

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Giustizia Sostenibile e ADR

Le controversie bancarie, finanziarie e assicurative
tra sistemi ADR negoziali e decisorii: sostenibilità,
efficienza e conformazione dell'attività di impresa

Chiar.mo Prof. Marco Marinaro

RELATORE

Chiar.mo Prof. Antonio Punzi

CORRELATORE

Camilla Morichelli Matr.149083

CANDIDATO

Anno Accademico 2021/2022

**“Le controversie bancarie, finanziarie e assicurative tra sistemi ADR
negoziali e decisorii: sostenibilità, efficienza e conformazione
dell’attività di impresa.”**

Introduzione

Capitolo I

I sistemi ADR nelle controversie bancarie, finanziarie e assicurative: profili generali ed evoluzione dei modelli

1. Nascita e sviluppo dei sistemi ADR
2. Gli ADR nell’ordinamento italiano
3. Le controversie bancarie, finanziarie ed assicurative: tipologia e soggetti coinvolti
 - 3.1. Esperienze Europee
 - 3.2. Esperienza italiana
4. Ragioni di utilizzo dei metodi ADR
 - 4.1 Un breve *excursus* sullo sviluppo degli organismi ADR
 - 4.2 Sostenibilità, economicità ed efficienza

Capitolo II

La mediazione (D.lgs. 28/2010) e le controversie bancarie finanziarie e assicurative

1. Le origini della mediazione
 - 1.1 La conciliazione societaria di cui al D.Lgs. n.5/2003
 - 1.2. La mediazione in materia civile e commerciale
 - 1.3. I principi della mediazione
2. Il procedimento di mediazione
3. Problemi operativi nella fase iniziale della procedura
4. Problemi operativi nella fase di accordo in ambito bancario e finanziario
5. La riforma di cui allo schema di D.Lgs. recante attuazione della L. 26 novembre 2021, n.206
 - 5.1. Possibili effetti in ambito bancario, finanziario ed assicurativo

Capitolo III

L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)

1. Genesi, finalità e struttura
 - 1.1. Le origini
 - 1.2. Le finalità
 - 1.3. La struttura ABF
2. Disciplina
3. Procedimento
4. Vantaggi ed eventuali limiti
 - 4.1. L'ABF e il problema delle imprese
 - 4.2. L'ABF e i clienti-consumatori
5. Casi di applicazione pratica e giurisprudenza

Capitolo IV

L'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF)

1. Le origini dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie
2. La Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob
 - 2.1. Il procedimento di conciliazione presso la Camera
 - 2.2. L'arbitro amministrato ordinario e semplificato
 - 2.3. Le ragioni di cessazione dell'attività
3. Finalità e struttura dell'arbitro per le Controversie Finanziarie
 - 3.1. La struttura
 - 3.2. L'ambito di operatività dell'ACF
4. La disciplina
5. Il procedimento dinanzi all'Arbitro per le Controversie Finanziarie
 - 5.1. La fase del reclamo
 - 5.2. Il ricorso e la fase istruttoria
 - 5.3. La decisione e i suoi effetti
6. Vantaggi ed eventuali limiti
 - 6.1. L'ACF e l'attività di impresa

Capitolo V

L'Arbitro Assicurativo (AAS)

1. Le ADR e il settore assicurativo
 - 1.1. Il contesto europeo
 - 1.2. Il panorama italiano
2. La genesi dell'Arbitro Assicurativo
 - 2.1. La competenza ed il funzionamento
 - 2.2. Il procedimento
3. Gli obiettivi dell'Arbitro

Capitolo VI

I metodi ADR e le *best practices*

1. Gli effetti dei sistemi di ADR sulla conformazione dell'attività di impresa
 - 1.1. Breve *focus* sui sistemi ADR conciliativi
 - 1.2. Un esempio virtuoso: il caso di Milwaukee
2. Gli ADR decisorii e il contributo nella realizzazione di condotte virtuose

Conclusioni

Bibliografia

Introduzione

Nelle pagine che compongono il presente elaborato, si intende fornire una panoramica il più possibile completa degli strumenti di risoluzione extragiudiziale che l'ordinamento italiano mette a disposizione di cittadini e imprese per risolvere le controversie, negli specifici settori dell'attività bancaria, finanziaria ed assicurativa.

Il tema è quello dei sistemi ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) e cioè di quel complesso di strumenti che affianca la giustizia ordinaria e allo stesso tempo ne prende le distanze, poiché non improntato necessariamente alla logica dello scontro e alla quasi ineluttabile applicazione del diritto, bensì al dialogo e alla ricerca di una soluzione condivisa, che vada ad attingere nel profondo delle istanze e delle esigenze delle parti, costruendo percorsi utili alla composizione degli interessi, nell'ottica del raggiungimento di un risultato favorevole per tutti i soggetti coinvolti nella lite.

Come si vedrà in seguito, anche gli strumenti di natura aggiudicativa fondati sull'applicazione del diritto, istituiti negli ambiti oggetto di analisi, hanno come obiettivo finale quello di fornire una soluzione soddisfacente del contenzioso in tempi rapidi e costi contenuti conducono le parti ad una soluzione che viene per lo più condivisa ponendosi a base di un accordo risolutivo, contribuendo, inoltre, a consolidare condotte virtuose da parte delle imprese a vario titolo interessate dalla disputa, realizzando, di fatto, anche una riduzione del ricorso al giudizio ordinario.

A tal proposito, si può, dunque, affermare che i sistemi ADR nascono come risposta agli eccessi del formalismo giuridico, che incoraggia un uso strumentale del processo.

Gli stessi si pongono quale obiettivo principale quello di garantire l'accesso alla giustizia, nella sua accezione estesa ed effettiva, anche per le liti di valore economico modesto, che difficilmente troverebbero un proprio spazio nel processo ordinario, assolvendo, di fatto, anche ad una funzione sociale.

A sostegno di tale assunto, si può richiamare il pensiero di Oscar Chase, il quale afferma che i sistemi di risoluzione delle liti non esistono in natura, ma essendo creati dall'uomo, sono questi stessi sistemi sociali¹. Dipendendo le modalità di gestione del conflitto anche dagli strumenti che la società offre ai consociati, si rende necessario approntare dei sistemi coesistenziali² ovvero tesi a rammendare il rapporto conflittuale, valorizzando, in ultimo, l'esigenza di pacifica convivenza sociale utile a mantenere e ricucire la relazione.

¹ Chase O., "Gestire i conflitti. Diritto, Cultura, Ritualità", Bari-Roma, Laterza, 2009

² Si veda Cappelletti M. (a cura di), "The Florence Access to Justice Project", Vol. I-IV, Alphen aan den Rijn, Netherlands e Milan: Sijthoff and Noordhoff Int., 1978

Proprio in tale ottica si orienta questo lavoro, il quale si propone di indagare le ragioni sottese all'utilizzo dei sistemi ADR, sia di tipo negoziale che decisorio, nell'ambito delle controversie bancarie, finanziarie ed assicurative, operando un *focus* sugli effetti positivi riscontrabili dal loro impiego, specialmente da parte delle imprese.

Nello specifico, l'intento del primo capitolo è quello di fornire, *in primis*, una visione di insieme dei diversi sistemi ADR.

Partendo dall'origine del fenomeno, l'elaborato passa in rassegna le esperienze maturate nei diversi ordinamenti nell'impiego dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, individuando, per altro, le caratteristiche positive che ne dovrebbero incoraggiare un utilizzo sempre maggiore.

Nel contempo, il capitolo in questione, delinea i contesti in cui nascono le liti oggetto di analisi, quali quello bancario, finanziario ed assicurativo.

Nel secondo, si conduce un'analisi specifica dell'istituto della mediazione ai sensi del D.Lgs. n.28/2010, essendone stata prevista dal legislatore l'applicazione obbligatoria nelle controversie afferenti alle materie prima menzionate ed integrando l'esperimento del tentativo di mediazione la condizione di procedibilità richiesta dall'articolo 5, comma 1 *bis* del D.Lgs. n.28/2010.

Vi è, inoltre, un richiamo alla precedente esperienza della conciliazione societaria di cui al D.Lgs. n.5/2003, che ha preparato il terreno per lo sviluppo del procedimento successivamente introdotto. Nello specifico, si passano in rassegna i principi cardine sui quali si basa la mediazione, le modalità di svolgimento della stessa e le differenti problematiche che possono sorgere in sede di avvio e conclusione della procedura.

Non manca, poi, un richiamo ai futuri interventi che il legislatore intende operare in relazione all'istituto della mediazione con la prossima riforma sulla giustizia civile e ai possibili effetti, certamente positivi, che la stessa potrà apportare in relazione alle controversie di natura bancaria, finanziaria ed assicurativa, andando a modificare quelle disposizioni normative che nella prassi hanno dimostrato di non essere efficaci.

I successivi tre capitoli trattano, invece, degli altri procedimenti stragiudiziali, di natura decisoria, richiamati dal decreto summenzionato, il cui utilizzo, alternativo alla mediazione, realizza pur sempre la condizione di procedibilità del giudizio.

A tal riguardo, nel terzo capitolo si esamina principalmente l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), introdotto con la previsione normativa di cui all'articolo 128 *bis* del Testo Unico Bancario (TUB, D.Lgs. n.385/1993); ne viene tracciato l'ambito di applicazione, la struttura ed il funzionamento.

Da ultimo, si cerca di individuare le ragioni per cui l'attività decisionale svolta dall'Arbitro possa influenzare positivamente le condotte degli intermediari, indirizzandoli a comportamenti virtuosi, oltre a costituire un mezzo di riferimento per l'attività di impresa.

Il quarto capitolo è dedicato invece all'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), strumento analogo all'ABF, ma con cognizione riservata alle controversie nella materia di intermediazione finanziaria disciplinata dal Testo Unico Finanziario (TUF, D.Lgs. n.58/1998).

Invero, lo svolgimento del procedimento presso l'ACF ricalca quello previsto dalla normativa dell'ABF, con il quale condivide anche i caratteri essenziali, la struttura ed in ultimo, le finalità operative.

Tale Arbitro è andato a sostituire le mansioni svolte in precedenza dalla Camera di conciliazione ed arbitrato presso la Consob, raccogliendo un ampio consenso, nel suo primo quinquennio di attività.

Con il quinto capitolo, si intende offrire una prima analisi di un ulteriore strumento stragiudiziale di natura decisoria, di prossima costituzione, quale l'Arbitro Assicurativo (AAS).

Anche quest'ultimo, come gli Arbitri precedentemente analizzati, si porrà al servizio dei clienti che usufruiscono dei servizi assicurativi, offrendo loro la possibilità di risolvere le controversie sorte con gli intermediari in maniera rapida, economica ed effettiva; inoltre, anche il suo utilizzo assolverà la condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5, comma 1 *bis* del D.Lgs. n.28/2010.

Con il sesto capitolo, a conclusione dell'elaborato, si fornisce una visione d'insieme sugli effetti vantaggiosi derivanti dall'impiego degli strumenti ADR analizzati nella trattazione nell'ottica dell'attività di impresa e delle *best practices* che possono formarsi in ragione dell'utilizzo degli stessi.

Capitolo I

I sistemi ADR nelle controversie bancarie, finanziarie e assicurative: profili generali ed evoluzione dei modelli

1.Nascita e sviluppo dei sistemi ADR

Per rispondere alle esigenze e alle sfide poste in essere dalle intrinseche criticità che purtroppo caratterizzano l'odierno processo ordinario, l'ordinamento italiano, sotto l'influenza delle politiche comunitarie, si è avvicinato a nuovi e diversi strumenti, comunque capaci di assicurare uno spazio di libertà, sicurezza e di accesso alla giustizia, realizzando, nel contempo, la salvaguardia del mercato interno.

Gli stessi sono conosciuti con l'acronimo inglese di ADR (*Alternative Dispute Resolutions*), con tale sigla si intende “un sistema unico di risoluzione delle controversie costituito dal ricorso sistematico e progressivo da parte dei litiganti a procedure primarie, ibride e multifase di negoziazione e arbitrato allo scopo di prevenire e risolvere le liti nel modo più efficiente possibile”³; ovvero un complesso di strumenti, di forme di giustizia, che si differenziano per essere alternativi rispetto alla giustizia ordinaria.

Come la denominazione “*Alternative Dispute Resolution*” stessa ci suggerisce, il concetto di “alternatività” deve essere inteso nel senso che tali sistemi offrono la possibilità, a coloro che decidono di servirsene, di percorrere una via che contemporaneamente si affianca e si differenzia dall'ordinario iter giudiziario; fondamentale è il fatto che all'esito, si potrà giungere comunque alla tutela del diritto lesso.

A sostegno di quanto appena detto, giova il richiamo all'autorevole dottrina del Luiso, il quale afferma che gli strumenti ADR sono “*veramente alternativi a quelli giurisdizionali dichiarativi (ovvero la sentenza del giudice), perché producono gli stessi effetti. Essi costituiscono un'alternativa alla giustizia, e non una giustizia alternativa perché il loro contenuto si fonda su una valutazione di opportunità, che le parti del contratto compiono, invece che sulla verifica della realtà sostanziale preesistente, che è propria della giurisdizione*”⁴.

³De Palo G., D'Urso L., Golann D., “Manuale del Mediatore professionista”, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2010, p.12

⁴ Luiso F.P., “Giustizia Alternativa o Alternativa alla giustizia?”, 21 marzo 2011, in *Judicium*, (<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/171/Luiso-adr.pdf>)

Il loro funzionamento non è basato sulla logica dello scontro o sulla mera applicazione delle leggi, ma questi procedimenti si pongono come obiettivo primario quello di indagare più a fondo le istanze delle parti, le loro esigenze e non da ultimo, gli interessi sottesi al conflitto.⁵

Si può dunque affermare che gli ADR costituiscano un gruppo variegato ed eterogeneo di soluzioni alternative, che si caratterizzano per il fatto di essere flessibili e modulabili alle diverse esigenze dei ricorrenti, oltre ad essere sottratti alla rigida applicazione del diritto quale criterio di soluzione (aggiudicativo) della lite.

Date tali peculiarità, questi sistemi spiccano perché capaci di sfruttare delle dinamiche lontane da quella avversariale, presentandosi dunque, non come antagonisti del processo, bensì come ulteriore opzione di natura per lo più compositiva. Ragion per cui, possono essere altresì definiti come forma di giustizia complementare.

La nascita e lo sviluppo degli ADR è individuabile negli ordinamenti di *common law*, in particolare negli Stati Uniti. Questi, possono essere visti come il risultato derivante dagli eccessi del formalismo giuridico, che incoraggiava un uso strumentale del processo (basti, infatti, pensare che tra gli anni '70 e '80 presso le Corti Federali negli USA, il numero di cause civili era quasi quadruplicato); fondamentale per la loro affermazione, fu la *Pound Conference*, svoltasi a Chicago nel 1976.

In tale circostanza il *Chief of Justice* della Corte Suprema Warren Burger evidenziò la possibilità di affidare a strutture private la gestione di alcune categorie di controversie, avvalendosi di procedimenti più rapidi ed efficienti. Da qui l'acronimo *ADR*, ove la A di *alternative* indica non solo che si è “al di fuori” del tradizionale processo, ma pone in evidenza anche la dinamica più adatta e aderente alle tipicità delle questioni oggetto di discussione.⁶

Tra le tesi sostenute e dibattute durante la conferenza, particolare rilievo assume quella ipotizzata da Frank Sanders, il quale aveva teorizzato un concetto di “giustizia polifunzionale”, ovvero aperta ad una pluralità di percorsi (*Multi-Door Court House*). Secondo tale modello, il primo contatto tra cittadino e giustizia doveva esplicarsi in una pluralità di opzioni, suggerite dal giudicante, in relazione al tipo di controversia di cui si chiedeva la soluzione; da qui, la teorizzazione di nuove strade quali: *arbitration*, *mediation*, *early neutral evaluation*, *mini trial*.

La conclusione della *Pound Conference* fu solo l'inizio di una rivoluzione culturale. Degno di menzione è innanzitutto l'istituzione del *Program on Negotiation (PON)* presso la Harvard Law School, la quale contribuì a fornire anche i primi modelli teorico-pratici di mediazione - la *principled*

⁵ Danovi F., Ferraris F., “ADR una giustizia complementare”, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p.7

⁶ Danovi F., Ferraris F., op.cit., p.15ss

negotiation (Fisher, Ury 1981)⁷. Lo stesso legislatore non rimase inerte dinnanzi a ciò, ma anzi, diede il proprio contributo dapprima con il *Dispute Resolution Act* del 1980, con il quale incentivava il ricorso alla mediazione e alle altre forme di ADR tramite finanziamenti statali, e quindi con l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998, con il quale diede anche la prima definizione di ADR – “*an alternative dispute resolution process includes any process or procedure, other than an adjudication by a presiding judge, in which a neutral third party participates to assist in the resolution of issues in controversy, through processes such as early neutral evaluation, mediation, minitrial and arbitration.*”(section 3).⁸

Analoghe insoddisfazioni erano riscontrabili anche oltre oceano, tanto da far riunire un gruppo di studiosi da tutto il mondo per esaminare le possibili soluzioni da adottare per le questioni giuridiche, politiche e sociali sorte in relazione ai problemi connessi all'accesso alla giustizia.

Siffatte tematiche vennero affrontate nel progetto fiorentino *Access to Justice*, finanziato dalla Fondazione Ford, dal Consiglio Nazionale delle Ricerche e dall'Istituto Universitario Europeo.^{9 10} Gli studi del Cappelletti, basati su un'analisi comparativa di diritto processuale civilistico, misero in evidenza quale impatto avessero i sistemi alternativi alla soluzione delle controversie rispetto all'inadeguatezza del processo ordinario: gli ADR, infatti, garantivano un più ampio ed effettivo accesso alla giustizia per le liti di valore economico modesto, assolvendo, dunque, anche una funzione sociale.

Come risposta all'esperienza fiorentina, i giuristi inglesi avviarono degli studi su tali problematiche legate alla giustizia e sulla possibilità di prevedere sistemi alternativi di risoluzione delle controversie.

Infatti, nell'ordinamento anglosassone, con il consolidamento delle prassi introdotte dai *Judicature Acts* del 1873-1875, il processo si presentava incentrato sul ruolo svolto dalle parti. Queste ultime, attraverso i *pleadings*, indicavano al giudice le questioni di fatto e di diritto da analizzare ed inoltre, esercitavano il diritto di transigere la causa determinandone, in concreto, le condizioni di svolgimento.

⁷ Danovi F., Ferraris F, op.cit., p.17

⁸Danovi F., Ferraris F, op.cit., p.17

⁹ De Palo G., D'Urso L., Golann D., op.cit., p.3

¹⁰ Si veda Cappelletti M. (a cura di), “*The Florence Access to Justice Project*”, Vol. I-IV, Alphen aan den Rijn, Netherlands e Milan: Sijthoff and Noordhoof Int.,1978

Al giudice, dunque, era delegato un ruolo marginale: costui era, infatti, privo del potere di regolare lo svolgimento del procedimento, non potendo nemmeno assumere i mezzi di prova.¹¹

Punto di svolta fu il movimento di riforma del 1994 che portò all'elaborazione dell' "*Access-to-Justice Project*", il cui compito era quello di evidenziare le inidoneità della tutela giurisdizionale e gli strumenti per porvi rimedio (gratuito patrocinio, *class actions* e rimedi ADR). Tale progetto si estrinsecò in due *report* (*Interim Report*, 1995¹² e *Final Report*, 1996¹³) di Lord Woolf. Questi, seppur rettificati in alcune parti, confluirono nelle *Civil Procedure Rules* (CPR) del 1998¹⁴, che attribuivano al giudice un più ampio "*case management*"¹⁵, prevedevano un dovere di collaborazione tra le parti ed inoltre incentivavano l'utilizzo di strumenti ADR.

L'esperienza statunitense e quella anglosassone non costituirono fenomeni isolati, infatti, anche nel panorama europeo è possibile individuare, già a partire dalla fine dello scorso secolo, meccanismi eterogenei assimilabili agli odierni ADR, pensati e sviluppati in base alle diverse esigenze dei singoli ordinamenti¹⁶. Di conseguenza, in siffatto contesto, è possibile affermare che non si possa riscontrare un modello comunitario comune; in alcuni Stati Membri frequente è, soprattutto in materia consumeristica, il ricorso a collegi arbitrali che emettono decisioni vincolanti per i litiganti, in altri ordinamenti, invece, si giunge alla risoluzione tramite procedure gestite da autorità locali, associazioni di consumatori e camere di commercio.¹⁷

¹¹ Di Gangi M.C., in "*Alternative Dispute Resolution*" in Inghilterra ed in Italia", 2009, in *Diritto & Diritti*, www.Diritto.it, 2009.

¹² www.dca.gov.uk/civil/interim/intro.htm.

¹³ Lord Woolf, "*Access to Justice - Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*", July 1996, London: The Stationery Office.

¹⁴ CPR emanate con Statutory Instruments 1998 No. 3132 ed entrate in vigore il 26/04/1999.

¹⁵ Cfr. Andrews N., "*English Civil Procedure*", Oxford, 2003, p. 337, § 13.12.

¹⁶ Si pensi, nell'ordinamento francese, all'introduzione, con la legge dell'8 febbraio 1995, nel nuovo Codice di procedura civile del Titolo VI bis riguardante la mediazione. La norma dispone: "Il giudice, previa autorizzazione delle parti e nell'intento di trovare un accordo tra le medesime, può richiedere ad un terzo di esperire una mediazione, in ogni fase del procedimento, nonché nel corso dei procedimenti d'urgenza".

¹⁷ Hodges C., "La Risoluzione Alternativa delle Controversie (ADR) in materia di consumo e i sistemi dei difensori Civici in Europa" in https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/chodges_consumer_adr_and_ombudsmen_systems_italian.pdf

L'iniziativa comunitaria verso una regolamentazione omogenea delle procedure ADR ed in particolare dell'istituto della mediazione si è avuta grazie al Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre del 1999 durante il quale si cercò di modificare l'approccio "*laissez-faire*".¹⁸

Gli Stati Membri furono invitati ad istituire procedure di risoluzione delle controversie alternative rispetto al giudizio ordinario. Altrettanto rilevanti furono le Raccomandazioni emanate dalla Commissione volte ad esplicitare i *duties* richiesti – la prima, ovvero la n.98/257/CE del 30 marzo del 1998 sui principi da applicare ai procedimenti cosiddetti "facilitativi" governati da organismi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle liti in ambito consumeristico e la n.2001/310/CE del 4 aprile 2001 relativa ai principi utilizzabili in materia di consumo per gli strumenti "valutativi".

Quasi contestuale è inoltre il Libro Verde, del 9 aprile 2002, concernente i modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale. Suddetto intervento, da un lato si poneva come scopo principale, quello di verificare la prassi seguita fino a quel momento nei diversi contesti comunitari al fine di pervenire ad un provvedimento normativo che potesse essere accolto più facilmente dai singoli paesi; dall'altro aveva come obiettivo l'estensione degli strumenti ADR ad un più ampio panorama di controversie.

Grazie agli spunti forniti dal Libro Verde, nell'ottobre 2004, la Commissione propose un progetto di direttiva, trasmessa al Parlamento europeo e al Consiglio. Lo scopo di quest'ultima era di promuovere il ricorso alla mediazione mediante l'introduzione di norme *ad hoc*, incardinate sul principio della riservatezza della mediazione, dell'esecutività degli accordi transattivi ottenuti in seguito ad una mediazione, della sospensione dei termini di prescrizione e di decadenza delle azioni durante tale procedimento e dell'adozione di un sistema di qualità ed un codice di condotta uniforme per tutti i soggetti coinvolti.¹⁹

Il risultato di questo periodo di studi e confronti è la Direttiva n.2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante alcuni aspetti della mediazione civile e commerciale.

¹⁸Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., "Trattato di diritto dell'arbitrato, diretto da Mantucci D., vol.XV - Le controversie bancarie e finanziarie", Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p.520

¹⁹ Ruschetta F., Caradonna M., Novelli F., "La Mediazione Civile", Milanofiori Assago (MI), IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, 2011, p.5

Prevedendo, infatti, l'imposizione agli Stati membri di introdurre un procedimento di mediazione per le controversie transfrontaliere²⁰, si è giunti alla cristallizzazione, nello spazio europeo, di una serie di principi fondamentali.²¹

In particolare, nella citata Direttiva, all'articolo 3, comma 1, lett.a, la "mediazione"²² viene intesa come un procedimento strutturato, nel corso del quale due o più parti di una controversia tentano volontariamente di giungere ad un accordo sulla risoluzione della stessa, tramite l'assistenza di un mediatore. *Ex art.3, comma 1, lett.b*, il mediatore viene identificato come un qualsiasi soggetto *"cui è richiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato Membro interessato e delle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione."*²³

2. Gli ADR nell'ordinamento italiano

I sistemi ADR rappresentano, quindi, strumenti di risoluzione extragiudiziale basati su un procedimento caratterizzato dalla speditezza, economicità ed efficienza; tali principi si traducono, infatti, nel maggior coinvolgimento dei litiganti nella controversia, che possono dialogare liberamente tra loro per raggiungere un più equo compromesso e dunque risolvere il proprio conflitto.

Il ricorso alle procedure ADR, in Italia è, inoltre, il risultato di una crescente necessità di riduzione dei costi legati alla lungaggine del processo civile e al correlativo bisogno di assicurare efficaci strumenti alternativi di giustizia.

Più volte, infatti, lo Stato italiano è stato citato dinanzi alla Corte di Giustizia Europea dei diritti dell'uomo per aver violato i termini di ragionevole durata del processo previsti dalla Legge Pinto (Legge 21 marzo 2001, n.89).

