenti alternativi al ricorso all'autorità giudiziaria non sempre possa tradursi in un sistema di tutela effettivo ed efficace, potendo invece trasformarsi in "un'arma a doppio taglio" creando incertezze sulla migliore "via" da intraprendere.*⁶⁵

Allora è necessario che vi sia una chiara distinzione tra le diverse materie di cui i vari sistemi sono tenuti ad occuparsi e le relazioni intercorrenti tra gli stessi. Quest'ultimo punto verrà esaminato nel corso del successivo capitolo, mentre ora si cercheranno di delineare le rispettive aree di competenza.

All'Arbitro Bancario Finanziario possono essere sottoposte le controversie che coinvolgono banche, intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'art. 106 del T.U.B., confidi, istituti di moneta elettronica (IMEL) che operano in Italia, Poste Italiane (per quanto riguarda l'attività di Bancoposta), banche e intermediari esteri operanti in Italia. L'ABF può decidere tutte le controversie che riguardano operazioni e servizi bancari e finanziari fino a 100.000 euro, se il cliente chiede una somma di denaro, e senza limiti di importo, se il cliente chiede soltanto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà.

Da quando l'ABF ha iniziato l'operatività (15 ottobre 2009), la competenza dell'Ombudsman è limitata alle controversie aventi ad oggetto i servizi e le attività di

⁶⁴ BANCA D'ITALIA, *Documento per la consultazione del Programma dell'attività normativa dell'area vigilanza per l'anno 2012*, aprile 2012.

⁶⁵ FORASASSI, *op.cit.*, p. 587.

investimento e le altre tipologie di operazioni non assoggettati all'ABF. Se è richiesto un risarcimento del danno, la questione rientra nella competenza dell'Ombudsman se l'importo richiesto non supera 100.000 euro.

Per quanto riguarda invece la Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob, questa può risolvere le controversie che hanno ad oggetto la violazione di regole di informazione, correttezza e trasparenza nella prestazione dei servizi di investimento o del servizio di gestione collettiva del risparmio. Più precisamente, la Camera si può occupare dei ricorsi riguardanti:

- i servizi e le attività di investimento e il collocamento di prodotti finanziari con finalità di investimento, come definiti dal T.U.F.;
- i "prodotti composti", cioè quei prodotti che hanno una componente con natura di investimento o assicurativa e una componente disciplinata dal Titolo VI del TUB, qualora tali prodotti abbiano finalità esclusiva o prevalente di investimento. Se invece tale specifica finalità manca, possono essere decise dalla Camera soltanto le controversie relative alla componente del prodotto che ha la finalità di investimento;
- i singoli contratti che compongono un "prodotto composto" con finalità esclusiva o prevalente di investimento, salvo che si tratti di credito al consumo poiché, in tal caso, trova sempre applicazione il Titolo VI del TUB e, pertanto, la relativa controversia può essere risolta dall'ABF.

Quindi, si delinea un sistema in cui le competenze di Ombudsman e Camera sono residuali rispetto a quella dell'ABF, cioè sono stati ben delineati i confini della competenza dell'Arbitro Bancario Finanziario e, quello che non rientra in suddetti limiti (in particolare i servizi e le attività di investimento), può essere risolto alternativamente dall'Ombudsman o dalla Camera.

2. L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO

In questo capitolo si cercherà di definire cos'è l'Arbitro Bancario Finanziario (o ABF) evidenziandone analogie e differenze rispetto ad altri organismi e procedure.

Si può iniziare affermando che l'ABF, nonostante il nome, non sia un arbitro e quindi il procedimento innanzi a tale organo non è da confondere con l'arbitrato descritto nel Titolo VIII del Libro IV del Codice di Procedura Civile (artt. 806-840). Infatti il Collegio dell'ABF non esprime un giudizio giuridicamente vincolante per le parti, ma una sorta di parere⁶⁶, a cui l'intermediario è tenuto a conformarsi per evitare la conseguente sanzione reputazionale (ulteriori approfondimenti sulla natura delle decisioni dell'ABF saranno presentati nel sottoparagrafo 2.9.1.).

L'ABF non è nemmeno un mediatore né può essere assimilabile al giudice di pace; possiamo però dire che l'Arbitro Bancario Finanziario è un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie; questa locuzione, come evidenziato nel primo capitolo, ricomprende diverse fattispecie che hanno come denominatore comune l'alternatività rispetto al giudizio ordinario. Nel caso dell'ABF questa alternatività non è mutualmente esclusiva in quanto il ricorso all'ABF non preclude la possibilità di adire il giudice ordinario, anzi recentemente⁶⁷ tale ricorso è una delle possibili procedure il cui esperimento costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale (in materia di contratti bancari e finanziari).

Un membro dell'ABF⁶⁸ lo definisce così:

⁶⁶ AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Le Società*, 1/2011, p. 88 e RUPERTO, *L'«arbitro bancario finanziario»*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, I, p. 335.

⁶⁷ Con il Decreto legislativo n. 28/2010, *Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*.

⁶⁸ AULETTA, *op.cit.*, p. 83.

L'ABF non è un arbitro, ma l'autore di una determinazione conformativa di un procedimento amministrativo, di un parere al modo del Consiglio di Stato per il ricorso straordinario.

Il giudizio dell'ABF è costitutivo del potere della Banca d'Italia di valutare la conformazione dell'intermediario al dovere di vigilanza concretamente ritenuto.

Quindi l'azione dell'Arbitro Bancario Finanziario si potrebbe inserire nella più ampia attività di vigilanza svolta dalla Banca d'Italia, pur essendo da essa indipendente almeno per quanto riguarda la determinazione della decisione (questo argomento sarà ripreso ampiamente nel paragrafo 2.7.). Infatti è anche vero che negli ultimi anni le Autorità indipendenti (come ad esempio la Banca d'Italia e la Consob) sono state investite di un'attività di regolazione che è parte integrante del mercato che tutelano, di modo che esse si trovano a dover svolgere "un'attività diversa da quella amministrativa tradizionale (...), simile piuttosto a quella del giudice"⁶⁹.

Nei seguenti paragrafi verranno evidenziate le analogie, le differenze e le relazioni intercorrenti tra l'ABF e l'arbitrato, la mediazione, la Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob, il giudizio civile e penale e la Banca d'Italia, in modo da inquadrare al meglio questo organismo di recente formazione. Prima di procedere ad effettuare tali confronti è opportuno analizzare l'evoluzione normativa che ha portato alla formazione dell'ABF e il suo funzionamento.

⁶⁹ MATTARELLA, *Commento sub artt. 23-24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262*, in NIGRO, SANTORO (a cura di), *La tutela del risparmio*, Torino, 2007, p. 439.

2.1. EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA

L'Arbitro Bancario Finanziario nasce dopo un percorso normativo iniziato nel 2005 con l'emanazione della c.d. legge sul risparmio⁷⁰ che ha introdotto nel T.U.B. l'art. 128-bis riguardante la risoluzione delle controversie. In questa norma vengono definite le caratteristiche essenziali dell'ABF:

- l'imparzialità dell'organo decidente;
- la rappresentatività dei soggetti interessati;
- la rapidità e l'economicità della soluzione delle controversie;
- l'effettività della tutela;
- il diritto di accesso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento.

Questi principi hanno trovato una più puntuale definizione nella Delibera del CICR n. 275 del 2008⁷¹, che detta le disposizioni di carattere generale, e concreta attuazione nelle successive Disposizioni della Banca d'Italia. L'operatività dell'ABF è iniziata il 15 ottobre 2009, a soli quattro anni dalla prima previsione normativa in materia.

Nel 2010 il legislatore è intervenuto nuovamente con riguardo all'Arbitro Bancario Finanziario attraverso il decreto legislativo in materia di mediazione⁷² dove, nel primo comma dell'art. 5, è previsto il ricorso all'ABF come alternativa al procedimento di mediazione nell'ambito delle condizioni di procedibilità della domanda giudiziale.

Art. 5

Condizione di procedibilità e rapporti con il processo

⁷⁰ Legge n. 262/2005, *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*.

⁷¹ CICR, Deliberazione n. 275/2008, *Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni*.

⁷² Con il decreto legislativo n. 28/2010, *Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*.

*1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di (...) **contratti assicurativi, bancari e finanziari**, e' tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero **il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate**. L'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. (...)*

La norma sembra equiparare il procedimento innanzi all'ABF con la mediazione, ma il fatto che questi sistemi siano tra loro interscambiabili non è dovuto alla coincidenza delle loro nature o dei loro effetti, ma semplicemente al fatto che entrambi sono dei tentativi di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Infatti la mediazione disciplinata dal decreto legislativo n. 28/2010 (come ad esempio quella attivabile presso il Conciliatore BancarioFinanziario) è profondamente diversa dal ricorso all'ABF e questo è vero per molti aspetti, come ad esempio i seguenti:

- l'Arbitro Bancario Finanziario è un ADR di tipo valutativo, mentre la mediazione di tipo conciliativo;
- il ricorso all'ABF può essere presentato solo dal cliente, mentre entrambe le parti (cliente e intermediario) possono ricorrere alla mediazione;
- la pronuncia dell'ABF non costituisce titolo esecutivo, mentre il verbale della mediazione (se omologato dal tribunale) acquista esecutività;
- la competenza dell'ABF ha dei limiti di valore (100.000 euro) qualora il cliente richieda una somma di denaro a qualunque titolo, mentre quella della mediazione no;

- le decisioni dell'ABF sono pubbliche e, anche se non vincolanti per l'Autorità Giudiziaria che (eventualmente) sarà adita per la medesima controversia, il cliente ne potrebbe chiedere l'acquisizione come mezzo istruttorio⁷³, mentre "*le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non e' ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio*"⁷⁴.

⁷³ AULETTA, *op.cit.*, p. 89 (nota 27).

⁷⁴ Art. 10, 1° comma, del D. Lgs. n. 28/2010, *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.*

2.2. FUNZIONAMENTO DELL'ABF

La prima domanda che sorge in merito al ricorso all'ABF riguarda la legittimazione attiva, cioè ci si chiede chi abbia la facoltà di presentarlo. Secondo l'originaria formulazione introdotta dalla legge sul risparmio, tale legittimazione spettava solamente ai clienti consumatori, poi l'art. 1, comma 6, del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303⁷⁵, ha modificato l'art. 128-bis, comma 1, del T.U.B. sostituendo la locuzione "*con i consumatori*" con l'espressione "*con la clientela*". Quindi, ad oggi, qualunque cliente, dove per cliente si intende un soggetto che ha o ha avuto un rapporto contrattuale o è entrato in relazione con un intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari, compresi i servizi di pagamento, può fare ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario. Inoltre questo diritto di poter ricorrere all'ABF è un diritto irrinunciabile del cliente. Da segnalare, a proposito della possibilità di avviare il procedimento innanzi all'ABF, è la previsione della legge n. 62/2012,⁷⁶ la quale ha inserito il comma 1-quinquies all'art. 27-bis del d.l. n. 1/2012⁷⁷, il quale prevede:

*Ove lo ritenga necessario e motivato, il **prefetto** segnala all'Arbitro Bancario Finanziario, istituito ai sensi dell'art. 128-bis del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, specifiche problematiche relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari. La segnalazione avviene **a seguito di istanza del cliente** in forma riservata e dopo che il prefetto ha invitato la banca in questione, previa informativa sul merito dell'istanza, a fornire una risposta argomentata sulla meritevolezza del credito. L'Arbitro si pronuncia non oltre trenta giorni dalla segnalazione.*

⁷⁵ Decreto legislativo 29 dicembre 2006, n. 303 "*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.)*", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 7 del 10 gennaio 2007 - Suppl. Ordinario n.5.

⁷⁶ Legge 18 maggio 2012, n. 62, di conversione, con modificazioni, del d.l. 24 marzo 2012, n. 29.

⁷⁷ Decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, (c.d. decreto liberalizzazioni) convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

Dall'altro lato è necessario definire quali siano gli intermediari i cui clienti possono adire l'ABF; la delibera del CICR, poi ripresa dalle Disposizioni della BI, considera "intermediari" le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del T.U.B., i confidi iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 112 del T.U.B., gli istituti di moneta elettronica (IMEL), Poste Italiane S.p.A. (in relazione all'attività di bancoposta), le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal Titolo VI del T.U.B. e gli istituti di pagamento.

Dopo aver definito la legittimazione attiva e passiva, occorre evidenziare che esiste una condizione di procedibilità del ricorso all'ABF: il cliente deve aver preliminarmente presentato un reclamo al proprio intermediario e solo nel caso in cui l'intermediario non risponda entro 30 giorni o il cliente resti insoddisfatto, questi potrà rivolgersi all'ABF dandone tempestiva comunicazione all'intermediario. Il ricorso deve essere presentato alla Segreteria Tecnica del Collegio competente⁷⁸ o ad una qualsiasi Filiale della BI che provvederà ad inoltrarlo alla Segreteria Tecnica. La previsione di tale condizione trova giustificazione nella considerazione del fatto che molte controversie tra clienti e intermediari finanziari sorgono a causa di semplici incomprensioni od errori e che, quindi, possono essere agevolmente risolte dall'intermediario stesso attraverso la procedura prevista per la valutazione dei reclami.⁷⁹

Sull'intermediario grava poi una serie di obblighi legati alla trasparenza e alla correttezza: innanzi tutto esso deve adottare procedure per la trattazione dei reclami che

⁷⁸ I Collegi dell'ABF sono 3, competenti per zona. Il Collegio di Milano decide i ricorsi dei clienti che hanno il domicilio in Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino-Alto Adige, Valle d'Aosta, Veneto. Il Collegio di Roma è competente per i ricorsi dei clienti che hanno il domicilio in Abruzzo, Lazio, Marche, Sardegna, Toscana, Umbria, oppure in uno Stato estero. Il Collegio di Napoli decide i ricorsi dei clienti che hanno il domicilio in Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sicilia. Per domicilio si intende l'indirizzo dichiarato dal cliente nel ricorso.

⁷⁹ FORASASSI, *op.cit.*, p. 583 (cfr. BANCA D'ITALIA, Servizio Concorrenza, Normativa e Affari Generali, Divisione Normativa, *Disciplina della soluzione stragiudiziale delle controversie ai sensi dell'art. 128-bis del testo unico bancario*, agosto 2007, dove si precisa: "Il ricorso preventivo all'ufficio reclami consente infatti una rapida soluzione, in via conciliativa, dei casi più semplici, svolgendo, al contempo, un'azione di filtro delle controversie più complesse, da portare all'attenzione dell'organismo").

garantiscono ai clienti risposte sollecite ed esaustive⁸⁰; inoltre, deve assicurare che l'ufficio o il responsabile della gestione dei reclami si mantenga costantemente aggiornato in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente e valuti i reclami pervenuti anche alla luce dei suddetti orientamenti, verificando se la questione sottoposta dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise dai Collegi e considerando le soluzioni adottate in tali casi; inoltre è tenuto a informare i propri clienti della possibilità di adire l'ABF e deve fornire loro tutte le informazioni necessarie per contattare il medesimo (indirizzi, numeri di telefono, sito internet)⁸¹.

Una volta ricevuta la comunicazione relativa al ricorso, l'intermediario può inviare entro 30 giorni alla Segreteria Tecnica o all'organismo rappresentativo della categoria riconosciuto dalla Banca d'Italia (cioè il Conciliatore BancarioFinanziario) le sue controdeduzioni e tutta la documentazione che ritiene necessaria ai fini della decisione del ricorso. Nel caso in cui l'intermediario invii le controdeduzioni tramite il Conciliatore, questi dovrà presentarle alla Segreteria entro 15 giorni.

A questo punto la Segreteria Tecnica procede ad istruire la pratica e può chiedere alle parti di fornire ulteriori documenti e informazioni qualora lo ritenga necessario. Basandosi esclusivamente sulle informazioni raccolte, la Segreteria predispone una relazione da presentare al Collegio; tale relazione analizza i fatti e le questioni di diritto, senza formulare alcun parere. L'istruttoria è totalmente documentale e non si può ricorrere alla prova testimoniale; infatti il Collegio non può sentire le parti o terzi nel corso della riunione, alla quale dunque non partecipa né il cliente né l'intermediario.

Da quando la Segreteria riceve le controdeduzioni, il Collegio ha 60 giorni a disposizione per riunirsi e decidere sul ricorso (se la Segreteria ha richiesto maggiori informazioni, tale termine può essere sospeso per un massimo di 60 giorni). La decisione viene presa sulla base del diritto vigente, ma anche tenendo conto degli eventuali codici di condotta adottati dall'intermediario; infatti l'autoregolamentazione

⁸⁰ BANCA D'ITALIA, *Disposizioni trasparenza*, p. 86.

⁸¹ BANCA D'ITALIA, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, 18 giugno 2009, p. 16.

integrata e completa i doveri gravanti sull'intermediario al fine di garantire una tutela non solo formale, ma anche sostanziale, degli interessi dei clienti.

Una volta che il Collegio ha espresso la sua decisione, la Segreteria la comunica alle parti, corredata dalla relativa motivazione, entro 30 giorni.

In totale il procedimento (dalla presentazione del ricorso alla comunicazione dell'esito) si svolge in un arco di tempo di massimo 135 giorni⁸². Questa durata è nettamente inferiore a quella dei procedimenti innanzi al giudice ordinario e ciò consente ai clienti di poter accedere alla giustizia in tempi rapidi. Questo è molto positivo soprattutto in un Paese come l'Italia dove tradizionalmente i processi civili si protraggono molto a lungo. La Banca d'Italia scriveva in merito già nel 2001:

*l'Italia è il Paese dell'Unione Europea in cui i procedimenti civili, considerando i tre gradi di giudizio, hanno maggiore durata (in media 116 mesi, il 68 per cento in più rispetto alla media UE).*⁸³

Con riguardo ai possibili esiti dei ricorsi, il Collegio può respingere il ricorso per diverse ragioni:

- perché non si ritiene competente;
- per motivi procedurali;
- perché, entrando nel merito, non ha ritenuto fondate o adeguatamente provate le ragioni del cliente;
- perché, entrando nel merito, non ha riscontrato alcuna violazione da parte dell'intermediario.

Qualora invece la decisione sia favorevole al cliente, il Collegio fissa contestualmente un termine entro il quale l'intermediario è tenuto ad uniformarsi (in mancanza del termine, egli dovrà adempiere entro 30 giorni dalla comunicazione della

⁸² In base ai dati del 2010, la durata (dalla proposizione del ricorso alla decisione) media delle procedure di ricorso concluse è stata di 88 giorni.

⁸³ BANCA D'ITALIA, *Relazione economica per l'anno 2000*, Roma, 2001, p. 110.

decisione e della relativa motivazione). Spetta alla Segreteria Tecnica il controllo sull'effettivo adempimento da parte dell'intermediario e, qualora rilevi un'inadempienza e nei casi dubbi, ne informa il Collegio che provvederà alla comminazione della sanzione.

La sanzione è reputazionale e consiste nella pubblicazione dell'inadempienza sul sito internet dell'ABF e su due quotidiani ad ampia diffusione nazionale, a spese dell'intermediario. La stessa sanzione grava sull'intermediario che non abbia collaborato alla procedura; esempi di mancata cooperazione possono essere:

- mancato invio della documentazione richiesta con conseguente impossibilità di addivenire ad una pronuncia sul merito della controversia;

- mancato versamento dei contributi previsti, i quali consistono, nel caso in cui il Collegio abbia accolto in tutto o in parte il ricorso, nel rimborso di 20 euro al cliente (che quando ha presentato il ricorso ha versato 20 euro come contributo alle spese di procedura) e nel versamento di 200 euro per contributo alle spese procedurali.

Se, invece, il Collegio competente per la trattazione del ricorso ritiene che ricorrano questioni di particolare importanza o rileva che la questione sottoposta al suo esame abbia dato luogo o possa dare luogo a orientamenti non uniformi tra i singoli Collegi, dispone che il ricorso sia esaminato e deciso dal Collegio di coordinamento. Questo Collegio è sottoposto alle medesime norme di funzionamento dei Collegi territoriali, infatti esso non è altro che un Collegio dell'ABF caratterizzato da una diversa composizione, infatti esso è formato da:

- i presidenti dei tre Collegi nei quali si articola l'organo decidente;
- un membro designato dalle associazioni degli intermediari;
- un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti.

Questo Collegio non rappresenta un "*secondo grado di giudizio*" ma la sua funzione è quella di evitare che, di fronte a fattispecie simili, vi siano orientamenti dell'ABF

difformi. A tal fine le Disposizioni sono state appositamente integrate, a seguito della Consultazione del 2011⁸⁴, per prevedere che:

qualora i Collegi territoriali intendano discostarsi da una pronuncia presa dal Collegio di coordinamento, devono motivarne espressamente le ragioni.

Come evidenziato in questo paragrafo, il funzionamento del procedimento innanzi all'ABF è ricco di specificità le quali sono correlate al particolare scopo di questa procedura che è quello di "*improntare a sostanziale correttezza i rapporti tra banche e clienti*"⁸⁵.

⁸⁴ BANCA D'ITALIA, *Resoconto della consultazione riguardante le disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, dicembre 2011, p. 12.

⁸⁵ ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, n. 3, 2011, p.135.

2.3. ABF E ARBITRATO

Innanzitutto, come è già stato accennato, il procedimento innanzi all'Arbitro Bancario Finanziario non va confuso con l'arbitrato. Quest'ultimo è anch'esso un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie ed è l'alternativa alla giurisdizione civile ordinaria più diffusa in Italia.

L'arbitrato si basa sull'accordo tra due o più parti per risolvere eventuali conflitti già sorti, o che dovessero sorgere, nell'ambito di un qualche rapporto contrattuale rimettendo la decisione ad un arbitro. Infatti i presupposti dell'arbitrato possono essere due:

- un compromesso, cioè un atto con cui le parti si rivolgono ad un arbitro per una controversia già sorta;
- una clausola compromissoria, cioè un contratto di diritto privato a effetti processuali in virtù del quale le parti derogano alla competenza del giudice ordinario e deferiscono ad arbitri la decisioni di eventuali controversie future⁸⁶.

Infatti, come dichiarato dalla Corte Costituzionale, è solo la volontà negoziale delle parti che può derogare alla riserva della funzione giurisdizionale ai giudici ordinari prevista dall'art. 102, 2° comma della Costituzione⁸⁷. Nella stessa sentenza la Corte ha sancito l'incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio, imposto dalla legge, proprio perché a tutti deve essere assicurato e garantito il diritto di tutelare i propri diritti e interessi legittimi innanzi agli organi giurisdizionali ordinari.

L'arbitrato obbligatorio era sorto nel diritto intermedio, mentre nel diritto romano esisteva solamente l'arbitrato volontario il quale comportava una duplice manifestazione di volontà: una per rimettere la controversia al giudizio di un terzo

⁸⁶ Artt. 807 e 808 del Codice di Procedura Civile.

⁸⁷ CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza del 14 luglio 1977, n.127.

imparziale e l'altra per impegnarsi a versare una somma nel caso in cui la parte soccombente decidesse, in seguito alla decisione, di non conformarsi ad essa⁸⁸.

Nel caso del procedimento davanti all'ABF, questo non è inquadrabile né come arbitrato volontario né come arbitrato obbligatorio, neppure solo unilateralmente. Infatti, nonostante sussista per gli intermediari l'obbligo di adesione all'ABF (come condizione di esercizio dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione di servizi di pagamento), questo non impedisce loro di poter ricorrere all'autorità giudiziaria una volta concluso il procedimento dell'ABF; anzi, con l'introduzione della disciplina in materia di mediazione obbligatoria, tale procedimento viene ricompreso tra quelli che devono essere esperiti prima di poter adire il giudice ordinario. Per questo, a maggior ragione ora, si potrebbe essere portati a ricondurre la procedura prevista dall'art. 128-bis alla fattispecie dell'arbitrato obbligatorio, tuttavia è già stato chiarito che l'ABF non è un arbitro e inoltre la legge sulla mediazione obbligatoria non prevede come unica condizione di procedibilità della domanda giudiziale il ricorso all'ABF, ma tutta una serie di possibilità conciliative ugualmente alternative.

L'arbitrato è disciplinato dal Codice di Procedura Civile (artt. 806-840) che prevede una serie di requisiti per poter svolgere la funzione di arbitro e che impone a quest'ultimo un obbligo, che consiste nel dover rendere il lodo entro 180 giorni dall'accettazione della nomina. Infatti, è dal momento di questa accettazione che nasce un rapporto contrattuale tra le parti e l'arbitro (c.d. "*contratto arbitrale*"). In virtù di tale contratto, qualora non venga rispettato il termine assegnato dalla legge per la pronuncia del lodo, sorge in capo all'arbitro una responsabilità risarcitoria contrattuale. A fronte di questo obbligo, l'arbitro ha altresì il diritto a ricevere un compenso per l'opera prestata, a cui le parti sono solidalmente obbligate, salvo diritto di regresso tra loro.

Riguardo invece al procedimento *ex art. 128-bis*, tra le parti e il Collegio non si instaura alcun rapporto di natura contrattuale. L'ABF è tenuto a decidere sul ricorso entro 60 giorni dalla data in cui la Segreteria tecnica ha ricevuto le controdeduzioni da

⁸⁸ ODORISIO, *L'arbitrato obbligatorio*, in AA.VV., *Arbitrato, Adr, conciliazione*, a cura di Mauro Rubino Sammartano, Bologna, 2009, p. 35.

parte dell'intermediario. Tuttavia tale termine non è perentorio in quanto non sono previste conseguenze (negative) per la non osservanza del suddetto termine.

Gli arbitri decidono solitamente secondo la normativa vigente, ma le parti possono autorizzare una pronuncia "*secondo equità*" (art. 822 del c.p.c.). Tale concetto può essere definito come "*giustizia del caso concreto*" e la sua applicazione implica che l'arbitro tenga in debita considerazione gli interessi che sono prevalenti in quella fattispecie concreta. Questa previsione si avvicina alle modalità di assunzione della decisione da parte dell'ABF. Infatti è vero che l'ABF è tenuto a decidere in base alla normativa vigente, ma deve tener conto anche dei codici di condotta a cui l'intermediario aderisce; inoltre la decisione può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti, quindi l'ABF può anche prendere in considerazione l'effettivo e complessivo quadro degli interessi coinvolti in quella particolare controversia.⁸⁹ Queste indicazioni sono prive di valore precettivo e sono configurabili come una sorta di "*suggerimenti*" la cui ragion d'essere va ricercata nella finalità ultima delle decisioni dell'ABF, cioè il miglioramento dei rapporti tra clienti e intermediari e l'aumento di fiducia nel sistema.⁹⁰

Per quanto riguarda l'efficacia del lodo, gli effetti costitutivo e di accertamento sorgono con la sua pronuncia, mentre esso diventa esecutivo in seguito alla sua omologazione da parte del tribunale.

La decisione dell'ABF è invece priva di esecutività e non è idonea a modificare le sfere giuridiche delle parti: queste potranno, infatti, "*liberamente*" (salva la sanzione reputazionale a cui può andare incontro l'intermediario) adeguarsi alla decisione oppure rifiutarsi di adempiere e ricorrere alla giustizia ordinaria.

Salva diversa pattuizione tra le parti, il lodo è impugnabile innanzi al giudice al fine di ottenerne l'annullamento (nei soli casi previsti dall'art. 829, comma 1); solo in caso di annullamento, infatti, il caso in questione potrà essere riesaminato innanzi ad un

⁸⁹ CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in www.judicium.it.

⁹⁰ FORASASSI, *op.cit.*, p. 585.

giudice che necessariamente dovrà essere diverso da quello che ha annullato il lodo. Inoltre il lodo può essere sottoposto a revocazione [nei soli casi eccezionali previsti dall'art. 395 ai numeri 1), 2), 3) e 6)] e può anche essere corretto, su istanza di parte, da parte degli stessi arbitri che l'hanno pronunciato, nelle ipotesi di omissioni, errori materiali o errori di calcolo.

Nel caso dell'ABF, non era prevista la possibilità di correzione delle decisioni e la revisione della disciplina nel luglio del 2011 vi ha rimediato mediante l'introduzione di una procedura rapida e semplice, attivabile su istanza della parte interessata, per la correzione delle decisioni nei casi il Collegio incorra in omissioni oppure errori materiali o di calcolo. Tuttavia, la parte che risulti soccombente non può impugnare la decisione dell'ABF, ma è possibile per l'intermediario agire presso il giudice amministrativo contro l'eventuale sanzione reputazionale inflittagli.

Nonostante le differenze evidenziate, l'Arbitro Bancario Finanziario e gli arbitri rituali hanno qualche tratto comune; infatti, come ha dichiarato il Collegio di Napoli in un'ordinanza⁹¹, l'ABF, pur non esercitando poteri giurisdizionali, è istituito per svolgere *"un ruolo autenticamente decisorio di controversie"* e questa è la stessa funzione che rivestono gli arbitri; inoltre l'attività dell'ABF si realizza nella *"rigorosa applicazione delle norme di diritto"* a casi concreti, in modo analogo a quanto avviene solitamente nei giudizi arbitrali.⁹² In senso contrario si è però espressa la Corte Costituzionale nel corso del giudizio di legittimità promosso dal medesimo Collegio. Infatti la Corte non ritiene che la figura dell'ABF possa ritenersi *"contigua"* a quella dell'arbitro rituale sulla base della considerazione che *"le disposizioni che regolano le attribuzioni dell'ABF evidenziano il carattere non alternativo che le decisioni adottate dal Collegio presentano rispetto ai rimedi giurisdizionali"*. Infatti, evidenzia la Corte, in

⁹¹ Ordinanza del 6 luglio 2010, iscritta al n. 363 del registro ordinanze 2010 e pubblicata in G.U. n. 48, prima serie speciale, con cui l'ABF, Collegio di Napoli, ha promosso giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 1, della legge della Regione Siciliana 14 maggio 2009, n. 6.

⁹² MAIONE, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro bancario Finanziario*, in www.judicium.it.

seguito alla decisione dell'ABF è sempre possibile ricorrere all'autorità giudiziaria o ad altri mezzi previsti dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti, cosa che invece è preclusa in seguito ad un giudizio ordinario o ad un procedimento arbitrale. Inoltre la Corte ritiene persino che, nella procedura che si svolge innanzi all'ABF, le parti non siano poste in posizione di parità (come avviene nei giudizi ordinari e arbitrali), ma vi sia una maggiore tutela del cliente in quanto considerato contraente debole. Infatti la Corte si esprime definendo l'ABF come:

(un) organo che non esercita funzioni giudicanti e (che) non è collocato in una posizione super partes⁹³.

⁹³ CORTE COSTITUZIONALE, Ordinanza del 21 luglio 2011, n. 218.

2.4. ABF E MEDIAZIONE OBBLIGATORIA

Il decreto legislativo n. 28/2010⁹⁴ ha introdotto nel nostro ordinamento la mediazione obbligatoria al fine di recepire la Direttiva 2008/52/CE⁹⁵ riguardante la mediazione in materia civile e commerciale. Tale direttiva si poneva come obiettivo quello di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e, in particolare, di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione. Tuttavia essa prevedeva solamente la possibilità, per l'organo giurisdizionale investito di una causa, di invitare le parti a tentare una mediazione, lasciando liberi gli Stati Membri di recepire la norma in senso più restrittivo rendendo anche obbligatoria la mediazione. Il nostro legislatore ha colto questa opportunità rendendo la mediazione una condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La relazione illustrativa al decreto, *sub* art. 5, motiva la scelta dell'obbligatorietà osservando come solo qualora una lunga serie di rapporti sia vincolata a tale condizione di procedibilità si potrà ottenere davvero una "*spinta deflattiva*" dei giudizi ordinari, contribuendo nel contempo ad una diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie.⁹⁶

La norma in questione equipara la procedura di mediazione obbligatoria dalla stessa disciplinata al procedimento di fronte all'ABF. Come già accennato in precedenza, la Banca d'Italia precisa che tale equiparazione va interpretata in modo corretto; infatti, le due procedure sono molto diverse sotto molteplici aspetti e vengono poste sullo stesso piano solo in quanto entrambe possono costituire una valida alternativa al processo ordinario⁹⁷. In riferimento a questo aspetto, qualcuno ha ipotizzato la mancanza di effettività del richiamo in questa sede (mediazione obbligatoria) del ricorso all'ABF;

⁹⁴ Decreto legislativo n. 28/2010, *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*.

