



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

L'Arbitro bancario finanziario
come strumento di tutela della trasparenza

di Bruno De Carolis

giugno 2011

numero

70



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

L'Arbitro bancario finanziario
come strumento di tutela della trasparenza

di Bruno De Carolis

Numero 70 – Giugno 2011

All'analisi economica e tecnica, sulla quale si basa l'azione che la Banca d'Italia svolge come banca centrale e organo di vigilanza, si accompagna, con crescente impegno, quella giuridica dei fenomeni creditizi e monetari e, più in generale, dei profili istituzionali dell'attività economica.

All'interno dell'Istituto è attribuito alla Consulenza Legale, accanto alle funzioni contenziosa e consultiva, il compito di svolgere indagini e ricerche in materia giuridico-bancaria.

I "Quaderni di ricerca giuridica" intendono essere, nell'ambito della Banca d'Italia e del sistema bancario, strumento di diffusione di lavori prodotti prevalentemente da appartenenti alla Consulenza Legale e originati da ricerche di specifico interesse per l'Istituto.

I "Quaderni" riflettono esclusivamente le opinioni dei singoli autori e non intendono, quindi, rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

Comitato di Coordinamento:

MARINO PERASSI, BRUNO DE CAROLIS, OLINA CAPOLINO, STEFANIA CECI, MARCO MANCINI,
ENRICO GALANTI

Segreteria:

ROBERTA PILO, ROSARIO MENDOLA

PREMESSA

L'Arbitro bancario finanziario (ABF), istituito nell'ottobre del 2009, opera dal gennaio del 2010 attraverso i Collegi di Milano, Roma e Napoli.

Il presente lavoro trae spunto dall'esperienza compiuta dall'autore quale componente dell'Arbitro bancario finanziario nel Collegio di Roma e si propone di rappresentare alcuni dei principali problemi interpretativi che sono stati affrontati per il corretto svolgimento della funzione decisoria.

Nella fase d'avvio dell'attività si è reso necessario individuare linee guida per un percorso giuridico comune. In questo senso, si segnala il tema della definizione di "cliente" estesa in via interpretativa ai soggetti entrati in contatto qualificato con l'intermediario, pur in assenza di uno specifico rapporto negoziale; come pure l'estensione della competenza dell'ABF al tema della responsabilità precontrattuale, al fine di garantire doverosa tutela a fattispecie in cui la contestazione concerne il mancato rispetto dei canoni di correttezza e di buona fede nelle trattative.

Le domande formulate dai ricorrenti, in buona parte consumatori, sono spesso caratterizzate da imprecisioni e lacune espositive che hanno reso necessario uno sforzo interpretativo volto a salvaguardare le domande stesse, nei limiti consentiti dalle regole del processo civile, cui l'attività dell'ABF si uniforma. Al riguardo si evidenziano, ad esempio, la scelta interpretativa in base alla quale sono state ritenute ammissibili le domande risarcitorie proposte per la prima volta nel ricorso, purché fondate su contestazioni effettuate nel reclamo; la pronuncia dichiarativa della responsabilità dell'intermediario nel presupposto che tale richiesta fosse implicita nella domanda risarcitoria proposta dal ricorrente, benché non accolta per difetto di prova sulla sussistenza del danno.

Una parte preponderante dei temi affrontati, riguarda le domande risarcitorie, per le quali si sono presentati numerosi problemi interpretativi riguardanti, in particolare, l'onere della prova, i criteri di accertamento delle responsabilità, la ripartizione del rischio insito nell'utilizzo di determinati strumenti finanziari. Particolare risalto assume l'analisi delle tipologie di danni, patrimoniali e non patrimoniali, per i quali è stato riconosciuto il diritto al ristoro, in base alla legge e a consolidati principi giurisprudenziali, nonché sulla scia di nuovi indirizzi della dottrina.

I limiti dei poteri istruttori attribuiti al Collegio giudicante hanno influito sull'iter formativo delle decisioni, nel cui ambito è frequente il ricorso alla

clausola generale della buona fede e al principio stabilito dall'art. 115 del codice del processo civile, che consente di ritenere provate le circostanze non specificamente contestate dalla controparte.

Nel lavoro, si affrontano anche argomenti di carattere istituzionale, dai quali emerge il determinante contributo offerto dalla Banca d'Italia per l'istituzione dell'ABF e l'avvio della sua attività. Viene sottolineato, inoltre, come la scelta organizzativa adottata sia non dissimile da quelle di altri paesi comunitari e comunque non incida sulla piena indipendenza e autonomia dell'Organo decidente.

Si fa cenno, altresì, agli effetti prodotti sulle norme che regolano il funzionamento dell'ABF dalle disposizioni di legge sulla mediazione finalizzata alla conciliazione, introdotte dal decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28.

INDICE

1. Considerazioni introduttive	7
2. Principi comunitari e profili comparativi	9
3. Affidamento alla Banca d'Italia delle funzioni organizzative	14
4. Indipendenza e imparzialità dell'organo decidente	16
5. Composizione del sistema ABF e regole di funzionamento	18
6. Adesione obbligatoria al sistema e diritto di esperire mezzi di tutela tradizionali	21
7. Le nuove disposizioni di legge sulla mediazione finalizzata alla conciliazione	23
8. L'ambito delle competenze dell'ABF.....	29
9. Poteri istruttori – Pregiudizialità	32
10. Legittimazione attiva. La qualificazione di “cliente”	35
11. Legittimazione attiva in casi di responsabilità precontrattuale ed aquiliana .	36
12. Segue: interruzione ingiustificata delle trattative	38
13. Estensione del concetto di responsabilità contrattuale	40
14. Contestazione e domanda	42
15. Il principio della “non contestazione”	46
16. Il tema del “collegamento negoziale”	49
17. Le domande risarcitorie	55
18. Casi di responsabilità da inadempimento	54
19. Il principio di ripartizione del rischio introdotto dalle disposizioni di legge sui “servizi di pagamento”	57
20. Responsabilità e prova del danno	59
21. Esame di alcune decisioni in tema di responsabilità per danni	62
22. La prova del danno	67
23. Particolari ipotesi di risarcibilità del danno	70
BIBLIOGRAFIA	75

1. Considerazioni introduttive

L'Arbitro bancario finanziario (ABF) ha cominciato ad operare nel gennaio del 2010 attraverso i tre Collegi che si riuniscono presso le Sedi della Banca d'Italia di Milano, di Roma e di Napoli. L'intento di queste brevi note è quello di rappresentare alcune tematiche significative che hanno caratterizzato il primo periodo di operatività, con particolare riguardo agli aspetti di carattere processuale emersi in sede di esame dei ricorsi.

L'istituzione dell'ABF trova la sua fonte normativa primaria nella legge n. 262 del 2005 per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, con la quale (art. 29) è stato introdotto nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, di seguito: T.U.B.) l'art. 128-bis, inserito nel Titolo VI dedicato alla trasparenza delle condizioni contrattuali (1). Nella predetta norma è prevista l'adesione obbligatoria di banche e intermediari finanziari ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela. Tra le norme di legge che contemplano il ricorso all'ABF come strumento alternativo di risoluzione delle controversie va segnalato anche l'art. 40 del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 (Attuazione della Direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno) che stabilisce l'adesione ai sistemi di risoluzione stragiudiziale di cui all'art. 128-bis TUB anche degli istituti di moneta elettronica e degli istituti di pagamento.

Inoltre, si evidenzia il disposto dell'art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 in tema di mediazione finalizzata alla conciliazione (2) che per un'ampia gamma di materie, tra le quali è compresa quella dei contratti bancari e finanziari, prevede l'obbligo di esperire preliminarmente un tentativo di mediazione ai sensi del medesimo decreto ovvero il procedimento ABF, sancendo che il previo ricorso a tali procedimenti costituisce "condizione di procedibilità" della domanda giudiziale.

Nell'ambito delle recenti modifiche apportate al T.U.B. con decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 (successivamente modificato con D. Lgs. 14 dicembre 2010, n. 218), è interessante notare l'introduzione nell'art. 144 di una nuova figura di illecito amministrativo consistente nella mancata adesione ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie previsti dall'art. 128-bis (3).

(1) Ai sensi dell'art. 4, comma 1, D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, la rubrica del Titolo VI del TUB è stata sostituita con la seguente: "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti".

(2) Il menzionato decreto legislativo reca il seguente titolo: "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali".

(3) Più precisamente, il testo dell'art. 144 TUB, come sostituito dall'art. 4, comma 4 del D.Lgs. n. 141/2010, individua, al comma 4, un illecito amministrativo nella mancata adesione al "sistema", stabilendo una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di euro 258.225. La sanzione può essere irrogata nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, nonché dei dipendenti dell'intermediario. La previsione di una sanzione pecuniaria anche nei confronti dei dipendenti potrebbe far supporre che la violazione possa consistere anche nella mancata adesione a singole procedure riguardanti reclami o ricorsi, come ad esempio nel caso in cui l'intermediario non offra alcuna collaborazione al riguardo, rimanendone del tutto estraneo.

Ciò premesso, si osserva che un ruolo fondamentale per la disciplina dell'ABF è stato assunto dalle disposizioni amministrative di attuazione e precisamente dalla Delibera del CICR n. 275 del 29 luglio 2008, adottata su proposta della Banca d'Italia, e dal successivo provvedimento di quest'ultima del 18 giugno 2009 (*Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, di seguito: Disposizioni applicative o Disp. App.) (4) che stabiliscono i criteri di nomina dell'Organo decidente e le regole in base alle quali si svolge il procedimento dinanzi all'ABF (5).

In particolare, nelle Disposizioni applicative è stabilito che gli "intermediari" sono tenuti ad "uniformarsi" a quanto previsto dalla delibera del CICR del 29 luglio 2009 e dalle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia ed inoltre che l'adesione al sistema "costituisce una condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione di servizi di pagamento (6).

Va in proposito ricordato come l'originaria formulazione dell'art. 128-bis TUB facesse riferimento a "controversie con i consumatori", mentre solo successivamente, con l'art. 1, comma 6 del d.lgs. n. 303/2006, tale espressione è stata modificata con la più ampia indicazione di "controversie con la clientela", estendendo quindi la tutela affidata al nascente organismo anche ai clienti non consumatori (7).

L'originaria formula normativa costituisce tuttavia un dato significativo, in quanto mostra la preoccupazione del legislatore di introdurre in primo luogo strumenti di rafforzamento della tutela dei consumatori al fine di assicurare nei confronti di questa categoria di clienti, considerata meno protetta, il rispetto dei

(4) Con riferimento alle Disposizioni applicative emanate dalla Banca d'Italia, si osserva che è stato avviato un procedimento di revisione delle norme stesse, sia per esigenze di aggiornamento in relazione all'esperienza maturata nel primo anno di attività dei Collegi, sia per tener conto delle nuove disposizioni di legge sulla mediazione finalizzata alla conciliazione, di cui al D. Lgs. n. 28/2010. La bozza del provvedimento modificato sarà sottoposta al procedimento di consultazione previsto dall'art. 23, comma 2, della legge n. 262 del 2005.

(5) In relazione all'ampia portata della normativa di attuazione emanata dal CICR e dalla Banca d'Italia, è stato rilevato che "nonostante, quindi, l'art. 128-bis avesse delegato al Cicr unicamente la determinazione dei criteri di svolgimento delle procedure e di composizione dell'organo decidente, il Comitato – e successivamente la Banca d'Italia – hanno definito l'ambito applicativo del sistema di risoluzione delle controversie. Tale intervento non sembra, comunque, aver integrato un eccesso del disposto dell'art. 128 bis e dalla delega legislativa" (BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di GABRIELLI e LENER, Torino 2011, pagg. 448 e ss.).

(6) V. Disp. App., Sez. II.

(7) Nella Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo n. 303/2006, sopra richiamato - emanato nell'esercizio della delega contenuta nell'art. 43 della legge n. 262/2005 per finalità di coordinamento e di adeguamento alla legge per la tutela del risparmio del T.U.B., del T.U.F. e delle altre leggi speciali - si legge che "l'emendamento di cui all'articolo 1, comma 6, del decreto è volto a estendere a tutta la clientela, incluse quindi le imprese, l'accesso ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, coordinando in tal modo l'art. 128-bis a quanto previsto dal Titolo VI del TUB (che si applica ai rapporti con tutta la clientela), all'art. 27 della legge 262/2005 in materia di procedure di conciliazione e di arbitrato in materia di servizi di investimento e al d.lgs. n. 253/2000 per le procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di bonifici transfrontalieri".

criteri di trasparenza e di buona fede nella formazione e nella successiva esecuzione dei contratti concernenti operazioni e servizi bancari e finanziari.

In effetti, la materia affidata alla competenza dell'ABF è caratterizzata da particolare complessità, anche in ragione del crescente sviluppo della varietà dei prodotti finanziari offerti dal mercato, che rende difficile, soprattutto per il consumatore, acquisire un sufficiente grado di informazione, tale da consentirgli una corretta valutazione dei rischi. Del resto, l'esigenza di introdurre ulteriori strumenti di tutela dei consumatori, con speciale attenzione alle situazioni critiche che possono verificarsi nello svolgimento dei rapporti obbligatori, trovava conferma in segnali particolarmente significativi, come il ragguardevole numero di "esposti" ricevuti dalla Banca d'Italia (oltre 6.700 nell'anno 2009, con una crescita del 29% rispetto al 2008) (8). Dall'esame degli esposti, la Banca d'Italia trae un importante panorama informativo sull'adeguatezza degli assetti organizzativi degli intermediari con particolare riguardo al grado di efficienza e di efficacia del sistema dei controlli interni; inoltre, in caso di eventuali anomalie, la Banca d'Italia attiva misure di vigilanza, comprese ispezioni in loco e procedure sanzionatorie (9).

2. Principi comunitari e profili comparativi

La legislazione europea ha riservato particolare attenzione alla tutela del consumatore, considerato obiettivo di primario rilievo. Tra le forme di tutela assume particolare evidenza l'istituzione di strumenti di giustizia alternativa in grado di facilitare la risoluzione delle controversie, abbattendo tempi e costi (10).

(8) "Nel corso del 2009 sono pervenuti alla Banca d'Italia oltre 6.700 esposti (il 29 per cento in più rispetto al 2008); a questi si aggiungono circa 1.000 esposti relativi a erronee segnalazioni alla Centrale dei rischi. (v. Relazione annuale sul 2009, 31 maggio 2010 - 19. L'azione di vigilanza, nel sito ufficiale: www.bancaditalia.it). In particolare, prima dell'istituzione dell'ABF, in documenti ufficiali della Banca d'Italia si legge che "sempre più di frequente i clienti delle banche e degli altri intermediari finanziari inoltrano esposti alla Vigilanza per chiedere un intervento con riguardo a questioni insorte nell'ambito di specifici rapporti contrattuali. V. Banca d'Italia, *Comunicazione 22/10/2007*, in Bollettino di vigilanza n. 10 - Ottobre 2007. Un esplicito riferimento agli "esposti" si trova anche nel D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 (*Attuazione della Direttiva 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*), che all'art. 39 li indica come strumento di cui possono avvalersi gli "utilizzatori dei servizi di pagamento" per sottoporre alla Banca d'Italia fattispecie di violazione delle disposizioni del menzionato decreto ascrivibili ai "prestatori" dei servizi stessi.

(9) Sul punto, v.: A.M. TARANTOLA, *La Banca d'Italia e la tutela del consumatore nei servizi bancari e finanziari*, Ventennale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma 19 marzo 2010, pag.10 (www.bancaditalia.it - *interventi degli altri Membri del Direttorio*)

(10) In questa ottica, si può segnalare la previsione di cui all'art. 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (sottoscritto in origine il 25 marzo 1956), che al comma 2, lett. g) auspica "lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie" (cfr. Versione consolidata, in Gazz. Uff. dell'Unione europea, C 115/47. In proposito, v. AA.VV. *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, a cura di G. BOCCUZZI, in questi *Quaderni giuridici*, n. 68 - settembre 2010, pp. 21 e ss., dove è riportato un lungo elenco di Direttive comunitarie e Regolamenti volti alla tutela del consumatore, con evidenza dei provvedimenti normativi dedicati al settore bancario e finanziario.

L'esigenza emersa in sede europea di dare spazio a sistemi di risoluzione di controversie alternativi (11) rispetto a quelli della giustizia ordinaria risulta esplicitata, in particolare, nella Raccomandazione n. 98/257/CE, nella quale si evidenziano i criteri fondamentali cui ispirarsi nell'istituzione di tali strumenti giuridici (12). Più precisamente, nei "considerando" della Raccomandazione si sottolinea come la maggior parte delle controversie in materia di consumo è connotata da una sproporzione tra la portata economica della controversia stessa ed i costi di un giudizio; per cui l'istituzione di meccanismi alternativi può valere ad offrire valida tutela sia sotto il profilo dei costi, sia sotto quello dei tempi molto più celeri per addivenire alla risoluzione delle vertenze (13).

Si precisa altresì che le decisioni possono avere un effetto vincolante tra le parti, oppure limitarsi a semplici raccomandazioni o a proposte di transazione e comunque, in ogni caso, devono chiamarsi "decisioni" (14).

Un punto fondamentale è quello della necessità di assicurare imparzialità ed obiettività all'organo decidente, evitando che possa essere sottoposto a pressioni suscettibili di influenzarne le decisioni. L'indipendenza può essere garantita anche dalla previsione di una collegialità nella decisione, fondata sulla partecipazione paritaria dei rappresentanti dei clienti e degli intermediari (15). Altra fondamentale indicazione che si rinviene nelle norme comunitarie è il richiamo al "principio del contraddittorio" in forza del quale la procedura deve consentire alle parti di far valere il loro punto di vista dinanzi all'organismo competente e di essere informati sui fatti esposti dalle controparti, benché ciò non richieda necessariamente un'audizione delle parti stesse (16).

(11) RAC o ADR, secondo l'acronimo *Alternative Dispute Resolutions*.

(12) L'importanza del ricorso a sistemi di risoluzione alternativa di controversie, operanti in via stragiudiziale, è confermata dall'espresso richiamo alle ADR enunciato nella Direttiva 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (c.d. *direttiva PSD*), che all'art. 83 (Ricorso extragiudiziale) prevede l'istituzione di tali procedure per la risoluzione delle controversie tra utenti (compresi i consumatori) e i prestatori di servizi, "*aventi come oggetto diritti ed obblighi derivanti dalla presente direttiva*". Precisa altresì che può farsi ricorso anche ad organismi già esistenti. Sul punto, v. M. CONDEMI, in *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, a cura di M. MANCINI e M. PERASSI, in questi *Quaderni giuridici*, n. 63/2008, pagg.139 ss.

(13) V. Considerando 3 e 5 della cit. Raccomandazione.

(14) V. Racc. CE, cit., Considerando 9. Sul punto, v. tuttavia l'opinione critica di S.RUPERTO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2010, il quale afferma che "*la pronuncia dell'Organo decidente non produce in realtà alcun effetto giuridico tra le parti della controversia. Da essa infatti non scaturiscono obblighi, né alcuna altra conseguenza classificabile come effetto giuridico*" (v. pag.332); la decisione dell'ABF "*sembra allora ridursi a una sorta di parere pro veritate*" (ibidem, pag. 335). Sul punto torneremo più ampiamente in prosieguo di trattazione, proponendo anche una diversa soluzione interpretativa.

(15) V. Raccomandazione, cit., Principio I, comma 2, dove i *soggetti* della "partecipazione paritaria" sono individuati nei rappresentanti di "consumatori" e di "professionisti".

(16) V. Raccomandazione, III - *Principio del contraddittorio*, in cui è stabilito: "*La procedura da seguire comporta la possibilità, per tutte le parti interessate, di far conoscere il proprio punto di vista all'organo competente e di prendere conoscenza di tutte le posizioni e di tutti i fatti avanzati dall'altra parte, nonché eventualmente delle dichiarazioni degli esperti*".

Particolarmente significativa è l'enunciazione del carattere alternativo, ma non sostitutivo, della procedura stragiudiziale, nel senso che alle parti deve essere comunque garantita la facoltà di rivolgersi al giudice ordinario.

Ciò premesso, si osserva come in sede di istituzione dell'Arbitro bancario finanziario si sia tenuto espressamente conto dei principi richiamati nella normativa comunitaria e in particolare dei criteri di imparzialità e di rappresentatività dell'organo decidente. Infatti, le decisioni sono affidate a Collegi composti di cinque membri, di cui tre designati dalla Banca d'Italia e due rispettivamente dalle associazioni di categoria dei clienti (consumatori e imprese) e dalle associazioni degli intermediari, in modo da assicurare l'effettiva rappresentanza dei soggetti portatori degli interessi contrapposti (17).

Inoltre, nella designazione e nella nomina dei componenti è stato previsto che si tenesse conto, oltre che dei "requisiti di esperienza, professionalità, integrità", anche del grado di "indipendenza" dei candidati, stabilendo che "non possono essere nominati componenti coloro che, nel biennio precedente, abbiano ricoperto cariche sociali o svolto attività di lavoro subordinato ovvero di lavoro autonomo avente carattere di collaborazione coordinata e continuativa presso gli intermediari o le loro associazioni o presso le associazioni dei consumatori o delle altre categorie di clienti", escludendo altresì i soggetti "che ricoprono cariche politiche" (18).

Le riunioni dei Collegi si tengono presso le sedi di Milano, Roma e Napoli della Banca d'Italia, Istituto di diritto pubblico indipendente (19), circostanza che può ritenersi rispondente all'enunciato della Raccomandazione n. 98/257/CE, secondo cui l'organo decidente deve poter agire in un "ambiente che (gli) consenta di decidere in modo autonomo" (20).

La scelta di affidare alla Banca d'Italia, Banca centrale nazionale, le funzioni organizzative riguardanti il sistema di "risoluzione alternativa di controversie", aventi ad oggetto i rapporti obbligatori tra clienti e banche o intermediari finanziari, appare non difforme dalle soluzioni adottate in altri paesi dell'Unione europea.

Più precisamente, da un esame comparativo delle soluzioni organizzative adottate in ambito comunitario (21), è emersa una casistica piuttosto variegata, che va da fattispecie in cui autorità di vigilanza o di supervisione bancaria e fi-

(17) Cfr. Disp. App. della Banca d'Italia, Sez. III, par. 2.

(18) V. Disp. App., cit. Sez. III, par. 3, le cui prescrizioni appaiono conformi alle indicazioni della cit. Raccomandazione CE, "I - Principio di indipendenza".

(19) "La Banca d'Italia è istituto di diritto pubblico. Nell'esercizio delle proprie funzioni, la Banca d'Italia e i componenti dei suoi organi operano con autonomia e indipendenza nel rispetto del principio di trasparenza, e non possono sollecitare o accettare istruzioni da altri soggetti pubblici e privati" (Statuto della Banca d'Italia, art. 1).

(20) V. Raccomandazione CE, cit., Considerando 12.

(21) La ricerca in ambito comunitario i cui risultati sono qui riprodotti è stata curata dall'avv. C. DE VITO, della Banca d'Italia, al quale va un sincero ringraziamento per il fattivo contributo offerto.

nanziaria hanno competenze istituzionali dirette in materia di ADR, ad altre in cui alle medesime autorità sono attribuite funzioni di segreteria o di mero supporto logistico ed altre ancora in cui non è prevista al riguardo alcuna competenza delle autorità stesse (22).

In taluni casi un'esplicita competenza in materia di gestione dei reclami nell'ambito di attività proprie delle ADR risulta attribuita a unità organizzative istituite all'interno delle autorità che svolgono funzioni di vigilanza/supervisione sui soggetti che prestano il servizio in ordine al quale è insorta la controversia (23). In tali fattispecie è stata avvertita l'esigenza di assicurare che lo svolgimento di questi compiti possa essere effettuato con un adeguato livello di autonomia operativa (24), o con modalità tali da assicurare la necessaria terzietà ed imparzialità della funzione (25).

Vi sono casi in cui all'autorità di vigilanza è assegnato un ruolo di segreteria (26), mentre è dato anche rinvenire fattispecie in cui l'autorità che esercita la supervisione sui soggetti prestatori del servizio ha funzioni di mero suppor-

(22) Sul tema, v. l'ampia ed analitica trattazione svolta in: *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie*, a cura di G. BOCCUZZI, già cit.

(23) Competenza in materia di reclami della clientela nei confronti delle banche soggette a vigilanza, relativamente a specifiche operazioni, ha il **Banco de España**. Similmente, in **Lussemburgo** tale compito, cioè la gestione dei reclami della clientela nei riguardi dei soggetti vigilati, è assegnato al 'General Secretariat' (divisione che ha anche competenza su questioni giuridiche di carattere generale) della Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF), che svolge la relativa funzione nella sua qualità di pubblica autorità. La CSSF opera come mediatore nella definizione delle controversie tra i soggetti professionali sottoposti alla sua supervisione ed i loro clienti. Tale compito è assegnato alla CSSF dall'art. 58 della legge 5 aprile 1993 (e succ. modif.) sul settore finanziario, la quale dispone che la stessa «sia competente a ricevere i reclami dei clienti delle entità soggette alla sua supervisione (...)» (Commission de Surveillance du Secteur Financier Annual Report, 2007, p. 160 http://www.cssf.lu/uploads/media/CSSF_RA2007_full_eng.pdf). In precedenza, la relativa competenza era affidata all'Istituto Monetario Lussemburghese (IML). In **Francia**, un Ombudsman è presente presso l'Autorité des Marchés Financiers (c.d. Ombudsman Service; cfr. <http://www.amf-france.org/affiche.asp?id=7948>)

(24) Come si legge nel rapporto annuale del Servizio reclami del **Banco de España** per il 2007, «inizialmente inquadrato il Servizio reclami come unità di lavoro all'interno dei Servizi legali del Banco de España, in seguito, col passare del tempo, il volume di attività svolta dal Servizio ha suggerito di configurarlo come Servizio indipendente, assegnato direttamente alla Secretaría General del Banco de España, e tale è attualmente la configurazione del Servizio reclami» (Memoria del Servicio De Reclamaciones 2007 - <http://www.bde.es/informes/be/merecla/2007msr.pdf>). Maggiori dettagli si possono leggere in *I sistemi alternativi*, a cura di G. BOCCUZZI, cit. p.46.

(25) In **Lussemburgo**, nel rapporto annuale della CSSF per il 2007, è espressamente statuito che «al fine di evitare che le medesime persone gestiscano i reclami dei clienti contro i soggetti vigilati e svolgano ordinaria attività di supervisione su questi ultimi, la CSSF ha assegnato la funzione al Segretariato Generale nel rispetto del principio della separazione delle funzioni».

(26) In **Francia**, un decreto del 2003 ha assegnato alla Banca di Francia il compito di assicurare funzione di segreteria per il Comitato per la Mediazione bancaria (cfr. Rapporto Annuale del Comité de la médiation bancaire - Bilan annuel 2006, p. 8 - http://bdfbs-ws01.heb3.fr.colt.net/fr/instit/telechar/services/cmb_bilan_2006.pdf), la cui presidenza è affidata al Governatore della medesima Banca centrale («La legge ha istituito un Comitato di mediazione bancaria, presieduto dal Governatore della Banque de France o da un suo rappresentante» - Bilan annuel 2006, p. 8, cit.). La Banque de France svolge inoltre la funzione di segreteria di un altro specifico organo che è competente nella gestione stragiudiziale delle situazioni di indebitamento delle famiglie («Commission de surendettement”).

to logistico per l'organo di composizione stragiudiziale delle controversie tra la clientela e gli enti creditizi e finanziari (27).

In altri Paesi non pare esservi una particolare competenza istituzionale delle autorità di vigilanza né alcun coinvolgimento materiale di queste ultime, presentandosi gli organismi competenti in materia di ADR come entità del tutto indipendenti dalle autorità stesse. In taluni casi, gli organismi in questione hanno natura privatistica, consistendo per lo più in entità costituite da, o sotto l'egida di associazioni di categoria dei soggetti che prestano i servizi bancari/finanziari (28). In altre ipotesi, sono presenti entità di natura pubblicistica, istituite per legge o da organi legislativi, aventi natura di organi indipendenti (29).

(27) È il caso della Financial Supervisory Authority in **Islanda** (FME) la quale «Ospita il Comitato per i reclami in materia di transazioni con le imprese finanziarie (Complaints Committee on Transactions with Financial Firms), che gestisce le controversie tra consumatori ed enti creditizi, imprese finanziarie e/o soggetti controllati da queste ultime (...). La Fme riceve i reclami proposti dai clienti e mette a disposizione del comitato le strutture per le riunioni e l'assistenza degli impiegati». (...) (<http://www.fme.is/?PageID=483>).

(28) In **Germania** la maggior parte delle banche aderisce a organismi di conciliazione costituiti sotto l'egida delle rispettive associazioni di categoria, esterni sia alla Bundesbank che alla BAFin e da esse indipendenti. Cfr. http://www.bafin.de/cln_109/nn_720486/EN/Consumers/Complaintscontacts/complaintscontacts__node.html?__nnn=true; http://www.bafin.de/cln_109/nn_721720/EN/Consumers/Complaintscontacts/Complaintoombudsman/complaintoombudsman__node.html?__nnn=true. Nel settore bancario e finanziario operano sette sistemi di ADR, dei quali sei istituiti in virtù di iniziative di autoregolamentazione adottate dagli intermediari ed uno di natura pubblica, istituito presso la Banca centrale. Cfr. *I sistemi alternativi*, a cura di G. Boccuzzi, op. cit., pag. 47.

In **Grecia** l'Ombudsman per i servizi bancari e finanziari (H.O.B.I.S.) è un organismo privato, senza alcun nesso istituzionale con la Banca centrale, sorto dalla fusione di due precedenti organismi, un ombudsman bancario e un ombudsman per i servizi di investimento (<http://www.bank-omb.gr/en/thesmos.html>).

In **Svizzera**, l'Ombudsman delle banche svizzere è un «ente di informazione e di mediazione neutrale e gratuito. Si occupa di reclami concreti da parte di clienti contro una banca con sede in Svizzera. (...) Soggetto giuridico è la Fondazione Ombudsman delle banche Svizzere, fondata dall'Associazione Svizzera dei banchieri. Il Consiglio di Fondazione, composto da personalità indipendenti, nomina l'Ombudsman». (<http://www.bankingombudsman.ch/it/associazione/l-ombudsman-delle-banche-svizzere>).

In **Belgio** vi è un organo di mediazione in materia di banche, credito e investimento ('Mediation Service Banks - Credit - Investments'), che è presieduto dall'Ombudsman (nominato dal settore finanziario) e da un rappresentante dei consumatori (<http://www.ombfin.be/en/accueil.html>).

Analoga si presenta la situazione nei **Paesi Bassi**, ove è stato di recente istituito un apposito organismo per la composizione stragiudiziale delle liti in materia di servizi finanziari, senza nesso istituzionale con l'autorità di vigilanza/supervisione, in cui sono stati fusi preesistenti sistemi o schemi di ADR (<http://www.uitgeverijparis.nl/boeken.php?id=45>)

(29) In **Irlanda** il Financial Services Ombudsman è uno 'statutory officer', che fa parte, assieme al relativo staff, del FSO's Bureau; quest'ultimo è un'entità istituita per legge ('statutory body'), il Central Bank and Financial Services Authority of Ireland act 2004. I preesistenti schemi (Ombudsman for the Credit Institutions and Insurance Ombudsman of Ireland) sono stati incorporati in esso (<http://www.financialombudsman.ie/news-updates/pr.asp?ID=1>). Similmente, nel **Regno Unito**, il Financial Ombudsman è stato istituito dal Parlamento ed è un'entità completamente indipendente (<http://www.financial-ombudsman.org.uk/about/index.html>). Indipendenti dalle relative autorità di vigilanza sono anche gli organismi di ADR presenti in **Finlandia** per settori dei servizi bancari e finanziari (e assicurativi), per i quali peraltro è prevista, con decorrenza dall'inizio del 2009, la fusione in un unico organismo. (Cfr. <http://www.fkl.fi/asp/system/empty.asp?P=3279&VID=default&SID=338179245796535&S=0&C=22244>). Anche in **Svezia** il Banking & Financial Bureau è un'agenzia indipendente (http://www.konsumentbankbyran.se/artikel/article.asp?tp_article_id=175&avd=ART_ABOUT&menu=ART_ABOT)

3. Affidamento alla Banca d'Italia delle funzioni organizzative

La scelta di affidare alla Banca d'Italia la cura dei profili organizzativi del sistema di risoluzione alternativa delle controversie con la clientela, operata dalla delibera CICR del 27 luglio 2009, appariva coerente con le disposizioni (allora vigenti) della legge bancaria e segnatamente con quelle degli articoli 53, comma 1, lettera d), 107, comma 2, e 114-ter del TUB, che conferiscono alla Banca d'Italia un potere di regolamentazione avente ad oggetto l'organizzazione amministrativa ed i controlli interni di banche ed intermediari finanziari, compresi i servizi di bancoposta ai sensi dell'art. 2, comma 2 del D.P.R. 14 marzo 2001, n. 144. Inoltre, la Banca d'Italia appariva l'ente dotato della competenza tecnica necessaria per assicurare la corretta ed efficace attuazione del "sistema", tenendo conto anche degli obiettivi indiretti che possono riconoscersi nell'istituzione del nuovo organismo, indicato nella stessa deliberazione del CICR come "*utile strumento per 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*" (30).