Siffatti eventi hanno portato all'emanazione del D.Lgs. 4 marzo 2010, n.28 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, attuando la delega

²⁰ Per controversia transfrontaliera si deve intendere la lite in cui almeno una delle parti è domiciliata o residente in uno Stato membro diverso da quello dell'altra parte nel momento in cui i litiganti giungono all'accordo di avvalersi della procedura conciliativa o gli viene impartito l'obbligo, da parte di un'autorità giudiziaria o dalla normativa nazionale, di ricorrere alla mediazione.

²¹ Cfr. Ghirga, 2009, 359 ss; Trocker-De Luca, 2011; Zucconi Galli Fonseca, 2010, 653 ss.

²² Cfr. Art.3, comma 1, lett. a della Direttiva 2008/52/CE

²³ Art.3, comma 1, lett. B della Direttiva 2008/52/CE

conferita al Governo dall'art.60 della L.18 giugno 2009, n.69, in conformità con quanto disposto dalla Direttiva 2008/52/CE.

Con tale intervento, il legislatore, nel prevedere una disciplina generale della mediazione, si è posto l'obiettivo di incentivare il ricorso alla mediazione, inteso come strumento deflativo del processo civile, incoraggiandone l'impiego in tutte le sue potenzialità.

Modalità alternative di composizione delle controversie erano, però, già presenti nell'ordinamento italiano come anche modalità conciliative giudiziali; infatti, già nel Codice di procedura civile del 1865, era rinvenibile la figura del "giudice conciliatore" (ripresa dall'ordinamento francese), in capo al quale confluiva sia la funzione conciliativa, sia quella giurisdizionale.

Da ricordare è, anche, il tentativo di conciliazione giudiziale in sede contenziosa²⁴ del "nuovo" Codice di procedura civile, il quale introduceva una opportunità conciliativa all'interno del procedimento ordinario; come è inoltre possibile esperire, anche in sede non contenziosa, un tentativo di conciliazione dinnanzi al Giudice di Pace *ex art.322 c.p.c.*

In sede stragiudiziale poi, basti pensare alla Legge 29 dicembre 1993, n.580, relativa al riordino delle Camere di Commercio, che, *ex art.2, comma 4, lett.a*²⁵, istituiva presso le Camere di Commercio un servizio di risoluzione amichevole delle questioni sorte tra consumatori e imprese in ambito commerciale²⁶, il quale, fino al D.Lgs. n.28/2010, ha mantenuto un ruolo centrale, in quanto unico sistema organizzato di servizi conciliativi ed arbitrare che permetteva l'utilizzo di sistemi ADR.

Merita di essere menzionata anche la L.481/1995 ("Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità."), la quale ha introdotto la possibilità di esperire un tentativo di conciliazione sia nell'ambito delle

²⁴ L'esperimento di tale tentativo è stato obbligatorio fino al marzo del 2006, ma non portava alla risoluzione della controversia.

²⁵ L'art.2 della L.580/93, rubricato "Attribuzioni" alla lettera a) del comma 4 prevede: "[...]

4. Le camere di commercio, singolarmente o in forma associata, possono tra l'altro:

a) promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti;

[...]"

²⁶ La sopramenzionata procedura di conciliazione camerale è dettagliatamente disciplinata dal regolamento nazionale redatto da UNIONCAMERE, grazie al quale si garantisce un'applicazione uniforme delle regole, soprattutto per quanto riguarda la gestione degli aspetti operativi ed economici della procedura. A tal riguardo, sussiste, inoltre, l'obbligo di deliberare, con consiglio camerale, un regolamento specifico della procedura, che costituisca il punto di riferimento per i soggetti che accedono alla procedura.

controversie in materia di fornitura di servizi di energia e gas sia per le controversie in materia di telecomunicazione.

Come conseguenza del progressivo ampliamento delle materie aperte alle procedure alternative di risoluzione delle controversie, si riscontrò, sul territorio nazionale, un aumento degli Sportelli di conciliazione e delle Camere arbitrali.

È altresì rilevante la procedura di conciliazione societaria, prevista dagli articoli 38-40 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n.5; con tale disciplina, il legislatore italiano, per la prima volta, aveva individuato, seppur indirettamente, con il regolamento attuativo, la procedura di conciliazione “propria”, il ruolo del conciliatore come soggetto terzo neutrale e le sue funzioni, provvedendo, inoltre a definire compiti e responsabilità degli organismi di conciliazione.

Fondamentale è stato anche il riconoscimento legale dato all'accordo delle parti, raggiunto all'esito della conciliazione, al quale era attribuito valore di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione ad ipoteca giudiziale.²⁷

3. Le controversie bancarie, finanziarie ed assicurative: tipologia e soggetti coinvolti

La specificità della materia bancaria, finanziaria ed assicurativa ha condotto all'elaborazione di un vero e proprio “microsistema” di ADR.

Innanzitutto, trattando di tali tipologie di controversie, si intende il complesso di questioni che possono sorgere tra clienti, professionisti, investitori ed intermediari, sulla base di rapporti contrattuali ed extracontrattuali, correlati alle attività svolte da tali soggetti. Si identificano come investitori, tutti i soggetti non ricompresi nella categoria di investitori professionisti, ovvero i risparmiatori; sono, invece, intermediari le banche nello svolgimento delle attività previste *ex lege*²⁸, gli intermediari finanziari non bancari, le società di intermediazione mobiliare (SIM) e gli organismi di investimento collettivo (Oicr) tra cui le società di investimento a capitale variabile (SICAV).

Con particolare riferimento agli intermediari, rientrano nella definizione sia le imprese bancarie nello svolgimento di attività non creditizia ovvero indirettamente tramite la costituzione di società autonome controllate, sia da imprese finanziarie, le quali non svolgono anche attività di raccolta del risparmio tra il pubblico.

²⁷ Ruscetta F., Caradonna M., Novelli F., op.cit.

²⁸ Ex D.Lgs. n.385/1993 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, T.U.B.) per attività bancaria si intende la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito.

L'attività bancaria è disciplinata dall'art.10 del D.Lgs. n.385/1993, ovvero il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB) ed è intesa come attività di "raccolta di risparmio tra il pubblico" e di "esercizio del credito". Specificatamente, questa viene posta in essere attraverso contratti tipici, la cui regolazione è prevista sia dal Capo XVII del Codice civile (artt.1834 e ss.)²⁹, sia dalle disposizioni del Capo VI del TUB³⁰.

Nell'analisi dell'attività finanziaria di investimento e dei contratti di intermediazione finanziaria, relativi a servizi prestati in favore del pubblico dalle banche e da altri intermediari finanziari abilitati, occorre far riferimento alla disciplina prevista dal Testo Unico delle Finanze³¹ (T.U.F.) e dal Regolamento intermediari, adottato con delibera n.16190 del 29 ottobre 2007.

Nei differenti comparti del settore finanziario³², i sistemi ADR si distinguono per il loro carattere eterogeneo, che si adatta alla situazione in concreto posta in essere: si possono trovare, infatti, procedure che prevedono la sola assistenza, diretta all'accordo bonario tra le parti (mediazione), così come veri e propri procedimenti decisorii, che si attuano davanti ad un arbitro, monocratico o collegiale, che di solito, però, non hanno natura vincolante, in quanto non impediscono, al cliente/consumatore rimasto insoddisfatto, la possibilità di adire l'autorità giudiziaria.³³

²⁹ Tra i contratti tipici dell'attività bancaria troviamo: il deposito bancario, il servizio bancario delle cassette di sicurezza, l'apertura del credito, l'anticipazione bancaria, il conto corrente e lo sconto.

³⁰ Sono ricompresi nella suddetta normativa del T.U.B. il mutuo fondiario, il credito alle opere pubbliche, il credito agrario e peschereccio ed altre forme di finanziamento.

³¹ In particolare, ex art.1, comma 5: "Per "servizi e attività di investimento" si intendono i seguenti, quando hanno per oggetto strumenti finanziari:

- a) negoziazione per conto proprio;
- b) esecuzione di ordini per conto dei clienti;
- c) assunzione a fermo e/o collocamento sulla base di un impegno irrevocabile nei confronti dell'emittente;
- c-bis) collocamento senza impegno irrevocabile nei confronti dell'emittente;
- d) gestione di portafogli;
- e) ricezione e trasmissione di ordini;
- f) consulenza in materia di investimenti;
- g) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione;
- g-bis) gestione di sistemi organizzati di negoziazione."

³² Il settore finanziario è tradizionalmente diviso in comparti corrispondenti all'oggetto dei prodotti e servizi offerti: a) bancario, b) di investimento puro, c) assicurativo.

In ambito assicurativo, l'ormai abrogato articolo 187 *ter* del D.Lgs. n.209/2005, prevedeva che l'imprese assicurative, di riassicurazione e gli intermediari assicurativi fossero assoggettati all'obbligo di adesione a sistemi di risoluzione extragiudiziale per le controversie, sorte con la clientela, relative alla prestazione e ai servizi assicurativi derivanti da ogni tipologia di contratto di assicurazione; la stessa previsione è oggi contenuta nell'articolo 187.1 del medesimo Decreto³⁴.

La loro diffusione è ritenuta necessaria non solo per esigenze deflative del contenzioso, ma anche perché idonei a completare la salvaguardia degli utenti; infatti, molti dei problemi che sorgono in relazione alle operazioni bancarie e finanziarie, si caratterizzano per essere simili tra di loro, ragion per cui si deve ricercare una modalità di composizione della controversia che sia volta a preservare e a migliorare il rapporto tra clientela ed operatori professionali.

3.1 Esperienze Europee

Massimamente, in tali contesti, le procedure deputate alla composizione dei conflitti sono presidiate dagli *Ombudsman*³⁵, i quali possono sia essere costituiti per legge, sia per iniziativa degli intermediari.

Questi si distinguono per la loro propensione ad assumere decisioni concrete per risolvere le singole controversie tra gli intermediari e i loro clienti.

Tra le esperienze comunitarie da ricordare, spicca la Germania che, nonostante sia dotata di una giustizia ordinaria ben funzionante, è dotata di una vasta gamma di sistemi ADR.

Nel settore bancario e finanziario, attualmente si contano sei sistemi, tra cui tre *ombudsmann*, creati dalle tre principali associazioni di categorie di intermediari finanziari (banche pubbliche, banche private, banche popolari) e delle Camere Arbitrali delle casse di risparmio. Tali sistemi, tutti

³³ Sirena P., "I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario", in *La nuova giurisprudenza civile commentata* – 9/2018, Wolters Kluwer.

³⁴ Con l'art. 1, comma 20, lett. b), del D.Lgs. 30 dicembre 2020, n. 187, è stato sia abrogato l'articolo 187 *ter* che introdotto l'articolo 187.1

³⁵ Struttura ripresa dal diritto svedese, la quale indica letteralmente l'uomo che media, ovvero che funge da tramite. Si può dunque definire come una sorta di difensore civico che si impegna ad evitare di adire l'autorità giudiziaria. Cfr. per un'analisi comparatistica Stella, "Lineamenti di arbitri bancari e finanziari. In Italia e in Europa, Cedam, 2016, recensito da Guizzi, "Il valore delle decisioni dell'ABF (e dell'ACF) in un libro recente", *Oss.dir.civ e comm.*, 2016, pp.567 ss.

di natura privata, istituiti e disciplinati, dunque, con autonomi regolamenti, prevedono un'adesione su base volontaria³⁶; a questi si affianca poi un ADR di natura pubblicistica, la Camera Arbitrale presso la Banca centrale (*Schlichtungsstelle bei der Deutschen Bundesbank*), la quale si occupa esclusivamente di specifiche materie e nei confronti dei soli intermediari che non aderiscono agli altri sistemi di natura privata³⁷.

Sebbene esistano ADR in ambito bancario, nulla si prevede, invece, per l'intero sistema finanziario, in particolare, non è riscontrabile un sistema con competenza generale per le liti sorte con gli intermediari finanziari non bancari.

Vale, comunque, la pena evidenziare che tali organi siano tutti costituiti in composizione monocratica e colui che lo presiede deve essere in possesso dell'abilitazione da magistrato e non deve aver avuto rapporti con gli intermediari, nei tre anni precedenti alla nomina, per garantire la neutralità del giudizio. Hanno tutti natura aggiudicativa ed in via generale si dispone che possano proporre reclamo agli *ombudsman* solo i consumatori, con l'apertura, nel contesto dei servizi di pagamento, anche ai clienti non consumatori. Il cliente insoddisfatto non è inoltre vincolato dalla pronuncia ed ha quindi la possibilità di rivolgersi alla giustizia ordinaria; invece, per l'intermediario, gli effetti della decisione variano a seconda del sistema adito, in alcuni è presente una vincolatività che discende dal valore della controversia, in altri, all'opposto, non sorge nessun obbligo di rispettare quando deciso.

Ulteriore contesto da analizzare è il Regno Unito, nel quale le ADR consumeristiche sono molto sviluppate e operano su base settoriale e non omogenea.

Accanto agli organismi costituiti per adempiere un compito istituzionale quali il *Financial Ombudsman Service* e il *Pensions Ombudsman*, le cui decisioni vincolano tutti coloro che operano in tali settori, si è sviluppata anche una vasta gamma di *consumer ADR* autoregolamentati: alcuni posti sotto il controllo delle pubbliche autorità, altri in cui si impone ai *traders* di aderire a uno schema di risoluzione privato senza però definirne il contenuto ed infine altri, disciplinati da codici di autoregolamentazione, a cui si può aderire volontariamente.

Con il *Financial Services and Markets Act (FSMA)* del 2000, è stato istituito, con lo scopo di fornire assistenza alla clientela del settore bancario, finanziario, di investimento e assicurativo, il *Financial Ombudsman Services (FOS)*³⁸. Il *FOS* è un organismo indipendente di natura pubblica che

³⁶ Valsecchi A., "I sistemi ADR nel settore finanziario: l'esperienza dei maggiori ordinamenti europei", in *Analisi Giuridica dell'Economia* – 1/2011.

³⁷ Questo sistema di matrice pubblicistica è stato previsto dalla Germania con l'art.14 della legge sui provvedimenti inibitori (*Unterlassungsklagengesetz*) per dare attuazione alla Direttiva comunitaria relativa alla tutela del consumatore.

³⁸ Sirena P., op.cit.

si occupa della risoluzione delle controversie sorte tra consumatori e istituzioni finanziarie; si caratterizza per rapidità ed efficienza e la sua competenza si estrinseca in tre diversi ambiti:

- *compulsory jurisdiction*³⁹: la quale prevede che tutti gli intermediari autorizzati e registrati presso l'autorità di vigilanza siano sottoposti *ex lege* alla competenza del FOS;

- *consumer credit jurisdiction*⁴⁰: in base alla quale tutti i soggetti registrati all'*Office of Fair Trading (OFT)*, sono assoggettati obbligatoriamente alla competenza del FOS;

- *voluntary jurisdiction*⁴¹: in relazione alla quale tutti i soggetti che non sono per legge vincolati alle altre due, posso aderire al FOS (seppur debbano rispettare determinate condizioni).

Legittimati dunque a rivolgersi al FOS sono i consumatori, le micro-imprese, gli enti senza fine di lucro (*charity*) oltre a *trustee* e *trust* che rispettino determinate soglie patrimoniali. La decisione (*determination*) è assunta in composizione monocratica basandosi sulle concrete circostanze del caso, secondo ciò che è giusto e ragionevole (*fair and reasonable in all the circumstances of the case*), ha natura vincolante ed inoltre può esporre l'intermediario al risarcimento del danno cagionato.

Tale procedura si distingue, dunque, per la celerità nella risoluzione, l'assenza di particolari formalità e per un elevato grado di *disclosure*; inoltre, è prevista la gratuità per il ricorrente, mentre per gli intermediari, l'importo è di natura variabile (una quota fissa annuale e una quota variabile in funzione dei ricorsi esaminati dal FOS), e comunque ogni soggetto che si rivolge al FOS è esente dal versamento di un esiguo contributo (circa 500 sterline) per i primi tre ricorsi su base annuale.⁴²

Di più recente emanazione è il *Financial Services Act (2013)*, il quale ha portato all'eliminazione dell'Autorità di protezione del consumatore e la contestuale suddivisione dei suoi compiti a due nuove agenzie: la *Prudential Regulation Authority (PRA)* e la *Financial Conduct Authority (FCA)*; quest'ultima, in particolare, vigila sulle imprese finanziarie che offrono servizi ai consumatori, garantendo l'integrità del mercato finanziario.

A conclusione di ciò, si può evidenziare che il sistema anglosassone si basi sul coinvolgimento delle Autorità di settore, le quali permettono di realizzare un effettivo controllo sulla trasparenza dei rapporti intercorrenti tra intermediari e clientela.⁴³

³⁹ *Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA)*, Part XVI, sect.226

⁴⁰ *FSMA*, sect.226A

⁴¹ *FSMA*, sect.227

⁴² FOS, *A quick guide to funding and case fees*, <https://www.financial-ombudsman.org.uk/files/1874/OG1.pdf>

3.2 Esperienza italiana

In Italia, fin dagli anni '90, gli istituti di credito hanno previsto l'impiego di una autoregolamentazione per garantire una miglior tutela alla clientela. In particolare, nel 1993, l'ABI (Associazione Bancaria Italiana) ha promosso "l'Accordo per la costituzione dell'Ufficio Reclami e dell'*Ombudsman* bancario⁴⁴"; con l'adesione a tali accordi, l'ente creditizio, associato o non, si impegnavano ad istituire presso di sé un ufficio reclami il cui compito consisteva nella gestione delle questioni che potevano sorgere tra banca e cliente, oltre ad accettare il relativo Regolamento e a riconoscere all'*Ombudsman* la competenza di organo cui il cliente poteva rivolgersi per poter affrontare questioni relative a rapporti, operazioni o servizi con le banche.

La stipulazione di tale accordo ha portato all'istituzione di un sistema stragiudiziale strutturato in due livelli: l'Ufficio Reclami, con la funzione di gestire le lamentele della clientela per qualsivoglia tipo di operazione e servizio bancario, attraverso la presentazione di un reclamo scritto, al quale l'ufficio doveva dar seguito entro 60 giorni; e l'*Ombudsman* bancario, con sede a Roma. Tale organo, in composizione collegiale, costituiva una sorta di "giudice d'appello" alla quale rivolgersi, gratuitamente, nel caso in cui la risposta fornita dall'Ufficio Reclami non fosse stata soddisfacente o non fosse addirittura pervenuta al cliente.

Si richiedeva che i membri dell'organo fossero dotati di particolari requisiti e conoscenze, inoltre, era previsto che due dei cinque componenti fossero nominati dal presidente dell'ABI, il Presidente dal Governatore della Banca d'Italia e gli altri due dai consigli nazionali forense e dei dottori commercialisti.

Aveva una competenza limitata, si occupava, infatti, di domande con valore non superiore a cinque milioni di lire⁴⁵ e la sua decisione non vincolava il cliente, ma solo la banca e l'intermediario finanziario. Si poteva, dunque, parlare di "vincolatività unilaterale" e ciò rifletteva il fine perseguito dall'*Ombudsman*, ovvero, di farsi garante della tutela del cliente, facendo inoltre aumentare la fiducia riposta nel sistema bancario. Nel 2006, con l'introduzione del nuovo regolamento⁴⁶, si modificò la

⁴³ Per approfondire su altre realtà comunitarie, cfr. Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiario G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit.

⁴⁴ Circolare ABI del 1° Febbraio 1993, n.3

⁴⁵ Mazzoli E., "Contenzioso Bancario e soluzioni stragiudiziali. Strumenti obbligatori e facoltativi", Rimini, Maggioli Editore, 2017, II edizione, p.36

denominazione in *Ombudsman* – Giurì Bancario; venne modificata la composizione del collegio ed elevata la competenza per valore (fino a €50.000), inoltre, si attribuì la possibilità di presentare ricorso a tutti i clienti, anche quelli non rientranti nella categoria di consumatori.

Oltre all'*Ombudsman* – Giurì bancario, nel 2005, venne costituito in forma di associazione non riconosciuta, l'organismo autonomo Conciliatore Bancario Finanziario, che aveva ad oggetto la risoluzione delle controversie bancarie, finanziarie e societarie. Dal 2007 con la circolare del 30 aprile, l'ABI, trasferì al Conciliatore la gestione dell'*Ombudsman*.

La legge per la tutela del risparmio del 2005 ha poi previsto l'adesione di tutti gli intermediari operanti sul territorio nazionale all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), affidando alla Banca d'Italia, in qualità di Autorità di Vigilanza, l'onere di mettere appunto le strutture organizzative e logistiche. A seguito di questi interventi, la competenza del Conciliatore è stata limitata ai servizi ed attività di investimento ed alle operazioni non assoggettate al titolo V del TUB.

Da menzionare è anche il fatto che nel 2007 l'*Ombudsman* ha cessato la propria operatività, mentre il Conciliatore Bancario Finanziario è tuttora attivo ed è accreditato quale organismo di mediazione (oltre che di ente di formazione in materia). È in particolare un organismo iscritto nel Registro ministeriale come specializzato in materia bancaria e svolge altresì attività di assistenza agli intermediari bancari per le procedure dinanzi all'ABF.

Sulla scia dell'ABF, nel 2017 è stato istituito anche l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), istituito presso Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB), il quale ha portato alla definitiva cessazione dalle proprie funzioni della Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, introdotta precedentemente con il D.Lgs. n.179/2007.

Prossimo alla costituzione è, inoltre, l'Arbitro per le Controversie Assicurative, presso IVASS.

Tali sistemi si caratterizzano per la natura mista e si pongono tra il diritto privato e il diritto pubblico, svolgono una funzione quasi regolatoria, traducendo gli *standards* di vigilanza, applicati dalle autorità che le controllano, in diritti e obblighi di clienti ed intermediari⁴⁷.

Fine primario dei sistemi ADR nei summenzionati settori è quello di sensibilizzare gli intermediari, affinché possano avviare e consolidare buone prassi nelle relazioni con la clientela ed attuare una miglior gestione dei reclami dei clienti, snodo cruciale nella gestione del rapporto al momento della insorgenza di una criticità, rendendo il consumatore, che di solito viene considerato parte debole, più tutelato, perché appunto in grado di influenzare il comportamento degli intermediari

⁴⁶La struttura dell'*Ombudsman* fu prima innovata dall'art.38 del D.Lgs. 1° Gennaio 2003, n.5 e successivamente dal d.m. 23 Luglio 2004, n.222

⁴⁷ Sirena P., op.cit.

grazie all'intervento delle Autorità di Vigilanza competenti. Le sanzioni impartite, quindi, mirano a conseguire risultati di natura comportamentale-reputazionale.

L'esigenza di dar seguito a suddetti sistemi è stata ravvisata sia dagli stessi operatori, i quali hanno provveduto all'introduzione di una sorta di garante della regolarità dell'attività bancaria e finanziaria, offrendo una gestione dei reclami più rapida ed efficace rispetto a quella della giustizia ordinaria; sia dal legislatore, che è intervenuto prima introducendo nel settore la conciliazione stragiudiziale professionale attraverso il D.Lgs. n.5/2003 ⁴⁸, successivamente modificata in mediazione con il D.Lgs. n.28/2010, nonché i sistemi specializzati affidati ad autorità pubbliche.

Si possono evidenziare delle caratteristiche comuni, desumibili in virtù del recente intervento di riforma *ex* D.Lgs. n.130/2015 in attuazione della Direttiva n.2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori. Si tratta infatti di procedimenti che tendono alla gratuità per l'utente o comunque prevedono costi esigui correlati alle spese di registrazione; il maggior carico economico per la gestione del procedimento grava sulle imprese di settore.

Sono sistemi con natura decisoria che non richiedono la presenza fisica delle parti, poiché settori con elevato tecnicismo e formalismo documentale; in aggiunta, aderiscono ai programmi previsti per la risoluzione delle controversie al livello transfrontaliero, in particolare al sistema FIN-NET.

⁴⁸ L'ambito di operatività di tale intervento, che ha portato alla nascita del Conciliatore Bancario Finanziario, riguardava la conciliazione stragiudiziale avanti agli organismi ad hoc in materia societaria, nonché relativamente a:

- a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative;
- b) trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché' ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;
- c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341-bis del codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-bis, ultimo comma, del codice civile;
- d) rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa;
- e) materie di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio;
- f) credito per le opere pubbliche. (art.1, comma 1).

La rete FIN-NET, elaborata dalla Commissione Europea, attualmente conta oltre 35 organi nazionali di mediazione generale (controversie relative al consumo) e specialistica (nei settori bancario ed assicurativo). Inizialmente si basava su un *memorandum* d'intesa e sulla volontaria adesione degli organismi nazionali, successivamente è stata istituzionalizzata in direttive di settore, quali la MIFID I e la MIFID II per i servizi finanziari e la *IDD – Insurance Distribution Directive*⁴⁹ per il settore assicurativo.⁵⁰

4. Ragioni di utilizzo dei metodi ADR

4.1 Un breve *excursus* sullo sviluppo degli organismi ADR

L'impulso dell'Unione in materia di risoluzione stragiudiziale è stato fondamentale. Il legislatore comunitario, pur lasciando ampia facoltà di determinazione ai singoli Stati membri, ha inteso delineare degli standard minimi di qualità.

Alla luce della Raccomandazione n.98/257/CE sono stati individuati i pilastri dei sistemi ADR: si richiede, infatti, che questi siano dotati di indipendenza, trasparenza ed efficacia, che si basino sul contraddittorio e che all'esito della procedura, la decisione sia assunta secondo diritto e senza derogare alla maggior protezione attribuita dal diritto internazionale e comunitario al consumatore (legalità).