⁹⁵ Direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Per un commento critico della Direttiva cfr. VACCÀ, *La direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata?*, in I Contratti, 2008.

⁹⁶ Relazioni illustrativa al decreto legislativo n. 28/2010.

⁹⁷ BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Numero 1, 2010, p. 17.

questa posizione si poteva giustificare in considerazione del fatto che il procedimento davanti all'ABF, in effetti, non costituisce una procedura conciliativa (come tutte le altre citate dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010) e, dunque, si poteva supporre che il legislatore, richiamando l'art. 128-bis del T.U.B., volesse far riferimento ad un sistema conciliativo che il CICR avrebbe dovuto introdurre anche per le materie bancarie e finanziarie (e come già esistente per i servizi di investimento). Tuttavia, è anche vero che lo stesso art. 128-bis, per quanto breve e conciso, parla di "*organo decidente*", il che porta ad escludere un riferimento a sistemi di natura conciliativa.⁹⁸

A seguito dell'introduzione di questo regime obbligatorio, tali procedimenti costituiscono più una "*condizione necessaria*" che una "*possibilità alternativa*". Tuttavia, lo scopo del legislatore resta pur sempre quello di permettere alle parti di risolvere il loro conflitto in modo rapido ed economico e, con tale previsione di obbligatorietà, auspica che le parti, attraverso la mediazione oppure il ricorso all'ABF, possano trovare soddisfazione e risolvere la controversia prima di dover ricorrere al giudice ordinario (instaurando un processo civile il quale comporta una serie di costi non indifferenti, tra cui l'assistenza di un avvocato, e tempi sicuramente non brevi). L'idea di fondo che sta alla base del favore che lo stesso legislatore europeo conferisce alla mediazione si può ricavare dal 6° Considerando della già citata Direttiva sulla mediazione:

La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera.

⁹⁸ CAPOBIANCO, *op.cit.*, p. 3.

Infatti la mediazione riscuote molto successo proprio in quanto un accordo con funzione transattiva⁹⁹ raggiunto dalle parti sembra preferibile rispetto ad una decisione imposta dall'alto.

Questo perché all'autonomia delle parti è concesso risolvere la controversia mediante i criteri che esse più gradiscono, mentre l'organo giurisdizionale è tenuto a prendere le sue decisioni sulla base della normativa vigente e nel rispetto del principio di legalità. Considerando questi aspetti e aggiungendo la constatazione che, in confronto al giudizio, la mediazione consente un risparmio sia di tempo che di denaro, sembrerebbe di gran lunga preferibile quest'ultima. Tuttavia occorre considerare che il giudice non svolge solo la funzione di risolvere la controversia, ma anche quella di garantire la correttezza del procedimento; inoltre, mentre un accordo transattivo vincola le parti in modo definitivo, nel procedimento giudiziale è consentita l'impugnazione ed è quindi possibile riconsiderare la questione.¹⁰⁰

La flessibilità delle procedure conciliative costituisce una caratteristica molto attrattiva, tanto che la mediazione potrebbe essere preferita anche rispetto al procedimento dinanzi all'ABF, il quale deve rigidamente ricalcare la procedura dettata dalle Disposizioni della Banca d'Italia. Inoltre, la mediazione può essere esperita anche dagli intermediari, mentre il ricorso all'ABF è riservato ai soli clienti. Dunque, entrambi questi sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie trovano applicazione in situazioni talvolta simili, altre volte differenti. Infatti, non sempre si può scegliere indifferentemente tra l'una e l'altro; un primo caso può essere rappresentato proprio dalla circostanza in cui il soggetto proponente sia l'intermediario (l'unica alternativa possibile è la mediazione); un altro caso può riguardare tutte quelle controversie che superano i limiti quantitativi imposti al procedimento innanzi all'ABF (il cliente che

⁹⁹ La transazione, secondo l'art. 1965 c.c., comma 1, è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. La funzione transattiva può essere dunque definita come la funzione, attribuibile a determinate categorie di atti tra privati, di comporre le controversie. Alcuni esempi di atti con funzione transattiva possono essere: il contratto di transazione, il negozio di accertamento e l'arbitrato irrituale (cfr. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, pp. 189ss).

¹⁰⁰ CASSANO, NISATI, *op.cit.*, p.37-38

richiede, a qualunque titolo, una somma superiore a 100.000 euro non potrà ricorrere all'ABF, ma solamente alla mediazione).¹⁰¹

Nel confronto tra la mediazione obbligatoria e il ricorso all'ABF non può essere tralasciato l'aspetto che riguarda l'esecutività degli esiti delle suddette procedure. Infatti, proprio la possibilità che il verbale dell'accordo raggiunto dalle parti con la mediazione (a differenza della decisione dell'ABF) possa essere omologato dal tribunale, costituisce un elemento di grande distinzione tra i due sistemi. Tanto più se si considera che il giudice potrebbe omologare anche la proposta di mediazione (la quale viene formulata dal mediatore qualora non sia stato possibile raggiungere un accordo) rifiutata da entrambe le parti. Difatti, se fallisce il tentativo di mediazione, il mediatore formula una proposta di conciliazione che le parti possono accettare o rifiutare; se entrambe rifiutano, esse si rivolgeranno all'autorità giudiziaria per risolvere il conflitto e allora il giudice, qualora ritenga opportuna la proposta del mediatore, la potrà omologare con sentenza. In questo caso, il cliente sarà tenuto a sostenere tutte le spese del giudizio anche se il giudice ha deciso a suo favore. La motivazione di questa previsione normativa può essere ricercata nel fatto che al legislatore preme che le parti prendano sul serio il tentativo di conciliazione e che non rifiutino la proposta del mediatore solo nella speranza di poter ottenere di più nel corso del processo. Ciò nonostante, di fatto questa norma stravolge il principio della soccombenza giudiziale (art. 91 c.p.c.), il quale sancisce il diritto della parte vincitrice alla ripetizione delle spese del processo da essa sostenute¹⁰²; tuttavia, è anche vero che questo principio non è assoluto, ma può essere sia derogato (escludendo la ripetizione delle spese processuali, come nel caso in esame) sia rafforzato (diventando un risarcimento di danni nel caso, ad esempio, di lite temeraria).

Nonostante la mancanza di esecutività delle decisioni dell'ABF, le banche e gli intermediari finanziari vi hanno dato finora puntuale esecuzione, confermando

¹⁰¹ CAPOBIANCO, *op.cit.*, p. 5.7-8.

¹⁰² STUDIO LEGALE DI FIORE, *Mediazione bancaria. Sistema vacillante e iniquo*, reperibile nel sito www.studiolegaledifiore.com

l'effettiva alternatività anche di tale procedimento rispetto al giudizio ordinario (mentre la mediazione è necessariamente alternativa, per previsione normativa, quando l'accordo viene omologato dal tribunale e diventa esecutivo).

Un ulteriore elemento di differenziazione tra i due procedimenti sta nella previsione secondo la quale la decisione dell'ABF può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti. Questa previsione va coordinata con quella contenuta nella proposizione precedente: *"la decisione sul ricorso è assunta sulla base (...) delle previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché dei codici di condotta cui l'intermediario aderisca"*. Ciò consente dunque all'ABF di poter non solo formulare delle raccomandazioni di carattere generale, ma anche di considerare gli effettivi interessi coinvolti in quella concreta relazione tra cliente e intermediario e poter dunque esulare dalla mera applicazione del diritto che in certi casi *"potrebbe in concreto tradursi in una sostanziale ingiustizia"*.¹⁰³

¹⁰³ CAPOBIANCO, *op.cit.*, p. 8.

2.5. ABF E CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO DELLA CONSOB

La c.d. legge sul risparmio ha delegato il Governo ad adottare delle procedure di conciliazione e arbitrato presso la Consob. È evidente lo scopo che aveva di mira il legislatore: fare in modo che le numerose controversie che sorgono nell'ambito assai delicato del risparmio e dei mercati finanziari potessero trovare soluzione in procedimenti più brevi e meno dispendiosi rispetto ai giudizi civili ordinari, i quali fanno parte di un sistema di giustizia quasi al limite del collasso.¹⁰⁴

L'articolo che si occupa di queste procedure è l'art. 27, rubricato appunto "*Procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori*", che si compone di tre commi i quali affrontano tre differenti argomenti: il primo si occupa dell'istituzione di procedure di conciliazione e arbitrato e di un sistema di indennizzo, il secondo dell'adozione di un fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori, il terzo della redazione di uno statuto dei risparmiatori e degli investitori. Quella che interessa ai fini del presente lavoro è la previsione del primo comma, secondo la quale:

*1. Il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di **procedure di conciliazione e di arbitrato** e di un sistema di indennizzo in favore degli investitori e dei risparmiatori, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, secondo i seguenti principi e criteri direttivi:*

a) previsione di procedure di conciliazione e di arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla CONSOB per la

¹⁰⁴ LA CHINA, *Procedure di conciliazione e di arbitrato e sistema di indennizzo per i risparmiatori e gli investitori*, in DE ANGELIS, RONDINONE (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario: commento alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 e ai provvedimenti attuativi*, Torino, 2008, p. 685.

decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori, esclusi gli investitori professionali, e le banche o gli altri intermediari finanziari circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela;

b) previsione dell'indennizzo in favore dei risparmiatori e degli investitori, esclusi gli investitori professionali, da parte delle banche o degli intermediari finanziari responsabili, nei casi in cui, mediante le procedure di cui alla lettera a), la CONSOB abbia accertato l'inadempimento degli obblighi ivi indicati, ferma restando l'applicazione delle sanzioni previste per la violazione dei medesimi obblighi;

c) salvaguardia dell'esercizio del diritto di azione dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria, anche per il risarcimento del danno in misura maggiore rispetto all'indennizzo riconosciuto ai sensi della lettera b);

d) salvaguardia in ogni caso del diritto ad agire dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria per le azioni di cui all'articolo 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281, e successive modificazioni;

e) attribuzione alla CONSOB, sentita la Banca d'Italia, del potere di emanare disposizioni regolamentari per l'attuazione delle disposizioni di cui al presente comma.

Questa norma costituisce una delega per il Governo e, quindi, non fa altro che dettare le linee guida e i principi che devono ispirare lo stesso Governo nel recepire tale disposizione. All'indomani della sua entrata in vigore, questa previsione contenuta nell'art. 27 aveva destato non poche perplessità che sono state poi superate solamente con l'emanazione del decreto legislativo di recepimento (D.lgs. n. 179/2007).

Innanzitutto, leggendo la disposizione secondo un'interpretazione meramente letterale, sembrava che il ricorso alle istituende procedure spettasse ai "risparmiatori" e

agli "investitori" e non al singolo risparmiatore e investitore; in quest'ottica era stata ipotizzata la creazione di associazioni o di organismi, sottoposte al riconoscimento del Ministero della Giustizia, legittimate ad adire la Consob tramite una sorta di azione collettiva in seguito alla quale la decisione della Consob sarebbe stata vincolante per tutti gli aderenti all'associazione/organismo.¹⁰⁵

Inoltre, stando sempre al tenore letterale della norma, essa sembrava prevedere un ruolo giurisdizionale (inteso come potere di risolvere le controversie sorte tra privati) che sarebbe stato rivestito dalla stessa Consob; infatti, la lett. a) prevede l'istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato "*dinanzi alla Consob*"¹⁰⁶. Questo avrebbe comportato un accentramento di poteri regolamentari, poteri di vigilanza e poteri giurisdizionali in capo ad un'unica autorità amministrativa¹⁰⁷, minando così alla radice i principi basilari degli Stati di diritto tra i quali spicca la separazione dei poteri. Berti¹⁰⁸ osserva infatti come queste autorità indipendenti che svolgono tanti ruoli diversi "*vanno denunciando apertamente la caduta del mito della separazione delle funzioni già elevato a simbolo e custode della democraticità dello Stato di diritto, e ancor prima della tutela dei diritti personali*".

In particolare, nella lett. b) emerge con ancora maggior chiarezza la sovrapposizione delle funzioni attribuite alla Consob in quanto prima prevede un indennizzo in favore dei risparmiatori e degli investitori nei casi in cui la Consob, all'esito delle procedure di cui alla lett. a), abbia accertato l'inadempimento da parte dell'intermediario degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza, e poi fa salva l'applicazione delle sanzioni previste per la violazione dei medesimi obblighi. In questo modo potrebbe crearsi un sistema in cui la Consob sarebbe costretta ad avviare automaticamente una procedura sanzionatoria per ogni inadempimento accertato in sede

¹⁰⁵ SCARSELLI, *Commento*, in NIGRO, SANTORO (a cura di) *La tutela del risparmio : commentario della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, Torino, 2007, p. 463-464.

¹⁰⁶ COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi d'investimento*, in *Le Società*, 1/2007, p. 8.

¹⁰⁷ LA CHINA, *op.cit.*, p. 687.

¹⁰⁸ BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, p. 37.

di determinazione dell'indennizzo. Tuttavia sembra più ragionevole interpretare la norma lasciando in capo alla Consob la discrezionalità di decidere se avviare o meno tale procedimento sanzionatorio. Inoltre lo stesso ragionamento può essere fatto per l'ipotesi opposta, cioè il caso in cui l'accertamento da parte della Consob di un inadempimento dell'intermediario degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza, spinga i clienti a presentare una domanda di indennizzo. In tal caso la Consob si troverebbe a giudicare nuovamente in merito alla medesima condotta dell'intermediario e difficilmente l'esito potrà essere indipendente rispetto alle valutazioni già effettuate. Inoltre, essendo la Consob un'autorità posta a tutela di interessi pubblici (come ad esempio la tutela del consumatore), c'è il pericolo che possa non essere in grado di emettere un giudizio davvero imparziale.¹⁰⁹

Ulteriori perplessità sorgevano in ordine alle differenze tra il sistema previsto dall'art. 27 per i servizi di investimento e quello delineato dall'art. 29 in materia bancaria e finanziaria. Infatti, mentre l'art. 27 prevede l'istituzione di procedure di conciliazione e arbitrato "*dinanzi alla Consob*", l'art. 29 delega il CICR a disciplinare un "*organo decidente*", su proposta della Banca d'Italia; in questo secondo caso l'autorità di vigilanza è coinvolta solo nella regolazione e nell'organizzazione del sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie e non anche nel processo decisionale.

Tutte queste incertezze sono state dipanate dal decreto delegato¹¹⁰ che ha istituito una Camera di Conciliazione e Arbitrato (di seguito: la Camera)¹¹¹ "*presso la Consob*",

¹⁰⁹ COLOMBO, *op.cit.*, p. 10.

¹¹⁰ Decreto legislativo n. 179/2007, *Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262*.

¹¹¹ La Camera di conciliazione e arbitrato è formata da cinque componenti (un presidente e quattro membri) che devono possedere adeguati requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza. La Camera è un organismo di emanazione di un soggetto pubblico, privo di personalità giuridica, e che si avvale delle risorse che la Consob le mette a disposizione. (SOLDATI, *Le procedure di conciliazione e di arbitrato nella legge sul risparmio (Art.27)*, in GALGANO, ROVERSI-MONACO (a cura di), *Le nuove regole del mercato finanziario: la Legge 28 dicembre 2005, n. 262 Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, Padova, 2009, p. 533).

la quale si occupa delle procedure di conciliazione stragiudiziale e di arbitrato amministrato.

Tornando ad esaminare il primo aspetto, riguardante la legittimazione attiva, l'art. 4, comma 1, del decreto chiarisce che gli investitori¹¹² possono attivare la procedura conciliativa "*anche personalmente*".

Con riferimento al problema dell'accumulo di funzioni in capo alla Consob, il decreto chiarisce fin da subito che il ruolo giurisdizionale non sarà rivestito dall'autorità di vigilanza¹¹³, alla quale competeranno invece l'emanazione del regolamento della Camera e, nel caso dell'arbitrato, il visto di regolarità formale del lodo al fine della disposizione dell'indennizzo a favore dell'investitore. Tuttavia, la funzione di risoluzione delle controversie non viene esercitata neppure dalla Camera, in quanto ad essa spetta solo l'organizzazione dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato. Infatti l'art. 2, comma 3, del decreto stabilisce:

la Camera di conciliazione e arbitrato istituisce un elenco di conciliatori e arbitri, scelti tra persone di comprovata imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità.

Quindi gli investitori presenteranno ricorso alla Camera, ma poi questa nominerà un conciliatore oppure le parti stesse nomineranno l'arbitro o il collegio arbitrale (se ciò non avviene tempestivamente, anche l'arbitro verrà nominato dalla Camera) che saranno incaricati di dirimere la controversia.

Si può dunque notare come la previsione dell'art. 27 abbia dato vita ad un sistema diverso da quello introdotto dall'art. 29, nonostante il fatto che entrambi si basino sugli stessi principi; infatti, entrambi sono ispirati a criteri di economicità, rapidità ed efficienza (art. 5, comma 4, d.lgs. n. 179/2007 e Premessa, Sezione I, delle Disposizioni)

¹¹² Per investitori si intendono gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'articolo 6, commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

¹¹³ SOLDATI, *op.cit.*, p. 529.

e garantiscono l'imparzialità dell'organo decidente (art. 2, comma 3, d.lgs. n. 179/2007 e Premessa, Sezione I, delle Disposizioni). Inoltre, in tutti e due i sistemi l'autorità di vigilanza di settore non è coinvolta direttamente della decisione o conciliazione, ma svolge una funzione che più le è consona: regolare tutte le procedure e garantirne il buon funzionamento.

L'art. 27 e l'art. 29 appartengono alla stessa legge eppure prevedono due differenti iter normativi, il che appare alquanto inspiegabile specie considerando il fatto che le materie in essi regolate sono affini; infatti, il primo costituisce una legge delega che è stata poi recepita dal Governo il quale ha a sua volta demandato alla Consob la regolamentazione di dettaglio, mentre il secondo già richiede l'intervento dell'autorità di settore (la Banca d'Italia) per definire il nuovo sistema di risoluzione delle controversie.

Si passerà ora ad esaminare qualche aspetto di somiglianza e di differenziazione che può essere rilevato tra queste procedure, tenendo conto del fatto che:

*i due sistemi stragiudiziali hanno diversa natura e ciò giustifica la previsione di discipline differenti.*¹¹⁴

Innanzitutto, entrambi i sistemi richiedono come condizione necessaria la previa presentazione di un reclamo presso l'intermediario e, solo qualora l'intermediario non risponda entro un certo termine (trenta giorni nel caso dell'ABF e novanta giorni nel caso della Camera) o il cliente risulti insoddisfatto, quest'ultimo potrà fare ricorso all'ABF o alla Camera.

Come la Consob per la Camera, così anche la Banca d'Italia mette a disposizione dell'ABF mezzi e risorse: infatti, sia la Camera che l'ABF sono indipendenti rispetto alle rispettive autorità di settore per quanto riguarda le funzioni, ma ne sono strettamente dipendenti in termini di risorse.

¹¹⁴ BANCA D'ITALIA, *Resoconto della consultazione riguardante le disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, giugno 2009, p. 12.

Inoltre, la legge sulla mediazione obbligatoria¹¹⁵ ritiene assolta la condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche nel caso in cui le parti abbiano fatto ricorso alla conciliazione *ex* d.lgs. n. 179/2007 oppure al procedimento *ex* art. 128-bis T.U.B..

È già stato evidenziato più volte il fatto che la procedura davanti all'ABF non è un arbitrato e tanto meno una procedura conciliativa; in materia bancaria e finanziaria il legislatore ha dunque scelto la strada di delineare un sistema *ad hoc*. Per quanto riguarda invece i servizi di investimento, la Camera si avvale di due procedure che potrebbero essere considerate standard: l'arbitrato amministrato (che, come conferma il comma 4 dell'art. 5 del d.lgs. n. 79/2007, è un arbitrato rituale) e la conciliazione stragiudiziale (che richiama per molti versi la conciliazione regolata dal d.lgs. n. 5/2003 in materia commerciale).

Quest'ultima è caratterizzata da una serie di particolarità interessanti:

- il conciliatore ha la possibilità di sentire separatamente le parti;
- la durata massima dell'intera procedura dev'essere di sessanta giorni¹¹⁶;
- le dichiarazioni rese dalle parti nel corso della conciliazione non sono utilizzabili nell'eventuale procedimento davanti all'Autorità di vigilanza contro l'intermediario per l'irrogazione di sanzioni amministrative per la medesima violazione.¹¹⁷

Per quanto riguarda l'arbitrato si possono evidenziare le seguenti caratteristiche:

- il lodo è sempre impugnabile per violazione di norme di diritto (oltre che nei casi previsti nel c.p.c.);
- è la Camera che deve fissare le regole per la nomina, l'incompatibilità, la responsabilità e gli onorari degli arbitri, in deroga alle norme del codice di rito;

¹¹⁵ D.lgs. n. 28/2010, *Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*.

¹¹⁶ Non si tratta di un termine perentorio in quanto non si rilevano conseguenze sulla validità dell'accordo raggiunto dalle parti successivamente alla sua scadenza (CUOMO ULLOA, *La camera di conciliazione e di arbitrato istituita presso la Consob*, in *I Contratti*, 2008, p. 1182).

¹¹⁷ LA CHINA, *op.cit.*, p. 690.

- le clausole compromissorie vincolano solo l'intermediario, a meno che costui non provi che tali clausole sono state oggetto di trattativa diretta con il cliente;
- è prevista una forma di arbitrato semplificato per i casi nei quali risulti, a seguito dell'esperimento delle procedure arbitrali, l'inadempimento dell'intermediario agli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza; in questo caso l'arbitro o il collegio arbitrale possono riconoscere un indennizzo a favore dell'investitore per il ristoro delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal predetto inadempimento; questo lodo, come condizione di efficacia, deve ricevere un visto di regolarità formale da parte della Consob e, affinché acquisti esecutività, è necessario che venga omologato dal tribunale *ex art. 825 c.p.c.*¹¹⁸

Riguardo a tale ultimo profilo, il potere attribuito alla Consob di rendere efficace il lodo, che potrebbe essere definito come "*potere giurisdizionale in senso lato*", potrebbe risolvere i dubbi in merito all'effettiva indipendenza di detta autorità in quanto essa si troverebbe in questo caso nella situazione di dover regolare le procedure di indennizzo, accertare le violazioni e irrogare le sanzioni amministrative.¹¹⁹

Occorre allora riflettere sulla relazione intercorrente tra Consob e Camera di conciliazione e arbitrato; in merito alla natura della Camera erano infatti sorte due tesi contrapposte definite in base alla sua posizione rispetto all'autorità di vigilanza:

1) autonomia: secondo questo orientamento la Camera è un soggetto giuridico autonomo rispetto alla Consob e, anche se è innegabile che difetti di personalità giuridica, ciò non esclude che possa essere dotata di un'autonoma soggettività;

2) strumentalità: secondo questa tesi la Camera è una diretta emanazione della Consob e, quindi, è priva di soggettività distinta da quella dell'autorità di vigilanza.

¹¹⁸ LA CHINA, *op.cit.*, p. 691.

¹¹⁹ ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008, p. 252.

La prima teoria si basa su una definizione di soggettività giuridica legata al fatto che un soggetto giuridico è distinto da un altro quando può porre in essere degli atti che producono effetti nella sfera giuridica altrui. A favore di questo orientamento si possono presentare i seguenti argomenti:

- a) l'art. 2, comma 2, del d.lgs. 179/07 che prevede:

la Camera di conciliazione e arbitrato svolge la propria attività, avvalendosi di strutture e risorse individuate dalla Consob.

Il fatto che il legislatore sia ricorso all'istituto dell'avvalimento di beni e servizi¹²⁰ denota che vi è una certa autonomia tra i due soggetti ivi citati;

- b) l'autonomia organizzativa della Camera sancita dall'art. 3, comma 2, del Regolamento della Camera¹²¹, secondo il quale:

la Camera delibera il proprio statuto contenente le norme di organizzazione e di funzionamento.

- c) l'autonoma potestà di adottare atti, sancita dal Regolamento, il quale prevede in capo alla Camera il potere di deliberare senza ingerenze della Consob (il controllo che la Consob effettua sul lodo a norma dell'art. 3 del d.lgs. n. 179/07 è una mera verifica di regolarità formale);
- d) l'art. 4, comma 1, lett. a), del Regolamento attribuisce alla Camera il potere di disporre le cancellazioni, il diniego e l'iscrizione degli interessati negli elenchi degli arbitri e dei conciliatori, all'esito di un'istruttoria autonomamente svolta dalla Camera stessa.

¹²⁰ Nell'istituto dell'avvalimento di uffici e servizi, l'ente titolare di una funzione utilizza uffici di un altro ente pur conservando la titolarità della funzione (cfr. MANCINI, *op.cit.*, p. 245).

¹²¹ CONSOB, *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 con Delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008.

La seconda tesi, verso la quale si è orientato anche il Consiglio di Stato¹²², poggia invece su altre motivazioni:

- a) dalla legge delega sembra che fosse nell'intenzione del legislatore l'attribuire alla Consob, e non alla Camera, le funzioni da essa svolte;
- b) l'art. 2, comma 5, del d.lgs. 179/07 rimanda ad un Regolamento della Consob e non della Camera;
- c) alla Consob spetta la definizione della struttura organizzativa della Camera e l'approvazione del suo statuto;
- d) la Consob riceve dalla Camera una relazione sull'attività svolta;
- e) la Camera si avvale delle strutture e delle risorse che la Consob le mette a disposizione.

Nonostante le molteplici argomentazioni, la soluzione prospettata dal Consiglio di Stato solleva delle perplessità, in quanto gli elementi che la avvalorano "*non sono sufficientemente idonei a controbilanciare i contrapposti elementi*"¹²³; quindi, anche in considerazione delle peculiarità e delle prerogative specifiche della Camera, appare preferibile orientarsi verso la tesi dell'autonomia soggettiva.

¹²² CONSIGLIO DI STATO, Parere n. 1535 del 20 ottobre 2011.

¹²³ MANCINI, *op.cit.*, p. 246.

2.6. ABF E GIUDIZIO CIVILE E PENALE

Il rapporto tra il procedimento davanti all'ABF e il giudizio civile deve essere valutato sotto due aspetti. Infatti, se da un lato le Disposizioni, in attuazione della Delibera n. 275/2008 del CICR, prevedono che non possono essere proposti ricorsi all'ABF inerenti a controversie che sono già state sottoposte all'autorità giudiziaria, dall'altro lato la nuova disciplina sulla mediazione pone il ricorso all'ABF tra le condizioni di procedibilità della domanda giudiziale. Ma se non possono essere sottoposte all'autorità giudiziaria controversie riguardanti contratti bancari e finanziari senza aver prima esperito il procedimento innanzi all'ABF (*ex d.lgs. n. 28/2010*), allora sembra inutile la previsione contenuta nelle Disposizioni perché, per essere sottoposte all'autorità giudiziaria, tali controversie devono per forza essere oggetto di ricorso preventivo all'ABF; tuttavia in realtà la condizione di procedibilità può essere soddisfatta anche da un tentativo di conciliazione, per cui in effetti vi potrebbe essere una controversia per cui prima viene tentata una mediazione, poi questa fallisce e si ricorre all'autorità giudiziaria: a questo punto non potrà più essere possibile presentare il ricorso all'ABF (a norma delle Disposizioni della Banca d'Italia).

Per quanto riguarda il rapporto tra il procedimento *ex art. 128-bis* e il giudizio penale, essi sono indipendenti l'uno dall'altro, come sono indipendenti tra loro il giudizio civile e quello penale. Infatti il Codice di Procedura Civile (art. 295 c.p.c.) è stato modificato¹²⁴ eliminando qualunque riferimento alla c.d. "*pregiudiziale penale*", la quale implicava la sospensione del processo civile nel caso in cui venisse promossa un'azione penale.

In questo senso si è espresso anche il Collegio di Roma:

deve ritenersi che il nostro ordinamento non sia più ispirato al principio dell'unità della giurisdizione e della prevalenza del

¹²⁴ L'art. 295 c.p.c., che prevedeva la sospensione necessaria del processo civile quando la sua decisione potesse essere influenzata dall'esito del processo penale, è stato modificato dall'art. 35, Legge 26 novembre 1990, n. 353.

giudizio penale su quello civile, essendo stato dal legislatore instaurato il sistema della (pressoché) completa autonomia e separazione fra i due giudizi, nel senso che, tranne alcune particolari e limitate ipotesi di sospensione del processo civile previste dall'art. 75, comma 3, del nuovo c.p.p. (...), da un lato il processo civile deve proseguire il suo corso senza essere influenzato dal processo penale e, dall'altro, il giudice civile deve procedere ad un autonomo accertamento dei fatti e della responsabilità (civile) dedotta in giudizio (in tal senso, cfr. Cass., Sez. I, 16 marzo 2001, n. 3825).¹²⁵

Un'altra relazione che può instaurarsi tra autorità giudiziaria e ABF riguarda la situazione in cui il giudice, nel corso di un procedimento, rilevi il mancato esperimento della condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28: è questo il caso in cui il ricorso all'ABF può avvenire senza previo reclamo del cliente.

Quanto invece alla possibilità di ricondurre l'ABF ad un organo giurisdizionale, questa è esclusa dalla Corte Costituzionale in considerazione del fatto che l'ABF, anche se istituito da una norma di legge, è poi disciplinato esclusivamente da disposizioni amministrative (Delibera del CICR e Disposizioni della Banca d'Italia) e quindi, a differenza di ciò che accade per gli organi giurisdizionali, l'ABF non è ancorato al fondamento costituzionale e alla riserva di legge.¹²⁶

¹²⁵ Decisione n. 45 del 12 febbraio 2010.

¹²⁶ CORTE COSTITUZIONALE, Ordinanza del 21 luglio 2011, n. 218.

2.7. ABF E BANCA D'ITALIA

L'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario ha sollevato non poche discussioni in merito all'effettiva indipendenza di tale organo decidente rispetto alla Banca d'Italia. In particolare risulta interessante ai fini di questo lavoro la dialettica sorta tra Capriglione e Guizzi tra il 2010 e il 2011 di cui vengono riportati gli aspetti più rilevanti ai fini del presente lavoro.

Capriglione¹²⁷ evidenzia innanzitutto la diversità riscontrabile tra il sistema previsto dall'art. 27 della legge sul risparmio e quello disciplinato dall'art. 29 della stessa legge riguardante la più o meno netta distinzione tra sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie e attività di vigilanza; infatti il d.lgs. n. 179/2007 prevede espressamente che le dichiarazioni rese dalle parti nel corso della procedura di conciliazione non possono essere utilizzate nell'eventuale procedimento sanzionatorio davanti all'Autorità di vigilanza, mentre niente del genere è previsto nella disciplina dell'ABF. Quindi, mentre per la Camera di conciliazione e arbitrato il legislatore ha voluto sottolineare che i sistemi di risoluzione delle controversie non devono essere finalizzati agli scopi di vigilanza perseguiti dalla Consob, dallo schema organizzativo dell'ABF delineato dalla normativa emerge una correlazione tra la funzione decisoria dei Collegi e il perseguimento dei fini di vigilanza da parte della Banca d'Italia.