Infatti, pur nel diverso e separato ambito operativo, l'obiettivo proprio dell'attività di vigilanza svolta dalla Banca d'Italia e le finalità riconoscibili nell'azione propria dell'Arbitro bancario finanziario mostrano alcuni punti in comune. In particolare, la Banca d'Italia, nell'esercizio delle sue funzioni, si propone di assicurare il rispetto delle regole della trasparenza da parte di banche e intermediari finanziari sia nella fase genetica dei rapporti obbligatori, mirando alla qualità delle informazioni rese ai clienti affinché la scelta dei prodotti e dei servizi finanziari possa attuarsi con sufficiente consapevolezza, sia nella successiva fase dell'esecuzione dei contratti, che deve rispondere a correttezza e buona fede; finalità sostanzialmente analoghe possono riconoscersi nell'attività dell'ABF, in quanto nella definizione delle regole di trasparenza e buona fede, operata su fattispecie concrete rimesse al suo esame, può 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 (31).

A ciò va aggiunto che la Banca d'Italia è Istituto dotato della necessaria "*indipendenza richiesta dalla normativa comunitaria, per il migliore esercizio dei poteri attribuiti nonché per l'assolvimento dei compiti e dei doveri spettanti*" (32).

(30) V. in proposito M. DRAGHI, *Intervento del Governatore della Banca d'Italia*, 16° Congresso AIAF-ASSIOM FOREX - Napoli, 13 febbraio 2010, nel cui ambito ha sottolineato come "*un contributo al sostanziale miglioramento delle relazioni tra intermediari e clienti sta venendo dall'Arbitro Bancario Finanziario, operativo dal 15 ottobre scorso. Il flusso dei ricorsi è ininterrotto. I Collegi hanno già preso le prime decisioni. In diversi casi la lite si è risolta a favore del cliente prima ancora della pronuncia del Collegio*". (www.bancaditalia.it)

(31) 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*" (M. DRAGHI, *Intervento all'Assemblea annuale dell'Associazione Bancaria Italiana*, 15 luglio 2010 – www.bancaditalia.it).

tanti”, come espressamente riconosciuto dall’art. 19, comma 3 della citata L. 262/2005 (32), per cui l’affidamento alla stessa di compiti organizzativi del procedimento ABF appare scelta idonea ad assicurare al nuovo sistema l’indipendenza necessaria per il suo buon funzionamento.

In proposito, è opportuno precisare che l’affidamento di compiti organizzativi alla Banca d’Italia, che ospita le sedute dei Collegi nelle sedi di Milano, Roma e Napoli, e il conferimento delle funzioni istruttorie ad una Segreteria Tecnica composta da personale della Banca stessa (33) non incide sui caratteri di imparzialità e obiettività dell’”organo decidente”, in quanto le funzioni di supporto tecnico assicurate dall’Autorità di vigilanza sono regolate in modo da non interferire con la piena autonomia dei Collegi nell’esercizio delle funzioni decisorie (34). Sotto altro profilo, si può invece rilevare come tale scelta determini un apprezzabile risultato di carattere funzionale, in quanto l’elevata competenza professionale del personale incaricato delle funzioni istruttorie si traduce in un rilevante contributo specialistico che consente un pronto e corretto inquadramento dei profili tecnici che caratterizzano gli argomenti introdotti nei ricorsi (come, ad es., la corretta quantificazione di interessi, spese e commissioni addebitati sul conto del cliente o riportati in un conteggio di estinzione anticipata di un finanziamento). Inoltre, essendo la decisione dell’ABF non vincolante in senso giuridico e l’efficacia delle decisioni basata su profili reputazionali (35), si può ritenere che la partecipazione al sistema ABF dell’Autorità di vigilanza sulle banche e sugli intermediari finanziari, sia pure con funzioni di tipo organizzativo, contribuisca a rafforzare le condizioni che favoriscono l’ottemperanza alle decisioni adottate e soprattutto una maggiore attenzione ai criteri di trasparenza e di buona fede che devono connotare i rapporti con la clientela. In questo senso, appaiono significative le previsioni della normativa di attuazione 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”* (36), mentre costituisce *“inadempimento”*, che può dar luogo a misure di pubblicità negativa sul sito dell’ABF e su quello della Banca d’Italia, anche la semplice mancanza di cooperazione da parte

(32) Al riguardo, si può osservare che l’art. 19 della legge n. 262/2005 ribadisce il principio di indipendenza sancito dal diritto comunitario, la cui portata non può considerarsi *“circoscritta ai soli compiti di banca centrale, ma si riverbera su tutte le funzioni della Banca (d’Italia, ndr), su tutti i suoi compiti e poteri, ed in particolare sull’esercizio di attività di vigilanza”* (O. CAPOLINO, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di E. GALANTI, Padova 2008, pp. 194-195).

(33) A norma dell’art. 2, comma 3 della delibera CICR n. 275/2008, *“l’attività di segreteria tecnica dell’organo decidente è svolta dalla Banca d’Italia”*.

(34) Il rapporto tra l’ABF e la struttura operativa della Banca d’Italia che cura gli aspetti istruttori ha in effetti destato dubbi interpretativi sul grado di autonomia dell’Organo giudicante, che in realtà appaiono ingiustificati, come avremo modo di argomentare più specificamente.

(35) V. Disp. App., sez. VI. Par. 5 – *“Pubblicità dell’inadempimento. (...) La notizia dell’inadempimento dell’intermediario o della sua mancata cooperazione è pubblicata sul sito internet dell’ABF, sul sito internet www.bancaditalia.it e, a cura e spese dell’intermediario, in due quotidiani ad ampia diffusione nazionale. Nella Relazione annuale di cui alla sezione IV, paragrafo 2, sono rese note informazioni sulle inadempienze di ciascun intermediario e sul numero dei ricorsi nei quali è risultato soccombente rispetto al numero totale dei ricorsi decisi nei suoi confronti”*. Al riguardo, v. tuttavia le considerazioni riportate sub par. 7 in relazione alle disposizioni di legge sulla mediazione.

(36) Cfr. Disp. App., Sez. VI, par. 4.

degli intermediari, come il ritardo nella trasmissione della documentazione dovuta o il mancato invio della stessa, con l'effetto di rendere difficile o addirittura impossibile la decisione (37).

Sotto altro profilo, si può osservare che nella notevole quantità di “esposti” che pervengono ogni anno alla Banca d'Italia, come già in precedenza segnalato, si può cogliere un'obiettiva testimonianza dell'affidamento che la clientela ripone nel ruolo imparziale svolto dall'Autorità di vigilanza nella risoluzione delle criticità insorte nei rapporti con banche ed intermediari finanziari (38).

4. Indipendenza e imparzialità dell'organo decidente

L'affidamento dei compiti organizzativi alla Banca d'Italia ha tuttavia destato qualche preoccupazione sull'effettivo grado di autonomia dell'Organo decidente, affermandosi che una più netta separazione fra la struttura di gestione dell'ABF e l'Autorità di vigilanza avrebbe potuto accrescere la fiducia dei risparmiatori nei sistemi di risoluzione alternativa. In particolare, sono stati espressi timori sulla possibile “concentrazione in capo alla stessa autorità (la Banca d'Italia, n. d.r.) delle funzioni di regolatore, controllore ed erogatore di sanzioni amministrative” e sul fatto che detta autorità, in seguito all'istituzione dell'ABF, abbia finito “con l'assumere indirettamente anche il ruolo di «giudice» nei confronti di soggetti” che sono già destinatari delle sue prescrizioni normative e dei suoi accertamenti (39).

(37) V. Disp. App., Sez.VI, par. 5: “Viene resa pubblica, altresì, la mancata cooperazione al funzionamento della procedura da parte dell'intermediario. Tra i casi di mancata cooperazione rientrano, ad esempio, l'omissione o il ritardo nell'invio della documentazione richiesta o il mancato versamento dei contributi previsti dalla sezione V, paragrafo 1”.

(38) Cfr. Comunicazione 22/10/2007 della Banca d'Italia, già cit., in cui si evidenzia come “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”.

(39) Cfr. in tal senso: F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2010, Parte I, pp.272 ss. Va tuttavia segnalata la diversa opinione di G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF?*, nella stessa rivista cit., 2010, Parte I, p. 666, che sottolinea come “i componenti dei collegi decidenti sono infatti scelti tra categorie di soggetti, all'evidenza, estranei alla “struttura” di Banca d'Italia, e che quindi per definizione non partecipano alle altre competenze (...); di tal che viene ad essere esclusa qualsiasi paventata commistione di funzioni”. Per completezza, si riferisce di un ulteriore contributo dottrinario (F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Le Società*, 1/2011, p. 83 ss.) nel quale si espone una teoria che appare non condivisibile. In estrema sintesi, l'autore afferma che il procedimento di cui all'art. 128-bis del TUB sarebbe inserito “in un procedimento amministrativo di vigilanza della Banca d'Italia”, sollecitato dall'iniziativa del privato (il cliente) attraverso la proposizione del ricorso; l'attività dell'ABF si concreterebbe in una sorta di sub-procedimento “destinato generalmente a concludersi con un parere” emesso dal Collegio competente. All'attività dell'ABF seguirebbe una fase di “esercizio di discrezionalità tecnica” in cui la Banca d'Italia stabilisce se la condotta dell'intermediario sia suscettibile di una “sanzione reputazionale”. Al riguardo, si osserva che la configurazione prospettata nel citato scritto, secondo cui il ricorso sarebbe sostanzialmente un sorta di atto di iniziativa del privato volto a dare inizio ad un procedimento amministrativo, non appare coerente con i principi normativi che regolano il funzionamento dell'ABF. L'art. 128-bis del T.U. bancario prevede l'adesione dei soggetti di cui all'art. 115 TUB ai “sistemi di risoluzione stragiudiziale delle

Tali perplessità, basate in particolare sull'affidamento a dipendenti della Banca d'Italia delle funzioni istruttorie, appaiono ingiustificate. A tale riguardo, è necessario chiarire che i compiti svolti dalla Segreteria tecnica non possono in alcun modo interferire con la fase decisionale, in quanto operano su un terreno ben distinto, avendo come obiettivo primario quello di offrire al Collegio una ricostruzione ordinata e documentata degli elementi di fatto che sono oggetto della vertenza. In particolare, nella relazione tecnica, che costituisce l'atto conclusivo dell'attività istruttorie, è riportata la ricostruzione dei fatti esposta dalle parti stesse, corredata dai documenti acquisiti e da chiarimenti sui dati tecnici oggetto delle deduzioni delle parti; la relazione è inoltre corredata dall'elencazione delle norme che regolano la materia oggetto del ricorso, dall'indicazione di eventuali massime giurisprudenziali, nonché e soprattutto dalla segnalazione di precedenti pronunce del medesimo o di altri Collegi. Si tratta dunque di compiti particolarmente importanti perché finalizzati a facilitare l'attività dell'Organo decidente nel pronto inquadramento del caso da esaminare; tuttavia l'opera preparatoria svolta dalla Segreteria tecnica non incide, né potrebbe in alcun modo incidere sull'assoluta indipendenza dell'Organo decidente nell'assolvimento delle sue funzioni decisorie. Infatti, sia sul piano normativo che su quello operativo si delinea una netta separazione tra i compiti istruttori e quelli decisori, escludendo qualsiasi commistione dei ruoli. Il che risulta espressamente anche dalle disposizioni del *"Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF"* (40), in base alle quali ciascun ricorso viene assegnato dal Presidente ad un relatore che *"ha il compito di illustrare al Collegio gli aspetti in fatto e in diritto della vertenza e le possibili soluzioni"* (art. 6). Inoltre, nella seduta convocata per decidere i ricorsi indicati in agenda, ciascun ricorso, dopo l'esposizione del relatore, viene discusso collegialmente. Va ricordato, in proposito, che l'indipendenza dell'ABF ha il suo punto di forza nel carattere pienamente rappresentativo che lo contraddistingue, dal momento che il Collegio è composto in modo da assicurare la partecipazione paritaria di rappresentanti dei clienti e degli intermediari in conformità alle previ-

controversie", con ciò facendo rinvio a istituti giuridici già ampiamente noti e diffusi negli Stati dell'Unione europea, che hanno come finalità quella di decidere una controversia in via stragiudiziale, in alternativa al giudizio ordinario; non invece quella di istituire un procedimento di vigilanza. Come già rilevato, principiarde del sistema, tratti dalle norme comunitarie, sono quelli dell'indipendenza e dell'autonomia delle funzioni svolte dall'Organo decidente, presupposto essenziale per garantire l'imparzialità delle decisioni. Le disposizioni attuative emanate dal CICR e dalla Banca d'Italia si sono uniformate ai suddetti principi, dettando norme sulla composizione e sul funzionamento dell'ABF che si propongono di garantire sia l'indipendenza che l'autonomia dei Collegi, non prevedendo l'esercizio di un potere amministrativo da parte di autorità esterne all'ABF che possa influire sull'attività decisoria. Nei chiarimenti pubblicati sul sito www.arbitrobancario.it con riguardo alla misura reputazionale della pubblicità dell'inadempimento, la Banca d'Italia ha precisato che *"l'autonomia e l'indipendenza dei Collegi rispetto alla Banca d'Italia non consentono di entrare nel merito delle decisioni assunte dall'Arbitro; la pubblicità costituisce quindi effetto automatico dell'inadempimento e non presuppone alcuna valutazione discrezionale da parte delle segreterie tecniche"*. Infine, si ricorda che il procedimento di cui all'art. 128-bis è ora equiparato, in forza del D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28 e per le finalità di cui all'art. 5 del decreto stesso, ai procedimenti di mediazione il cui esperimento costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale; pertanto, anche sotto questo profilo, non appare configurabile alcuna connessione tra lo svolgimento da parte dell'ABF delle attività finalizzate alla decisione del ricorso e le funzioni di vigilanza proprie della Banca d'Italia.

(40) Il *Regolamento sul funzionamento dell'organo decidente* è consultabile sul sito web dell'ABF (www.arbitrobancariofinanziario.it).

sioni della normativa europea per gli organi collegiali (41). La discussione collegiale, che costituisce la fase determinante del procedimento decisorio, vale di per sé ad escludere che si possano verificare interferenze esterne volte a condizionare le determinazioni conclusive, in quanto le decisioni sono adottate a seguito di un confronto dialettico tra i componenti del Collegio, spesso laborioso e prolungato, che culmina nella votazione finale, come risulta dai verbali delle sedute.

D'altra parte, il rischio di eventuali interferenze sulle funzioni decisorie, riferito all'influenza che verrebbe esercitata dall'Autorità di vigilanza, può ritenersi un falso problema, in quanto l'indipendenza richiesta ai componenti dell'Organo decidente non va confrontata con eventuali ingerenze da parte di autorità amministrative, ma più propriamente con l'interesse delle parti contrapposte nella vertenza ad essere rappresentate in seno al Collegio giudicante da "giudici" equidistanti dalle parti in conflitto. Quindi, l'adeguata qualificazione soggettiva dei membri del Collegio giudicante è il punto centrale del problema e a questo proposito correttamente le disposizioni della Deliberazione n. 275/2008 del CICR, in coerenza con i già richiamati principi comunitari, individuano i requisiti per la nomina dei componenti dei Collegi nell'accertata indipendenza nei confronti di intermediari ed associazioni di clienti (42).

Il fatto, poi, che la Banca d'Italia, nella qualità di osservatore esterno, possa trarre dal complesso delle decisioni dell'ABF spunti per rilievi di vigilanza non può considerarsi un'invasione di campo, ma al contrario un doveroso impegno nell'espletamento di funzioni istituzionali, che si dispiegano su un terreno nettamente distinto da quello dell'ABF (43).

5. Composizione del sistema ABF e regole di funzionamento

L'Arbitro bancario finanziario, composto da un Organo decidente e da una Segreteria tecnica, è articolato in tre distinte aree territoriali: Nord, Centro e Sud dell'Italia. Il Collegio avente sede in Roma ha competenza anche sui ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in uno Stato estero (44).

(41) Come già osservato, infatti, tale regola organizzativa è indicata come indice di indipendenza nella Raccomandazione n. 98/257/CE.

(42) Cfr., in particolare, art. 3, comma 10, Deliberazione CICR n. 275/2008, dove è stabilito che *"non possono essere nominati componenti coloro che, nel biennio precedente, abbiano ricoperto cariche sociali o svolto attività di lavoro subordinato ovvero autonomo avente carattere di collaborazione coordinata e continuativa presso gli intermediari e le loro associazioni o presso le associazioni dei consumatori o delle altre categorie di clienti"*.

(43) Qualche spunto critico in relazione al ruolo centrale riservato nel sistema ABF all'Autorità di vigilanza, data l'influenza sulla nomina dei componenti dei collegi e le scelte organizzative riguardanti le funzioni istruttorie della segreteria tecnica, è evidenziato anche da L. BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione*, cit., pp. 455 e ss. L'autore osserva, tuttavia, che *"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"*.

(44) L'Arbitro Bancario Finanziario aderisce alla rete Fin Net, volta a favorire lo sviluppo e la cooperazione dei sistemi di *"alternative dispute resolution (ADR)"* nell'ambito dello spazio economico

Ciascun Collegio è formato da cinque componenti, di cui tre sono designati dalla Banca d'Italia e due, rispettivamente, dalle associazioni rappresentative degli intermediari e da quelle rappresentative dei clienti; per questi ultimi sono previsti due distinti rappresentanti, uno per i consumatori ed uno per le imprese, che partecipano separatamente alle sedute dei Collegi (45); conseguentemente, nell' "Agenda" di ciascuna seduta si ha cura di raggruppare i ricorsi proposti dai consumatori distintamente da quelli dei non consumatori.

Il Presidente, nominato tra i componenti designati dalla Banca d'Italia, ha funzioni di coordinamento, enuncia il dispositivo delle decisioni dopo la votazione dei componenti presenti e sottoscrive i verbali delle riunioni nei quali viene trascritto seduta stante, a cura della Segreteria tecnica, il dispositivo di ciascuna decisione. Inoltre firma le decisioni una volta corredate dalle motivazioni la cui redazione è affidata a ciascun relatore. Le sottoscrizioni sono eseguite con firma digitale. Ulteriori compiti significativi del Presidente riguardano la fissazione del calendario dei lavori, la formazione, insieme con la Segreteria tecnica, dell' Agenda delle riunioni e l' affidamento dei ricorsi ai relatori.

Nel corso della seduta, ciascun relatore illustra al Collegio l' argomento del ricorso a lui assegnato e gli approfondimenti compiuti sugli aspetti di fatto e di diritto che caratterizzano la vertenza, evidenziando i principi normativi e giurisprudenziali che possono orientare nell' adozione della decisione; quindi, enuncia le conclusioni alle quali è pervenuto. Il relatore si avvale, nell' esame del ricorso, della relazione predisposta dalla Segreteria tecnica, nella quale, come già accennato, sono riportati sia la ricostruzione dei fatti oggetto della vertenza, corredata ove occorra da un' analisi tecnica dei dati forniti dalle parti, sia i riferimenti normativi concernenti la materia trattata, non di rado regolata anche da speciali disposizioni amministrative, codici deontologici o accordi tra categorie rappresentative delle parti in contesa (46). Per lo svolgimento dell' attività istituzionale, Collegi e Segreterie si avvalgono di un sito informatico riservato, predisposto dalla Banca d'Italia, al quale si può accedere mediante card e credenziali identificative personali. Nel sito è inserita l' intera documentazione riguardante ciascun procedimento e precisamente il reclamo, il ricorso, le controdeduzioni degli intermediari, la corrispondenza intercorsa tra le parti, le prove documentali fornite sui fatti oggetto della vertenza. È inoltre operativo e accessibile al pubblico il si-

europeo. La Fin Net è composta da organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie operanti nei settori bancario, finanziario e assicurativo insediati nei diversi Stati membri; essa permette al consumatore di rivolgersi al proprio sistema nazionale di ADR, il quale, avvalendosi del supporto informativo fornito dalla rete stessa, lo mette in collegamento - se esistente - con il sistema equivalente nel Paese in cui opera l' intermediario. Cfr. Disp. App., Sez. VII, par. 1.

(45) Vedi in proposito i provvedimenti di nomina emanati dalla Banca d'Italia, consultabili sul sito della Banca stessa e su quello dell' ABF. Peraltro, da parte degli intermediari sono stati designati due distinti rappresentanti, rispettivamente per le sedute riguardanti i ricorsi proposti dai "consumatori" e per quelle relative ai "non consumatori".

(46) Esempi significativi di regolamentazioni speciali utili ai fini della decisione del ricorso si rinvergono in materia di estinzione anticipata, di acollo e di "portabilità" dei mutui fondiari, la cui disciplina trova la sua fonte primaria in norme di legge, ma è altresì regolata per taluni aspetti da disposizioni amministrative della Banca d'Italia e da accordi intervenuti tra le associazioni rappresentative di intermediari e clienti.

to ufficiale dell'Arbitro bancario finanziario (*arbitrobancariofinanziario.it*), nel quale, oltre ad una vasta serie di informazioni, sono inserite le decisioni adottate, individuabili anche in base all'argomento trattato.

Regole fondamentali sono quelle riguardanti la decisione del ricorso, la quale “è assunta sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca (47). Essa può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti” (48). Una conseguenza importante di tali regole di funzionamento è che l'Organo giudicante non ha specifici poteri istruttori, ma deve basarsi sulla documentazione presentata dalle parti, eventualmente integrata su richiesta della Segreteria o dello stesso Collegio; in particolare, non può disporre l'escussione di testi, né perizie tecniche volte ad accertare situazioni la cui cognizione richieda speciali competenze (49).

Tra le più rilevanti novità di tipo organizzativo che verosimilmente saranno considerate in sede di aggiornamento delle Disposizioni applicative della Banca d'Italia si evidenzia l'istituzione di un Collegio unificato con funzioni di coordinamento, composto dai Presidenti dei tre Collegi, nonché da altri componenti dei Collegi stessi che assicurino anche la rappresentanza delle associazioni degli intermediari e dei clienti. L'istituzione di un Collegio di coordinamento consentirebbe di uniformare orientamenti interpretativi difformi che si sono determinati su particolari tematiche ricorrenti, nonché di prevenire contrasti interpretativi su argomenti di particolare rilevanza.

Un altro aspetto che richiederebbe una soluzione codificata è quello della “correzione” di decisioni che risultino obiettivamente viziate da errori materiali o di calcolo. Nell'esperienza operativa dei Collegi si è già verificata la necessità di dare corso ad istanze presentate da intermediari volte a acquisire chiarimenti sulle esatte modalità di adempimento della decisione, evidenziando possibili errori materiali nella quantificazione degli importi. I Collegi hanno deciso al riguardo sulla base dei principi del codice del processo civile (50); sarebbe tuttavia utile stabilire regole procedurali specifiche su tempi e modi per il relativo procedimento.

(47) Un particolare rilievo nelle decisioni dell'ABF, come si avrà modo di constatare in sede di esame delle decisioni, è riservato, ad es., al “Codice di deontologia e buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti”, di cui al provvedimento del Garante n. 8 del 16 novembre 2004..

(48) V. Disp. App., Sez.VI, par. 4.

(49) In relazione alle regole procedurali, può essere utile rilevare che nella cit. Raccomandazione CE (Considerando 18 e 19) è previsto che le decisioni degli organi stragiudiziali possono essere adottate « anche in base all'equità », sottolineandosi che sarebbe auspicabile un « ruolo attivo » degli organi stessi per « accrescere l'efficacia e l'equità della procedura », tenuto conto anche del fatto che le parti agiscono spesso senza l'assistenza di un esperto giuridico. Nel nostro ordinamento, a norma dell'art. 113, comma 2, c.p.c. il giudice di pace può decidere secondo equità cause di più modesto valore. La *ratio* della decisione equitativa *ex lege* nelle controversie di scarso valore consiste nel diminuire il costo complessivo del processo riducendo l'attività istruttoria (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano 2000, I, pp. 222-223).

(50) V. in proposito gli articoli 287, 288, 391-bis, 826 c.p.c.

6. Adesione obbligatoria al sistema e diritto di esperire mezzi di tutela tradizionale

Il funzionamento del sistema dell'ABF è assicurato dall'adesione obbligatoria sancita dall'art. 128-bis del TUB, in forza del quale i soggetti di cui all'art. 115 "aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie". L'individuazione dei soggetti aderenti ha subito alcune variazioni per effetto delle consistenti modifiche apportate al T.U. bancario in forza del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 di cui si terrà certamente conto nel testo aggiornato delle disposizioni applicative della Banca d'Italia, di prossima emanazione. Si tratta più specificamente di banche, intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'art. 106 del T.U.B., istituti di moneta elettronica, Poste Italiane S.p.A. in relazione all'attività di "bancoposta"; cui si aggiungono banche e intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal titolo VI del T.U.B., nonché istituti di pagamento (51).

L'introduzione del principio dell'adesione obbligatoria di banche e intermediari finanziari al sistema di risoluzione alternativa delle vertenze di cui all'art. 128-bis TUB trova verosimile fondamento nell'esigenza, fortemente sentita dal legislatore, di istituire una nuova forma di tutela legale per la clientela e in particolar modo per i consumatori, offrendo la possibilità di risolvere in modo sostanzialmente gratuito conflitti di entità economica contenuta, che altrimenti rischierebbero di restare irrisolti considerati i costi ragguardevoli di un contenzioso ordinario. Una seconda finalità si può individuare nell'interesse comune al miglioramento delle relazioni tra clienti e intermediari, dal momento che il sistema di risoluzione alternativa consente di dare rapida soluzione a vertenze di rilievo economico non particolarmente significativo, senza interrompere necessariamente il rapporto con i ricorrenti (52).

(51) In particolare, è opportuno osservare che a norma dell'art. 10, comma 9 del D.Lgs. n. 141/2010, "tutte le disposizioni legislative che fanno riferimento agli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107" del T.U.B. "si intendono riferite agli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come modificato dal presente decreto". Inoltre, le disposizioni che fanno riferimento ai "confidi iscritti nella sezione separata dell'elenco di cui all'art. 106" TUB si intendono riferite "ai confidi iscritti nell'elenco di cui all'art. 112" TUB modificato; quelli iscritti nell'elenco di cui all'art. 107 del TUB si intendono riferiti ai confidi iscritti nel predetto albo di cui all'art. 106 modificato. A norma dell'art. 10, comma 7 del medesimo D.Lgs. 141/2010 sono abrogati l'art. 113 e l'art. 155 del TUB (che contemplava confidi e cambiavalute). Tuttavia, ai sensi del su cit. art. 10, è previsto un periodo transitorio per l'entrata in vigore del nuovo disegno organizzativo degli albi e degli elenchi, per cui fino all'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione del Tit. III del D. Lgs. n. 141/2010, il riferimento agli intermediari di cui all'art. 115 TUB deve ritenersi invariato, perdurando l'applicazione di quanto indicato nelle disposizioni della Deliberazione CICR n. 275 del 28 luglio 2008 e nelle Disp. App. della Banca d'Italia del 18 giugno 2009.

(52) In proposito, v. A.M. TARANTOLA, *Regole e comportamenti nelle relazioni tra banche e clienti*, in *Dimensione cliente 2010*, Roma 25 marzo 2010 (www.bancaditalia.it), in particolare a pag.7, dove si evidenziano i vantaggi dell'istituzione dell'ABF. Tra i quali si evidenziano l'accesso alla giustizia per il "contraente debole", con affidamento delle vertenze ad un "organismo imparziale, qualificato e al contempo rappresentativo degli interessi coinvolti"; la funzione di deterrente nei confronti degli intermediari, indotta dalla facilitazione dell'accesso ad una giustizia sostanziale offerta alla clientela, con conseguente "effetto disciplinante sul mercato"; la possibilità che il rapporto con la clientela non venga

Il principio di necessaria adesione al sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela non vale, tuttavia, di per sé a concretare un obbligo di fonte legale di avvalersi dello strumento alternativo di giustizia previsto dall'art. 128-bis e dalle relative norme amministrative emanate in attuazione della predetta disposizione di legge; infatti, l'obbligatorietà dello strumento alternativo si potrebbe configurare solo se la legge stessa precludesse la facoltà di ricorrere alla giustizia ordinaria una volta prescelto il sistema alternativo; ma una preclusione in tal senso non solo non è prevista, ma è espressamente esclusa dal disposto del comma 3 del cit. art. 128-bis, in forza del quale *“le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non pregiudicano per il cliente il ricorso in qualunque momento, ad ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento”* (53).

Si osserva, però, che la citata disposizione di legge fa salvo e impregiudicato il ricorso ad altre forme di tutela solo *“per il cliente”*, ma non per l'intermediario, suscitando in tal modo qualche perplessità ove, in base ad un'interpretazione restrittiva, si fosse indotti ad escludere un corrispondente diritto dell'intermediario di agire in giudizio (54).

Tuttavia, a fugare eventuali dubbi in proposito, nella Deliberazione CICR (art. 6, comma 8) è chiaramente enunciato il principio secondo cui *“resta ferma la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi”*. Tale precisazione è ribadita nelle Disposizioni applicative attualmente in vigore (Sez.VI, par. 3) dove ugualmente si legge che *“resta ferma la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi”* (55).

interrotto, in considerazione della conflittualità meno *“traumatica”* determinata dal ricorso all'ABF, rispetto all'esperimento di un'azione giudiziaria.

(53) In tema di obbligatorietà dell'adesione al *“sistema ABF”* è opportuno un accenno ai principi enunciati dalla Corte Costituzionale in varie pronunce (v. da ultimo, C. Cost. 8 giugno 2005, n. 221) con riguardo all'arbitrato obbligatorio, per il quale sono stati ravvisati profili di incostituzionalità in quanto privo del consenso delle parti. Va subito osservato che la dichiarata incostituzionalità non può estendersi all'adesione obbligatoria all'ABF. Infatti il *“sistema”* delineato dalle norme emanate in attuazione dell'art. 128-bis TUB (deliberazione CICR e disposizioni applicative della Banca d'Italia) non è assimilabile ad un arbitrato, ma si concreta in un procedimento *“sui generis”*, che si conclude con una pronuncia non vincolante per le parti della vertenza e comunque non preclusiva della facoltà di promuovere successivamente l'azione dinanzi al giudice ordinario. V. sul punto: S.RUPERTO, *L'arbitro bancario finanziario*, op. cit., I, 2010, pagg. 328 e ss.

(54) Sul punto, v. l'ampia trattazione di S.RUPERTO, op. cit., pp. 328 ss. L'Autore osserva, tra l'altro, che ragioni di coerenza con la su indicata previsione avrebbero dovuto indurre il legislatore ad affermare altresì che la legittimazione a proporre ricorso all'ABF spetta esclusivamente al cliente; osserva inoltre che un'indicazione in tal senso è contenuta nell'art. 5, comma 1, della deliberazione CICR, dove è previsto che il ricorso può essere proposto (solo) dal cliente, ma ritiene che questa previsione configuri una disposizione integrativa (o modificativa) dell'art. 128-bis, di per sé inammissibile.

(55) Anche in relazione alla su indicata previsione della Delibera CICR, come per quella analoga contenuta nelle Disp. App., si potrebbero richiamare le osservazioni critiche, di cui alla precedente nota, sull'inammissibilità di disposizioni integrative (o modificative) dell'art. 128-bis. Tuttavia, si può osservare che il riconoscimento della facoltà per entrambe le parti di adire l'autorità giudiziaria, previsto nelle citate norme amministrative, risulta attualmente coerente con le disposizioni del D. Lgs. n. 28 del 2010 sulla mediazione (v. sub par. 7).

Coerentemente con tali indicazioni, le medesime Disposizioni applicative contemplano l'ipotesi che “*la controversia sia sottoposta dall'intermediario all'autorità giudiziaria ovvero a giudizio arbitrale nel corso del procedimento (dinanzi all'ABF, ndr)*” (56); per tale evenienza è previsto che la Segreteria tecnica domandi al ricorrente se abbia comunque interesse alla prosecuzione del procedimento dinanzi all'Organo decidente potendo questo proseguire nonostante l'instaurazione del giudizio o dell'arbitrato; se il cliente dichiara di non avere interesse, il Collegio dichiara l'estinzione del procedimento (57). Tale previsione è tuttavia destinata verosimilmente ad essere modificata in sede di aggiornamento delle citate Disposizioni per assicurare la coerenza con i principi enunciati nel decreto legislativo sulla mediazione finalizzata alla conciliazione, che indicano un diverso criterio per regolare il rapporto fra il procedimento stesso e il giudizio ordinario.