In particolare, nella Raccomandazione, viene sancito che il principio dell'indipendenza si applichi all'organo presso cui si svolge il procedimento.

L'adesione al suddetto viene garantito sia dall'imparzialità che caratterizza il terzo che partecipa all'azione, sia dalla sua competenza, esperienza ed attitudine alla materia giuridica nello svolgimento delle sue funzioni. Si richiede, infatti, che questo goda di un mandato irrevocabile e non possa essere destituito senza giustificato motivo.

Trattando, invece, di trasparenza, la Raccomandazione fa riferimento alla procedura, la quale deve essere improntata alla chiarezza espositiva delle informazioni rese alle parti, delle modalità di svolgimento, di adozione della decisione e della rilevanza giuridica a queste attribuito, richiedendo, inoltre, nelle procedure decisorie, il rispetto del principio del contraddittorio.

In relazione al valore conferito alla decisione, è possibile desumere altri due principi, ovvero l'efficacia e la libertà.

Quest'ultima, in particolare, è rinvenibile nell'eventualità, per le parti, preventivamente portate a conoscenza di tale facoltà, di decidere se assoggettarsi o meno alla decisione fornita, tramite

⁴⁹ Direttiva 2016/97/UE

⁵⁰ Danovi F., Ferraris F., op.cit., pp.309 ss.

esplicita accettazione. Resta comunque salva, per il consumatore, la possibilità di non ritenersi vincolato ad una adesione alla procedura extragiudiziale precedente all'origine della contesa.⁵¹

A tale principio, si collega anche la rappresentanza, ovvero, la possibilità per le parti di farsi assistere nel procedimento.

L'efficacia, invece, assicura il libero accesso alla procedura dell'utente e/o consumatore senza imporre l'obbligo di assistenza legale e fa sì che il terzo possa comunque valutare il comportamento tenuto dalle parti per raggiungere una soluzione adeguata al caso.

Con l'elaborazione della Raccomandazione n.2001/310/CE, sono stati rimarcati i pilastri dei sistemi ADR⁵², estendendo, inoltre, l'ambito di applicazione a tutti gli organi che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo non coperti dalla precedente e dunque, a quei metodi ADR in cui "un terzo agevola la risoluzione di una controversia consumeristica facendo incontrare le parti e assistendole nel raggiungimento di una soluzione basata sul consenso."⁵³

L'obiettivo della soprammenzionata era, dunque, quello di colmare la lacuna lasciata dalla Raccomandazione del '98, poiché rivolta esclusivamente ad ADR dove il terzo assumeva la decisione imparziale, ponendo fine alla lite (sistemi ADR aggiudicativi o decisorii) e di apportare delle innovazioni.

Degna di menzione è, infatti, la sostituzione della legalità con l'equità, da cui discende che, la soluzione raggiunta non possa essere meno favorevole dell'esito in astratto conseguibile attraverso l'applicazione delle norme giuridiche, prevedendo inoltre che al consumatore resti comunque la facoltà di accettare o meno la proposta; infatti, tale principio sancisce la parità di trattamento e che le parti siano informate sulle diverse possibilità di procedere a loro disponibili, quali: l'abbandono del tavolo negoziale, la eventualità di rilasciare informazioni su base confidenziale e di mettere in evidenza il personale punto di vista sulla questione oggetto della controversia.

Focalizzandosi sul consumatore, è necessario evidenziare che, questo gode del diritto di essere preventivamente informato, in modo chiaro e comprensibile, sulle condizioni della proposta oggetto di accettazione in quanto parte più debole della controversia e dunque necessitante di maggiore tutela.

Il cammino verso l'introduzione di tali sistemi è proseguito poi con il Libro Verde della Commissione (19 aprile 2002), che ha operato una ricognizione di quelli già in vigore negli Stati

⁵¹ Mazzoli E., op.cit., pp.26 ss.

⁵² I principi sanciti nella Raccomandazione n.2001/310/CE ricalcano quelli emanati precedentemente, quali: imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità.

⁵³ Comunicazione Commissione Europea del 4 Aprile 2001, https://www.mise.gov.it/images/stories/mise_extra/C2-COM16101%20Comunicazione%2004%20aprile%202001%20n.161.pdf

membri, avviando in aggiunta una consultazione volta ad individuare degli interventi conformativi da attuare al livello comunitario, poiché a vantaggio della comunità.

In particolare, il documento, nell'operare una distinzione tra ADR giudiziali ed extragiudiziali (convenzionali), riconosce in questi ultimi la libertà, per la parte, di farvene ricorso, ovvero l'imparzialità e l'equità del terzo a cui viene affidata la gestione della procedura; non da ultimo richiede, inoltre, il rispetto della riservatezza.

I principi appena menzionati si possono poi ritrovare nella Direttiva di successiva emanazione, ovvero la n.2008/52/CE, con la quale si è intervenuto sulle controversie in materia civile e commerciale.

Tale direttiva in materia di ADR, che costituisce il primo atto, nel contesto normativo europea a trattare del tema dei sistemi alternativi di giustizia, in particolare della mediazione, prescindendo totalmente dalla tutela del consumatore, ha previsto un obbligo conformativo per gli Stati membri che doveva essere adempiuto entro il maggio 2011 e l'Italia vi ha dato seguito con l'articolo 60 della legge delega n.69/2009 e poi con il D.Lgs. n.28/2010. Con questi interventi si è fornita una disciplina organica della mediazione finalizzata alla composizione delle liti in ambito civile e commerciale relative ai diritti disponibili delle parti.

Ulteriore passo in avanti si è compiuto con la Direttiva sulle procedure ADR tra imprese e consumatori, ovvero la n.11 del 2013⁵⁴, il cui campo di applicazione è riservato, *ex art.2*, comma 1, alle “controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione attraverso l'intervento di un organismo ADR che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole”⁵⁵, fornendo al comma 2 i casi in cui l'operatività è esclusa.⁵⁶

⁵⁴ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio CE 21 maggio 2013 n.11, pubblicata in G.U.U.E. il 18 giugno 2013, n.165; tale previsione doveva essere attuata entro il 9 luglio 2015.

⁵⁵ Si veda, sull'ambito di applicazione della Direttiva sull'ADR per i consumatori, la decisione della CGUE nel caso C-75/16 (Livio Menini e Maria Antonia Rampanelli contro Banco Popolare – Società Cooperativa), la quale ha comportato non poche questioni giurisprudenziali relative alla “falsa attuazione” della direttiva nell'ordinamento italiano. Sul punto Scannichio N. in “La falsa attuazione della finta direttiva per l'ADR di consumo in Italia. Un caso di studio per la tutela di diritti individuali tramite poteri di regolazione”, in Contratto e impresa – Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale, 3/2019

⁵⁶ Art.2 comma 2:

La presente direttiva non si applica:

Con questa Direttiva si è provveduto anche alla regolamentazione delle procedure previste e allo stesso tempo all'approvazione del nuovo Regolamento comunitario sull'*O.D.R. (Online Dispute Resolution)*⁵⁷ riguardante l'operatività della piattaforma online istituita per fornire una soluzione alle controversie discendenti dalle obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita e/o di servizi online tra consumatori residenti nel territorio UE ed un professionista stabilito nel territorio comunitario. Fine ultimo di questa è, dunque, la messa a disposizione, ai consumatori, di strumenti extragiudiziali per dirimere le liti sorte con i professionisti, avvalendosi di reclami da presentare ad organismi abilitati a compiere una tale attività.⁵⁸

Per uniformarsi alle previsioni comunitarie, il legislatore italiano è intervenuto con il D.Lgs. n.130/2015 recante delle modifiche del Codice di Consumo, in particolare, oltre alla modifica integrale dell'art.141, c'è stato l'inserimento di nuovi articoli (artt. da 141-bis a 141-decies) applicabili alle *"[...] procedure volontarie di composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione europea, nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole e, in particolare, agli organismi di mediazione per la trattazione degli affari in materia di consumo iscritti nella sezione*

-
- a) alle procedure dinanzi a organismi di risoluzione delle controversie in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie sono assunte o retribuite esclusivamente dal professionista a meno che gli Stati membri decidano di consentire tali procedure come procedure ADR ai sensi della presente direttiva e siano rispettati i requisiti di cui al capo II, inclusi i requisiti specifici di indipendenza e trasparenza di cui all'articolo 6, paragrafo 3;
 - b) alle procedure presso sistemi di trattamento dei reclami dei consumatori gestiti dal professionista;
 - c) ai servizi non economici d'interesse generale;
 - d) alle controversie fra professionisti;
 - e) alla negoziazione diretta tra consumatore e professionista;
 - f) ai tentativi messi in atto da un giudice al fine di giungere a una composizione della controversia nel corso di un procedimento giudiziario riguardante la controversia stessa;
 - g) alle procedure avviate da un professionista nei confronti di un consumatore;
 - h) ai servizi di assistenza sanitaria prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici;
 - i) agli organismi pubblici di istruzione superiore o di formazione continua.

⁵⁷ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio CE, 21 maggio 2013, n.524, pubblicato in G.U.U.E. il 18 giugno 2013, n.165

⁵⁸ Luiso F.P., "La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori", in Riv. trim. dir. proc. civ., 2014, p.1299 ss.

speciale di cui all'articolo 16, commi 2 e 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, e agli altri organismi ADR istituiti o iscritti presso gli elenchi tenuti e vigilati dalle autorità di cui al comma 1, lettera i), previa la verifica della sussistenza dei requisiti e della conformità della propria organizzazione e delle proprie procedure alle prescrizioni del presente titolo [...]”.

Nell’attuare le disposizioni fornite dal legislatore europeo, la scelta italiana, si è orientata nella decisione di non limitare le possibilità di ricorso ai consumatori, estendendola, invece, a tutta l’utenza; ciò ha condotto ad una generale incertezza. Infatti, nei provvedimenti comunitari, la separazione fra ambiti di applicazione della direttiva generale e di quella per i consumatori, è organizzata sulla base oggettiva della materia (ricorsi di consumo/ricorsi di non consumo), mentre nel contesto nazionale tale distinzione si basa sulla natura della procedura, condizionando, dunque, l’applicazione della Direttiva sull’ADR per i consumatori⁵⁹ e della lista di organismi alla premessa che le controversie sottoposte riguardino rapporti di consumo risolvibili con procedure volontarie. Così facendo, il nostro legislatore ha escluso buona parte dei ricorsi di consumo fuori dall’ambito di operatività della Direttiva.⁶⁰

4.2 Sostenibilità, economicità ed efficienza.

La decisione giudiziale, all’esito di una controversia, avviene in applicazione della legge, rispettando schemi fissi e rigorosi di cui il giudice si fa garante; di conseguenza, la sentenza emessa interviene sulle conseguenze del conflitto senza però andare ad agire sulle cause che lo hanno posto in essere.

Un ordinamento che affronta le questioni sorte nell’ambito delle relazioni commerciali in maniera poco efficiente, causa la perdita di risorse economiche che sono state investite dalle imprese in quel determinato rapporto, nonché la dispersione della ricchezza che la fine prematura del rapporto ha impedito di produrre.⁶¹

⁵⁹ Direttiva 2013/11/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011&from=FR>

⁶⁰ Scannicchio N., “La falsa attuazione della finta direttiva per l’ADR di consumo in Italia. Un caso di studio sulla tutela dei diritti individuali tramite poteri di regolazione.”, in Contratto e impresa, 3/2019, Wolters Kluwer, p.972 ss.

⁶¹ Cfr. “Mediazione ed impresa” in Laboratorio ADR, <https://www.laboratorioadr.com/adr-e-impresa>

L'utilizzo degli ADR, invece, rappresenta un notevole vantaggio per le parti coinvolte nella lite, le quali, facendo riferimento a tali sistemi, possono evitare le criticità correlate al processo.

Non essendo basati sulla logica dello scontro e sulla necessaria applicazione della legge, forniscono un'indagine approfondita delle istanze delle parti, delle loro esigenze ed interessi. In ultimo, proprio per la duttilità e la flessibilità che li caratterizza, favoriscono un avvicinamento ai bisogni e alle concrete necessità dei contendenti.

Si può, dunque, ritenere che tali strumenti, applicati nel mondo delle relazioni commerciali ed in particolare nei rapporti d'impresa, favoriscano una migliore messa a fuoco delle relazioni che intercorrono tra imprese e tra imprese e clienti, i quali, potendo confidare su rimedi di facile accesso e di rapida conclusione, si sentiranno più tutelati nonostante rappresentino il contraente debole.

L'aumento della fiducia che il cliente ripone nell'impresa con cui interagisce, permette a quest'ultima di realizzare un vantaggio competitivo significativo che si esplica in rapporti sempre più veloci e fidelizzati.

Data la costante crescita della pressione competitiva sulle imprese, queste sono state costrette a ricercare dei metodi capaci di gestire e prevenire il rischio di rottura dei rapporti, ovvero gli ADR.

Il ricorso a forme di giustizia alternative, che riducano la distanza intercorrente tra cliente e impresa, consente di porre attenzione alla realizzazione degli obiettivi di impresa in un contesto sempre più globalizzato, considerando la qualità delle relazioni come condizione per il successo competitivo e allo stesso tempo di liberare risorse che altrimenti sarebbero impiegate nelle difese processuali.

Di conseguenza le imprese possono più facilmente attuare le strategie di mercato, dalle quali dovrebbe discendere un miglioramento della *performance* oltre che un ampliamento della clientela.⁶² Ciò è stato dimostrato anche dalle attività svolte dalla *WorldBank*, dalla Commissione Europea⁶³ e dal G20⁶⁴, le quali hanno promosso un ampio progetto di tutela del consumatore, offrendogli la possibilità di accedere alla giustizia in tempi rapidi e a basso costo.

⁶² Ruscetta F., Caradonna M., Novelli F., op.cit., p.491 ss.

⁶³ Sul punto si veda: *EC Commission recommendation on the principles for out of court bodies involved in the consensual resolution of consumer dispute. (2001) 310/EC; OECD Consumer dispute resolution and redress in the global market place. OCDE2006*

⁶⁴ Cfr. Comunicati del vertice di Washington 2008 che ha individuato i principi per la risoluzione delle problematiche emerse in campo finanziario ed un piano di azione, quelle del vertice di Pittsburgh 2009, che prevedono la creazione del *Financial Stability Board* e quelli del vertice di Toronto 2010 con cui è stato costituito un forum internazionale volto ad un miglior coordinamento delle politiche economico-finanziarie da attuare in risposta alla crisi mondiale del 2008.

Fondamentale è, dunque, l'applicazione di un miglior *conflict management* che consenta all'impresa, attraverso l'introduzione di clausole contrattuali che, in primo luogo, prevengano la lite sul nascere e che successivamente, nel caso in cui la controversia sia venuta in essere, prevedano delle modalità extragiudiziali per risolverle. Infatti, in un contesto basato sulle relazioni come quello che, ad esempio, si può riscontrare nei contratti commerciali di durata, la mera risoluzione per inadempimento, senza porre attenzione a far emergere e superare le vere ragioni della crisi, corrisponde alla cura dei sintomi senza indagare le cause che hanno cagionato la controversia. Dirimere tale lite, con sentenza del giudice ordinario, rischia di compromettere in maniera irreversibile la qualità del rapporto; infatti, per sue qualità intrinseche, il processo manca dell'idoneità ad incidere sulle condotte dell'impresa per il futuro, non giovando, dunque, alla gestione delle crisi relazionali che dovranno poi proseguire in futuro e ciò perché il suo intervento si limita a colpire situazioni collocate nel passato⁶⁵.

Focalizzandosi sulla situazione della giustizia civile nel nostro paese, risulta evidente come, l'incertezza causata dalla lunghezza eccessiva dei processi si rifletta in modo negativo sulla competitività delle imprese italiane sia nello spazio comunitario, sia nel territorio dello Stato; di conseguenza, la scelta di dotarsi di strutture ADR che permettano un più facile *access to justice* ⁶⁶ (ad es. la presentazione del reclamo presso l'intermediario, prima di avviare il ricorso all'ABF), rende la gestione dei rapporti d'impresa più sostenibile.

Rilevante, inoltre, in termini di economicità è il fatto che tali procedure siano spesso gratuite o, comunque, prevedano costi minimi a carico delle parti; il vantaggio economico conseguito non si riflette solo sul cliente che avrà la certezza di poter ottenere tutela anche per questioni di minor valore, ma anche sul sistema di giustizia che non verrà sovraccaricato da ricorsi per liti di entità economica limitata.

In conclusione, scopo primario dell'adozione di ADR nell'attività d'impresa risulta essere quello di assicurare al cliente/consumatore una via alternativa e additiva di risoluzione della controversia, caratterizzata da costi e tempi contenuti e sostenibili. Suddetti sistemi, allo stesso tempo, devono essere efficienti, ovvero devono prevedere un maggior coinvolgimento dei contendenti nella questione, una comunicazione proficua tra questi che poi conduca ad un miglior risultato, garantendo una soluzione improntata all'equità e alla trasparenza.

⁶⁵ Semeraro M., "ADR e controllo conformativo dell'attività di impresa", in Riv.di Diritto bancario, gennaio-marzo 2020

⁶⁶ Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., p.38 ss

Si può, dunque, affermare che gli ADR costituiscano una vera e propria giustizia complementare non ancillare alla giurisdizione ordinaria.

Capitolo II

La mediazione (D.lgs. 28/2010) e le controversie bancarie finanziarie e assicurative

1. Le origini della mediazione

La spinta comunitaria verso una regolamentazione comune nella materia della mediazione, promossa dalle Raccomandazioni e Direttive impartite dagli anni '90 in poi, è stata recepita dal legislatore con la legge delega 18 giugno 2009, n.69, contenente le Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile.

Questo primo incisivo intervento, risultante in particolar modo dall'art.60 di suddetta legge, ha condotto successivamente alla promulgazione del D.Lgs. 4 marzo 2010, n.28.

Tale decreto, emanato in conformità alla Direttiva 2008/52/CE⁶⁷ non riguardava qualcosa di completamente sconosciuto all'ordinamento italiano, bensì un istituto privo di una disciplina generale, regolato occasionalmente da alcune normative di settore.

1.1 La conciliazione societaria di cui al D.Lgs. n.5/2003

Degna di menzione è certamente la riforma di diritto societario, ormai quasi del tutto abrogata⁶⁸, la quale aveva introdotto nel nostro ordinamento un complesso di norme relative alla conciliazione stragiudiziale societaria tramite il D.Lgs. n.5/2003 (Titolo VI, "Della conciliazione stragiudiziale", artt.38- 43).

Con tale intervento normativo, il legislatore aveva voluto rispondere all'esigenza di fornire una risposta efficace alle dinamiche delle imprese che necessitavano di tempi brevi e costi ridotti per risolvere le controversie che le vedevano protagoniste.

Suddetta tipologia di conciliazione si applicava ad una serie limitata di controversie⁶⁹, aventi ad oggetto rapporti societari, sia di società di persone che di capitali, ivi compresi quelli riguardanti

⁶⁷ Direttiva Europea relativa a determinati aspetti della mediazione civile e commerciale la quale, nell'imporre agli Stati membri l'adozione nei rispettivi ordinamenti di un procedimento di mediazione nelle controversie transfrontaliere, è stata determinante per la cristallizzazione nello spazio comunitario di una serie di rilevanti principi in materia.

⁶⁸ È rimasto in vigore il solo titolo V, avente ad oggetto l'arbitrato societario e gestionale.

⁶⁹ Le materie a cui era applicabile la conciliazione societaria erano elencate all'art.1 del D.Lgs. n.5/2003:

1. Si osservano le disposizioni del presente decreto legislativo in tutte le controversie, incluse quelle connesse a norma degli articoli 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del codice di procedura civile, relative a:

a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione

le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse nei confronti degli organi della società, delle mutue assicuratrici e delle cooperative, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati; trasferimento di partecipazioni sociali, oltre ad ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali ed i relativi diritti; patti parasociali ed accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341 *bis* del codice civile; rapporti in materia di intermediazione mobiliare, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione del credito, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa, controversie tra banche e credito per le opere pubbliche.

o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative;

b) trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;

c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341-*bis* del codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-*bis*, ultimo comma, del codice civile;

d) rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa;

e) materie di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio;

f) credito per le opere pubbliche.

2. Restano ferme tutte le norme sulla giurisdizione. Spettano esclusivamente alla corte d'appello tutte le controversie di cui agli articoli 145 decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e 195 decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

3. Salvo che nelle controversie di cui al comma 1, lettera e), il tribunale giudica in composizione collegiale. Nelle azioni promosse da o contro associazioni rappresentative dei consumatori e dalle camere di commercio il tribunale giudica in composizione collegiale anche se relative alle materie di cui al comma 1, lettera e).

4. Per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili.

5. Quando rileva che una causa relativa ad uno dei rapporti di cui al comma 1 è stata proposta in forme diverse da quelle previste dal presente decreto, il giudice dispone con ordinanza il mutamento di rito e la cancellazione della causa dal ruolo; dalla comunicazione dell'ordinanza decorrono, se emessa a seguito dell'udienza di prima comparizione, i termini di cui all'articolo 6 ovvero, in ogni altro caso, i termini di cui all'articolo 7; restano ferme le decadenze già maturate.

Le parti, nel tentativo di dirimere le suindicate controversie, avevano la possibilità di avviare una procedura di conciliazione, disciplinata dagli articoli 38, 39 e 40 della normativa, dinnanzi ad organismi iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia, istituito con il D.M. n. 222/2004, che potevano essere creati dalle Camere di commercio, ovvero da enti pubblici e privati che avessero fornito garanzie di affidabilità ed efficienza, specificate nel richiamato decreto attuativo e che avessero depositato un proprio regolamento di procedura, allegando, in aggiunta, le tabelle dei compensi.

La procedura poteva essere avviata volontariamente, sia da una parte singolarmente sia congiuntamente, ovvero sulla scorta di una clausola di conciliazione inserita nello statuto o nel contratto.

Qualora le parti fossero riuscite a giungere ad un accordo, il verbale di conciliazione, doveva essere sottoscritto dalle stesse e dal conciliatore ed inoltre era previsto che potesse divenire titolo esecutivo, grazie all'omologa del presidente del tribunale, da concedersi previo accertamento della sola regolarità formale, ed era inoltre esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di venticinquemila euro.

Le caratteristiche fondamentali della procedura erano rinvenibili tra le definizioni contenute nell'ormai abrogato articolo 1 del decreto ministeriale n. 222/2004 (sostituito dal decreto ministeriale n. 180/2010), recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del D.Lgs. n. 5/2003, secondo cui la conciliazione era *“il servizio reso da uno o più soggetti, diversi dal giudice o dall'arbitro, in condizioni di imparzialità rispetto agli interessi in conflitto e avente lo scopo di dirimere una lite già insorta o che può insorgere tra le parti, attraverso modalità che comunque ne favoriscano la composizione autonoma”* e, pertanto, ne veniva evidenziato l'aspetto di strumento di composizione delle controversie non contenzioso, di natura esclusivamente facilitativa.

Al conciliatore spettava il compito di assistere le parti, aiutandole a riattivare la comunicazione, a gestire il conflitto e a negoziare in modo efficace, senza però potersi sostituire alle stesse nella definizione della controversia.

Una deroga⁷⁰ a quanto appena detto poteva verificarsi nel momento in cui le stesse, congiuntamente, richiedevano al conciliatore di formulare una proposta di risoluzione, che poi erano comunque libere di accettare o meno.

1.2 La mediazione in materia civile e commerciale

⁷⁰ Tale fattispecie, disciplinata dall'articolo 40, comma 2, del decreto legislativo n. 5/2003, prevedeva che il conciliatore potesse valutare le posizioni dei litiganti e manifestare la sua opinione al riguardo.

La disciplina della conciliazione stragiudiziale societaria ha consentito di avviare la strutturazione di un servizio professionale di mediazione, affidato a soggetti dotati di apposita formazione, ponendo così le basi per l'introduzione della mediazione con il decreto legislativo n. 28/2010.

In questa prospettiva ed in attuazione della Direttiva n. 52/2008, il legislatore ha regolamentato un sistema di mediazione amministrato con una chiara funzione deflativa, senza trascurare il più profondo obiettivo di rendere disponibile una procedura che fornisse ai consociati uno strumento di pacificazione sociale di facile utilizzo e a tutti accessibile.

Dal punto di vista sostanziale, sin dalla prima versione del decreto è possibile individuare due modelli di mediazione finalizzata alla composizione stragiudiziale della controversia: una di tipo "facilitativo" in cui il mediatore si pone come aiutante delle parti nel raggiungimento di una soluzione condivisa ed una di tipo "valutativo" in cui il mediatore, sempre in qualità di soggetto terzo ed imparziale, dopo aver assistito le parti nella ricerca di un'intesa comune, che però non si è riuscita a raggiungere, avanza una proposta di accordo che poi le parti possono accettare o meno.

Le disposizioni hanno incontrato, in un primo momento, talune ostilità, manifestatesi anche con il sollevamento di numerose questioni di costituzionalità in via incidentale riguardanti diversi aspetti della materia.⁷¹

Tuttavia, la Corte, con la sentenza n.272 del 2012, decidendo la censura "pregiudiziale" formale relativa all'eccesso di delega legislativa non ha potuto affrontare (essendo rimaste assorbite) le questioni legate al merito in quanto potenzialmente idonee a pregiudicare l'attuazione delle disposizioni relative alla mediazione obbligatoria.

Con il menzionato provvedimento, la Corte giunse alla conclusione per cui né gli atti comunitari richiamati dalla legge delega, né la medesima legge delega consentissero di sostenere che tra i criteri forniti dall'art. 60 della l. n. 69 del 2009 vi fosse la previsione di una mediazione obbligatoria.