Si può evidenziare a questo punto come la tutela dei clienti sia entrata autonomamente a far parte delle finalità della vigilanza svolta dalla Banca d'Italia soltanto con la modifica dell'art. 127 intervenuta nel 2010¹²⁸; questo articolo ora prevede che la suddetta Autorità di vigilanza eserciti i propri poteri di controllo avendo riguardo:

*alla **trasparenza** delle condizioni contrattuali e alla **correttezza** dei rapporti con la clientela.*

¹²⁷ CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2010, I, p. 272ss.

¹²⁸ Art. 127 come modificato dal decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141.

In parallelo, sono stati ampliati e rafforzati i poteri di intervento della Banca d'Italia, con l'introduzione, ad esempio, del nuovo art. 128-ter, il quale prevede misure inibitorie nei casi di irregolarità che emergano nell'esercizio dei controlli.¹²⁹

Tornando alle argomentazioni di Capriglione, questi lamenta la non effettiva indipendenza dell'ABF rispetto alla Banca d'Italia alla luce di svariate considerazioni tra cui in particolare:

- uno schema procedimentale adeguato non garantisce la netta distinzione tra le funzioni se non è accompagnato da una corretta configurazione delle risorse umane (secondo la quale i componenti dei Collegi non dovrebbero trovarsi a decidere in merito a vicende che hanno già avuto modo di valutare, anche se in altra veste);
- vi sarebbe tra i dipendenti della Banca d'Italia una "*solidarietà, che origina da un comune senso di appartenenza alla istituzione e che si consolida attraverso la condivisione di una cultura d'ambiente*".

Quindi l'Autore critica la creazione di questa funzione di "*giudice-autorità*" attribuita alla Banca d'Italia evidenziando come, nel sistema dell'ABF, non sia effettivamente garantita la terzietà del giudice (che rappresenta un principio-base del nostro ordinamento).

A questo proposito è opportuno chiedersi in cosa consista questa "*terzietà*"; risulta interessante un'osservazione di Mancini in tema di autonomia della Camera di conciliazione e arbitrato rispetto alla Consob¹³⁰ secondo la quale:

la terzietà ricorre quando l'organo giudicante non è titolare dell'interesse di una delle parti mentre l'imparzialità ricorre quando tale organo non abbia un interesse proprio e autonomo all'esito della lite.

¹²⁹ BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Numero 1, 2010, p. 20.

¹³⁰ MANCINI, *op.cit.*, p. 247.

Questo Autore giunge poi alla conclusione che la Consob è indiscutibilmente terza rispetto alle controversie, in quanto non è titolare degli interessi né di una né dell'altra parte, ed è anche imparziale poiché non esiste alcun interesse concreto della Consob all'esito della lite.¹³¹

Lo stesso discorso può essere fatto per l'ABF e la Banca d'Italia, infatti:

*i dubbi di illegittimità del sistema ABF per la possibile parzialità del decidente sembrano ridimensionati dalla constatazione che non è configurabile un interesse né diretto né indiretto della Banca d'Italia nella lite.*¹³²

Tornando alla discussione tra Capriglione e Guizzi, si passerà ora ad esaminare la posizione di Guizzi¹³³, che è un membro del Collegio di Napoli¹³⁴. Questo Autore presenta le seguenti considerazioni:

- l'ABF non è un'articolazione della Banca d'Italia;
- l'ipotesi che i medesimi soggetti si possano trovare a decidere in merito a "*vicende conosciute in altre vesti*" non è realistica in quanto i membri dei Collegi non provengono dall'interno della Banca d'Italia ma vengono scelti tra categorie di soggetti, quali docenti universitari, professionisti, magistrati, che sono estranei alla struttura della Banca d'Italia;

¹³¹ In proposito Mancini mette in dubbio l'imparzialità della Consob considerando che, nel caso in cui vi sia un accertamento di violazioni in capo all'intermediario, la stessa Consob potrebbe incorrere in responsabilità civile per violazione degli obblighi di vigilanza. Tuttavia l'Autore arriva a concludere in favore dell'imparzialità in virtù del fatto che la responsabilità dell'Autorità per violazione degli obblighi di vigilanza è solo eventuale e non automatica, quindi non sussiste un interesse concreto in capo alla Consob circa l'esito della lite.

¹³² BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione*, in GABRIELLI, LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, p. 448.

¹³³ GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2010, I, pp. 665ss.

¹³⁴ Membro effettivo nominato su designazione di Confindustria, di concerto con Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato.

- il fatto che i componenti del Collegio siano irrevocabili, se non per giusta causa (secondo quanto definito dalle Disposizioni, Sezione III), è indice di indipendenza dell'ABF rispetto alla Banca d'Italia;
- la Segreteria tecnica, questa sì formata da dipendenti della Banca d'Italia, non partecipa all'attività decisoria del Collegio¹³⁵, ma si limita a svolgere un'attività appunto di segreteria, ricevendo gli atti e i documenti forniti dalle parti, in quanto l'istruttoria che la Segreteria è tenuta ad effettuare deve essere svolta "*esclusivamente in base alla documentazione prodotta dalle parti*".

Per concludere, Capriglione¹³⁶ ha risposto alle critiche avanzate da Guizzi evidenziando innanzitutto due aspetti:

- 1) con riguardo alla considerazione in ordine alla "*difficoltà in cui vengono a trovarsi i componenti di un organo giudicante che devono esprimersi su vicende da essi già precedentemente valutate in altra veste*", Capriglione non intendeva riferirsi, come organo giudicante, all'ABF, bensì alla c.d. CEI (Commissione per l'esame delle irregolarità), che è competente per decidere in ordine ai procedimenti sanzionatori *ex art. 145 T.U.B.* per violazioni soggette a sanzioni amministrative¹³⁷.
- 2) il saggio di Capriglione pubblicato in Banca, borsa e titoli di credito nel primo bimestre 2010 riportava il testo di una relazione svolta nella tavola rotonda organizzata dal Consiglio Nazionale Forense presso il «Salone della giustizia» di Rimini tenutosi tra il 3 e il 6 dicembre 2009, e quindi riportava un intervento

¹³⁵ Secondo quanto definito dal Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF, la decisione viene assunta dal Collegio, art. 9, "*Udita la relazione svolta dal relatore, il Presidente indica, ove occorra, l'ordine delle questioni da trattare, modera e dirige i lavori del Collegio. La decisione sul ricorso è deliberata a maggioranza. Il Presidente esprime il suo voto per ultimo. Il Presidente, accertati i risultati delle votazioni, detta a verbale il dispositivo della decisione adottata*".

¹³⁶ CAPRIGLIONE, *Cicero pro domo sua*, in *Mondo bancario*, 1/2011, pp.3-6.

¹³⁷ La CEI procede, nel corso dell'istruttoria avviata a seguito della contestazione formale di irregolarità, alla valutazione della fattispecie, esaminando gli atti del procedimento, con particolare riguardo alle deduzioni difensive presentate dagli interessati (BANCA D'ITALIA, Disciplina della procedura sanzionatoria amministrativa ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. 385/93 e dell'art. 195 del d.lgs. 58/98 e delle modalità organizzative per l'attuazione del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie sancito dall'art. 24, comma 1, della legge 28 dicembre 2005, n. 262).

che necessariamente non poteva riferirsi al Regolamento dell'ABF, approvato il 14 ottobre 2009, ma pubblicato in G.U. solamente l'8 marzo 2010.

Poi l'Autore ha ribadito la propria preoccupazione in ordine al rischio, che egli ritiene verosimile, di una "*funzionalizzazione*" dell'attività svolta dall'ABF; a proprio sostegno Capriglione richiama in particolare l'attività istruttoria che viene svolta dalla Segreteria tecnica (organo facente capo alla Banca d'Italia), esprimendo delle perplessità in ordine alla circostanza che l'istruzione del ricorso accompagnata dalla predisposizione di una relazione da rendere a ciascun componente del Collegio non influenzi in alcun modo le valutazioni del Collegio stesso.

Nonostante queste considerazioni, di cui giustamente occorre tener conto nell'affrontare questo argomento, è anche vero che l'affidamento di compiti organizzativi alla Banca d'Italia e l'attribuzione dell'attività istruttoria alle Segreterie composte da personale della Banca d'Italia consentono di sfruttare le competenze tecniche di tali soggetti, cosicché la professionalità dei soggetti incaricati dell'istruttoria rappresenta un importante contributo specialistico che permette di inquadrare agevolmente e in modo completo anche i profili più tecnici dei ricorsi.¹³⁸

Inoltre, stante la non vincolabilità delle decisioni dell'ABF e considerando che l'efficacia delle stesse è affidata alla sola sanzione reputazionale in caso di inadempimento, la partecipazione dell'Autorità di vigilanza al sistema (seppur senza funzioni decisorie) favorisce non solo il rispetto delle decisioni dell'ABF, ma anche l'adeguamento degli intermediari alle regole di trasparenza e buona fede che stanno alla base dell'intero sistema finanziario.

Dal lato della clientela, si può affermare che questa ritenga la Banca d'Italia in grado di assumere un ruolo imparziale nella risoluzione delle controversie con gli intermediari in virtù del fatto che sono decisamente numerosi gli esposti presentati alla

¹³⁸ DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, Quaderno di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia n° 70, giugno 2011, p. 15.

medesima Autorità¹³⁹ e i ricorsi inoltrati all'ABF¹⁴⁰. La stessa Banca d'Italia prendeva atto, in una Comunicazione¹⁴¹ del 2007, del seguente fatto:

la scelta di interessare la Banca d'Italia appare, spesso, sintomatica dell'insoddisfazione per il riscontro ricevuto dagli intermediari; considerati i costi e i tempi del ricorso a strumenti di tutela giurisdizionale, nasce l'aspettativa di un intervento imparziale dell'Autorità di vigilanza.

Un ulteriore aspetto del sistema dell'ABF che potrebbe sollevare delle perplessità riguardo alla sua indipendenza rispetto alla Banca d'Italia può essere quello riguardante la pubblicazione degli eventuali inadempimenti; infatti è la Segreteria tecnica che deve provvedervi. Tuttavia esse vi provvedono direttamente nei casi oggettivi di inadempimento, mentre qualora si renda necessaria una valutazione del comportamento dell'intermediario successivo alla decisione dell'ABF, le Segreterie tecniche devono sottoporre la questione al Collegio competente e potranno procedere alla pubblicità solo nel caso in cui quest'ultimo accerti l'inadempimento. A chiarire questo punto era intervenuto l'ABF con un Comunicato nell'ottobre del 2012:

L'autonomia e l'indipendenza dei Collegi rispetto alla Banca d'Italia (leggi: Segreterie tecniche) non consentono di entrare nel merito delle decisioni assunte dall'Arbitro; la pubblicità costituisce quindi effetto automatico dell'inadempimento e non

¹³⁹ Il servizio di ricezione degli esposti consente ai clienti di segnalare alla Banca d'Italia eventuali anomalie nei rapporti contrattuali in materia di operazioni e servizi bancari e/o finanziari. La Banca d'Italia esamina gli esposti e fornisce risposta, verificando che l'intermediario faccia altrettanto in modo adeguato e sollecito ma non può decidere sulle questioni segnalate. La decisione sul merito della controversia, ove non sia stato raggiunto un accordo, spetta infatti o all'ABF o all'Autorità Giudiziaria. Nel corso del 2010 sono pervenuti alla Banca d'Italia oltre 5.700 esposti. (BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale sul 2010*, 31 maggio 2011, paragrafo 19. L'azione di vigilanza, p. 254).

¹⁴⁰ Nel corso del primo anno di attività i ricorsi presentati hanno fatto registrare un trend crescente, per un totale di 3.409 tra il 15 ottobre 2009 e il 31 dicembre 2010.

¹⁴¹ BANCA D'ITALIA, *Comunicazione 22/10/2007*, in Bollettino di vigilanza n. 10, ottobre 2007.

*presuppone alcuna valutazione discrezionale da parte delle segreterie tecniche.*¹⁴²

Inoltre, nel corso della Consultazione svoltasi nel 2009 per la modifica delle Disposizioni, erano emerse delle osservazioni interessanti con riguardo alla relazione tra la Banca d'Italia e l'ABF.

In particolare, era stato suggerito di consentire alla Segreteria tecnica di presentare al Collegio, oltre alla relazione riguardante l'istruttoria, anche una proposta una bozza di decisione. Tuttavia la Banca d'Italia ha ritenuto di non accogliere tale suggerimento al fine di preservare l'autonomia decisionale del Collegio.¹⁴³

Sempre dalla medesima Consultazione,¹⁴⁴ era emersa l'esigenza di assicurare un'effettiva separatezza tra l'attività di vigilanza della Banca d'Italia e la funzione "paragiurisdizionale" dell'ABF eliminando la disposizione secondo cui "*Gli esiti dei ricorsi sono valutati dalla Banca d'Italia per i profili di rilievo che essi possono avere per l'attività di vigilanza*"; nel 2009 la Banca d'Italia non aveva accolto tale proposta evidenziando come le decisioni sui ricorsi, essendo pubbliche, sono a disposizione di tutti e quindi anche della Banca d'Italia che può utilizzare tali informazioni (le quali possono evidenziare anomalie gestionali degli intermediari o una loro particolare esposizione a rischi legali e reputazionali) per finalità di vigilanza. Tuttavia, ad oggi, questo capoverso è stato eliminato dalle Disposizioni, ma resta comunque la previsione secondo la quale:

Le decisioni dell'ABF sono pubbliche. Esse integrano il più ampio quadro informativo di cui la Banca d'Italia dispone nello svolgimento della propria funzione regolatrice e di controllo.

¹⁴² BANCA D'ITALIA, Comunicato del 26 ottobre 2010.

¹⁴³ BANCA D'ITALIA, *Resoconto della consultazione*, giugno 2009, p. 15.

¹⁴⁴ BANCA D'ITALIA, *Resoconto della consultazione*, giugno 2009, p. 32.

Questa norma, infatti, non implica una commistione tra il ruolo dell'ABF e quello della Banca d'Italia perché quest'ultima, in quanto Autorità di vigilanza, ha sempre la facoltà di effettuare degli interventi o degli accertamenti e di avviare procedimenti amministrativi o sanzionatori quando venga a conoscenza di fatti che possono essere i presupposti di tali misure.¹⁴⁵

Queste considerazioni, riguardanti l'utilizzo che la Banca d'Italia può fare delle decisioni dell'ABF, sono riprese nella Relazione sul primo anno di attività dell'Arbitro Bancario Finanziario dove si precisa:

*resta in ogni caso ferma la netta distinzione tra attività dell'ABF, che rileva sul piano privatistico della risoluzione di specifiche controversie, e funzione di vigilanza.*¹⁴⁶

Inoltre anche le Segreterie tecniche, pur essendo state create all'interno della Banca d'Italia, sono autonome rispetto ad essa proprio in virtù della loro particolare configurazione organizzativa, al fine di mantenere una netta distinzione tra attività istruttoria e attività decisoria. Infatti l'attività di Segreteria tecnica per i Collegi è svolta da strutture organizzative dedicate, i cui titolari sono dotati di autonomi poteri di firma, e sono distinte da quelle che esercitano l'attività di vigilanza sugli intermediari.¹⁴⁷

Tutti questi dubbi e preoccupazioni sull'effettivo grado di autonomia dell'organo decidente sono però compensati da una serie di considerazioni circa le sinergie che possono essere sfruttate dall'intero sistema finanziario.

Già in sede di attuazione della delega contenuta nell'art. 128-bis, erano emerse le potenzialità del sistema di risoluzione stragiudiziale in termini di supporto alla funzione di vigilanza svolta dalla Banca d'Italia. Qualcuno ha persino affermato che questa, *"inquadrando di fatto l'ABF all'interno della propria struttura amministrativa, ha finito*

¹⁴⁵ BANCA D'ITALIA, *Resoconto della consultazione*, dicembre 2011, p. 4.

¹⁴⁶ BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Numero 1, 2010, p. 15.

¹⁴⁷ BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Numero 1, 2010, p. 19.

per destinarne le attività a scopi diversi da quelli direttamente ricollegabili alla finalità di giustizia"¹⁴⁸, cioè a scopi di vigilanza.

Però è la stessa Delibera del CICR che assegna un ruolo fondamentale alla Banca d'Italia; infatti, ad essa sono affidati compiti di carattere normativo, relativi all'emanazione delle disposizioni applicative, la nomina dei membri dell'organo decidente e lo svolgimento di alcune attività ausiliarie per il buon funzionamento del sistema. Ma questo non deve essere considerato come un accentramento di poteri in mano alla Banca d'Italia per chissà quale motivo, ma questo ruolo ad essa attribuito mira ad assicurare il pieno conseguimento degli obiettivi stabiliti dalla legge con riguardo ai sistemi di risoluzione stragiudiziale, che sono l'imparzialità della decisione, la rapidità e l'economicità della soluzione della controversia e l'effettività della tutela per i clienti.¹⁴⁹ Infatti:

*L'integrazione dell'attività svolta dall'Organismo nel sistema di vigilanza consente a tale funzione di intervenire per agevolare il sorgere e il permanere di rapporti contrattuali di lunga durata, distesi e non conflittuali, ristabilendo un rapporto fiduciario su basi nuove e aggiornate.*¹⁵⁰

In questo modo si crea una situazione in cui l'Autorità di vigilanza persegue il suo obiettivo di tutela della clientela bancaria non solo in indirettamente (attraverso le normali attività di vigilanza), ma anche in modo più diretto, organizzando e regolando il sistema di risoluzione delle controversie.¹⁵¹

¹⁴⁸ RAFFAELE, *op.cit.*, p. 113.

¹⁴⁹ BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Numero 1, 2010, p. 19.

¹⁵⁰ PERASSI, *Il ruolo dell'ABF nell'ordinamento bancario: prime riflessioni*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2011, p. 149.

¹⁵¹ MAIMERI, p. 419.

Per completezza, rimane da citare un'ulteriore tesi riguardante i rapporti tra ABF e Banca d'Italia, cioè quella espressa da un membro dell'ABF, Auletta¹⁵². Secondo tale interpretazione, la procedura che si svolge davanti all'Arbitro Bancario Finanziario non sarebbe altro che un sub-procedimento, inserito in un procedimento amministrativo di vigilanza della Banca d'Italia, dove per procedimento amministrativo si intende "*una serie coordinata e collegata di atti e di fatti imputati ad organi e soggetti diversi tendenti nel loro insieme alla produzione di un effetto giuridico*". Secondo questa impostazione il cliente, con il ricorso, solleciterebbe "*in concreto l'esercizio di un potere di vigilanza della Banca d'Italia*" e la decisione del Collegio sarebbe un semplice parere riguardo alla relazione tra intermediario e cliente; infine, a seguito di tale parere, spetterebbe alla Banca d'Italia l'esercizio di una "*discrezionalità tecnica*" per valutare se la condotta dell'intermediario sia meritevole o meno della sanzione reputazionale. Questa teoria non appare condivisibile in ragione del fatto che essa non è coerente con la normativa di riferimento e non ne rispetta i principi; infatti l'art. 128-bis è volto all'istituzione di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie e non di un procedimento di vigilanza.¹⁵³

¹⁵² AULETTA, *op.cit.*, p. 88.

¹⁵³ DE CAROLIS, *op.cit.*, pp. 16-17.

2.8. L'OBIETTIVO: LA CORRETTEZZA SOSTANZIALE

Il sistema che si è cercato di delineare nei precedenti paragrafi, ovvero il procedimento che si svolge davanti all'ABF, presenta una struttura molto particolare, difficilmente assimilabile a qualcosa di già esistente. Questa peculiarità è, come scrive Antonucci,:

*funzionale all'obiettivo, faticosamente perseguito con successive modifiche apportate soprattutto alla disciplina della trasparenza, di improntare a **sostanziale correttezza** i rapporti tra banche e clienti.*¹⁵⁴

Infatti la correttezza non solo formale, ma soprattutto sostanziale, rappresenta la base di qualsiasi relazione di fiducia tra due soggetti. Dalla parte degli intermediari, la correttezza nei comportamenti è un fattore determinante per quanto riguarda la loro stabilità (che rappresenta uno degli obiettivi della vigilanza)¹⁵⁵. Per quanto riguarda i clienti, la correttezza che va oltre il mero rispetto dei formalismi burocratici ne favorisce la fidelizzazione.

Inoltre, un cliente che può, in caso di inadempimento del suo intermediario, ricorrere ad un soggetto, l'Arbitro Bancario Finanziario, imparziale, competente e che può assumere la decisione non solo sulla base dei dati normativi, ma anche tenendo conto, ad esempio, dei codici di condotta a cui l'intermediario stesso ha deciso di aderire, sarà di certo maggiormente tutelato.

Inoltre, risulta interessante sottolineare che l'ABF, in qualche decisione¹⁵⁶, ha rilevato, in capo all'intermediario, una mancanza di correttezza e buona fede, nonostante magari questi avesse rispettato la lettera della norma.

¹⁵⁴ ANTONUCCI, *op.cit.*, p. 135.

¹⁵⁵ PERASSI, *op.cit.*, p. 149.

¹⁵⁶ Collegio di Milano, Dec. n. 775 e n. 881, 2011; Collegio di Napoli, Dec. n. 122, 2010.

In proposito il Collegio di Milano ha evidenziato che:

*tutta la normativa di trasparenza sia improntata ad assicurare il soddisfacimento delle esigenze informative del cliente in un'ottica non solo formale bensì **sostanziale**.*

In considerazione di ciò, nonostante nella fattispecie esaminata fosse stata efficacemente realizzata dalla banca una modifica unilaterale, il Collegio ha ritenuto che:

*il comportamento tenuto dall'intermediario abbia violato le regole di **correttezza** e **buona fede** poste a presidio dei rapporti con clientela.*

Quindi, l'ABF ha accolto il ricorso del cliente (Dec. n. 775, 2011).

In un altro caso, lo stesso Collegio ha evidenziato che, sebbene la banca avesse effettuato tutte le comunicazioni richieste dalla disciplina, questa aveva violato:

*i doveri di diligenza e **correttezza** che, ai sensi delle disposizioni di cui agli articoli 1175 e 1375 cod. civ., gravano sull'intermediario nella gestione dei rapporti con la propria clientela.*

Infatti, a seguito dei dubbi espressi dal cliente in merito al funzionamento della nuova commissione applicatagli, l'intermediario non aveva fornito i chiarimenti richiesti (Dec. n. 881, 2011).

In più, osservando l'esperienza maturata nel corso del primo anno di attività, si può notare come, in alcuni casi in cui l'ABF non aveva ritenuto fondata, in tutto o in parte, la pretesa del cliente, questi aveva fornito comunque delle "*indicazioni volte a favorire*

le relazioni tra intermediari e clienti"¹⁵⁷, cioè delle osservazioni in merito alle modalità attraverso le quali l'intermediario avrebbe potuto migliorare la sua condotta al fine di evitare talune incertezze e le conseguenti lamentele da parte dei clienti.

A questo proposito, il Conciliatore BancarioFinanziario, nel maggio 2012, ha predisposto una rassegna di decisioni dell'ABF del 2011 contenenti tali indicazioni, al fine di fornire alle proprie associate una rapida consultazione affinché queste procedano ad un utile approfondimento delle tematiche evidenziate. Queste indicazioni dell'ABF riguardano diversi aspetti: la gestione dei reclami, la correttezza e la buona fede, la tutela dei diritti della clientela, i doveri di organizzazione e l'esecuzione degli ordini alla clientela. Ad esempio, in materia di correttezza sono state fornite le seguenti indicazioni:

- l'adozione di ogni dovuta ed opportuna cautela formale e sostanziale nei rapporti con la clientela, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e degli specifici doveri che devono sempre informare l'esercizio dell'attività creditizia (Collegio di Roma, Dec. n. 120, 2011);
- maggiore solerzia e tempestività nell'assecondare le legittime richieste dei clienti, senza trincerarsi dietro l'asserita assenza di obblighi e di termini specifici a suo carico (Collegio di Roma, Dec. n. 319, 2011);
- l'esigenza di adottare, nei rapporti di credito, soluzioni efficaci che tengano conto delle necessità della clientela in particolari difficoltà economiche (Collegio di Roma, Dec. n. 407, 2011);
- l'esigenza che il richiedente il mutuo riceva tutela sostanziale anche nella fase successiva al rifiuto (Collegio di Roma, Dec. n. 508, 2011);
- necessità di una corretta applicazione dell'art. 1337 c.c., (il quale) non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, ma ha valore di clausola generale ed implica il dovere di trattare in modo leale e corretto, astenendosi da comportamenti maliziosi, reticenti o comunque fuorvianti,

¹⁵⁷ Secondo quanto previsto dalle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, Sezione VI, paragrafo 3.

- fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto (Collegio di Napoli, Dec. n. 1025, 2011);
- tenere un comportamento costantemente improntato a correttezza e buona fede nella gestione delle pratiche di finanziamento, curando gli aspetti organizzativi in modo da assicurare un *iter* procedimentale più spedito e trasparente (Collegio di Roma, Dec. n. 1687, 2011).

Tutto ciò è volto a raggiungere, come evidenzia la Banca d'Italia nella Relazione sull'attività dell'ABF:

*un miglioramento dal punto di vista della **correttezza sostanziale** dei rapporti e del pieno rispetto del principio di buona fede, inteso come dovere di agire nel migliore interesse del cliente al di là degli obblighi e degli adempimenti formali previsti dalla legge o dal contratto.¹⁵⁸*

Un'ulteriore osservazione riguarda il fattore determinante che distingue il ricorso all'ABF dalle forme di autoregolamentazione già esistenti (quale, ad esempio, l'Ombudsman, di cui l'ABF ricalca per molti versi la disciplina), cioè la natura pubblicistica dell'Arbitro Bancario Finanziario. In virtù proprio di questa sua natura, l'ABF riesce ad assicurare una tutela del cliente più incisiva e sostanziale rispetto ai sistemi di stampo privatistico, infatti:

la maggior parte dei sistemi di autoregolamentazione (sono) sprovvisti di meccanismi di enforcement¹⁵⁹ della disciplina (...). L'assenza di soggetti terzi, di natura pubblica o privata, che abbiano la responsabilità del rispetto dei principi, e la mancanza di specifici meccanismi sanzionatori (comportano) la

¹⁵⁸ BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'ABF*, numero 1, 2010, p. 30.

¹⁵⁹ Per *enforcement* si intende l'applicazione concreta delle leggi, la loro effettività.

*possibilità del tutto legittima (...) di una mancata o insufficiente adesione ai principi del Codice di autodisciplina.*¹⁶⁰

Se da un lato è vero che la partecipazione alla definizione della regolamentazione da parte di coloro che ne saranno assoggettati consente di sfruttare l'esperienza concreta di questi soggetti, dall'altro è sempre necessario che ci sia un garante del rispetto di queste regole, un soggetto che sia responsabile dell'effettività di tali norme. Per questo è importante il ruolo rivestito dalla Banca d'Italia la quale, anche nel sistema dell'ABF, è in un certo qual modo garante del corretto funzionamento dell'intero sistema, in quanto ad essa spettano ruoli di regolazione della procedura e di supervisione (che si potrebbe definire formale, e non di merito) dell'operato dei membri dei Collegi¹⁶¹.

In questo modo l'intero sistema di tutela del cliente, il quale comprende l'assetto organizzativo dell'intermediario in materia di trasparenza e gestione dei reclami, il ricorso all'ABF e la vigilanza della Banca d'Italia, è sempre più vicino, grazie al coordinamento delle varie parti di cui si compone, al raggiungimento dell'obiettivo della correttezza sostanziale.

¹⁶⁰ STELLA, *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008, p. 27.

¹⁶¹ In base alle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, Sezione III, la Banca d'Italia, al fine di assicurare l'effettivo e continuo funzionamento dell'organo, nel caso in cui le associazioni degli intermediari e quelle rappresentative dei clienti non procedano alle designazioni dei membri (effettivi o supplenti) di competenza, può sollecitarli in tal senso; inoltre la Banca d'Italia, valutate le eventuali giustificazioni presentate dall'interessato, può dichiarare la decadenza dall'ufficio dei componenti che abbiano effettuato reiterate assenze ovvero revocare componenti per giusta causa.

2.9. LE DECISIONI DELL'ABF

Il procedimento *ex art. 128-bis* si conclude con la decisione del ricorso. Di seguito verranno brevemente descritte le modalità della deliberazione, i possibili esiti del ricorso e, nei sottoparagrafi seguenti, la natura delle decisioni ed il loro conseguente impatto sugli intermediari e l'eventuale effetto sulla giurisprudenza.

Ciascun Collegio è formato da cinque membri (il presidente e due membri scelti dalla Banca d'Italia, un membro designato dalle associazioni degli intermediari e un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti) ed è regolarmente costituito quando sono presenti tutti e cinque i membri. Un membro, quello designato dal presidente come relatore, illustra al Collegio gli aspetti in fatto e in diritto della vertenza e le possibili soluzioni; quindi si passa alla votazione e la decisione viene assunta a maggioranza.

Gli esiti dei ricorsi possono essere suddivisi in queste quattro categorie:

1) ricorsi accolti: il Collegio ha ritenuto fondate le ragioni del ricorrente, in tutto o in parte;

2) ricorsi ritenuti irricevibili: le motivazioni possono essere le più svariate, ad esempio può trattarsi di controversie non rientranti nella competenza dell'ABF oppure il ricorso può essere respinto per mancato rispetto del criterio temporale, per inosservanza delle condizioni per accedere al sistema, ecc.

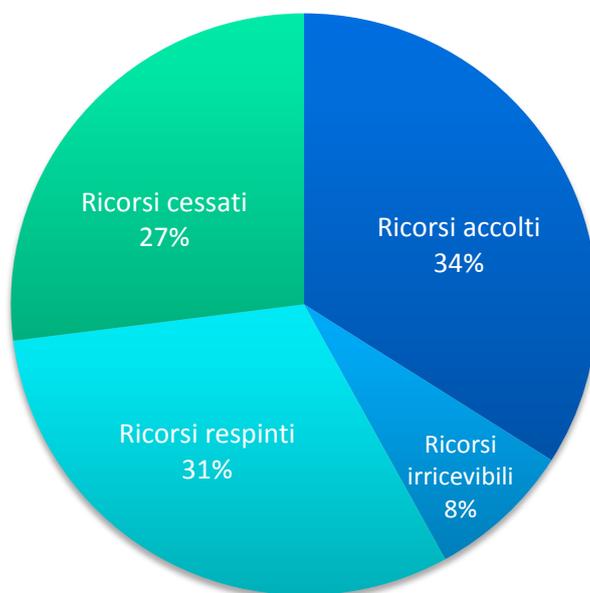
3) ricorsi respinti: il Collegio, entrando nel merito della questione, non ha rilevato una violazione dell'intermediario;

4) ricorsi cessati: nel corso del procedimento è possibile che venga meno la materia del contendere perché l'intermediario e il cliente hanno nel frattempo raggiunto un accordo.

Nel corso del primo anno di attività, il 61% dei ricorsi ha avuto un esito favorevole per il cliente (considerando favorevoli i ricorsi accolti e quelli cessati). Di seguito

vengono presentate le percentuali riferite al periodo tra il 15 ottobre 2009 e il 31 dicembre 2010.