Prima di esaminare più analiticamente tali aspetti, appare utile osservare che il tema del rapporto tra procedimenti ADR e giurisdizione ordinaria ha trovato ampio dibattito in sede comunitaria. La Raccomandazione 98/257/CE precisa che, in forza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'accesso alla giustizia ordinaria è un diritto fondamentale che non conosce eccezioni, per cui il ricorso a sistemi di risoluzione di controversie non tradizionali non può privare il “consumatore” del diritto di adire il giudice ordinario, a meno che non accetti tale evenienza in modo consapevole e successivamente all'insorgere della vertenza. La stessa norma non prevede un'analogia salvaguardia del diritto a ricorrere al giudice ordinario per l'operatore economico (58).

7. Le nuove disposizioni di legge sulla mediazione finalizzata alla conciliazione

Le disposizioni introdotte con decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 in tema di mediazione e conciliazione determinano effetti diretti sul procedimento ABF rendendo pertanto necessario, come già in precedenza accennato, esaminare se le disposizioni amministrative che ne regolano il funzionamento presentino eventuali profili di incoerenza con i principi dettati dalla nuova disciplina legislativa. In particolare, viene in evidenza il disposto dell'art. 5 del decreto legislativo in base al quale per esercitare un'azione in giudizio avente ad oggetto vertenze

(56) V. Disp. App. della Banca d'Italia, sez. VI, par. 3, comma 5.

(57) Cfr. Disp. App., ibidem.

(58) La questione del rapporto tra procedure ADR e giurisdizione tradizionale è trattata ampiamente da S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi (ADR) alla giurisdizione nel diritto dell'Unione europea*, in *Quaderni LUISS*, Milano 2004, pp. 131 ss.. Sul punto del diverso trattamento offerto al consumatore, derivato verosimilmente dalla propensione alla tutela della parte più debole, osserva che tale circostanza ha determinato nella maggior parte degli Stati membri problemi di ordine costituzionale. L'Autore esamina anche il profilo di legittimità di clausole contrattuali che impongano di adire preventivamente una ADR a pena di irricevibilità del ricorso davanti al giudice fino a quando non sia avviata in modo concreto la procedura ADR, evidenziando dubbi di legittimità con riferimento a quanto disposto dalla Direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive (v. op. cit., pag.133).

rientranti in un ampio numero di materie, tra le quali sono compresi i rapporti derivanti da contratti bancari e finanziari, è necessario preliminarmente “*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*”. Nella medesima norma viene inoltre precisato che “*l’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L’improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d’ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza*”. (59).

Pertanto, il procedimento relativo ai ricorsi proposti dinanzi all’ABF è da annoverarsi tra quelli il cui esperimento è idoneo a realizzare la “condizione di procedibilità” introdotta dalla norma su richiamata, pur non concretando una mediazione finalizzata alla conciliazione. Conseguentemente, deve ritenersi che, in materia di contratti bancari e finanziari, la condizione di procedibilità di cui all’art. 5 del decreto può essere realizzata alternativamente attraverso il procedimento di mediazione ovvero attraverso il ricorso all’ABF, benché quest’ultimo si concluda non già con un accordo tra le parti, ma con una “decisione motivata”, come indicato nella deliberazione CICR (art. 6, comma 5) (60).

(59) La scelta legislativa volta ad introdurre l’obbligo di esperire un procedimento di conciliazione prima di poter accedere al giudizio ordinario è stata oggetto di forti perplessità, espresse da vari organismi rappresentativi degli avvocati del libero foro. Non desta, dunque, alcuna sorpresa che nei confronti del menzionato decreto legislativo siano state sollevate eccezioni di incostituzionalità dinanzi al TAR del Lazio, nell’ambito del ricorso n. 10937/2010 promosso dall’Organismo unitario avvocatura italiana, con l’intervento di varie Associazioni di avvocati e Consigli dell’ordine. Con il ricorso proposto al giudice amministrativo è stato impugnato il Regolamento ministeriale che fissa criteri e modalità di tenuta dell’“elenco dei formatori per la mediazione” e le indennità spettanti agli organismi. Il TAR, con ordinanza del 14 aprile 2011, ha dichiarato non manifestamente infondate le eccezioni di incostituzionalità sollevate dai ricorrenti, con particolare riguardo al principio di obbligatorietà del previo esperimento della mediazione stabilito, dall’art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010. Più precisamente, il TAR ha ritenuto non manifestamente infondate le eccezioni di incostituzionalità relative (oltre che all’art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010) a tutti e tre i principi indicati nell’art. 5 (obbligatorietà, condizione di procedibilità, eccezione di improcedibilità) per contrasto con gli articoli 24 e 77 della Costituzione.

(60) Si segnala tuttavia un’interessante chiave di lettura, offerta da CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Judicium, Il processo civile in Italia e in Europa* (www.judicium.it), pag.8, riguardante il disposto dell’art. 5, comma 5 della delib. CICR (e delle corrispondenti Disp. App. della Banca d’Italia), in base a cui la decisione “*può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti*”. Secondo il cit. Autore, in tale disposizione si potrebbe individuare un’attitudine della decisione a superare il pur previsto confine dell’applicazione delle sole “*norme di legge e regolamentari in materia, nonché dei codici di condotta cui l’intermediario aderisca*”; ciò in quanto la richiamata disposizione non dovrebbe costituire l’occasione per formulare mere raccomandazioni di carattere generale, ma potrebbe indicare la possibilità che la decisione si ponga “*in una prospettiva di attenta rilevazione degli interessi in gioco e di possibile ricostruzione della relazione tra le parti in vista dell’applicazione di un diritto “mite” che andrebbe a temperare i rigori dell’applicazione dello «strictum ius» che talvolta potrebbe in concreto tradursi in una sostanziale ingiustizia*”. In sostanza, secondo tale opinione dottrinale, ove le parti siano d’accordo con la soluzione (sostanzialmente transattiva) prospettata dalla decisione dell’ABF, la “relazione” sarebbe definitivamente ristabilita; se non fosse accettata dall’intermediario, nei suoi confronti sarebbe giustificata l’adozione della misura reputazionale, avendo ostacolato il ripristino della relazione tra le parti; quanto al cliente, quest’ultimo dovrebbe accettare la soluzione non “*stricto iure*” in quanto (presumibilmente) più favorevole di quella propria di un giudizio secondo legge.

Ciò premesso, si ritiene utile esaminare alcuni dei principi fondamentali che contraddistinguono il procedimento dinanzi all'ABF, al fine di verificarne la compatibilità con le statuizioni del citato decreto.

In questa ottica, si osserva in primo luogo che la decisione dell'Arbitro bancario finanziario (come già rilevato) non è vincolante per le parti, per cui ciascuna di queste può, ove non soddisfatta della decisione stessa, adire il giudice ordinario. Sotto questo profilo, dunque, non sembrano sussistere elementi di incompatibilità con la nuova legge, nel senso che il ricorso all'ABF può costituire condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5 della legge n. 28/2010 non essendo ostativo all'eventuale successivo promovimento di azioni dinanzi al giudice competente. Qualche criticità, sotto il profilo della coerenza con la disciplina legislativa della mediazione, può invece ravvisarsi nelle conseguenze che la normativa ABF correla all'eventualità che l'intermediario non adempia alle decisioni. Infatti, nelle Disposizioni applicative emanate dalla Banca d'Italia, attualmente vigenti, è previsto, per tale evenienza, l'applicazione di una speciale misura di carattere reputazionale, che si concreta nella pubblicazione della notizia dell'inadempimento, con indicazione dell'intermediario inadempiente (61); diversamente, nel sistema introdotto dal D. Lgs. n. 28/2010, l'eventuale ricorso al giudice ordinario dopo l'infruttuoso esperimento di uno dei procedimenti indicati nell'art. 5 è valutato dal legislatore non già come indice (negativo) della volontà di non adempiere, ma quale naturale sviluppo del procedimento ideato dalla nuova legge.

Un ulteriore profilo di specificità si può individuare nel limite posto alla competenza per valore dell'ABF, dal momento che le domande aventi ad oggetto la corresponsione "a qualunque titolo" di somme di denaro devono essere contenute entro il limite di euro 100.000, a differenza di quanto stabilito nei procedimenti di mediazione per i quali il D. Lgs. n. 28/2010 non prevede alcun limite. Il tetto imposto alle richieste di cui sopra non è peraltro stabilito dalla legge, ma dalla Deliberazione CICR (art. 2, comma 4) e dalle Disposizioni applicative emanate dalla Banca d'Italia (Sez. I, par. 4); queste ultime, peraltro, lasciano aperta la strada a domande di (semplice) accertamento di diritti, obblighi o facoltà, per le quali non sono previsti particolari limiti di importo. Peraltro, questa sorta di competenza per valore va intesa come una specificità del procedimento dinanzi all'ABF, la cui disciplina tiene conto verosimilmente delle caratteristiche proprie della tipologia di vertenze di cui è destinatario.

Un altro spunto interpretativo è offerto dalla mancanza di efficacia esecutiva della decisione dell'ABF, a differenza di quanto prevede il D. Lgs. n. 28/2010 per il procedimento di mediazione, nel cui ambito è contemplata la possibilità di ottenere l'"omologazione" del verbale di accordo intervenuto tra le parti, in modo da

(61) V. Disp. App., Sez. VI, par. 5 in cui è stabilito che, a cura della segreteria tecnica, "la notizia dell'inadempienza dell'intermediario o della sua mancata cooperazione è pubblicata sul sito internet dell'ABF, sul sito internet www.bancaditalia.it e, a cura e spese dell'intermediario, in due quotidiani ad ampia diffusione nazionale". Inoltre è previsto che "nella Relazione annuale di cui alla Sezione IV, paragrafo 2, sono rese note informazioni sulle inadempienze di ciascun intermediario e sul numero dei ricorsi nei quali è risultato soccombente rispetto al numero totale dei ricorsi decisi nei suoi confronti".

conferirgli efficacia esecutiva (art. 12) (62). Tuttavia la mancanza di esecutività attiene, a ben guardare, non tanto al problema della coerenza (in astratto) del sistema ABF rispetto alle regole stabilite nella legge sulla mediazione, quanto piuttosto alla carenza di un fattore giuridico (l'esecutività appunto) che assicuri il carattere alternativo del procedimento stesso rispetto al giudizio ordinario, che costituisce in definitiva il fine primario della nuova legge (63). Tuttavia, si può osservare che, pur in mancanza di uno strumento analogo all'"omologa" prevista per l'accordo conciliativo, la decisione dell'ABF è stata finora puntualmente eseguita dalle banche e dagli intermediari finanziari, consentendo di affermare che il requisito dell'"alternatività" può essere riconosciuto anche al sistema istituito ex art. 128-bis del TUB. Peraltro, l'atteggiamento collaborativo mostrato dagli intermediari, attraverso la spontanea ottemperanza prestata alle decisioni dell'ABF, può supporre che prosegua in futuro, pur in presenza del sistema "concorrente" della mediazione finalizzata alla conciliazione; infatti, tra le finalità fondamentali del procedimento dinanzi all'ABF c'è quello della salvaguardia del rapporto esistente tra intermediari e clientela, che si basa sulla possibilità che la vertenza si componga senza compromettere la permanenza del rapporto stesso. Pertanto, tenuto conto anche del modesto rilievo economico riscontrabile mediamente nelle controversie portate all'esame dell'ABF, è ragionevole supporre che, a fronte di una decisione motivata dell'Arbitro bancario finanziario, l'intermediario accordi preferenza all'adesione spontanea alla pronuncia di accoglimento del ricorso piuttosto che al promovimento di un giudizio ordinario, che comporta costi aggiuntivi e la probabile compromissione del rapporto con il cliente in modo insanabile, senza peraltro alcuna garanzia di conseguire una valutazione più favorevole della vertenza (64).

(62) L'art 12 del D.Lgs. n. 28/2010 stabilisce a tale riguardo: "1. Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. (...) - 2. Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale". In proposito, v. CAPOBIANCO, *op. cit.*, pagg. 4, 5 e 7, il quale (riprendendo la tesi esposta da RUPERTO, *op. cit.*, pag.336), osserva che la decisione "ha carattere aggiudicativo, sebbene non munita di efficacia vincolante"; che la stessa può assimilarsi ad una sorta di "parere pro-veritate" sulla controversia in atto tra l'intermediario e il cliente; che la convergenza tra le parti per dare attuazione alla decisione (con accettazione anche tacita da parte del cliente) determina un accordo con funzione transattiva; ne consegue che il contenuto della decisione può considerarsi non lontano dalla "proposta aggiudicativa" che può formulare il mediatore all'esito della procedura di mediazione, ai sensi dell'art. 11 del D. Lgs. n. 28 del 2010. Il che potrebbe influire anche sulla sorte delle spese dell'eventuale successivo giudizio, se si facesse applicazione delle regole indicate negli art. 91, comma 1, e 92, comma 1, c.p.c.

(63) In effetti, l'omologa del verbale di accordo determina, oltre all'"esecutività", anche la "definitività" della soluzione data alla vertenza, comportando quindi, in caso di conciliazione, la diminuzione del numero di cause pendenti dinanzi alla giustizia ordinaria,.

(64) Diversamente si esprime in proposito CAPOBIANCO, *op. cit.*, pagg.7-8, secondo cui il procedimento ABF rischierebbe di essere meno "appetibile" rispetto a quello di mediazione, per una serie di ragioni, tra le quali la maggiore flessibilità di quest'ultima e la possibilità di essere esperita anche dagli intermediari, che invece non possono presentare ricorso all'ABF. Osserva altresì che la disciplina del procedimento ABF, in quanto preesistente rispetto a quella di mediazione, sembrerebbe "pensata" in una prospettiva di autonomia rispetto al processo, piuttosto che in vista di una equilibrata relazione con esso; in proposito, ricorda come l'esigenza che gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie valgano a garantire "un'equilibrata relazione" con il processo sia stabilita nell'art. 1 della Direttiva 2008/52/CE del 21

Altro aspetto interessante riguarda il problema dei limiti attualmente posti alla legittimazione attiva, che potrebbero rappresentare aspetti di non piena coerenza con il sistema delineato dalla nuova legge sulla mediazione. Infatti, la deliberazione CICR e le Disposizioni applicative della Banca d'Italia delineano un procedimento riservato al cliente, basato su un preventivo reclamo che questi deve presentare all'intermediario, il quale da parte sua deve dotarsi di uno specifico apparato organizzativo dedicato alla gestione dei reclami della clientela (65). Tale impostazione, che colloca l'intermediario nella posizione di "convenuto", è tuttavia coerente con le finalità che in origine hanno mosso il legislatore in questa materia, tese ad offrire una forma di tutela alla clientela (e in particolar modo ai consumatori) per assicurare che nei rapporti giuridici contratti con gli intermediari sia garantito il rispetto dei principi di trasparenza e di buona fede (66). In proposito, appare decisiva l'impostazione data al "sistema" dall'art. 128-bis TUB, che prevede l'adesione obbligatoria da parte degli intermediari, mentre non è previsto un dovere analogo nei confronti dei clienti.

Tuttavia, a giustificazione della peculiarità che caratterizza la disciplina del ricorso proposto all'ABF si può rilevare che la materia in cui opera l'Arbitro bancario finanziario e la tipologia di vertenze affidate alla sua competenza mal si prestano, di fatto, a che il ricorso sia proposto nei confronti del cliente da parte dell'intermediario. Quest'ultimo, infatti, nella generalità dei rapporti contrattuali che possono essere portati all'esame dell'ABF assume un ruolo dominante, in virtù della prerogativa di poter predisporre le condizioni generali che disciplinano i rapporti negoziali, cui il cliente, di regola, può solo prestare adesione. È verosimile, pertanto, che in questa tipologia di vertenze l'intermediario si trovi il più delle volte ad operare con azioni esecutive, promosse sulla base delle scritture contabili, finalizzate al recupero del credito, anziché con azioni di accertamento e di condanna. In questo senso, il ricorso all'ABF potrebbe restare un rimedio di giustizia alternativa riservato alla clientela, ma rispondente comunque all'obiettivo del legislatore di attuare uno snellimento del numero di controversie gravanti sulle strutture della giustizia ordinaria.

maggio 2008, relativa alla mediazione civile e commerciale, della quale il D. Lgs. n. 28/2010 è normativa attuativa. Tuttavia, il medesimo Autore non esclude che la decisione dell'ABF possa assumere rilievo in termini di atto di risoluzione della controversia di tipo "autonomo".

(65) Si fa rilevare come non sia la legge a stabilire questa regola, ma soltanto le disposizioni amministrative ed in particolare il disposto dell'art. 5, comma 1, della Deliberazione CICR (v. CAPOBIANCO, op. cit., pag.5). Tuttavia, si può osservare come dal disposto dell'art. 128-bis, comma 3, secondo cui "*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*" può trarsi la sensazione che il procedimento sia stato concepito esclusivamente a tutela della posizione del cliente. Per cui le regole amministrative possono considerarsi sostanzialmente conformi all'orientamento del legislatore.

(66) Al riguardo, appare significativo il fatto che una delle ragioni poste a fondamento dell'istituzione delle ADR a livello europeo è la constatazione che "*la maggior parte delle controversie in materia di consumo, per loro natura, sono caratterizzate da una sproporzione tra la portata economica della controversia e il costo della risoluzione giudiziaria; che le difficoltà eventualmente collegate alle procedure giudiziarie possono, in particolare nel caso dei conflitti transfrontalieri, dissuadere il consumatore dal far valere effettivamente i suoi diritti*". (v. Raccomandazione 98/257/CE, Considerando 3).

Un ulteriore argomento meritevole di attenzione, cui si è già in precedenza accennato, è quello dell'eventuale pendenza di un tentativo di conciliazione ovvero di un giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria (o di un giudizio arbitrale) in pendenza del procedimento attivato con ricorso all'ABF. Le Disposizioni applicative emanate dalla Banca d'Italia prevedono, per la prima evenienza, l'interruzione del procedimento promosso dinanzi all'ABF, salva riproposizione del ricorso ove il tentativo di conciliazione fallisca; per la seconda tipologia di ipotesi (pendenza di giudizio o arbitrato promossi dall'intermediario) le disposizioni attuative prevedono che l'esame del ricorso prosegua dinanzi al Collegio competente, salvo che il ricorrente dichiari di non aver più interesse alla decisione, dovendosi in tal caso dichiarare l'estinzione del procedimento (v. Sez. VI, par. 3, commi 4 e 5). Le regole procedurali su illustrate dovranno essere opportunamente modificate per assicurarne la coerenza con i criteri indicati dall'art. 5 del D.Lgs. n. 28 del 2010, in forza del quale chi intende proporre un giudizio in materia di contratti bancari e finanziari "è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione (...) ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia". Il carattere "preliminare" del ricorso all'ABF dovrebbe escludere, in linea di principio, che si possa determinare la contestuale pendenza di un giudizio sulla stessa materia del contendere, salvo le ipotesi di improcedibilità e di fissazione dei termini per esperire il tentativo di mediazione previste dalla stessa norma citata (67). In particolare, l'ipotesi dell'eventuale avviamento di un tentativo di conciliazione e della contemporanea pendenza del ricorso all'ABF dovrebbe essere risolta in base al criterio della "prevenzione", stabilito dall'art. 4, comma 1 del decreto legislativo, per cui dovrebbe essere accordata preferenza alla prima domanda in ordine di tempo (68).

Tutto ciò premesso, a fronte dell'introduzione di istituti concorrenti con il procedimento del ricorso all'ABF, si osserva che per quest'ultimo si potrebbero valutare ipotesi di adattamento delle regole procedurali al fine di renderlo più vicino agli organismi di mediazione; d'altra parte, in ragione delle sue peculiarità, potrebbe anche conservare la sua specifica configurazione, studiata a misura delle finalità che ne hanno giustificato l'istituzione. Del resto non può escludersi che sia nei clienti, sia nei soggetti operanti nel settore bancario e finanziario aderenti al sistema, maturi una sostanziale preferenza, sotto il profilo dell'affidabilità, nei confronti dell'ABF in quanto organismo specializzato che opera secondo diritto sul terreno della "trasparenza" e che, anche in virtù del supporto offerto dalla Segreteria tecnica messa a disposizione dalla Banca d'Italia, è in grado di assicurare, nella valutazione delle vertenze, particolare attenzione ai particolari aspetti tecnici ed operativi che sovente le caratterizzano.

(67) Per la verità, il tenore letterale dell'art. 5 del decreto fa riferimento alla fissazione di termini per presentare la "domanda di mediazione"; il che lascia presumere che difficilmente si potrà verificare che il giudice fissi un nuovo termine per l'udienza al fine di consentire l'esperimento del ricorso all'ABF, se non altro perché quest'ultimo procedimento è riservato solo alla clientela (e non agli intermediari).

(68) A norma del cit. art. 4, comma 1 del decreto, "La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione".

8. L'ambito delle competenze dell'ABF

L'art. 128-bis, che costituisce la fonte normativa primaria dell'ABF, ne delinea implicitamente la competenza per materia in quanto trattasi di norma inserita nel Titolo VI del Testo unico bancario, che disciplina la trasparenza delle condizioni contrattuali che riguardano le operazioni ed i servizi bancari e finanziari, nonché il credito al consumo (69). Sono invece escluse dalla competenza dell'Arbitro Bancario Finanziario le controversie attinenti ai servizi e alle attività di investimento, nonché alle altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del T.U., ai sensi dell'articolo 23, comma 4, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (70). In particolare, non rientrano nella competenza dell'ABF, oltre ai servizi e alle attività di investimento, il collocamento di prodotti finanziari (71) e le operazioni ed i servizi che siano componenti di prodotti finanziari aventi finalità di investimento, quali, ad esempio, obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati, pronti contro termine (72).

Tuttavia, non sempre i limiti di competenza riferibili al disposto dell'art. 23, comma 4, TUF risultano facilmente identificabili; è il caso dei c.d. prodotti "composti", rientranti cioè in parte nella disciplina di cui al titolo VI del TUB ed in parte in quella del T.U.F. (73). In proposito, una serie di criteri interpretativi sono offerti dalle Disposizioni sulla trasparenza emanate dalla Banca d'Italia, nelle quali si individua una linea di demarcazione sulla base delle "finalità" che caratterizzano il "prodotto". In particolare, è stabilito che le "*presenti disposizioni*" (sulla trasparenza bancaria e finanziaria) "*non si applicano ai servizi e alle attività di investimento come definiti dal T.U.F. e al colloca-*

(69) Va in proposito segnalato che l'intero Titolo VI del T.U.B. è stato sostituito per effetto delle disposizioni di cui agli articoli 1 e 4 del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141 (succ. modif. dal D.Lgs. n. 218/2010).

(70) Cfr. Disp. App. Banca d'Italia, Sez. I, par. 4. In proposito, si possono consultare sul sito "*arbitrobancariofinanziario.it*" le indicazioni esplicative: "*Conoscere l'Arbitro Bancario Finanziario e capire come tutelare i propri diritti. Guida pratica*", nelle quali sono riportati alcuni esempi pratici delle materie che rientrano nella competenza dell'organo decidente.

(71) Nell'articolo 1, comma 1, lettera u), del T.U.F. dei "prodotti finanziari" si dà la seguente definizione: "*gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari*".

(72) Per l'individuazione delle materie che rientrano nella competenza dell'ABF si può fare rinvio, in particolare, come segnalato nelle Disp.App. (Sez. I, par. 4), alle Provvedimenti della Banca d'Italia sulla trasparenza (v. *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, in *www.bancaditalia.it/disposizioni sulla trasparenza.*) nel quale sono riportate ampie e dettagliate indicazioni sull'ambito applicativo delle relative disposizioni; in particolare si precisa che le disposizioni in materia di trasparenza previste dalla legge e dalle relative disposizioni amministrative (del CICR e della stessa Banca d'Italia) si applicano a tutte le operazioni e a tutti i servizi disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U.B., incluso il credito al consumo, aventi natura bancaria e finanziaria offerti dagli intermediari, anche al di fuori delle dipendenze (operazioni "fuori sede") o mediante "tecniche di comunicazione a distanza" (Cfr. in particolare: Sez. I, par. 1.1)..

(73) L'accertamento della competenza dell'ABF in tema di "prodotti composti" può presentare obiettive difficoltà, come è riconosciuto dal Regolamento Consob del 29 dicembre 2008 sulle procedure di conciliazione e arbitrato in materia di servizi di investimento e gestione collettiva del risparmio, previste dal decreto legislativo 8 ottobre 2007 n. 179; infatti, nel cit. regolamento si indica la necessità di predisporre un protocollo di intesa tra la Camera di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob e il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all'articolo 128-bis del T.U. per dirimere eventuali dubbi interpretativi relativamente all'ambito delle reciproche competenze.

mento di prodotti finanziari aventi finalità di investimento, quali, ad esempio, obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati, pronti contro termine”; si precisa altresì che “in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante non sia di investimento (le disposizioni sulla trasparenza bancaria e finanziaria, ndr) si applicano: - all’intero prodotto se questo ha finalità, esclusive o preponderanti, riconducibili a quelle di servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. (ad esempio, finalità di finanziamento, di gestione della liquidità, ecc.); - alle sole componenti riconducibili a servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. negli altri casi”. (74).

In base ai criteri definiti dal richiamato provvedimento della Banca d’Italia si può dunque ricavare l’ambito oggettivo di competenza dell’ABF, facendo perno sul criterio di prevalenza delle “finalità” dei servizi e delle operazioni oggetto del ricorso, assumendo la competenza in caso di “prevalenza” delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari rientranti nel Titolo VI. Ne discende che, ove non sussista una “finalità esclusiva o preponderante”, si potrebbero determinare ipotesi di competenza “parziale” dell’ABF, limitata cioè soltanto alle contestazioni riferibili a “servizi o operazioni” rientranti nella disciplina del Titolo VI del TUB.

Casi di una certa difficoltà interpretativa sono quelli riguardanti contestazioni sulla gestione di conti di deposito titoli, in quanto le prestazioni contestate possono determinare dubbi sulla collocabilità della vertenza nell’ambito delle operazioni bancarie ovvero in quelle di investimento (75).

Nella casistica operativa dei Collegi sono riscontrabili fattispecie di oggettiva complessità interpretativa a causa della non chiara configurabilità dell’elemento della “prevalenza delle finalità” con riguardo alle attività prestate a favore del cliente ed oggetto di contestazione. Un caso emblematico è quello sottoposto all’ABF in una delle sue prime sedute (76), in cui il cliente lamentava sia “il malfunzionamento di sistemi operativi connessi al suo conto corrente e deposito titoli per operare su derivati”, sia anche la presenza di “ingiustificati addebiti e

(74) Cfr. *Disposizioni cit.*, Sez. I, par. 1.1, ove è ulteriormente precisato che “*In caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante sia di investimento, si applicano le disposizioni del T.U.F. sia al prodotto nel suo complesso sia alle sue singole componenti, a meno che queste non costituiscano un’operazione di credito al consumo (alle quali si applica quanto previsto dalle presenti disposizioni).*”

(75) Per un’analisi di alcuni aspetti interpretativi posti dal riferimento alla materia degli investimenti, che viene esclusa dall’ambito delle competenze attribuite all’ABF, v. A.V. GUCCIONE, C.A.RUSSO, *L’arbitro bancario finanziario*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, 3, 475 ss. In particolare, nella cit. opera si osserva: “*occorre tuttavia chiedersi se tale inapplicabilità valga per le obbligazioni emesse dalla banca senza obbligo di prospetto e offerte direttamente al proprio cliente*” che potrebbero considerarsi rientranti “*piuttosto nella categoria degli strumenti propri di finanziamento della banca attuati attraverso la raccolta presso il pubblico*”. Diverso sarebbe invece, secondo gli autori, il caso della collocazione in base ad un’offerta al pubblico ex artt. 94 e ss. TUF. Più in generale, si osserva che “*parrebbe pacifico collocare nell’ambito dei servizi bancari quelle controversie la cui causa petendi trovi origine nella raccolta di fondi nei confronti del pubblico non soggetta alla disciplina sul collocamento e, nello specifico, in quelle che si basano su un contratto di deposito e servizi annessi, nonché in quei contratti bancari il cui contenuto sia disciplinato dalle norme sulla trasparenza ex artt. 115 ss. del t.u.b. e dalle disposizioni regolamentari di attuazione*”.

(76) Cfr. Decisione n. 17 del 2 febbraio 2010.

accrediti in conto corrente”; al riguardo, l’intermediario eccepeva l’incompetenza dell’ABF sostenendo che si trattava di materia attinente ai servizi di investimento, mentre il ricorrente sosteneva che la contestazione non riguardava i “servizi di investimento”, ma l’inottemperanza agli obblighi contrattuali concernenti la messa a disposizione ed il buon funzionamento di servizi telematici accessori al conto corrente. Il Collegio investito della decisione ha dichiarato la sua incompetenza, riconoscendo la sussistenza di prevalenti finalità di investimento sulla base di articolate e complesse considerazioni, che testimoniano la difficoltà di individuare, in determinati casi, una soluzione di immediata evidenza (77).

Le Disposizioni applicative precisano altresì che all’ABF possono essere sottoposte tutte le controversie aventi ad oggetto l’accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono. Se la domanda del ricorrente ha ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, la controversia rientra nella cognizione dell’ABF a condizione che l’importo richiesto non sia superiore a 100.000 euro. Sono escluse dalla cognizione dell’organo decidente le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento o della violazione dell’intermediario (78); sono parimenti escluse le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l’intermediario ovvero di contratti ad esso collegati (ad esempio, quelle riguardanti eventuali vizi del bene concesso in leasing o fornito mediante operazioni di credito al consumo; quelle relative alle forniture connesse a crediti commerciali ceduti nell’ambito di operazioni di factoring) (79).

(77) In particolare, nella cit. decisione, consultabile sul sito www.arbitrobancariofinanziario.it, la fattispecie viene inquadrata dal Collegio nel malfunzionamento di sistemi operativi per lo svolgimento del “trading on-line”. In base ad un’ampia e dettagliata disamina della normativa che ne disciplina il funzionamento, il dubbio sulla “prevalenza delle finalità” (di investimento o meno) viene risolto nel senso che il “prodotto composto” oggetto del ricorso deve ritenersi collegato funzionalmente, in via prevalente, con la prestazione di servizi finanziari, per cui deve escludersi la competenza dell’ABF. In una diversa fattispecie, in cui la contestazione riguardava la mancata compensazione di “plusvalenze (capital gain)” derivanti dalla vendita di titoli con le minusvalenze verificatesi in virtù della negoziazione di titoli operata da un distinto settore della banca (banca virtuale, che aveva successivamente assunto una qualificazione giuridica autonoma dall’Agenzia presso la quale era aperto un conto deposito titoli del medesimo cliente), lo stesso Collegio autore della su indicata pronuncia è pervenuto a conclusioni opposte, decretando la propria competenza. Cfr. decisione n. 179/2010 sul ricorso n. 441390.

(78) Sul punto si fa riserva di una più ampia disamina allorché sarà affrontato il tema delle domande risarcitorie.

(79) Cfr. Disp. App., Sez.I, par. 4. Con riguardo alla competenza dell’ABF in tema di credito al consumo è opportuna una riflessione. E’ noto come, a norma dell’art.42 del Cod. del consumo (D.Lgs. 206/2005), il consumatore, in caso di inadempimento del fornitore, poteva agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, purché sussistesse un accordo di “esclusiva” tra finanziatore e fornitore. La Corte di Giustizia, tuttavia, con decisione 23 aprile 2009 (C-509/07) ha ritenuto che il rapporto di esclusiva “*non costituisce un presupposto necessario per l’esercizio del diritto del consumatore di procedere contro il creditore*”. In forza dell’art.3 del D.Lgs. 13 agosto 2010, n.141, che ha abrogato l’art.42 e modif. l’art.43 Cod. cons., la materia è ora disciplinata in via esclusiva dal T.U.B. (tit. VI, capi II e III), che agli artt.125-ter e 125-quinquies disciplina le ipotesi di recesso del consumatore e di inadempimento del fornitore. Sull’argomento, l’ABF si è già più volte pronunciato, ritenendo sussistente la sua competenza. V. ad es. Decisione n.1054 dell’11 ottobre 2010 che ha accolto il ricorso dichiarando risolto il contratto di finanziamento. Nella fattispecie il ricorrente non aveva ricevuto in consegna l’auto acquistata con credito al consumo; l’organo decidente non è entrato nel merito della vertenza riguardante la fornitura, essendo incontrovertibile l’inadempimento.

La competenza dell'ABF è estesa anche alle controversie concernenti i servizi di pagamento di cui al D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 (Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno), come espressamente previsto da specifiche disposizioni del menzionato decreto (80).

Infine, va considerato che non possono essere sottoposte all'ABF controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2007, fermi restando in ogni caso gli effetti della prescrizione (81).