Affermava, infatti, che l'illegittimità del Decreto Legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 derivasse dall'eccesso di delega della mediazione obbligatoria in quanto "strumento non desumibile dalla legge delega stessa". Specificatamente a tal riguardo, la Corte Costituzionale rilevava, inoltre, come l'art.

⁷¹ Ad es.: Tar Lazio, sez. I, ord. N.3202/2011; Giudice di Parma, ord. 1/09/2011; per altri riferimenti cfr. Danovi F., Ferraris F., op.cit., p.121; per ulteriore approfondimento si veda Pasini C., "La pronuncia della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272 e alcune promettenti applicazioni in materia di mediazione delegata", 5 luglio 2013, in *Judicium* (<https://www.judicium.it/la-pronuncia-della-corte-costituzionale-del-6-dicembre-2012-n-272-e-alcune-promettenti-applicazioni-in-materia-di-mediazione-delegata/>)

60 della legge n. 69 del 2009 non contenesse alcun riferimento espresso all'eventuale possibilità di prevedere all'interno del Decreto Legislativo il carattere obbligatorio della procedura stragiudiziale di mediazione dichiarando espressamente: *“il denunciato eccesso di delega sussiste, in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n.28 del 2010”*.

Così, dopo aver sancito l'illegittimità costituzionale dell'intero articolo 5, comma 1, del D.Lgs. n.28 del 2010, per violazione degli articoli 76 e 77 della Costituzione, i giudici analizzarono un secondo aspetto, anche esso determinante per rilevare l'eccesso di delega, quale quello dell'assenza di un riferimento all'obbligatorietà della mediazione all'interno della normativa europea, dichiarando che lo stesso non fosse riscontrabile né implicitamente, né esplicitamente.

Per porre rimedio alle conseguenze di suddetta pronuncia, il Governo, è poi intervenuto con il c.d. “Decreto del fare” (d.l. 18 giugno 2013, n.69 convertito in l. 9 agosto 2013, n.98). Con tale operazione, è stata ripristinata l'obbligatorietà *ex lege* della mediazione nelle materie indicate nel previgente comma 1 dell'articolo 5 e anche modificato il comma 2⁷² dello stesso, nel senso di introdurre la mediazione delegata obbligatoria.

La prima, costituente il modello principale, è sempre esperibile dalle parti qualora, le stesse, decidano di porre rimedio alla lite in corso optando per una strada al di fuori del processo; è presente poi un tentativo di risoluzione extragiudiziale obbligatorio *ex lege*. La *ratio* alla base della scelta del legislatore è da individuare nel fatto che si tratti di materie ad alto tasso di “litigiosità” ben risolvibili nel contesto stragiudiziale.

Lo stesso decreto, nel regolamentare tale tipologia, individua tassativamente i casi in cui l'esperimento del tentativo costituisce condizione di procedibilità per l'eventuale futura azione in

⁷² Il comma 2 è stato così sostituito dall'art. 84, comma 1, lett. c), D.L. 21 giugno 2013, n.69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n.98:

“Fermo quanto previsto dal comma 1-*bis* e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.”

sede civile (art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. n.28/2010)⁷³, prevedendo, inoltre, una disciplina da applicare qualora le parti non abbiano preventivamente dato seguito all'obbligo previsto dalla legge.

La novità, introdotta dal decreto del 2013, consiste nell'individuazione di ipotesi in cui l'obbligo di avviare la mediazione sia disposto discrezionalmente dal giudice allorché, nel corso del giudizio ordinario, ne ravvisi le condizioni ed i presupposti. In questi casi, si parla di mediazione "demandata"⁷⁴.

Altra possibilità di procedere per via stragiudiziale è fornita dall'art.5, comma 5 del già citato D.Lgs. n.28/2010, che prevede che le parti possano preventivamente concordare, predisponendo un'apposita clausola (cosiddetta "clausola di mediazione"⁷⁵), di optare per tale tipologia risolutiva qualora sorga una lite. La menzionata possibilità di procedere in via extragiudiziale costituisce un'opzione residua di "mediazione forzata" che però si pone in posizione differente rispetto ai casi previsti *ex art.5 comma 1bis* e comma 2, poiché, qualora il tentativo non venisse esperito, tale eccezione potrebbe essere eccepita solo dal convenuto entro la prima difesa ed inoltre, sebbene venga immediatamente rilevata e le parti decidano comunque di non dare seguito al procedimento, il giudice non potrà chiudere il processo in rito, ma procederà in ogni caso allo svolgimento delle attività procedurali.

⁷³ Ai sensi dell'art. 5 comma I bis del D.Lgs. 28/2010, la mediazione è obbligatoria quando la controversia tra due o più parti ha ad oggetto:

- diritti reali (proprietà, usufrutto, usucapione, compravendite immobiliari ecc.)
- divisione e successioni ereditarie
- patti di famiglia
- locazione e comodato
- affitto di aziende
- risarcimento danni da responsabilità medica e sanitaria
- diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità
- contratti assicurativi, bancari e finanziari
- condominio

⁷⁴ Suddetta modalità non può essere definita, come invece avveniva in passato, "delegata". La *ratio* è rinvenibile nel fatto che il giudice non svolge nessuna attività di delegazione e non è presente un ausiliare del giudice, inoltre la mediazione è svolta al di fuori del processo.

⁷⁵ La clausola di mediazione può essere inserita in contratti, statuti o atti costitutivi e richiede la preventiva accettazione di tutte le parti.

Le evidenti peculiarità risiedono nel fatto che si tratti di un'alternativa di carattere “pattizamente obbligatoria”, infatti, sono le stesse parti che preventivamente decidono di inserire tale facoltà nel loro contratto e di conseguenza solo quest'ultime potranno rilevare il mancato tentativo.

Relativamente alla sanatoria del vizio, si prevede che vengano seguite le modalità previste per la mediazione obbligatoria. Infatti, il giudice o l'arbitro, nel valutare la fondatezza della questione, provvede a fissare un termine di 15 giorni per avviare il procedimento, prevenendo contestualmente, attraverso un semplice differimento, una nuova udienza, sempre nel rispetto dei termini previsti dall'art. 6 D.Lgs. n.28/2010.

In ogni caso, alle diverse tipologie previste si applicano le regole procedurali generali previste dagli articoli 3 – 14 del decreto, poiché l'intero sistema si basa sullo schema della “mediazione amministrata”, la quale si caratterizza per la presenza di organismi pubblici o privati istituiti *ad hoc* che favoriscono la “creazione” di un contesto più idoneo alla risoluzione della controversia, attraverso l'impiego di regole specifiche e di una gestione efficace del servizio.

1.3 I principi della mediazione

Fondamentali sono i principi posti alla base dello svolgimento di ogni mediazione, la quale si deve adattare alle singole specificità dell'insorto conflitto e alle esigenze dei soggetti interessati

Si può, dunque, definire come strumento “*user-friendly*”⁷⁶, in cui il mediatore pone in essere il compimento di una serie di attività propedeutiche al raggiungimento di un esito potenzialmente accettato e condiviso da tutte le parti coinvolte.

Facendo riferimento a quanto previsto dalla normativa comunitaria, il procedimento ex D.Lgs. n.28/2010 si caratterizza per la sua duttilità e l'informalità degli atti, delle dinamiche e delle tempistiche; di conseguenza, data l'assenza di rigidi prerequisiti di forma, anche l'accordo eventualmente raggiunto sarà esente da requisiti formali prestabiliti, essendo, infatti, sufficiente una chiara esposizione di quanto concordato.

Nella mediazione, il terzo ha sostanzialmente una funzione di facilitatore, che aiuta le parti a raggiungere una composizione amichevole della controversia, assistendole nella gestione della comunicazione, delle emozioni, del rapporto, del negoziato, anche spingendosi a formulare esso stesso una proposta risolutiva, divenendo così un valutatore, quando i contendenti non siano in grado di giungervi autonomamente, ovvero abbiano la possibile soluzione davanti agli occhi e non riescano o non vogliano vederla.

⁷⁶ Danovi F., Ferraris F., op.cit., p.129

Tra i principi ai quali si deve ispirare il mediatore, nello svolgimento delle sue attività, si appalesano imprescindibili la terzietà e l'imparzialità.

Quest'ultimo è, infatti, definito come la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione, rimanendo comunque prive di ogni potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i partecipanti alla procedura⁷⁷.

Viene, dunque, precisato come non competa affatto a tale soggetto imporre una soluzione della lite, così tratteggiandone la sostanziale differenza rispetto al giudice o all'arbitro.

L'imparzialità funge da supporto al corretto svolgimento dell'attività del mediatore ed all'efficacia della propria azione; il professionista non dovrà infatti favorire una parte a discapito dell'altra, ed inoltre, si richiede che questo mantenga un atteggiamento che non produca in alcuno dei soggetti anche la sola impressione che sia venuto meno tale essenziale requisito del terzo.

In aggiunta, come si desume dall'articolo 3, comma 2 del D.Lgs. n.28/2010, il mediatore deve essere idoneo al corretto e sollecito espletamento dell'incarico e tale attitudine, seppure la normativa nulla preveda in proposito, implica certamente una competenza generale a conoscere quantomeno l'ambito della controversia e comprenderne gli elementi essenziali.

Altro principio certamente degno di menzione è il dovere di riservatezza, di cui all'articolo 9, il quale costituisce un aspetto fondamentale poiché permette al mediatore di poter scendere nel mondo degli interessi delle parti, assicurandole sull'utilizzo protetto delle informazioni fornite nel corso della procedura.

All'interno di questo, si possono individuare due ambiti concentrici di riservatezza: uno interno, che riguarda il rapporto diretto tra le parti; è infatti previsto che il mediatore possa svolgere incontri separati con ciascuna di esse, con l'obbligo di mantenere il segreto su quanto appreso, salvo diversa autorizzazione della parte; ed uno esterno, finalizzato a proteggere la procedura e le parti dalle ingerenze esterne. Il dovere in questione, dunque, è riscontrabile sia rispetto alle dichiarazioni rese dalle parti, sia rispetto le informazioni acquisite, come ulteriormente sottolineato anche dall'articolo 10, in virtù del quale si prevede che il mediatore non può deporre sulle dichiarazioni rese dalle parti o sulle informazioni acquisite né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità⁷⁸.

⁷⁷ Ai sensi dell'articolo 1, comma 1 del D.Lgs. n.28/2010: "1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per: [...] b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo; [...]"

Inoltre, salvo espressa pattuizione delle parti, le suddette informazioni e dichiarazioni non potranno poi essere utilizzate nell'eventuale giudizio riguardante, anche solo parzialmente, la medesima controversia.

2. Il procedimento di mediazione

La mediazione si basa sulle attività poste in essere da un terzo imparziale, ovvero il mediatore, finalizzate ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, eventualmente anche con la possibilità di formulare una proposta per la risoluzione della stessa.

Già dalla definizione, si può osservare come suddetto sistema non si caratterizzi per il fatto di essere dotato di una struttura rigida e predefinita, ma si presenta come un metodo di risoluzione delle controversie di natura non contenziosa, di natura flessibile e rispondente alle diverse esigenze delle parti.

Dalla relazione illustrativa al decreto legislativo ⁷⁹ si evince infatti che *“l'elemento caratterizzante è invece dato dalla finalità di assistenza delle parti nella ricerca di una composizione non giudiziale della controversia”*, da intendersi questa ultima come *“la crisi di cooperazione tra soggetti privati, risolubile non soltanto attraverso la netta demarcazione tra torti e ragioni di ciascuno, ma anche per mezzo di accordi amichevoli che tendano a rinegoziare e a ridefinire gli obiettivi, i contenuti e i tempi del rapporto di cooperazione, in vista del suo prolungamento, e non necessariamente della sua chiusura definitiva”*.

La mediazione rappresenta, infatti, una valida soluzione poiché si tratta di un procedimento snello e con durata non superiore ai tre mesi⁸⁰ ed inoltre, facendo riferimento all'oggetto di indagine, è possibile osservare come, tra le ipotesi di mediazione obbligatoria, ricadano anche le controversie

⁷⁸ L'articolo 10 costituisce un vero e proprio obbligo per il mediatore, con la conseguenza che la testimonianza eventualmente resa al riguardo sarà ritenuta inammissibile, ciò in virtù dell'art.103 c.p.p. riguardante le garanzie di libertà del difensore ed ex art.200 c.p.p. relativo al segreto professionale.

⁷⁹ Relazione Illustrativa al decreto legislativo n. 28/2010, <https://www.adrquadra.com/ita/normativa/relazione-illustrativa-decreto-legislativo-28-2010-adr-quadra-normativa.php>

⁸⁰ Il citato termine di tre mesi decorre dalla data di deposito dell'istanza ovvero dalla scadenza del termine assegnato dal giudice per il deposito della stessa ed inoltre non è soggetto a sospensione feriale.

Prima della riforma del 2013 (L. n.98/2013) il termine era di quattro mesi.

in materia di contratti assicurativi, bancari e finanziari, precedentemente ricomprese nell'ambito della conciliazione societaria⁸¹.

La scelta effettuata dal legislatore è volta a cercare di far proseguire i rapporti intercorrenti tra le parti, evitando lo scioglimento dei contratti, anche nell'ottica di un miglior esercizio dell'attività di impresa.

Infatti, è auspicabile che gli accordi risultanti dalla mediazione abbiano una maggiore possibilità di essere rispettati volontariamente e preservino più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra i diversi soggetti coinvolti⁸².

Di conseguenza, chiunque abbia intenzione di esercitare un'azione in giudizio vertente su tali materie, deve preliminarmente avviare il procedimento di mediazione ai sensi del decreto, avanti ad uno degli organismi abilitati, ovvero avvalersi delle altre procedure innanzi all'Arbitro Bancario Finanziario e all'Arbitro per le Controversie Finanziarie.

Il tentativo di previo esperimento della mediazione costituisce, dunque, condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la cui eventuale improcedibilità deve essere rilevata dalla parte convenuta, pena la decadenza, ovvero rilevata dal giudice *ex officio*, non oltre la prima udienza.

La condizione di procedibilità, sancita dalla legge e più volte confermata dalla Corte costituzionale⁸³, è perfettamente coerente con quanto statuito dalle direttive impartite dalla legge delega; realizza, infatti, un bilanciamento tra il diritto di azione previsto dall'articolo 24 della Costituzione e gli interessi generali ad una giustizia rapida e che prevenga l'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale.

La possibilità, per il mediatore, di non essere vincolato esclusivamente al principio della domanda, fa sì che possa risolvere la questione ridefinendo la relazione intercorrente tra le parti anche a favore di una futura prosecuzione del rapporto.

⁸¹ La mediazione obbligatoria è stata ripristinata da settembre 2013, dopo essere venuta meno a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n.272/2012 ed in ultimo resa stabile dal d.l. n.50 del 24 aprile 2017, convertito in legge n.96 del 21 giugno 2017, c.d. "Manovrina 2017".

⁸² Sangiovanni V., "La mediazione obbligatoria in materia di contratti bancari.", 26 Marzo 2012, in *Judicium* (<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/266/Sangiovanni.pdf>)

⁸³ Cfr. Corte cost. 13 luglio 2000, n.276; Corte cost. a marzo 1992, n.82 e in relazione al giusto processo Corte cost. 19 dicembre 2006, n.436.

Ad esempio, nell'ambito dei contratti bancari, il cliente necessita non solo di un riconoscimento di competenze, che in precedenza gli erano state negate dall'istituto creditizio, ma anche di ridefinire nella sua interezza l'intercorrente rapporto bancario⁸⁴.

La scelta operata dal legislatore, relativamente alla previsione della mediazione obbligatoria in ambito bancario, finanziario ed assicurativo, è il frutto di un ragionamento ben preciso, quale la promozione del proseguimento del rapporto oltre alla definizione della controversia sorta.

Per quanto attiene alla fase procedimentale, l'avvio del procedimento si ha con il deposito di un'istanza scritta presso uno degli organismi di mediazione⁸⁵ (*O.d.M.*) *ad hoc* iscritti nell'apposito registro, nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia.

La domanda, che consente di identificare la controversia e la tipologia di rapporto controverso, deve essere realizzata rispettando il contenuto minimo stabilito *ex lege* dall'articolo 4 (nome dell'organismo, indicazione delle parti, dell'oggetto e delle ragioni relative alla contesa, oltre al valore della lite).

L'organismo, nella persona del responsabile dello stesso, provvede ad individuare il mediatore e a fissare un primo incontro entro l'arco temporale di trenta giorni, comunicandolo, inoltre, alle parti interessate.

In aggiunta, qualora si ravvisi la necessità di specifiche competenze, l'*O.d.M.* ha la facoltà di nominare uno o più mediatori ausiliari⁸⁶; nel caso in cui non sia possibile, è prevista l'eventualità di rivolgersi ad esperti, iscritti nell'albo dei consulenti⁸⁷ presso il tribunale, che forniscono un supporto tecnico esterno. La loro mansione si esplica in un'attività peritale con la possibilità, su accordo di parte, di usare le risultanze in giudizio⁸⁸.

⁸⁴ Mazzoli E., op.cit., p.56

⁸⁵ Ai sensi dell'art.1, lett.d) del D.Lgs. n.28/2010, per "organismo di mediazione" si intende l'ente pubblico o privato, preso il quale può svolgersi il procedimento ai sensi del medesimo decreto ed inoltre, l'art.16 prevede che i suddetti enti, qualora diano garanzie di serietà ed efficienza, siano abilitati alla costituzione di tali organismi deputati a gestire il procedimento di mediazione in materie aventi ad oggetto diritti disponibili.

⁸⁶ La partecipazione della figura in questione non comporta costi aggiuntivi per il procedimento ed è prevista ai sensi dell'art.8 del D.Lgs. n.28/2010.

Per ulteriori approfondimenti si rimanda a Cocola B., "I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale", Quaderno 7, Scuola Superiore della Magistratura – Roma 2022, pagg.186 ss., https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/1750902/ssm_q7_v1.pdf

⁸⁷ Gli esperti che possono partecipare alla mediazione non hanno la qualifica di mediatori.

In particolare, nelle liti che hanno per oggetto relazioni di matrice bancaria, finanziaria ed assicurativa, lo svolgimento di attività peritali di tipo tecnico-contabile può costituire un valido sostegno per la composizione amichevole della controversia⁸⁹.

Con la ricezione della domanda depositata presso l'organismo e la determinazione della competenza di quest'ultimo nella gestione della mediazione, secondo il criterio della prevenzione, si conclude la fase di avvio e si procede al primo incontro tra le parti.

Nel primo incontro il mediatore chiarisce modalità e funzioni della mediazione alle parti, invitando, sia quest'ultime sia i loro avvocati, ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura.

Nel caso di mancato accordo, all'esito del primo incontro, non è dovuto nessun compenso all'organismo di mediazione; altrimenti è previsto il pagamento di una somma di indennità di mediazione, la quale viene quantificata sulla base delle tabelle ministeriali (Tabella A) in misura proporzionale al valore della controversia.

Deve comunque essere versato un contributo per l'avvio della mediazione, quantificabile in €40+IVA per le liti di valore fino a €250.000 o €80+IVA per le liti di superiore valore ("spese di avvio").

Durante la procedura di mediazione, che può svolgersi in uno o più incontri (possono, inoltre, tenersi anche sessioni separate⁹⁰) in cui il mediatore tenta di risalire ai reali interessi sottesi alle richieste delle parti, individua le alternative (*MAAN*, ovvero la miglior alternativa all'accordo negoziato e la peggior alternativa all'accordo negoziato, *PAAN*).

Le suddette sessioni sono governate dal principio di riservatezza interna, e nello svolgimento di queste, il mediatore si adopera, facendo uso delle tecniche di mediazione e negoziazione efficace, affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di composizione della controversia.

Se all'esito degli incontri, l'accordo è raggiunto, il mediatore, ai sensi dell'articolo 11 del D.Lgs. n.28/2010, procede alla fase di formalizzazione della volontà delle parti.

L'attività consiste nella redazione di un processo verbale di conciliazione, il quale deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia delle sottoscrizioni o la loro impossibilità di sottoscrivere, tale atto ha natura contrattuale e quindi soggetto alla disciplina dettata dal Codice civile agli articoli 1321 e seguenti.

⁸⁸ A tal riguardo, si veda, in particolare, l'ordinanza del Tribunale di Roma 17.03.2014 – dott. Moriconi; l'ordinanza Cass. n. 26550/2011; Cass. n.12411, 11.10.2010

⁸⁹ Cfr. Liace G., *L'arbitro Bancario finanziario*, Torino, 2018, p.21

⁹⁰ Queste sessioni separate sono chiamate anche "*Caucus*".

L'accordo sottoscritto e non contrario a norme imperative o di ordine pubblico può prevedere, inoltre, il pagamento di somme di denaro per ogni ulteriore violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti, ovvero per il ritardo nel loro adempimento.

Ai sensi dell'articolo 12 del decreto⁹¹, nel caso in cui tutte le parti aderenti al procedimento siano assistite da un avvocato, questo potrà attestare e certificare la conformità dell'accordo e di conseguenza conferirgli il valore di titolo esecutivo per l'esecuzione forzata, in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, negli altri casi, potrà essere omologato, in qualsiasi momento, su richiesta della parte interessata, quando vi sia fondato motivo che allo stesso non venga o sia già stata data spontanea esecuzione. Competente al riguardo è il presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo, oppure, nel caso di controversie transfrontaliere, quello nel cui circondario l'accordo deve essere eseguito. In ogni caso, il giudice si limita ad accertare la regolarità formale dell'accordo, oltre al fatto che non sia contrario a norme imperative o all'ordine pubblico.

Ulteriore modalità di chiusura del procedimento consiste nella formulazione, da parte del mediatore, di una proposta conciliativa che rappresenti i diversi interessi oggetto del conflitto.

Questa seconda ipotesi, disciplinata dall'articolo 11 del già citato decreto, prevede che a seguito della proposta avanzata dal mediatore, le parti abbiano un termine di sette giorni per valutarla ed eventualmente accettarla; in particolare il comma 3 del menzionato articolo recita che: “ [...] *se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del Codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. [...]*”.

⁹¹ D.Lgs. n.28/2010, Art.12 – Efficacia esecutiva ed esecuzione:

1. Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.

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.

Al contrario, nell'eventualità in cui non si raggiunga un accordo, come sancito dal comma 4 dell'articolo 11, il mediatore darà atto del mancato raggiungimento di questo e, nel caso in cui, a seguito della sua proposta, una delle parti decida di rifiutarla esplicitamente o tacitamente, sarà suo onere segnalare nel verbale la parte dissenziente.

Tale indicazione sarà poi utile al giudice del procedimento ordinario nella valutazione delle spese processuali secondo il meccanismo di cui all'articolo 13 del decreto⁹², infatti, è possibile che la parte contraria all'accordo venga condannata al pagamento di ulteriori spese, qualora, all'esito del giudizio sia vittorioso, ma ottenga una pronuncia definitiva uguale o simile alla proposta di accordo precedentemente formulata.

Al mediatore competerà la redazione del verbale che attesta l'esito negativo anche quando una delle parti non partecipi alla mediazione⁹³ e tale attestazione potrà poi essere valutata dal giudice come elemento da cui desumere argomenti di prova, oltre a prevedere la condanna, per la parte, alla rifusione di una somma equivalente al contributo unificato pagato per il giudizio, sempre che non vi siano giustificati motivi dietro la mancata comparizione.

Si può, dunque, osservare come la previsione dell'articolo 8 (e quindi in generale la possibilità del giudice di desumere argomenti di prova e, nello specifico, nell'ambito di mediazione obbligatoria, la condanna della parte costituita al pagamento a favore dello Stato di una somma pari al contributo unificato) non vada a sanzionare il rifiuto della mediazione effettiva, quanto la vera e propria assenza della parte; tuttavia, suddetta disposizione si è rivelata poco efficace. In particolare, in relazione alla prima sanzione, si sono verificate difficoltà applicative: non risulta, infatti, semplice per il giudice trarre, dall'assenza di una parte, elementi che escludano la fondatezza delle pretese, poiché è questa la funzione assolta dagli argomenti di prova.

⁹² Ex art.13, comma 1: “ Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del Codice di procedura civile. [...]” .

⁹³ Ex art.11, comma 4: “[...] Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione. [...]”.

Per questi motivi, uno degli obiettivi della futura riforma in itinere è quello di rivedere le conseguenze previste per la mancata partecipazione allo scopo di favorire la partecipazione al procedimento⁹⁴.

3. Problemi operativi nella fase iniziale della procedura

La mediazione prevista dal Decreto n.28/2010 e successive modificazioni, e più in generale il *genus* dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie forniscono, dunque, uno strumento di tutela per risolvere celermente e senza i gravosi oneri economici previsti dalla giurisdizione ordinaria le liti insorte.

Sebbene, quindi, sia un'utile risorsa, attenendosi ai dati del 2021⁹⁵ e del primo trimestre 2022⁹⁶, si può notare come le mediazioni conclusesi positivamente siano ancora troppo esigue (il 27%, di cui solo il 7% e 10% per i procedimenti relativi alle contratti bancari e finanziari) rispetto alle potenzialità dello strumento⁹⁷; comunque, analizzando il dato del 2021, è possibile ravvisare una leggera ripresa dei procedimenti iscritti presso gli organismi di mediazione, aumentando nel complesso di circa il 32% (con una percentuale più elevata per quelli relativi ai contratti bancari e meno evidente, invece, in ambito finanziario). A tale crescita ha certamente giovato la ripresa dell'attività giudiziaria post pandemica, sia l'aumento della domanda di giustizia affluita ai tribunali.