ESITI DELLE DECISIONI SUI RICORSI



2.9.1. LA NATURA DELLE DECISIONI

La natura delle decisioni dell'ABF rappresenta una questione controversa. Infatti, a seconda dell'inquadramento che si vuole dare al procedimento dell'ABF, la natura della decisione cambia. Ad esempio, considerando la già citata posizione di Auletta¹⁶², secondo cui il ricorso all'ABF sarebbe un sub-procedimento, inserito in un procedimento amministrativo di vigilanza della Banca d'Italia, la decisione del Collegio non sarebbe altro che un **parere** circa l'andamento del rapporto tra intermediario e cliente, un atto interno a tale procedimento amministrativo e, quindi, non in grado di incidere sulla sfera giuridica dell'intermediario.

Un'altra ricostruzione può essere la seguente: siccome dalla decisione del Collegio non deriva alcun effetto né obbligo giuridico (ma solamente un'eventuale sanzione

¹⁶² AULETTA, *op.cit.*, p. 88.

reputazionale in caso di inadempimento dell'intermediario¹⁶³), la pronuncia dell'organo decidente non porterebbe alla definizione della controversia e, quindi, non costituirebbe nemmeno un atto con funzione transattiva. Secondo questa impostazione, non sussisterebbe infatti alcun obbligo per l'intermediario ad adempiere, anche perché, qualora non adempisse, non sarebbe esperibile alcuna azione avente ad oggetto questo inadempimento. Allora:

*la decisione sembra allora ridursi a una sorta di **parere pro veritate**, essendo l'Organo decidente sostanzialmente investito dalla Banca d'Italia dell'incarico di esprimere una valutazione sulla controversia in atto fra l'intermediario e il cliente: incarico per l'esecuzione di una prestazione d'opera intellettuale.*¹⁶⁴

Tuttavia lo stesso Autore ammette che se l'intermediario si adegua spontaneamente alla decisione dell'ABF, egli riconosce la pretesa del cliente e ciò costituisce un **atto con funzione transattiva** (cfr. nota 95). Questo riconoscimento fa sorgere in capo all'intermediario l'obbligazione ad adempiere e comporta la definizione della lite: quindi, la decisione potrà in questo caso essere utilizzata come *exceptio rei transactae* in un eventuale successivo giudizio ordinario.¹⁶⁵

Secondo un altro Autore, considerando il fatto che la decisione dell'ABF è una determinazione di un privato, questa non farebbe altro che completare ed integrare le regole che le parti si erano date definendo il loro rapporto contrattuale e, dunque, il

¹⁶³ In questo senso si è espressa la Corte Costituzionale nella già citata ordinanza evidenziando che "la decisione, posto che la stessa non assume, in realtà, alcun valore cogente per nessuna delle parti «in causa», svolgendo essa solo una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla reputazione dell'intermediario, in particolare se non ottemperante, secondo connotazioni che possono riecheggiare gli interventi di organi amministrativi di autotutela".

¹⁶⁴ RUPERTO, *op.cit.*, p. 335.

¹⁶⁵ RUPERTO, *op.cit.*, p. 337. La stessa posizione è ripresa da LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in PICOZZA, GABRIELLI, *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2010, p. 274.

procedimento innanzi all'ABF sarebbe perfino riconducibile all'**arbitraggio** come regolato dall'art. 1349 c.c..¹⁶⁶

Atri autori¹⁶⁷ ritengono che il ricorso all'ABF non rappresenti nemmeno un normale sistema di risoluzione delle controversie, bensì configuri un metodo di *Alternative Dispute Resolution* che si potrebbe definire "*sui generis*", riconducibile alla *early neutral evaluation*. La valutazione preventiva neutrale è una procedura giurisdizionale, che può essere intrapresa nelle fasi iniziali del processo per evitarne la continuazione, nella quale il tribunale o le parti designano un terzo neutrale, competente nella materia oggetto di conflitto, il quale è chiamato a stimare l'andamento del processo, cioè a valutare preventivamente quale sarà l'esito del procedimento; tale previsione non è in alcun modo vincolante. Per certi aspetti questa procedura è simile a quella che si svolge innanzi all'ABF, per esempio con riguardo alla non vincolabilità della decisione e allo scopo che in un certo senso li accomuna, ovvero l'ottenimento di una decisione da parte di un terzo competente in materia, in tempi rapidi e a costi contenuti, evitando di dover ricorrere al giudice ordinario. Questa particolare forma di *early neutral evaluation* fonderebbe la propria credibilità sul prestigio e sulla *moral suasion* di un'istituzione quale la Banca d'Italia.¹⁶⁸

Un'ulteriore opinione riguardo al tema affrontato evidenzia come, nonostante tale pronuncia non sia equiparabile alla decisione in un giudizio ordinario o arbitrale, occorre considerare il valore che detta determinazione del Collegio assume e risulta difficile considerarla non vincolante per l'intermediario.¹⁶⁹

Infine, la decisione dell'ABF è stata definita come un'attività logica, di giudizio, che si concretizza in una presa di posizione rispetto alla controversia; tale

¹⁶⁶ DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'arbitro bancario finanziario, sugli intermediari*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2011, 4, p. 495.

¹⁶⁷ ANTONUCCI, *op.cit.*, p. 133; PERASSI, *op.cit.*, p. 153; CONSOLO, STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2011, p. 125.

¹⁶⁸ RAFFAELE, *op.cit.*, p. 114.

¹⁶⁹ QUADRI, *L'"arbitrato bancario finanziario" nel quadro dei sistemi di risoluzione delle controversie*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, II, pp. 305ss.

determinazione non produrrebbe effetti propriamente accertativi, configurando solo in astratto una vera decisione.¹⁷⁰

Capriglione considera invece la decisione (che accoglie il ricorso) vincolante per l'intermediario nel caso in cui questa venga accettata dal cliente.¹⁷¹ Inoltre tale Autore evidenzia che:

*l'istituzione di tale organismo (l'ABF) ha dato vita ad una sorta di giustizia privata (...) si è in presenza di decisioni non riconducibili all'agere giudiziale (preordinato all'accertamento del diritto), bensì ad un'azione di tipo **giustiziale** (volta a dare giustizia) tipicamente propria della P.A..¹⁷²*

Questa posizione può apparire condivisibile in considerazione degli obiettivi che si prefigge l'ABF, cioè la correttezza sostanziale e il conseguente mantenimento della fiducia dei clienti nel sistema.

Tuttavia, un chiarimento definitivo circa la natura e la valenza delle decisioni dell'ABF non è ancora possibile in quanto, come riferisce la Banca d'Italia nella Consultazione del dicembre 2011:

l'efficacia e la natura delle decisioni dell'ABF (tuttora controversi in dottrina) non possono essere stabilite dalle disposizioni della Banca d'Italia, ma è necessaria una norma di legge.

¹⁷⁰ RUPERTO, *op.cit.*, p. 335.

¹⁷¹ CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, *op.cit.*, p. 261.

¹⁷² CAPRIGLIONE, *Cicero pro domo sua*, *op.cit.*, p. 5.

2.9.2. L'IMPATTO DELLE DECISIONI SUGLI INTERMEDIARI

Le decisioni dell'ABF, oltre a ricadere sulle controversie esaminate di volta in volta, possono, come previsto dalle Disposizioni, "*contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti*". Tali indicazioni possono sostanziarsi in raccomandazioni per gli intermediari in generale, affinché questi possano migliorare le proprie prassi operative allo scopo di prevenire eventuali future controversie analoghe, e non richiedono un adempimento preciso da parte degli intermediari, ma hanno lo scopo di sollecitare gli organi aziendali competenti ad analizzare la propria struttura organizzativa e le relative prassi operative per valutarne l'adeguatezza.¹⁷³ Quindi l'ABF, quando si trova ad esaminare una fattispecie concreta, può anche determinare:

*un indirizzo interpretativo utile ad orientare gli intermediari partecipanti al sistema inducendoli a rettificare eventuali comportamenti non pienamente in linea con i criteri prescritti dall'ordinamento.*¹⁷⁴

I Collegi hanno utilizzato questa possibilità svariate volte nel corso del loro primo anno di attività cosicché, anche quando hanno riconosciuto la correttezza della condotta degli intermediari, hanno colto l'occasione per chiarire ulteriormente le c.d. "*regole del gioco*" contribuendo a rafforzare il rapporto di fiducia tra intermediari e clienti.¹⁷⁵

Tale relazione di fiducia, basata sulla correttezza e la trasparenza dei comportamenti degli intermediari, concorre al contenimento del loro rischio legale e reputazionale contribuendo così al mantenimento della loro stabilità ed efficienza.¹⁷⁶ Infatti, il ricorso

¹⁷³ BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Numero 1, 2010, p. 30.

¹⁷⁴ DE CAROLIS, *op.cit.*, p. 14. Come ha avuto modo di sottolineare il Governatore della Banca d'Italia, "*Le pronunce dell'Arbitro rafforzano la tutela della clientela anche al di là dei casi singoli, perché orientano tutti gli operatori verso comportamenti corretti*" (DRAGHI, *Intervento del Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi all'assemblea ordinaria dell'Associazione Bancaria Italiana*, Roma, 15 luglio 2010).

¹⁷⁵ BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Numero 1, 2010, p.29.

¹⁷⁶ PERASSI, *op.cit.*, p. 149.

all'ABF produce anche questo vantaggio per gli intermediari: contenere il rischio reputazionale. È vero che l'intermediario rischia la sanzione reputazionale, ma è anche vero che una decisione dell'ABF che dia ragione al cliente, ma che magari non comporti l'irrogazione della sanzione reputazionale (la quale, infatti, è solo eventuale), ha un impatto attutito sui media, rispetto ad una sentenza di un tribunale avversa all'intermediario.

Un ulteriore impatto che il complesso delle decisioni assunte dall'ABF può avere sugli intermediari si può rinvenire nel precetto contenuto nelle Disposizioni secondo il quale:

l'ufficio o il responsabile della gestione dei reclami:

- si mantenga costantemente aggiornato in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, attraverso la consultazione dell'archivio elettronico delle decisioni dei collegi pubblicato su internet (...);

- valuti i reclami pervenuti anche alla luce dei predetti orientamenti, verificando se la questione sottoposta dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise dai collegi e considerando le soluzioni adottate in tali casi.

In merito, la Banca d'Italia ha precisato che questa previsione non implica, nei confronti dell'intermediario, l'insorgenza di un obbligo a considerare le decisioni precedentemente espresse come vincolanti.¹⁷⁷ Inoltre, questa disposizione va intesa nella prospettiva secondo la quale le determinazioni dell'ABF, oltre a dirimere la specifica controversia forniscono delle "linee guida" per tutti gli intermediari.¹⁷⁸

La fase del reclamo riveste, infatti, un ruolo importante in quanto, a fondamento del buon funzionamento dell'intero sistema, c'è l'auspicio che la controversia possa

¹⁷⁷ BANCA D'ITALIA, *Resoconto della consultazione*, giugno 2009, p. 21.

¹⁷⁸ QUADRI, *L'arbitrato bancario finanziario*, *op.cit.*, p. 317.

risolversi preliminarmente in fase di reclamo, senza bisogno di ricorrere nemmeno all'ABF.¹⁷⁹ Infatti le Disposizioni precisano che:

il ricorso ai sistemi stragiudiziali non sostituisce, ma presuppone, un'effettiva e soddisfacente interlocuzione tra l'intermediario e il cliente volta a consentire il chiarimento delle rispettive posizioni e a favorire, ove possibile, una composizione bonaria dei possibili contrasti.

2.9.3. L'IMPATTO DELLE DECISIONI SULLA GIURISPRUDENZA

Un altro aspetto che appare interessante analizzare riguarda l'impatto che le decisioni dell'ABF potrebbero avere sulla giurisprudenza; verranno di seguito esposti due casi in cui si è verificato un confronto concreto tra ABF e giurisprudenza.

Il primo riguarda la Corte Costituzionale¹⁸⁰, la quale si è trovata a valutare la legittimazione dell'ABF a sollevare la questione di legittimità costituzionale in seguito ad un'ordinanza del Collegio di Napoli con la quale veniva appunto sollevata la questione di legittimità con riguardo ad una legge regionale¹⁸¹. In questo caso, la Corte non ha ritenuto ammissibile la questione in quanto ha giudicato l'ABF non legittimato a sollevarla. Questo perché la Corte non ha riconosciuto all'ABF il ruolo "*autenticamente decisorio*" che esso invece si attribuiva, considerandolo invece quale "*organo che non esercita funzioni giudicanti*" in quanto le sue decisioni non assumono alcun valore cogente per le parti, come conferma il comunicato del 26 ottobre 2010 della Banca d'Italia dove si legge:

¹⁷⁹ DE CAROLIS, *op.cit.*, p. 43.

¹⁸⁰ CORTE COSTITUZIONALE, Ordinanza del 21 luglio 2011, n. 218.

¹⁸¹ Ordinanza del 6 luglio 2010, iscritta al n. 363 del registro ordinanze 2010 e pubblicata in G.U. n. 48, prima serie speciale, con cui l'ABF, Collegio di Napoli, ha promosso giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 1, della legge della Regione Siciliana 14 maggio 2009, n. 6.

*Le decisioni dell'ABF, infatti, non incidono sulle situazioni giuridiche delle parti.*¹⁸²

Non considerando l'ABF alla stregua di un organo giurisdizionale, la Corte non ha potuto che escludere la sua legittimazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Il secondo caso apre invece la strada all'ipotesi che, sebbene l'Arbitro Bancario Finanziario non possa essere considerato un vero e proprio organo giurisdizionale, esso possa avere comunque un qualche impatto sulla giurisprudenza. A tal proposito, si può richiamare la decisione del Tribunale Ordinario di Rimini,¹⁸³ la quale ha fatto riferimento ad una pronuncia dell'ABF¹⁸⁴ per chiarire la nozione di "*giustificato motivo*" rilevante ai fini dell'esercizio dello *ius variandi* di cui all'art. 118 T.U.B. (questo argomento verrà approfondito nel paragrafo 3.3.). In particolare, nella causa sottoposta al Tribunale di Rimini veniva contestata l'esistenza del giustificato motivo legittimante l'esercizio dello *ius variandi* e il giudice, in mancanza di altre fonti giurisprudenziali riguardanti la definizione del giustificato motivo, ha ritenuto opportuno richiamare una delle numerose decisioni dell'ABF in materia. Questo richiamo, giustificato forse anche dalla competenza tecnica dell'Arbitro Bancario Finanziario, evidenzia tuttavia la potenziale importanza che le decisioni dell'ABF potrebbero assumere. Difatti, qualora la giurisprudenza consideri validi gli orientamenti dell'ABF, questo potrebbe ripercuotersi già nel procedimento che si svolge *ex art. 128-bis T.U.B.*, non solo favorendo l'adeguamento dell'intermediario alle decisioni dell'ABF, ma anche contenendo il successivo ricorso al giudice ordinario. Se, infatti, la decisione del Collegio fosse considerata alla stregua di un precedente, gli intermediari sarebbero ancora più incoraggiati ad adeguarsi ai suddetti orientamenti e i clienti

¹⁸² BANCA D'ITALIA, Comunicato del 26 ottobre 2010.

¹⁸³ TRIBUNALE ORDINARIO di RIMINI, Sezione unica civile, sentenza del 22 agosto 2011 sulla causa civile iscritta al n. r.g. 3637/2011.

¹⁸⁴ Collegio di Milano, Decisione n. 98 del 4 marzo 2010.

potrebbero già farsi un'idea circa il possibile esito di un loro eventuale ulteriore ricorso al giudice ordinario.

In questo senso si era espresso Dolmetta, nel corso di un'analisi circa le linee evolutive dello *ius variandi* tra passaggi legislativi e giurisprudenza dell'ABF, scrivendo:

non è irragionevole pensare che il portato dell'ABF si estenda alla giurisprudenza ordinaria: meglio, che vi sia spazio perché possa correre un dialogo tra queste due classi di giudici (tra giudici e paragiudici, meglio).¹⁸⁵

¹⁸⁵ DOLMETTA, *Jus variandi bancario. Tra passaggi legislativi e giurisprudenza dell'ABF le linee evolutive dell'istituto*, Il Caso.it, 24 luglio 2011, p. 3.

3. DECISIONI DELL'ABF SULLO IUS VARIANDI

In questo capitolo verrà esaminato un istituto particolare, quello dello *ius variandi*; la scelta di questo argomento particolare è dovuta innanzitutto alla sua ampia diffusione nella prassi bancaria. Inoltre, il frequente utilizzo da parte delle banche di questo strumento, in modo più o meno legittimo, ha comportato numerosi ricorsi e decisioni dell'ABF in merito.¹⁸⁶

Interessante risulta poi il fatto che negli orientamenti dell'ABF si possono riscontrare diversi orientamenti e, in particolare, due linee interpretative con riguardo al giustificato motivo, che in genere ne costituisce il necessario presupposto.

Un altro aspetto rilevante e, dunque, portato all'attenzione dell'ABF riguarda le modalità e i contenuti della comunicazione che l'intermediario deve effettuare alla clientela.

Prima di passare all'esame delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario riguardanti lo *ius variandi*, verrà analizzato questo l'istituto, con particolare riguardo all'evoluzione dell'art. 118 T.U.B. che lo disciplina e al coordinamento di questa norma con altre disposizioni in materia (art. 33 del Codice del Consumo e art. 126-sexies T.U.B.).

¹⁸⁶ CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in I Contratti, 2/2012, p. 183.

3.1. LO IUS VARIANDI

Lo *ius variandi* si può definire come il diritto potestativo, riservato alle banche, di modificare unilateralmente le condizioni economiche e normative, relative ad alcuni contratti posti in essere con la clientela, anche in senso sfavorevole al cliente.¹⁸⁷

Più in generale, lo *ius variandi* consiste nel potere, attribuito ad una delle parti, di modificare il rapporto contrattuale. Questo istituto, infatti, non esiste solamente in ambito bancario, ma è riscontrabile anche in altre materie¹⁸⁸, regolate in diversi articoli del codice civile, come ad esempio:

- l'art. 1661 c.c., che attribuisce al committente il diritto di modificare il progetto concordato inizialmente; la possibilità di effettuare tali variazioni non è subordinata a qualche condizione, ma è assolutamente discrezionale; l'unico limite posto dalla norma a dette variazioni è che il loro ammontare non può superare il sesto del prezzo complessivo convenuto;
- l'art. 1685 c.c., che conferisce al mittente il diritto di impartire al vettore dei "contrordini", rappresentanti delle modifiche rispetto al contenuto iniziale del contratto; infatti il mittente può decidere la sospensione del trasporto o la consegna della cosa ad un altro destinatario oppure può, più genericamente, "disporre diversamente";
- l'art. 2103 c.c., che riconosce all'imprenditore, in quanto datore di lavoro, uno *ius variandi* tanto importante quanto discusso: egli può adibire il lavoratore a mansioni diverse, seppur equivalenti, rispetto a quelle per cui era stato assunto oppure lo può trasferire da un'unità produttiva ad un'altra, qualora sussistano delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive;

¹⁸⁷ SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2007, I, pp. 262-263; MIRONE, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2009, I, p. 268.

¹⁸⁸ SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («jus variandi») del rapporto contrattuale*, in Giurisprudenza commerciale, I, 1992, pp. 22-23; NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in Rivista di diritto civile, 2000, II, pp. 465-466.

- l'art. 1865 c.c., che disciplina il diritto di riscatto di una rendita perpetua; l'assicurato può, mediante l'esercizio del riscatto, variare l'obbligazione del debitore (l'impresa di assicurazione) il quale non dovrà più pagare una rendita, ma una somma pari al valore attuale della suddetta rendita;
- l'art. 1925 c.c., che si occupa dei diritti di riscatto e di riduzione della somma assicurata nell'ambito di un contratto di assicurazione sulla vita; anche in questo caso valgono le osservazioni effettuate per il riscatto della rendita perpetua; in più, l'assicurato può ridurre la somma assicurata, con conseguente adeguamento (ovvero riduzione) dei premi.

Nei casi presentati, salvo quello dell'art. 2103, lo *ius variandi* viene attribuito al contraente più debole (il committente nell'appalto, il mittente nel trasporto, l'assicurato nei citati contratti assicurativi) mentre, nel caso dello *ius variandi* che potremmo definire "*finanziario*", esso è prerogativa del contraente avente maggiore forza contrattuale.¹⁸⁹

Si differenziano dalle suddette ipotesi, anche se rispondono ad una "*logica non dissimile*" rispetto allo *ius variandi* bancario¹⁹⁰, i poteri unilaterali accordati ad entrambe le parti in caso di sopravvenienza di eventi che si potrebbero definire anomali; alcuni esempi possono essere:

- la facoltà di richiedere l'adeguamento di canoni o corrispettivi in ragione dell'inflazione;
- il potere di chiedere revisioni del contratto per sopravvenuta onerosità o difficoltà dell'esecuzione di un'obbligazione (art. 1664 "*onerosità o difficoltà dell'esecuzione*");
- il diritto di interrompere o modificare l'attuazione del contratto (art. 1577 "*necessità di riparazioni*", art. 1583 "*mancato godimento per riparazioni*");

¹⁸⁹ NIVARRA, *op.cit.*, p. 466.

¹⁹⁰ CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, *op.cit.*, p. 194; cfr. SPENA, *sub artt. 4, 5 e 6*, in PORZIO, *Commentario alla legge 17 febbraio 1992, n.154*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1993, p. 1165.

- urgenti*", art. 1686 "*impedimenti e ritardi nell'esecuzione del trasporto*", art. 1690 "*impedimenti alla riconsegna*", art. 1770 "*modalità della custodia*");
- la possibilità di evitare la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta offrendo una modifica, equa per entrambe le parti, delle condizioni contrattuali (art. 1467, comma 3, "*contratto con prestazioni corrispettive*", nella Sezione "*Dell'eccessiva onerosità*").¹⁹¹

Vi è anche chi ritiene che lo *ius variandi* sia stato istituito per evitare che le banche ricorrono alla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, al fine di mantenere in vita i contratti.¹⁹² Infatti, questo istituto consente di adeguare i contratti in essere a variazioni del contesto macro-economico o micro-economico rispetto al momento della stipulazione, permettendo così la prosecuzione del rapporto che altrimenti sarebbe destinato alla risoluzione. Per questo lo *ius variandi* non va considerato solo come un privilegio riservato alle banche, ma esso rappresenta un utile "*strumento di governo del rapporto*" che ne permette la continuazione.¹⁹³

Inoltre, questo potere di modifica unilaterale può riguardare sia variazioni migliorative per il cliente sia (ed è questo il profilo critico) modificazioni sfavorevoli.¹⁹⁴ Riguardo al primo tipo di variazioni, che comportano un vantaggio per il cliente, è stato osservato che "*deve poi considerarsi pacifico, indipendentemente da una specifica pattuizione originaria, che a ciascuna parte compete, nel corso dell'esecuzione del rapporto, un ampio ius variandi, ove la modifica si traduca esclusivamente in un vantaggio per la controparte*".¹⁹⁵

¹⁹¹ SCHLESINGER, *op.cit.*, pp. 20-21, PORZIO, *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1998, I, p. 295.

¹⁹² SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2007, I, p. 261.

¹⁹³ NIVARRA, *op.cit.*, p. 463 e 471.

¹⁹⁴ L'art. 118 T.U.B. si riferisce al comma 2 a "*qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*", mentre al comma 3, per quanto riguarda la pena di nullità prevista per l'inosservanza delle prescrizioni di detto articolo, considera le modifiche solo "*se sfavorevoli per il cliente*".

¹⁹⁵ SCHLESINGER, *op.cit.*, p. 21.

La questione interessante che potrebbe porsi a proposito delle modifiche migliorative è quella della ricerca di un giustificato motivo che possa "imporre" alla banca di effettuarle¹⁹⁶; infatti, in virtù della conservazione dell'equilibrio tra le prestazioni, si potrebbe ipotizzare, nel caso ad esempio di un miglioramento del grado di affidamento del cliente, che questo potrebbe avere diritto ad un miglioramento delle condizioni contrattuali.¹⁹⁷ Oppure, qualora il giustificato motivo che ha consentito la variazione sfavorevole dovesse venir meno, si potrebbe pensare di prevedere un ritorno alle condizioni precedenti, ossia una modificazione in senso favorevole al cliente.¹⁹⁸

Per quanto concerne invece le clausole che consentono la modifica unilaterale anche in senso sfavorevole per il cliente, si è ampiamente discusso circa la loro vessatorietà¹⁹⁹. Infatti, "il giudizio di vessatorietà non è escluso dall'esistenza di una specifica disciplina del jus variandi, dettata dal t.u. bancario"²⁰⁰. Infatti, secondo l'art. 118, tali clausole devono essere approvate specificatamente dal cliente. Il legislatore è ricorso dunque allo strumento che si potrebbe definire "classico" di tutela del cliente che sottoscrive contratti predisposti unilateralmente dall'altra controparte, ovvero l'approvazione specifica del cliente *ex art. 1341 c.c.*²⁰¹.

¹⁹⁶ DOLMETTA, *Jus variandi bancario.*, *op.cit.*, p. 9; in proposito Fausti scrive: "in considerazione dell'asimmetria informativa che caratterizza il settore finanziario, appare conforme a buona fede ammettere, in caso di significative variazioni dei tassi, la pretesa di rinegoziazione da parte del consumatore; mentre non altrettanto dovrebbe concedersi al professionista del settore, cui fa capo il relativo rischio di impresa" (FAUSTI, *Il mutuo*, Napoli, 2004, pp. 191-192).

¹⁹⁷ BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il jus variandi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1994, pp. 470ss.

¹⁹⁸ FERRO-LUZZI, *Il "giustificato motivo" nello jus variandi*, *op.cit.*, p. 734.

¹⁹⁹ Per clausola vessatoria (in un contratto concluso tra un professionista e un consumatore) si intende quella clausola che determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 206/2005).

²⁰⁰ SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 356.

²⁰¹ Art. 1341 c.c. - Condizioni generali di contratto

"1. Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.

2. In ogni caso non hanno effetto, se non sono **specificamente approvate per iscritto**, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze,

È stato osservato che questo strumento di tutela non è poi così efficace, in quanto è vero che così al cliente vengono poste in evidenza le clausole vessatorie, ma questi non è tutelato contro "*l'abusivo aggravamento della sua posizione contrattuale*"²⁰². Nel richiedere l'approvazione specifica, si potrebbe allora scorgere un'intenzione del legislatore a riconoscere la natura vessatoria della clausola contenente lo *ius variandi*.²⁰³

Tuttavia, a prescindere dal fatto che tali clausole siano vessatorie o meno, è innegabile che le norme che prevedono lo *ius variandi* potrebbero apparire come introdotte dal legislatore a beneficio, ingiustificato, delle banche. Infatti, questa possibilità che le banche si sono da sempre riservate, era stata definita come "*la clausola maggiormente indicativa dello strapotere bancario*"²⁰⁴.

Vi sono però alcune motivazioni sottostanti l'attribuzione alle banche dello *ius variandi* che ne giustificano la previsione quali, ad esempio, la necessità di prevenire situazioni in cui un cliente, avendo ottenuto un finanziamento ad un certo tasso, intraprenda dei progetti più rischiosi di quelli precedentemente dichiarati al fine di cercare di ottenere un maggior rendimento (c.d. *moral hazard*). In questi casi risulta importante per la banca potersi avvalere della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni al fine di consentirle di adeguare, nella fattispecie considerata, il tasso, al mutato grado di rischio associabile al cliente. Un'altra giustificazione dell'attribuzione dello *ius variandi* alle banche concerne i particolari rischi ai quali esse sono esposte, come il rischio di tasso di interesse; la clausola riguardante la modifica unilaterale consente, infatti, un coordinamento tra tassi attivi e passivi (la banca, costretta a mutare

limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria."

²⁰² SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, op.cit., p. 354.

²⁰³ LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996, pp. 214-215; SANTONI, op.cit., p. 254.

²⁰⁴ PIETRUNTI, «Jus variandi» e «trasparenza» nella prassi bancaria dopo il riconoscimento legislativo, in *Contratti e imprese*, 1996, p. 191; dello stesso avviso SILVETTI, *Disciplina generale dei contratti bancari*, in AA.VV., *La banca: l'impresa e i contratti*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2001, p. 436-7, "*senza arrivare alle estreme conclusioni di chi ravvisa nel jus variandi il punto più oscuro della disciplina sulla trasparenza, si deve comunque ammettere che si tratta di uno strumento di formidabile favore per le banche, che offre la misura di quanto sia ancor oggi privilegiata la loro posizione rispetto a quella dei clienti*".

i tassi da lei riconosciuti ai clienti a causa del contesto sempre più competitivo in cui opera, può adeguare, mediante lo *ius variandi*, i tassi che riceve dai clienti), il che risulta funzionale alla gestione del citato rischio, contribuendo alla stabilità dell'intermediario ed alla riduzione del costo complessivo dell'intermediazione.

Considerando tutto questo, la facoltà *ex art.* 118 T.U.B. costituisce:

*uno strumento di gestione dell'impresa bancaria, che riflette aspetti strutturali della peculiare economia di questa, così da assurgere a strumento di disciplina di mercato su azionisti e managers delle banche, dal momento che un suo inappropriato utilizzo si ripercuote negativamente sulla posizione delle aziende nel mercato stesso.*²⁰⁵

Inoltre, a proposito del supposto *favor* ingiustificato del legislatore verso le banche e la conseguente inammissibilità dello stesso, è stato osservato che:

*il rischio dell'abuso di un istituto giuridico non è una ragione per negarne l'ammissibilità in linea di principio.*²⁰⁶

Occorre allora prendere in esame le diverse chiavi di lettura proposte dalla dottrina riguardo alla creazione di questo istituto. Una prima ipotesi riconosce come motivazione sottostante lo *ius variandi* la necessità di ristabilire il sinallagma contrattuale inizialmente stabilito dalle parti, che ha subito delle variazioni legate al cambiamento di fattori estranei o riguardanti il rapporto contrattuale considerato. Un'altra chiave di lettura più sistematica porta a considerare l'esigenza di prevedere lo *ius variandi* a favore delle banche perché, in seguito a variazioni anche di piccola entità riguardanti fattori come i tassi di interesse, le banche risentono dell'effetto di queste variazioni in modo amplificato per via dei molteplici rapporti che intrattengono con la clientela; in

²⁰⁵ LA ROCCA, *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e profili civilistici*, in Banca, impresa e società, 1997, p. 64.

²⁰⁶ SIRENA, *Il ius variandi della banca*, *op.cit.*, p. 267.

questo modo, infatti, variazioni che paiono quasi indifferenti per il singolo cliente diventano onerose per la banca, fino al punto di poterne minare la stabilità.²⁰⁷ Queste interpretazioni potrebbero essere considerate non sufficientemente esaustive, in quanto non spiegano la diversa rilevanza attribuita al giustificato motivo nelle due fattispecie di contratti bancari (disciplinati dall'art. 118 T.U.B.) e servizi di pagamento (regolati dall'art. 126-sexies T.U.B.); inoltre, nell'ambito dei servizi di pagamento il rischio sistemico è inferiore rispetto all'ambito più propriamente bancario (raccolta del risparmio e concessione del credito) e, dunque, la disciplina dovrebbe essere più garantista nei confronti delle banche in questo secondo caso, mentre è previsto il contrario.