9. Poteri istruttori – Pregiudizialità

Il procedimento dinanzi all'ABF è regolato da speciali regole procedurali che tengono conto della peculiare natura dell'Organo decidente e dei ricorsi sottoposti al suo esame. Tra queste spiccano le regole sull'istruttoria che può essere svolta ai fini della decisione del ricorso in quanto le Disposizioni applicative emanate dalla Banca d'Italia stabiliscono che *“la decisione sul ricorso è assunta sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca”* (82).

Ne consegue che i Collegi non possono sentire le parti, né eventuali testimoni e neppure è prevista l'esperibilità di perizie, che pure in qualche circostanza sarebbero utili per definire aspetti di tipo tecnico che riguardano particolari situazioni (ad es. modalità tecniche di funzionamento di particolari strumenti di pagamento).

(80) V. D. Lgs. n. 11/2010, art. 40 (Ricorso stragiudiziale) - 1. *Per le controversie concernenti i servizi di pagamento gli utilizzatori di tali servizi possono avvalersi di sistemi, organismi o procedure di risoluzione stragiudiziale; resta in ogni caso fermo il diritto degli utilizzatori di adire la competente autorità giudiziaria.* - 2. *Ai fini di cui al comma 1 i prestatori di servizi di pagamento aderiscono a sistemi, organismi o procedure costituiti ai sensi di norme di legge o con atto di autoregolamentazione delle associazioni di categoria. Le banche, gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento aderiscono ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie previsti dall'articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, per le controversie individuate dalle Disposizioni applicative del medesimo articolo.* - 3. *Per la risoluzione delle controversie transfrontaliere i sistemi, organismi o procedure di cui ai commi 1 e 2 prevedono forme di collaborazione con quelli istituiti negli altri Stati Membri.*

(81) V. Disp. App., ibidem. Sul punto, i Collegi si sono pronunciati in più occasioni, ritenendo sussistente la loro competenza nel caso in cui gli effetti di rapporti, operazioni e comportamenti antecedenti il 1° genn. 2007 dovevano considerarsi ancora persistenti. Cfr. ad es. la Decisione n.882 del 6 settembre 2010 in cui si afferma: *“Sempre in via preliminare, osserva il Collegio che il caso di specie rientra, ratione temporis, nella propria competenza a conoscere, in quanto, benché il rapporto oggetto della controversia abbia avuto origine prima del 2007, è da considerarsi persistente, seppur nei limiti della prescrizione. Questa tuttavia, in base ai principi generali deve essere espressamente eccepita dal convenuto, non essendo consentito al giudicante di rilevarla d'ufficio.”*

(82) V. Disp. App., Sez. VI, par. 4. In proposito, si è già avuto modo di segnalare un'opinione dottrinarina (cfr. CAPOBIANCO, op. cit., pag.8) che propone un'interpretazione ampliativa dei poteri decisionali dei Collegi, partendo dal disposto dell'art. 5, comma 5 della deliberazione CICR (e delle corrispondenti Disp. App. della Banca d'Italia), in base a cui la decisione *“può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti”*. Da tale disposizione si dovrebbe ricavare la possibilità che la decisione sia adottata secondo criteri non necessariamente limitati allo “stretto diritto”, per avvicinarsi all'equità (possibilità peraltro indicata per le ADR nella Raccomandazione 98/257/CE) e a forme di mediazione.

Nella casistica delle decisioni adottate, si sono presentate fattispecie in cui le limitazioni di tipo istruttorio hanno reso necessario adottare particolari criteri interpretativi ai fini della decisione la quale, come prescritto dalle su indicate regole procedurali, può basarsi unicamente sui rilievi documentali acquisiti dalle parti. A titolo di esempio, si segnala una decisione in cui viene esaminato il disconoscimento da parte del ricorrente della regolarità della sottoscrizione del contratto che era alla base del rapporto obbligatorio contestato. (83) Nella fattispecie, il Collegio ha richiamato il principio giurisprudenziale secondo il quale *“il riconoscimento della sottoscrizione, idoneo a far acquistare alla scrittura privata la particolare efficacia probatoria prevista dall’art. 2702 c.c., può essere anche implicito e può assumere rilievo anche se effettuato prima del giudizio, e cioè in sede stragiudiziale; tuttavia il riconoscimento, anche se tacito, non costituisce accertamento incontestabile dell’autenticità della scrittura, ma può essere impugnato solo mediante la proposizione di querela di falso (Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2004, n. 21744)”*. ritenuto Sulla base di questa premessa, nella decisione si afferma che nel *“comportamento della ricorrente, che per diversi mesi ha accettato l’addebito della rata di ammortamento del mutuo e la conseguente decurtazione del proprio stipendio nella misura del quinto, e che comunque non ha rifiutato l’accredito dell’importo corrispondente alla somma mutuata, devono ravvisarsi gli estremi del riconoscimento implicito stragiudiziale della sottoscrizione; riconoscimento che può essere privato di efficacia attraverso l’impugnazione mediante la proposizione di querela di falso, ma che, fino al momento della eventuale proposizione di detta querela, è inattaccabile e vale a corroborare l’efficacia probatoria della scrittura privata ai sensi dell’art. 2702 c.c.”*. Il principio del *“riconoscimento implicito”* ha consentito al Collegio di decidere in base alle risultanze documentali, non potendo disporre perizie calligrafiche, né altre forme di verifica delle firme contestate (84).

Un altro aspetto meritevole di attenzione riguarda le possibili interferenze sul procedimento dinanzi all’ABF che potrebbero derivare dalla contestuale pendenza di altri giudizi. In proposito, le Disposizioni applicative emanate dalla Banca d’Italia stabiliscono che: *“non possono essere inoltre proposti ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all’autorità giudiziaria, rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione ai sensi di norme di legge”* (85).

Come già in precedenza osservato, la normativa, sui punti sopra indicati, richiede un aggiornamento per tener conto delle nuove disposizioni di cui al D. Lgs. n. 28/2010 sulla mediazione. Ciò in quanto la proposizione di una domanda giudi-

(83) V. Decisione n. 667 del 2 luglio 2010.

(84) Dinanzi all’ABF non è ammesso il procedimento della querela di falso, previsto dagli articoli 221 e ss. c.p.c. e art. 99 delle relative disp. di attuazione; né si può chiedere la verifica delle scritture ai sensi degli artt. 214 ss. c.p.c. e art. 98 disp. att.

(85) V. Disp. App., Sez. I, par. 4. Tale disposizione è conforme a quanto previsto nella Deliberazione CICR 29 luglio 2008, n. 275, art. 2, par. 6: *“Non possono essere proposti ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all’autorità giudiziaria, rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione ai sensi di norme di legge”*.

ziale richiede, a pena di improcedibilità, il preventivo esperimento di un tentativo di mediazione ovvero del ricorso all'ABF, essendo quest'ultimo annoverato tra i procedimenti che concretano la "condizione di procedibilità" prevista dall'art. 5 del su menzionato decreto legislativo (86).

Nelle disposizioni applicative non sono invece contemplate fattispecie di "pregiudizialità" penale rispetto al ricorso, lasciando quindi ai Collegi di valutare, in via interpretativa, quali siano le soluzioni giuridicamente più adeguate per risolvere una vertenza le cui questioni di fatto siano in tutto o in parte oggetto di un procedimento penale. In proposito, si segnala un caso emblematico affrontato in una delle prime decisioni (87), riguardante il ricorso di un cliente che chiedeva lo "svincolo ... del pegno per giusta causa, in quanto vittima di usura e versando in condizioni economiche gravemente disagiate". Agli atti risultava una denuncia-querela presentata dal ricorrente contro terzi, risalente al 2007, accompagnata da una richiesta alle autorità competenti di essere ammesso al Fondo di solidarietà per vittime di tale reato. Risultava altresì un'altra denuncia-querela presentata nel luglio del 2009 anche nei confronti di esponenti della banca convenuta per aver applicato tassi asseritamente usurari sul conto corrente della cliente in un determinato periodo di tempo. Chiamato a pronunciarsi riguardo sul ricorso, il Collegio ha valutato, in via preliminare, se la denuncia-querela presentata nei confronti della banca incidesse sulla procedibilità del ricorso proposto nei confronti della banca stessa. In proposito, facendo rinvio ai principi di legge in tema di rapporto tra giudizio civile e processo penale, ha osservato che nel codice di procedura penale attualmente vigente non è stata riprodotta la disposizione di cui all'art. 3, comma 2, del codice abrogato, né sono state reiterate le altre disposizioni ad essa collegate e contenute nel Capo secondo, Titolo I, Libro I del medesimo codice, con conseguente soppressione di ogni riferimento alla c.d. "pregiudiziale penale" nel testo dell'art. 295 c.p.c. (88). Da ciò ha tratto la conclusione che "*i richiamati principi normativi, aventi carattere e portata generale, devono ritenersi applicabili anche al procedimento dinanzi all'ABF, per cui deve concludersi per la non sussistenza di un dovere di sospensione quand'anche risultasse iniziata l'azione penale ai sensi dell'art. 405 c.p.p.*". Si tratta di una conclusione interpretativa, riprodotta in successive analoghe decisioni, che in qualche modo va ad integrare le Disposizioni applicative in tema di rapporto con precedenti giudizi.

(86) V. sub par. 7, al quale si fa rinvio.

(87) Vedasi Decisione n. 45 del 12 febbraio 2010.

(88) Più precisamente, nella cit. Decisione si afferma: "*deve ritenersi che il nostro ordinamento non sia più ispirato al principio dell'unità della giurisdizione e della prevalenza del 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. (azione promossa in sede civile dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado), 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)*".

10. Legittimazione attiva. La qualificazione di “cliente”

Un aspetto importante riguarda la disciplina della legittimazione attiva, che presenta profili meritevoli di qualche riflessione. Infatti, non sfugge la particolarità di un procedimento di giustizia alternativa riservato sostanzialmente solo alla clientela delle banche e degli intermediari finanziari, escludendo che siano questi ultimi a proporre ricorso. Questa circostanza costituisce indubbiamente un limite in quanto, come già in precedenza ricordato, rende il sistema non aperto a tutte le parti potenziali della vertenza; il che assume particolare significatività in relazione alle disposizioni sulla mediazione e alla “condizione di procedibilità” introdotte dal D. Lgs. n. 28/2010.

Si è già avuto modo di precisare, altresì, come l’origine di questa peculiarità sia verosimilmente riferibile al fatto che il sistema trova fondamento genetico nelle disposizioni di legge sulla tutela del risparmio, che fanno perno sul diverso rapporto di forza tra l’intermediario ed il cliente; anche se questo assunto trova minore giustificazione nell’ipotesi di clientela che svolge attività d’impresa.

Va inoltre osservato che la definizione di “cliente” fornita dalla disciplina attuativa emanata dalla Banca d’Italia ha posto immediatamente alcuni problemi interpretativi in relazione a ricorsi proposti da soggetti non legati all’intermediario convenuto da specifici rapporti negoziali. Si ricorda, infatti, che secondo le Disp. App. (Sez. I, par. 3) appartiene a tale categoria il soggetto che *“ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento”* (89). La su indicata definizione, se risponde al condivisibile obiettivo di inquadrare il ricorso nell’ambito di rapporti certi e concreti tra il ricorrente e l’intermediario, lascia tuttavia scoperto un raggio di azione che la pratica operativa dell’ABF ha fatto emergere in modo chiaro. Fin dalle prime decisioni, infatti, si è manifestata l’esigenza di una considerazione in senso estensivo della nozione di “cliente”, con particolare riguardo alla necessità di comprendere nell’ambito della competenza dell’ABF la materia delle trattative precontrattuali, che rivestono un rilievo indiscutibile in tema di trasparenza e buona fede; tale esigenza è stata prontamente recepita nei *“Chiarimenti su questioni applicative della disciplina”* pubblicati nel gennaio 2010 sui siti internet della Banca d’Italia e dell’Arbitro bancario finanziario (90).

Ciò premesso, è interessante rilevare che il problema del riconoscimento della legittimazione a proporre ricorso all’ABF da parte di soggetti non legati all’intermediario da specifici rapporti negoziali si è proposto, in particolare, con

(89) Le medesime disposizioni amministrative precisano, inoltre, che non rientrano nella definizione di “cliente” i soggetti che svolgono in via professionale attività nei settori bancario, finanziario, assicurativo, previdenziale e dei servizi di pagamento.

(90) Nei Chiarimenti pubblicati nel sito ufficiale dell’ABF veniva precisato che: *“Le disposizioni in materia di ABF devono essere intese nel senso che l’Organo decidente può conoscere anche le controversie riguardanti le trattative precontrattuali - tra cui in particolare quelle concernenti il rispetto delle norme in materia di trasparenza - indipendentemente dall’effettiva conclusione del contratto”*.

riferimento a due situazioni. La prima riguarda i rapporti precontrattuali; la seconda il comportamento dell'intermediario produttivo di conseguenze pregiudizievoli su soggetti estranei al rapporto negoziale.

11. Legittimazione attiva in casi di responsabilità precontrattuale ed aquiliana

Con riguardo alla prima situazione, relativa alla fase precontrattuale, si osserva che nella tipologia di questioni sollevate in sede di ricorso assumono deciso rilievo le fattispecie caratterizzate da "contatti qualificati" intervenuti tra cliente e intermediario, che tuttavia non sono confluiti in una successiva definizione contrattuale. Va in proposito sottolineata l'importanza della teoria dottrinale e giurisprudenziale che individua la categoria giuridica del "contatto sociale" cui è correlata quella dell'obbligazione senza prestazione, che conduce alla configurazione della responsabilità precontrattuale come responsabilità contrattuale e non extracontrattuale (91). In particolare, si ritiene che se una norma giuridica si impegna a disciplinare una relazione sociale sottoponendola al doveroso rispetto del principio di buona fede, ciò acquista un preciso rilievo sotto il profilo giuridico, nel senso che la semplice relazione sociale assume i contorni di un vero e proprio rapporto obbligatorio (92).

L'importanza dei profili giuridici e comportamentali che riguardano la fase del primo approccio con la clientela è confermata dal rilievo riservato a tale argomento nelle Disposizioni sulla trasparenza emanate dalla Banca d'Italia (93), nelle quali il concetto di "cliente" e di "clientela" viene assunto in un'accezione più ampia rispetto a quella indicata nelle "definizioni" riguardanti il procedimento dinanzi all'ABF. Infatti, nelle citate norme sulla trasparenza la definizione di "cliente" abbraccia non soltanto chi abbia un rapporto contrattuale in essere, ma anche colui "che intenda entrare in relazione" con la banca o con l'intermediario finanziario (94); in piena coerenza con tale definizione, al fine di garantire le necessarie informazioni precontrattuali, nella medesima normativa è stabilito che "*prima della conclusione del contratto, l'intermediario consegna al cliente, su*

(91) V. in proposito: E. SCODITTI, *Dal contatto sociale all'imputabilità dell'atto illecito: l'obbligazione senza prestazione nella giurisprudenza*, Relazione tenuta al Consiglio Superiore della Magistratura, 29-30 maggio 2008. L'Autore sottolinea il fondamentale contributo offerto sull'argomento da L. MENGONI (*Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p.360) che evidenzia come la giurisprudenza fosse ferma in modo monolitico alla tesi della natura "aquiliana" della *culpa in contrahendo*, mentre la dottrina si era spinta a ritenere che la responsabilità prevista dagli articoli 1337 e 1338 c.c. fosse da ricondurre al sistema dell'art. 1218 c.c. e non a quello dell'art. 2043 c.c.

(92) Cfr. SCODITTI, *op.cit.*, pag.3.

(93) V. al riguardo, le Istruzioni di vigilanza di cui alla Circ. n. 229 del 1999, Tit. X. Cap.I (9° agg., 25 luglio 2003) e le nuove disposizioni di cui al Provvedimento 29 luglio 2009, Sez.I. Il testo è stato aggiornato con Provvedimento 9 febbraio 2011 sul "Credito ai consumatori". In seguito si farà riferimento a quest'ultima normativa, indicandola come: "Disposizioni sulla trasparenza".

(94) V. Disposizioni sulla trasparenza, Sez.I, par. 3, in cui il "cliente" è definito come "*qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con l'intermediario*".

sua richiesta, una copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula” e inoltre che “la consegna non impegna le parti alla stipula del contratto” (95); ne emerge un concetto di “cliente” che prescinde dall’esistenza di un rapporto contrattuale, cui tuttavia viene riconosciuto il diritto a che siano rispettate, da parte della banca (e in genere, dell’intermediario), le regole della buona fede e della trasparenza nella fase che precede l’eventuale accordo tra le parti.

In relazione alla seconda tipologia di accadimenti, cui si è fatto cenno in premessa, riferibile ad ipotesi di effetti pregiudizievoli determinati su soggetti del tutto estranei a rapporti negoziali (o prenegoziali) con intermediari, il problema della legittimazione ad agire dinanzi all’ABF si è posto con riguardo a fattispecie di erronea segnalazione in una c.d. “centrale rischi privata” (96), da parte di una banca o di un intermediario finanziario, del nominativo di soggetti che non avevano alcuna correlazione con il segnalante. Emblematico è il caso del ricorrente che ha scoperto di essere qualificato come “cattivo pagatore” nel momento in cui ha richiesto un finanziamento alla sua banca e se lo è visto rifiutare a causa dell’iscrizione in una centrale rischi privata che ne tracciava un profilo di inaffidabilità, effettuata da un’altra banca di cui non è mai stato cliente. A tale riguardo, si è delineato un orientamento dell’ABF favorevole a riconoscere la legittimazione del soggetto danneggiato a presentare ricorso nei confronti della banca segnalante, benché lo stesso non avesse rapporti negoziali in corso con quest’ultima. In particolare, si evidenzia una decisione in cui viene trattato ampiamente il tema, con particolare riguardo all’eccezione sollevata dalla banca convenuta secondo cui la competenza dell’ABF sarebbe limitata alla cognizione dei rapporti contrattuali fra cliente ed intermediario, aventi ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari (97). Il Collegio, disattendendo l’eccezione della convenuta, afferma, in linea con *“l’indirizzo interpretativo già adottato in precedenti occasioni”*, che *“l’ambito della competenza dell’Arbitro Bancario Finanziario è segnato, in termini oggettivi, dalle relazioni che tipicamente intercorrono fra banca e clienti, senza che rilevi, ai fini della esclusione della competenza nel caso concreto, la circostanza che, in un determinato contesto, la controversia, pur oggettivamente e tipicamente rientrando fra quelle che intervengono fra banche e clienti, sia insorta fra una banca ed un soggetto che con la stessa non abbia intrattenuto alcun rapporto contrattuale”*. Si osserva altresì che *“non vi è alcuna ragione sistematica che induca, come vorrebbe la parte convenuta, a restringere la cognizione dell’ABF ai soli casi di responsabilità*

(95) V. Disposizioni sulla trasparenza, Sez. II, par. 6. Con riferimento al “credito ai consumatori”, analoghe previsioni dirette a dare forte rilievo all’obbligo di fornire informazioni al “consumatore” “prima che egli sia vincolato da un contratto”, sono riportate, in particolare, nell’art. 124 TUB (*“Obblighi precontrattuali”*) nel testo modificato per effetto del D.Lgs. n. 141/2010.

(96) Il riferimento è al Sistema di informazioni creditizie (SIC), noto anche come “centrale-rischi” privata, sul quale si tornerà più specificamente in prosieguo di trattazione. Si tratta in sostanza di *“banche dati che raccolgono in modo centralizzato informazioni economiche inerenti alle caratteristiche delle posizioni debitorie degli affidati nei confronti del sistema creditizio e, più in generale, alla solvibilità dei soggetti prenditori di credito”* - SCIARRONE ALIBRANDI, Centrali dei rischi creditizi e normativa di privacy: informazione e controlli dell’interessato, in Riv. dir. civ., 2003, I, 423.

(97) V. in proposito la Decisione n. 613 del 25 giugno 2010

contrattuale delle banche nei confronti dei clienti e a escluderne per converso le fattispecie di responsabilità extracontrattuale come quella che qui ci occupa. La definizione di “cliente” dettata dalla citata normativa è funzionale alla delimitazione della categoria socioeconomica di appartenenza dei soggetti che entrano in contatto (contrattualmente o per via extracontrattuale) con le banche in relazione al compimento, da parte di queste ultime di atti tipicamente corrispondenti, quanto al loro contenuto, alla prestazione di servizi bancari, ovvero strumentali e accessori, anche qui secondo una valutazione di tipicità, alla prestazione di servizi ed operazioni bancari” (98).

La competenza dell'ABF è dunque riconosciuta nel presupposto che assuma comunque rilievo la circostanza che l'interessato rivesta la qualificazione di cliente di altra banca, per cui la situazione pregiudizievole cagionata dal comportamento della (diversa) banca segnalante si riflette sul rapporto che l'interessato ha con altro intermediario annoverato tra quelli di cui all'art. 115 TUB, concretando un impedimento al legittimo esercizio dei diritti che gli derivano dal rapporto in essere con quest'ultimo. La ratio di tale scelta interpretativa tiene conto dell'esigenza di non lasciare priva di tutela una situazione pregiudizievole maturata all'interno del sistema di operazioni e servizi bancari e finanziari di cui al titolo VI del TUB, per cui la mancanza di una relazione contrattuale con l'intermediario convenuto non può valere di per sé ad escludere la competenza dell'ABF.

12. Segue: interruzione ingiustificata delle trattative

Nell'ambito della responsabilità precontrattuale, fattispecie particolarmente interessanti sotto il profilo giuridico, oltre che piuttosto frequenti nell'ambito dei ricorsi presentati all'ABF, sono quelle attinenti a richieste di finanziamento non accolte dall'intermediario, spesso dopo un lungo lasso di tempo e pur avendo coinvolto il (potenziale) cliente in produzioni documentali ed in altri adempimenti che lasciavano presagire una positiva conclusione dell'istruttoria. Nelle decisioni intervenute al riguardo, le questioni sono state affrontate tenendo conto dell'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in tema di responsabilità precontrattuale nelle trattative *“giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella*

(98) Nella cit. decisione, il Collegio afferma altresì: *“Nel caso di specie, è pacifico che la pretesa fatta valere dal Ricorrente dinanzi a questo Collegio scaturisce dalla violazione di obblighi di carattere generale incombenti alla Banca, e specificatamente dell'obbligo generale di diligenza, che si concretizza qui come obbligo di segnalare alla Centrale rischi soltanto i (nominativi dei) soggetti che effettivamente si trovano nelle condizioni previste dalla legge, e non di soggetti diversi, seppure aventi lo stesso nome. Per quanto sin qui osservato, la soluzione che s'impone, perché coerente con il disegno normativo sottostante all'istituzione dell'ABF, è nel senso di affermare la competenza di questo collegio riguardo alla cognizione della controversia”*. Nelle conclusioni, il Collegio ha riconosciuto il diritto del ricorrente ad ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali subiti per non aver potuto attuare il tempestivo trasferimento del mutuo con surrogazione a condizioni più vantaggiose, nonché il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali (disagio psicologico, lesione della reputazione).

parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto” e tuttavia poi interrotte “senza un giustificato motivo” (99).

Ciò posto, si è osservato, in linea di principio, che *“un obbligo generale di far credito è certamente estraneo allo statuto delle imprese bancarie, la cui attività deve ispirarsi ai principi di una “sana e prudente gestione” e deve essere esercitata avendo riguardo “alla stabilità complessiva, all’efficienza e alla competitività del sistema finanziario” (arg. ex art. 5, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385). L’inesistenza di un obbligo siffatto non esclude tuttavia la possibilità di riconoscere che, in determinate ipotesi, il mancato accoglimento della richiesta di credito possa essere fonte di responsabilità per le banche. Esse sono, infatti, tenute ad improntare le proprie relazioni d’affari “a criteri di buona fede e correttezza”, secondo quanto puntualizzato dalle “Disposizioni” emanate dalla Banca d’Italia in tema di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari in vigore all’epoca dei fatti di causa (Istruzioni di vigilanza, 9° agg., 25 luglio 2003, Tit.X, Cap. I, Sez. I, § 1.2), ora sostituite dalle Disposizioni emanate il 29 luglio 2009, (ivi, Sez. I, Premessa, § 1.3) che, come già puntualizzato da questo Collegio (dec. 8 febbraio 2010, n. 21; 26 maggio 2010, n. 437), costituiscono specificazione dei principi enunciati, in via più generale, dal codice civile. Non vi è dubbio, pertanto, che la mancata erogazione del credito, senza alcun plausibile motivo, potrebbe esporre la banca a responsabilità precontrattuale ai sensi dell’art. 1337 c.c”.* (100).

Sulla base di tali argomentazioni, nella casistica dei ricorsi nei quali si contesta il diniego opposto alle domande di concessione di finanziamenti e si domanda il risarcimento dei danni conseguenti, si registrano decisioni di segno opposto, correlate al diverso accertamento del grado di correttezza e di trasparenza riconoscibile nel comportamento tenuto dall’intermediario. In particolare, le decisioni di rigetto si basano sulla considerazione che la mancata concessione del finanziamento rientra nell’esercizio di scelte imprenditoriali, operate nell’ambito di una riconosciuta autonomia, nel rispetto di precisi parametri posti a presidio di una corretta gestione del credito, per cui nessuna responsabilità è ravvisabile nell’intermediario ove non risulti che abbia adottato comportamenti contrari a buona

(99) Vedasi Cass. 29 marzo 2007, n. 7768, secondo cui: *“Perché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale, è necessario che tra le parti siano in corso trattative; che le trattative siano giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità, le interrompa senza un giustificato motivo; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto. La verifica della ricorrenza di tutti i suddetti elementi, risolvendosi in un accertamento di fatto, è demandato al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato”.* In senso conforme, v. Cass. 18 giugno 2004, n. 11438.

(100) Cfr. Decisione n. 886 del 6 settembre 2010. Conforme sul punto, la Decisione n. 446 del 27 maggio 2010, che tuttavia respinge il ricorso, osservando, tra l’altro che *“ il cliente così come non può vantare un diritto alla conclusione positiva della sua proposta contrattuale volta ad ottenere una erogazione di credito, non può neppure vantare un diritto alla conclusione positiva di una trattativa volta a realizzare la surroga attiva di un mutuo”.*

fede e trasparenza (101). Diversamente, le decisioni di accoglimento fanno leva sull'accertata sussistenza di un concreto affidamento ingenerato nel cliente circa il buon esito della domanda, anche in considerazione del lungo lasso di tempo lasciato trascorrere dall'intermediario prima di comunicare l'esito dell'istruttoria, per cui il comportamento della parte resistente è apparso non conforme alle regole di correttezza e trasparenza cui l'intermediario è tenuto ad uniformarsi. In particolare, in alcune decisioni si è ritenuto che il comportamento della banca concretasse un recesso ingiustificato dalle trattative, basato su mere cavillosità incompatibili con i doveri di comportamento secondo buona fede (102).

13. Estensione del concetto di responsabilità contrattuale

La legittimazione ad agire da parte di soggetti non legati all'intermediario da uno specifico rapporto contrattuale è stata riconosciuta dall'ABF (103) anche sulla base di una diversa e più complessa motivazione, che poggia su principi tratti dall'evoluzione dottrina e giurisprudenziale tesa ad ampliare la portata ed il significato della responsabilità contrattuale. La questione si è posta in relazione al ricorso presentato da un soggetto che scopre di essere stato segnalato nella Centrale d'allarme interbancaria (CAI) (104) per iniziativa di una banca di cui non è cliente. Al riguardo, il Collegio si è dichiarato competente ad esaminare il ricorso in base ad un più generale principio, enunciato dalla giurisprudenza di legittimità, per cui la responsabilità nella quale incorre il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta deve essere qualificata come contrattuale "non

(101) V. ad es. la già cit. Decisione n. 446 del 27 maggio 2010, nella quale tuttavia si rivolgono all'intermediario alcune raccomandazioni dirette a favorire le relazioni con la clientela, in conformità a quanto previsto nelle Disp. App., Sez.VI, par. 4. V. anche la Decisione n. 1373 del 25 novembre 2010 che respinge il ricorso ritenendo fondati i motivi di mancata concessione del finanziamento richiesto.

(102) Vedasi, ad es., Decisione n. 973 del 24/9/2010, nella quale, richiamato il principio secondo cui "la buona fede precontrattuale ha la medesima consistenza della buona fede contrattuale, e che, quindi, essa si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altro (Cass. n. 264/2006; n. 13345/2003)", si conclude: "In simile contesto il Collegio, alla luce del richiamato insegnamento giurisprudenziale, non può che accertare e dichiarare, come da espressa domanda della ricorrente, la violazione dei doveri di buona fede precontrattuale, di cui all'art. 1337 c.c., da parte dell'intermediario". Tra le decisioni di accoglimento si segnalano anche la n. 202 del 7 aprile 2010, la n. 445 del 27 maggio 2010, la n. 820 del 28 luglio 2010.

(103) Vedasi al riguardo: Decisione n. 422 del 25 maggio 2010.

(104) La c.d. "Centrale d'Allarme Interbancaria" (CAI) consiste in un archivio informatizzato degli assegni bancari e postali, istituito sotto il controllo della Banca d'Italia a norma dell'art. 10-bis della legge 15 dicembre 1990, n. 386 (*Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari*). Rientra nel programma di misure di controllo introdotte a seguito della depenalizzazione dell'emissione illecita di assegni bancari e postali disposta con D.Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 (che, tra l'altro, ha aggiunto l'art. 10-bis alla cit. legge 386/90). Il trattario che rifiuti il pagamento in tutto o in parte di un assegno per mancanza di autorizzazione o di provvista è tenuto ad iscrivere il nominativo del traente nella CAI, rispondendo, in caso contrario, ex art. 10 della l. n. 386/90, in solido con il traente del pagamento degli assegni che lo stesso abbia eventualmente emesso nel periodo in cui avrebbe dovuto essere soggetto a revoca (limitatamente a Lit.20 milioni ad assegno, ex art. 10 della medesima legge). V. al riguardo: MANCINI, PROFETA, DE GIORGI *La Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, in questi *Quaderni*, n. 59/2007, pagg. 14 ss..

soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte" (105). Si è osservato altresì che la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale viene, in generale, ravvisata nel fatto che mentre la prima consegue alla violazione di una "obbligazione" e quindi di uno specifico obbligo di comportamento diretto a soddisfare l'interesse di un determinato soggetto o di una determinata cerchia di soggetti, la seconda consegue alla violazione del generico dovere di rispetto dell'altrui sfera giuridica. Muovendo da queste premesse e seguendo l'indirizzo della S.C., deve considerarsi come "contrattuale" la responsabilità della banca negoziatrice che abbia pagato un assegno non trasferibile in violazione di quanto stabilito dall'art. 43, comma 1, r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, non solo nei confronti del prenditore, ma anche nei riguardi di colui che tale assegno abbia emesso. Tale conclusione poggia, sulla considerazione che le "regole di circolazione e di pagamento" dell'assegno munito di clausola di non trasferibilità, appaiono essenzialmente rivolte "a tutelare i diritti di coloro che alla circolazione di quello specifico titolo sono interessati; ciascuno dei quali ha diritto di confidare sul fatto che l'assegno sarà pagato solo con le modalità e nei termini che la legge prevede" (106). In questa ottica, si individua, a carico del banchiere, un "obbligo di protezione" che attiene alla tutela di una specifica categoria di utenti dei servizi bancari e che si diversifica dal generico dovere di rispetto dell'altrui sfera giuridica (107). Un analogo obbligo di protezione è ravvisabile, a giudizio del Collegio che si è pronunciato nella decisione qui segnalata, in relazione alle norme che regolano il funzionamento della Centrale d'Allarme Interbancaria, "essendo indubbio che la corretta identificazione di chi viene segnalato nell'Archivio informatico previsto dall'art. 10-bis, legge 15 dicembre 1990 n. 386, risponda - oltre che a finalità di carattere generale, inerenti al regolare funzionamento dei sistemi di pagamento - anche ad esigenze di tutela dei soggetti che di tali strumenti si avvalgono". Pertanto, nella richiamata decisione si è ritenuto che la violazione delle regole di funzionamento della CAI, che

(105) Viene riportata sul punto la massima di Cass., S.U., 26 giugno 2007 n. 14712.

(106) V. Cass., S.U. n. 14712/2007, cit.