È comunque ravvisabile, negli ultimi anni, una flessione in negativo; la suddetta è dovuta in particolar modo, dal fatto che le parti, in circa il 50% dei casi, decidano di non comparire dinnanzi al

⁹⁴ Sul punto si veda Lupano M., “La riforma della mediazione”, 17 Gennaio 2022, in *Judicium* (<https://www.judicium.it/la-riforma-della-mediazione/>)

⁹⁵ Mediazione civile ex D.L. 28/2010, Statistiche 2021 (periodo 1° gennaio- 31 dicembre 2021), ad opera del Ministero della Giustizia Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa, in <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202021.pdf>

⁹⁶ Mediazione civile ex D.L. 28/2010, Statistiche 2022 (intero periodo 1° gennaio- 31 marzo 2022), ad opera del Ministero della Giustizia Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa, in [https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20\(primo%20trimestre\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20(primo%20trimestre).pdf)

⁹⁷ Ferraguto A., Cammarata R., “Controversie nel sistema bancario e finanziario: il futuro è nelle ADR?”, in *IusTrend* n.2/2021

mediatore ed inoltre, a seguito della situazione pandemica derivante dal COVID-19, si è osservata una leggera riduzione ulteriore, che però sta invertendo la rotta.

Qualora, infatti, si verifici l'assenza di queste, vi è l'impossibilità di raggiungere un accordo e di conseguenza il fallimento della mediazione.

Uno dei principali problemi affrontati, infatti, successivamente all'emanazione del decreto riguardava la partecipazione delle parti. Queste, spesso, decidevano di comparire solo attraverso il loro avvocato, comportando, dunque, un sostanziale depotenziamento dell'istituto in questione.

Essendo la mediazione basata sugli interessi delle parti, è necessario, affinché si realizzi lo scopo per cui viene avviata, che si creino le condizioni per consentire l'effettiva partecipazione personale di queste⁹⁸.

A seguito della riforma del 2013, nel contesto della mediazione obbligatoria, è stata sancita anche l'obbligatorietà dell'assistenza dell'avvocato, il quale affianca ed aiuta la parte; in sostegno di ciò, occorre il secondo periodo del primo comma dell'articolo 8, il quale richiede la presenza di ambedue i soggetti (parte e avvocato difensore) per l'intera durata del procedimento.

⁹⁸ Art.8, D.Lgs. n.28/2010 (come modificato da L.98/2013):

“1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari.

2. Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo.

3. Il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia.

4. Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti.

4-bis. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del Codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.”

Vale la pena ricordare che l'obbligo imposto dal decreto legislativo di tentare la preventiva composizione stragiudiziale della lite costituisce un passaggio necessario e corrisponde ad un intento ben preciso legislatore, ovvero quello di garantire (prioritariamente) una reale spinta deflativa.

La stessa Corte di giustizia dell'UE ha osservato che il requisito di svolgere una mediazione preliminare possa rivelarsi compatibile, previa verifica delle condizioni da parte del giudice nazionale, con il principio della tutela giurisdizionale effettiva di matrice comunitaria; in particolar modo l'avvio di tale procedura non dovrà comportare costi elevati per chi ne usufruisca, una pronuncia vincolante per le parti ed un significativo ritardo per un eventuale adizione del giudice, inoltre, si richiede che il suddetto sistema non disponga solo di accesso in via elettronica e che consenta di ottenere provvedimenti urgenti oltre a sospendere la prescrizione o la decadenza dei diritti in questione.⁹⁹

Come è possibile desumere da molteplici pronunce della Corte Costituzionale, è stata appurata anche la legittimità costituzionale della funzione di filtro svolta dalla condizione di procedibilità.

Siffatta situazione è ricollegabile alla cosiddetta "giurisdizione condizionata"; attraverso questa, il legislatore può imporre, alle parti, degli adempimenti che risultano funzionali al raggiungimento di interessi generali o superiori finalità di giustizia, condizionando, quindi, la procedibilità della domanda, ma comunque rimanendo all'interno di un arco temporale accettabile per la tutela effettiva del diritto.

A sostegno di ciò si pone anche la Direttiva n.52 del 2008, la quale, all'articolo 1, comma 1, nel dare una nuova luce al rapporto intercorrente tra giurisdizione e *ADR*, evidenzia l'obiettivo perseguito, ovvero, di "un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario".

Vale la pena citare tal riguardo, un'autorevole dottrina che afferma: *"la tutela dei diritti non viene così né obliterata né ritardata, ma la persona diviene titolare del diritto alla mediazione consentendo alle parti di confrontarsi in un contesto relazionale amichevole. Diritto alla mediazione e diritto alla tutela giurisdizionale divengono i due lati della stessa medaglia nella quale l'equilibrio è dato proprio dall'esigenza sociale, ormai emergenziale, di dare strumenti di pacificazione indispensabili al riequilibrio fisiologico del tasso di litigiosità"¹⁰⁰*.

A quanto sopra esposto, si aggiunge, inoltre, la volontà di indirizzare i soggetti coinvolti in una controversia verso forme di giustizia caratterizzate da maggiore duttilità, in cui possano trovare

⁹⁹ Sulla questione della compatibilità della mediazione obbligatoria con il principio comunitario di tutela giurisdizionale effettiva si veda Corte di Giustizia EU, sentt. C-317/08, C-318/08, C-320/08 (Sent. Alassini).

¹⁰⁰ Marinaro M., " "Il Paese dove tutto finisce in tribunale". Riflessioni sparse sulle prospettive di riforma della giustizia civile", in Judicium.it, 12 dicembre 2018

considerazione i loro interessi, aiutandoli a negoziare in modo cooperativo e ragionevole e a raggiungere una soluzione dotata di “maggiore accettabilità sociale¹⁰¹”.

Pertanto, essendo chiari gli scopi della mediazione, è evidente che la prerogativa del mediatore non sia quella di decidere l'esito della controversia, ma di aiutare le vere protagoniste, ovvero le parti, le quali mantengono il pieno potere decisionale e il controllo sulla procedura, essendo libere di comporre i propri interessi e rapporti, ponendo così fine alla lite, ovvero di non raggiungere un accordo.

Nelle materie oggetto di analisi, entrambe le parti, intermediari e clienti, possono avviare il procedimento, presentando la domanda ad un organismo abilitato e territorialmente competente¹⁰² e la condizione si può considerare avverata se il primo incontro innanzi al mediatore si conclude senza accordo, ma comunque, affinché venga ritenuto valido, deve essere effettivo e non una mera formalità da risolversi con l'esclusiva partecipazione dei difensori.

Esperire il suddetto tentativo significa che la mediazione deve essere concreta, e dunque, realmente svolta con la presenza delle parti assistite da un avvocato dinnanzi ad un terzo imparziale, ovvero il mediatore, spettando allo stesso l'onere di dover attestare le corrette modalità di svolgimento del tentativo ¹⁰³.

A sostegno della suddetta interpretazione è intervenuta anche la Cassazione (Sez. III, sent. 27.3.2019, n. 8473¹⁰⁴), la quale ha fornito degli utili orientamenti relativamente all'obbligo della partecipazione personale delle parti alla mediazione, modalità di conferimento della procura ad un

¹⁰¹ Capobianco E., “Mediazione obbligatoria e Arbitrato Bancario Finanziario”, 31 Maggio 2011 in *Judicium* (<https://www.judicium.it/mediazione-obbligatoria-e-arbitro-bancario-finanziario/>)

¹⁰² Rilevante in tema di competenza territoriale è il fatto che, relativamente alla clausola di mediazione apposta in un contratto, nel caso di cliente consumatore, sarebbe necessario che la clausola individui suddetta competenza in linea con il “foro del consumatore” (ex art.33, comma 2, lett.u, cod. cons.), evitando, dunque, il fenomeno del “*forum shopping*”, si veda Capobianco E., op.cit..

¹⁰³ Sulla necessità dell'effettiva partecipazione delle parti cfr. Corte Cass., sent. n.8473/2019.

Il principio di diritto affermato nella suddetta sentenza è il seguente: “*Nel procedimento di mediazione obbligatoria disciplinato dal D.Lgs. n.28/2010 e successive modifiche, è necessaria la comparizione personale delle parti davanti al mediatore assistite dal difensore.*”.

A sostegno dell'orientamento della Cassazione è possibile confrontare ulteriori pronunce, tra cui la sent.19.03.2014 del Tribunale di Firenze; sent. Corte Cass.5/07/2019, n.18068; sent.27/07/2019 del Tribunale di Roma.

¹⁰⁴ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. III, sent. 27.3.2019, n. 8473, <https://sentenze.laleggepertutti.it/sentenza/cassazione-civile-n-8473-del-27-03-2019>

soggetto terzo ed adempimenti che devono essere espletati nel primo incontro per ritenere realizzata la condizione di procedibilità¹⁰⁵.

In particolare, nel procedimento di mediazione obbligatoria disciplinato dal D.Lgs. n.28 del 2010 e successive modifiche, si richiede la necessaria comparizione personale delle parti davanti al mediatore, assistite dal difensore, statuendo in aggiunta, che nel prevedere la comparizione obbligatoria davanti al mediatore la parte possa farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale, eventualmente coincidente nella persona del difensore medesimo, a condizione che sia dotato di apposita procura sostanziale¹⁰⁶.

Nel caso in cui una parte non dovesse comparire, la giurisprudenza ha ritenuto che questa, per non incorrere nella comminazione della sanzione, debba addurre la prova di un impedimento ostativo di natura oggettiva; si considera, quindi, la preventiva comunicazione delle ragioni relative all'assenza della parte solamente come forma di cortesia per l'organismo e questa non obbliga il mediatore ad assumere posizione sulle motivazioni addotte, né alla loro verifica.

Dunque, la partecipazione al primo incontro costituisce condotta obbligata *ex lege* che può essere omessa solo in presenza di un giustificato motivo impeditivo da valutare secondo i criteri dell'assolutezza e non temporaneità.

Inoltre, la condizione di procedibilità potrà ritenersi realizzata soltanto al termine del primo incontro dinanzi al mediatore, qualora una o entrambe le parti, successivamente alla sessione informativa, compiutamente ed adeguatamente svolta dal mediatore, comunichino la propria contrarietà alla prosecuzione¹⁰⁷.

Ulteriore questione oggetto di dibattito riguarda la completezza dell'istanza che dispone l'avvio del procedimento.

¹⁰⁵ Giallongo N., "Il dibattito giurisprudenziale sui profili processuali del D.lgs. 28/2010: le incertezze interpretative e i dubbi applicativi.", 6 Maggio 2020, in *Judicium* (<https://www.judicium.it/dibattito-giurisprudenziale-sui-profilo-processuali-del-d-lgs-282010-le-incertezze-interpretative-dubbi-applicativi/>)

¹⁰⁶ Si richiede il rilascio di una procura che abbia come specifico oggetto la partecipazione alla mediazione ed il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto; non è, quindi, sufficiente la procura *ex art. 83 e/o 185 bis c.p.c.*, pur comprensiva di ogni potere giudiziale e stragiudiziale per la conciliazione della controversia in quanto di valenza esclusivamente processuale.

¹⁰⁷ La Corte, nella sent. n. 8437 del 27/03/2019, Sez. III, ha precisato che affinché si verifichi la condizione di procedibilità, è sufficiente che la parte attrice sia stata debitamente informata sulle funzioni e modalità di svolgimento della mediazione e conseguentemente abbia manifestato il proprio dissenso alla prosecuzione, statuendo, in ultimo, che, solo dopo tali adempimenti, maturi l'effettività del tentativo.

Come si è già detto, la domanda di mediazione deve avere ad oggetto diritti disponibili e tale richiesta non può essere equiparata alla domanda giudiziale, di conseguenza non è possibile applicare quanto disposto dalle regole e dai principi desumibili Codice di procedura civile in tema di contenzioso civile.

L'articolo 3, comma 3 del D.Lgs. n.28/2010 non richiede l'applicazione di particolari formalità in tema di redazione, ma viene sancito dall'articolo 4¹⁰⁸, comma 2 che la suddetta istanza sia completa di alcune informazioni, quali: l'indicazione dell'organismo competente, delle parti, dell'oggetto e delle ragioni della pretesa; il diritto che si intende far valere, il quale deve essere corredato delle informazioni necessarie volte a consentire un lavoro proficuo per il mediatore, sia a facilitare l'attività di controllo svolta dal giudice, sull'espletamento delle condizioni di procedibilità della domanda.

Pur non essendo previste particolari modalità formali di redazione e collegate sanzioni per l'incompletezza, qualora il mediatore accerti la carenza dei requisiti, ha il potere di disporre un termine volto a consentire l'integrazione dell'istanza.

Al riguardo, la giurisprudenza ha fornito delle indicazioni prevedendo che sia sufficiente, ai fini dell'espletamento della condizione di procedibilità, che i fatti riportati a sostegno della domanda giudiziale corrispondano a quelli addotti nell'istanza di mediazione, non richiedendo però specifiche argomentazioni di diritto, né la formulazione delle prove o la produzione dei documenti che verranno successivamente depositati innanzi al tribunale; inoltre l'istanza non deve essere formulata compiutamente sotto il profilo giuridico; basta che l'indicazione dell'oggetto e delle ragioni della pretesa siano dotati di chiarezza espositiva.

¹⁰⁸ Art.4, D.Lgs. n.28/2010:

1. La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data del deposito dell'istanza.
2. L'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa.
3. All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1-*bis*, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione.

Si richiede che venga indicato a quale procedimento faccia riferimento il tentativo, qualora tra le parti vi siano più controversie pendenti ed inoltre la mediazione deve essere esperita anche quando la causa è connessa ad altra per la quale non è obbligatoria.

Per completezza espositiva, va detto che anche ai procedimenti di mediazione obbligatoria, non si applica la sospensione dei termini nel periodo feriale¹⁰⁹ e gli effetti dell'istanza mediazione sono limitati all'interruzione della prescrizione del diritto o al differimento del termine di decadenza; inoltre, l'attivazione del procedimento non assume rilevanza ai fini della proponibilità dell'eccezione di litispendenza o continenza *ex art. 39 c.p.c.*¹¹⁰.

L'eventuale ampliamento della domanda giudiziale rispetto a quella indicata nell'istanza di mediazione non assume valore rilevante ai fini della procedibilità nel caso in cui i fatti costitutivi rimangano identici ed in aggiunta, se la pretesa diviene oggetto di una maggiorazione della quantificazione, questa non comporterà l'avvio di un ulteriore procedimento.

In conclusione, sebbene non soggetta a particolari specificità formali, l'istanza di mediazione è un atto che richiede la redazione in forma scritta, cosicché i sopraindicati requisiti minimi che gli conferiscono "certezza" vengano esplicitati e la cui effettiva sussistenza viene poi verificata alla luce di canoni sostanziali e non solo formali; infatti, si può ritenere che suddetta operazione, in assenza di forma scritta, sarebbe ben difficile da svolgere.

La completezza e l'eshaustività consentono, inoltre, alla parte nei cui confronti sia presentata la domanda di avere una più completa cognizione della pretesa avanzata e le consentono pertanto di effettuare una più approfondita analisi della propria posizione e di prepararsi meglio per la negoziazione da svolgere.

4. Problemi operativi nella fase di accordo in ambito bancario e finanziario

Il tentativo di mediazione, poiché funzionale al raggiungimento dell'accordo, stipulato successivamente in forma di scrittura privata, richiede innanzitutto che le parti abbiano la libera disponibilità dei diritti oggetto della contesa ed inoltre, che abbiano la facoltà di transigere e conciliare in totale autonomia.

¹⁰⁹ Ai sensi dell'art. 6, comma 2: "Il termine di cui al comma 1 decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del sesto o del settimo periodo del comma 1-*bis* dell'articolo 5 ovvero ai sensi del comma 2 dell'articolo 5, non è soggetto a sospensione feriale".

¹¹⁰ Giallongo N., *op.cit.*.

A ragione di ciò, alla luce di quanto disposto dall'articolo 12¹¹¹, il quale prevede che, se tutte le parti sono assistite da un avvocato, l'accordo allegato al verbale di conciliazione, sottoscritto da queste e dai loro difensori, costituisca titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Facendo particolare attenzione alle controversie in materia di contratti bancari e finanziari o comunque nelle quali una delle parti è un Istituto di credito e quindi, un ente giuridico, possono sorgere delle difficoltà soprattutto nella fase di conclusione e sottoscrizione dell'accordo.

La regola generale, nel riconoscere la rappresentanza legale, afferma che questa spetta alla persona del Presidente del consiglio di Amministrazione o dell'Amministratore Delegato; nel caso di intermediari, sarà difficile che il rappresentante legale nella sua persona compaia. Di conseguenza tali soggetti necessitano conferire una procura speciale a propri dipendenti o ad avvocati incaricati specificatamente in relazione alla controversia oggetto di contesa.

Va detto come, nell'ambito dello svolgimento della mediazione, a questi possa spettare di dover compiere scelte particolarmente gravose di cui, però, non dispongano il potere decisionale e proprio per questo, si prevede che in alcune materie vi siano diverse autonomie deliberative¹¹².

In aggiunta, non si può nemmeno ritenere possibile che la facoltà di assumere tali disposizioni venga deliberata preventivamente, sia poiché i limiti temporali per aderire al tentativo sono assai brevi, sia per permetterne la partecipazione effettiva.

A ragion veduta, dunque, le banche e le altre strutture complesse, affinché possano partecipare al procedimento in questione previsto *ex lege* e conseguire gli innumerevoli vantaggi del caso, dovranno dotarsi sia di strutture interne adeguate, sia adottare procedure organizzative più elastiche nella gestione della procedura, la quale potrebbe richiedere rinvii per giungere ad una soluzione più conveniente ed efficiente, da cui possano trarre giovamento entrambe le parti.

¹¹¹ Al riguardo cfr. nota 91.

¹¹² A tal riguardo, utile per la comprensione può essere l'esempio riportato da Mazzoli E., "Contenzioso Bancario e soluzioni stragiudiziali. Strumenti obbligatori e facoltativi.", p.83: "[...] *Ipotizziamo che la parte istante, in luogo di altra prestazione che assume inadempita, proponga che, al finanziamento che si accinge a chiedere, venga applicato un tasso di favore. È evidente che chiunque fosse presente per la banca, ancorché con il potere di transigere e conciliare, ben difficilmente potrebbe assumere l'impegno di accordare un mutuo e di contrattare i tassi, scelte affidate in genere alle funzioni creditizie dell'istituto e che abbisognano di una preventiva disamina del merito creditizio (capacità di rimborso, sufficienza delle garanzie, ecc.) [...].*"

Sarà per tanto fondamentale che la procedura abbia un avvio effettivo e non ci si fermi al primo incontro, con preclusione delle opportunità offerte dalla flessibilità della procedura, che ben può adattarsi anche alle esigenze deliberative degli istituti di credito.

5. La riforma di cui allo schema del D.Lgs. recante attuazione della L. 206/2021¹¹³

Con la legge del 26 novembre 2021, n.206, il Parlamento italiano ha delegato il Governo per riformare la giustizia civile, prevedendo sia la messa a punto di nuove regole che rendano il processo civile più efficiente, sia la revisione della disciplina degli strumenti ADR e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata.

Tra gli obiettivi perseguiti dal legislatore vi è quello di incentivare il ricorso all'utilizzo degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie ovvero la mediazione, di cui al D.Lgs. n.28/2010 e la negoziazione assistita, di cui al D.L. n.132/2014, convertito, con modificazioni dalla L. n.162/2014.

Con particolare riferimento alla mediazione, la riforma interviene, innanzitutto, sull'articolo 5¹¹⁴ del D.Lgs. n.28/2010, operando un ampliamento, al comma 1, delle materie per le quali si chiede l'esperimento del tentativo di mediazione come condizione di procedibilità per la successiva domanda giudiziale. Tra le materie di nuova introduzione troviamo i contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di *franchising* di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura.

Per quanto riguarda la mediazione obbligatoria e i suoi rapporti con il processo, le novità riguardano l'esplicitazione del potere del giudice di dichiarare l'improcedibilità della domanda giudiziale, nel caso in cui, all'udienza successiva a quella in cui abbia rilevato il mancato esperimento

¹¹³ Il testo dello schema è consultabile in questo documento

<http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0407.pdf&leg=XVIII#pagemod e=none>

¹¹⁴ Il testo dell'art.5 (Condizione di procedibilità e rapporti con il processo) al comma 1 è così modificato:

“ Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente capo.”

della mediazione o la sua mancata conclusione, se già iniziata, accerti che la condizione di procedibilità non sia ancora stata soddisfatta.

Il termine di tre mesi per l'esperimento del procedimento di mediazione è stato ampliato, dato che la riforma prevede la possibilità di prorogarlo di altri tre dopo la sua instaurazione e prima della relativa scadenza, con accordo scritto delle parti.

Degna di menzione è la nuova disciplina di cui all'articolo 5-bis¹¹⁵ relativa al procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo. In particolare, è stato precisato espressamente che la presentazione della domanda di mediazione spetterà alla parte che ha proposto il ricorso per decreto ingiuntivo; successivamente, nella prima udienza, il giudice dovrà verificare l'esperimento del tentativo e qualora manchi, dichiarerà l'improcedibilità, revocando, inoltre, il decreto opposto.

Perseguendo inoltre l'intento di migliorare e rendere più efficace la mediazione, azioni di riforma sono previste anche in ambito procedimentale.

In primis, dato che le parti sono le vere protagoniste del procedimento, la loro presenza è necessaria affinché vi sia un migliore confronto tra queste, ragion per cui il legislatore è intervenuto regolando le conseguenze a cui si va incontro in caso di mancata partecipazione.

Infatti, con l'introduzione dell'articolo 12-bis¹¹⁶ è stato disposto, al comma 2, che in caso di mancata partecipazione, la parte sarà tenuta a versare non più una somma pari al contributo unificato,

¹¹⁵ Art.5-bis: "Quando l'azione di cui all'articolo 5, comma 1, è stata introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo, nel procedimento di opposizione l'onere di presentare la domanda di mediazione grava sulla parte che ha proposto ricorso per decreto ingiuntivo. Il giudice alla prima udienza provvede sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione se formulate e, accertato il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. A tale udienza, se la mediazione non è stata esperita, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo, revoca il decreto opposto e provvede sulle spese."

¹¹⁶ Art. 12-bis (*Conseguenze processuali della mancata partecipazione al procedimento di mediazione*):

1. Dalla mancata partecipazione al primo incontro senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.
2. Quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità, il giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato al primo incontro senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio.
3. Nei casi di cui al comma 2, con il provvedimento che definisce il giudizio, il giudice, se richiesto, può altresì condannare la parte soccombente che non ha partecipato alla mediazione al pagamento in favore della controparte di una somma equitativamente determinata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione.
4. Quando provvede ai sensi del comma 2, il giudice trasmette copia del provvedimento adottato nei confronti di una delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, al

bensì il doppio; ed al comma successivo sancisce che, nei casi previsti dal precedente comma, “[...] con il provvedimento che definisce il giudizio, il giudice, se richiesto, può altresì condannare la parte soccombente che non ha partecipato alla mediazione al pagamento in favore della controparte di una somma equitativamente determinata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione”.

Per quanto riguarda la delega, questa è consentita, per le persone fisiche, solo in presenza di gravi motivi in favore di un proprio rappresentante che conosca i fatti e che abbia i poteri necessari per trovare una soluzione alla controversia (art.8, comma 4¹¹⁷); per le persone giuridiche e comunque tutti i soggetti diversi dalle persone fisiche, viene chiarito che possano partecipare alla mediazione mediante rappresentanti o delegati che pure conoscano i fatti ed abbiano i necessari poteri per conciliare la vertenza.

Di grande rilevanza risulta la modifica introdotta all’articolo 8 relativa all’effettività del primo incontro di mediazione; viene, infatti, sancito al comma 6¹¹⁸ che le parti e gli avvocati che le assistano debbano “cooperare in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse”.

Al comma successivo, si attribuisce una più pregnante valenza, anche in ottica processuale, alla relazione predisposta dal consulente tecnico eventualmente designato durante la procedura di mediazione, consentendosi, su accordo delle parti, la producibilità in giudizio di tale elaborato, anche in deroga agli obblighi di riservatezza di cui all’articolo 9; se ne disciplina anche il valore nel processo con la statuizione che la stessa potrà essere valutata dal giudice secondo il suo equo apprezzamento, ai sensi dell’articolo 116, comma 1 del codice di procedura civile.

pubblico ministero presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti, e copia del provvedimento adottato nei confronti di uno dei soggetti vigilati all’autorità di vigilanza competente.

¹¹⁷ Art.8, comma 4: “Le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione. In presenza di giustificati motivi, possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia. I soggetti diversi dalle persone fisiche partecipano alla procedura di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia. Ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale.”

¹¹⁸ Art.8, comma 6: “Al primo incontro, il mediatore espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, e si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione. Le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse. Del primo incontro è redatto, a cura del mediatore, verbale sottoscritto da tutti i partecipanti.”

L'opera di semplificazione passa anche attraverso la disciplina specifica della mediazione in modalità telematica, prevista dall'articolo 8-*bis*¹¹⁹.

Qualora la mediazione si svolga in siffatta modalità, è richiesto che ogni atto del procedimento sia formato e sottoscritto nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale e poi trasmesso a mezzo PEC o con un altro servizio elettronico di recapito, purché sia certificato.

Gli incontri si potranno svolgere con collegamenti audiovisivi da remoto e sistemi di collegamento, i quali devono comunque garantire, a coloro che vi partecipano, una visibilità ed udibilità contestuale, effettiva e reciproca.