Allora, al fine di chiarire le reali motivazioni sottese all'istituto dello *ius variandi*, occorre tenere in considerazione anche altri interessi rilevanti, ovvero la libertà di scelta del consumatore (perseguibile facilitandone la mobilità) e la maggiore concorrenza dei mercati. Sono queste, infatti, le motivazioni che avevano spinto il legislatore a limitare l'uso indiscriminato dello *ius variandi* che le banche ne avevano fatto, introducendo la necessità del giustificato motivo.²⁰⁸

L'ABF, in merito alla definizione di *ius variandi*, riprende più volte²⁰⁹ una tesi dottrinale secondo la quale "*lo ius variandi riconosciuto agli intermediari è, a tutti gli effetti, un diritto potestativo, che attribuisce il potere di modificare la sfera giuridica dell'altra parte, indipendentemente dall'accettazione o dal rifiuto di quest'ultima*".²¹⁰

²⁰⁷ SANTONI, *op.cit.*, p. 261; FERRO-LUZZI, *Il "giustificato motivo" nello ius variandi: primi orientamenti dell'ABF*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, 6, pp. 731-732, il quale ritiene che "*la variazione – in negativo – degli indici economici, che potrebbe risultare del tutto irrilevante per il singolo rapporto contrattuale, spesso assume effetti economicamente insopportabili per il cliente che si vede moltiplicare per «n» volte il «micro» squilibrio di segno, a lui, negativo*", in questo caso si verificherebbe "*un'inversione dei ruoli (per cui) qui il contraente «debole» è l'imprenditore che si trova esposto a subire la medesima variazione, magari infinitesimale, per un numero elevatissimo di rapporti negoziali*".

²⁰⁸ OLIVIERI, *Usi e abusi dello «ius variandi» nei contratti bancari*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2011, pp. 160-161.

²⁰⁹ Collegio di Milano: decisioni n. 98, 443, 1491, 1554 del 2010 e decisione n. 2316 del 2011; Collegio di Napoli: decisione n. 396 del 2011.

²¹⁰ SIRENA, *Il ius variandi della banca, op.cit.*, pp. 262-263.

3.2. EVOLUZIONE DELL'ART. 118 T.U.B.

L'art. 118 del d.lgs. n. 385/1993 è stato oggetto di molteplici interventi normativi che ne hanno modificato sensibilmente la portata nel corso degli anni. Si ritiene utile evidenziare che l'istituto dello *ius variandi* trova la sua origine nell'art. 16 delle c.d. "n.u.b."²¹¹, riguardante i conti correnti di corrispondenza e i servizi connessi, il quale riconosceva agli enti creditizi uno *ius variandi* molto ampio²¹², infatti sanciva:

l'azienda di credito si riserva la facoltà di modificare in qualsiasi momento le norme e le condizioni tutte che regolano i rapporti in conto corrente. Le comunicazioni relative saranno validamente fatte dall'azienda di credito mediante lettera semplice all'ultimo indirizzo comunicato dal correntista oppure mediante avviso esposto nei locali dell'azienda o pubblicato nella stampa locale ed entreranno in vigore con la decorrenza indicata in tale comunicazione od avviso.

Analoghe disposizioni riguardavano altri contratti bancari quali, ad esempio, i libretti di deposito al risparmio (art. 11 n.u.b.) e i depositi in conto corrente (art. 15 n.u.b.). Queste "norme" erano, nell'insieme delle norme bancarie uniformi, tra le più impopolari, in quanto esse evidenziavano la libertà illimitata delle banche rispetto alla clientela a cui potevano essere imposte modificazioni dei contratti in essere.²¹³

Successivamente, questo istituto è stato disciplinato dall'art. 4, comma 2, e dall'art. 6 della legge 17 febbraio 1992, n. 154, in tema di trasparenza delle operazioni bancari.²¹⁴ Questa normativa ha rappresentato una svolta epocale in quanto ha introdotto

²¹¹ Norme Uniformi Bancarie; nonostante il nome, ad esse non può essere attribuita un'efficacia diversa da quella riconosciuta dall'art. 1341 in tema di condizioni generali di contratto (così PIETRUNTI, *op.cit.*, p. 191).

²¹² SPENA, *op.cit.*, p. 1162; PORZIO, *op.cit.*, p. 296; SANTONI, *op.cit.*, p. 249.

²¹³ NIVARRA, *op.cit.*, p. 465.

²¹⁴ Legge 17 febbraio 1992, n. 154, recante "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", pubblicata in G.U. del 24 febbraio, n. 45.

una disciplina generale applicabile a tutti i contratti bancari, mentre fino ad allora questi erano regolati singolarmente dal codice civile che ne aveva tipizzati alcuni.²¹⁵

L'art. 4, comma 2, riconosceva in capo alla banca la facoltà di variare le condizioni contrattuali in senso sfavorevole al cliente, subordinando la validità di detta clausola alla sua specifica approvazione da parte del cliente.

L'art. 6 disciplinava invece le modalità di esercizio, subordinando l'efficacia della modifica alla comunicazione preventiva al cliente, nel caso di variazioni relative ai contratti con quel cliente, o alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, in caso di modifiche generalizzate dei tassi di interesse.

Questo intervento normativo aveva riscosso tante critiche da essere stato definito quasi come un "*non intervento*" del legislatore.²¹⁶

Sempre nello stesso anno la materia è stata regolata da un'altra norma, cioè dall'art. 21, lett. d), della legge n. 142 del 1992 sul credito al consumo²¹⁷.

Questa lett. d), disciplinando i contratti di concessione di credito ai consumatori, disponeva che negli stessi andasse indicato "*il dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il TAEG (tasso annuo effettivo globale) può essere eventualmente modificato*"; in questo caso lo *ius variandi* era limitato al TAEG ed era soggetto a condizioni analitiche, le quali dovevano essere contenute nel contratto stesso.

Queste due normative, legge n. 154/92 e legge n. 142/92, sono poi state rifuse ed inserite nel Titolo VI del d. lgs. n. 385/1993. Il comma 2 dell'art. 4 della l. n. 154/1992 è diventato il comma 5 dell'art. 117 del T.U.B. (oggi soppresso), mentre l'art. 6 della stessa legge è stato ripreso, ma parzialmente modificato, dall'art. 118.

²¹⁵ MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2008, I, p. 164.

²¹⁶ DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1992, III, pp. 375-397.

²¹⁷ Legge 19 febbraio 1992, n. 142 recante "*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee*", pubblicata in G.U. n. 42, del 20 febbraio 1992, supplemento ordinario (legge comunitaria per il 1991).

Il testo originario dell'art. 118 T.U.B. era il seguente:

Articolo 118

(Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali)

1. *Se nei contratti di durata è convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni, le variazioni sfavorevoli sono comunicate al cliente nei modi e nei termini stabiliti dal CICR.*
2. *Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci.*
3. *Entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione scritta, ovvero dall'effettuazione di altre forme di comunicazione attuate ai sensi del comma 1, il cliente ha diritto di recedere dal contratto senza penalità e di ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.*

In seguito all'introduzione di questa norma, la Banca d'Italia nel 1994 aveva avviato un'istruttoria²¹⁸ per valutare la compatibilità delle n.u.b. con il nuovo contesto normativo. A seguito di questa attività, l'ABI aveva provveduto a modificare alcune di queste norme bancarie uniformi; in particolare, erano state eliminate le clausole che attribuivano alle banche uno *ius variandi* meramente arbitrario e esercitabile in qualsiasi momento²¹⁹ ed erano state sostituite da clausole del tipo: "*la banca si riserva di modificare le condizioni economiche del rapporto negoziale rispettando, in caso di variazioni sfavorevoli al cliente, le prescrizioni di cui agli artt. 118 e 161, comma 2, del*

²¹⁸ Istruttoria che si è conclusa con il Provvedimento della Banca d'Italia del 13 dicembre 1994, n. 12.

²¹⁹ La Banca d'Italia ha dichiarato lesive della concorrenza le clausole che "*riservano alla banca la facoltà meramente potestativa di modificare le norme che disciplinano il rapporto*" (cfr. SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, op.cit., p. 361, nota 22).

decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e delle relative disposizioni di attuazione".²²⁰

L'art. 118 aveva poi suscitato un ampio dibattito intorno alla nozione di "*contratto di durata*", della quale, essendo ignota al codice civile, non era agevole definire esattamente i confini²²¹. Tempo dopo, nel 2007, se si poteva considerare pacifico che i contratti di durata erano quelli che "*prevedono l'esecuzione continuata o periodica della prestazione*"²²² (c.d. contratti di durata in senso tecnico), ancora vi erano dubbi circa la rientranza in questa categoria di alcuni contratti quali quelli di finanziamento e, in particolare, quello di mutuo. A questo proposito, Oppo²²³, considerando l'immediato effetto traslativo di tale contratto, non lo faceva rientrare nella categoria dei contratti di durata, rendendo inapplicabile ad essi l'articolo in commento. In senso opposto si era espresso Bussoletti,²²⁴ il quale riteneva che tra i contratti di durata rientrassero, oltre ai contratti di durata in senso tecnico, anche quelli ad esecuzione istantanea differita e, quindi, anche il mutuo. In seguito Silveti²²⁵ rilevava un'opinione diffusa secondo la quale sarebbero rientrati nella categoria dei contratti di durata sia quelli a tempo determinato che quelli a tempo indeterminato. Altri²²⁶ ritenevano, invece, che i contratti

²²⁰ GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, p. 87.

²²¹ "l'espresso riferimento del legislatore ai «contratti di durata» rende assai labile l'ambito applicativo delle norme dettate dall'art. 118 T.U.B." (SIRENA, *Il ius variandi della banca*, op.cit., p. 269). Nello stesso senso si esprime PORZIO, op.cit., p. 295, 298.

²²² SIRENA, *Il ius variandi della banca*, op.cit., p. 268; PORZIO, op.cit., p. 298, fa rientrare nei contratti di durata "tutti i contratti con cui la banca riceve o concede credito ed a quei servizi bancari che hanno il loro sviluppo nel tempo".

²²³ OPPO, *I contratti di durata*, in OPPO, *Scritti giuridici, III, Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, (nota 35), p. 225ss e 271.

²²⁴ BUSSOLETTI, op.cit., pp. 478ss; allo stesso modo GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, op.cit., p. 172.

²²⁵ SILVETTI, op.cit., p. 438.

²²⁶ BRESCIA MORRA-MORERA, *L'impresa bancaria*, in PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2006, p. 368; FAUSTI, op.cit., p. 194, il quale, a proposito della differenza dell'efficacia del recesso come rimedio dello *ius variandi* nei contratti a tempo indeterminato rispetto a quelli a tempo determinato, rileva: "*una cosa è «voler» restituire la carta di credito perché aumentano le commissioni; tutt'altra è «dover» restituire il mutuo perché la banca ha deciso di variare il tasso*".

di durata, nel settore bancario, fossero identificabili con i soli contratti a tempo indeterminato.

A questo proposito, già nella vigenza di questa versione dell'art. 118, la dottrina si era espressa ritenendo priva di adeguata giustificazione l'eventuale modificazione unilaterale delle condizioni nei casi di contratti a tempo determinato.²²⁷

In particolare, era stato preso in esame proprio il caso concreto del mutuo. Secondo un Autore:

*la riserva dello ius variandi appare esclusivamente finalizzata alla tutela dell'interesse della banca e massimizzare il guadagno per il servizio reso, in modo ulteriore rispetto a quanto originariamente convenuto.*²²⁸

Infatti, attribuire tale potere alla banca contrasterebbe con la natura del contratto di mutuo il cui equilibrio si basa proprio sulla dilazione temporale della restituzione e, considerato che l'unico "rimedio"²²⁹ consentito al cliente che non voglia acconsentire alla modifica unilaterale è il recesso accompagnato dall'obbligo di restituzione immediata dell'intera somma, verrebbe a mancare "un elemento qualificante dell'equilibrio causale della prestazione".²³⁰

Di conseguenza, l'introduzione di una tale clausola (di per sé in linea con la nuova disposizione) potrebbe esporre la banca ad una serie di rischi quali, ad esempio:

²²⁷ INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso "soglia" della disciplina antiusura, allo jus variandi, al divieto dell'anatocismo*, in AA.VV., *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano, 1998, pp. 117ss.; allo stesso modo si era espressa l'ABI nell'art. 13 del Protocollo 24 maggio 2000.

²²⁸ FAUSTI, *op.cit.*, p. 193.

²²⁹ Commenta Silveti "il diritto di recesso è una forma di tutela solo apparente, e che, di fatto, è impedito quando il cliente non sia subito in grado di far fronte alla esposizione debitoria nei confronti della banca" (SILVETTI, *op.cit.*, p. 439); sull'insufficienza del diritto di recesso per il cliente che subisce la variazione vedi anche VIALE, *La nuova legge sulla trasparenza bancaria: prime perplessità e dubbi interpretativi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, I, pp. 785 ss, e la Decisione dell'ABF, Collegio di Milano, n. 388 del 2010.

²³⁰ FAUSTI, *op.cit.*, p. 201.

- una declaratoria di nullità parziale, qualora si dovesse ritenere tale clausola incompatibile con la funzione causale del mutuo;
- un'azione risarcitoria per violazione dei principi di correttezza e buona fede, se l'esercizio dello *ius variandi* senza giustificato motivo (anche se previsto nel contratto) abbia provocato un aggravamento della situazione del mutuatario tale da costringerlo ad accettare le modificazioni oppure restituire la somma ancora dovuta.²³¹

La disciplina dello *ius variandi* definita da questa norma, come evidenziava l'AGCM, configurava "un sistema fortemente limitativo della competizione tra banche e alquanto gravoso per la clientela bancaria"²³². Gli elementi critici erano in particolare i seguenti:

- difficoltà per il cliente di conoscere le variazioni contrattuali e di comprenderne la reale portata economica;
- ostacolo alla ricerca di condizioni alternative offerte da altre banche in tempi rapidi e a costi contenuti;
- impossibilità per il cliente di avere condizioni contrattuali certe per un periodo anche minimo, salvo i casi in cui la variazione di dette condizioni fosse subordinata alla sussistenza di un giustificato motivo;
- disincentivo alla mobilità da una banca ad un'altra, causato dalla difficoltà di recedere in tempi brevi e a costi contenuti.²³³

In virtù di queste ed altre criticità, una parte della dottrina era arrivata alla conclusione di ritenere queste clausole nulle, perché "*prefigurano l'adozione di un regolamento negoziale, non basato sul reciproco consenso*"²³⁴ e si pongono quindi in

²³¹ MORERA, OLIVIERI, *Mutui bancari e jus variandi (sull'art. 118, comma 2-bis, T.U.B., in Due pareri sull'art. 8, comma 5°, lett. f) e g), d.l. n. 70/2011*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2011, IV, p. 484.

²³² AGCM, Bollettino n. 19 del 29 maggio 2006, p. 117.

²³³ AGCM, Bollettino n. 19 del 29 maggio 2006, p. 118.

²³⁴ PIETRUNTI, *op.cit.*, p. 192.

contrasto con la stessa nozione di contratto *ex art. 1321*²³⁵. In senso contrario è stato affermato che:

*non ha senso lamentare un difetto del «consenso», della «volontà» dell'aderente solo con riferimento alla clausola contenente lo jus variandi dell'impresa, dal momento che una situazione di espropriazione del potere contrattuale dell'aderente caratterizza tutte le condizioni generali di contratto.*²³⁶

Inoltre, il principio secondo il quale in contratto ha forza di legge tra le parti non esclude che queste, mediante un accordo, attribuiscono a una di esse il diritto di modificare il contratto: quello che non ammette è che una delle parti si attribuisca autonomamente tale facoltà.²³⁷

Altri avevano anche evidenziato come lo *ius variandi*, con particolare riguardo alla possibilità di modificazione dei tassi di interesse, contrasterebbe anche con l'art. 1284, comma 3,²³⁸ il quale riconosce l'esigenza dei clienti in ordine alla certezza del costo del denaro.

Un altro aspetto rilevante riguarda, invece, il controllo sull'esercizio dello *ius variandi*; non essendoci nessun riferimento ad una giusta causa o ad un giustificato motivo (richiamato solamente per i contratti con i consumatori dalla l. n. 52/2006), l'unico strumento per controllare la legittimità e la ragionevolezza della modifica unilaterale sarebbe la buona fede in senso oggettivo²³⁹. Tuttavia il richiamo alla buona

²³⁵ Art. 1321 c.c. "*Il contratto è l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*".

²³⁶ LA ROCCA, *op.cit.*, p. 66; dello stesso avviso SILVETTI, *op.cit.*, p. 435.

²³⁷ SIRENA, *Il ius variandi della banca*, *op.cit.*, p. 264.

²³⁸ Art. 1284 c.c., comma 3, "*Gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto, altrimenti sono dovuti nella misura legale*"; il saggio degli interessi legali è determinato nel 1° comma dello stesso articolo.

²³⁹ L'art. 1375 c.c. dispone che "*il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*". La buona fede in senso oggettivo può essere definita come un dovere di correttezza generale e di reciproca lealtà di condotta nei rapporti tra i soggetti; questo principio di buona fede "*richiama nella sfera del creditore la*

fede non esaurisce i dubbi circa i limiti dell'esercizio dello *ius variandi* in quanto, anche non appoggiando l'opinione di chi ritiene tale nozione "*ineffabile*" a causa delle molteplici nozioni di buona fede proposte in letteratura, non si può nemmeno negare che si tratta di una nozione che, pur richiedendo una definizione attraverso l'elaborazione di figure sintomatiche che possano esemplificare il concetto astratto di buona fede, non può prescindere da una "*nozione-guida*".²⁴⁰

Comunque allora non si poteva ritenere che il cliente fosse esposto ad un arbitrio immotivato della banca in quanto, per colmare la lacuna normativa, andavano richiamati i generali principi di correttezza (art. 1175 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.).²⁴¹

Inoltre, appare opportuno evidenziare che la buona fede costituisce un limite esterno all'esercizio dello *ius variandi* e l'onere della prova circa la mancanza di buona fede ricade sul cliente che ne denuncia l'abuso; il giustificato motivo invece, introdotto in virtù dell'emanazione della norma che verrà di seguito analizzata, costituisce una condizione per l'esercizio dello *ius variandi* che deve essere provata (e comunicata) dalla banca.²⁴²

considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera de debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore" (Relazione ministeriale al codice civile); in questo modo la buona fede "*serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione*" (Cassazione, Sezione III, 18 settembre 2009, n. 20106).

²⁴⁰ NIVARRA, *op.cit.*, p. 469; DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1998, I, pp. 162-163.

²⁴¹ SILVETTI, *op.cit.*, p. 447; BRESCIA MORRA-MORERA, *op.cit.*, p. 370; MORERA, *Commento*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, Milano, 2010, p. 987.

²⁴² MIRONE, *op.cit.*, p. 305.

Il decreto legge del 4 luglio 2006, n. 223²⁴³ (c.d. decreto sulla competitività) ha radicalmente modificato l'art. 118. Il nuovo testo è il seguente:

Articolo 118

(Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali)

- 1. Nei **contratti di durata** può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un **giustificato motivo** nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 1341, secondo comma, del codice civile.*
- 2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: «Proposta di modifica unilaterale del contratto», con preavviso minimo di **trenta giorni**, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro **sessanta giorni**. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.*
- 3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente.*
- 4. Le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente.*

Innanzitutto, si può notare come non sia cambiato il riferimento ai "*contratti di durata*", lasciando ancora irrisolti i dubbi circa la corretta definizione di questa

²⁴³ Decreto legge del 4 luglio 2006, n. 223 recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*", pubblicato in G.U. del 4 luglio 2006, n. 153, e convertito, con modificazioni, in legge con l. 4 agosto 2006, n. 248, pubblicata sul supplemento ordinario alla G.U. dell'11 agosto 2006, n. 186.

categoria.²⁴⁴ Tuttavia questa norma, il cui obiettivo dichiarato consiste nella promozione della concorrenza nel settore bancario attraverso una maggiore mobilità della clientela al fine di conseguire una riduzione dei costi per i clienti²⁴⁵, presenta anche diversi cambiamenti.

Una prima novità consiste nell'introduzione del giustificato motivo come condizione per l'esercizio dello *ius variandi* (l'importanza e la definizione di giustificato motivo verranno esaminate nel paragrafo 3.4.); inoltre, viene espressamente richiamato l'art. 1341 c.c., in particolare il secondo comma, che, in materia di condizioni generali di contratto, dispone che queste non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto. In realtà questa previsione potrebbe apparire superflua in quanto, nel T.U.B. in quel tempo vigente, l'art. 117, comma 5, richiedeva l'approvazione specifica del cliente della clausola contenente lo *ius variandi*; quest'ultimo faceva però riferimento solo alle variazioni di tasso d'interesse e di ogni altro prezzo, quindi il nuovo articolo 118 comporta che anche lo *ius variandi* relativo alle altre condizioni del contratto debba essere approvato in modo specifico.²⁴⁶

Inoltre, questo decreto legge ha attuato gli interventi che erano stati segnalati come necessari dall'AGCM nel già citato bollettino n. 19 del 2006²⁴⁷, i quali si concretizzano nelle seguenti novità:

- limitazione dello *ius variandi* ai casi in cui ricorra un giustificato motivo, come già evidenziato;
- superamento della comunicazione tramite pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale: ora la comunicazione è effettuata direttamente al cliente, in forma scritta;
- prolungamento del periodo assegnato al cliente per recedere: i quindici giorni sono diventati sessanta.

²⁴⁴ MIRONE, *op.cit.*, p. 266.

²⁴⁵ MIRONE, *op.cit.*, p. 311.

²⁴⁶ SIRENA, *Il ius variandi della banca, op.cit.*, p. 273.

²⁴⁷ AGCM, Bollettino n. 19 del 29 maggio 2006, p. 117.

A proposito del termine entro cui il cliente può esercitare il diritto di recesso, erano sorti dei dubbi circa il momento dal quale la modifica sarebbe divenuta efficace; infatti, qualcuno riteneva che questa acquistasse efficacia solo una volta trascorsi i sessanta giorni assegnati al cliente per recedere, mentre altri, basandosi sul fatto che la comunicazione deve essere effettuata con un preavviso minimo di trenta giorni, ritenevano che la variazione divenisse efficace trascorsi questi trenta giorni²⁴⁸. In quest'ultimo caso il recesso costituirebbe, infatti, un "*rifiuto eliminativo di una variazione contrattuale già verificatasi*".²⁴⁹

Un altro elemento di novità contenuto in questo articolo è rappresentato dal quarto comma. La formulazione di questa norma è alquanto oscura, poiché presenta diverse espressioni di cui non è semplice comprendere la portata. Ad esempio, quando il legislatore parla di "*decisioni di politica monetaria*", occorre precisare che si riferisce esclusivamente alle decisioni della Banca Centrale Europea in ordine ai tassi di riferimento. Sorge allora un altro dubbio, circa la previsione secondo la quale le variazioni riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori: alcuni hanno ipotizzato che questa norma legittimi una sorta di dovere in capo alla banca di effettuare delle variazioni migliorative qualora le decisioni di politica monetaria siano vantaggiose per il cliente; un altro Autore, invece, ritiene che questo comma 4 si riferisca ai tassi di interesse relativi ad uno stesso contratto, che necessariamente dovrà essere il contratto di conto corrente. Allora, in seguito a una decisione di politica monetaria che modifica i tassi di riferimento, sia il tasso creditore che il tasso debitore

²⁴⁸ MORERA, *Contratti bancari, op.cit.*, p. 169; MIRONE, *op.cit.*, p. 269; di opinione opposta è SANTONI, *op.cit.*, p. 259, il quale ritiene che "*la modifica non può produrre effetti prima del momento della sua approvazione, sia pure tacita, vale a dire prima del decorso dei sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione. Risulterebbe altrimenti vanificato lo stesso meccanismo di silenzio assenso, che il legislatore ha introdotto proprio per salvaguardare, in qualche misura, la coerenza delle variazioni con la disciplina dei contratti in generale*". Riguardo a questo SIRENA, *Il ius variandi della banca, op.cit.*, p. 281, scrive: "*la soluzione secondo cui la variazione contrattuale sarebbe efficace soltanto dopo che è scaduto il termine di recesso, finisce con l'equiparare il silenzio del cliente a un'accettazione tacita della proposta di variazione, costruendo così un'inaccettabile finzione*".

²⁴⁹ SIRENA, *Il ius variandi della banca, op.cit.*, p. 281.

dovranno variare nella stessa misura (in termini assoluti, non relativi).²⁵⁰ Questa ipotesi è conforme alla funzione attribuibile allo *ius variandi*, ovvero il mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni.²⁵¹

Nel luglio del 2010, la 6^a Commissione permanente (Finanze e Tesoro) ha proposto una ulteriore modifica dell'art. 118, rilevando la necessità di fare due precisazioni:

- 1) anche per i contratti a tempo determinato la cui durata sia prolungata nel tempo (come i mutui), deve essere possibile modificare le condizioni economiche diverse dal tasso di interesse;
- 2) per equiparare lo *ius variandi* ex art. 118 e quello ex art. 126-sexies, occorre modificare l'art. 118 affinché preveda la necessità dello *ius variandi* solo per i contratti con soggetti diversi dai consumatori e, per gli stessi contratti, la possibilità che le parti possano accordarsi per disapplicare, interamente o parzialmente, il comma 2 dell'art. 118.

Il d.lgs. n. 141/2010²⁵² ha messo in atto i suggerimenti espressi dalla Commissione modificando in modo significativo l'art. 118, in particolare il primo e il secondo comma.

*1. Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le **clausole non aventi***

²⁵⁰ In senso contrario si esprime MIRONE, *op.cit.*, p. 309, "le banche dovrebbero mantenere una certa libertà di manovra nell'entità della modifica, ma con il limite dell'applicazione non pregiudizievole, che può a mio avviso concretizzarsi nell'obbligo di rispettare per lo meno un criterio di proporzionalità".

²⁵¹ SIRENA, *Il ius variandi della banca*, *op.cit.*, pp. 282-283; MORERA, *Contratti bancari*, *op.cit.*, pp. 169-170.

²⁵² Decreto legislativo del 13 agosto 2010, n. 141, recante "Attuazione della Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del Titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi", come modificato e integrato dal decreto legislativo 14 dicembre 2010, n. 218, entrato in vigore il 3 gennaio 2011.

ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo.

2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: “Proposta di modifica unilaterale del contratto”, con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all’applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

Innanzitutto, i «contratti di durata» sono diventati «contratti a tempo indeterminato» e la norma ha previsto una diversa disciplina per questi contratti e quelli di durata diversi da quelli a tempo indeterminato²⁵³; schematicamente:

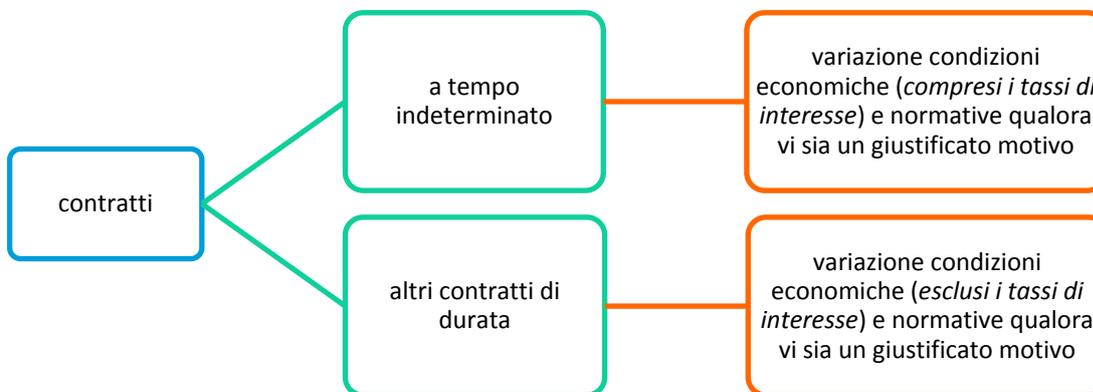


Figura 1 - Quadro relativo al contesto successivo al d.lgs. n. 141/2010

Inoltre, l’espressione «*altre condizioni di contratto*» è stata sostituita da «*altre condizioni previste dal contratto*»: questo a conferma dell’orientamento, già diffuso in

²⁵³ PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del c.d. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *I Contratti*, 2/2011, p. 192.

dottrina ed espresso anche in una circolare del Ministero dello Sviluppo economico²⁵⁴, secondo il quale le modifiche *ex art.* 118 riguardano solamente le clausole già previste dal contratto e non possono comportare l'inserimento di nuove clausole.²⁵⁵

Il preavviso minimo è passato da trenta giorni a due mesi. Si può notare che, mentre il testo previgente fissava un termine (trenta giorni) per il preavviso e un altro (sessanta giorni) per il recesso, questa norma prevede un termine di due mesi per il preavviso e il cliente può recedere "*entro la data prevista per la sua applicazione*". Così la durata massima della procedura di esercizio dello *ius variandi* passa da novanta giorni a due mesi.²⁵⁶

Il d.lgs. 141/2010 ha anche eliminato il comma 5 dell'art. 117 T.U.B., il quale prevedeva che la possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso d'interesse ed ogni altro prezzo e condizioni doveva essere espressamente indicata nel contratto con clausola approvata specificamente del cliente. In questo modo, la disciplina riguardante lo *ius variandi* è stata accorpata nell'art. 118.²⁵⁷

Il decreto legge n. 70/2011²⁵⁸ (c.d. decreto sviluppo) ha introdotto nell'art. 118 il seguente comma 2-bis:

2-bis. Se il cliente non è un consumatore, né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, le parti possono convenire di non applicare, in tutto o in parte, le disposizioni del presente articolo.

²⁵⁴ Circolare n. 54 del 21 febbraio 2007.

²⁵⁵ DOLMETTA, *Jus variandi bancario*, *op.cit.*, p. 10.

²⁵⁶ CENTINI, *La disciplina delle modifiche unilaterali (ius variandi) nel Testo unico bancario dopo il d.lgs. n. 141 del 2010*, in *I Contratti*, 4/2011, p. 393.

²⁵⁷ DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *I Contratti*, 11/2010, p. 1046.

²⁵⁸ Decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, recante "*Prime disposizioni urgenti per l'economia*", pubblicato in G.U. n.110 del 13 maggio 2011.

Questa norma ha suscitato non poche critiche, in quanto il tenore letterale sembra tale da consentire una disapplicazione totale della disciplina delle modifiche unilaterali, a condizione che il cliente non sia un consumatore né una micro-impresa²⁵⁹ e che questa deroga sia convenuta dalle parti.²⁶⁰ Questo risolleverebbe il problema dell'ammissibilità di una variazione del tasso di interesse anche per i contratti di mutuo.²⁶¹ In considerazione del disallineamento tra la finalità perseguita dal legislatore mediante l'introduzione di questa norma (ovvero l'allineamento dell'art. 118 con l'art. 126-sexies²⁶²) e il suo tenore letterale, le banche hanno ritenuto di disapplicare tale disposizione.

Ulteriori perplessità circa questo intervento normativo erano rinvenibili nel testo dell'art 8, comma 5, lett. g), del citato decreto il quale prevedeva:

*g) ai fini dell'applicazione del comma 2-bis dell'articolo 118 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, introdotto dalla presente legge, ai **contratti in corso** alla data di entrata in vigore della presente decreto stipulati **con soggetti che non siano consumatori o micro-imprese**, i soggetti di cui all'articolo 115 del medesimo decreto, entro il 30 giugno 2011 comunicano, con le modalità indicate al comma 2 dell'articolo 118 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le modifiche apportate ai contratti medesimi. La modifica si intende approvata qualora il cliente non receda dal contratto*

²⁵⁹ Una micro-impresa è definita come un'impresa il cui organico sia inferiore a 10 persone e il cui fatturato o il totale di bilancio annuale non superi 2 milioni di euro (Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, pubblicata in G.U.C.E., L 124 del 20 maggio 2003).