(107) In proposito, si segnala l'autorevole dottrina secondo cui gli obblighi di protezione "nel costituire un preciso dovere di comportamento volto a tutelare una specifica sfera giuridica altrui, segnano una diversità dalla responsabilità aquiliana. Quest'ultima infatti è caratterizzata "ab origine" dall'assenza di doveri di comportamento rivolti a favore di persone determinate (...). La responsabilità da violazione di un obbligo di protezione, al contrario, presuppone appunto un obbligo e perciò si configura come infrazione ad un rapporto che lega già i soggetti, attivo e passivo, della fattispecie di danno". C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006, p. 457. Emblematico dell'evoluzione interpretativa è il tema della responsabilità da errore medico. Per molti anni si è affermato che il medico che cagioni un danno al paziente non ha nei confronti di quest'ultimo una responsabilità contrattuale, avendo un rapporto contrattuale con la clinica e non con il paziente. Dal 1999 la Cassazione ha modificato il suo orientamento, ritenendo che il medico, per il semplice fatto di aver assunto l'impegno di curare il paziente, abbia con quest'ultimo un vero e proprio rapporto contrattuale (pur in assenza di contratto) in base al disposto dell'art. 1173 c.c. che individua come fonti dell'obbligazione anche gli altri fatti o atti idonei a produrle secondo l'ordinamento. In sostanza, si va affermando in linea di principio il passaggio dalla responsabilità "aquiliana" (basata sul principio del *neminem laedere*) a quella contrattuale. V. più ampiamente sul punto: F. CARINGELLA-G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, vol. II, Le obbligazioni*, Milano 2007, p.72 e ss..

prescrivono la corretta identificazione del soggetto segnalato, si inquadrano negli schemi della responsabilità contrattuale che comporta la legittimazione del segnalato a proporre ricorso all'ABF nei confronti dell'intermediario segnalante, anche in mancanza di un rapporto negoziale con quest'ultimo.

Si rileva come, nella su indicata decisione, il tema della "qualificazione" del cliente sia stato valutato sotto un profilo diverso rispetto a quello che emerge dalle argomentazioni fatte proprie dal medesimo Collegio nella decisione n. 613 del 25 giugno 2010 (esaminata nel precedente par. 11). Tuttavia, pur attraverso diverse ipotesi argomentative, nelle due decisioni si perviene al medesimo risultato, che è quello di individuare la legittimazione attiva del ricorrente anche in mancanza di uno specifico rapporto contrattuale con l'intermediario convenuto. Peraltro, nelle fattispecie in esame, la diversa qualificazione della responsabilità (contrattuale o extracontrattuale) e il conseguente diverso trattamento dell'onere della prova (ai sensi rispettivamente degli articoli 1218 e 2043 c.c.), non ha influito sull'accertamento della responsabilità dell'intermediario, in quanto palesemente sussistente.

14. Contestazione e domanda

Il tema della "contestazione" assume un rilievo primario nel procedimento dinanzi all'ABF sotto (almeno) due profili. Il primo è quello dell'esatta individuazione della domanda con particolare riguardo alla coerenza del ricorso con quanto enunciato in sede di reclamo; ciò in quanto costituisce principio fondamentale del procedimento che il ricorso sia basato sulla "stessa contestazione del reclamo" (v. Disp. App., Sez. VI, par. 2). Un secondo differente profilo riguarda la contestazione specifica dei fatti e delle circostanze enunciate dalle parti in sede di ricorso e di controdeduzioni, in mancanza della quale si producono effetti particolarmente significativi, come meglio vedremo.

Nell'esaminare il primo dei profili su indicati, appare necessaria una premessa. I ricorsi all'ABF sono, in via prevalente, presentati da clienti aventi la qualifica di "consumatori", che nella generalità dei casi agiscono in via autonoma, senza avvalersi dell'assistenza di soggetti specializzati, come avvocati o associazioni di categoria (108).

Ne consegue un livello espositivo spesso imperfetto, che si riflette negativamente sulla formulazione delle domande (109). Tale situazione, piuttosto ri-

(108) Le disposizioni applicative stabiliscono che il ricorso "può essere presentato, per conto del cliente, da un'associazione di categoria alla quale il cliente medesimo aderisca, ovvero da altro rappresentante a ciò autorizzato" (Disp. App., Sez. VI, par. 2. *Avvio del procedimento*). In caso di presentazione tramite un'associazione di categoria va tenuto presente che tali organismi possono fornire assistenza nella redazione del ricorso, ma "sono in ogni caso escluse valutazioni inerenti il merito della controversia o volte a prospettare i possibili contenuti della decisione del collegio" (cfr. *ibidem*).

(109) In considerazione della ricorrente mancanza di conoscenze giuridiche e tecniche da parte dei ricorrenti, assumono fondamentale rilievo sia la documentazione prodotta dalle parti, dalla quale possono trarsi ulteriori spunti interpretativi utili a chiarire gli esatti contenuti della vertenza, sia le controdeduzioni

corrente, può avere conseguenze sulla regolarità del ricorso sotto vari profili. Un primo aspetto riguarda l'esatta individuazione del convenuto nei casi in cui la vertenza coinvolga più soggetti, con conseguente difficoltà per il ricorrente di individuare la parte legittimata passivamente al ricorso; si possono citare al riguardo ipotesi di contratto assicurativo collegato al finanziamento, che coinvolge l'intermediario e la società di assicurazioni; di uso fraudolento di carte di credito distribuite da banche, ma emesse da soggetti diversi; di cartolarizzazione del rapporto oggetto della vertenza con inserimento nel rapporto stesso di nuovi soggetti; di segnalazioni del nominativo del ricorrente in centrali rischi private, che inducono l'interessato a proporre le sue istanze anche nei confronti di soggetti non aderenti al sistema ABF (110). Ulteriore aspetto riguarda le richieste risarcitorie, talvolta imprecise o formulate per la prima volta in sede di ricorso.

A fronte di queste tematiche, i Collegi si adoperano in linea di principio al fine di salvaguardare gli effetti della domanda, senza tuttavia travalicare i principi generali del processo civile, ai quali necessariamente si ispira il procedimento dinanzi all'ABF. In proposito, si ritiene utile segnalare alcuni dei criteri interpretativi adottati al fine di individuare gli esatti contenuti della vertenza. Va in primo luogo segnalato come la formulazione della domanda risarcitoria per la prima volta in sede di ricorso non comporta violazione del principio di necessaria coerenza tra reclamo e ricorso. Nei chiarimenti forniti ufficialmente al riguardo (111), su segnalazione dei Collegi, si fa presente: *“Le disposizioni prevedono che il ricorso all'ABF abbia ad oggetto la stessa contestazione del reclamo all'intermediario. Si precisa che l'ABF si pronuncerà sull'eventuale domanda di risarcimento del danno anche se proposta dal cliente per la prima volta nel ricorso, purché la domanda stessa si riferisca alla medesima contestazione oggetto del preventivo reclamo fatto all'intermediario”*. Il che appare coerente con i principi del processo civile che prevedono la modificabilità della domanda soprattutto in relazione alla comparsa di risposta del convenuto (112). Nel procedimento dinanzi all'ABF è previsto che il ricorso sia

degli intermediari, che dotati di conoscenze tecniche adeguate possono fornire un importante contributo al fine di delinearne con maggior precisione i contenuti. L'importanza del contributo conoscitivo fornito dagli intermediari resistenti è contemplata dalle Disposizioni applicative emanate dalla Banca d'Italia, che prescrivono nei loro confronti un dovere di collaborazione in tal senso. Peraltro, alla base del buon funzionamento del sistema vi è l'auspicio che la vertenza si risolva già nella fase del reclamo, momento essenziale del procedimento, nel cui ambito l'intermediario è tenuto ad interagire con il cliente anche alla luce degli orientamenti che si formano nelle decisioni dell'ABF, ai quali deve prestare attenzione (v. Sez. VI, par. 2, dove si legge, tra l'altro, 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”*).

(110) Accade infatti frequentemente che il ricorso sia indirizzato anche nei confronti di soggetti gestori di centrali rischi private, come CRIF, CTC, EXPERIAN, ASSILEA, oltre che nei confronti degli intermediari segnalanti. In tali ipotesi nelle relative decisioni si sottolinea come non rientrino nella competenza del Collegio le domande proposte, sia pure in termini non univoci, nei confronti di tali società, in quanto le stesse non rientrano nel novero degli intermediari di cui all'art. 115 TUB, tenuti all'adesione ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, e perciò difettano di legittimazione passiva nel procedimento dinanzi all'ABF.

(111) V. *Chiarimenti su questioni applicative*, pubblicati sul sito dell'ABF (gennaio 2010), par. 5 *Relazione tra reclamo e ricorso*.

(112) Si ricorda in proposito come nel processo civile, a norma dell'art. 183, comma 5, c.p.c. non solo è concesso all'attore di proporre le domande e le eccezioni, anche se nuove rispetto a quelle da lui inizialmente

preceduto dal “reclamo”, che costituisce la “contestazione” sulla quale dovrà poi basarsi il ricorso. Il reclamo è considerato un atto fondamentale nell’ambito delle relazioni tra intermediario e cliente, come è testimoniato dal rilievo che gli viene conferito nelle Disposizioni sulla trasparenza emanate dalla Banca d’Italia (113). In sostanza, con il reclamo il cliente propone formalmente la contestazione all’intermediario, il quale in relazione alla questione sollevata è chiamato ad un esame non superficiale, ma attento e dettagliato, con il dovere di formulare al riguardo una risposta motivata. L’auspicio è che la contesa possa essere risolta sul nascere dall’intermediario, salvaguardando la relazione con il cliente e la continuazione del rapporto; pertanto il cliente deve attendere che l’intermediario si pronunci sulla contestazione, con uno spontaneo accoglimento delle domande proposte ovvero con un rifiuto motivato. Nelle Disposizioni sulla trasparenza, tra i doveri organizzativi, è stabilito (tra l’altro) che l’intermediario fissi il tempo massimo di risposta ai reclami, che non può eccedere i 30 giorni, coerentemente al termine fissato dalle Disposizioni applicative del procedimento ABF (114).

Ciò premesso, si osserva la valutazione della corretta proposizione del ricorso e della coerenza delle domande ivi proposte rispetto alla contestazione formulata nel reclamo è stato il primo impegno interpretativo che si è presentato ai Collegi giudicanti. In proposito, come già osservato, tenuto conto della “naturale” imperizia tecnico-giuridica del cliente medio e posto che nel procedimento dinanzi all’ABF il ricorso all’assistenza di un avvocato o di un’associazione di categoria è solo facoltativa, deve ritenersi corretto l’approccio teso a salvaguardare gli effetti della domanda quando vizi formali apparenti risultano superabili secondo i principi generali del processo civile. A questo riguardo, si segnala come frequentemente la domanda sia diretta a chiedere un risarcimento di danni basandosi su elementi di fatto indicati in modo piuttosto generico ed impreciso, con ciò esaurendo il contenuto della domanda stessa. Inoltre il ricorrente, probabilmente senza averne piena consapevolezza, non fornisce elementi di prova concreti e sufficienti sui danni che sostiene di aver subito, per cui la domanda sul punto non può essere accolta. Tuttavia nell’ottica sopra indicata, volta alla salvaguardia degli effetti della domanda,

proposte, che siano conseguenza della domanda riconvenzionale e delle eccezioni proposte a sua volta dal convenuto, ma entrambe le parti sono autorizzate a precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni originariamente formulate (cfr. sul punto: S. SATTA- C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova 2007, XII ed., App. Agg., pagg. 28 ss.

(113) Nelle nuove Disposizioni sulla trasparenza emanate dalla Banca d’Italia, nella Sez. XI “*Requisiti Organizzativi*” è dedicato al reclamo l’intero paragrafo 3, in cui si forniscono istruzioni dettagliate sui profili organizzativi che banche e intermediari devono dedicare alla gestione dei reclami della clientela. In particolare, è previsto che le risposte fornite dall’intermediario devono indicare : (...) “- se il reclamo è ritenuto fondato, le iniziative che l’intermediario si impegna ad assumere e i tempi entro i quali le stesse verranno realizzate; - se il reclamo è ritenuto infondato, un’illustrazione chiara ed esauriente delle motivazioni del rigetto, nonché le necessarie indicazioni circa la possibilità di adire l’Arbitro Bancario Finanziario o altre forme di soluzione stragiudiziale delle controversie. Inoltre è stabilito che “La funzione di conformità o, in sua assenza, dell’internal audit, riferiscono agli organi aziendali, con periodicità almeno annuale, sulla situazione complessiva dei reclami ricevuti nonché sull’adeguatezza delle procedure e delle soluzioni organizzative adottate”.

(114) Cfr. Disp. App. , Sez. VI. Si può osservare che nelle Disposizioni sulla trasparenza (Sez. XI, par. 1) si fa rinvio agli “*obblighi relativi alla gestione dei reclami previsti dalla sezione VI, paragrafo 1, del provvedimento della Banca d’Italia del 18 giugno 2009 recante “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari”.*

si richiede necessariamente e comunque un esame completo delle circostanze dedotte nel ricorso, per valutare se il comportamento dell'intermediario convenuto sia conforme ai criteri di buona fede e di correttezza cui è tenuto ad uniformarsi; ciò anche ai fini di un eventuale accoglimento parziale del ricorso. Significativa appare in proposito la contestazione sollevata in un ricorso secondo cui una banca non si era curata di assicurare l'effettivo recapito al cliente dell'estratto dei suoi conti, persistendo in tale atteggiamento non collaborativo benché l'interessato, in numerose occasioni, verbalmente e con comunicazioni scritte, avesse segnalato il perdurare di tale carenza comportamentale. Nel ricorso, il cliente chiedeva il risarcimento dei danni, evidenziando una serie di potenziali pregiudizi che a suo avviso potevano derivare dalla mancata informativa sullo stato dei conti, senza tuttavia dare prova dei danni effettivamente subiti. Nella decisione, il Collegio, pur respingendo la domanda risarcitoria per mancanza di prove sulla sussistenza e sull'entità materiale dei danni, accoglieva tuttavia parzialmente il ricorso, dichiarando la responsabilità della banca per il comportamento tenuto nei confronti del cliente, che appariva idoneo ad assumere rilevanza sul piano della responsabilità contrattuale (115). L'accoglimento parziale è stato deciso nel presupposto che la domanda di accertamento dell'illegittimità della condotta tenuta dalla banca dovesse ritenersi *"implicita in quella formulata dal ricorrente, in quanto costituente il suo presupposto, senza che ciò comporti violazione del principio posto dall'art. 112 c.p.c. (116) che – come più volte puntualizzato dalla Corte di cassazione – può essere ritenuta sussistente solo nel caso in cui il giudice attribuisca alla parte un bene non richiesto, e cioè non compreso nemmeno implicitamente o virtualmente nella domanda proposta (Cass. n. 21745 del 2006) e non anche quando, come nel caso di specie, sia accolta, anche d'ufficio, una domanda che rientri in quella, di maggiore ampiezza, ritualmente proposta dalla parte (Cass. n. 475 del 2002)"* (117).

(115) V. Decisione n. 1434 del 6/12/2010 nella quale si afferma: *"Ne consegue che il comportamento tenuto dalla banca è stato, nel suo complesso, contrario ai criteri di buona fede e correttezza che si concretano in un dovere giuridico espressione di un generale principio di solidarietà sociale, che, nell'ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all'esecuzione del contratto che alla sua formazione ed interpretazione, accompagnandolo in definitiva in ogni sua fase (Cass. n. 5348 del 5.3.2009; conformi tra le tante: n. 3462 del 2007, n. 13208 del 2010)"*.

(116) V. decisione cit., pag. 6. Si riporta per praticità il testo dell'art. 112 c.p.c. (*Corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*). Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti. Si osserva, al riguardo, che l'enunciata regola processuale si collega al principio della domanda previsto dall'art. 99 c.p.c. (*"chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda"*), nel senso che, secondo il combinato disposto delle due norme citate, le parti non solo possono scegliere se adire o meno il giudice, ma hanno anche il monopolio in ordine alla determinazione del tema decisionale, ossia dell'oggetto sul quale il giudice dovrà pronunciarsi (v. sul punto, più ampiamente: G. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli 1994, parte I, pagg. 113 ss.).

(117) In senso conforme sul punto v. anche la decisione n. 710 del 9/7/2010. L'orientamento della S.C. su cui si basano le citate Decisioni trova conferma in altre più recenti sentenze della medesima Suprema Corte. Si segnalano ad es. la sent. n. 16809 del 20/06/2008 secondo cui *"il principio di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, fissato dall'art. 112 cod. proc. civ., implica unicamente il divieto per il giudice di attribuire alla parte un bene non richiesto o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda, ma non osta a che il giudice renda la pronuncia richiesta in base ad una ricostruzione dei fatti di causa -alla stregua delle risultanze istruttorie- autonoma rispetto a quella prospettata dalle parti nonché in base all'applicazione di una norma giuridica diversa da quella invocata dall'istante"*. Con più specifico riferimento al principio dell'accoglimento di una richiesta implicitamente contenuta nella domanda, v. anche sent. n. 5278 del 7/3/2007.

Tale criterio interpretativo, adottato nella menzionata decisione, oltre che doveroso in quanto conforme alle regole ermeneutiche enunciate dalla Suprema Corte di Cassazione, appare altresì in linea con l'obiettivo indicato nelle varie tipologie di norme che regolano i rapporti degli intermediari con la clientela, in quanto consente di stigmatizzare un comportamento irregolare dell'intermediario, che altrimenti resterebbe ingiustificatamente ignorato. Il che assume particolare rilievo anche alla luce delle indicazioni riportate nelle Disposizioni applicative emanate dalla Banca d'Italia, in base alle quali l'ufficio o il responsabile della gestione dei reclami presso l'intermediario deve tenersi aggiornato *“in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, attraverso la consultazione dell'archivio elettronico delle decisioni dei collegi pubblicato su internet”* (118).

15. Il principio della “non contestazione”

Tra i problemi interpretativi emersi nell'esame dei ricorsi, particolarmente delicato è quello del compiuto accertamento delle situazioni di fatto che caratterizzano la vertenza, data la non infrequente carenza di elementi di prova puntuali e concordanti a sostegno delle contestazioni dei ricorrenti, cui si aggiunge la limitata portata dei poteri istruttori dell'ABF in relazione alle peculiarità del procedimento, che è molto semplificato e racchiuso entro limiti di tempo particolarmente esigui. Pertanto, al fine di disporre di un quadro probatorio sufficiente riguardante i fatti che sono alla base della vertenza, risulta fondamentale l'esame della documentazione acquisita agli atti, con particolare riguardo alle controdeduzioni dell'intermediario. Un caso emblematico a tal proposito, affrontato in una delle prime decisioni adottate dall'ABF (119), è quello di un ricorso avente ad oggetto una carta di credito distribuita da una banca con annessa copertura assicurativa per eventuali malattie contratte nei viaggi all'estero. Nel ricorso si descriveva in modo molto dettagliato lo svolgimento delle trattative che avevano convinto il ricorrente ad acquisire quel determinato prodotto finanziario, con indicazione di circostanze molto precise riguardanti in particolar modo i colloqui intercorsi con il personale della banca convenuta. A fronte di tali analitiche deduzioni, la banca convenuta si difendeva in modo generico, producendo depliant informativi non esibiti al ricorrente in sede di trattative e trasferendo in definitiva alla compagnia assicurativa la responsabilità del pregiudizio denunciato dal ricorrente.

La banca, tuttavia, non contestava specificamente la ricostruzione dei fatti esposta dal ricorrente, né metteva in discussione i motivi che avevano indotto quest'ultimo ad acquisire proprio quel prodotto finanziario, nel convincimento che a tale prodotto fosse collegata una speciale copertura assicurativa, poi rivelatasi inconsistente. La questione è stata risolta dal Collegio giudicante facendo applicazione del principio stabilito dall'art. 115 cod. proc. civ., secondo cui *“il giudice deve porre a fondamento della decisione (...) i fatti non specificamente contestati dalla*

(118) Cfr. Disp. App., Sez. VI, par. 1.

(119) Vedasi Decisione n. 23 dell'8 febbraio 2010; conforme: Dec. n. 472 del 31 maggio 2010.

parte costituita” (120). Nella decisione, richiamando la giurisprudenza della S.C., si ricorda che tale principio è frutto di una evoluzione giurisprudenziale che ha messo in luce la sua derivazione “*da tutto il sistema processuale*”, nel cui ambito “*le parti hanno l’onere di collaborare a circoscrivere la materia controversa*” (121). Si afferma altresì che il recente inserimento di tale disposizione nel codice di procedura civile rafforza il convincimento che il principio enunciato debba considerarsi di generale applicazione, tanto da rendersi attuabile anche nel procedimento dinanzi all’Arbitro bancario finanziario, non potendo quest’ultimo disattendere i principi generali del processo civile. Pertanto, nella fattispecie esaminata, le circostanze ed i fatti illustrati dal ricorrente, in quanto non specificamente contestati dalla Banca, sono stati considerarsi “*incontroversi e non richiedenti una specifica dimostrazione*” (richiamando sul punto la sentenza della Suprema Corte n. 18399 del 2009). In conclusione, disattesa l’eccezione sollevata dalla banca circa la sua carenza di legittimazione passiva in quanto l’operazione relativa al rilascio della carta di credito si era sviluppata e conclusa direttamente ed esclusivamente con la banca, creando nel cliente concrete aspettative sulle caratteristiche della carta stessa, la banca è stata ritenuta responsabile per i danni subiti dal ricorrente per acclarata violazione delle regole di correttezza e di buona fede in sede di trattative.

Sul tema della “non contestazione” si registrano vasti contributi della dottrina, di cui appare opportuno segnalare alcuni spunti interpretativi, utili per una corretta applicazione del principio in esame. In primo luogo, è stato osservato che l’enunciato di cui all’art. 115 c.p.c. secondo cui “il giudice deve porre a fondamento della decisione”, va inteso come “limite” ai poteri del giudice, nel senso che questi, “*autorizzato a giudicare solo iuxta probata (partium)*”, può “*giudicare iuxta non oppugnata solo in quanto alia non obstant*” (122). Quindi ben può verificarsi che, nonostante la mancata contestazione, l’inesistenza di un fatto sfavorevole alla controparte possa discendere da altre circostanze risultanti agli atti ovvero da considerazioni logiche, che portano a considerare diversamente il peso della mancata contestazione. Appare dunque ragionevole ritenere che la non contestazione di determinati fatti riferiti dal ricorrente non può comportare un’acquisizione acritica degli stessi, come se fossero automaticamente supportati da

(120) È interessante notare come tale principio sia stato recepito anche nelle nuove disposizioni che regolano il processo amministrativo; v. D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, Art. 64 - *Disponibilità, onere e valutazione della prova* : (...) 2. *Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite.*

(121) Cass. n. 5191/2008 e relativi riferimenti giurisprudenziali ivi citati.

(122) V. in proposito, B. SASSANI, in *Judicium*, 29.4.2010, pag. 9. L’Autore osserva che la “non contestazione” non coincide con la “confessione”, ma può essere ricondotta all’“ammissione” intesa in un’accezione più ampia. Segnala peraltro, non condividendola, la diversa interpretazione secondo cui: “*sembra che non debba confondersi la non contestazione con l’ammissione, la quale, almeno nel linguaggio del codice di rito, ha un preciso significato: statuisce l’art. 232 che, se la parte non si presenta o si rifiuta di rispondere senza giustificato motivo all’interrogatorio formale, il collegio ... valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell’interrogatorio*” (V. ANDRIOLI, *Prova*, voce in *Noviss. dig. It.*, XIV, Torino 1967, § 12). Più in generale, sulla modifica dell’art. 115 cpc, v. anche C. CAVALLINI, *La non contestazione nell’arbitrato*, *Riv. dell’arbitrato*, 2009, 01, pp. 55 ss. .S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, *Giust. Civ.* 2009, 06, pagg. 273 e ss.. M. ACIERNO – C. GRAZIOSI, *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo sisma?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, I, pagg. 168 e ss.

fonte di prova “ex lege”. Il “deve” riferito all’opera del giudice non va interpretato come obbligo di ritenere comunque esistenti i fatti così come descritti dalla parte, ma va inteso nel senso che il giudice non deve considerare non provati i fatti stessi, fermo restando il dovere di valutare comunque la loro effettiva sussistenza: dovrà pertanto procedere alla valutazione di tutte le circostanze comunque ricavabili dai dati conoscitivi disponibili, sia per effetto delle deduzioni delle parti, sia in base alla documentazione offerta ed acquisita agli atti, sia anche in considerazione del grado di ragionevolezza e di coerenza delle affermazioni rese dal ricorrente (123).

Sugli aspetti applicativi derivanti dal principio enunciato dall’art. 115 cpc si rendono necessarie ulteriori precisazioni. In primo luogo, la rilevanza probatoria della non contestazione va limitata ai fatti di cui è effettivamente onerato chi li riferisce, cioè quelli che l’interessato ha l’onere specifico di provare. Tale aspetto richiede una prudente valutazione, in quanto gli effetti della non contestazione non possono estendersi fino ad impedire che l’altra parte fornisca (anche in un secondo tempo) la prova dei fatti che è suo onere dimostrare (124).

Altra considerazione, collegata alla precedente, è che la controparte ha l’onere di contestare specificamente solo fatti e circostanze che è tenuta a conoscere, non potendosi dare rilievo alla non contestazione di fatti sui quali la parte non può esprimere alcuna valutazione (125). In effetti, nella casistica dell’ABF formatasi sul punto, alla mancata contestazione è stato riconosciuto rilievo probatorio in ipotesi in cui il ricorrente aveva descritto in modo particolareggiato fatti e circostanze di cui la controparte non poteva non essere a conoscenza, come, ad es., il comportamento tenuto dagli impiegati della banca convenuta nel corso delle trattative (proponendo, ad esempio, un tasso di interesse poi applicato nel successivo contratto in misura diversa; ovvero assicurando il buon esito della domanda di finanziamento, in realtà poi non accolta). In simili casi, la mancanza di una contestazione specifica da parte dell’intermediario acquista un rilievo difficilmente contestabile.

(123) In tal senso, cfr. SASSANI, op. cit. Sulle complesse questioni interpretative riguardanti le conseguenze sul piano probatorio della non contestazione, v. anche F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *Judicium*, 1.11.2010, in particolare pagg. 5 ss..

(124) V. l’esempio fornito da SASSANI, op. cit., pag.10, per cui l’attore che allega i fatti costitutivi del suo credito non può avvalersi della non contestazione di controparte dell’affermazione che il convenuto non ha pagato il suo debito; infatti, la prova del mancato pagamento spetta a quest’ultimo, il quale può fornirla anche in un momento successivo ed è anche rilevabile d’ufficio (ad es. sulla base della documentazione agli atti, n.d.r.). Per un approfondimento sul tema e, in particolare, per una visione critica sull’orientamento di “restringere l’operatività della non contestazione ai soli fatti propri o conosciuti”, v. M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Judicium*, 19.11.2010, pagg.26 e ss.

(125) Ipotesi rilevante per la casistica che si può presentare all’ABF è ad es. quella dell’allegazione di conteggi che secondo il ricorrente si ricavano da documenti di cui sarebbe in possesso, ma non condivisi dall’altra parte. Se la banca (o l’intermediario) produce cifre diverse, senza tuttavia contestare i conteggi rappresentati dal ricorrente, non può ritenersi operante il principio di cui all’art. 115 c.p.c. e quindi non può ritenersi acquisita la prova sulle cifre dichiarate dal cliente. Vale la pena di sottolineare che il tema dei conteggi è stato alla base di contrastanti orientamenti giurisprudenziali sull’applicazione del principio della “non contestazione” in tema di processo del lavoro. In proposito, si ritiene che la non contestazione non può ritenersi, di regola, elemento decisivo ai fini della prova dei risultati contabili dichiarati da parte attrice. V. ancora sul punto: SASSANI, op. cit., § 2.

Va infine considerato che la contestazione dev'essere "specificata", come prescrive l'art. 115 c.p.c. e non generica; in particolare il convenuto è tenuto a prendere una posizione precisa e circostanziata sui fatti contestati da parte attrice, per cui non può limitarsi ad una contestazione basata su formule di stile (126).

16. Il tema del "collegamento negoziale"

Nel quadro delle difficoltà, cui abbiamo accennato, che il cliente ed in particolar modo il "consumatore" si trova ad affrontare nella redazione del ricorso, con particolare riguardo all'individuazione della giusta parte del processo e alla corretta formulazione della domanda, si evidenziano per la speciale significatività le fattispecie riguardanti i c.d. "contratti collegati", nel cui ambito hanno assunto speciale rilievo vertenze in tema di polizze assicurative stipulate a garanzia di contratti di finanziamento. Nella casistica più ricorrente, il contratto di assicurazione risulta proposto alla clientela direttamente dalla banca (o intermediario) mutuante, che nel contratto stesso figura come "contraente" nonché come "beneficiario" della copertura assicurativa (127) ed è reso vincolante per i singoli mutuatari, che assumono la qualifica di "assicurati", attraverso l'adesione da essi prestata al momento della stipula del contratto di finanziamento. In sostanza, il contratto di assicurazione, basato su accordi-quadro intervenuti tra la banca stessa e la compagnia assicuratrice, si configura come negozio giuridico collegato ed accessorio rispetto a quello di finanziamento, tanto che l'attivazione della polizza è espressamente subordinata alla concessione del finanziamento stesso (128).

(126) Sul punto, v. S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione*, op. cit., pag. 276 ss. V. anche la giurisprudenza ivi citata ed in particolare: Cass.20 novembre 2008, n. 27596.

(127) Appare opportuno sottolineare in molti dei casi esaminati il contratto di assicurazione risultava redatto su moduli recanti il logo della banca intermediaria.

(128) Sull'argomento, con particolare riguardo alla tutela del credito e agli inevitabili costi di intermediazione, v. A. CANDIAN, *Assicurazione e garanzie del credito*, in Banca, borsa, tit. cred., I, 2009, pagg.632 e ss. Il tema dei contratti assicurativi "collegati" ai finanziamenti riveste un'indubbia importanza ed ha assunto contorni piuttosto delicati. Infatti, con l'art. 52 del Regolamento n. 35 del 26 maggio 2010, l'ISVAP ha stabilito: "È comunque fatto divieto di assumere, direttamente od indirettamente, anche attraverso uno dei rapporti di cui al comma 1, primo periodo, la contemporanea qualifica di beneficiario o di vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di intermediario del relativo contratto in forma individuale o collettiva". Ciò nel presupposto che la banca in quanto intermediario distributore di un prodotto finanziario (la polizza assicurativa) che è destinato, in definitiva, a fornire copertura assicurativa a se medesima, versi in una situazione di conflitto di interessi. La citata norma regolamentare è stata tuttavia oggetto di un ricorso al TAR del Lazio, proposto dall'ABI e da un certo numero di banche, ove si lamenta che la norma impugnata va ad incidere su una "prassi sinora seguita anche nel rispetto di istruzioni di vigilanza, consistente, per quanto di interesse, nel fatto che una banca eroga un mutuo ed, in via accessoria, propone al cliente un contratto assicurativo a copertura di rischi quali la morte, la perdita del lavoro, i danni subiti dal bene oggetto di garanzia: ove l'evento si verifici, la banca è beneficiaria della protezione assicurativa". Con sentenza n. 33044 del 27/10/2010 il TAR ha accolto il ricorso per mancata sottoposizione della norma impugnata alla previa consultazione degli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, in violazione dell'obbligo sancito dall'art. 23, comma 2 della legge n. 262/2005 (legge sulla tutela del risparmio), sostanzialmente confermativo del disposto dell'art. 191, comma 4 del d.lgs. n. 209 del 2005 (codice delle assicurazioni private). L'Isvap ha successivamente messo in consultazione il doc. n.41 del 16.12.2010, recante "modifiche all'art.48 del Reg. Isvap n.5 del 16 ottobre 2006", che contempla l'ipotesi di "conflitto di interessi" degli intermediari assicurativi.

Nell'ambito delle vertenze sottoposte all'ABF, si riscontrano ipotesi di contestazione della mancata attivazione della copertura assicurativa da parte dell'intermediario benché si fosse verificato l'evento assicurato; la strategia difensiva adottata in queste circostanze dagli intermediari convenuti dinanzi all'ABF fa usualmente perno sulla distinzione formale dei contratti (assicurazione e finanziamento) da cui conseguirebbe l'estraneità dei soggetti erogatori del finanziamento rispetto agli eventuali problemi riguardanti l'esecuzione del contratto assicurativo; pertanto, spetterebbe al cliente l'onere di attivarsi direttamente nei confronti delle società assicuratrici, rivolgendo a queste ultime eventuali istanze risarcitorie. In sostanza, secondo la tesi sostenuta dalle banche convenute nelle vertenze sottoposte all'ABF, dalla loro dichiarata estraneità alla sorte del contratto di assicurazione conseguirebbe la carenza di legittimazione passiva nei loro confronti; dal che deriverebbe altresì una (implicita) incompetenza dell'ABF a valutare la vertenza, non rientrando le società assicuratrici tra i soggetti aderenti al sistema di risoluzione delle controversie previsto dall'art. 128-bis TUB.