All'esito, il mediatore formerà un unico documento informatico, il quale conterrà il verbale e l'eventuale accordo, trasmettendolo successivamente alle parti per la sottoscrizione con firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata.

Nei casi di mediazione demandata dal giudice, ovvero quelli sanciti all'articolo 5 comma 1, il documento elettronico sarà inviato anche agli avvocati, i quali provvederanno alla sottoscrizione, utilizzando le stesse modalità.

Il documento informatico, sottoscritto nei modi sopraindicati, sarà inviato al mediatore, che a sua volta lo firmerà digitalmente e lo trasmetterà alle parti, agli avvocati (se nominati) e alla segreteria dell'organismo.

Per quanto attiene alla conservazione e all'esibizione dei documenti relativi al procedimento, tali adempimenti, in ossequio alla disciplina del codice dell'amministrazione digitale, spetteranno all'organismo di mediazione.

¹¹⁹ Art. 8-*bis* (Mediazione in modalità telematica):

“1. Quando la mediazione si svolge in modalità telematica, ciascun atto del procedimento è formato e sottoscritto nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e può essere trasmesso a mezzo posta elettronica certificata o con altro servizio di recapito certificato qualificato.

2. Gli incontri si possono svolgere con collegamento audiovisivo da remoto. I sistemi di collegamento audiovisivo utilizzati per gli incontri del procedimento di mediazione assicurano la contestuale, effettiva e reciproca udibilità e visibilità delle persone collegate. Ciascuna parte può chiedere al responsabile dell'organismo di mediazione di partecipare da remoto o in presenza.

3. A conclusione della mediazione il mediatore forma un unico documento informatico, in formato nativo digitale, contenente il verbale e l'eventuale accordo e lo invia alle parti per la sottoscrizione mediante firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata. Nei casi di cui all'articolo 5, comma 1, e quando la mediazione è demandata dal giudice, il documento elettronico è inviato anche agli avvocati che lo sottoscrivono con le stesse modalità.

4. Il documento informatico, sottoscritto ai sensi del comma 3, è inviato al mediatore che lo firma digitalmente e lo trasmette alle parti, agli avvocati, ove nominati, e alla segreteria dell'organismo.

5. La conservazione e l'esibizione dei documenti del procedimento di mediazione svolto con modalità telematiche avvengono, a cura dell'organismo di mediazione, in conformità all'articolo 43 del decreto legislativo n. 82 del 2005.”

Anche con gli interventi di natura fiscale e tributaria vi è l'intenzione di incentivare il ricorso alla mediazione.

Vale evidenziare, tra gli altri, l'estensione anche a questa fattispecie del patrocinio a spese dello Stato (gli articoli dal 15-*bis* al 15-*septies* disciplinano l'applicabilità e le modalità di ammissione e revoca) e l'incremento della misura dell'esenzione dall'imposta di registro di cui all'articolo 17, comma 3¹²⁰ del D.Lgs. n.28/2010 fino al limite di valore di 100.000 euro.

Collegata alla già menzionata disposizione riguardante il primo incontro è, infine, la disposizione concernente il pagamento delle spese. Viene, infatti, previsto che al momento della presentazione della domanda di mediazione o dell'adesione, ciascuna parte debba corrispondere all'organismo non solo le spese di avvio e quelle documentate, ma anche quelle di mediazione per lo svolgimento del primo incontro. Si rimanda poi al regolamento dell'organismo per la determinazione delle ulteriori spese dovute per gli eventuali incontri successivi al primo e per la conclusione dell'accordo di mediazione.

5.1. Possibili effetti in ambito bancario, finanziario ed assicurativo

Gli interventi di riforma, realizzati con lo schema approvato il 28 luglio 2022, avranno ripercussioni senz'altro positive anche nelle controversie di natura bancaria, finanziaria ed assicurativa.

Innanzitutto, dovrebbero essere superati gli ostacoli derivanti dall'attuale struttura del primo incontro di mediazione, facendo sì che gli istituti di credito, nonché gli intermediari finanziari ed assicurativi siano persuasi a partecipare effettivamente alla sessione avanti al mediatore.

Ciò in considerazione sia della chiara previsione di cui al sesto comma dell'articolo 8, sia del fatto che, in ogni caso, dovranno corrispondere una indennità comprensiva anche delle spese di mediazione e non solo le spese di avvio e per tanto saranno incentivate a sfruttare le potenzialità dello strumento piuttosto che limitarsi ad una presenza formale senza la reale volontà di entrare nel merito delle questioni controverse.

Come già detto in precedenza, al fine di incentivare l'effettiva partecipazione dell'intermediario, giova senz'altro il dettato del comma 4 dell'articolo 8, il quale nel sancire espressamente che le parti debbano partecipare personalmente alla procedura, consente l'eventuale

¹²⁰ Art.17, comma 3: "Ciascuna parte, al momento della presentazione della domanda di mediazione o al momento dell'adesione, corrisponde all'organismo, oltre alle spese documentate, un importo a titolo di indennità comprendente le spese di avvio e le spese di mediazione per lo svolgimento del primo incontro. Quando la mediazione si conclude senza l'accordo al primo incontro, le parti non sono tenute a corrispondere importi ulteriori."

delega solo per giustificati motivi e sempre che il rappresentante abbia piena cognizione dei fatti oggetto di lite, oltre a tutti i poteri necessari per comporre la controversia. Analogamente, per le persone giuridiche e gli altri enti, la delega può essere rilasciata solo a rappresentati e/o delegati che conoscano approfonditamente i fatti ed abbiano il relativo potere di conciliare la controversia.

La partecipazione dell'intermediario potrà essere, inoltre, incentivata anche dalla previsione del comma 2 dell'articolo 8 *bis*, il quale riconosce in via ordinaria la facoltà di svolgimento del procedimento in via telematica e, quindi, il diritto di ciascuna parte di richiedere al responsabile dell'organismo di intervenire anche da remoto.

A garanzia del funzionamento delle previsioni relative alla concreta partecipazione delle parti, la novella ai commi 2,3 e 4 dell'articolo 12 *bis* prevede poi delle sanzioni più severe per la mancata partecipazione, in particolare, l'intermediario ingiustificatamente assente al primo incontro di mediazione sarà soggetto alla condanna al pagamento di somma corrispondente al doppio del contributo unificato ed inoltre nel successivo giudizio, lo stesso, se soccombente, potrà anche essere condannato al pagamento in favore della controparte di una somma equitativamente *“determinata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione.”*

Sicuramente, potrà essere sfruttato a pieno anche lo strumento della consulenza tecnica in mediazione, della quale le parti saranno libere di concordare l'ingresso o meno nell'eventuale successivo giudizio, utile a consentire una negoziazione anche su basi oggettive.

Nell'ambito delle controversie bancarie e finanziarie si dovrà certamente tener conto della novella relativa alle sorti del decreto ingiuntivo nel caso in cui il creditore non esperisca il tentativo di mediazione nell'ambito del giudizio di opposizione.

La banca potrà, infatti, vedersi revocato il proprio titolo esecutivo nell'ipotesi in cui non adempia correttamente ed effettivamente all'obbligo di legge.

In virtù di tale intervento di riforma, la mediazione potrà certamente diventare un tavolo di confronto privilegiato in cui imprese e consumatori potranno colloquiare e negoziare in modo efficace con gli intermediari bancari, finanziari ed assicurativi, al fine di dirimere le controversie in un'ottica leale e collaborativa.

Capitolo III

L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)

1. Genesi, finalità e struttura

1.1 Le origini

In costanza di un rapporto contrattuale intercorrente tra banca e cliente è possibile che si verifichino delle situazioni, definite “patologiche”, a seguito di una violazione dei diritti del cliente¹²¹.

Prima dell'entrata in vigore del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.¹²²), non esistevano norme specifiche volte a fornire un'apposita tutela del cliente della banca o di altro tipo di impresa; le uniche forme di garanzia riscontrabili erano rinvenibili all'interno del Codice civile.

Così, a partire dagli anni Novanta, l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) ha promosso, la creazione di accordi tra istituti di credito volti ad istituire l'Ufficio Reclami e l'*Ombudsman* bancario (Circolare ABI n.3 del 1° febbraio 1993), garantendo così un sistema per la composizione delle controversie tra banca e cliente articolato su due piani.

Il primo livello di tutela è svolto dall'Ufficio Reclami, il quale ha il compito di gestire le lamentele della clientela in relazione ad ogni tipo di operazione e servizio bancario.

Il reclamo corrisponde ad un atto con il quale il cliente contesta un comportamento, un'omissione o una violazione o, comunque, più in generale, l'operato della banca.

Si richiede che venga presentato in forma scritta secondo degli appositi modelli *standard* forniti dalla banca o in altra forma ed è considerato legittimo solo se contenente gli estremi del ricorrente, i

¹²¹ Va ricordato che la nozione di cliente debba intendersi in senso ampio, ovvero ricomprendente sia colui che intrattiene un rapporto contrattuale, sia non contrattuale (ad esempio nel caso di contrattazione preliminare o di un soggetto che presta una garanzia reale o personale). Al riguardo Porzio M., “Il cliente della banca”, in I contratti delle banche, a cura di Angelici F., Belli F., Greco G.L., Porzio M., Rispoli Farina, 2002, p.34. Si veda anche Trapani G., “Ancora sulla nozione di “cliente del banchiere””, in Banca, borsa e tit.cred., 1995, I, p.363, nel quale si dice che “*i presupposti nei quali si concreta la figura del “cliente della banca” consistono nell'essere personalmente riconosciuto in banca per aver compiuto per un certo lasso di tempo, operazioni di qualsiasi natura, anche se queste diano luogo a contatti momentanei, purché, in ogni caso, la continuità di tali rapporti abbia potuto determinare nel banchiere un ragionevole affidamento sulle qualità morali della persona del presentatore, di modo che egli ha soltanto la sicurezza di pagare alla persona da lui conosciuta come cliente.*”.

¹²² D.Lgs., 1° settembre 1993, n.385.

motivi del reclamo e la sottoscrizione o un analogo elemento che consenta di identificare validamente il cliente.

La presentazione di questo è pressoché gratuita, infatti, è possibile la consegna diretta presso lo sportello ovvero, adottando un altro mezzo di comunicazione, spetterà al cliente di provvedere solamente al pagamento delle spese connesse al mezzo di comunicazione utilizzato per la trasmissione (lettera, fax, pec, e-mail).

Alla ricezione del reclamo, la banca o la singola filiale *in primis* deve registrarne gli estremi, successivamente viene trasmesso all'ufficio, il quale è tenuto alla tempestiva evasione della pratica, richiedendo, qualora ve ne fosse bisogno, documentazione di supporto¹²³ e una breve relazione riassuntiva della questione. Una volta svolto il controllo sulla fondatezza della doglianza, entro 60 giorni o, comunque, entro il termine più breve eventualmente previsto con regolamento interno (60 giorni per i servizi bancari ed entro un massimo di 15 giorni lavorativi se hanno ad oggetto servizi di pagamento¹²⁴), l'Ufficio deve fornire una risposta, indicando contestualmente sia le iniziative che la banca si presterà a svolgere sia le tempistiche esecutive.

Vi sono casi in cui la banca, pur contestando le motivazioni lamentate dal cliente, presenti un vago interesse o una disponibilità ad approfondire la vicenda o a mantenere intatto il duraturo rapporto che intercorre con il cliente, a ragion di ciò, è possibile avviare ulteriori procedure stragiudiziali di composizione della lite.

Nello svolgimento di queste, però, la parte invitata può sempre decidere di non presentarsi; perciò, alcuni istituti di credito hanno messo a disposizione della clientela delle procedure *ad hoc* disciplinate da appositi protocolli d'intesa stipulati con le associazioni dei consumatori maggiormente rappresentative.

Qualora l'Ufficio, invece, ritenga il reclamo infondato, con la risposta provvede a spiegare, in maniera chiara e completa, le motivazioni che hanno condotto a siffatto esito, informando inoltre il cliente della possibilità di rivolgersi all'Arbitro Bancario Finanziario o altre forme di risoluzione stragiudiziale.

¹²³ La documentazione di supporto utile ad evitare di fornire risposte vaghe può consistere in: una dettagliata ricostruzione dei fatti, la citazione ed eventuale allegazione di documentazione probatoria di cui si dispone, il richiamo a precedenti pronunce favorevoli emesse dagli organi.

¹²⁴ Conte, G., A cura di Balestra L., Di Raimo R., Maffei D., Maggiolo M., Marinaro M., Natoli R., Pagliantini S., Recinto G., Con il coordinamento di Vigoriti L., Rumine N., "Arbitro bancario e finanziario", Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p.33.

In ogni caso, nell'ipotesi in cui il cliente decida di rivolgersi all'ABF, preventivamente dovrà aver presentato, nell'arco temporale dei precedenti dodici mesi, all'intermediario, il suddetto reclamo avente ad oggetto la stessa contestazione.

Per quanto riguarda il secondo livello, precedentemente, tale l'attività veniva svolta dall'*Ombudsman-Giurì* bancario.

Funzione primaria del menzionato organo era quella di risolvere le controversie insorte tra banche, intermediari finanziari e i loro clienti. Sebbene non fosse un organo alternativo al giudice, si caratterizzava per essere garante della regolarità dell'attività bancaria.

La sua procedura poteva essere azionata soltanto dal cliente, il quale, preventivamente doveva aver sollevato un reclamo alla banca o all'intermediario, entro due anni dal compimento dell'operazione oggetto di contestazione, e quest'ultimi avevano il dovere di comunicare, entro un lasso di tempo stabilito, se avrebbero accolto o meno il reclamo.

Soltanto dopo aver svolto questi passaggi, qualora fosse rimasto insoddisfatto o non avesse avuto alcun tipo di riscontro, poteva rivolgersi all'*Ombudsman* bancario.

Il ricorso era gratuito e non escludeva che il cliente potesse eventualmente rivolgersi all'autorità giudiziaria, inoltre, a questo non potevano essere sottoposte questioni oggetto di una precedente pronuncia del giudice, di collegio arbitrale o altra autorità.

La sua competenza si esplicava nella gestione delle controversie riguardanti accertamento dei diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore; se invece oggetto del ricorso era la richiesta di una somma di denaro, questa non poteva superare i 100.000 euro.

La procedura, svolta documentalmente, presentava per entrambe le parti la facoltà di presentare documenti a sostegno delle proprie tesi, e se queste risultavano essere in contrasto tra di loro, venivano accertate dall'*Ombudsman* con un'analisi basata sulla logica deduttiva.

Suddetta procedura aveva come esito una decisione collegiale assunta a maggioranza¹²⁵ dei membri, sulla scorta delle prove depositate, questa doveva essere resa entro 90 giorni, la segreteria provvedeva a comunicarla per iscritto o altro mezzo (strumenti informatici) alle parti.

Non essendo assimilabile ad una sentenza, era sprovvista del carattere dell'esecutività, ma si caratterizzava per il fatto di essere vincolante solo per la banca o per l'intermediario: nel momento in cui l'organo veniva a conoscenza dell'inottemperanza da parte di questi ultimi alla decisione resa, provvedeva ad assegnare un termine per conformarsi a questa e qualora fosse trascorso invano,

¹²⁵ Per l'assunzione della decisione si richiedeva il voto favorevole della maggioranza del collegio o per lo meno di almeno tre membri, in caso di parità, il voto del Presidente, o in sua assenza del Vicepresidente, fungeva da ago della bilancia, essendogli assegnato doppio valore.

rendeva nota tale inottemperanza, tramite pubblicità mezzo stampa, a spese dell'intermediario inadempiente¹²⁶.

Più volte modificato, nel 2005 fu sostituito da un nuovo organismo autonomo, costituito in forma di associazione non riconosciuta, il Conciliatore Bancario Finanziario, che successivamente, con la circolare ABI del 30 aprile 2007, acquisì le funzioni precedentemente svolte dall'*Ombudsman*, facendolo cessare definitivamente.

Con l'inserimento dell'articolo 128 *bis*¹²⁷, operato dall'art.29 della L. n.262/2005 (legge sulla tutela del risparmio¹²⁸) e successive modifiche, all'interno del TUB, è stato sancito l'obbligo per banche ed intermediari (soggetti identificati a norma dell'art. 115 TUB) di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale con la clientela.

Prevedendo, inoltre, che con delibera del Comitato Interministeriale per il Credito a Risparmio (di seguito CICR), su proposta di Banca d'Italia, venissero stabiliti i criteri di svolgimento delle procedure extragiudiziali e di composizione dell'organo decidente, assicurando, in ogni caso, l'imparzialità e la rappresentatività dei soggetti interessati oltre che la rapidità, l'economicità della soluzione raggiunta e l'effettività della tutela apprestata¹²⁹.

Punto focale, nell'evoluzione normativa, è certamente la deliberazione del CICR (29 luglio 2008, n.275) che fissa i principi cardine riguardanti le liti in materia bancaria, prevedendo l'obbligo di adesione per gli intermediari, oltre a fornire una specificazione di chi siano le parti del rapporto controverso.

¹²⁶ Liace G., "L'arbitro Bancario Finanziario", Torino, G. Giappichelli, 2018, cap.I.

¹²⁷ Articolo 128 *bis* TUB:

1. I soggetti di cui all'articolo 115 aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela.
2. Con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela.
3. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non pregiudicano per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento.
- 3-bis. La Banca d'Italia, quando riceve un esposto da parte della clientela dei soggetti di cui al comma 1, indica all'esponente la possibilità di adire i sistemi previsti dal presente articolo.

¹²⁸ La legge sulla tutela del risparmio deve essere riconosciuta come fonte istitutiva di ciò che oggi è l'Arbitro Bancario Finanziario.

¹²⁹ Scarpa., A, op.cit.

Ai sensi dell'articolo 1, lettera a) della menzionata delibera, per “cliente” (tendenzialmente coincidente con il consumatore, ma la delibera non esclude anche il professionista) si intende “il soggetto che ha o ha avuto con un intermediario¹³⁰ un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari”¹³¹; alla lettera b) definisce, sotto il profilo oggettivo, quali tipologie di controversie siano assoggettate alla procedura, ovvero quelle relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari, tenendo fuori quelli non disciplinati dal Titolo VI del T.U.B. ex art.23, comma 4, T.U.F..

Facendo particolare riferimento alla nozione di servizi di tipo finanziario, la delibera opera una separazione utile a definire l'area di competenza di un altro organo di risoluzione alternativa, ovvero la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, sostituito in tempi recenti, dall'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), il quale si occupa delle liti sorte nell'ambito di contratti di intermediazione finanziaria (servizi e attività di investimento).

Con il Regolamento, previsto dalla delibera e reso esecutivo dal 15 ottobre 2009, la competenza dell'*Ombudsman* bancario è stata sensibilmente ridotta alle controversie sorte con la clientela relative ai servizi e le attività di investimento ed altre operazioni escluse dal campo operativo di un nuovo organo reso operativo con lo stesso, ovvero l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF).

Specificatamente, con l'emanazione della Delibera CICR n.275 del 2008 e successive integrazioni, si prevede, utilizzando nel testo normativo l'indicativo presente (in considerazione del valore imperativo dell'indicativo presente che consente di evitare l'abuso del verbo dovere per esplicitare l'obbligatorietà di una norma), l'adesione degli operatori al sistema di risoluzione extragiudiziale e congiuntamente, con il D.Lgs. n.28/2010, il quale ai sensi dell'articolo 5 comma 1 *bis*, fa rientrare, le materie oggetto di disamina, tra quelle per cui è necessario il previo esperimento di un tentativo di mediazione come condizione di procedibilità per la successiva domanda giudiziale, si realizza l'obiettivo di fornire “*un utile strumento per migliorare i rapporti con la clientela e la*

¹³⁰ Identificabili nelle banche, intermediari finanziari iscritti nell'elenco ex art. 106 T.U.B. che operano nei confronti del pubblico, gli istituti di moneta elettronica, Poste Italiane S.p.A., in relazione all'attività di bancoposta, le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal titolo V del T.U.B.

¹³¹ Sangiovanni V., in “La mediazione obbligatoria nei contratti bancari”, ci fa notare che il legislatore abbia usato volutamente anche il passato nel definire il cliente, facendo intendere come, sebbene il rapporto contrattuale tra le parti non sia più esistente, ciò non impedisce al cliente di avviare la procedura (salvo prescrizione del diritto oggetto di contestazione).

fiducia del pubblico nei prestatori di servizi bancari e finanziari, con effetti positivi anche sul piano di contenimento dei rischi legali e reputazionali delle banche e degli intermediari finanziari¹³²”.

Con le stesse si è stabilito, inoltre, che la condizione di procedibilità si possa ritenere assolta sia facendo ricorso al procedimento *ex* D.Lgs. n.28/2010 sia rivolgendosi all’Arbitro Bancario Finanziario e suoi omologhi (Arbitro per le Controversie Finanziarie e Arbitro Assicurativo).

In tal senso, sembra opportuno il richiamo a quanto riportato dal Marinaro, il quale, trattando del regime della condizione di procedibilità *ex* art. 5, comma 1 *bis* del menzionato Decreto, afferma che: *“che pur mancando un (secondo) espresso richiamo alle diverse procedure alternative si può ritenere che lo stesso sia implicito posto che diversamente la prevista alternatività contenuta nella medesima norma apparirebbe priva di significato¹³³”* e dunque, affinché la stessa possa essere considerata esperita, sarà sufficiente il mero avvio del procedimento dinnanzi all’Arbitro, ovviamente preceduto dal reclamo all’intermediario, senza dover attendere la decisione conclusiva.

1.2. Le finalità dell’Arbitro Bancario Finanziario

L’Arbitro Bancario Finanziario rientra tra le procedure che assicurano alla parte, in ogni caso, la rapidità, l’economicità della soluzione delle controversie e l’effettività della tutela rispetto a quella offerta dal giudice ordinario.

Suo obiettivo principale è la tutela dei diritti nell’ottica di ricostruire la relazione e di sancire la messa in atto di buone prassi nei rapporti con la clientela, e non soltanto la risoluzione dei conflitti.

Secondo autorevole dottrina, infatti, l’Arbitro non può essere ritenuto alla stregua di una semplice istituzione deflattiva del carico giudiziale, poiché è necessario tenere in considerazione l’altra funzione svolta, certamente non secondaria, quale quella di intercettare e soddisfare il bisogno di giustizia, rispetto ai conflitti di interessi che difficilmente raggiungerebbero le aule dei tribunali, a causa degli squilibri che caratterizzano il rapporto costi/benefici ricevibili, i quali spesso inducono il cliente a non intentare una causa, seppur in presenza di condotte illecite degli intermediari.¹³⁴

¹³² Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., *op.cit.*, p.6.

¹³³ Conte G., A cura di Balestra L., Di Raimo R., Maffei D., Maggiolo M., Marinaro M., Natoli R., Pagliantini S., Recinto G., Con il coordinamento di Vigoriti L., Rumine N., *op.cit.*, p.99

¹³⁴ Tucci A., “L’Arbitro Bancario Finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione”, A cura di Capriglione, “Liber Amicorum Guido Alpa”, Padova, 2019 in nota nell’opera di Conte G., A cura di Balestra L., Di Raimo R., Maffei D., Maggiolo M., Marinaro M., Natoli R., Pagliantini S., Recinto G., Con il coordinamento di Vigoriti L., Rumine N., *op.cit.*, p.80.

Il pensiero sostenuto dal Tucci è possibile desumerlo anche dai recenti interventi operati sulle disposizioni regolamentari dell'ABF¹³⁵, volti all'adeguamento del sistema ABF alla normativa CADR. Tale operazione si pone nell'ottica di accrescere l'efficienza e le funzionalità svolte dal già menzionato Arbitro con l'obiettivo di ridurre le tempistiche di risposta alla clientela e migliorare la coordinazione lavorativa dei Collegi.

Alla luce di ciò, si può ben comprendere quale fosse l'obiettivo perseguito dal legislatore con l'inserimento della norma di cui all'articolo 128 *bis* del TUB (ed in particolare della lettera del comma 3), ovvero quello di assicurare al cliente, con l'introduzione dell'Arbitro, un rimedio alternativo e additivo dei conflitti economici sorti in ambito bancario, finanziario e successivamente anche nel campo dei pagamenti istituito *ad hoc* per lo stesso.

Inoltre, in alcune circostanze, il suddetto Arbitro, può addirittura ritenersi non come alternativo alla giustizia ordinaria, bensì esclusivo, in quanto il ricorso all'altra forma potrebbe rivelarsi troppo esosa in termini di costi diretti (ovvero quelli che riguardano gli effettivi oneri economici da sostenere per ottenere la tutela dei diritti) ed indiretti (ossia nel momento in cui la domanda di giustizia perde la sua essenza, a causa della lungaggine del processo e dell'incertezza del risultato)¹³⁶.

Lungi, dunque, dallo svolgere la funzione tipica della mediazione, secondo il Guizzi, il meccanismo ABF è stato pensato in una prospettiva di tutela dell'interesse individuale e di soddisfazione di un interesse generale, con l'obiettivo di agevolare l'accesso alla tutela, riequilibrando l'asimmetria tra le parti coinvolte, e di proteggere l'efficienza e la correttezza del mercato.

Il ricorso a tale strumento è visto, dunque, come *“la possibilità di una tutela effettiva pure riguardo a operazioni che, in sua assenza, nemmeno forse approderebbero nelle aule giudiziarie”* e si deve sottolineare, inoltre, la sua funzione di *“concorrere alla formazione di corretti orientamenti interpretativi delle norme, di promozione di comportamenti virtuosi e conformi al diritto da parte degli intermediari, delineando così ex ante un criterio di governo giusto delle relazioni tipiche dell'economia di massa, e in modo da realizzare l'obiettivo, [...] “di porre un freno a strapoteri pericolosi”¹³⁷”*.