²⁶⁰ MORERA, OLIVIERI, *op.cit.*, p. 481.

²⁶¹ CENTINI, *Il procedimento di modifica unilaterale dell'art. 118 T.U.B. dopo il "Decreto Sviluppo"*, in I Contratti, 11/2011, p. 1037.

²⁶² Questo era evidenziato nella relazione al disegno di legge di conversione d.l. 70/2010 (Atti Parlamentari Camera dei Deputati n. 4357), dove si leggeva: "*Il comma 5, lettera g), allinea la disciplina in tema di modifica unilaterale delle condizioni (art. 118 t.u.b.) con quella dettata per i sistemi di pagamento (contenuta nell'articolo 126-sexies t.u.b.)*" (cfr. CENTINI, *Il procedimento di modifica unilaterale dell'art. 118 T.U.B. dopo il "Decreto Sviluppo"*, *op.cit.*, p. 1037).

entro sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione. Al cliente che ha esercitato il diritto di recesso non possono essere applicati oneri superiori a quelli che egli avrebbe sostenuto in assenza di modifica.

Questa previsione riguardava i contratti dotati delle seguenti caratteristiche:

- 1) contratti perfezionati prima dell'entrata in vigore di questo comma 2-bis;
- 2) contratti in corso;
- 3) contratti tra una banca o un intermediario e un soggetto che non sia né un consumatore né una micro-impresa.

Per tali contratti, questa lett. g) introduceva una disciplina nuova che difettava di un elemento essenziale contenuto invece nel nuovo comma 2-bis del T.U.B., ossia il necessario preventivo accordo contrattuale tra le parti riguardante il riconoscimento ad una di esse del potere di esercizio dello *ius variandi*,²⁶³ e non richiama nemmeno la necessità di un giustificato motivo. Tuttavia doveva ritenersi condizione indispensabile per l'efficacia della modifica, se non un giustificato motivo, almeno una motivazione economica che fosse volta al "*riequilibrio del sinallagma negoziale originariamente assunto*"²⁶⁴. Inoltre, tale norma appariva incompatibile con il principio generale che vieta alle parti di modificare il contenuto dei contratti in corso senza il consenso delle parti²⁶⁵ e risultavano presenti "*elevati profili di illegittimità costituzionale*".²⁶⁶

²⁶³ FERRO-LUZZI, *Modifica allo jus variandi nei contratti bancari e disciplina transitoria*, in *Due pareri sull'art. 8, comma 5°, lett. f) e g), d.l. n. 70/2011*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, 4, p. 488.

²⁶⁴ FERRO-LUZZI, *Modifica allo jus variandi nei contratti bancari*, *op.cit.*, p. 491.

²⁶⁵ MORERA, OLIVIERI, *op.cit.*, p. 485.

²⁶⁶ FERRO-LUZZI, *Modifica allo jus variandi nei contratti bancari*, *op.cit.*, p. 491.

La legge n. 106/2011, che ha convertito il legge il d.l. 70/2011, ha operato delle ulteriori modifiche al comma 2-bis eliminando tutti quei profili di criticità che sono stati evidenziati; il nuovo testo del comma 2-bis dell'art. 118 T.U.B. è il seguente:

2-bis. Se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa come definita dall' articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto.

Questa norma ha definitivamente, ci si augura, risolto il problema della possibilità per la banca di modificare, in senso sfavorevole al cliente, i tassi di interesse nei contratti a tempo determinato, come ad esempio il mutuo. Infatti ora la possibilità di variare i tassi di interesse nei contratti diversi da quelli a tempo indeterminato è condizionata all'esistenza di una clausola, approvata specificatamente dal cliente, che preveda non solo la suddetta facoltà, ma anche gli eventi e le condizioni specifiche a cui essa è subordinata.²⁶⁷

In merito a questo intervento normativo, Ferro-Luzzi si è espresso in termini alquanto critici definendo tale norma "meramente ricognitiva di un potere già in capo alle parti alla luce della disciplina generale dei contratti" e, quindi, "inutile", supponendo che l'interesse di coloro che avevano proposto e supportato l'introduzione del citato d.l. 70/2011 si sostanziasse proprio nella previsione della lettera g) e, quindi, nella possibilità per le banche di modificare le condizioni economiche dei contratti in essere senza possibilità di replica da parte del cliente.²⁶⁸

²⁶⁷ OLIVIERI, *op.cit.*, p. 162.

²⁶⁸ FERRO-LUZZI, *Lo ius non variandi: prime considerazioni, e alcune supposizioni, sul comma 2-bis dell'art. 118, T.U.B., dopo la L. 106/2011*, in *Il Caso.it*, II, p. 6.

In effetti, la previsione del suddetto comma 2-bis non si differenzia molto da quelle contenute negli altri commi dell'art. 118; l'unica particolarità sta nel fatto che, nei contratti stipulati con soggetti diversi da consumatori e micro-imprese, la variazione dei tassi di interesse è subordinata al verificarsi di specifici eventi o condizioni che devono essere stati predeterminati nel contratto.²⁶⁹ Questa predeterminazione degli eventi o condizioni specifiche implica la preventiva individuazione dei giustificati motivi che potranno essere invocati dalla banca al momento della proposta di modifica unilaterale.²⁷⁰

Si può illustrare il contenuto del nuovo art. 118 T.U.B. con il seguente schema:

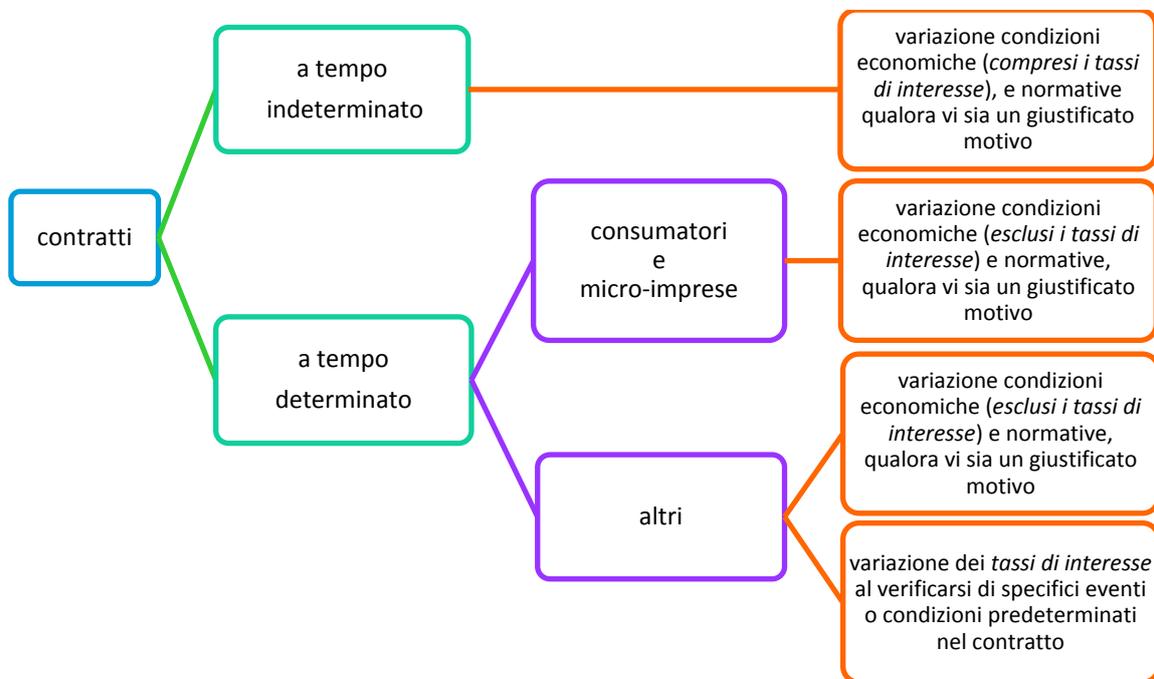


Figura 2 - Quadro normativo attuale

²⁶⁹ CENTINI, *Il procedimento di modifica unilaterale dell'art. 118 T.U.B. dopo il "Decreto Sviluppo"*, *op.cit.*, p. 1039.

²⁷⁰ CENTINI, *Il procedimento di modifica unilaterale dell'art. 118 T.U.B. dopo il "Decreto Sviluppo"*, *op.cit.*, p. 1041.

In considerazione di tutti gli aspetti evidenziati, la norma in esame va vista con favore in quanto, rispetto alla stessa come modificata dal d.lgs. n. 141/2010, essa consente di variare il tasso nei contratti a tempo determinato, se stipulati con soggetti diversi da consumatori e micro-imprese, alle condizioni previste, mentre prima tale facoltà era completamente esclusa. Un rammarico può essere espresso in merito al mancato coordinamento dell'art. 118 con l'art. 126-sexies, tanto auspicato quanto disatteso.²⁷¹

²⁷¹ CENTINI, *Il procedimento di modifica unilaterale dell'art. 118 T.U.B. dopo il "Decreto Sviluppo"*, *op.cit.*, p. 1043.

3.3. ART. 118 T.U.B., ART. 33 DEL CODICE DEL CONSUMO E ART. 126-SEXIES T.U.B.: QUALE COORDINAMENTO?

Un importante intervento legislativo in materia di *ius variandi* nell'ambito del credito al consumo, la l. n. 52 del 6 febbraio 1996, trova la sua origine nel recepimento della Direttiva CEE 93/13 in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Questa legge ha introdotto nel codice civile gli artt. dal 1469-bis al 1469-sexies, che sono stati poi trasferiti nel Codice del Consumo²⁷².

In particolare, l'articolo che rileva ai fini del presente lavoro è l'art. 33 di questo Codice, il cui testo è il seguente:

Art. 33.

(Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore)

1. Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: (...)

b) escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; (...)

h) consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa; (...)

m) consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto

²⁷² Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, "Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229", pubblicato nella G.U. n. 235 dell'8 ottobre 2005, Supplemento Ordinario n. 162.

o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso; (...)

3. Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato il professionista può, in deroga alle lettere h) e m) del comma 2:

a) recedere, qualora vi sia un giustificato motivo, senza preavviso, dandone immediata comunicazione al consumatore;

b) modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto.

4. Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari il professionista può modificare, senza preavviso, sempreché vi sia un giustificato motivo in deroga alle lettere n) e o) del comma 2, il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, dandone immediata comunicazione al consumatore che ha diritto di recedere dal contratto.

La clausola contenente lo *ius variandi*, se inserita in un contratto con un consumatore e in mancanza di un giustificato motivo, rientra dunque tra quelle che si presumono vessatorie fino a prova contraria *ex art. 33, comma 2, del d.lgs. 206/2005*. Questa norma appare anche meno severa rispetto all'art. 118 T.U.B.²⁷³ almeno con riguardo a due aspetti:

- 1) l'art. 118 riguarda tutti i clienti, mentre l'art. 33 solamente i consumatori;
- 2) l'art. 118 richiede la specifica approvazione, da parte del cliente, della clausola, mentre la clausola di *ius variandi* contemplata dell'art. 33, in particolare nei commi 3 e 4, opera automaticamente.²⁷⁴

²⁷³ SILVETTI, *op.cit.*, p. 440, OLIVIERI, *op.cit.*, p. 158.

²⁷⁴ PAGLIANTINI, *op.cit.*, p. 194.

Con riguardo a questo secondo punto, è stato evidenziato, ancora in sede di introduzione degli artt. 1469-bis e seguenti nel codice civile, come il legislatore abbia commesso l'errore di "*tradurre in regime legale del contratto il proposito legislativo di rendere ammissibile una eventuale pattuizione*"²⁷⁵. È necessario allora procedere ad un'interpretazione correttiva della norma, muovendo da due considerazioni:

1) la norma non può discostarsi dalla direttiva che è tenuta a recepire: quindi, non si può ritenere che l'art. 33 abbia introdotto uno *ius variandi* legale;

2) l'interpretazione letterale della suddetta norma condurrebbe a ritenere i consumatori sottoposti ad una disciplina più rigorosa rispetto ai soggetti diversi: infatti, i clienti diversi dai consumatori sarebbero sottoposti all'art. 118 (*ius variandi* come pattuizione contrattuale), mentre i consumatori all'art. 33 (*ius variandi* legale); questo è quantomeno assurdo, considerando la tutela dei consumatori che il legislatore persegue.²⁷⁶

Inoltre si può rilevare una sovrapposizione tra gli ambiti di applicazione di queste norme e qualcuno, per risolvere la situazione, ha ipotizzato che la formula "*contratto (che) ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari*" potesse riguardare solamente i contratti stipulati da operatori finanziari diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari; questa ipotesi risulta tuttavia priva di fondamento normativo.²⁷⁷

La diversità delle discipline "*esprime non già una contrapposizione, sibbene un rapporto di generalità-specialità*"²⁷⁸. Infatti è stato affermato che, per quanto riguarda la disciplina dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, l'art. 118 è una norma speciale rispetto a quella contenuta nell'art. 33, commi 3 e 4.²⁷⁹ In realtà, questa interpretazione non è univoca, infatti c'è chi ha prospettato una "*doppia*

²⁷⁵ BUSSOLETTI, *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2005, p. 17; SANTONI, *op.cit.*, p. 251.

²⁷⁶ BUSSOLETTI, *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari*, *op.cit.*, pp. 18-19.

²⁷⁷ BUSSOLETTI, *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari*, *op.cit.*, p. 14.

²⁷⁸ BUSSOLETTI, *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari*, *op.cit.*, p. 15.

²⁷⁹ OLIVIERI, p. 159.

specialità" delle norme: l'art. 118 riguarda i contratti stipulati con qualunque tipo di cliente, ma aventi ad oggetto solo i contratti bancari e finanziari, mentre l'art. 33 si occupa di tutti i tipi di contratto, ma stipulati solo con i consumatori.²⁸⁰ Graficamente la situazione potrebbe essere rappresentata così:



Figura 3 - Ambiti di applicazione dell'art. 33 e dell'art. 118

A causa della solo parziale sovrapposizione delle due norme, non è possibile considerare abrogata implicitamente la prima, dato che la legge posteriore non regola esattamente la stessa materia. Occorre allora definire quale sia la norma che regola i contratti tra consumatori e imprese (rappresentati nell'intersezione); Bussoletti ritiene che la disciplina contenuta nell'art. 33, riguardante i contratti con i consumatori, sia una norma speciale e, quindi, prevalente rispetto alla norma generale sui contratti bancari. L'Autore considera inoltre che, essendo l'art. 33 di derivazione comunitaria, questo prevale anche in forza del "*principio di necessaria prevalenza del diritto comunitario*".²⁸¹ Dato che non è chiaro quale delle due disposizioni prevalga, una possibile soluzione può consistere nel cumulo delle due normative a favore del consumatore, concludendo che:

il fatto che sia stata ribadita l'ammissibilità di una pattuizione sul ius variandi non impone di considerare tacitamente abrogata la previsione dell'approvazione specifica della clausola che è contenuta nella disciplina della trasparenza.

²⁸⁰ BUSSOLETTI, *La disciplina del ius variandi nei contratti finanziari*, op.cit., p. 15.

²⁸¹ BUSSOLETTI, *La disciplina del ius variandi nei contratti finanziari*, op.cit., p. 16. Allo stesso modo SIRENA, *Il ius variandi della banca*, op.cit., p. 274.

Anche se si concludesse considerando l'art. 118 come norma speciale, e quindi prevalente, rispetto a quella generale contenuta nell'art. 33, quest'ultima norma non rimarrebbe priva di valenza precettiva in quanto l'art. 126-sexies del T.U.B., al comma 5, lo richiama prevedendone l'applicazione, in quanto compatibile, nell'ambito dei servizi di pagamento.

Articolo 126-sexies

(Modifica unilaterale delle condizioni)

1. Ogni modifica del contratto quadro o delle condizioni e informazioni a esso relative fornite all'utilizzatore ai sensi dell'articolo 126-quater, comma 1, lettera a), è proposta dal prestatore dei servizi di pagamento secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia, con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data di applicazione prevista.

2. Il contratto quadro può prevedere che la modifica delle condizioni contrattuali si ritiene accettata dall'utilizzatore a meno che questi non comunichi al prestatore dei servizi di pagamento, prima della data prevista per l'applicazione della modifica, che non intende accettarla. In questo caso, la comunicazione di cui al comma 1, contenente la proposta di modifica, specifica che in assenza di espresso rifiuto la proposta si intende accettata e che l'utilizzatore ha diritto di recedere senza spese prima della data prevista per l'applicazione della modifica.

3. Le modifiche dei tassi di interesse o di cambio possono essere applicate con effetto immediato e senza preavviso; tuttavia, se sono sfavorevoli per l'utilizzatore, è necessario che ciò sia previsto nel contratto quadro e che la modifica sia la conseguenza della variazione dei tassi di interesse o di cambio di riferimento convenuti nel contratto. L'utilizzatore è informato della modifica dei tassi di interesse nei casi e secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia.

4. Le modifiche dei tassi di interesse o di cambio utilizzati nelle operazioni di pagamento sono applicate e calcolate in una forma neutra tale da non creare discriminazioni tra utilizzatori, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia.

5. Restano ferme, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 33, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

Questa norma è ancora più "permissiva" rispetto all'art. 118, in quanto non solo non richiede un giustificato motivo, ma nemmeno la preventiva comunicazione al cliente.

Tuttavia, dato che l'art. 33 prevale sulle disposizioni della PSD (da cui è stato introdotto l'art. 126-sexies) per la specialità connessa alla definizione del cliente consumatore, non è possibile, nemmeno in questo caso, prescindere dalla necessità di un giustificato motivo.²⁸²

Inoltre si rileva che al comma 2, quando si dice che il contratto quadro "può prevedere (...)", va inteso nel senso che, almeno quando è stipulato con i consumatori, il contratto quadro "deve" prevedere che la modifica delle condizioni contrattuali si ritiene accettata dall'utilizzatore a meno che questi non comunichi al prestatore dei servizi di pagamento, prima della data prevista per l'applicazione della modifica, che non intende accettarla.²⁸³

²⁸² CENTINI, *La disciplina delle modifiche unilaterali*, op.cit., pp. 400-401, ritiene applicabile il requisito del giustificato motivo in virtù dell'espresso richiamo, al comma 5 dell'art. 126-sexies, dell'art. 33, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e scrive che "*nel nostro ordinamento non pare possibile evitare l'applicazione delle regole del Codice del Consumo – compreso il presupposto del giustificato motivo – per le variazioni delle condizioni dei contratti relativi ai servizi di pagamento conclusi con i consumatori*".

²⁸³ PAGLIANTINI, op.cit., p. 197.

Di fronte a questa normativa frammentata, frutto anche del recepimento di direttive comunitarie di carattere settoriale, sembra affidato alla disciplina secondaria il compito di coordinare in modo adeguato e sistematico le diverse discipline.²⁸⁴

Sempre a proposito della difficoltà di coordinamento,²⁸⁵ questa potrebbe trovare una causa proprio nel fatto che le suddette disposizioni sono di derivazione comunitaria e il dover trasporre il diritto comunitario nel nostro ordinamento:

*determina una proliferazione d'interventi normativi, tali da rendere disagevole il raccordo ex post, in via di interpretazione, e incerta l'individuazione della norma applicabile, ossia della regola del caso.*²⁸⁶

²⁸⁴ QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, II, p. 98.

²⁸⁵ Problemi di coordinamento in materia di *ius variandi* erano stati riscontrati anche da NIVARRA, *op.cit.*, p. 467.

²⁸⁶ GAGGERO, *op.cit.*, p. 396.

3.4. IL GIUSTIFICATO MOTIVO

Il giustificato motivo riveste un ruolo centrale nell'ambito dell'istituto in esame, in quanto il legislatore condiziona ad esso l'esercizio dello *ius variandi* al fine di garantirne un utilizzo coerente alle finalità che ne hanno motivato l'introduzione.²⁸⁷ Tuttavia, pur costituendone un elemento essenziale, il giustificato motivo è stato ed è tuttora oggetto di ampio dibattito in quanto esso costituisce un concetto elastico e, quindi, di difficile definizione. A questo proposito, commentando l'introduzione del giustificato motivo, il quale ha sostituito la buona fede come strumento di controllo dell'esercizio dello *ius variandi*, qualcuno ha espresso l'opinione secondo cui:

*giustificato motivo e buona fede non differiscono in nulla se non nella veste linguistica e soffrono entrambi dello stesso grado di indeterminatezza contenutistica.*²⁸⁸

Verranno di seguito presentate le diverse opinioni dottrinali che si sono susseguite e gli orientamenti dell'ABF in materia.

3.4.1. DEFINIZIONE

Il giustificato motivo, secondo Sirena, va definito avendo riguardo alla ragione sottostante la previsione dello *ius variandi*, la quale consiste nel conservare, durante il rapporto contrattuale, l'equilibrio tra le prestazioni dedotte nel contratto, che potrebbe essere compromesso a causa di oscillazioni del loro valore di mercato. L'obiettivo è, dunque, quello di mantenere l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni, ma non quello di garantire un margine di profitto alla banca.

Dello stesso parere è Morera, il quale identifica il giustificato motivo con qualsiasi evento che sia "*potenzialmente idoneo a modificare l'originario sinallagma contrattuale*"²⁸⁹.

²⁸⁷ OLIVIERI, *op.cit.*, p. 161.

²⁸⁸ NIVARRA, *op.cit.*, p. 469.

Analogamente Cian ritiene che il giustificato motivo sussista quando lo *ius variandi* sia "oggettivamente finalizzato a mantenere fermo il nesso di corrispettività delle prestazioni"; allora esso deve identificarsi con un evento futuro e incerto, indipendente dalla volontà della banca e che comporti un peggioramento della sua posizione contrattuale.²⁹⁰ Quindi non sarebbe ammissibile, ad esempio, che la banca "gravasse il consumatore dei costi ulteriori dipendenti dalle sue strategie imprenditoriali e di mercato".²⁹¹

Secondo Ferro-Luzzi, il giustificato motivo deve essere rappresentato da eventi estranei alle parti di un determinato contratto e che devono essere tali da incidere su di un complesso di rapporti giuridici; in questo modo il motivo consiste nel fatto che questi eventi rendono "economicamente non sopportabile (per la banca) il peso, negativo, degli stessi se reiterati per un numero indefinito di rapporti"²⁹². Allora non rientrerebbero nella definizione di giustificato motivo quelle circostanze riguardanti il singolo cliente, come ad esempio un aggravamento del rischio a causa di una sua sopravvenuta difficoltà economica.

In senso contrario a quest'ultima ricostruzione si è espresso il Ministero dello Sviluppo Economico nella circolare del 21 febbraio 2007, n. prot. 5574, dove questi dichiara che il requisito del giustificato motivo deve essere inteso "nel senso di ricomprendere gli eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario". Secondo questa impostazione, rientrano nel giustificato motivo sia le motivazioni afferenti alla sfera del cliente (ad esempio, un peggioramento delle sue condizioni di rischio²⁹³) che le

²⁸⁹ MORERA, *Contratti bancari, op.cit.*, p. 168; MORERA, *Commento*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, Milano, 2010, p. 990.

²⁹⁰ Della stessa opinione SCARANO, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile dei contratti dei consumatori*, a cura di BIANCA-BUSNELLI, Padova, 1999, p. 511.

²⁹¹ CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile: sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 423.

²⁹² FERRO-LUZZI, *Modifica allo jus variandi nei contratti bancari, op.cit.*, p. 490.

²⁹³ Secondo un Autore, l'aggravamento della posizione di rischio del cliente comporterebbe quasi obbligatoriamente l'esercizio dello *ius variandi* da parte della banca perché altrimenti tale maggior rischio graverebbe solo sulla banca e ciò sarebbe "incompatibile con il regime di rischio vigilato nel quale la banca stessa si trova ad operare" (NIVARRA, *op.cit.*, p. 472).

ragioni consistenti nella variazione di condizioni economiche generali (come l'aumento dei tassi di interesse o dei prezzi dei servizi intermedi utilizzati dalle banche).

Della stessa opinione è Bussoletti, il quale definisce il giustificato motivo come una sorta di allargamento del concetto di giusta causa, al fine di ricomprendere anche motivazioni esterne al rapporto considerato e cause non solo legate ad eventi esterni, ma anche a vicende interne alla banca.²⁹⁴

In proposito, appare opportuno evidenziare anche la necessità di una correlazione tra portata del giustificato motivo e modifica; in particolare, se il giustificato motivo attiene alla sfera del singolo cliente, allora vi potrà essere una modifica *ad personam*; se, invece, la motivazione attiene a condizioni economiche generali, questa potrà giustificare una variazione generalizzata.²⁹⁵ Per quanto riguarda l'ipotesi di un aggravamento del grado di affidabilità del cliente, appare scontato che ciò costituisca giustificato motivo per modificare le condizioni contrattuali; infatti, una situazione analoga è contemplata anche in altre disposizioni normative²⁹⁶:

- l'art. 1844 c.c., comma 2, in tema di diminuzione della garanzia in un contratto di apertura di credito, dispone che "*se la garanzia diviene insufficiente, la banca può chiedere un supplemento di garanzia o la sostituzione del garante. Se l'accreditato non ottempera alla richiesta, la banca può ridurre il credito proporzionalmente al diminuito valore della garanzia o recedere dal contratto*";
- l'art. 1186 c.c., riguardante la decadenza dal termine per l'adempimento di un'obbligazione, secondo il quale: "*quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse*".

²⁹⁴ BUSSOLETTI, *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari*, op.cit., p. 21.

²⁹⁵ DOLMETTA, *Jus variandi bancario*, op.cit., pp. 13-14; in questo senso si esprime anche il Collegio di Milano nella decisione dell'ABF n. 249 del 2010.

²⁹⁶ DOLMETTA, *Jus variandi bancario*, op.cit., p. 15.

Entrambe queste norme attribuiscono alla banca il potere di "*incidere su un elemento cardine dell'operazione*" e, dunque, si può dedurre che, nel caso di esercizio di uno *ius variandi* giustificato dal peggioramento delle condizioni di rischio, la banca possa "*incidere su delle condizioni basiche dell'operazione così come concretamente congegnata ne suoi termini iniziali*".²⁹⁷

Sono invece pacificamente escluse dalla definizione di giustificato motivo le scelte di politica industriale o commerciale della banca, in quanto non è ammissibile che l'intermediario utilizzi lo *ius variandi* per mantenere invariato il proprio margine di profitto o, ancor peggio, far ricadere sui clienti i costi derivanti da un'inefficiente gestione.²⁹⁸

3.4.2. QUALI MOTIVAZIONI NELLA PRATICA?

Periodicamente l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) effettua delle indagini conoscitive circa l'applicazione concreta dell'istituto dello *ius variandi* da parte delle banche.

Nel maggio 2006 l'AGCM, nell'ambito della sua attività di segnalazione e consultiva, ha presentato i primi risultati dell'*Indagine conoscitiva riguardante i prezzi alla clientela dei clienti bancari* avviata il 18 gennaio 2006 e riguardante il biennio precedente. Occorre considerare che, nel periodo considerato, la norma di riferimento era il testo originario dell'art. 118 T.U.B.. Da quest'indagine risultava che quasi la totalità delle banche italiane ricorreva ampiamente all'istituto dello *ius variandi*, superando anche le venti comunicazioni di variazione nel biennio. Per quanto riguarda le modalità di comunicazione, le banche, oltre a non indicare alcuna motivazione (di regola), ricorrevano quasi esclusivamente alla comunicazione impersonale tramite la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Con riferimento al comportamento dei correntisti, si evidenziava come il numero di clienti che si era avvalso del diritto di recesso era stato assolutamente marginale. Nonostante i comportamenti delle banche fossero in effetti

²⁹⁷ DOLMETTA, *Jus variandi bancario*, op.cit., p. 16.

²⁹⁸ OLIVIERI, op.cit., p. 166; PAGLIANTINI, op.cit., p. 192.

allineati con la normativa, sia primaria (art. 118) e secondaria (delibera CICR del 4 marzo 2003), di riferimento, l'AGCM evidenziava gli "effetti anticoncorrenziali" conseguenti ai suddetti comportamenti. Infatti al cliente non risultava possibile confrontare le caratteristiche e i costi dei servizi bancari offerti dalle diverse banche e, dunque, risultava ostacolata la sua mobilità da un ente creditizio ad un altro.²⁹⁹

Successivamente, l'AGCM ha compiuto un'altra indagine di cui ha dato conto nel Provvedimento n. 17046 del 10 luglio 2007. Rispetto alla precedente, questa indagine aveva come riferimento la norma come modificata dal decreto legge n. 223/2006, il quale aveva introdotto la grande novità del giustificato motivo. Da questa analisi emergeva che solo la metà delle banche interpellate aveva indicato, nella comunicazione al cliente, la motivazione della modifica. Tra queste motivazioni, quelle più utilizzate dalle banche erano: la variazione dei tassi d'interesse riconducibili a cambiamenti di politica monetarie; le mutate condizioni di mercato, non meglio specificate; l'aumento delle tariffe di terzi, come ad esempio l'aumento delle tariffe di Poste Italiane per la corrispondenza; l'aumento delle spese di gestione, manutenzione e cambiamenti organizzativi interni.³⁰⁰

Di recente, il 7 maggio del 2012, è stata anche avviata dall'ABI un'"indagine sulle prassi applicative dell'art. 118 T.U.B."³⁰¹, a seguito della richiesta, formulata dalla Banca d'Italia, di raccogliere informazioni circa le motivazioni concretamente addotte dagli intermediari nell'esercizio dello *ius variandi*.

Si passerà ora all'esame degli orientamenti espressi dall'Arbitro Bancario Finanziario riguardo al giustificato motivo.

In qualche caso posto all'attenzione dell'ABF, questi ha ritenuto la modifica legittima in quanto supportata da un giustificato motivo idoneo.

²⁹⁹ AGCM, Bollettino n. 19 del 29 maggio 2006, pp. 113-118.

³⁰⁰ OLIVIERI, *op.cit.*, pp. 164-165.

³⁰¹ ABI, Circolare del 7 maggio 2012, n. 1077.

Il Collegio di Milano ha ritenuto pacifico che il **peggioramento delle condizioni patrimoniali** del finanziato costituisca giustificato motivo per l'esercizio dello *ius variandi*, nonostante la presenza di una **garanzia**. Questo perché la garanzia non influisce sulla capacità del finanziato di rimborsare il debito, ossia sul rischio di credito, ed è in base a questo che viene fissato il tasso di interesse (Dec. n. 1099, 2011).

In un altro caso, sempre il Collegio di Milano, ha ritenuto che *"l'indicazione della variazione dei tassi di mercato e, segnatamente, dell'Euribor a tre mesi, come giustificato motivo dell'esercizio dello ius variandi da parte dell'intermediario è sicuramente indicazione sintetica, ma non tale da non consentire al cliente, con un minimo sforzo di approfondimento, di valutare la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base"* (Dec. n. 177, 2010).

Un altro motivo considerato idoneo dal Collegio di Milano è *"la perdita della qualità di dipendente"* la quale integra nella specie *"una rilevante modificazione nelle condizioni soggettive del cliente"* (Dec. n. 1583, 2010).