La descritta posizione difensiva è stata ritenuta, tuttavia, non fondata nelle decisioni dell'Arbitro intervenute sul tema, nelle quali si sottolinea la stretta connessione tra la copertura assicurativa ed il finanziamento, tanto da configurare la fattispecie tipica del "collegamento negoziale", che si verifica appunto quando sussiste un collegamento funzionale tra più contratti, determinando un "*meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non attraverso un singolo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi*" (129). Il "collegamento", pur non eliminando l'individualità giuridica di ciascun contratto, ne impone una considerazione unitaria, la quale implica che la validità e l'efficacia dei singoli negozi sia verificata avendo riguardo all'interesse globalmente perseguito dalle parti (130).

Tra i casi esaminati riguardanti il collegamento negoziale, emblematico è quello del cliente di una banca che non aveva potuto usufruire della copertura assicurativa, che prevedeva il pagamento del residuo debito risultante al verificarsi del sinistro assicurato, in quanto la società di assicurazioni aveva eccepito l'esistenza di un errore formale nella sottoscrizione dei contratti. La banca, da parte sua, pretendeva comunque dal ricorrente il pagamento delle rate di rimborso del finanziamento in essere, dichiarandosi estranea alle vicende riguardanti la polizza e imputando al ricorrente stesso la responsabilità degli eccepiti vizi formali dei contratti per non aver verificato con la dovuta attenzione la coerenza

(129) Cass., Sez. III, 10 luglio 2008, n. 18884. Si può ulteriormente osservare che "*il contratto collegato non è un tipo particolare di contratto, ma uno strumento di regolamentazione degli interessi economici delle parti caratterizzato dal fatto che le vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione, ecc.) possono ripercuotersi sull'altro*" (Cass. S.U. 27.3.2008, n. 7930);

(130) Cass. 12 dicembre 1995, n. 12733. La S.C. ha altresì precisato che "*accertare la natura, l'entità, le modalità e le conseguenze del collegamento negoziale realizzato dalle parti rientra nei compiti esclusivi del giudice di merito, il cui apprezzamento non è sindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua e immune da vizi logici e giuridici*" (Cassazione civile sez. III 04 marzo 2010 n. 5195).

tra l'atto di mutuo e la polizza. Nella decisione adottata in proposito, si evidenzia come *“il contratto di assicurazione - offerto alla clientela direttamente dalla banca mutuante, che nel contratto stesso figura come “contraente” nonché “beneficiaria” e reso vincolante per i singoli mutuatari “assicurati” attraverso l’adesione da essi prestata al contratto già concluso dalla banca stessa con la compagnia di assicurazione - si configura come negozio giuridico collegato ed accessorio rispetto a quello di finanziamento, come è fatto palese dalla clausola che subordina l’attivazione dell’adesione alla polizza alla concessione del finanziamento”*. Pertanto, si perviene alla conclusione che *“non può esservi dubbio, ad avviso del Collegio, che la richiesta avanzata dalla Banca, diretta ad ottenere dalla ricorrente il pagamento della somma non ancora rimborsata, dopo aver persuaso i clienti a sottoscrivere una polizza a copertura del finanziamento e aver contribuito con colpevole negligenza a determinare la situazione che ha indotto la compagnia di assicurazione a negare la copertura assicurativa, fosse contraria a buona fede e, come tale, inesigibile”* (131).

Su altro versante, è stato esaminato il caso di sopravvivenza della polizza, con pretesa da parte della banca del pagamento delle ulteriori rate del premio assicurativo, benché si fosse verificata l'estinzione del finanziamento assicurato. Al riguardo, in base al principio di reciproca dipendenza dei contratti collegati per cui le sorti di un contratto sono legate a quelle dell'altro, è stato ritenuto che *“l’estinzione del mutuo con il pagamento – da parte della società debitrice, odierna ricorrente – dell’ultima rata comporta lo scioglimento altresì del contratto assicurativo e della relativa “appendice di vincolo”, che non hanno più ragion d’essere, essendo venuta meno, con l’adempimento del debito nei confronti del finanziatore, l’esigenza di tutela dell’interesse di quest’ultimo alla conservazione del bene ipotecato a garanzia del finanziamento o alla riscossione, in luogo dell’assicurato, dell’indennizzo in caso di sinistro. Pertanto, successivamente a detto momento, l’incameramento di ulteriori somme da parte dell’intermediario, a titolo di ratei del premio assicurativo, è del tutto ingiustificato e fonda, a carico dell’intermediario, un obbligo di restituzione a favore del cliente”* (132). La soluzione interpretativa adottata nelle

(131) V. decisione n. 657 del 2 luglio 2010. Nella stessa Decisione, si valuta come non condivisibile il rilievo opposto dalla banca secondo cui la ricorrente avrebbe dovuto avvedersi dell'erronea formazione degli atti in questione. In proposito, si afferma che il dovere di verifica della correttezza dell'atto riguardante un consumatore compete alla banca, la quale è chiamata ad operare con *“la diligenza del buon banchiere”* che deve ritenersi *“qualificata dal maggior grado di prudenza e attenzione che la connotazione professionale dell’agente consente e richiede”* e che *“trova applicazione non solo con riguardo all’attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma anche in relazione ad ogni tipo di atto od operazione che sia comunque oggettivamente esplicito presso una struttura bancaria e soggettivamente svolto da un funzionario bancario (Cass., sez. I, 24 settembre 2009, n. 20543)”*.

(132) V. Decisione n. 56 del 17 febbraio 2010. Un altro caso emblematico è offerto dalla Decisione n. 902 del 6 settembre 2010 nella quale si esamina il caso di un conto corrente bancario aperto in funzione del pagamento delle rate di rimborso di un finanziamento e tenuto aperto dalla banca, nonostante la sopravvenuta estinzione del finanziamento e la richiesta di chiusura avanzata dal cliente. In proposito, nella citata decisione, sulla base dell'orientamento giurisprudenziale sopra enunciato in tema di collegamento negoziale, si afferma: *“In base a tali principi, ritiene il Collegio che il collegamento negoziale, innegabilmente sussistente tra i due contratti (finanziamento, conto corrente), avrebbe dovuto indurre la banca a consentire e facilitare ai clienti l’estinzione contestuale sia del primo che del secondo rapporto, anziché di lasciare aperto il c/c al solo fine di imputare al ricorrente interessi, spese e commissioni. Ritiene altresì che, ove la banca avesse applicato*

su richiamate decisioni, facendo leva sulla unitarietà giuridica ed economica dei contratti proposti al cliente, risponde all'esigenza di salvaguardare i principi di correttezza e di buona fede cui deve ispirarsi il comportamento dell'intermediario, sia nella fase precontrattuale, sia nella successiva esecuzione del contratto, con speciale riguardo ai rapporti instaurati con i "consumatori". Il cliente, in effetti, nella stipula di contratti complessi come quelli sopra esaminati, si rivolge con fiducia all'intermediario, che si presenta come unico collocutore in sede di trattative, le cui informazioni sul contenuto e sugli effetti del "pacchetto" negoziale offerto determinano un concreto affidamento sulla linearità e correttezza degli impegni assunti. Pertanto, ove l'inadempimento risulti ascrivibile ad una non chiara o incompleta informativa resa al cliente in sede di trattative ovvero ad una carenza di cooperazione nella successiva fase esecutiva degli accordi intrapresi, appare giustificato il riconoscimento della responsabilità del proponente, banca o intermediario finanziario, in piena coerenza con i principi di legge e gli orientamenti giurisprudenziali che impongono il rispetto dei principi di correttezza e buona fede che devono improntare i rapporti fra le parti (133).

17. Le domande risarcitorie

La domanda proposta nel ricorso all'Arbitro bancario finanziario può avere ad oggetto una pronuncia di mero accertamento (di diritti, obblighi, facoltà) ovvero la condanna alla corresponsione di una somma di denaro, purché non superiore ad euro 100.000. In quest'ultimo caso, la domanda può riguardare la ripetizione o il rimborso di somme non dovute ovvero il risarcimento di danni (134). Le norme attuative prevedono che i danni di cui si chiede il risarcimento devono essere "*conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario*" (135). La formula è tratta verosimilmente dal disposto dell'art. 1223 c.c. che disciplina l'ipotesi di danno derivante dal rapporto contrattuale; il che appare coerente con la nozione di "cliente" fornita dalla normativa di attuazione. Sennonché, come già rilevato in precedenza, l'evoluzione interpretativa maturata nel corso della prima operatività dell'ABF ha indotto ad estendere dichiaratamente la competenza dell'Organo giudicante anche ai rap-

gli enunciati principi sui doveri di buona fede, l'estinzione del finanziamento poteva essere definita in data 27 marzo 2009, allorché i clienti avevano effettuato un consistente versamento di denaro al fine e nel convincimento di estinguere definitivamente il finanziamento stesso; in particolare, la banca in quella occasione avrebbe dovuto fornire chiare indicazioni ai clienti sulle modalità per effettuare il versamento del modesto residuo importo risultante ancora a debito e procedere conseguentemente all'immediata chiusura anche del c/c, non più utile alla sua destinazione".

(133) Infatti, come si è già avuto modo di osservare, i criteri di buona fede e di correttezza si concretano in un dovere giuridico "*espressione di un generale principio di solidarietà sociale, che, nell'ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all'esecuzione del contratto che alla sua formazione ed interpretazione, accompagnandolo in definitiva in ogni sua fase*". (Cass., Sez. III civ., n. 5348 del 5.3.2009; conformi tra le tante: n. 3462 del 2007, n. 13208 del 2010).

(134) Cfr. Disposizioni applicative della Banca d'Italia, Sez. I, § 4, conformi al disposto dell'art. 2 della Deliberazione CICR n. 275/2008.

(135) V. Disp. App., ibidem.

porti precontrattuali, in considerazione del forte rilievo che assumono i criteri di correttezza e buona fede nella fase delle trattative, con particolare riguardo al dovere di fornire informazioni chiare e trasparenti al potenziale cliente, al fine di metterlo in condizione di operare scelte negoziali consapevoli (136).

La locuzione adottata dalle Disposizioni applicative, in conformità alla formula enunciata dal codice civile sul necessario collegamento fra il danno ed il fatto produttivo dello stesso, può apparire pleonastica (137), ma in realtà trova una sua giustificazione. Va infatti considerato che la normativa in questione è destinata – oltre che agli intermediari – alla clientela che intende avvalersi del procedimento di giustizia alternativa, per cui la precisazione sui contenuti che deve necessariamente avere la domanda risarcitoria appare coerente con l’obiettivo della massima chiarezza espositiva delle regole procedurali, affinché il ricorrente sia reso edotto che la domanda deve concentrarsi sulle conseguenze pregiudizievoli effettivamente ricollegabili al comportamento lesivo dell’intermediario descritto nel ricorso, in piena coerenza con le contestazioni denunciate nel reclamo. Tale “preoccupazione” tiene conto della circostanza, già in precedenza rilevata, che i ricorsi all’ABF sono nella maggior parte dei casi predisposti direttamente da clienti non in possesso di conoscenze tecnico-giuridiche adeguate, per cui non è remoto il rischio di domande imprecise o inammissibili (138).

(136) Come si è già avuto modo di osservare, gli aspetti riguardanti la fase precontrattuale assumono un rilievo essenziale per l’attività di competenza dell’ABF, che si incentra sulle regole di trasparenza e buona fede. Infatti, è nei rapporti precontrattuali che si determina la volontà del cliente di assumere obbligazioni con l’intermediario ed è quindi essenziale che sia messo in condizioni di effettuare scelte negoziali libere e consapevoli. Del resto, la rilevanza della fase precontrattuale è testimoniata dalle speciali forme di tutela apprestate in proposito dall’ordinamento giuridico: nel codice civile (art. 1337 c.c. – *trattative e responsabilità precontrattuale*); nel codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) che all’art. 5, comma 3 prescrive che siano rese al consumatore informazioni (precontrattuali) “espresse in modo chiaro e comprensibile”; nell’art. 124 TUB (nella nuova formulazione introdotta per effetto dell’art. 1, co.1, del D. L.vo 13 agosto 2010, n. 141, modif. dall’art. 1, co. 3 D.Lgs. n. 218/2010), che in relazione al “credito ai consumatori” stabilisce specifici “obblighi precontrattuali”, che si concretano nel dovere di informazione nei confronti del cliente-consumatore “prima che egli sia vincolato dal contratto”; nelle Disposizioni in materia di trasparenza emanate dalla Banca d’Italia nelle quali sono prescritte dettagliate forme di pubblicità e informativa precontrattuale (v. Sez. II).

(137) V. al riguardo, RUPERTO, *op. cit.*, pag. 342-343, che trova sostanzialmente “*pleonastico e forse inopportuno sotto il profilo sistematico...il riferimento ai danni costituenti «conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento o della violazione», che mutua la nota formula sancita dall’art. 1223 c.c.*”; ciò in quanto si tratterebbe di “*danni che possono conseguire solo all’inadempimento di obbligazioni aventi fonte in un contratto*”, per cui è scontata l’applicazione delle regole dettate dall’art. 1223 c.c. In realtà, come già in precedenza rilevato, nell’evoluzione interpretativa delle Disposizioni applicative si è reso necessario precisare che la responsabilità può individuarsi anche nella fase delle trattative, cioè con riguardo ai comportamenti emersi nell’ambito dei rapporti precontrattuali. Peraltro, il medesimo Autore osserva che il riferimento limitato al solo art. 1223 c.c., anziché esteso anche alle successive norme del Capo III del codice civile, “*potrebbe mettere in crisi l’utilizzazione, da parte dell’Organo giudicante, di altre regole disciplinanti il danno contrattuale, come ad esempio quelle relative alla comprensione del lucro cessante e della rivalutazione monetaria nella quantificazione del risarcimento, alla limitazione ai danni prevedibili, alla valutazione equitativa*”; ma poi conclude affermando che tali regole sono da considerarsi comunque applicabili.

(138) In effetti, va considerato che il procedimento dinanzi all’ABF deve necessariamente tener conto delle regole del processo civile, per cui è necessario che le domande proposte nei ricorsi si adeguino quanto più possibile alle regole previste dal codice. In particolare, nella valutazione dei ricorsi assumono rilievo i criteri propri della domanda giudiziale, la quale deve essere diretta ad individuare l’oggetto del processo “*attraverso la determinazione della situazione sostanziale, della lesione provocata dall’illecito altrui e della tutela che si chiede, cioè degli effetti che si chiede al giudice di produrre con il suo provvedimento*” (F.P.LUIISO, *op. cit.*, Vol. I, pag. 51).

Fatte queste premesse, si osserva, in linea generale, che le questioni sottoposte all'Organo giudicante riguardano sia il danno da inadempimento, sia quello da fatto illecito in senso proprio ex art. 2043 c.c., la cui disciplina è soggetta ad un regime giuridico differente. In particolare, diverso è il rilievo che assume nelle due tipologie di responsabilità l'elemento soggettivo (dolo o colpa), che nel caso della responsabilità aquiliana è elemento caratterizzante il fatto illecito (necessariamente "doloso o colposo" ex art. 2043 c.c.), mentre, nelle fattispecie di inadempimento l'eventuale dolo del debitore che non adempie o ritarda l'adempimento determina una differente valutazione del danno risarcibile in relazione alla sua prevedibilità (139); altra differenza rilevante sussiste in tema di onere della prova, in quanto nell'inadempimento tale onere incombe sul debitore ai sensi dell'art. 1218 c.c., mentre in ipotesi di responsabilità "aquiliana" fa carico al creditore danneggiato (140). Tuttavia, la distinzione sopra indicata riguarda l'onere della prova della fattispecie lesiva, fermo restando che, in ogni caso, spetta al creditore fornire prova dell'effettiva sussistenza del danno e della sua entità (141).

18. Casi di responsabilità da inadempimento

Il tema di risarcimento del danno e delle relative complesse problematiche interpretative riveste un ruolo di primaria importanza nell'esperienza operativa dell'ABF, in quanto nella maggior parte dei ricorsi, le domande proposte si concludono con richieste risarcitorie, che alcune volte sono prospettate in modo puntuale e documentato, ma più frequentemente sono formulate in modo del tutto generico e senza sufficienti elementi di prova.

Nelle pronunce degli Organi decidenti, uno speciale rilievo è riservato alle richieste risarcitorie derivanti da uso fraudolento delle carte di pagamento (o di credito) ovvero da indebite intrusioni sul conto corrente *on-line*, che hanno dato

(139) La diversa incidenza dell'elemento soggettivo nella responsabilità derivante da inadempimento del contratto ed in quella extracontrattuale comporta una differente valutazione del danno, posto che, ai sensi dell'art. 1225 c.c., nel primo caso "*se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione*"; invece, nella responsabilità ex art. 2043 c.c. sono risarcibili sia i danni prevedibili che quelli non prevedibili. Questa conclusione si ricaverebbe dal fatto che nel disposto dell'art. 2056 c.c. non è contenuto un richiamo all'art. 1225 c.c. . Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2007, p.644.

(140) Oggetto della prova liberatoria che grava sul debitore ai sensi dell'art. 1218 c.c. è la non imputabilità dell'inadempimento. Sul diverso atteggiarsi dell'onere della prova in base alla "presunzione di persistenza del diritto", v. C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in Commentario SCIALOJA-BRANCA, Bologna 1979, pagg.177 ss..

(141) V. Cass., Sez. I, n. 7211 del 25/3/2009: "*In tema di risarcimento del danno da illegittimo protesto di assegno bancario, la semplice illegittimità del protesto (ove accertata), pur costituendo un indizio in ordine alla esistenza di un danno alla reputazione, da valutare nelle sue diverse articolazioni, non è di per sé sufficiente per la liquidazione del danno, essendo necessarie la gravità della lesione e la non futilità del danno, da provarsi anche mediante presunzioni semplici, fermo restando tuttavia l'onere del danneggiato di allegare gli elementi di fatto dai quali possa desumersi l'esistenza e l'entità del pregiudizio*". In applicazione del suddetto principio la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato la generica domanda di risarcimento in cui si accennava a spese in sede penale e per azioni tendenti a limitare il danno, senza provarle. Conforme: sent. n. 9233 del 2007.

luogo ad operazioni (in genere, bonifici a favore di soggetti sconosciuti) di consistente rilievo economico. Una situazione ricorrente è lo smarrimento della carta bancomat, ovvero il furto della stessa, cui conseguono prelevamenti abusivi compiuti da terzi prima che sia disposto il “blocco” della carta stessa, mentre non di rado alla base delle intrusioni sul conto *on-line* c’è un’attività di *phishing* (142). Si tratta di argomenti che hanno in comune la disponibilità, riservata in via esclusiva al cliente, di credenziali di accesso dotate di particolari sistemi di sicurezza.

A fronte del disconoscimento da parte del ricorrente della paternità delle operazioni compiute, l’intermediario oppone, normalmente, che dai controlli effettuati risulta che il codice PIN (nel caso del bancomat o della carta di credito usata per prelevamenti) è stato correttamente digitato, il che lascerebbe presumere che lo stesso sia stato non custodito diligentemente e in particolare che fosse disponibile unitamente alla carta trafugata, presumibilmente trascritto su un foglio di carta o inserito nel cellulare (se anch’esso sottratto). In ipotesi di utilizzo non autorizzato di conto *on line*, nelle argomentazioni difensive degli intermediari si fa presente che, in apparenza, risultano rispettati tutti i passaggi delle transazioni e verificate la paternità e la genuinità delle stesse sul web. Da queste considerazioni, l’intermediario trae la conclusione che nessuna responsabilità può essergli ascritta e che le conseguenze dannose dell’utilizzo indebito del bancomat (o dell’illecita intrusione sul conto *on-line*) ricadono pertanto sul titolare della carta o del conto (143).

Le argomentazioni difensive sopra accennate sono state, tuttavia, ritenute non soddisfacenti in numerose decisioni intervenute al riguardo, affermandosi, diversamente, che in tali ipotesi, versandosi in tema di responsabilità contrattuale, deve farsi applicazione del principio stabilito dall’art. 1218 c.c., in base al quale l’emittente risponde del risarcimento dei danni derivanti dall’uso indebito (da parte di terzi) dello strumento di pagamento, a meno che non dimostri che

(142) L’espressione “phishing” deriva dall’inglese “to fish”, pescare, per significare una sorta di “pesca” telematica alla quale “abboccano” gli utenti dei servizi *on-line*. Le tecniche di acquisizione abusiva di dati personali prevedono l’utilizzo di diverse pratiche fraudolente. Una prima tecnica, largamente diffusa, consiste nell’invio di e-mail fraudolente, apparentemente provenienti da enti o istituzioni reali, contenenti messaggi, immagini e informazioni formulati per influenzare l’utente e indurlo a connettersi ad una pagina *web* fittizia, ma molto simile a quella autentica o una vera e propria clonazione di essa (“pharming”). In tale “trappola” il fruitore del servizio *on line* viene indotto a digitare i propri dati riservati, che vengono “pescati” dal malfattore al fine di assumere l’identità altrui e accedere a servizi *on line*, ad esempio di internet banking. La finalità del *phisher* è evidentemente quella di sottrarre dati personali (codici d’accesso, pin, password, userID, etc.) relativi, ad esempio, a conti correnti bancari accessibili *on-line*: il *phisher* utilizza infatti le credenziali fraudolentemente acquisite per porre in essere operazioni bancarie e trasferire il denaro sottratto su conti messi a disposizione da altri soggetti. (Le informazioni qui riportate sono tratte da una Scheda informativa predisposta dalla Segreteria Tecnica del Collegio di Roma).

(143) In realtà, è da tempo riconosciuto anche negli ambienti bancari (cfr. *Rapporto ABI CIPA CNIPA sul furto di identità elettronica tramite internet*, Bancaria editrice, 2006, p. 23 ss.) che, allo stato delle conoscenze tecnologiche, non si può affatto escludere la possibilità della sottrazione, da parte del terzo frodatore, dei codici identificativi attribuiti al cliente per l’accesso ai servizi bancari *on line* o per l’utilizzo di strumenti di pagamento, senza che al comportamento del cliente possa riconoscersi alcuna efficienza causale nella produzione del fatto illecito (il “furto” dei detti codici d’accesso o numeri identificativi).

l'inadempimento è dovuto ad una causa a lui non imputabile (144). In particolare, si è osservato che l'uso delle carte di pagamento rientra nell'ambito dei "servizi di pagamento", vale a dire di attività della cui esecuzione l'intermediario risponde secondo le regole del mandato (art. 1856 c.c.); ne consegue che il prestatore del servizio è tenuto ad esercitare tale attività con una diligenza adeguata alla sua condizione professionale e alla natura dell'attività svolta (artt. 1710, comma 1 e 1176, comma 2 cod. civ.), alla quale si ricollega "*un obbligo di protezione dell'altro contraente*" (Cass. 12 giugno 1996, n. 5409); in relazione al servizio bancomat, tale obbligo si concreta nel dovere di adottare "*le misure idonee a garantire la sicurezza del servizio da eventuali manomissioni*" (Cass. 12 giugno 2007, n. 13777).

Nelle deduzioni difensive, degli intermediari non di rado è stata eccepita, altresì, l'esistenza di clausole contrattuali regolanti il servizio nelle quali si attribuisce al "titolare" della carta la responsabilità "di ogni conseguenza dannosa" che possa derivare dall'abuso o dall'uso illecito della carta o del PIN, comprese le eventuali perdite derivanti dai prelevamenti fraudolenti. Sennonché tali clausole sono state giudicate dall'Organo decidente come "*non idonee a suffragare l'assunto dell'irresponsabilità della banca*" ed in particolare sono state indicate come "*clausole vessatorie*" e quindi "*non opponibili*" al cliente "consumatore" ai sensi dell'art. 33, comma 2, lettera b) del Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005) (145). Più in generale, si è affermato il principio secondo cui "*l'uso della carta di pagamento mediante corretta digitazione del PIN non potrebbe assurgere a prova, neppure presuntiva, della violazione del relativo obbligo di custodia, atteso che, come si è sopra rilevato, è tecnicamente possibile, anche attraverso appositi programmi software, estrarre il PIN dalla carta di pagamento una volta acquisizione illecitamente il possesso, così come è possibile – pur trattandosi allora della diversa fattispecie della c.d. "clonazione" – il fraudolento, utilizzo del codice da parte dell' esercente o di dipendente infedele dell'esercente commerciale presso il quale la carta di pagamento sia stata utilizzata, o l'illecito accesso al sistema informatico dell'esercente commerciale e l'acquisizione dei codici PIN presso il medesimo utilizzati dalla clientela, ovvero, anche relativamente al c.d. banking on line, l'acquisizione del PIN o delle credenziali di accesso al conto mediante tecniche di phishing, talora tanto sofisticate da rendere quantomeno dubbia l'addebitabilità di condotta imprudente a chi ne sia vittima, o, infine, mediante illecito accesso al sistema informatico dell'intermediario*" (146).

(144) Tra le varie decisioni intervenute sull'argomento, si segnalano, a titolo di esempio, in relazione ai prelevamenti abusivi effettuati con bancomat, la n. 506 dell'8/6/2010 e la n. 665 del 2/7/2010. Va tuttavia segnalato che sul punto si è formato anche un diverso orientamento; v. ad es., le decisioni n. 488 del 4/6/2010 (che tuttavia accoglie parzialmente il ricorso per superamento del plafond giornaliero) e n. 713 del 9/7/2010. In relazione al *phishing* sul conto on-line, si indicano la n. 33/2010, la n. 561 del 18/6/2010, la n. 482 del 3/6/2010 e la n. 719 del 9/7/2010, (in quest'ultima, la "colpa" è tuttavia ripartita al 50% tra le parti).

(145) V. Decisione n. 665 del 2 luglio 2010, pag.4.

(146) Cfr. Decisione n. 506 dell'8 giugno 2010 (e precedenti ivi citati). Per più ampie e motivate considerazioni sul tema, si fa rinvio al testo completo delle decisioni, citate rintracciabile sul sito ufficiale dell'ABF (arbitrobancariofinanziario.it/decisioni)

Pertanto, considerato l'inquadramento delle fattispecie in esame nell'ambito della responsabilità contrattuale, nell'orientamento interpretativo prevalente manifestato dai Collegi ha assunto rilievo determinante la circostanza che da parte dell'intermediario non sia stata fornita la prova (ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1218 c.c.) di aver adottato i più recenti e aggiornati presidi tecnici, quali, ad esempio, l'invio di appositi "sms alert" di conferma delle singole operazioni o l'adozione di sistemi, quali il c.d. "token", capaci di generare credenziali di accesso monouso (147).

19. Il principio di ripartizione del rischio introdotto dalle disposizioni di legge sui "servizi di pagamento"

Le conseguenze derivanti dall'uso fraudolento di carte, con particolare riguardo alla responsabilità per i danni che ne siano derivati, hanno formato oggetto di una specifica disciplina legislativa, recata dal decreto legislativo 27 gennaio 2010 n. 11, con il quale si è data attuazione alla Direttiva n. 2007/64/CE avente ad oggetto i servizi di pagamento nel mercato interno.

Un principio particolarmente significativo, con riguardo alle controversie di competenza dell'ABF, è quello sancito dall'art. 10, in forza del quale se l'"*utilizzatore dei servizi di pagamento*" (148) neghi di avere autorizzato una determinata operazione ovvero affermi che non è stata correttamente eseguita, "*è onere del prestatore dei servizi di pagamento*" fornire prova contraria, cioè che l'operazione è stata effettuata correttamente e che non ha subito gli effetti di malfunzionamento delle procedure o altri inconvenienti. Particolarmente importante è il disposto del comma 2 del menzionato articolo, in quanto esclude che tale prova esimente possa concretarsi nell'apparente regolare utilizzazione del PIN o della password; spetta al "prestatore" dimostrare che l'"utilizzatore" ha agito in modo fraudolento o con dolo o colpa grave (149).

Altra disposizione di fondamentale rilevanza è quella di cui all'art. 12, comma 3, del citato decreto, in cui è previsto che "*salvo i casi in cui abbia agito con dolo o colpa grave ovvero non abbia adottato le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati*" l'utilizzatore "*può sopportare*" la perdita derivante dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento nei limiti di un importo non superiore a 150 euro.

(147) Tale assunto risulta già evidenziato in una delle prime decisioni, la n. 33 del 2010. In altra decisione (la n. 665/2010), viene richiamato il già cit. "*Rapporto ABI CIPA CNIPA sul furto di identità elettronica tramite internet*", osservandosi come sia ormai da ritenere dato acquisito che la sottrazione dei codici di accesso ai servizi bancari tramite internet è possibile senza che ciò sia in alcun modo addebitabile alla condotta del cliente.

(148) Secondo le definizioni enunciate nel cit. D. L.vo n. 10/2010, per «utilizzatore di servizi di pagamento» o «utilizzatore», si intende il soggetto che utilizza un servizio di pagamento in veste di pagatore o beneficiario o di entrambi.

(149) Si riporta per praticità il cit. comma dell'art. 10 del D.Lgs. n. 11/2010: "2. *Quando l'utilizzatore di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento eseguita, l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utilizzatore medesimo, né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7*".

Le su indicate disposizioni di legge, che recepiscono le analoghe prescrizioni della Direttiva comunitaria (150), hanno introdotto un criterio di “ripartizione predefinita” del pregiudizio economico determinato dall’utilizzo fraudolento dello strumento di pagamento prima della comunicazione di cui all’art. 7 del medesimo decreto (151), attribuendo all’intermediario l’onere di sopportare il “rischio” di perdite per la parte eccedente l’importo di euro 150,00 e sempreché non sia in grado di provare il dolo o la colpa grave del cliente (152). La suddetta soluzione normativa si concreta, sostanzialmente, in una deroga alla previsione dell’art. 1218 c.c., in quanto stabilisce un criterio di responsabilità che prescinde dal modello indicato dalla menzionata norma codicistica.

Come già osservato, le disposizioni del menzionato decreto legislativo sono entrate in vigore a partire dal 1° marzo 2010, per cui non è stato possibile farne applicazioni per un notevole numero di controversie relative a situazioni maturate in periodo antecedente a tale data. Tuttavia, in relazione a queste ipotesi, in una serie di decisioni si è formato un orientamento favorevole all’immediata applicazione delle corrispondenti disposizioni recate dalla Direttiva comunitaria n. 2007/64/CE, benché non ancora recepita nell’ordinamento nazionale, arrivando a tale conclusione attraverso complesse argomentazioni illustrate nelle decisioni alle quali si fa rinvio (153); conseguentemente, si è ritenuto di dover applicare immediatamente il principio della “ripartizione del rischio” previsto dalla menzionata Direttiva, ponendo a carico dell’intermediario le perdite derivanti dalle operazioni abusive, salvo tuttavia una franchigia (fino ad euro 150) posta a carico del ricorrente. A tale conclusione si è giunti attraverso tre argomentazioni tra loro strettamente connesse. La prima, è l’accennata possibilità di un’applicazione immediata (almeno in linea di principio) della Direttiva stessa, che prevede il suddetto criterio di ripartizione del rischio; la seconda ragione si basa sul principio del “rischio d’impresa”, cui si ispira anche la Direttiva, che si concreta nell’ “*idea*

(150) V. Direttiva 2007/64/CE, cit., in particolare articoli 60 e 61.

(151) A norma dell’art. 7 del D.Lgs. n. 11/2010 (*Obblighi a carico dell’utilizzatore dei servizi di pagamento in relazione agli strumenti di pagamento*), l’utilizzatore deve comunicare “senza indugio” al prestatore di servizi di pagamento (o al soggetto da questi indicato) lo smarrimento, il furto, l’appropriazione indebita o l’uso non autorizzato dello strumento “*non appena ne viene a conoscenza*”. D’altra parte, a norma del successivo art. 8 (*obblighi a carico del prestatore*), il prestatore di servizi di pagamento “deve impedire qualsiasi utilizzo dello strumento di pagamento successivo alla comunicazione” di cui sopra.

(152) V. in proposito la Decisione n. 506/2010, già cit., pag.4.

(153) Ampie e motivate argomentazioni sulla possibilità di fare immediata applicazione dei principi comunitari, sono riportate nella Decisione n. 665/2010 (pp.5 ss.). In sintesi, nella motivazione si ricorda che le disposizioni di direttive comunitarie non ancora attuate, quando tuttavia siano “incondizionate e sufficientemente precise” e sia scaduto il termine per il recepimento – come nella fattispecie all’esame del Collegio - devono ritenersi, in linea di principio, immediatamente applicabili nei rapporti fra Stato (o pubbliche amministrazioni) e privati (c.d. efficacia verticale), ma non nei rapporti tra privati (efficacia orizzontale); si ricorda, altresì, che tale indirizzo ha ricevuto l’avallo sia della Corte di Giustizia europea, sia della Suprema Corte di Cassazione (di cui si citano le sentenze n. 19971/2009 e n. 23937/2006). Ciò posto, si afferma altresì che tale limite di applicazione (efficacia verticale) può (e deve) essere superato facendo leva sull’orientamento espresso da varie decisioni della Corte di Giustizia che indicano la necessità che il giudice (nazionale) non approdi a soluzioni “gravemente” contrarie ai principi delle direttive non ancora recepite. Si richiama inoltre la giurisprudenza della S.C. a Sezioni Unite nella quale si invita il giudice ad adottare metodi interpretativi volti comunque a salvaguardare i principi comunitari (Cass. S.U. n. 27310/2008 e n. 6316/2009).

secondo la quale è razionale far gravare (sull'impresa, n.d.r.) i rischi statisticamente prevedibili legati ad attività oggettivamente «pericolose», che interessano un'ampia moltitudine di consumatori o utenti, sull'impresa» (154). Il terzo argomento poggia sulla constatazione che, sin dal 2005, negli schemi contrattuali elaborati dall'Associazione bancaria italiana (ABI) è stata inserita una clausola (art. 4) nella quale, proprio in accordo con le previsioni della Direttiva comunitaria, si suggeriva di limitare la responsabilità del cliente ad euro 150 (Circolare ABI, LG 906 del 25 febbraio 2005). Tale clausola poteva considerarsi “clausola d'uso” ai sensi dell'art. 1340 c.c. o comunque una fonte integrativa del contratto (art. 1374 c.c.) (155).