¹³⁵Adottate il 20 agosto 2020, pubblicate in Gazzetta Ufficiale, n.215 del 29 agosto 2020 ed entrate in vigore dal 1° ottobre 2020.

¹³⁶ Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., p.39.

¹³⁷ Così tratta Guizzi G. richiamando il pensiero di Ascarelli T., “Il valore delle decisioni dell'ABF (e dell'ACF) in un libro recente”, in Oss. Dir. civ. comm., 2016, 569; in nota nell'opera Conte G., A cura di Balestra L., Di Raimo R.,

Per quanto attiene alla sua essenza, necessario è il riferimento al regolamento del 2008 e successive modifiche, il quale dichiara la sua natura di organo decidente e ne delinea la competenza.

Seppur di difficile inquadramento all'interno dei tradizionali istituti della giustizia civile italiana, costituisce sicuramente uno strumento innovativo che fornisce la tutela dei diritti attraverso una decisione eteronoma della controversia.

Il procedimento svolto dinanzi l'ABF, infatti, non può essere inteso come arbitrato irrituale e a conferma di quanto appena detto, giova rimembrare la sentenza 21 luglio 2011, n.218 della Corte costituzionale a seguito della questione sollevata dal Collegio ABF di Napoli, con la quale si è escluso che l'Arbitro possa ritenersi legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale e ciò in ragione dei criteri e requisiti per la nomina, degli indici di riconoscibilità delle funzioni giurisdizionali e della natura ed efficacia delle decisioni emesse.

Secondo la Corte, la mancanza del carattere della giurisdizione deriverebbe dal fatto che la decisione dell'Arbitro non ha valore imperativo per nessuna delle parti coinvolte, essendo solo di carattere reputazionale e destinata ad incidere solo sull'intermediario inadempiente (richiamando lontanamente gli interventi di autotutela posti in essere dagli organi amministrativi); dall'altra parte, nonostante venga statuito che il provvedimento sia assunto secondo diritto, ciò non sarebbe sintomo di nulla, in quanto risulta comune a qualsiasi funzione giustiziale quella di procedere e assumere la decisione *secundum ius*¹³⁸.

Di conseguenza, la conclusione ottenuta dinanzi all'Arbitro si potrebbe ritenere una sorta di “responso”, con la funzione di orientare le parti, prefigurandogli l'eventuale esito che potrebbero raggiungere davanti al giudice. Risulta comunque difficile negare, poiché si pone in posizione *super partes*, che le sue decisioni, prese secondo diritto, abbiano carattere “autenticamente decisorio”¹³⁹ nelle controversie che insorgono tra clienti ed intermediari.

A sostegno di quanto appena detto, nella relazione sull'attività annuale redatta dall'ABF, si può osservare come soltanto un numero esiguo di pronunce dell'Arbitro abbia avuto un prosieguo in

Maffei D., Maggiolo M., Marinaro M., Natoli R., Pagliantini S., Recinto G., Con il coordinamento di Vigoriti L., Rumine N., op.cit., p.14 ss.

¹³⁸ Conte G., A cura di Balestra L., Di Raimo R., Maffei D., Maggiolo M., Marinaro M., Natoli R., Pagliantini S., Recinto G., Con il coordinamento di Vigoriti L., Rumine N., op.cit., p.5.

¹³⁹ Conte G., A cura di Balestra L., Di Raimo R., Maffei D., Maggiolo M., Marinaro M., Natoli R., Pagliantini S., Recinto G., Con il coordinamento di Vigoriti L., Rumine N., op.cit., p.6.

tribunale (1,4%) ed in circa l'80% dei casi vi è stata la conferma dell'orientamento promosso dall'Arbitro¹⁴⁰.

Va comunque ricordato che le pronunce ABF non hanno valore giuridicamente vincolate e non sono idonee a divenire titolo esecutivo.

1.3. La struttura ABF

L'istituto si caratterizza per la presenza di un organo decidente e di due organismi amministrativi di supporto, quali la segreteria tecnica e la struttura centrale di coordinamento.

All'organo possono essere sottoposte tutte le controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari (ovvero creditizi) ed inoltre, in attuazione dell'articolo 40 del D.Lgs. n.11/2010, anche le liti relative ai servizi di pagamento riguardanti l'accertamento dei correlati diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore, mentre qualora la richiesta del ricorrente abbia per oggetto una somma di denaro, questa non deve superare i €200.000 (così modificato a partire dal 1° ottobre 2020, precedentemente, infatti, la competenza per valore era limitata al valore di €100.000).

Gli intermediari, ai sensi dell'articolo 128 *bis* del TUB, sono obbligati ad aderire all'ABF, integrando tale adesione la condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria, con obbligo di comunicare per iscritto alla Banca d'Italia l'intervenuta adesione, ed inoltre devono fornire alla clientela adeguata informativa in merito alle procedure di ricorso.

La procedura dinanzi all'ABF si distingue dalla mediazione poiché si tratta di un sistema non conciliativo, in cui i Collegi svolgono la funzione di organo decidente, anche se i relativi provvedimenti non sono assimilabili a quelli del giudice e tutte le parti mantengono la facoltà di ricorrere in qualsiasi momento all'autorità giudiziaria ordinaria.

Più precisamente le controversie sono rimesse alla cognizione dell'organo decidente, articolato prima in tre Collegi (Milano, Roma e Napoli), ed ora in sette Collegi operanti su base territoriale (rispettivamente Lombardia, Friuli, Trentino e Veneto quanto al Collegio di Milano; Piemonte, Liguria, Valle D'Aosta per Torino, Emilia e Toscana per Bologna; Lazio, Abruzzo, Marche e Umbria per Roma; Campania e Molise per Napoli; Puglia, Calabria e Basilicata per Bari; Sicilia e Sardegna per Palermo¹⁴¹). Ciascuno di questi è competente sui ricorsi presentati dai clienti aventi domicilio

¹⁴⁰ Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, p.27

(<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/novita/notizia/relazione-annuale-abf-2021/>)

¹⁴¹ Alla presidenza dei suddetti collegi, per un mandato quinquennale, sono attualmente incaricati: il Prof. Avv. E. C. Lucchini Guastalla per Torino; il Dott. F. Lapertosa per Milano; il Dott. M. Marinari per Bologna; il Prof. Avv. P. Sirena per Roma; l'Avv. G. L. Carriero per Napoli; il Prof. Avv. A. Tucci per Bari e per Palermo la Prof.ssa Avv. M. R.

nelle regioni limitrofe e se il ricorso viene promosso da un soggetto domiciliato in uno Stato estero, questo dovrà, invece, essere avanzato dinnanzi il Collegio di Roma.

Ogni Collegio è composto da cinque membri: il presidente e due membri scelti dalla Banca d'Italia, un membro designato dalle associazioni degli intermediari ed uno dalle associazioni rappresentative dei clienti¹⁴², per garantire l'effettiva rappresentanza ai soggetti portatori dei diversi interessi coinvolti, inoltre sono previsti dei membri supplenti.

I componenti dell'organo decidente devono possedere i requisiti di esperienza, professionalità, integrità ed indipendenza oltre al requisito di onorabilità, inoltre sono tenuti al rispetto di un codice deontologico, elaborato dalla Banca d'Italia¹⁴³.

Nei rapporti con la stampa, avendo considerazione della loro carica, devono astenersi dal dare notizie relative alle funzioni svolte e dal fornire pubblicamente opinioni espresse nello svolgimento del proprio incarico, inoltre, nel rilasciare dichiarazioni attinenti ad informazioni non riservate, devono sempre tener presente il ruolo ricoperto.

In aggiunta non possono svolgere incarichi ed attività che possano compromettere il corretto svolgimento delle proprie funzioni.

Allorché uno dei componenti violi il codice deontologico, Banca d'Italia può dichiararne la decadenza dall'ufficio; in aggiunta, per preservare l'imparzialità dei membri e della volontà collegiale, il regolamento che disciplina il funzionamento dell'organo (sancito dall'articolo 2), fissa puntualmente un dovere di astensione.

Accanto ai singoli Collegi territorialmente competenti, operano il Collegio di Coordinamento (istituito nel 2012) e la Conferenza dei Collegi (istituito nel 2016), i quali, pur assolvendo funzioni diverse, partecipano a rendere coerenti o meglio ancora uniformi, gli orientamenti dei Collegi territoriali.

Maugeri; gli altri membri hanno un mandato triennale ed il rinnovo delle cariche è consentito una sola volta per lo svolgimento della stessa carica e una sola volta per una diversa da quella ricoperta.

¹⁴² La struttura differisce a seconda della qualifica del ricorrente: se il cliente è un consumatore, il componente sarà designato dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti; se non consumatore, la nomina spetta alle associazioni di categoria.

¹⁴³ I citati requisiti sono richiesti ai membri dei vari Collegi per garantire la qualità delle decisioni dell'ABF, infatti, questi sono scelti tra professori universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti in albi professionali nelle stesse materie con almeno dodici anni di esperienza, magistrati in pensione, oppure altri soggetti egualmente qualificati in ambito bancario, finanziario o di tutela del consumatore.

Il primo, presieduto da uno dei tre Presidenti dei collegi territoriali estratti annualmente a sorte che ha la maggiore anzianità, lo stesso è competente a decidere le questioni di maggiore complessità o cagionanti orientamenti disallineati ed emette, inoltre, dei principi di diritto, affinché la conformazione dell'intermediario non risulti difficoltosa (l'intermediario, ovviamente, in caso di orientamenti discostanti tra loro, tenderà ad applicare quello a lui più favorevole). A questo, la dottrina, suole riconoscere una funzione che ricorda quella nomofilattica¹⁴⁴.

Si badi che i singoli Collegi dispongono della facoltà di non uniformarsi ad una decisione del Collegio di coordinamento, siffatta eventualità può verificarsi soltanto se richiesto dalla specificità del caso, fornendo, però, un'esplicita e chiara motivazione del suddetto discostamento.

La Conferenza dei collegi, costituita da due componenti provenienti da ciascun Collegio (incluso il Presidente o, se assente, uno dei due Vice Presidenti), si pone, invece, come un'ulteriore occasione di confronto tra questi, la sua attività si esplica nell'approfondimento di tematiche sostanziali e procedurali, di particolare attualità ed interesse per il sistema.

L'assetto organizzativo dell'ABF è completato poi dalla già menzionata Segreteria tecnica, istituita presso le sedi di Banca d'Italia di riferimento dei Collegi.

Il personale è formato da soggetti selezionati da Banca d'Italia e da giovani laureati, i quali possono accedere attraverso stage semestrali, previa domanda da sottoporre ad un'apposita commissione valutativa, la quale svolge un controllo sull'idoneità dei candidati.

I compiti della Segreteria tecnica si esplicano in attività di ordinaria cancelleria e segreteria, quali: il ricevimento dei ricorsi e la lavorazione degli stessi; effettuano le comunicazioni alle parti e predispongono il fascicolo elettronico; forniscono assistenza alle adunanze collegiali etc. Fondamentale è l'attività costituita dalla "Relazione istruttoria", che viene redatta prima delle adunanze relativamente a ciascun ricorso. Quest'ultima si può considerare una sintesi delle posizioni delle parti relativamente alla *causa petendi* e alle difese principali, in aggiunta, specifica la richiesta posta alla base del ricorso, correlandola con dettagli concernenti le questioni sollevate che necessitano di un supporto tecnico specifico, sia fornendo richiami legislativi e giurisprudenziali.

Accanto alla segreteria, vi è poi la struttura centrale di coordinamento, la quale si occupa degli adempimenti relativi al cambiamento di *status* (nomina, revoca, decadenza) dei componenti, realizza la Relazione annuale sull'attività dell'ABF e gestisce la procedura informatica, oltre a svolgere ulteriori servizi informatici (per esempio, pubblicazione delle decisioni, degli inadempienti).

¹⁴⁴ Conte G., A cura di Balestra L., Di Raimo R., Maffei D., Maggiolo M., Marinaro M., Natoli R., Pagliantini S., Recinto G., Con il coordinamento di Vigoriti L., Rumine N., op.cit., p.35.

In ultimo, coadiuva Banca d'Italia nello svolgimento delle attività eseguite in qualità di Autorità nazionale competente sull'Arbitro ai sensi dell'articolo 141 *octies* del codice dei consumatori¹⁴⁵.

Il ricorso all'ABF è essenzialmente gratuito per i clienti, i quali devono versare €20 come contributo per le spese di procedura e produrre la relativa attestazione unitamente al ricorso, a pena di irricevibilità dello stesso; in caso di accoglimento, il contributo viene restituito dall'intermediario.

Da tenere in considerazione è poi il limite temporale, si prevede, infatti, che non possano essere sottoposte all'ABF controversie sorte anteriormente al gennaio 2009; tuttavia tale limite *ratione temporis* è stato recentemente modificato, prevedendo un limite temporale mobile che non richiede il costante aggiornamento; infatti, a decorrere da ottobre 2022 non potranno essere sottoposte controversie relative ad operazioni e comportamenti anteriori al sesto anno.

Rilevanti, sono anche le innovazioni alle quali l'Arbitro Bancario Finanziario sta lavorando per restare al passo con la digitalizzazione.

Significativo di modernizzazione è, infatti, il “progetto *AbefTech*”, con questo si stanno svolgendo degli studi affinché si possa applicare l'intelligenza artificiale alla procedura in questione per ottenere una maggiore efficienza del sistema; l'obiettivo è, infatti quello di creare uno strumento di supporto sia per le Segreterie tecniche nello svolgimento dell'attività di istruttoria dei ricorsi, effettuando analisi comparative con casi analoghi ed individuando riferimenti normativi applicabili alla risoluzione; oltre ad individuare nell'immediato eventuali contrasti tra le decisioni dei Collegi su specifiche tematiche e mettere in evidenza temi ricorrenti nei fascicoli, anche per individuare eventuali nuove casistiche.¹⁴⁶

2. Disciplina

L'Arbitro Bancario Finanziario nasce sulla scorta delle previsioni della legge sul risparmio del 2005 (L. 28 dicembre 2005, n.262), la quale poneva tra gli obiettivi da raggiungere la modifica del Testo Unico Bancario, attraverso l'inserimento dell'articolo 128 *bis* e il rafforzamento degli strumenti di difesa dei clienti.

La tutela della clientela viene realizzata prevedendo l'adesione, obbligatoria per legge e costituente condizione di esercizio dell'attività bancaria e finanziaria, di tutti gli intermediari operanti

¹⁴⁵ Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., p.23.

¹⁴⁶ Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, p.15.

(<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/novita/notizia/relazione-annuale-abf-2021/>).

in Italia a sistemi extragiudiziali di risoluzione delle controversie. Compresi nel sopraccitato obbligo sono anche gli intermediari esteri stabiliti in Italia con proprie sedi e succursali¹⁴⁷.

Va poi ricordato che, l'eventuale inosservanza dell'obbligo comporta il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria.

Con delibera n.275 del 29 luglio 2008 il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio ha provveduto ad emanare una normativa specifica dei nuovi sistemi stragiudiziali.

In particolare, ha individuato il campo di applicazione, la struttura, le regole fondamentali di svolgimento della procedura, delegando a Banca d'Italia il compito di nominare i membri dell'organo decidente, di svolgere attività di supporto tecnico ed operativo oltre ad emanare delle disposizioni applicative, confluite in seguito nelle disposizioni di attuazione del 18 giugno 2009, pubblicate in Gazzetta ufficiale il 24 giugno 2009.

Successivamente, sempre Banca d'Italia, con provvedimento n.57401 del 12 dicembre 2011 ha diffuso nuove disposizioni relative all'Arbitro, entrate in vigore dal 1° gennaio 2012, le quali hanno realizzato un'armonizzazione con la procedura prevista dal D.Lgs. n.28/2010; ulteriori modifiche sono poi state apportate nel 2016 e nel 2020.

Va comunque ricordato che l'Arbitro Bancario Finanziario è autonomo ed indipendente da Banca d'Italia.

Quanto appena affermato è però oggetto di dibattito da parte degli studiosi, infatti, in dottrina vi è chi mette in discussione l'indipendenza dell'ABF dalla Banca d'Italia.

Invero, lo stretto legame intercorrente con la stessa è innegabile in quanto da un punto di vista organizzativo e regolamentare, l'Arbitro è direttamente controllato dalla Banca d'Italia. Va, invece, rilevato che, sotto il profilo decisionale, l'Organismo in questione è del tutto autonomo e indipendente e ciò in ragione del fatto che i suoi componenti, seppur tutti nominati dalla Banca d'Italia (anche se con diverse designazioni per due dei 5 componenti), hanno l'obbligo di essere imparziali, neutrali ed indipendenti non solo rispetto alle parti ma anche nei confronti dell'Autorità di Vigilanza.

La normativa che disciplina il sistema ABF è suddivisibile in più piani, innanzitutto, troviamo la normativa di fonte comunitaria, quale: la direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, conosciuta anche come direttiva sull'ADR per i consumatori (*CADR*); il regolamento UE n.524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori (c.d. regolamento sull'*ODR* per i consumatori) ed in ultimo la

¹⁴⁷ Possono decidere di non aderire solo gli intermediari esteri con sede in un altro Stato membro UE, operanti in Italia in regime di libera prestazione di servizio, che però si avvalgono di ulteriori sistemi stragiudiziali esteri rientranti nella rete Fin-Net promossa dalla Commissione Europea.

Raccomandazione della Commissione Europea del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo (98/257/CE).

Rileva, invece, in ambito nazionale il Testo Unico Bancario (TUB) ed in particolare modo il Titolo VI, che disciplina la materia della trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti oltre a prevedere l'istituzione di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie insorte tra intermediari e clienti (nello specifico l'art. 128 *bis*¹⁴⁸); il D.Lgs. 6 agosto 2015, n.130 emanato in attuazione della direttiva 2013/11/UE sull'ADR per i consumatori; le disposizioni della Banca d'Italia in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e di correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti¹⁴⁹; la delibera del CICR n.275 del 29 luglio 2008 e successive modificazioni, la quale ha stabilito i criteri per lo svolgimento delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie e ha affidato alla Banca d'Italia il compito di curarne l'organizzazione e il funzionamento; ed in ultimo il decreto d'urgenza n.127 del Ministero dell'economia e delle finanze, emanato dal Presidente del CICR il 10 luglio 2020¹⁵⁰.

Sul funzionamento del sistema ABF e sulla sua procedura di ricorso, il dettagliato riferimento normativo è rinvenibile nelle disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 e successive modificazioni (l'ultimo aggiornamento risale ad agosto 2020); in aggiunta, a completare il quadro regolamentare partecipano: il regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF, il quale all'articolo 1 enuncia le regole generali, sancisce il dovere di astensione per i componenti (art.2) ed ai sensi dell'articolo 7 specifica i compiti e le attività che i Collegi sono tenuti a svolgere.

Al fianco della suindicata disciplina, vi è poi il codice deontologico, il quale individua e fornisce i valori e i principi fondamentali, oltre a stabilire le regole di comportamento per i componenti dei Collegi ed infine la tabella dei compensi spettanti ai componenti dei Collegi¹⁵¹.

¹⁴⁸ A tal riguardo va ricordato che nell'originaria formulazione della norma *ex art.128 bis* si faceva riferimento esclusivamente ai "consumatori", soltanto con la riforma, operata dal "Decreto Pinza" (D.Lgs. 29 dicembre 2006, n.303), la qualifica della parte è stata modificata con il termine "clientela", operando, dunque, un ampliamento della platea legittimata attivamente a proporre ricorso (a favore di tutta la clientela bancaria, comprendendo le persone giuridiche, le imprese e i professionisti).

¹⁴⁹ https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza_operazioni/index.html

¹⁵⁰ Il citato decreto d'urgenza ha operato una revisione, con conseguenti modifiche, della delibera del 29 luglio del 2008, n.275.

In ultimo, con le disposizioni introdotte nell'agosto 2020, sono stati previsti dei meccanismi di stampo processuale con l'obiettivo di accentuare la funzione decisoria dell'Arbitro e i compiti della Segreteria tecnica sono stati ulteriormente ampliati.

Si è stabilito, infatti, alla luce dell'articolo 1 del decreto 10 luglio 2020, lett. f) che questa debba svolgere un'istruttoria preliminare, volta a verificare la sussistenza dei presupposti del ricorso al Collegio.

Ha, inoltre, la facoltà di richiedere alle parti, qualora ne ravvisi la necessità, la produzione di ulteriori documenti, fissando anche un termine entro il quale l'attività deve essere svolta.

Un ulteriore elemento di novità, apportato con la citata normativa, riguarda la proposta che può effettuare alle parti il Presidente del Collegio, qualora l'oggetto del ricorso abbia alle spalle un orientamento consolidato, che prevede l'accoglimento non integrale della domanda.

In siffatta situazione, il Presidente può proporre di concludere anticipatamente la controversia.

Se le parti decidono di non aderire o non danno nessuna comunicazione al riguardo, il procedimento prosegue dinanzi al Collegio; al contrario, se queste decidono di dare seguito alla proposta avanzata, ne consegue la declaratoria della cessazione della materia del contendere.

Sempre perseguendo l'obiettivo di avvicinare gli Arbitri ad un processo vero e proprio, seppur con le necessarie e dovute differenze, a tali sistemi sono stati accostati alcuni dei principi generali del processo civile.

Sono, quindi, applicabili i seguenti principi di matrice processuale-civilistica: il principio della domanda, del contraddittorio (facendo riferimento anche alla rilevanza *ex officio* di alcune questioni, come previsto dall'articolo 101 c.p.c.; infatti all'Arbitro non è concesso l'esame di questioni su cui non abbia sollecitato il contraddittorio tra le parti¹⁵²), del diritto alla difesa attraverso l'allegazione di prove (in tale contesto di natura documentale) e di disponibilità delle prove, il principio di terzietà del Collegio che assume la decisione¹⁵³, l'onere di allegazione e della prova ed in ultimo, il principio di non contestazione.

¹⁵¹ Per approfondimenti sulla normativa di riferimento si rimandi a <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/normativa/index.html>

¹⁵² ABF, Coll.Coord., n.10929/2016.

¹⁵³ Sull'argomento cfr. ABF, Coll. Coord., n.10929/2016, in particolare: *“Sebbene l'Arbitro abbia il potere-dovere di interpretare la domanda, [...], si tratta di un potere-dovere che non può esorbitare dai limiti dell'interpretazione (cioè della decrittazione della volontà del ricorrente) per estendersi ad una interpretazione “integrativa” o “additiva”, nel senso di esaminare situazioni di fatto non ricavabili dal tenore della domanda” e ciò perché “la violazione di tale principio comporterebbe la compromissione della naturale terzietà da cui l'arbitro non può prescindere”* (ABF, Coll. Coord., n. 22745/2019).

Si deve ricordare che non è richiesta la difesa tecnica; si prevede, inoltre, l'applicazione di norme affini, ma non uguali a quella della litispendenza e del *ne bis in idem*, per cui, come anche statuito dal Collegio di Coordinamento, con le pronunce n.3962/2012 e la successiva specifica operata dalla n.26525/2019, la decisione dell'ABF non fa stato fra le parti ed in aggiunta non impedisce che queste, successivamente, possano ricorrere ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la protezione dei propri interessi¹⁵⁴.

Proprio in ragione di ciò, si è esclusa, in ogni caso, la possibilità di riproporre un ricorso già deciso, in relazione ad una controversia, insorta tra le stesse parti e con oggetto la medesima questione, allo stesso Collegio che ha emesso il provvedimento conclusivo o ad altro.

3. Procedimento

La normativa che regola la procedura dinnanzi all'Arbitro Bancario Finanziario, sebbene la stessa possa essere inquadrata tra i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, non prevede una libera disponibilità della stessa, ma ne condiziona l'accesso sancendo i presupposti necessari e preventivi.

Innanzitutto, prima di depositare il ricorso, il cliente deve presentare un reclamo all'intermediario, il quale dispone di un apposito Ufficio reclami.

Tale attività, disposta sia dall'articolo 4 della delibera CICR del 29 luglio 2008 sia dal paragrafo 1 della Sezione VI delle "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari" emanate da Banca d'Italia, costituisce una vera e propria condizione di procedibilità per ritenere valida la successiva adizione dell'Arbitro¹⁵⁵.

Siffatto reclamo costituisce un atto giuridico unilaterale recettizio, di carattere non personale, il quale, infatti, può essere presentato anche da un rappresentante legale del cliente, da un'associazione di categoria alla quale aderisce o da un soggetto munito di procura.

Ad ogni modo, l'Ufficio reclami ha l'obbligo di pronunciarsi al massimo entro sessanta giorni dalla ricezione dell'atto, se relativo a servizi bancari, altrimenti per le questioni attinenti ai servizi di

¹⁵⁴ Per ampliamento, si veda Sez. I, Cap. I, par.3 (pp. 10 ss) di Conte G., A cura di Balestra L., Di Raimo R., Maffei D., Maggiolo M., Marinaro M., Natoli R., Pagliantini S., Recinto G., Con il coordinamento di Vigoriti L., Rumine N., op.cit.

¹⁵⁵ Il mancato esperimento della "condizione di procedibilità" integra, infatti, l'inesistenza di un presupposto dell'azione che può essere rilevato *ex officio* con conseguente possibilità per l'Arbitro di definire la procedura in rito. (ABF, Coll. Coord., n.5091/2013).

pagamento il termine è di quindici giorni lavorati ed inoltre, in caso di accoglimento, deve indicare i tempi previsti per l'adempimento.