Un altro ricorso è stato particolarmente interessante in quanto la banca aveva proposto ben quattro modifiche nell'arco di pochi mesi e il Collegio di Milano, anche se ha rilevato che ciò rappresenta *"un eccesso rispetto a un regolare fisiologico svolgimento del rapporto contrattuale"*, tuttavia ha ritenuto che *"non si può giungere ad affermare che tale condotta integri gli estremi di un abuso del diritto da parte dell'intermediario"*. Con riguardo poi alla motivazione addotta dall'intermediario, il Collegio ha evidenziato che *"l'indicazione dell'«andamento del mercato» come giustificato motivo dell'esercizio dello ius variandi da parte dell'intermediario è sicuramente indicazione molto sintetica, ma non tale da non consentire al cliente, con un minimo sforzo di approfondimento, di valutare la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base"* (Dec. n. 98, 2010).

In un ulteriore ricorso, presentato al Collegio di Napoli, questi non ha ritenuto legittima la modifica unilaterale riguardante le spese per il sollecito poiché nel contratto di mutuo in oggetto era previsto l'esercizio dello *ius variandi* solo per le spese connesse

con la restrizione e la cancellazione dell'ipoteca; **mancava** dunque **l'approvazione** della clausola legittimante questa variazione (Dec. n. 83, 2010).

Sempre riguardo all'approvazione specifica, in un caso posto all'attenzione del Collegio di Milano, il ricorrente contestava la legittimità della variazione del tasso d'interesse in quanto "*clausola non specificamente sottoscritta dal mutuatario*"; il Collegio, richiamando alcune sentenze della Corte di Cassazione (Cass., 21 settembre 2004, n. 18917; Cass., 21 gennaio 2000, n. 675; Cass., 23 aprile 1998, n. 4188), ha affermato che le "*clausole inserite in un contratto stipulato per atto pubblico o in forma pubblica amministrativa ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi come predisposte dal contraente medesimo, ai sensi dell'articolo 1341 del c.c., e, pertanto, pur se vessatorie non richiedono approvazione specifica per iscritto, in quanto la particolare forma contrattuale rivestita per l'accordo esclude la necessità di una approvazione siffatta*" (Dec. n. 2368, 2011).

Per il Collegio di Milano, talvolta è stata decisiva la **mancanza**, nella comunicazione al cliente, **del giustificato motivo**, con conseguente inefficacia della comunicazione e, quindi, della modifica (Dec. n. 334, 2010 e n. 772, 2011); un'altra volta la motivazione ("*i riflessi della crisi dei mercati finanziari [che] hanno portato i parametri di riferimento che regolano la gran parte dei mutui (Euribor e tasso BCE) su valori eccezionalmente bassi ed effettivamente mai visti in precedenza*"; "*il costo della provvista a medio termine, ovvero gli interessi pagati ai risparmiatori sulle obbligazioni bancarie non ha recepito specularmente tali riduzioni*"; "*la necessità di preservare la sopportabilità del rischio di credito*") era menzionata, ma era "**troppo generica per consentire di controllare la legittimità della modifica sotto il profilo della coerenza alla sua funzione**" (Dec. n. 1705, 2011). Alla stessa conclusione è giunto il medesimo Collegio in un altro caso in cui la motivazione era la seguente: "*l'aumento dei prezzi riscontrato nel periodo di riferimento Aprile 2007 – Aprile 2010, riflessosi anche nell'aumento dell'indice annuale ISTAT, comporta anche per la Banca una revisione delle condizioni applicate alla prestazione dei propri servizi bancari, proporzionale all'aumento rilevato dall'indice ISTAT*" (Dec. n. 708, 2012). In occasione di un ulteriore ricorso, il Collegio di Milano ha precisato che "*il giustificato*

motivo che deve accompagnare la proposta di modifica unilaterale non può coincidere con la ripetizione del contenuto della modifica stessa, dato che motivare significa fornire una giustificazione esterna all'atto che si motiva" e che "una giustificazione che si limiti ad indicare l'opportunità di approfittare di una fase del diritto intertemporale non può assurgere ad una giustificazione razionale della modifica contrattuale che si propone di introdurre" (Dec. n. 777, 2012).

Un'altra motivazione, ritenuta troppo generica dal medesimo Collegio, è la seguente: *"al fine di coprire i costi sostenuti per adempiere agli obblighi informativi introdotti da recenti disposizioni normative" (Dec. n. 786, 2010).*

Anche il motivo attinente al *"peggioramento del contesto economico globale avvenuto negli ultimi mesi nonché della forte riduzione della forbice dei tassi, a seguito di una riduzione del costo della raccolta non proporzionale a quanto avvenuto per i prestiti concessi, che ha determinato la perdita di sostenibilità economica della operazione di finanziamento"* non fornisce elementi informativi specifici e risulta, dunque, troppo generica (Dec. n. 798, 2010).

Anche il Collegio di Napoli ha rilevato come *"la stessa struttura del «giustificato motivo» nel caso di specie adottato per la modifica unilaterale del tasso dell'interesse (individuato nel «progressivo deterioramento della qualità del credito delle famiglie» per effetto del «trasferimento delle tensioni del mercato finanziario»), si riveli caratterizzato da evidente genericità (e, forse, tautologia) nella misura in cui, pur potendo riferirsi (in linea di principio) anche al ricorrente, inerisce a variazioni di carattere congiunturale, senza alcun rinvio specifico ai nessi tra queste e l'affidabilità del sovvenuto" (Dec. n. 2010, 2011).*

Vi sono poi altri casi in cui il Collegio di Milano ha ritenuto il giustificato motivo adottato dalla banca **non idoneo**.

- La banca aveva motivato la variazione in virtù *"dell'esigenza di offrire alla clientela una struttura di prezzo semplificata e in ragione del mutato contesto di mercato"*; tale giustificazione è stata ritenuta *"fuorviante e comunque del tutto inadeguata"*

permettere al Cliente di valutarne la congruità rispetto alla motivazione che ne è alla base" (Dec. n. 191, 2011).

- *"Le indicazioni motivate dedotte, nella comunicazione al cliente, dall'intermediario a giustificazione dell'aumento risultano incongrue per la mancanza di ogni specifico riferimento alla rischiosità specifica del rapporto Banca/cliente"* (Dec. n. 568, 2010).

- La giustificazione consistente nel *"recupero percentuale tasso di inflazione 2006/2007"* è stata ritenuta *"per nulla pertinente rispetto all'introduzione di una nuova voce di spesa a titolo di "Spesa liquidazione Interessi debitori/Penale passaggio a debito c/c non affidato" e, dunque, assolutamente inidonea a permettere al cliente di valutarne la congruità rispetto alla motivazione che ne è alla base"* (Dec. n. 786, 2010).

In alcuni casi il giustificato motivo troppo generico era accompagnato da una **modifica eccessiva**.

- In un caso l'intermediario ha giustificato le modifiche unilaterali sulla base *"dell'incremento del rischio creditizio correlato al deteriorarsi dello scenario macroeconomico"*, senza fornire alcun ulteriore elemento informativo specifico. Il Collegio di Milano ha ritenuto che *"così descritte, si tratta di ragioni che, pur afferendo in linea di principio alla sfera del cliente (incremento del rischio di credito), risultano in realtà indipendenti da una riconsiderazione dello specifico grado di affidabilità del medesimo e connesse, piuttosto, a variazioni di carattere congiunturale"* (Dec. n. 249, 2010). Sembra qui ripresa la tesi di Dolmetta che ritiene necessaria una correlazione tra portata del giustificato motivo e modifica.

- In un altro caso, la motivazione indicata dalla banca era la seguente: *"a seguito della modifica del quadro andamentale del rapporto creditizio"*. Il Collegio di Roma ha affermato che *"si tratta di una motivazione eccessivamente generica e anodina, del tutto priva di quei requisiti di determinatezza e verificabilità impliciti nella previsione normativa (...). Il che è tanto più rilevante ove si consideri l'entità della modifica introdotta, la quale ha comportato un sensibile incremento del costo del credito accordato al ricorrente"* (Dec. n. 1837, 2011).

- Un'altra volta, la banca si è limitata ad indicare genericamente come motivazione *"il mutato contesto di mercato che si riflette sulle spese di gestione delle operazioni e dei servizi"*. Questa non è stata ritenuta dal Collegio di Roma *"sufficiente a giustificare il repentino ed abnorme incremento della misura della commissione di affidamento portata, nell'arco di soli tre mesi, dallo 0,047 al 2% e, in termini monetari, da 145 ad oltre 6.000 euro"* (Dec. n. 896, 2010).

- Analogamente si è espresso nuovamente il Collegio di Roma rilevando che *"la banca si è limitata infatti ad indicare genericamente in entrambi i casi (...) il mutato contesto di mercato che si riflette sulle spese di gestione delle operazioni e dei servizi; il che, come è già stato di recente puntualizzato da questo Collegio (Dec. n. 896 del 2010), non sembra sufficiente a giustificare né l'introduzione della clausola dalla quale traggono origine gli addebiti in contestazione; né, tanto meno il repentino ed abnorme incremento della misura della commissione di affidamento portata, nell'arco di soli tre mesi, dallo 0,037% al 2% e, in termini monetari, da 140 ad oltre 6.000 euro"* (Dec. n. 980, 2010).

Altre modifiche unilaterali non legittime sono quelle riguardanti un tasso già variabile e, quindi, i casi in cui le parti avevano, al momento della stipulazione del contratto, convenuto una certa modalità di **distribuzione del rischio contrattuale** e in cui, se si consentisse alla banca di variare tale tasso a proprio piacimento, si finirebbe con il consentirle di alterare unilateralmente e arbitrariamente tale distribuzione, sottraendosi completamente al rischio, accettato all'atto della stipula, della riduzione del tasso.

In un ricorso presentato al Collegio di Milano, riguardante un contratto di leasing, questo ha ritenuto che, secondo quanto stabilito dalle condizioni generali del contratto, *"una clausola inserita nel contratto, che preveda l'indicizzazione degli interessi in base a parametri prestabiliti (nella specie Euribor), la cui determinazione è sottratta alla volontà delle parti, può determinare variazioni del tasso di interesse legittime perché non comportano una modifica delle condizioni del contratto ai sensi dell'art. 118 T.U.B., ma non consente all'Intermediario di apportare unilateralmente una ulteriore modifica degli interessi a carico dell'utilizzatore"* (Dec. n. 276, 2010).

Altri due casi riguardano invece il contratto di mutuo e, in particolare, la proposta di variazione dello *spread*, ovvero della componente fissa del tasso variabile previsto nel contratto:

- un ricorso, presentato al Collegio di Milano, in cui tale Collegio, oltre a escludere "*fermamente che l'intermediario possa procedere alla variazione dello spread relativo al tasso di interesse di un mutuo avvalendosi della menzionata disciplina dello ius variandi*", approfitta dell'occasione per precisare che "*se, da un lato, può seriamente dubitarsi che il contratto di mutuo rientri tra i contratti «di durata» cui fa riferimento l'art. 118 del T.U.B., è, dall'altro lato, innegabile che se si ammettesse la possibilità di esercitare lo ius variandi in capo alla banca, la facoltà di recesso che spetterebbe al mutuatario risulterebbe totalmente priva di qualsiasi concreta praticabilità, posto che quest'ultimo, se decidesse di non accettare le nuove condizioni proposte dal mutuante, dovrebbe inevitabilmente procedere all'immediata restituzione (anticipata) del debito residuo*" (Dec. n. 388, 2010);

- un altro caso, posto all'attenzione del Collegio di Napoli, nel quale ha viene anche rilevato che "*l'intermediario non si è limitato a far valere il ius variandi, ma lo ha esercitato in maniera del tutto avulsa da qualsiasi criterio di ragionevolezza - emblematica è la circostanza che la proposta implicasse un incremento della misura dello spread del 625% - e (come lasciano intendere le controdeduzioni) con il solo obiettivo di riallineare il tasso di interesse a quello iniziale dell'operazione, così di fatto snaturando il criterio di distribuzione del rischio contrattuale*"; la contrarietà a buona fede nel caso concreto del comportamento dell'intermediario "*appare anche accentuata dalla considerazione che il contratto in parola metteva capo a un'operazione di finanziamento a lunghissimo termine, e che il rapporto era appena agli inizi - la durata residua del mutuo era ancora superiore a 13 anni - sicché l'aumento in misura abnorme dello spread avrebbe trascinato i suoi effetti anche in futuro*" (Dec. n. 122, 2010).

Vi è poi una serie di decisioni dell'ABF concernente ricorsi in merito alle modifiche proposte dalle banche in applicazione dell'art. 2-bis della legge n. 2/2009.³⁰² In particolare, i commi presi in esame sono il primo e il terzo, i quali vengono qui sotto riportati:

Art. 2-bis

Ulteriori disposizioni concernenti contratti bancari

1. Sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido. Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente, e sia specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento. L'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5 per cento, per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di

³⁰² Legge 28 gennaio 2009, n. 2, recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale", pubblicata in G.U. 28 gennaio 2009, n. 22.

remunerazione. Il Ministro dell'economia e delle finanze assicura, con propri provvedimenti, la vigilanza sull'osservanza delle prescrizioni del presente articolo. (...)

*3. I contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. **Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo** agli effetti dell'articolo 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni.*

Questi sono stati poi abrogati dall'art. 27, comma 4, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, il quale era intervenuto sul regime transitorio della legge n. 214/2011³⁰³, la quale aveva introdotto nel T.U.B. l'art. 117-bis riguardante la remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti. Tale disciplina è stata poi nuovamente regolata dalla legge 18 maggio 2012, n. 62, di conversione con modificazioni del decreto legge 24 marzo 2012, n. 29. Risulta evidente come tale normativa sia ancora in corso di evoluzione; prova ne è il fatto che la Banca d'Italia ha pubblicato nel maggio 2012 un documento di consultazione riguardante l'"*attuazione dell'articolo 117-bis del Testo unico bancario in materia di remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti*". Tuttavia ciò esula dall'oggetto del presente lavoro, in quanto le decisioni dell'ABF in materia sono antecedenti a questo nuovo assetto normativo.

Tale norma prevedeva espressamente al comma 3 che le banche adeguassero i contratti in corso di esecuzione alla nuova disciplina sulla commissione di massimo scoperto (di seguito: CMS) utilizzando, come giustificato motivo, proprio questo obbligo di adeguamento.

³⁰³ Legge 22 dicembre 2011, n. 214, recante conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, pubblicata in G.U. 27 dicembre 2011, n. 300, supplemento ordinario n. 276.

Dai ricorsi presentati all'ABF emergono in particolare tre diversi comportamenti:

1) la banca ha legittimamente sostituito la CMS con altre commissioni conformi alle disposizioni di cui al comma 1 dell'art. 2-bis;

2) la banca ha sostituito la CMS con altre commissioni non conformi alle disposizioni di cui al comma 1 dell'art. 2-bis, le quali sono dunque nulle;

3) la banca ha utilizzato il procedimento *ex art. 118* per introdurre una clausola, magari conforme alle disposizioni di cui al comma 1 dell'art. 2-bis, ma che non sostituiva un sistema commissionale già previsto, bensì lo inseriva *ex novo*. Talvolta il carattere di novità della clausola era evidente e desumibile dal tenore letterale della comunicazione effettuata dalla banca al cliente.

1) Con riguardo alla prima fattispecie, le decisioni sono diverse.

Il Collegio di Milano si è espresso in questo senso nei casi in cui la modifica è stata ritenuta legittima tanto nella sostanza "*in quanto allineata alle condizioni fissate dall'art. 2-bis*" (Dec. n. 47, 2012, concernente il «*corrispettivo sull'accordato*»), quanto per le modalità con le quali è stata introdotta, "*atteso che la modifica unilaterale del contratto ai fini dell'adeguamento alla nuova normativa è conforme al disposto del comma 3 dell'art. 2 bis del D.L. 29 novembre 2008, n.185, ove esplicitamente si prevede il ricorso all'istituto dello ius variandi di cui all'art. 118 TUB*" (Dec. n. 64, 2012, limitatamente a quanto concerne la «*spesa per il servizio di affidamento*»). In un altro ricorso, il Collegio ha evidenziato che "*emerge che tanto la CMS sino al 30 giugno 2009, quanto la CDF («commissione di disponibilità fondi») a partire da quella data sono state calcolate ed applicate dalla Resistente sulla scorta di criteri allineati al contenuto precettivo delle disposizioni che regolano la materia*" (Dec. n. 1097, 2011). Un ulteriore caso riguarda un corrispettivo sull'accordato, introdotto "*in sostituzione della commissione di massimo scoperto*", i cui "*criteri di calcolo (...) e le relative modalità di comunicazione al Cliente risultano conformi alle disposizioni di cui all'art. 2-bis*" (Dec. n. 883, 2011). In altre due occasioni, pur ritenendo legittima la modifica apportata dalla banca, il Collegio ha evidenziato una mancanza di correttezza e una violazione della buona fede.

- Nel primo caso, *"il Ricorrente in tutta evidenza non aveva ben compreso il meccanismo di funzionamento de CA (commissione dovuta per la messa a disposizione dei fondi, a prescindere dal loro effettivo utilizzo) e, pertanto, ha chiesto chiarimenti (...) Ad avviso del Collegio, ove tali chiarimenti fossero stati tempestivamente forniti, in ossequio ai doveri di diligenza e **correttezza** che, ai sensi delle disposizioni di cui agli articoli 1175 e 1375 cod. civ., gravano sull'intermediario nella gestione dei rapporti con la propria clientela, è ragionevole ritenere che la richiesta di estinzione dei rapporti sarebbe stata formulata dal Ricorrente immediatamente, anziché alla fine del mese di marzo 2010 (quando, peraltro, nessun formale riscontro al reclamo era ancora pervenuto)"* (Dec. n. 881, 2011)

- Nel secondo caso, la banca aveva effettuato due comunicazioni che di per sé risultavano legittime ma il cui effetto, *"ponendosi nella prospettiva del cliente (...), [è stato] confusivo"*. Il Collegio coglie l'occasione per precisare che *"non vi sono dubbi, del resto, che tutta la normativa di trasparenza sia improntata ad assicurare il soddisfacimento delle esigenze informative del cliente in un'ottica non solo formale bensì sostanziale, con il dichiarato obiettivo di far acquisire al cliente medesimo consapevolezza in ordine agli elementi essenziali del rapporto contrattuale e alle loro variazioni"*. Sulla base di queste considerazioni, il Collegio, *"pur escludendo che la comunicazione del 2 gennaio 2009 possa avere tolto efficacia alla proposta di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali del 16 dicembre 2008, la quale non essendo stata seguita da tempestivo recesso del cliente ha di conseguenza condotto all'applicazione delle nuove condizioni a far tempo dal 16 gennaio 2009, ritiene che il comportamento tenuto dall'intermediario abbia violato le regole di correttezza e **buona fede** poste a presidio dei rapporti con clientela"* (Dec. n. 775, 2011).

Al Collegio di Roma sono stati presentati un paio di casi che costituivano una modifica conforme; in proposito il Collegio ha rilevato che la banca si è avvalsa della procedura prevista dall'art. 2-bis per sostituire la CMS con una diversa commissione basata sull'ammontare del credito concesso al cliente (commissione di affidamento); questa nuova commissione *"è stata correttamente introdotta attraverso l'esercizio dello ius variandi previsto dalla norma sopra citata ed appare conforme, anche per quanto*

concerne l'ammontare (0,5% su base trimestrale) ai limiti posti dal legislatore" (Dec. n. 1432, 2011). Nell'altro caso (Dec. n. 786, 2011), pur avendo esercitato la modifica unilaterale in modo conforme, la banca ha tenuto due comportamenti che il Collegio ha dichiarato censurabili:

- la banca ha aumentato la commissione di disponibilità dei fondi (appena introdotta) dallo 0,125%, come comunicato nel documento di sintesi del 19 maggio 2009, all' 1%, come invece indicato nel documento di sintesi inviato al cliente in data 27 maggio 2009 senza (stavolta) seguire la procedura prevista dall'art. 118. Il Collegio ha ritenuto *"la variazione apportata dalla banca (...) inefficace ed inopponibile al cliente, il quale ha diritto di continuare a pagare in base al tasso d'interesse originariamente pattuito, pari allo 0,125%"*;

- la banca ha applicato anche una commissione per «indisponibilità fondi» e, visto che *"tale commissione viene corrisposta dal cliente titolare di un conto non affidato ed è applicata in misura proporzionale all'importo ed alla durata dello sconfinamento"*, questa viola l'art. 2-bis ed è, quindi, nulla.

2) Anche i casi in cui la modifica ha portato all'introduzione di una clausola difforme dal contenuto previsto dall'art. 2-bis sono numerosi; le banche, infatti, hanno spesso sostituito la CMS con commissioni le cui modalità di calcolo non erano conformi a quanto dettagliatamente previsto dal comma 1.

Il Collegio di Milano è stato interpellato più volte a riguardo (Dec. n. 172 e n. 393, 2010; Dec. n. 64, limitatamente alla «*spesa per utilizzo oltre fido o in assenza di fido*», e n. 708, per quanto riguarda l'«*indennità di sconfinamento*», 2012); appare interessante un'osservazione di tale Collegio secondo cui non *"può avere alcun rilievo la circostanza che, nel caso di specie, lo sconfinamento si sia protratto oltre il termine minimo dei trenta giorni previsti dalla legge, posto che il verificarsi in concreto del presupposto contemplato dalla norma come condizione di validità della clausola contrattuale non può certo attribuire ex post validità alla clausola che ne sia priva proprio in quanto non prende in considerazione il presupposto imposto dalla norma di legge"* (Dec. n. 1012, 2010).

In un altro caso il Collegio si è così espresso: "*la commissione in questione (...) la sua misura è palesemente superiore (1%) al limite previsto dalla legge (0,5%). Tanto vale ad impedire alla clausola di superare il vaglio di conformità previsto dall'art. 2-bis citato, il che ne implica la sua nullità*" (Dec. n. 433, 2010).

Il Collegio di Napoli ha affrontato questa situazione in un ricorso in cui il cliente lamentava la mancanza, in capo alla nuova «*commissione per scoperto conto*», dei requisiti di validità fissati dall'art. 2-bis e l'intermediario rispondeva rilevando che la modifica era stata effettuata secondo le regole dell'art. 118 in quanto espressamente richiamato dall'art. 2-bis; il Collegio si è espresso ritenendo "*evidente che la nuova clausola deve considerarsi nulla, per contrasto con norma imperativa, e che pertanto essa non possa essere applicata nel rapporto con il cliente, non potendosi opporre in contrario, come vorrebbe l'intermediario, la circostanza che essa fosse legittimamente introducibile in esercizio dell'ius variandi. Appunto perché il tema qui in discussione non è se la clausola potesse o meno essere introdotta unilateralmente con il meccanismo dell'art. 118 TUB, bensì solo se la clausola così introdotta sia rispettosa dei requisiti di validità richiesti dalla legge*" (Dec. n. 15, 2012).

In un altro ricorso, sempre presentato al Collegio di Napoli, questo ha evidenziato che "*anche ammettendo, come evidentemente ammette l'art. 2-bis, comma terzo, legge 2/2009, che l'intermediario può modificare unilateralmente la struttura della commissione di massimo scoperto, e quindi modificare le sue modalità di conteggio, resta pur sempre fermo che la nuova clausola, anche se legittimamente introducibile attraverso lo speciale meccanismo dell'art. 118 TUB, deve essere anch'essa rispettosa dei limiti posti all'autonomia negoziale dal primo comma dell'art. 2-bis, con la conseguenza che l'esercizio del potere unilaterale di variazione non può valere certamente a legittimare l'introduzione, nella disciplina del rapporto, di clausole che reiterino i profili di illiceità, come appunto quello del conteggio della commissione anche in presenza di sconfinamenti per un periodo inferiore ai trenta giorni, delineati dalla norma primaria*" (Dec. n. 2767, 2011).

3) Il terzo caso riguarda invece il caso in cui la banca, invece di sostituire una precedente struttura commissionale, ne ha introdotta una nuova.

In un caso presentato al Collegio di Milano, la banca aveva introdotto due condizioni economiche: una «*commissione di disponibilità fondi*», la quale "*appare sostitutiva dell'originaria CMS e, come tale, rientra nel meccanismo previsto e disciplinato dall'art. 118 TUB, nei termini previsti dall'art. 2-bis, comma 3°, del D.L. 185/2008*", e un «*tasso debitore in caso di utilizzo oltre il fido*», il quale "*non consiste in una «sostituzione» della CMS con una nuova analoga clausola contrattuale, ma in una variazione del tasso di interesse applicato agli utilizzi oltre il fido, che, come tale, non può dirsi rientrare nella fattispecie di cui all'art. 2-bis, comma 3°, del D.L. 185/2008 (per effetto della quale la novità normativa era da considerare «giustificato motivo» per le variazioni che riguardassero le CMS, comunque denominate)*". In questo secondo caso, il Collegio ritiene che debba applicarsi ordinariamente l'art. 118 e, dunque, occorre verificare la sussistenza di un giustificato motivo; a tal proposito evidenzia come "*da un lato, il rinvio a «l'entrata in vigore della legge n. 2 del 28 gennaio 2009» non possa, per le ragioni già esposte, assumere alcuna reale valenza nel caso di specie e che, dall'altro lato, il richiamo a «gli effetti prodotti dall'attuale crisi economica e finanziaria» come giustificato motivo dell'esercizio dello ius variandi da parte dell'intermediario è indicazione estremamente sintetica e generica e, dunque, tale da non consentire al cliente, neppure con un certo sforzo di approfondimento, di valutare la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base*" (Dec. n. 2419, 2011).

Il Collegio di Napoli si è espresso, in merito allo *ius variandi* in generale, ritenendo che "***il potere di modifica unilaterale del contratto riconosciuto all'intermediario dall'art. 118 TUB, in quanto eccezione alla regola generale della immutabilità del contratto senza il consenso di entrambe le parti, deve intendersi limitato alla possibilità di modificare clausole e condizioni - sia di carattere economico che di natura normativa - già esistenti, e non può spingersi sino al punto di introdurre clausole e condizioni del tutto nuove, tali da incidere in maniera sostanziale sull'equilibrio contrattuale, modificandone addirittura parzialmente la natura***" (Dec. n. 300, 2010).

Questa Decisione è stata richiamata più volte dallo stesso Collegio nei ricorsi riguardanti le modifiche apportate dalle banche per l'adeguamento alle disposizioni di cui all'art. 2-bis della l. 2/2009; infatti, in diversi casi, gli intermediari hanno approfittato dell'occasione per introdurre delle commissioni prima non previste, mentre il Collegio ha precisato che *"la disposizione in esame legittima esclusivamente le modifiche contrattuali intese a «salvare» una commissione sull'affidato già prevista, ma divenuta nulla per effetto del contrasto con i presupposti inderogabilmente richiesti dalla norma imperativa successiva"* (Dec. n. 1295, 2011). In un caso il Collegio ha evidenziato che, *"nel caso di specie, non vi è prova (...) che il rapporto inter partes già contemplasse una forma di remunerazione del semplice servizio di affidamento"* e, dunque, *"siffatta variazione del contratto non poteva in nessun caso essere introdotta con il meccanismo dell'art. 118 TUB, ma richiedeva invece un'espressa manifestazione di consenso del cliente"* (Dec. n. 650, 2011).

Lo stesso discorso vale per le decisioni n. 396, n. 397, n. 649, 2011.

Esulando invece dalle modifiche *ex art. 2-bis*, il medesimo Collegio ha, in un altro caso, ribadito i contenuti della decisione n. 300, evidenziando che *"deve ritenersi che la modifica operata dalla banca (per le «spese per anticipo contante») appare come tendente ad introdurre una clausola nuova, non essendo stato in alcun modo provata la preesistenza della disposizione"* (Dec. n. 399, 2011).

Il Collegio di Roma si è espresso nello stesso senso evidenziando in un caso che *"prima della introduzione del «corrispettivo per la messa a disposizione di fondi» il cliente non pagava alla banca una commissione di massimo scoperto né altra forma di remunerazione degli affidamenti diversa dal tasso d'interesse. In tale contesto, la introduzione di una clausola di remunerazione basata sull'ammontare del fido accordato, in quanto atta a modificare radicalmente l'equilibrio sinallagmatico del contratto in parola, deve ritenersi **nuova** e quindi non suscettibile di rientrare fra le ipotesi di modifica unilaterale del contratto previste dall'art. 118 T.U.B"* (Dec. n. 2165, 2011). In un altro ricorso, il Collegio ha rilevato che *"la banca ha addebitato al cliente i costi di una **nuova** commissione di affidamento (CAF) invocando lo ius variandi e la*

procedura previsti dall'art. 118 T.u.b. in mancanza dei presupposti previsti dalla legge" (Dec. n. 980, 2010).

Un'altra serie di decisioni del Collegio di Napoli riguarda sempre l'introduzione di nuove clausole, ritenuta illegittima, ma anche accompagnata da una comunicazione dell'intermediario il cui **tenore letterale** evidenzia il carattere di novità della commissione/clausola, come ad esempio:

- *"dal tenore letterale della modifica operata dalla banca appare che nella specie quest'ultima ha inteso introdurre una clausola nuova"* (Dec. n. 192, 2010);
- *"dall'esame della documentazione ed, in particolare, dal tenore della lettera della banca emerge con chiarezza che quest'ultima ha inteso rinunciare alla precedente clausola, introducendo un regime di commissioni del tutto nuove"* (Dec. n. 1390, 2011);
- *"dall'esame della documentazione ed, in particolare, già dal tenore letterale della modifica operata dalla banca (con la citata lettera del 22.5.2009, la cui ricezione è ammessa dalla stessa ricorrente) appare che nella specie quest'ultima ha inteso introdurre una clausola nuova"* (Dec. n. 1457, 2010);
- *"è stato lo stesso intermediario, nel presentare le modifiche al regime delle commissioni prima regolanti il rapporto, a parlare, nella lettera inviata ai sensi dell'art. 118 TUB, di «introduzione» della commissione sull'accordato, così evidentemente riconoscendo che in precedenza quella tipologia di servizio, rappresentata si ripete dalla semplice concessione della disponibilità, era stata erogata gratuitamente"* (Dec. n. 2768, 2011);
- *"è ammesso anche dall'intermediario che il rapporto inter partes non prevedeva alcuna forma di remunerazione del semplice servizio di affidamento (nella lettera del 25 maggio l'intermediario afferma, infatti, espressamente che, nel quadro della ridefinizione del regime delle commissioni e delle spese, viene anche «introdotta» la commissione sull'affidato: ed il verbo utilizzato, «introdurre», non può dare adito a dubbi in ordine al fatto che tale commissione*

è evidentemente nuova e diversa rispetto a quelle fino a quel momento applicate)" (Dec. n. 1151, 2011);

- *"il riferimento alla «nuova» forma di remunerazione segnala, in maniera inequivoca, come l'intermediario abbia inteso prevedere un corrispettivo per il servizio di mera messa a disposizione fino a quel momento non richiesto"* (Dec. n. 474, 2012).

In quest'ultima decisione, il caso riguardava una banca che aveva introdotto una «*commissione disponibilità somme*» la quale, in uno dei conti correnti del cliente, sarebbe stata "*applicata in misura pari allo 0% trimestrale*"; questa commissione è stata poi modificata dall'intermediario secondo le modalità previste dall'art. 118. In merito, il Collegio ha precisato che "*modificare la misura della commissione da 0% a 0,5% non significa evidentemente variare la misura di un corrispettivo ma piuttosto introdurre un corrispettivo che prima si era scelto (plausibilmente per ragioni di fidelizzazione del cliente) di non conteggiare*" e, quindi, non si tratta di una modifica ma dell'introduzione di una nuova commissione.