Di fatto, in varie controversie sottoposte al vaglio dei Collegi, le clausole negoziali predisposte dall'intermediario risultavano già conformate alle previsioni della Direttiva comunitaria, ponendo le perdite a carico dell'intermediario, salvo la franchigia di euro 150 (e salvo colpa grave del cliente).

20. Responsabilità e prova del danno

Argomento essenziale nell'economia del ricorso all'Arbitro bancario finanziario è quello della prova dei fatti riferiti dal ricorrente come produttivi di effetti dannosi nei suoi confronti e oggetto di contestazione. Le questioni riportate nei ricorsi sono riferibili a rapporti contrattuali ovvero a situazioni che precedono il contratto o che addirittura prescindono dall'effettiva conclusione di un contratto tra le parti. Aspetti particolarmente interessanti sotto il profilo interpretativo sono quelli che si determinano nella fase pre-contrattuale, in quanto presentano potenziali criticità. Infatti, si è già avuto modo di far cenno alle speciali situazioni indicate nella dottrina (ed ora anche nella giurisprudenza) come “obbligazioni senza prestazione” che implicano la considerazione degli “obblighi di protezione” previsti dall'ordinamento. Si tratta di un'area ai confini tra responsabilità aquiliana e quella contrattuale, nel cui ambito si pone pertanto il problema di accertare il tipo di responsabilità e le conseguenti modalità di assolvimento degli oneri probatori (156). In tema di responsabilità precontrattuale, si può osservare come la relazione che si instaura fra il cliente e l'intermediario, diretta alla stipulazione di un contratto, si concreti in un particolare rapporto obbligatorio caratterizzato dal vincolo giuridicamente apprezzabile che grava sulle parti obbligandole a comportarsi secondo buona fede, a norma dell'art. 1337 c.c. Si tratta di un rapporto che non ha radice nel contratto successivamente concluso, essendo indifferente che le parti giungano poi effettivamente alla sua conclusione. Dal dovere giuridico

(154) V. Decisione da ult. cit., nella quale si precisa, altresì, che il rischio d'impresa viene a sua volta spalmato sulla moltitudine degli utilizzatori, in modo da evitare che gravi sul singolo pagatore.

(155) V. stessa Decisione, pp. 7-8.

(156) Gli esempi tipici riscontrabili nella dottrina e nella giurisprudenza sono quelli del danno cagionato dal medico a un paziente nell'adempimento di una prestazione di lavoro all'interno di una struttura sanitaria; quello delle lesioni che un alunno si procura da solo ovvero cagioni ad altri durante lo svolgimento dell'attività scolastica all'interno della scuola; ma anche le informazioni erronee o non veritiere date da una banca al cliente. V. al riguardo: CASTRONOVO, *La nuova resp. civile*, cit., pagg.446 ss..

che vincola le parti (obbligo di buona fede nelle trattative) discende che la *culpa in contrahendo* viene considerata, dal più evoluto orientamento dottrinario, come avente natura contrattuale (anche se poi il contratto non viene stipulato) (157); si tratta infatti di un rapporto di tipo obbligatorio generato dall'obbligo di comportarsi secondo buona fede imposto da una norma giuridica, l'art. 1137 c.c., sul presupposto dell'affidamento, che è caratterizzato dalla "*tutela della sfera giuridica altrui sia sotto il profilo della correttezza dell'affare (culpa in contrahendo) sia con riguardo agli altri interessi delle parti che in relazione alla trattativa possano risultare lesi (obblighi di protezione)*". (158) La giurisprudenza è invece tradizionalmente orientata ad affermare la natura "aquiliana" della responsabilità precontrattuale (159).

Diverso appare, tuttavia, il più recente indirizzo giurisprudenziale in tema di "contatto sociale", in relazione al quale si è affermato il principio per cui lo specifico obbligo di protezione che ne discende rende applicabile, in sede di risarcimento dei danni, il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c., proprio della "responsabilità contrattuale"; pertanto l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre sull'altra parte (debitore) incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa ad essa non imputabile (160). Una speciale rilevanza assume, in relazione all'ambito di competenza dell'ABF che privilegia la tutela della trasparenza, la responsabilità per i pregiudizi che il cliente subisce a causa delle informazioni inesatte rese dall'intermediario; in proposito, va ricordato, in linea di principio,

(157) Si osserva, infatti, che gli articoli 1337 e 1338 cod. civ. non possono essere considerati una mera ripetizione dell'art. 2043, ma "*denotano come, ogni volta che si crea un affidamento in senso proprio, nasca un preciso obbligo di comportamento. Esso, in quanto obbligo, si qualifica rispetto al generico dovere di diligenza gravante su tutti i consociati rispetto alla generalità dei soggetti, e ascrive il danno che eventualmente ne consegua alla responsabilità contrattuale*" (CASTRONOVO, *op. cit.*, pag. 504). Diversamente, si osserva che in caso di *culpa in contrahendo* la pretesa creditoria è indirizzata ad un "*mero comportamento corretto di cui non sia preconstituito/precostituibile né il contenuto né le modalità di attuazione*". In tal caso pertanto appare ragionevole ritenere che al contraente non sia sufficiente allegare e dimostrare l'esistenza di una trattativa e la generica "scorrettezza" della controparte, lasciando a quest'ultima l'onere della prova di aver agito correttamente. Sarà invece onere di chi agisce per il risarcimento provare i comportamenti altrui che si assumono scorretti (v. G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, Milano 2006, pag. 1117). In effetti, la natura della responsabilità precontrattuale è oggetto di interpretazioni diverse. Per una rassegna degli orientamenti in materia, v. G. D'AMICO, *op. cit.*, pagg. 1107 ss.

(158) CASTRONOVO, *op. cit.*, pagg. 461-462.

(159) V. ad es. Cass. Sez. III, n. 15040 del 5/8/2004, secondo cui: "*La responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta posta dall'art. 1337 cod. civ. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati (come nella specie) dal recesso ingiustificato di una parte (in un contesto connotato dall'affidamento dell'altra parte nella conclusione del contratto), grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma "de qua"*.

(160) Cfr. Cass., Sez. III, n. 5067 del 3/3/2010, che individua nel rapporto giuridico per "contatto sociale" tra allievo e insegnante la fonte dell'obbligo di quest'ultima di protezione e vigilanza che la rende responsabile ex art. 1218 c.c. dei danni che l'allievo si procura da solo; v. anche Cass. n. 577 dell'11/1/2008 che si esprime analogamente con riguardo alla responsabilità del medico nei confronti del paziente.

l'orientamento della S.C. che individua la responsabilità "contrattuale", con il conseguente regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c., anche nel rapporto instauratosi per effetto delle informazioni non corrette rese all'altra parte determinandone il consenso (161).

Un aspetto peculiare della tematica in esame è quella del danno "non patrimoniale" derivante da inadempimento, che non rientra tra le situazioni usualmente contemplate nelle clausole negoziali. Al riguardo, si osserva che il trattamento riservato a questa tipologia di pregiudizi va ricercato nell'evoluzione giurisprudenziale che apre a nuove forme di danno dai contorni indeterminati, circostanza che consente di individuare tipologie diverse con differenti denominazioni (danno esistenziale, danno biologico, danno alla vita di relazione, ecc.) aventi in comune il fatto di distinguersi dal "danno patrimoniale"; tuttavia, la rigorosa prescrizione di cui all'art. 2059 c.c. ha determinato un orientamento restrittivo, che delimita la risarcibilità di questa tipologia di pregiudizi ad ipotesi ben determinate (162). In proposito, appare fondamentale la decisione delle Sezioni Unite del 2008 in cui si specifica che il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi "previsti dalla legge", e cioè, "*secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ.: (a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale; (b) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato (ad es., nel caso di illecito trattamento dei dati personali o di violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale); in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento (quali, rispettivamente, quello alla riservatezza od a non subire discriminazioni); (c) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di tali interessi, che, al contrario delle prime due ipotesi, non sono individuati "ex ante" dalla legge, ma dovranno essere selezionati caso per caso dal giudice*" (163).

(161) V. Cass., Sez. III, n. 2847 del 2010, che si pronuncia sulla natura della responsabilità del medico (dipendente di un ospedale) per le informazioni diagnostiche fornite al paziente che ne hanno determinato il consenso. Benché tale vicenda preceda la prestazione e quindi, secondo il ricorrente, si collocherebbe nella fase precontrattuale con conseguente responsabilità *aquiliana* per eventuali danni, la Corte afferma diversamente che "*secondo l'ormai definitivo approdo*" il semplice intervento del medico anche solo in funzione diagnostica "*dà comunque luogo all'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale*". In particolare "*l'illustrazione al paziente delle conseguenze (...) della terapia o dell'intervento che il medico consideri necessari o opportuni (...) costituisce obbligazione il cui adempimento deve esser provato dalla parte che l'altra affermi inadempiente*".

(162) Sulla posizione della dottrina al riguardo, v. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, Milano 2006, V, pagg. 970 ss.

(163) V. Cass. S.U. n. 26972 dell'11 novembre 2008.

Nei ricorsi presentati all'Arbitro bancario finanziario non è infrequente la richiesta del risarcimento di pregiudizi annoverabili fra i c.d. "danni esistenziali". In proposito, si farà cenno a decisioni adottate dai Collegi nelle quali l'argomento è trattato con particolare attenzione, tenendo doverosamente conto dei principi enunciati dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, che valuta sfavorevolmente questa tipologia di pregiudizi, affermando che *"non sono meritevoli di tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale. Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale"* (164).

21. Esame di alcune decisioni in tema di responsabilità per danni

Sulla base delle considerazioni su illustrate in materia di accertamento della responsabilità e di liquidazione del danno, si ritiene utile presentare le soluzioni offerte dai Collegi giudicanti in una breve selezione di pronunce, nelle quali si evidenzia la complessità delle motivazioni che portano all'accoglimento o al rigetto dei ricorsi, previo accertamento della responsabilità (contrattuale o extra-contrattuale e relativa imputazione) e della sussistenza di danni risarcibili (patrimoniali e/o non patrimoniali). Le decisioni sono state selezionate in modo da evidenziare come si siano delineati orientamenti non sempre convergenti.

In materia di utilizzo fraudolento di carte di credito e di pagamento, nonché di accesso abusivo a conti "on line", si è già avuto modo di segnalare l'orientamento che si è formato su fondamentali posizioni di principio riguardanti la materia delle responsabilità per i danni che ne sono derivati; per un esame più analitico, si riportano qui di seguito alcune decisioni riferite a fattispecie che si collocano in periodo antecedente all'entrata in vigore delle disposizioni di legge sui servizi di pagamento e alla relativa nuova disciplina sulla ripartizione del rischio. Nella decisione n. 665/2010, già in precedenza citata, il Collegio ha affermato la responsabilità dell'intermediario per i danni causati dall'utilizzo fraudolento di una carta di debito, applicando tuttavia una franchigia di euro 150 a carico del ricorrente. Ciò sulla base dei principi enunciati nella Direttiva 2007/64/CE e tenendo conto, altresì, di quanto previsto nella Circolare ABI del 25 febbraio 2005 volta a suggerire l'introduzione spontanea del criterio di ripartizione del rischio previsto nella Direttiva, benché non ancora "recepita" (165). Analogo è il contenuto della pronuncia n. 506/2010, nella quale, pur con motivazioni che af-

(164) Cfr. Cass. S.U. sent. n. 26972/2008, cit.

(165) Come già in precedenza rilevato, la clausola sulla ripartizione del rischio stabilita dalla richiamata Direttiva, diretta a realizzare una più razionale ed equilibrata ripartizione dei rischi assurge, secondo la richiamata decisione, al ruolo di "clausola d'uso" (ai sensi dell'art. 1340 c.c.) o comunque di fonte integrativa del contratto (art. 1374 c.c.). La citata Circolare dell'ABI enuncia, a titolo di suggerimento per gli enti partecipanti, l'opportunità di inserire nei rispettivi contratti una clausola anticipatoria degli effetti della Direttiva, in attesa del suo recepimento per legge, applicando il criterio della franchigia ivi previsto.

frontano ulteriori questioni di principio, si conclude dichiarando la responsabilità dell'intermediario, salvo la franchigia di euro 150 a carico del ricorrente (166).

In altre decisioni sono tuttavia emersi orientamenti interpretativi differenti. Si cita ad es. la decisione n. 41 del 12 febbraio 2010, pronunciata su ricorso avente ad oggetto prelievi non autorizzati effettuati con carte "clonate". Il Collegio, dopo aver valutato come *"la posizione degli intermediari (e la relativa responsabilità) debba essere considerata in maniera diversa da quella dei clienti"*, dovendo ritenersi in particolare *"la sussistenza di un rischio d'impresa fisiologicamente gravante sull'istituzione finanziaria che presta il servizio di pagamento, considerato che quest'ultima, rispetto al titolare della carta stessa, si trova in condizioni migliori per porre rimedio o per prevenire i rischi dell'uso fraudolento della carta"*, ha tuttavia respinto il ricorso; a tale conclusione è pervenuto nel presupposto che *"le circostanze concrete relative ai prelievi sconosciuti dai ricorrenti non evidenziano una qualche anomalia in quanto sono avvenuti presso distributori automatici utilizzati dai ricorrenti nei periodi precedenti, gli importi dei singoli prelievi sono minori di quelli disponibili (sono tra 100 e 250 euro a fronte di un massimale di 250 euro e un plafond giornaliero di 600 euro), nessun tentativo di prelievo è stato eseguito dopo il blocco della carta. Tale ultima circostanza solleva più di un dubbio sulla dinamica dei fatti, considerato che esclusivamente i ricorrenti (e l'intermediario) erano a conoscenza dell'intervenuto blocco delle carte di debito"* (167).

In altra decisione, la n. 87 del 3 marzo 2010, si delineano invece responsabilità contrattuali gravanti su ambedue le parti della vertenza, il ricorrente e l'intermediario. Anche in questo caso, in replica alla contestazione del ricorrente riguardante prelievi abusivi effettuati sul conto on-line, l'intermediario eccepeva che le clausole contrattuali obbligano l'utente alla custodia dei codici di accesso, per cui l'uso dei predetti codici da parte di terzi verrebbe a concretare la responsabilità contrattuale del cliente. Il Collegio tuttavia ha ritenuto che l'intermediario, con tale affermazione di carattere presuntivo, non abbia assolto l'onere probatorio circa l'uso dei codici del cliente, limitandosi ad asserire che *"erano stati utilizzati"* e che, d'altra parte *"è pacifico che il cliente sia estraneo alle negoziazioni"* in questione. Peraltro, riteneva che la valutazione in ordine alla distribuzione delle responsabilità fosse caratterizzata da obiettiva complessità, in quanto da una parte si ponevano gli obblighi gravanti sull'impresa di proteggere, mediante gli accorgimenti tecnici più idonei, il sistema di trasmissione dati in

(166) Nella fattispecie di cui alla cit. decisione n. 506 dell'8/6/2010, il contratto predisposto dall'intermediario recava una clausola riproduttiva di quella elaborata dall'ABI, in linea con il contenuto della Raccomandazione n. 97/489/CE del 30/07/1997 e della Direttiva 2007/64/CE. Nella pronuncia, il Collegio osserva, tra l'altro, che *"non possono peraltro sfuggire le concrete difficoltà di assolvimento dell'onere probatorio rispettivamente gravante il cliente (di norma difficilmente in grado di provare la vulnerabilità del sistema informatico del prestatore del servizio) e l'intermediario (altrettanto difficilmente in grado di fornire la prova specifica della violazione del dovere di separata custodia della carta e del PIN), difficoltà che nella generalità dei casi renderebbero problematica la soluzione della controversia, ben potendo accadere che entrambi i soggetti del rapporto non siano, loro malgrado, in condizione di fornire la prova del dolo o della colpa grave della controparte e del relativo nesso eziologico con il pregiudizio conseguente all'uso fraudolento della carta"*.

(167) Nello stesso senso, v. decisione n. 713 del 9/7/2010.

modo da impedire le intrusioni abusive; dall'altra, si evidenziavano gli obblighi di custodia facenti carico al cliente. Poiché, ad avviso del Collegio, nessuno dei due contendenti aveva fornito prove sufficienti in merito allo "scrupoloso adempimento dei suddetti doveri negoziali", nella decisione si stabilisce un'equa ripartizione tra le parti delle conseguenze dannose (168).

In una decisione di poco anteriore a quella da ultimo citata, la n. 33 del 10 febbraio 2010 si afferma, in linea di principio, la responsabilità contrattuale dell'intermediario a causa della mancata adozione dei sistemi di sicurezza più idonei ad ostacolare l'intrusione nel conto *on line* (si trattava di un caso di *phishing*), utilizzando tutte le cautele e gli accorgimenti tecnici disponibili in base alla più evoluta tecnologia. Pertanto, veniva accertata la violazione da parte dell'intermediario degli obblighi della diligenza professionale particolarmente qualificata che la banca è tenuta ad osservare, richiamandosi in proposito i principi enunciati dalla Suprema Corte di Cassazione sulla responsabilità dell'"accorto banchiere" (169). Tuttavia, sotto altro profilo, nella medesima pronuncia si osserva come l'operatività a distanza offerta dalla banca, resa possibile dall'utilizzo degli strumenti informatici messi a disposizione del cliente, costituisce un'evidente utilità per quest'ultimo, il quale, consapevole della delicatezza del mezzo telematico messo a sua disposizione, a fronte di un messaggio via mail apparentemente proveniente dalla sua banca, che lo invitava a digitare i propri codici identificativi, avrebbe dovuto agire con maggior cautela. Pertanto, si conclude affermando l'esistenza di un concorso di colpa del cliente ai sensi dell'art. 1227 c.c., con conseguente ripartizione del danno tra le parti e limitazione dell'obbligo risarcitorio posto a carico della banca.

In altro ambito, e più precisamente in materia di segnalazione nel Sistema di informazioni creditizie (SIC), noto anche come "centrale-rischi" privata (170),

(168) Analogamente appare orientata la pronuncia n. 719 del 9/7/2010. Si ricorda che le decisioni qui citate riguardano fatti precedenti all'entrata in vigore delle disposizioni di legge di cui al D.Lgs. n. 11 del 2010 che hanno introdotto specifiche regole sulla distribuzione della responsabilità tra le parti.

(169) Il riferimento è alla sentenza della Cass., Sez. I civ., n. 13777 del 12 giugno 2007, secondo cui *"ai fini della valutazione della responsabilità contrattuale della banca per il caso di utilizzazione illecita da parte di terzi di carta bancomat trattenuta dallo sportello automatico, non può essere omessa, a fronte di un'esplicita richiesta della parte, la verifica dell'adozione da parte dell'istituto bancario delle misure idonee a garantire la sicurezza del servizio da eventuali manomissioni, nonostante l'intempestività della denuncia dell'avvenuta sottrazione da parte del cliente e le contrarie previsioni regolamentari; infatti, la diligenza posta a carico del professionista ha natura tecnica e deve essere valutata tenendo conto dei rischi tipici della sfera professionale di riferimento ed assumendo quindi come parametro la figura dell'accorto banchiere"*. Nello stesso senso, v. Cass., Sez. I, n. 7081/2005, nella quale, in tema di "cassette di sicurezza", si precisa in ordine all'onere della prova stabilito per la responsabilità contrattuale dall'art. 1218 c.c., che *"grava sulla banca l'onere di dimostrare che l'inadempimento dell'obbligazione di custodia è ascrivibile ad impossibilità della prestazione ad essa non imputabile e, al fine di escludere la colpa, è insufficiente la generica prova della diligenza"*.

(170) I Sistemi di informazioni creditizie (SIC) - una volta conosciuti come "centrali rischi private" - sono le banche dati private consultate da banche e finanziarie per verificare affidabilità e puntualità nei pagamenti e servono per valutare l'opportunità di concedere credito al consumo, prestiti e finanziamenti in qualsiasi forma tecnica. L'attività dei SIC privati è disciplinata dal "Codice di deontologia" pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 300 del 23 dicembre 2004 ed emanato in attuazione del "Codice sulla privacy" (D. lgs. n. 196/2003). I SIC attivi in Italia sono Experian, Consorzio Tutela Credito, Crif, e Assilea. I sistemi informativi possono contenere:- informazioni creditizie di tipo negativo, che riguardano soltanto rapporti

si segnala la Decisione n. 746 del 16 luglio 2010, pronunciata su ricorso avente ad oggetto una segnalazione effettuata per errore, riconosciuto dallo stesso intermediario. Nella decisione si afferma “*che è tuttora controversa la natura della responsabilità dell’intermediario (se contrattuale o extracontrattuale)*”, ma che in ogni caso è evidente che l’erronea iscrizione in una centrale rischi è produttiva di danno nei confronti del soggetto “segnalato”, in quanto “*ne compromette la reputazione di «buon pagatore» precludendo o rendendo più oneroso l’accesso al credito*”. Ciò premesso, si è ritenuto che il comportamento dell’intermediario “*da un lato può configurare un illecito extra-contrattuale per lesione di un diritto soggettivo perfetto riconducibile alla categoria dei c.d. diritti della personalità (diritto all’immagine, alla riservatezza, alla reputazione, ecc.), e dall’altro, in considerazione del rapporto contrattuale in essere, può integrare la violazione degli obblighi di protezione discendenti dalla clausola di buona fede in executivis (tra i quali è ricompreso quello relativo alla verifica della correttezza delle informazioni a terzi)*” (171). In relazione a quest’ultimo profilo, si esamina la doglianza del ricorrente riguardante la “perdita di chance” dovuta all’impossibilità, per via della suddetta segnalazione negativa nel SIC, di ottenere un prestito. Accertata la responsabilità dell’intermediario (per spontanea ammissione dell’errore), nella decisione si ritiene tuttavia di respingere la domanda risarcitoria, non avendo il ricorrente fornito elementi di prova sulla situazione di fatto posta a base della richiesta. Si precisa altresì che “*è pur vero che, nel caso di danno da perdita di chance, qualora il giudice non disponga di elementi utili per quantificare il danno, può ricorrere al criterio equitativo ex art. 1226 c.c., ma non si può dimenticare che il ricorrente ha l’onere di provare gli elementi atti a dimostrare, pur se solo in modo presuntivo e basato su un calcolo delle probabilità, la possibilità che avrebbe avuto di conseguire un vantaggio, posto che la valutazione del danno ex art. 1226 c.c. presuppone che risulti comprovata comunque l’esistenza di un danno risarcibile (in tal senso Cass. n. 852/2006)*”. Si provvede invece al riconoscimento dei danni non patrimoniali derivanti dalla lesione del “diritto alla reputazione di buon pagatore”, che vengono liquidati in via equitativa.

Diversa appare la posizione di principio enunciata in un’altra decisione (172) nella quale si afferma che la domanda può essere accolta solo se “*a conclusione di una verifica dei fatti allegati e dimostrati dalla ricorrente (sulla quale ex art. 2697/1 cod. civ. incombe l’onere di provare i fatti che costituiscono fondamento del diritto fatto valere)*” risultino provati “*non solo l’illegittimità della segnalazione alla centrale rischi (fatto illecito), ma anche il concreto pregiudizio subito dal ricorrente*”. In proposito, occorre precisare che, nella fattispecie, la segnalazione era motivata con il mancato pagamento di rate di mutuo, cui la società ricorrente si era obbligata per effetto di un accollo del mutuo stesso, senza tuttavia avere altri rapporti con la banca convenuta. Ciò

di credito per i quali si sono verificati inadempimenti;- informazioni creditizie, che attengono a richieste/ rapporti di credito a prescindere dalla sussistenza di inadempimenti registrati nel sistema al momento del loro verificarsi. (Informazioni tratte dal sito “www.bancaditalia.it”).

(171) V. decisione n. 746/2010 cit., pag. 4.

(172) V. Decisione n. 1172 del 26/10/2010.

posto, si osserva che la decisione in esame parrebbe propendere (almeno implicitamente) per la responsabilità extra-contrattuale dell'intermediario (da fatto illecito), dal momento che nelle conclusioni si afferma che, sulla base delle allegazioni del ricorrente, deve ritenersi *“indimostrata la pretesa illegittimità della segnalazione”* (173).

Sempre in tema di qualificazione della responsabilità per le situazioni pregiudizievoli lamentate nel ricorso, appare interessante anche la Decisione n. 75 del 2 marzo 2010, nella quale si esamina una questione incentrata sugli effetti del c.d. “benefondi”. Nella decisione si premette che tale istituto consiste nell'accertamento informale, basato su una prassi tra istituti di credito, che la banca effettua sull'esistenza della provvista su un c/c e quindi sulla possibilità del buon esito di un assegno bancario. Nel caso in cui la banca fornisca ad altra banca richiedente un'informazione errata, si rende responsabile di illecito extracontrattuale (nella decisione si cita la sentenza della Corte di Cass. n. 5659 del 9 giugno 1998). Nella fattispecie portata all'esame del Collegio si tratta invece di rapporto fra banca e cliente, essendo quest'ultimo a chiedere di effettuare il suddetto accertamento; ove le informazioni fornite si dimostrino non rispondenti alla reale situazione al momento della richiesta, si ritiene che la banca sia responsabile nei confronti del cliente, precisando che *“in questo caso, tuttavia, non si configura una responsabilità aquiliana, ma l'istituto di credito risulta contrattualmente responsabile nei confronti del correntista”*. Ciò in quanto fra la banca ed il cliente si configura un rapporto di mandato ex art. 1703 c.c., in forza del quale la mandataria (cioè la banca stessa) si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto del cliente e ad eseguire l'incarico con diligenza, come previsto dall'art. 1710 c.c. (174). Il Collegio conclude per l'accoglimento del ricorso, osservando che *“non può negarsi che il danno cagionato alla ricorrente è consistito nel mancato incasso dell'importo relativo all'assegno dopo che si era provveduto alla consegna dei beni oggetto del contratto di vendita cui l'assegno si riferiva (oltre, ovviamente alle conseguenti spese legali), danno che si presenta indubbiamente quale conseguenza immediata e diretta del negligente comportamento del dipendente della Banca, che ha ingenerato un legittimo affidamento nel cliente, “indotto” ad eseguire*

(173) Per altro verso, si potrebbe diversamente affermare che comunque l'obbligo di pagare le rate di mutuo, cui la segnalazione si riferiva, configura un rapporto negoziale tra le parti, per cui si poteva delineare una responsabilità contrattuale in quanto “funzionale alla realizzazione del diritto”. Sul collegamento “funzionale” che trasferirebbe la responsabilità dall'ambito extracontrattuale a quello contrattuale, v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 455. Lo stesso Autore, nella sua ampia trattazione, osserva che *“la responsabilità aquiliana è caratterizzata ab origine dall'assenza di doveri di comportamento rivolti a favore di persone determinate; colui che non è vincolato da obblighi è totalmente libero fino a quando non si verifichi la lesione del diritto altrui”*. (v. pag.457). Segnala tuttavia la complessità che talvolta caratterizza la distinzione fra i due tipi di responsabilità, tanto che non manca la negazione di una distinzione a riguardo, sostenuta anche da illustri autori, come ad es. CARNELUTTI, ivi cit., il quale nel negare che *l'alterum non laedere* sia in sé un dovere, lo definì: *“sintesi di tutti i doveri specifici imposti a ciascuno verso gli altri”*; da questo assunto ricavava l'identità di natura delle due responsabilità contrattuale ed *aquiliana* (cfr. op. cit., pag.451-452).

(174) Sul punto, nella richiamata decisione si cita Cass. n. 8983 del 5 luglio 2000, che si pronuncia sul “benefondi” ravvisando la responsabilità contrattuale della banca nei confronti del cliente che ne ha fatto richiesta.

la propria prestazione (consegna dei beni) proprio in conseguenza dell'informazione (non veritiera) che gli era stata fornita".

22. La prova del danno

Un rilievo speciale assume l'argomento del risarcimento dei danni che il ricorrente dichiara di aver subito nella fase delle trattative, con particolare riguardo alle ipotesi in cui i contatti intrattenuti con l'intermediario non hanno portato alla conclusione di un contratto. Esempi di questo genere riguardano, in particolare, richieste di finanziamento il cui iter si protrae per periodi di tempo considerevoli, ovvero fattispecie di trattative interrotte senza giustificato motivo o ancora richieste di c.d. "surroga" di mutuo complicate da particolari lungaggini o insabbiate in un mancato accordo finale.

Il ritardo e le conseguenze pregiudizievoli che ne possono derivare assumono un rilievo significativo, che trova conferma nell'attenzione dedicata a questo argomento dal legislatore; ne costituisce un esempio concreto la previsione di cui all'art. 2, comma 3, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78 (convertito con modificazioni dalla Legge 3 agosto 2009, n. 102) che dispone: *«Nel caso in cui la surrogazione del mutuo non si perfezioni entro il termine di trenta giorni dalla data della richiesta da parte della banca cessionaria alla banca cedente dell'avvio delle procedure di collaborazione interbancarie ai fini dell'operazione di surrogazione, la banca cedente è comunque tenuta a risarcire il cliente in misura pari all'1% del valore del mutuo per ciascun mese o frazione di mese di ritardo. Resta ferma la possibilità per la banca cedente di rivalersi sulla banca cessionaria nel caso il ritardo sia dovuto a cause imputabili a quest'ultima»*. Si tratta di una forma di responsabilità "oggettiva" con predeterminazione del danno, che manifesta l'intento del legislatore non solo di favorire la c.d. "portabilità" dei mutui, ma anche di spingere i soggetti interessati a definire in tempi ragionevoli la formalizzazione del "trasferimento" (175).

Ciò posto, si osserva che in alcune decisioni dell'ABF l'attenzione si concentra non tanto sul tema della ripartizione dell'onere probatorio, secondo le teorie in precedenza esaminate sulla responsabilità (contrattuale o extracontrattuale), quanto invece sull'obiettiva apparenza della situazione pregiudizievole per il cliente, ricercando la prova del fatto produttivo di danno e della sua rilevanza come fonte di responsabilità sulla base di circostanze tratte dagli atti del procedimento e non contraddette da specifiche contestazioni provenienti dalla controparte interessata (non solo l'intermediario, ma anche il ricorrente a fronte di affermazioni del primo). In questo senso, è evidente l'importanza delle deduzioni difensive offerte dall'intermediario, potendosi argomentare dalle stesse non solo

(175) L'interesse a favorire ed incentivare la portabilità dei contratti di mutuo, considerandola alla stregua di un "importante strumento per accrescere la mobilità della clientela e la concorrenza fra gli intermediari a beneficio dell'efficienza del sistema bancario e finanziario" è testimoniato anche dalla Comunicazione della Banca d'Italia del 29 aprile 2008, pubblicata nel *Bollettino di Vigilanza*, del mese di aprile 2008.

il grado di fondatezza delle giustificazioni addotte per escludere la sua asserita responsabilità da inadempimento, ma anche una possibile conferma implicita dei fatti enunciati nel ricorso (176). “Indizi” rilevanti per chiarire i termini della vertenza possono ricavarsi, ad esempio, dal comportamento tenuto dall’intermediario, ove questo nel suo complesso sia suscettibile di alimentare un affidamento nel cliente circa la favorevole conclusione dell’istruttoria per la concessione di un finanziamento; in questo senso, possono assumere importanza fatti concludenti, come la richiesta di una perizia al fine di completare la documentazione dell’istruttoria, ovvero le ripetute assicurazioni verbali date al cliente circa il prevedibile buon esito del procedimento (177).

Ove sia stata accertata la responsabilità dell’intermediario per il ritardo o per il recesso ingiustificato dalle trattative, l’indagine si sposta sulle prove dell’esistenza del danno e sulla qualificazione dello stesso, che in tema di responsabilità precontrattuale si configura come lesione del c.d. “interesse negativo”; in sostanza, il danno si concreta nelle spese che la parte è stata costretta ad affrontare a causa dell’eccessivo protrarsi delle trattative e nella perdita di occasioni favorevoli per la stipula con altro intermediario di un contratto a condizioni più favorevoli o altrettanto convenienti (178).