Analogamente, il Collegio di Roma, richiamando la decisione n. 300/2010 del Collegio di Napoli, ha rilevato che "*se è lo stesso proponente a riconoscere che la convenzione in atto si ispira, per la parte incisa dall'eventuale modificazione, al sistema di aut-aut, ciò implica che non sia al contempo sostenibile che trattasi di mera modificazione, e piuttosto debba trattarsi di introduzione di clausola nuova, sottratta perciò allo speciale sistema di formazione della volontà comune delle parti che è nell'art. 118 T.U.B.*" (Dec. n. 460, 2010).

Si può notare come emergano due diverse linee interpretative riguardo alle modifiche apportabili *ex art. 2-bis*.

Secondo una di queste, espressa dal Collegio di Milano nella decisione n. 393 del 2010, la disposizione dell'art. 2-bis, comma 3, costituirebbe una disposizione speciale e quindi, consentirebbe l'utilizzo della procedura *ex art. 118* per l'adeguamento dei contratti in corso, "*dove per «adeguamento», a parere di questo Collegio e in relazione allo specifico tema della riforma delle CMS, deve intendersi **non soltanto la modifica***

della clausola già esistente, bensì anche l'introduzione di una nuova disposizione che la sostituisca".

In senso opposto si è più volte espresso il Collegio di Napoli (decisioni nn. 192 e 300 del 2010; nn. 396, 397, 649, 650, 1151, 1295, 1390, 1457, 2419 del 2011; n. 474 del 2012) il quale, interpretando in modo più restrittivo la disposizione, ritiene che la banca possa avvalersi del procedimento di cui all'art. 118 per le modifiche unilaterali solamente per sostituire una forma di remunerazione già prevista ma divenuta nulla perché contraria alla norma imperativa di cui all'art. 2-bis e non, invece, per introdurre una nuova commissione. Vi è chi ritiene che questa impostazione sia più condivisibile in quanto garantisce al cliente una "*reale tutela*".³⁰⁴

Tornando, invece, al concetto di giustificato motivo, dalle decisioni dell'ABF si può dedurre che questo deve essere tale da consentire al cliente, con un minimo sforzo di approfondimento, di valutare la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base.

Quindi, la variazione deve essere commisurata al motivo sottostante e questo deve essere espresso in modo che il cliente sia messo in grado di valutare la congruità tra modifica e motivazione.

Inoltre, un aspetto che viene rilevato più volte dall'ABF riguarda il fatto che lo *ius variandi*, come ogni altro potere, può essere esercitato solo nei limiti della funzione per cui la legge ne consente la previsione e tale funzione è quella di neutralizzare la circostanza sopravvenuta che apprezzabilmente abbia alterato l'equilibrio economico del contratto e, cioè, ne abbia alterato la convenienza originaria.

Nelle tabelle seguenti vengono presentate sinteticamente le motivazioni che hanno presentato gli intermediari nei casi che poi sono stati sottoposti all'Arbitro Bancario Finanziario, a seconda che siano state ritenute da questo idonee o no.

³⁰⁴ CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, op.cit., p. 189.

Motivazioni idonee	Decisione (Collegio, n. e anno)
Andamento dei mercati	Milano, n. 98, 2010
Variazione dei tassi di mercato e, più specificamente, del tasso Euribor a 3 mesi	Milano, n. 177, 2010
Variazione negativa dei parametri che determinano il merito creditizio del soggetto finanziato	Milano, n. 1099, 2011
Entrata in vigore dell'art. 2-bis, comma 3, del d.l. 185/2008	Milano, n. 47, 2012

Motivazioni non idonee	Decisione (Collegio, n. e anno)
Incremento del rischio di credito correlato al deteriorarsi dello scenario macroeconomico	Milano, n. 249, 2010
Adeguamento alle variazioni dei costi sostenuti dalla banca	Milano, n. 334, 2010
Rischio del rapporto	Milano, n. 568, 2010
Copertura dei costi sostenuti per adempiere agli obblighi informativi introdotti da recenti disposizioni normative	Milano, n. 716, 2010
Recupero percentuale tasso di inflazione 2006/2007	Milano, n. 786, 2010
Peggioramento del contesto economico globale, forte riduzione della forbice dei tassi, perdita di sostenibilità economica della operazione di finanziamento	Milano, n. 798, 2010
Mutato contesto di mercato che si riflette sulle spese di gestione delle operazioni e dei servizi	Roma, n. 896, 2010
Costi amministrativi di gestione	Roma, n. 934, 2010
Mutato contesto economico che si riflette sulle spese di gestione delle operazioni e dei servizi	Roma, n. 980, 2010
Entrata in vigore della l. n. 2/2009 e gli effetti prodotti dall'attuale crisi economica	Milano, n. 1298, 2010
Venir meno della qualifica di dipendente	Milano, n. 1583, 2010
Esigenza di offrire alla clientela una struttura di prezzo semplificata e in ragione del mutato contesto di mercato che si riflette sulle spese di gestione delle operazioni e dei servizi	Milano, n. 191, 2011
Riflessi della crisi dei mercati finanziari che hanno portato i parametri di riferimento che regolano la gran parte dei mutui (Euribor e tasso BCE) su valori eccezionalmente bassi ed effettivamente mai visti in precedenza, il costo della provvista a medio termine, ovvero gli interessi pagati ai risparmiatori sulle obbligazioni bancarie non ha recepito specularmente tali riduzioni, necessità di preservare la sopportabilità del rischio di credito	Milano, n. 1705, 2011

Modifica del quadro andamentale del rapporto creditizio	Roma, n. 1837, 2011
Entrata in vigore della l. n. 2/2009 e gli effetti prodotti dall'attuale crisi economica e finanziaria	Milano, n. 2419, 2011
Aumento dei prezzi riscontrato nel periodo di riferimento (aprile 2007-aprile 2010), riflessi anche nell'aumento dell'indice annuale ISTAT, comportano una revisione delle condizioni applicate dalla banca alla prestazione dei propri servizi bancari, proporzionale all'aumento rilevato dall'indice ISTAT	Milano, n. 708, 2012
Adeguamento a recenti disposizioni di legge	Milano, n. 777, 2012

3.5. LE COMUNICAZIONI ALLA CLIENTELA

Un elemento fondamentale dell'istituto dello *ius variandi* è costituito dalla comunicazione della proposta di modifica unilaterale che la banca è tenuta ad effettuare, pena l'inefficacia della variazione.

Verranno esaminate ora le decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario riguardanti i ricorsi in cui veniva contestata l'**esistenza** o la **mancata ricezione** della comunicazione.

Il Collegio di Milano ha più volte affrontato queste tematiche.

Ad esempio, in un caso è stato rilevato che *"per espressa ammissione della banca, il DDS (contenente la proposta di modifica unilaterale ex art. 118) non sarebbe stato trasmesso alla ricorrente in nessuna delle due occasioni, né il 13.2.2009, in occasione della revoca del precedente fido e della concessione del nuovo, né in data 3.8.2009, in occasione del rinnovo del fido medesimo, il tutto per effetto, secondo la banca, di un «mero disguido», comunque superato dal fatto che il cliente non avrebbe mai contestato il documento in questione"*; tuttavia il Collegio non ha ritenuto credibile *"la tesi del disguido, per l'ovvia ragione che il DDS del maggio 2009 conteneva una proposta di modifica delle condizioni, il che esclude che il medesimo non sia stato consegnato per un mero disguido all'anteriore data del 13.2.2009, posto che se di disguido si fosse trattato, l'invio pur tardivo non avrebbe contenuto una proposta di modifica"*; in questo caso, tuttavia, la mancanza della comunicazione non era decisiva, in quanto la clausola inserita era di per sé nulla perché contraria a norme imperative (Dec. n. 433, 2010).

In un altro ricorso, il cliente rilevava di non aver ricevuto la comunicazione ex art. 118 e la banca non aveva contestato il mancato invio della comunicazione, bensì il fatto che il cliente, in seguito all'invio degli estratti conto, non li aveva contestati e quindi, a suo avviso, aveva accettato le variazioni; in questo caso, appare interessante l'osservazione del Collegio di Milano, il quale ritiene che *"la mancata contestazione in termini degli estratti conto (...) non impedisce al correntista di far valere l'inefficacia delle variazioni alle condizioni economiche praticate dalla banca con riguardo al contratto di conto corrente, in conseguenza del mancato rispetto delle regole*

comportamentali imposte alla banca dall'art. 118 TUB per il caso di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali" (Dec. n. 357, 2010).

In un altro caso, la banca ha fornito all'ABF la copia della comunicazione inviata al cliente, ma *"non ha fornito prova né dell'invio del citato documento al ricorrente – non avendo precisato, né dimostrato, le modalità con le quali la comunicazione sarebbe stata effettuata – né dell'effettiva ricezione del medesimo"*; il Collegio di Milano ha allora ritenuto che *"la Banca non ha assolto all'onere di provare l'effettiva comunicazione al cliente della variazione delle condizioni contrattuali, ragion per cui non si può che concludere che, tra le parti, continuino a produrre i loro effetti le condizioni contrattuali originariamente pattuite"* (Dec. n. 443, 2010). A conclusioni analoghe è giunto il medesimo Collegio nelle decisioni n. 1491 e n. 1554, 2010, e n. 772, 2011. Riguardo poi all'insufficienza della prova dell'invio della comunicazione e della necessità della prova dell'effettiva ricezione della medesima vi sono pure le decisioni n. 2010 e n. 1298, 2011.

Anche il Collegio di Roma si è espresso riguardo alla necessità della prova dell'avvenuta ricezione della comunicazione evidenziando: *"è vero infatti, come rileva la banca, che per rispettare il dettato normativo è sufficiente che tale comunicazione sia effettuata in forma scritta o mediante altro supporto durevole; ma è orientamento altrettanto pacifico e consolidato che, trattandosi di comunicazione ricettizia, essa produca i suoi effetti soltanto se, e nel momento in cui, giunga nella sfera giuridica del destinatario. Ne discende che, laddove quest'ultimo contesti l'avvenuta ricezione della comunicazione, sarà onere della banca, in base ai principi generali (art. 2697 c.c.), provare la circostanza dalla quale dipende l'efficacia della proposta di modifica unilaterale del contratto ai sensi dell'art. 118 t.u.b."* (Dec. n. 1838, 2011). La stessa opinione era stata espressa dal medesimo Collegio nella decisione n. 487, 2011.

Inoltre, se la comunicazione viene effettuata, è importante che la banca provi anche la data in cui questa viene ricevuta dal cliente, al fine del calcolo del periodo utile per l'esercizio del recesso. In questo senso si è espresso il Collegio di Milano: *"nel caso in esame, seppure non possa dubitarsi (...) che la comunicazione de qua sia stata*

*effettivamente inviata dall'intermediario e ricevuta dal ricorrente, non vi è alcuna certezza sulla **data della ricezione**, circostanza che impedisce qualsiasi valutazione circa la tempestività del recesso che sia stato successivamente esercitato dal cliente"* (Dec. n. 2316, 2011)

La comunicazione, anche se correttamente e pacificamente inviata dalla banca e ricevuta dal cliente, deve anche essere conforme nella sostanza a quanto previsto dall'art. 118, comma 2, e l'ABF è tenuto a valutare tale conformità. A questo proposito, il Collegio di Milano ha rilevato che *"per quanto l'invio della comunicazione della proposta unilaterale di modifica non sia in discussione fra le parti, nondimeno la stessa non è stata prodotta, il che rende impossibile al Collegio appurare la descritta conformità della clausola al dettato normativo"* (Dec. n. 942, 2010). Il Collegio di Napoli, invece, ha affrontato un caso in cui *"l'informativa in discorso - fornita alla clientela in modo «massivo» - non riporta l'espressione «proposta di modifica unilaterale»". Inoltre "la comunicazione in questione infatti è stata riferita in maniera omnicomprensiva ai «limiti di importo giornaliero e mensile» delle voci relative al prelievo su circuiti nazionali, senza specificare le variazioni apportate (si indica soltanto un limite di importo "complessivamente" pari ad € 1.500,00). Appare evidente come già per questi profili la comunicazione non risponda ai requisiti richiesti dalla legge"* (Dec. n. 827, 2010).

Considerando questi orientamenti, si può dedurre che la comunicazione della modifica unilaterale, secondo l'ABF, rientra nella categoria degli atti con natura recettizia *ex artt. 1334³⁰⁵ e 1335³⁰⁶* e, dunque, essa produce effetti solo dal momento in cui giunge all'indirizzo del cliente. Quindi, qualora questi ne contesti la ricezione, grava sulla banca l'onere di provare l'avvenuta comunicazione, altrimenti la proposta di modifica sarà inefficace.

³⁰⁵ Art. 1334 c.c. *"Gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati"*.

³⁰⁶ Art. 1335 c.c. *"La proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia"*.

Le parti possono anche convenire tra loro una modalità di comunicazione diversa dalla forma scritta, ovvero anche una comunicazione tramite la posta elettronica; in questo caso, qualora il cliente ne contesti l'esistenza o la ricezione, la banca dovrà comunque essere in grado di provare il recapito della comunicazione all'indirizzo e-mail del cliente, il suo contenuto e la data di ricezione; in mancanza di tali prove, la proposta di variazione sarà inefficace.

CONCLUSIONI

L'Arbitro Bancario Finanziario, a prescindere dalla natura giuridica attribuibile alle sue decisioni, sta innegabilmente fornendo un contributo rilevante sia per quanto riguarda l'attività decisoria svolta nei casi concreti posti alla sua attenzione, sia con riferimento alle indicazioni rivolte agli intermediari in generale per favorire le relazioni con la clientela.

Infatti l'ABF, quando è chiamato a decidere su un caso concreto, può (e così spesso ha fatto) cogliere l'occasione per suggerire dei criteri interpretativi della normativa ed esprimere delle osservazioni in merito alle modalità attraverso le quali gli intermediari possono migliorare la propria condotta, al fine di evitare l'insorgere di incertezze e le conseguenti lamentele da parte dei clienti.

In questo lavoro sono state prese in particolare considerazione le decisioni dell'ABF in tema di *ius variandi*; da quanto precedentemente esposto emerge che l'ABF ne riconosce la legittimità fintantoché esso viene esercitato dalle banche nel rispetto della funzione per la quale è stato previsto dalla normativa, ovvero quella di neutralizzare le circostanze, che potrebbero sorgere durante l'esecuzione del contratto, le quali potrebbero modificare in modo significativo l'equilibrio economico del contratto, alterandone la convenienza originaria.

Per quanto attiene al concetto di giustificato motivo, dagli orientamenti dell'ABF si può dedurre che questo deve essere tale da consentire al cliente, con un minimo sforzo di approfondimento, di valutare la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base.

Dunque, appare condivisibile l'opinione secondo la quale

*non il jus variandi in quanto tale ma solo il suo abuso merita di essere censurato.*³⁰⁷

³⁰⁷ NIVARRA, *op.cit.*, p. 476.

E questo è ciò che l'ABF contribuisce a realizzare. Infatti, il ricorso all'ABF consente ai clienti di avvalersi di una procedura semplice, poco costosa e rapida, al fine di risolvere anche quelle controversie relative a importi magari ridotti, le quali però, se non risolte, contribuiscono e creare (o comunque a mantenere) un clima di sfiducia nell'intero sistema bancario.

Ma è proprio la fiducia della clientela ciò che contribuisce alla sana e prudente gestione dei singoli intermediari e, quindi, alla stabilità del sistema nel suo complesso.

Per conservare o ripristinare questa fiducia, gli strumenti che ad oggi appaiono più utili ed efficaci sono la trasparenza e la risoluzione stragiudiziale delle controversie. Questi due elementi sono tra loro interdipendenti, in quanto la trasparenza, collegata alla correttezza dei comportamenti (non solo formale, ma anche sostanziale) e alla buona fede (a cui dovrebbero sempre essere improntati i rapporti contrattuali), può essere assicurata solo da un sistema che preveda anche un controllo sull'effettiva applicazione di tali principi, cioè solo qualora, in caso di violazione, si possa ottenere "*giustizia*" in tempi ragionevoli e a costi contenuti.

Questo, oltre a contribuire al mantenimento di buoni rapporti tra banche e clienti, consente anche agli intermediari di limitare i propri rischi sia legali che reputazionali, i quali potrebbero minare la loro stabilità. In questo modo, coloro che ne traggono vantaggio non sono solamente i clienti, ai quali viene assicurata maggiore trasparenza e tutela, ma anche le banche.

Tutto questo non può evidentemente prescindere dall'attività di vigilanza svolta dalla Banca d'Italia nel sistema bancario italiano, ma anzi persegue le medesime finalità.

Il legame tra Arbitro Bancario Finanziario e Banca d'Italia è innegabile, ma va inteso correttamente. È già stata evidenziata la posizione di chi scorge in questo il pericolo che l'ABF venga strumentalizzato dalla Banca d'Italia per lo svolgimento della propria attività di vigilanza; tuttavia occorre sottolineare che l'affidamento di compiti organizzativi alla Banca d'Italia e l'attribuzione dell'attività istruttoria alle Segreterie

tecniche, composte da personale della medesima, consentono di sfruttare le competenze professionali di tali soggetti.

Inoltre, considerando che le decisioni dell'ABF non sono vincolanti e che l'efficacia delle stesse è affidata alla sola sanzione reputazionale in caso di inadempimento, la partecipazione dell'Autorità di vigilanza al sistema (sebbene senza funzioni decisorie) favorisce non solo il rispetto delle decisioni dell'ABF, ma anche l'adeguamento degli intermediari alle regole di trasparenza, correttezza e buona fede. Appare infatti condivisibile l'opinione secondo la quale il sistema dell'ABF deve la propria credibilità al prestigio di un'istituzione quale la Banca d'Italia.

Il che, tuttavia, non implica che alla Banca d'Italia vengano attribuiti poteri che si potrebbero definire quasi-giurisdizionali, in quanto l'ABF rappresenta un soggetto a sé stante, i cui membri sono individuati tra soggetti estranei alla Banca d'Italia stessa. Il fatto che ad essa spetti la scelta di tre dei cinque componenti di un Collegio non deve essere considerata come una sua intrusione, ma piuttosto ciò può rappresentare una garanzia di imparzialità e buon funzionamento.

Proprio allo scopo di assicurare il buon funzionamento dell'ABF, è stato anche previsto (nel 2011) il Collegio di Coordinamento, al quale possono essere demandati i ricorsi che presentano questioni di particolare importanza o riguardanti materie che hanno dato (o potranno dare) luogo a orientamenti non uniformi. Tra queste sicuramente andrà ricompresa la questione del giustificato motivo in tema di *ius variandi*, con particolare riguardo alle variazioni apportate dalle banche in applicazione dell'art. 2-bis, comma 3, della legge n. 2/2009. In merito è già stata evidenziata la presenza di due linee interpretative difformi tra il Collegio di Milano e quello di Napoli. Inoltre, la disciplina in questione è stata più volte modificata, anche molto recentemente, quindi occorrerà tener conto pure dell'evoluzione normativa in materia.

Infine, occorre evidenziare la rilevanza attribuita a questo sistema dalla legge sulla mediazione obbligatoria, la quale l'ha reso uno dei possibili tentativi di risoluzione stragiudiziale delle controversie che costituiscono condizione di procedibilità per la domanda giudiziale; infatti, l'ABF è funzionale allo scopo perseguito dal legislatore con

l'introduzione di questa disciplina, ovvero favorire una "*spinta deflattiva*" dei giudizi ordinari.

In conclusione si può allora affermare che l'ABF, pur non essendo un organo giurisdizionale, offre un sempre crescente contributo alla risoluzione di controversie in materia bancaria e all'interpretazione della relativa disciplina.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Ritardi della giustizia civile e ricadute sul sistema economico. Costi della giustizia civile rilevanti per il sistema delle attività produttive*, a cura del Consorzio MIPA, luglio 2006

ABI, *Circolare del 7 maggio 2012, n. 1077*

ABI, *Regolamento dell'Ombudsman-Gran Giurì Bancario entrato in vigore il 1° ottobre 2002*, a seguito della Circolare ABI n. 18 del 17 giugno 2002

AGCM, *Bollettino n. 19 del 29 maggio 2006*

ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008

ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, n. 3, 2011

AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Le Società*, 1/2011

BAIONA, *I confini tra regolazione pubblica e privata nel sistema bancario e finanziario italiano*, in *Giurisprudenza Italiana*, giugno 2010.

BANCA D'ITALIA, *Comunicato del 26 ottobre 2010*

BANCA D'ITALIA, *Documento per la consultazione del Programma dell'attività normativa dell'area vigilanza per l'anno 2012*, aprile 2012

BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale sul 2010*, 31 maggio 2011

BANCA D'ITALIA, *Relazione economica per l'anno 2000*, Roma, 2001

BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Numero 1, 2010

BANCA D'ITALIA, *Resoconto della consultazione riguardante le disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, giugno 2009.

BANCA D'ITALIA, *Resoconto della consultazione riguardante le disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, dicembre 2011

BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in GABRIELLI, LENER (a cura di), *I controlli del mercato finanziario*, Torino 2011

BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, Quaderno di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia n° 68, settembre 2010

BRESCIA MORRA-MORERA, *L'impresa bancaria*, in PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2006

BUSSOLETTI, *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2005

BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1994

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

CAPRIGLIONE, *Cicero pro domo sua*, in *Mondo bancario*, 1/2011

CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, I

CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato Bessone*, XXXI, Torino, 2007

CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'«ombudsman» bancario*, in *Foro Italiano*, V, 2002

CASSANO, NISATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, Milano, 2003

- CENTINI, *Il procedimento di modifica unilaterale dell'art. 118 T.U.B. dopo il "Decreto Sviluppo"*, in I Contratti, 11/2011
- CENTINI, *La disciplina delle modifiche unilaterali (ius variandi) nel Testo unico bancario dopo il d.lgs. n. 141 del 2010*, in I Contratti, 4/2011
- CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in I Contratti, 2/2012
- CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile: sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996
- COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi d'investimento*, in *Le Società*, 1/2007
- CONSOLO, STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2011
- CUOMO ULLOA, *La camera di conciliazione e di arbitrato istituita presso la Consob*, in I Contratti, 2008
- DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, *Quaderno di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia n° 70*, giugno 2011
- DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in I Contratti, 11/2010
- DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002
- DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'arbitro bancario finanziario, sugli intermediari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, 4
- DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, I
- DOLMETTA, *Jus variandi bancario. Tra passaggi legislativi e giurisprudenza dell'ABF le linee evolutive dell'istituto*, *Il Caso.it*, 24 luglio 2011
- DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, III

DRAGHI, *Intervento del Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi all'assemblea ordinaria dell'Associazione Bancaria Italiana*, Roma, 15 luglio 2010

FAUSTI, *Il mutuo*, Napoli, 2004

FERRO-LUZZI, *Il "giustificato motivo" nello jus variandi: primi orientamenti dell'ABF*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, 6

FERRO-LUZZI, *Lo ius non variandi: prime considerazioni, e alcune supposizioni, sul comma 2-bis dell'art. 118, T.U.B., dopo la L. 106/2011*, in *Il Caso.it*, II.

FERRO-LUZZI, *Modifica allo jus variandi nei contratti bancari e disciplina transitoria*, in *Due pareri sull'art. 8, comma 5°, lett. f) e g), d.l. n. 70/2011*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, 4

FORASASSI, *La risoluzione delle controversie di cui all'articolo 128 bis T.U.F. (Art.29)*, in GALGANO, ROVERSI-MONACO (a cura di), *Le nuove regole del mercato finanziario: la Legge 28 dicembre 2005, n. 262 Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, Padova, 2009

GABRIELLI, *L'incompetenza dell'Ombudsman bancario (il non liquet dell'organismo di garanzia)*, nota a *Decisione dell'Ombudsman del 9 marzo 1999*, pubblicata in *Giustizia civile*, I, 1999

GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999

GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003

GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, I

INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso "soglia" della disciplina antiusura, allo jus variandi, al divieto dell'anatocismo*, in AA.VV., *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano, 1998

LA CHINA, *Procedure di conciliazione e di arbitrato e sistema di indennizzo per i risparmiatori e gli investitori*, in DE ANGELIS, RONDINONE (a cura di), *La tutela*

del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario: commento alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 e ai provvedimenti attuativi, Torino, 2008

LA ROCCA, *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e profili civilistici*, in Banca, impresa e società, 1997

LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in PICOZZA, GABRIELLI, *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2010

LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996

MAIMERI, *L'arbitro bancario finanziario: dall'iniziativa degli operatori all'imperio legislativo*, in ALPA, AMOROSINO (a cura di), *Scritti in onore di Francesco Capriglione: le regole del mercato finanziario*, tomo I, Padova, 2010

MAIONE, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro bancario Finanziario*, in www.judicium.it

MANCINI, *L'autonomia della Camera di conciliazione e arbitrato istituita dal d.lgs. 197/07 per la risoluzione delle controversie insorte tra investitori e intermediari dinnanzi alla Consob alla luce della posizione del Consiglio di Stato*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2012, II

MATTARELLA, *Commento sub artt. 23-24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262*, in NIGRO, SANTORO (a cura di), *La tutela del risparmio*, Torino, 2007

MIRONE, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2009, I

MORERA, *Commento*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, Milano, 2010

MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2008, I

MORERA, OLIVIERI, *Mutui bancari e jus variandi (sull'art. 118, comma 2-bis, T.U.B., in Due pareri sull'art. 8, comma 5°, lett. f) e g), d.l. n. 70/2011*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2011, 4

NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in Rivista di diritto civile, 2000, II

ODORISIO, *L'arbitrato obbligatorio*, in AA.VV., *Arbitrato, Adr, conciliazione*, a cura di Mauro Rubino Sammartano, Bologna, 2009

OLIVIERI, *Usi e abusi dello «ius variandi» nei contratti bancari*, in Analisi Giuridica dell'Economia, 1/2011

ONADO, *La vigilanza nella dimensione europea*, in FARINA (a cura di), *La vigilanza sul mercato finanziario*, Milano, 2005

OPPO, *I contratti di durata*, in OPPO, *Scritti giuridici, III, Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992

PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del c.d. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in I Contratti, 2/2011

PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007

PELLEGRINI, *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010

PERASSI, *Il ruolo dell'ABF nell'ordinamento bancario: prime riflessioni*, in Analisi Giuridica dell'Economia, 1/2011

PIETRUNTI, *«Jus variandi» e «trasparenza» nella prassi bancaria dopo il riconoscimento legislativo*, in Contratti e imprese, 1996

PORZIO, *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1998, I

PRATIS, *L'accordo interbancario del 1993*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1994, I

- QUADRI, *L' "arbitrato bancario finanziario" nel quadro dei sistemi di risoluzione delle controversie*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, II
- QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, II
- RAFFAELE, *L' arbitro bancario finanziario*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 1/2011
- RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002
- RUPERTO, *L' «arbitro bancario finanziario»*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, I
- SANGIORGIO, *Un esempio di giustizia "domestica" alternativa a quella dell' a.g.o.: l' ombudsman-giurì bancario*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, I
- SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2007, I
- SCARANO, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile dei contratti dei consumatori*, a cura di BIANCA-BUSNELLI, Padova, 1999
- SCARSELLI, *Commento*, in NIGRO, SANTORO (a cura di) *La tutela del risparmio : commentario della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, Torino, 2007
- SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («jus variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 1992
- SILVETTI, *Disciplina generale dei contratti bancari*, in AA.VV. *La banca: l'impresa e i contratti*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2001
- SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2007, I
- SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I
- SOLDATI, *Le procedure di conciliazione e di arbitrato nella legge sul risparmio (Art.27)*, in GALGANO, ROVERSI-MONACO (a cura di), *Le nuove regole del*

mercato finanziario: la Legge 28 dicembre 2005, n. 262 Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, Padova, 2009

SPENA, *sub artt. 4, 5 e 6*, in PORZIO, *Commentario alla legge 17 febbraio 1992, n.154*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1993

STELLA, *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008

STUDIO LEGALE DI FIORE, *Mediazione bancaria. Sistema vacillante e iniquo*, reperibile nel sito www.studiolegaledifiore.com

VIALE, *La nuova legge sulla trasparenza bancaria: prime perplessità e dubbi interpretativi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, I

FONTI NORMATIVE, REGOLAMENTARI E GIURISPRUDENZIALI

BANCA D'ITALIA, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, 12 dicembre 2011

BANCA D'ITALIA, *Disciplina della procedura sanzionatoria amministrativa ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. 385/93 e dell'art. 195 del d.lgs. 58/98 e delle modalità organizzative per l'attuazione del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie sancito dall'art. 24, comma 1, della legge 28 dicembre 2005, n. 262*

BANCA D'ITALIA, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006

CASSAZIONE, Sezione III, Sentenza del 18 settembre 2009, n. 20106

CICR, *Deliberazione del 29 luglio 2008, n. 275, Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni*, in G.U., 22 settembre 2008, n. 222

COMMISSIONE EUROPEA, *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, COM(2002), 196, 19 aprile 2002

COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998, n. 257, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, in G.U. n. L 115 del 17/04/1998

CONSIGLIO DI STATO, Parere n. 1535 del 20 ottobre 2011

CONSOB, *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 con Delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008

CORTE COSTITUZIONALE, Ordinanza del 21 luglio 2011, n. 218

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza del 14 luglio 1977, n.127

Decreto legge del 4 luglio 2006, n. 223 recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*", pubblicato in G.U. del 4 luglio 2006, n. 153, e convertito, con modificazioni, in legge con l. 4 agosto 2006, n. 248, pubblicata nel Supplemento ordinario alla G.U. dell'11 agosto 2006, n. 186

Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, pubblicato in G.U. n. 230 del 30 settembre 1993, Supplemento ordinario n. 92

Decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, *Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi*, pubblicato nella G.U. n. 207 del 4 settembre 2010, Supplemento ordinario n. 212

Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, *Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, pubblicato nella G. U. n. 17 del 22 gennaio 2003, Supplemento ordinario n. 8

Decreto legislativo 28 luglio 2000, n. 253, *Attuazione della direttiva 97/5/CEE sui bonifici transfrontalieri*, pubblicato nella G.U. n. 212 del 11 settembre 2000

Decreto legislativo 29 dicembre 2006, n. 303, *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.)*, pubblicato nella G. U. n. 7 del 10 gennaio 2007, Supplemento ordinario, n. 5

Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, *Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, pubblicato nella G.U. del 5 marzo 2010, n. 53

Decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, *Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in*

attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262, pubblicato nella G. U. n. 253 del 30 ottobre 2007

Direttiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, meglio nota come Direttiva MiFID “*Market in Financial Instruments Directive*”, che modifica le Direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la Direttiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, in G.U.C.E. L. 145/1 del 30 aprile 2004, recepita in Italia con il d. lgs. n. 164 del 17 Settembre 2007

Direttiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE, in G.U.C.E. 5 dicembre 2007, L 319/1, recepita in Italia con il d. lgs. n. 11 del 27 gennaio 2010

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, in G.U.C.E. L. 136/3 del 24 maggio 2008, recepita in Italia con il d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010

Legge 17 febbraio 1992, n. 154, Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, pubblicata nella G.U. n. 45 del 24 febbraio 1992, entrata in vigore il 10 marzo 1992

Legge 28 dicembre 2005, n. 262, *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, pubblicata nella G. U. n. 301 del 28 dicembre 2005, Supplemento ordinario n. 208

Legge 22 dicembre 2011, n. 214, recante conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, pubblicata nella G.U. 27 dicembre 2011, n. 300, Supplemento ordinario n. 276

Relazione ministeriale al codice civile

Relazioni illustrativa al decreto legislativo n. 28/2010