Coerentemente con i su accennati principi, in un ricorso riguardante la richiesta di mutuo, di fatto poi non concesso per recesso ingiustificato della banca dalle trattative, il Collegio giudicante (179) ha inquadrato la fattispecie nell’ambito della responsabilità precontrattuale, ritenendo che una delibera assunta in via

(176) Si cita, ad es., la Decisione n. 130 del 16 marzo 2010, in tema di *culpa in contrahendo* a carico dell’intermediario, nella quale si respinge il ricorso, rilevandosi da una parte la “*condotta eccessivamente imprudente e avventata da parte del ricorrente*” (che aveva sottoscritto una proposta vincolante di acquisto, benché non fosse certo del buon fine della richiesta di finanziamento rivolta alla banca) e d’altra parte come “*tutta la fase preliminare alla richiesta di mutuo, così come prospettata dal ricorrente, non pare adeguatamente documentata e viene “categoricamente” smentita e contestata dall’intermediario*”.

(177) Un esempio di affidamento determinato nel cliente circa il buon esito dell’istruttoria e successivo recesso ingiustificato da trattative è offerto dalla decisione n. 202 del 7 aprile 2010, nella quale si stigmatizza il comportamento della banca, avendo questa: - comunicato l’intervenuta delibera positiva; - inviato un perito presso il cantiere; - fatto aprire un conto corrente di corrispondenza ai fini dello svolgimento del rapporto di mutuo. Pertanto, si è reputato che il ricorrente fosse stato indotto, in buona fede, a porre legittima ed incolpevole fiducia sulla prossima conclusione del contratto di mutuo fondiario, e ad assumere conseguentemente obbligazioni ulteriori.

(178) V. Cass. 13 ottobre 2005, n. 19883 secondo cui “*In materia di responsabilità precontrattuale il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti dello stretto interesse negativo, contrapposto all’interesse all’adempimento, rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (...)*”. Conforme sul principio, Cass. 7/2/2006 n. 2525, che contempla il caso “*della parte che - senza giusto motivo - abbia interrotto le trattative eludendo così le aspettative della controparte, la quale, confidando nella conclusione del contratto, sia stata indotta a sostenere spese o abbia rinunciato ad occasioni più favorevoli. In caso di violazione della norma di cui all’art. 1337 cod. civ. il risarcimento del danno è limitato al c.d. “interesse negativo”*”.

(179) V. Decisione n. 202 del 7/4/2010, cit. In proposito, viene citata la sentenza della Corte di Cass. n. 7768 del 29 marzo 2007 secondo cui “*per potersi configurare responsabilità precontrattuale è necessario che tra le parti siano in corso trattative; che le trattative siano giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l’altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità, le interrompa senza giustificato motivo; che, infine, pur*

provvisoria dalla banca sulla possibilità di concedere il finanziamento avesse natura di atto interno non parificabile ad una accettazione o ad una proposta di perfezionamento del contratto. Quindi, posto che la risarcibilità dei danni ascrivibili a responsabilità precontrattuale è limitata al c.d. “interesse negativo”, il Collegio ha concluso ritenendo di dover accogliere la domanda risarcitoria avanzata dal ricorrente con riguardo alle spese certamente sostenute dal ricorrente e ai costi altrettanto certamente subiti a causa l’attività svolta dall’intermediario. Peraltro, trattandosi di danni di cui era obiettivamente difficoltoso fornire la prova circa la sua esatta entità, ne ha disposto la liquidazione “in via equitativa” (180).

Sempre in tema di responsabilità precontrattuale, si evidenzia il caso proposto da un ricorrente che aveva richiesto il trasferimento del mutuo ad altra banca e dopo tempi considerevolmente lunghi e varie complicazioni intervenute nella trattativa, aveva deciso di rivolgersi ad un’ulteriore diversa banca con la quale in effetti concludeva l’operazione di trasferimento del mutuo con surroga. In proposito, il Collegio premesso che l’“*interesse negativo*” va individuato valutando le “*occasioni perdute*” ovvero i “*sovracosti affrontati in conseguenza del comportamento colposo dell’altra parte (cfr. Cass., sezioni unite civili, 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725)*” (181), ha stabilito di liquidare il danno a favore del ricorrente sulla base “*delle tabelle di comparazione, mese per mese, fra i tassi d’interessi, ed i relativi esborsi, in relazione al mutuo originario e a quello stipulato successivamente con la (nuova, n.d.r.) banca cessionaria*” (182).

In un caso analogo, si è ritenuto invece di non accogliere la richiesta risarcitoria indicata dal ricorrente nella differenza tra l’importo della rata pagata alla banca “cedente” e quello che avrebbe pagato alla mancata “cessionaria” ove si fosse positivamente concluso il procedimento di surroga; ciò in quanto tale richiesta non si poteva ritenere attinente all’“interesse negativo” (perdita di opportunità e maggior spese), ma a quello “positivo” consistente nel vantaggio che avrebbe conseguito la parte ricorrente qualora avesse concluso il contratto alle condizioni pattuite (183).

nell’ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei a escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto” .

(180) Sui presupposti necessari perché possa procedersi alla liquidazione del danno ai sensi dell’art. 1226 c.c, si segnala: Cass., Sez. III, sent. n. 10607 del 30/04/2010, secondo cui “*L’esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 cod. civ. (...) presuppone che sia provata l’esistenza di danni risarcibili e che risulti obiettivamente impossibile o particolarmente difficile, per la parte interessata, provare il danno nel suo preciso ammontare; non è possibile, invece, in tal modo surrogare il mancato accertamento della prova della responsabilità del debitore o la mancata individuazione della prova del danno nella sua esistenza*”.

(181) V. Decisione n. 290 del 26/4/2010, pag. 5

(182) Cfr. Dec. cit., *ibidem*, nella quale si afferma che dal confronto dei tassi di interesse relativi al mutuo originario (circa euro 900 mensili) e quelli che nel medesimo periodo avrebbero corrisposto “*alla stregua del contratto di mutuo cui sono alla fine approdati, ne risulta un “delta” pari, per ogni mese, a circa euro 550. Tale importo va moltiplicato per la durata del ritardo colpevole*”. Nella stessa decisione si rigetta la domanda di risarcimento del danno “morale” sia perché formulata in modo del tutto generico, sia perché non riferibile ai casi di risarcibilità stabiliti dalla legge ovvero a lesione di situazioni soggettive costituzionalmente protette.

(183) V. Decisione n. 710 del 9 luglio 2010. La banca che sarebbe dovuta subentrare con “surroga” ha agito con colpevole ritardo, impedendo la conclusione del trasferimento del mutuo già programmata con la banca cedente e costringendo il ricorrente a concludere infine il trasferimento con un’altra banca.

Nella medesima decisione, si è ritenuto invece che la domanda fosse (potenzialmente) meritevole di accoglimento sul punto in cui il danno veniva riferito alla differenza fra la (nuova) rata di mutuo effettivamente corrisposta in virtù della cessione ad altra banca (diversa da quella convenuta) e quella (più elevata) che il ricorrente ha dovuto continuare a corrispondere alla banca “cedente” a causa della ritardata realizzazione del trasferimento del mutuo. Tuttavia, anche questa domanda non veniva accolta in ragione della mancata prova dell’entità del danno, tanto da non consentire neppure la liquidazione in via equitativa (184).

23. Particolari ipotesi di risarcibilità del danno

Una soluzione interessante, con speciale riguardo alle modalità di quantificazione del danno, è offerta dalla Decisione n. 922 del 10 settembre 2010, nella quale si affronta il singolare caso di invio a terzi, anziché ai clienti titolari del rapporto, delle certificazioni riguardanti il pagamento del mutuo relativamente agli anni 2007-2010. Nella decisione si afferma che *“i fatti posti a fondamento del ricorso possono considerarsi incontrovertibili – essendosi l’intermediario limitato a contestare l’esistenza ed il quantum dei pregiudizi lamentati dal ricorrenti – e non richiedono pertanto specifica dimostrazione”* (185). I ricorrenti lamentavano (tra l’altro) la lesione del loro diritto alla riservatezza e al riguardo il Collegio ha ritenuto che, essendo presumibile che si fosse verificata la comunicazione a terzi dei loro dati personali, trovasse applicazione il disposto dell’art. 15 del Codice della privacy (D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196), che prevede espressamente il risarcimento dei danni non patrimoniali. Il che ha consentito di affermare che la domanda risarcitoria può essere accolta, *“anche alla luce dell’orientamento della Suprema Corte di cui alla nota sentenza n. 26972 resa dalle Sezioni Unite in data 11/11/08”* trattandosi di danno espressamente previsto da una norma dell’ordinamento. Ciò posto, con riguardo al *quantum debeatur*, in difetto di altri parametri, il Collegio ha ritenuto applicabili i criteri adottati dalla giurisprudenza della stessa S.C. nella *“quantificazione del danno non patrimoniale per eccessiva durata del processo, sulla scorta delle giurisprudenza della Corte Europea dei*

(184) In particolare, nella fattispecie il ricorrente non aveva indicato quale fosse la durata del mutuo contratto con la banca subentrata, per cui non si rendeva possibile una quantificazione del relativo pregiudizio. La domanda non veniva pertanto accolta, osservandosi che *“il danno risulta astrattamente determinabile, ma in concreto non quantificabile, stante la carenza di idonei elementi di prova. La determinazione di esso, quindi, non può essere assunta in via equitativa dal Collegio, a causa della mancanza del presupposto della impossibilità (o, quantomeno, estrema difficoltà) di provare l’esatto ammontare del pregiudizio di cui si chiede il ristoro”*. Cfr. Decisione n. 710/2010, cit., pag.7.

(185) In tal senso, nella richiamata decisione si cita la sentenza della Cass. n. 18388 del 19 agosto 2009, secondo cui *“l’onere di specifica contestazione, introdotto, per i giudizi instaurati dopo l’entrata in vigore della legge n. 353 del 1990, dall’art. 167, primo comma, cod. proc. civ., imponendo al convenuto di prendere posizione sui fatti posti dall’attore a fondamento della domanda, comporta che i suddetti fatti, qualora non siano contestati dal convenuto stesso, debbono essere considerati incontrovertibili e non richiedono una specifica dimostrazione. Ne consegue che la contestazione limitata solo ad alcuni dei fatti “ex adverso” allegati, pur se ritenuta decisiva dalla parte interessata, non riveste carattere assorbente e non rende superflua qualsiasi contestazione sulle allegazioni relative a fatti ulteriori che, in caso di rigetto della contestazione ritenuta pregiudiziale e dirimente, potrebbero assumere carattere rilevante ai fini della decisione”*. Si richiama altresì la Decisione dell’ABF n. 23 dell’8 febbraio 2010.

diritti dell'uomo". Il riferimento è all'ordinanza n. 6039 del 12/03/09, secondo cui: *"i criteri di determinazione del quantum della riparazione applicati dalla Corte Europea non possono essere ignorati dal giudice nazionale, che deve riferirsi alle liquidazioni effettuate in casi simili dalla Corte di Strasburgo che ha individuato nell'importo compreso tra euro 1.000 ed euro 1.500 per anno il parametro dell'indennizzo"* (186). Nella decisione in esame si valuta che i pregiudizi *"(disagio psicologico, perdite di tempo, spese per vacanza, spese di corrispondenza, fax, telefono, eventuali spese di consulenza, ecc.) ritenuti meritevoli di risarcimento nelle diverse fattispecie dell'eccessiva durata del processo e della lite temeraria* (187), *corrispondono sostanzialmente a quelli lamentati nella presente vertenza, apparendo perciò corretta la relativa equiparazione"*.

Una vicenda particolare (188) riguarda il caso di un'anziana signora che affermava di essere stata convinta a recarsi nella sua banca da malfattori, che l'avevano ridotta in stato di temporanea ipnosi, affinché prelevasse un'ingente somma di denaro di cui gli stessi si sono poi impadroniti. La descrizione dei fatti illeciti posti alla base dell'evento dannoso (oggetto di denuncia presentata ai Carabinieri) mettevano in luce aspetti del tutto peculiari, tanto da orientare il Collegio nella decisione (189).

In particolare, nella decisione si afferma che *"il prelevamento di una ingente somma di denaro in contanti e le modalità che hanno caratterizzato l'operazione avrebbero dovuto indurre il personale della banca ed in particolare il direttore della filiale ad adottare alcune cautele"* e che *"un comportamento più diligente avrebbe, altresì, orientato il personale di banca a fornire qualche suggerimento alla cliente, anche al fine di evitare che potesse subire un borseggio, suggerendo altre forme tecniche di utilizzo del denaro diverse dal contante"*. Ciò premesso, il Collegio richiama l'orientamento espresso, in recente pronuncia, dalla Suprema Corte in tema di responsabilità contrattuale della banca, nella quale si afferma che, *"pur non potendosi pretendere che l'istituto di credito con il quale*

(186) Nella decisione in commento (v. pag 7) si richiama anche l'analogo orientamento espresso dalla Corte di Cassazione *"in tema di danni non patrimoniali (e patrimoniali di difficile dimostrazione e quantificazione) causati da lite temeraria"* (Cass. 27/11/07 n. 24645)"

(187) Con riguardo a danni da lite temeraria, si cita Cass. 27/11/2007 n. 24645. Si fa riferimento altresì alla decisione del Tribunale di Mantova 24/11/2009 che ha fatto applicazione dei predetti criteri di quantificazione del danno in relazione alla violazione del diritto alla riservatezza di dati sensibili relativi alla salute di un paziente.

(188) V. Decisione n. 881 del 6 settembre 2010.

(189) Gli elementi di valutazione della responsabilità per gli effetti dannosi verificatisi si incentravano su alcuni elementi di fatto: l'età avanzata della donna, la quale peraltro era non personalmente conosciuta dal personale della banca in quanto i conti, benché cointestati, erano da anni gestiti esclusivamente dal marito; il fatto che la donna si era presentata in banca con fare incerto e aveva dichiarato di non conoscere il numero identificativo dei conti, tanto che l'impiegata contattata si era recata dal direttore per chiedere l'autorizzazione ad operare, ravvisando evidentemente che si trattava di operazione inusuale e rilevante; circostanze tutte non contestate dalla banca e quindi ritenute dal Collegio provate ai sensi dell'art. 115 c.p.c. Inoltre, era emerso che l'operazione era stata svolta non già *"previa sottoscrizione del modulo di prelievo in contanti"*, come affermava la banca nelle sue controdeduzioni, ma attraverso la sottoscrizione di un modulo recante un *"ordine di bonifico"* e la seguente dichiarazione: *"in relazione al bonifico effettuato in data odierna, vi autorizzo ad addebitare sul mio conto sopra indicato l'importo di euro 10.000,00 (diecimila/00)"*. In proposito, nella decisione in commento si osserva che *"si tratta dell'unica evidenza documentale fornita dalla banca, dalla quale si ricavano elementi di perplessità sulla linearità della procedura di sportello adottata"*.

una società abbia rapporti si trasformi in controllore esterno della regolarità delle operazioni compiute dall'amministratore di detta società, è difficilmente contestabile che rientri nei doveri di esecuzione di buona fede gravanti sul mandatario (e quindi sulla banca alla quale la società abbia affidato i propri depositi stipulando una convenzione di assegno) il rifiuto di operazioni icu anomale, quando esse siano tali da compromettere palesemente l'interesse della correntista" (190). In applicazione del su enunciato principio, il Collegio ha ritenuto che, nella fattispecie, la banca avrebbe dovuto agire con maggior cautela e quanto meno avvisare il coniuge della cliente dell'operazione anomala che questa era in procinto di compiere, mentre "l'omissione di tale elementare cautela si traduce in un comportamento difforme rispetto ai criteri di buona fede e alla "diligenza del buon banchiere" che è "qualificata dal maggior grado di prudenza e attenzione che la connotazione professionale dell'agente consente e richiede" (Cass., 24 settembre 2009, n. 20543)" (191).

In conclusione, il Collegio ha ritenuto sussistente la responsabilità della banca per il danno subito dai ricorrenti, da valutarsi tuttavia alla stregua del disposto degli articoli 2055 e 1227 c.c., in considerazione della compartecipazione al prodursi dell'evento della parte lesa, alla quale, almeno in parte, è anche imputabile il fatto produttivo del danno.

Una speciale ipotesi di danno patrimoniale è stata individuata in una particolare situazione riguardante il disservizio che, a quanto contestato dal ricorrente, avrebbe caratterizzato l'utilizzo della "cassetta postale" messa a sua disposizione dalla banca. Tale disservizio, secondo il ricorrente, gli avrebbe determinato molteplici disagi, con particolare riguardo a giornate lavorative perdute, alla difficoltosa ricerca della corrispondenza, a spese telefoniche e di trasporto. La banca aveva implicitamente ammesso la sussistenza del lamentato disservizio, in quanto si era scusata di quanto accaduto, eccependo tuttavia che il servizio in questione viene offerto gratuitamente e che comunque il ricorrente non aveva fornito concrete prove dei danni subiti. In proposito, il Collegio ha osservato che i disagi lamentati dal ricorrente possono ritenersi provati sulla base della non specifica contestazione di controparte, in applicazione del disposto dell'art. 115 c.p.c., per cui la valutazione si doveva spostare sulla quantificazione del pregiudizio subito dal ricorrente. A tale proposito, ha osservato che "pur in mancanza di una specifica prova di un danno patrimoniale, tuttavia, nell'ottica di una concezione più ampia, può ritenersi che il danno sia individuabile anche sulla base di criteri oggettivi e con riferimento al mercato. Infatti, se non si dubita che siano risarcibili le spese che il danneggiato abbia dovuto sopportare per procacciarsi una prestazione sostitutiva, è ragionevole ritenere che assuma rilevanza, a fini risarcitori, anche l'attività che l'interessato, anziché rivolgersi a terzi, svolga personalmente in luogo della

(190) Cass., 31 marzo 2010, n. 7956.

(191) Secondo la S.C. (nella citata sentenza n. 20543/09) "tale diligenza va valutata non alla stregua di criteri rigidi e predeterminati, ma tenendo conto delle cautele e degli accorgimenti che le circostanze del caso concreto suggeriscono".

prestazione sostituiva. Sotto questo profilo, vengono ad assumere rilevanza le ore o i giorni, che il danneggiato ha dovuto impiegare per sopperire al cattivo funzionamento del servizio accessorio offerto dalla banca, costringendolo, come egli ha rappresentato, ad una laboriosa ricerca della corrispondenza mancante". Sulla base di queste argomentazioni, nella relativa pronuncia è stato deciso l'accoglimento parziale del ricorso, disponendo che la banca convenuta riconoscesse a favore del ricorrente un risarcimento dei danni, liquidato in via equitativa in un importo di modesta entità (192).

Si può osservare che, nella su enunciata decisione, il Collegio si è ispirato ad un autorevole contributo dottrinario che recentemente ha esaminato il tema dell'impegno di attività e del sacrificio del tempo libero quali conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento, che si ripercuotono sul danneggiato; il quale, in effetti, si vede costretto a porre in essere iniziative volte a rimediare all'inadempimento stesso. È infatti evidente che il danneggiato è costretto ad *"attività di ricerca e di contrattazione necessarie per procurare le prestazioni sostitutive o le riparazioni, e così pure le pratiche amministrative eventualmente necessarie per rimediare alle conseguenze dell'inadempimento"* (193).

Ora, se *"nessuno dubita che costituiscano danno risarcibile le eventuali spese affrontate dal danneggiato per procurarsi sul mercato una prestazione sostitutiva, non si vede, allora, perché le cose debbano mutare per il responsabile nel caso che il danneggiato, anziché procurarsi una prestazione sostitutiva di terzi, la svolga personalmente"* (194).

In sostanza, la novità interpretativa offerta dal segnalato contributo della dottrina, fatto proprio dal Collegio nella menzionata decisione, sta nel fatto che normalmente il "sacrificio del tempo libero" (inteso come necessità per il danneggiato di rinunciare ad ore o giorni destinati al riposo, allo svago o alle vacanze, per rimediare all'inadempimento altrui) sia valutato come danno non patrimoniale e come tale non risarcibile, mentre si rende necessario adottare una concezione più ampia di danno patrimoniale, fondata sulla possibilità di stimare il "sacrificio del tempo libero" secondo parametri oggettivi di mercato, in modo da consentirne la risarcibilità.

(192) V. Decisione n. 771 dell'11 giugno 2010.

(193) V. in tal senso: P. TRIMARCHI, *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, pagg. 138 ss..

(194) Cfr. TRIMARCHI, *op. cit.*, pag. 140. L'Autore analizza varie situazioni in cui è chiaro che il danno assume rilievo patrimoniale ed osserva che il danno derivante dal sacrificio del tempo libero può avere per il danneggiato un valore superiore al compenso per l'attività svolta. Rileva, inoltre, che *"secondo le concezioni correnti si tende a ritenere che questo sacrificio costituisce tipicamente un danno non patrimoniale, pertanto non risarcibile"*. Ma se del danno patrimoniale viene adottata *"una concezione più ampia, fondata su criteri oggettivi di mercato"* diventa possibile individuare un risarcimento *"utilizzando il concetto di costo-opportunità"* commisurato al lavoro che l'interessato ha dovuto compiere invece di dedicarlo ad altre attività (v. *op. cit.*, pag. 141).

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, a cura di G. BOCCUZZI, in Quaderni di ricerca giuridica, Ed. Banca d'Italia, n.68 – settembre 2010
- ACIERNO M. – GRAZIOSI C., *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo sisma?*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, I
- ANDRIOLI V., *Prova*, voce in Noviss. dig. It., XIV, Torino 1967, § 12
- AULETTA F., *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in Le Società, 1/2011
- BANCA D'ITALIA, *Comunicazione del 29 aprile 2008*, in Bollettino di Vigilanza, aprile 2008
- BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale sul 2009*, 31 maggio 2010 - 19. L'azione di vigilanza (www.bancaditalia.it)
- BERGAMINI L., *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di GABRIELLI e LENER, Torino 2011
- BIANCA C.M., *Inadempimento delle obbligazioni*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna 1979
- CANDIAN A., *Assicurazione e garanzie del credito*, in Banca, borsa, titoli di credito, 2009, parte I
- CAPOBIANCO E., *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in Judicium - Il processo civile in Italia e in Europa (www.judicium.it), 31 maggio 2011
- CAPOLINO O., in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di E. GALANTI, Padova 2008
- CAPRIGLIONE F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in Banca, borsa, titoli di credito, 2010, parte I
- CARINGELLA F.-DE MARZO G., *Manuale di dir. civile*, vol. II, *Le obbligazioni*, Milano 2007
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006
- CAVALLINI C., *La non contestazione nell'arbitrato*, Rivista dell'arbitrato, 2009
- CONDEMI M., in Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni, a cura di M. MANCINI e M. PERASSI, Quaderni di ricerca giuridica, Ed. Banca d'Italia, n.63/2008
- D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, Milano 2006
- DEL CORE S., *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, Giustizia Civile 2009 (06)
- DRAGHI M., *Intervento del Governatore della Banca d'Italia*, 16° Congresso Aiaf-Assiom Forex - Napoli, 13 febbraio 2010 (www.bancaditalia.it/interventi)

- DRAGHI M., *Intervento del Governatore della Banca d'Italia all'Assemblea annuale dell'Associazione Bancaria Italiana*, Roma 15 luglio 2010 (www.bancaditalia.it/interventi)
- FORNACIARI M., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Judicium - Il processo civile in Italia e in Europa* (www.judicium.it), 19 novembre 2010
- GUCCIONE A.V.- RUSSO C.A., *L'arbitro bancario finanziario*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, 3
- GUIZZI G., *Chi ha paura dell'ABF?*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2010, parte I
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Milano 2000, vol. I
- MANCINI M., PROFETA V., DE GIORGI N., *La centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Ed. Banca d'Italia, n.59/2007
- MENGGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II
- RAPPORTO ABI CIPA CNIPA *sul furto di identità elettronica tramite internet*, Ed. Bancaria, 2006
- RUPERTO S., *L'arbitro bancario finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2010
- SANTANGELI F., *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *Judicium - Il processo civile in Italia e in Europa* (www.judicium.it), 1 novembre 2010
- SASSANI B., *L'onere della contestazione*, in *Judicium - Il processo civile in Italia e in Europa* (www.judicium.it), 29.4.2010
- SATTA S.-PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova 2007, XII ed., App. Agg.
- SCIARRONE ALIBRANDI A.M., *Centrali dei rischi creditizi e normativa di privacy: informazione e controlli dell'interessato*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I
- SCODITTI E., *Dal contatto sociale all'imputabilità dell'atto illecito: l'obbligazione senza prestazione nella giurisprudenza*, Relazione tenuta al Consiglio Superiore della Magistratura, 29-30 maggio 2008
- STICCHI DAMIANI S., *Sistemi alternativi (ADR) alla giurisdizione nel diritto dell'Unione europea*, Quaderni LUISS, Milano 2004
- TARANTOLA A.M., *Regole e comportamenti nelle relazioni tra banche e clienti*, in *Dimensione cliente 2010*, Roma 25 marzo 2010 (www.bancaditalia.it/interventi)
- TARANTOLA A.M., *La Banca d'Italia e la tutela del consumatore nei servizi bancari e finanziari*, - Ventennale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma 19 marzo 2010, pag.10 (www.bancaditalia.it/interventi)
- TRIMARCHI P., *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Milano, 2010
- VERDE G., *Profili del processo civile*, Napoli 1994, parte I
- VILLA G., *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, Milano 2006

QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, ottobre 1985 (esaurito).
- n. 2 – FRANCESCO CARBONETTI, *Moneta*, dicembre 1985.
- n. 3 – PIETRO DE VECCHIS, *L'istituto di emissione*, febbraio 1986 (esaurito).
- n. 4 – GIUSEPPE CARRIERO, *Governo del credito e Regioni a statuto speciale: il quadro istituzionale*, aprile 1986.
- n. 5 – GIORGIO OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, aprile 1986.
- n. 6 – LUIGI DESIDERIO, *Le norme di recepimento della Direttiva comunitaria n. 780/77 in materia creditizia*, maggio 1986 (esaurito).
- n. 7 – GIORGIO SANGIORGIO - FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, giugno 1986.
- n. 8 – VINCENZO MEZZACAPO, *L'attività bancaria nell'ambito dei movimenti di capitali nella CEE*, giugno 1986 (esaurito).
- n. 9 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, luglio 1986.
- n. 10 – FRANCESCO CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, settembre 1986.
- n. 11 – *La legge bancaria*, ottobre 1986.
- n. 12 – CARMINE LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, dicembre 1986 (esaurito).
- n. 13 – GIOVANNI IMPERATRICE, *L'accertamento dell'illecito amministrativo nel diritto valutario e nel diritto tributario*, marzo 1987.
- n. 14 – GIORGIO SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, maggio 1987.
- n. 15 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, (a cura di) *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, luglio 1987.
- n. 16 – CARLO TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, settembre 1987.
- n. 17 – PIETRO DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, gennaio 1988.
- n. 18 – VINCENZO MEZZACAPO, *Il mercato secondario organizzato dei titoli emessi o garantiti dallo Stato*, agosto 1988.
- n. 19 – FRANCESCO CARBONETTI, *Il controllo della Banca d'Italia sulle emissioni di titoli atipici*, ottobre 1988.
- n. 20 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le polizze di credito commerciale*, dicembre 1988.
- n. 21 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La responsabilità penale del banchiere: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, dicembre 1989 (esaurito).
- n. 22 – MARCELLO CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, aprile 1991.
- n. 23 – MARCO MANCINI - MARINO PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, maggio 1991.
- n. 24 – ENRICO GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, giugno 1991.
- n. 25 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Note introduttive alla disciplina delle s.i.m. e dell'organizzazione dei mercati finanziari*, giugno 1991.

- n. 26 – AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, gennaio 1992.
- n. 27 – GIORGIO SANGIORGIO, *Le Autorità creditizie e i loro poteri*, marzo 1992.
- n. 28 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, febbraio 1993.
- n. 29 – *Il Sistema dei pagamenti. Atti del Convegno giuridico* (Perugia S.A.Di.Ba., 23-24 ottobre 1992), settembre 1993.
- n. 30 – OLINA CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, ottobre 1993.
- n. 31 – P. FERRO-LUZZI - P. G. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, dicembre 1993.
- n. 32 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, marzo 1994.
- n. 33 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. The 1993 Banking Law*, marzo 1994.
- n. 34 – GIUSEPPE CARRIERO, *Struttura ed obiettivi della legge sui fondi immobiliari chiusi*, novembre 1994.
- n. 35 – LUCIO CERENZA, *Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia*, febbraio 1995.
- n. 36 – GIOVANNI CASTALDI, *Il riassetto della disciplina bancaria: principali aspetti innovativi*, marzo 1995.
- n. 37 – VINCENZO PONTOLILLO, *L'evoluzione della disciplina dell'attività di emissione di valori mobiliari*, giugno 1995.
- n. 38 – O. CAPOLINO - G. CARRIERO - P. DE VECCHIS - M. PERASSI, *Contributi allo studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dicembre 1995.
- n. 39 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, dicembre 1995.
- n. 40 – MARINO PERASSI, *L'attività delle banche in "securities" e la disciplina dei contratti derivati in Giappone*, aprile 1996.
- n. 41 – ENRICO GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, novembre 1996.
- n. 42 – M. PERASSI - R. D'AMBROSIO - G. CARRIERO - O. CAPOLINO - M. CONDEMI, *Studi in materia bancaria e finanziaria*, novembre 1996.
- n. 43 – *Convegno Per un diritto della concorrenza* (Perugia, giugno 1996), dicembre 1996.
- n. 44 – *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, marzo 1997.
- n. 45 – DONATELLA LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, aprile 1997.
- n. 46 – PAOLO CIOCCA - ANTONELLA MAGLIOCCO - MATILDE CARLA PANZERI, *Il trattamento fiscale dei rischi sui crediti*, aprile 1997.
- n. 47 – P. DE VECCHIS - G.L. CARRIERO - O. CAPOLINO, M. MANCINI, R. D'AMBROSIO, *Studi in materia bancaria e finanziaria 1996*, settembre 1997.
- n. 48 – GIUSEPPE CARRIERO, *Il credito al consumo*, ottobre 1998.
- n. 49 – *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, marzo 1999.
- n. 50 – A. MAGLIOCCO - D. PITARO - G. RICOTTI - A. SANELLI, *Tassazione del risparmio gestito e integrazione finanziaria europea*, settembre 1999.

- n. 51 – ENRICO GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, gennaio 2000.
- n. 52 – *Bankruptcy Legislation in Belgium, Italy and the Netherlands*, (Brussels, 7 July 2000), giugno 2001.
- n. 53 – VINCENZO TROIANO, *Gli Istituti di moneta elettronica*, luglio 2001.
- n. 54 – STEFANO CAPIELLO, *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell'autonomia statutaria*, luglio 2001.
- n. 55 – BRUNA SZEGO, *Il venture capital come strumento per lo sviluppo delle piccole e medie imprese: un'analisi di adeguatezza dell'ordinamento italiano*, giugno 2002.
- n. 56 – AA.VV., *Diritto Societario e Competitività in Italia e in Germania*, luglio 2003.
- n. 57 – GIANMARIA MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, giugno 2004.
- n. 58 – ENRICO GALANTI E MARIO MARANGONI, *La disciplina italiana dei Covered Bond*, giugno 2007.
- n. 59 – MARCO MANCINI, VINCENZA PROFETA E NICOLA DE GIORGI, *La Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, settembre 2007.
- n. 60 – MARCELLO CONDEMI E FRANCESCO DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, febbraio 2008.
- n. 61 – BRUNA SZEGO, *Le impugnazioni in Italia: perchè le riforme non hanno funzionato?*, luglio 2008.
- n. 62 – RENZO COSTI E FRANCESCO VELLA, *Banche, governo societario e funzione di vigilanza*, settembre 2008.
- n. 63 – MARCO MANCINI E MARINO PERASSI, *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, dicembre 2008.
- n. 64 – ENRICO GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, giugno 2009.
- n. 65 – DAVID PITARO, *Le disposizioni italiane di contrasto all'elusione fiscale internazionale*, luglio 2009.
- n. 66 – CRISTINA GIORGIANTONIO, *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, settembre 2009.
- n. 66en – CRISTINA GIORGIANTONIO, *Civil procedure reforms in Italy: concentration principle, adversarial system or case management?*, september 2009.
- n. 67 – OLINA CAPOLINO E RAFFAELE D'AMBROSIO, *La tutela penale dell'attività di Vigilanza*, ottobre 2009.
- n. 68 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, settembre 2010.
- n. 69 – AA.VV., *Insolvency and Cross-border Groups. UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, febbraio 2011.

*Finito di stampare
presso il Centro Stampa
della Banca d'Italia in Roma*