Qualora il cliente sia rimasto insoddisfatto o non abbia avuto una risposta, sarà legittimato a presentare ricorso all'ABF mantenendo come oggetto la medesima contestazione¹⁵⁶ indicata nel reclamo, entro il termine di 12 mesi dalla presentazione dello stesso (come disposto ai sensi dell'articolo 5 della delibera CICR).

Secondo quanto stabilito dagli ormai consolidati orientamenti dei Collegi, dunque, non è ammessa, nel procedimento ABF, la *mutatio libelli*, ferma restando, però, la possibilità di precisare le domande già formulate in sede di ricorso. Unica eccezione ammissibile è relativa al risarcimento del danno, dal momento che la disciplina del sistema prevede che il cliente possa richiederlo anche nell'ambito di un ricorso già avviato qualora, questo, sia una diretta ed immediata conseguenza della già segnalata condotta dell'intermediario.

Va, comunque, rilevato che il ricorso presentato tardivamente, può essere ritenuto conforme in qualità di reclamo, facendo salvo il diritto del cliente di presentare un nuovo ricorso nei termini.

Ulteriore limite all'adizione dell'ABF è dato dalla litispendenza¹⁵⁷, si dispone, infatti, che non sia possibile azionare suddetto procedimento allorché la controversia sia già stata devoluta alla cognizione di un altro organo, facendo rientrare tra le controversie sottoposte all'autorità giudiziaria anche i procedimenti per esecuzione forzata e di ingiunzione. Siffatta impossibilità di azione è sancita dalla Sez. I, par. 4 delle Disposizioni che ne regolano il funzionamento.

Da rilevare è anche l'impossibilità, per l'utente, di ricorrere all'Arbitro per richiedere che all'intermediario venga imposto di tenere una determinata condotta (per esempio, la concessione di un finanziamento o la conclusione di un accordo) o di non porre in essere un comportamento futuro. Tale inammissibilità si giustifica alla luce del fatto che si tratta di domande necessitanti una pronuncia costitutiva, di condanna dell'intermediario a un *facere* infungibile, che non rientra però nella competenza dell'Arbitro¹⁵⁸.

¹⁵⁶ La coincidenza dell'oggetto tra reclamo e ricorso non deve essere valutata con criteri rigidi e stringenti, ma si richiede che ci sia una sostanziale coerenza tra le stesse, al riguardo cfr. nota 23, p.65 di Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit.

¹⁵⁷ Sulla litispendenza si è espresso anche il Collegio di Coordinamento, il quale ha ritenuto che tale fenomeno sussiste nel caso in cui i due procedimenti (giudiziario ed arbitrale) presentano identità di soggetti, di *petitum* e di *causa petendi* o comunque hanno aree comuni di giudizio e di conseguenza la decisione assunta nell'ambito del procedimento arbitrale potrebbe incidere sul procedimento ingiuntivo/esecutivo in corso (ABF, Coll.Coord., n.5265/2014).

Ad ogni modo, il ricorso può essere presentato esclusivamente dal cliente; le modalità di inoltro dello stesso sono ben spiegate sul sito internet dell'organismo, che rimanda ad un apposito Portale *online* per il deposito, sancendo l'improcedibilità di quelli presentati in maniera difforme.

Va ricordato che a decorrere dal 30 giugno del 2019 è venuta meno, inoltre, la possibilità che prevedeva che in casi particolari, delineati *ex lege*, era consentito utilizzare la modalità cartacea e inoltrare il ricorso a mezzo PEC o fax alla segreteria tecnica o presso una delle filiali della Banca d'Italia.

La stessa sanzione, ovvero l'improcedibilità del ricorso, colpisce anche l'eventualità in cui non si allegghi alla presentazione della domanda la documentazione attestante il versamento della quota di €20, relativa alle spese procedurali.

Del ricorso deve essere data immediata comunicazione all'intermediario, il quale, entro 30 giorni, deve trasmettere alla segreteria le proprie controdeduzioni e la relativa documentazione, compresa quella relativa alla fase del reclamo.

Tali documenti vengono, poi, rimessi al cliente, il quale può controdedurre entro 25 giorni, decorrenti dalla ricezione di questi ultimi, presentando delle memorie di replica, non avendo, però, la facoltà di ampliare la domanda iniziale.

Si dispone che a queste l'intermediario possa controreplicare entro ulteriori 15 giorni, ma non potrà proporre ulteriori eccezioni processuali e di merito attinenti a quanto esposto nell'atto introduttivo. Resta comunque nella disponibilità del Collegio, la facoltà di richiedere integrazioni documentali¹⁵⁹, non potendo, però, considerare la documentazione ricevuta oltre il termine previsto *ex lege*.

Al termine di tale *iter*, la Segreteria, dopo aver svolto un preliminare esame del ricorso diretto ad individuare eventuali cause di inammissibilità, comunica la data in cui il fascicolo si considera completo, corredandolo anche di una relazione istruttoria e di ogni altro documento utile per la decisione.

Il Collegio si pronuncia entro 90 giorni da tale data e nei casi particolarmente complessi, il termine può essere prorogato per altri 90 giorni; inoltre, in caso di sospensione, il termine complessivo non può superare comunque i 180 giorni.

La rigida scansione temporale è frutto del perseguimento di due principi ben precisi: quello del contraddittorio (adattato alla natura e struttura del procedimento) e quello di economia processuale.

¹⁵⁸ A tal riguardo cfr. la decisione del Collegio di Roma, n.24151/2018; la decisione del Collegio di Bari, n.16721/2017.

¹⁵⁹ La citata facoltà del Collegio è stata sancita con un principio enunciato dal Collegio di Coordinamento, decisione n.7716/2017.

Le decisioni sono assunte a maggioranza dei componenti sulla scorta della documentazione prodotta dalle parti e raccolta nell'ambito dell'istruttoria, che è meramente cartolare e non prevede testimoni o consulenti tecnici, applicando le disposizioni di legge e regolamentari in materia.

Il Presidente si fa garante della correttezza dello svolgimento delle votazioni.

Dunque, è stabilito che il ricorrente sia *“onerato di fornire la prova documentale del diritto che intende far valere”*, mentre spetterà all'intermediario dimostrare la sussistenza dei fatti impeditivi, estintivi, modificativi dello stesso¹⁶⁰.

Nel caso in cui il ricorso presentato è ritenuto, anche solo parzialmente infondato o inammissibile, la delibera contenente il rigetto viene assunta collegialmente; mentre la decisione di accoglimento può essere emessa anche sottoforma di decreto monocratico del Presidente.

Trattandosi di provvedimenti decisorii è richiesta la motivazione, la quale deve esporre le ragioni che hanno condotto alla decisione.

Da rammentare è il fatto che, in caso di accoglimento, il Collegio fissa, nei confronti dell'intermediario, un termine per l'adempimento di 30 giorni dalla comunicazione.

Le decisioni non sono vincolanti per le parti e non acquistano efficacia esecutiva; qualora, però, l'intermediario non rispetti il provvedimento emesso o non cooperi al funzionamento della procedura, sarà esposto a sanzioni reputazionali, ovvero il suo inadempimento sarà pubblicato sul sito dell'ABF e dovrà essere inserito sulla pagina iniziale del sito internet dell'intermediario.

In alcuni ipotesi, la segreteria può provvedere alla comunicazione dell'esito anche mediante l'invio del solo dispositivo, avendo poi l'onere di integrarlo, nei successivi 30 giorni, con la trasmissione della decisione corredata dalla relativa comunicazione.

Le Disposizioni che regolano il funzionamento della procedura prevedono, inoltre, un meccanismo che rende possibile la correzione delle decisioni emesse, assimilabile a quello presente nella procedura civile. In particolare, la parte interessata, entro un termine perentorio di 30 giorni dalla comunicazione dell'esito corredato dalle motivazioni complete, può chiederne la correzione qualora sussistano omissioni, errori materiali o di calcolo¹⁶¹.

Sulla correzione si pronuncia il Presidente o, se questi lo ritiene opportuno, il Collegio nella sua interezza e qualora la richiesta venga accolta, si avrà un'integrazione della decisione

¹⁶⁰ Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., p.128.

¹⁶¹ A seguito della richiesta di correzione, la quale deve essere inviata alla Segreteria tecnica del Collegio territorialmente competente, si interrompe il termine fornito all'intermediario per l'adempimento; il suddetto riprenderà solo nel momento in cui la Segreteria comunica alle parti l'esito della richiesta.

precedentemente assunta; nell'ipotesi in cui si richieda un adempimento dell'intermediario, questi sarà tenuto a provvedere entro 30 giorni dalla data di comunicazione dell'integrazione.

Nelle ipotesi in cui il Collegio ritenga che la questione sia di particolare importanza o il cui esame abbia dato o possa dare luogo ad orientamenti non conformi, può rimettere la decisione al Collegio di Coordinamento. Questo è composto da cinque membri, estratti a sorte annualmente da Banca d'Italia nell'ambito dei componenti dei singoli collegi e ha il compito di enunciare i principi di diritto cui si devono rifare i singoli collegi, che se ne potranno discostare soltanto motivando esplicitamente le ragioni.

La funzione "latamente nomofilattica"¹⁶² conferita a suddetto organo risulta utile al mantenimento di una sostanziale unità della giurisprudenza dell'Arbitro che andrà poi ad influenzare il comportamento a cui devono tendere gli intermediari.

Sotto il punto di vista procedimentale, l'adizione di suddetto Collegio può essere disposta dal Collegio territoriale, il quale entro 30 giorni dalla riunione decisoria provvede con ordinanza motivata, oppure dal Presidente dello stesso, il quale avanza la richiesta con ordinanza motivata prima che si proceda all'esame collegiale.

La Segreteria provvede a comunicare la remissione alle parti ed inoltre, per evitare che nel frattempo vengano emessi provvedimenti difforni al futuro orientamento, si dispone il differimento delle trattazioni dei ricorsi afferenti alla medesima questione.

È inoltre prevista la possibilità che la decisione sulla controversia venga emessa con decreto monocratico, ma ciò è possibile soltanto nei casi in cui l'oggetto del ricorso sia una questione sulla quale esiste un orientamento consolidato.

Ai sensi dell'articolo 27 *bis*, comma 1 *quinquies*, del d.l. n.1/2012 (conv. in l. n.27/2012, successivamente modificata con d.l. n.29/2012, conv. in l. n.62/2012), si dispone che l'ABF possa essere chiamato ad intervenire anche a seguito della segnalazione del prefetto, sollecitato dall'istanza del cliente. Ciò è possibile solo nelle controversie relative alla mancata erogazione del credito da parte degli intermediari, al mancato incremento o revoca di un finanziamento, all'inasprimento delle condizioni applicate ad un rapporto di finanziamento o ad altri comportamenti tenuti dalla banca in relazione alla valutazione del merito del credito dello stesso cliente.

Tale procedura, il cui regolamento è fornito nel sito internet dell'ABF, permette al Prefetto di ricorrere all'Arbitro, dopo aver ricevuto l'istanza dal cliente e di aver acquisito le osservazioni della banca coinvolta, soltanto dopo un vaglio preliminare e la trasmissione allo stesso di una relazione.

¹⁶² Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., p.135.

In questo caso, il contributo non deve essere versato e non si richiede il preventivo reclamo all'intermediario; inoltre, la pronuncia deve essere resa nel termine di 30 giorni, deve essere comunicata alle parti e, per conoscenza, al prefetto.

4. Vantaggi ed eventuali limiti

L'Arbitro Bancario Finanziario può definirsi come organismo altamente specializzato e autorevole nel settore ed in virtù di ciò, può senza dubbio offrire una valida tutela agli utenti che vi si rivolgano; sussistono alcuni limiti che evidenziano, tuttavia, come sia necessario avere anche altre tipologie di strumenti per risolvere extra giudizialmente le liti bancarie e finanziarie.

L'opportunità di utilizzare alternativamente strumenti diversi e con ambiti di applicazione non completamente coincidenti, come ad esempio la mediazione, consente di giungere alla più efficace risposta di entrambe le procedure, non solo in chiave deflattiva, ma anche nell'ottica della ricomposizione della relazione e dell'affermazione di buone prassi nei rapporti intercorrenti tra intermediari e clienti.

Come riconosciuto dalla più autorevole dottrina, sia la mediazione sia l'ABF possono incidere positivamente sulle condotte degli intermediari rispetto alla giurisdizione ordinaria; concorrendo a creare un circolo virtuoso, che consenta di definire il contenzioso al di fuori delle aule giudiziarie, con maggiore soddisfazione di tutte le parti coinvolte.

Specificatamente, i vantaggi riscontrabili nell'impiego della procedura ABF si esplicano nel fatto che l'Arbitro è autonomo ed imparziale, inoltre, nello svolgimento delle sue funzioni è sostenuto dalla Banca d'Italia; in aggiunta costituisce un'opzione di azione più semplice (per ricorrervi, il cliente deve solo presentare un ricorso online e può anche non essere assistito da un legale o un professionista), rapida ed economica.

Facendo, infatti, riferimento a quanto esposto nella Relazione sull'attività svolta nel 2021, si può evincere che, nonostante la durata media della procedura si attesti sui 137 giorni (dalla data di ricezione del ricorso a quella di comunicazione dell'esito alle parti, al netto dei periodi di sospensione) e quindi dotata di una notevole speditezza, la presentazione dei ricorsi ha subito una flessione negativa rispetto all'andamento del 2020 (-28%).

Suddetta diminuzione è stata particolarmente evidente nell'ambito delle controversie relative ai finanziamenti contro la cessione del quinto dello stipendio o della pensione (CQS) e ai buoni

fruttiferi postali (BFP), con un contestuale aumento dei ricorsi relativi ai servizi e agli strumenti di pagamento (utilizzi fraudolenti di carte, disconoscimenti ed operazioni non autorizzate)¹⁶³.

Un dato degno di menzione è la percentuale di ricorsi presentata da clienti-consumatori, la quale costituisce il 95% del totale.

I ricorsi dei clienti non consumatori, e quindi delle imprese, corrispondono solo al 5% del totale e presentano una più ampia diversità di materie oggetto di ricorso: quelli relativi al conto corrente rappresentano il motivo più ricorrente (nel 2021 c'è stato anche un incremento del 24% rispetto al dato fornito per il 2020) ed in aggiunta, una crescita è stata ravvisabile anche nelle controversie in materia di bonifici (con un aumento del 70% su base annuale).

Sempre tenendo presente i dati forniti dalla relazione, l'Arbitro si è pronunciato favorevolmente alla clientela nella maggior parte dei casi, con un più alto tasso di accoglimento per i clienti consumatori rispetto ai non consumatori (i ricorsi respinti sono infatti circa il 54%)¹⁶⁴.

4.1. L'ABF e il problema delle imprese

Alla luce di quanto si può desumere dai dati della relazione, appare evidente che, da un lato, le imprese non riescano ad utilizzare tale strumento efficacemente; e, dall'altro, che se anche decidano di ricorrervi, non riescano il più delle volte ad ottenere ciò che perseguono.

Sicuramente, con riguardo all'adizione dell'Arbitro Bancario Finanziario da parte delle imprese, un limite può essere costituito dal valore massimo della controversia, che per altro è stato anche innalzato da 100 mila a 200 mila euro, il quale può risultare marginale per le medie e grandi imprese, che però rappresentano un contesto limitato della realtà imprenditoriale italiana.

Certamente, dunque, vi è necessità di ampliare il ricorso all'ABF da parte delle imprese; a tal fine, può risultare utile esaminare le ragioni che sono alla base degli esiti sfavorevoli in caso di proposizione della controversia.

Il frequente esito avverso alle imprese è dato principalmente da due fattori: il numero eccessivo dei casi d'inammissibilità e la carenza di prova con riguardo al merito della controversia.

¹⁶³ I ricorsi in tema di CQS e BFP sono diminuiti rispettivamente del 55 e del 31 per cento, nonostante ciò, la CQS continua ad essere la materia oggetto del maggior numero di ricorsi ricevuti, costituendo infatti il 34 per cento del totale; i ricorsi presentati in relazione a controversie su servizi e strumenti di pagamento sono invece raddoppiati rispetto al dato del 2020, passando dal 15 al 33 per cento.

A tal riguardo si veda la Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario 2021, pp.17 ss.

¹⁶⁴ I dati sono visionabili all'interno della Relazione 2021.

Un dato ancora più allarmante è ravvisabile se si osservano i ricorsi delle imprese che si concludono con un reale risarcimento del danno subito, che spesso è negato¹⁶⁵.

Per quanto attiene ai profili di inammissibilità del ricorso, la causa principale di esito negativo è data dalla mancanza di un preventivo reclamo.

In particolare, può capitare che l'impresa che decida di avvalersi dell'ABF consideri come reclamo una precedente comunicazione, attinente al rapporto controverso, dalla quale, però, non si può desumere una mancanza nell'operato dell'intermediario, ma solo *“una mera richiesta di informazioni o di giungere ad un accordo transattivo per definire l'esposizione debitoria”*¹⁶⁶.

A ciò si aggiungono i ricorsi non accolti poiché redatti contrariamente a quanto previsto dal regolamento dell'Arbitro, il quale richiede che, affinché sia ritenuto ammissibile, il ricorso non deve atteggiarsi come richiesta “consulenziale”.

Ulteriori profili di inammissibilità sono costituiti dalla pendenza della controversia davanti all'autorità giudiziaria ordinaria (giòva, inoltre, ricordare che tra queste rientrano anche i procedimenti di esecuzione forzata e di ingiunzione¹⁶⁷), dall'incompetenza per valore e per materia; tuttavia, è possibile che il rigetto derivi anche da questioni relative al merito della controversia, quali, ad esempio, la carenza di prova.

Frequentemente, infatti, nonostante l'Arbitro accerti un comportamento illegittimo dell'intermediario, non accoglie le domande di risarcimento del danno e di refusione delle spese di lite avanzate dall'impresa ricorrente, ritenendole non provate¹⁶⁸ ed in tal modo viene vanificata la tutela offerta da tale sistema stragiudiziale.

Per evitare, dunque, un dispendio inutile di forze, le imprese devono comprendere che non è sufficiente presentare un ricorso vago ed incompleto, che miri solamente a vedersi riconosciute le proprie ragioni, ma devono essere cosce delle modalità di funzionamento del suddetto sistema e quindi della necessità di un'istruttoria adeguata e rispondente ai canoni previsti dal regolamento ABF.

¹⁶⁵ Mosco G.D., Lopreiato S., “Le imprese e l'equivoco ABF”, LLR. N.2/2021.

¹⁶⁶ Mosco G.D., Lopreiato S., op.cit., p.24.

¹⁶⁷ Di conseguenza, attenendosi agli ultimi orientamenti forniti dal Collegio di Coordinamento: l'impresa non potrà lamentarsi, dinnanzi all'ABF, di un credito che l'intermediario ha già azionato in via monitoria; oppure più in generale non potrà rivolgersi al suddetto solo per contestare comportamenti dell'intermediario oggetto di accertamento, anche incidentale, in un procedimento ordinario.

¹⁶⁸ Spesso, infatti, la domanda di risarcimento si presenta incompleta, senza elementi indiziari rilevanti che rispondano all'onere della prova, posto in capo al cliente, sull'an e il *quantum* del danno subito.

Tale attività può certamente essere svolta in modo proficuo da consulenti interni (*in house counselor*), dagli uffici legali aziendali o comunque da professionisti di settori affini che abbiano già una vasta conoscenza del sistema; inoltre, un contributo può essere fornito anche dalle associazioni imprenditoriali di categoria, le quali possono assistere le imprese nella presentazione del ricorso e nell'allegazione delle prove necessarie per vedersi riconosciute e soddisfatte le proprie richieste.

Secondo autorevole dottrina, possono considerarsi forme di ausilio ed assistenza: l'esplicazione, da parte delle suddette associazioni, di come utilizzare il portale ABF in maniera più efficiente; la predisposizione di un "questionario" di controllo che aiuti l'impresa a redigere un ricorso in linea con quanto disposto dal regolamento; l'arricchimento del modulo standard del ricorso e delle istruzioni presenti sul sito dell'Arbitro ed in ultimo, forme di assistenza vera e propria sia sul piano generale sia nel momento in cui le imprese giungano effettivamente dinanzi all'ABF¹⁶⁹.

Lo stesso Arbitro potrebbe, per alcuni aspetti, apportare delle migliorie che lo rendano più usufruibile¹⁷⁰.

Ad esempio, nei confronti dei clienti non consumatori, si potrebbe pensare di offrire delle decisioni più semplici e sintetiche per le questioni di minore rilievo, relegando le motivazioni più ampiamente elaborate a controversie che affrontano temi nuovi o che per ragioni di complessità vengono deferite al Collegio di Coordinamento.

Avvalendosi di queste strutture decisionali più snelle, l'ABF potrebbe creare dei modelli redazionali che permettano il raggiungimento di una decisione ancora più rapida ed uniforme, oltre a migliorare la trasparenza del proprio operato.

4.2. L'ABF e i clienti – consumatori

Per quanto riguarda l'attività svolta dall'Arbitro nell'ambito di controversie con ricorrente consumatore, sicuramente si può giungere a conclusioni diverse.

Il tasso di accoglimento dei ricorsi è molto più elevato e ciò testimonia la reale efficacia del sistema; in aggiunta, a riprova dell'alto grado di accoglimento dei ricorsi, si può osservare anche la *customer satisfaction* raccolta tramite dei questionari somministrati ai ricorrenti.

¹⁶⁹ Mosco G.D., Lopreiato S., op.cit., pp.35 ss.

¹⁷⁰ In vero già oggi le motivazioni rispecchiano la complessità della questione oggetto di lite. In ogni caso le tempistiche - con le nuove disposizioni - premiano i relatori-estensori che sono rapidi e ciò costituisce un notevole incentivo ad evitare ritardi.

Da questa indagine emerge, infatti, come un'elevata percentuale dei ricorrenti abbia agilmente presentato il ricorso seguendo le chiare indicazioni fornite sul sito dell'ABF e di conseguenza consiglia il ricorso all'Arbitro in caso di necessità. Rilevante è anche il tasso degli intervistati che dichiara di aver letto e compreso la decisione assunta dal Collegio¹⁷¹.

Sicuramente, può ritenersi un valido ausilio per l'utente, l'assistenza di un professionista che lo affianchi nella proposizione del ricorso, affinché si possano eliminare eventuali errori che rendano suddetta attività inammissibile o improcedibile; in aggiunta, sulla scorta di quanto chiarito in sede di Audizione Parlamentare del 5 aprile 2022 da parte del Capo Dipartimento dr.ssa Magda Bianco, un ulteriore contributo può essere realizzato dai progetti di educazione finanziaria portati avanti da Banca d'Italia, i quali mirano ad accrescere la conoscenza dell'utente in materia, rendendolo più consapevole degli strumenti a sua disposizione e di come vadano usati al meglio, rafforzando, dunque, le capacità di difesa da parte di chi domanda o si avvale di questi servizi e sistemi¹⁷².

5. Casi di applicazione pratica e giurisprudenza

Nello svolgimento delle sue attività, l'Arbitro Bancario Finanziario valuta le questioni proposte dagli utenti ricorrenti, decidendole “sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché di eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca”, fornendo eventualmente anche indicazioni atte a favorire il mantenimento e la ricomposizione delle relazioni intercorrenti tra clienti ed intermediari¹⁷³.

In aggiunta, con la decisione assunta *secundum ius* e con le sanzioni che irroga, realizza anche una funzione destinata ad incidere sull'immagine e sulla reputazione dell'intermediario, in particolare nel caso in cui questo decida di non conformarsi a quanto stabilito.

A conclusione di ciò, può essere utile approfondire le principali tematiche affrontate dall'ABF e il suo orientamento al riguardo.

¹⁷¹ Per ulteriori approfondimenti si rinvia alla Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario 2021.

¹⁷² Bianco M., “Audizione della Capo Dipartimento Tutela della clientela ed educazione finanziaria della Banca d'Italia”, Roma, 5 aprile 2022, in Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Commissione parlamentare di inchiesta sulla tutela dei consumatori e degli utenti.

¹⁷³ Così si statuisce all'articolo 3, par.1, Sez. VI *bis* delle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari.

Tra i ricorsi presentati dalle imprese, nonostante l'evidente diversità delle materie oggetto di lite rispetto a quelli presentati dal cliente-consumatore, un alto numero di controversie sorge in relazione al conto corrente ed al bonifico.

Ulteriore filone da tenere in considerazione riguarda le segnalazioni pregiudizievoli, le quali consistono in segnalazioni negative nelle centrali rischi, pubbliche e private.

Le imprese, spesso, si rivolgono all'Arbitro per ottenerne la cancellazione e il risarcimento del danno poiché ritenute compromettenti della propria reputazione oltre a rendere più difficoltoso, nell'esercizio dell'attività d'impresa, l'accesso al credito.

In aggiunta, in relazione alle Centrali di Rischi della Banca d'Italia¹⁷⁴, le maggiori criticità sorgono nell'ambito delle "segnalazioni a sofferenza".

A tal riguardo, la giurisprudenza ABF richiede come presupposto sostanziale che questa venga valutata alla luce dell'unitaria situazione finanziaria del cliente, dalla quale deve emergere l'assenza o la presenza della capacità di quest'ultimo di fronteggiare i propri debiti.

Per "sofferenza", infatti, si intende quella situazione patrimoniale in cui vi sono gravi difficoltà economiche non transitorie (assimilabili all'insolvenza).

Dunque, nel momento in cui un'impresa contesti la legittimità della segnalazione per mancanza del presupposto sostanziale, l'ABF pretenderà che l'intermediario alleggi gli elementi indicativi della suddetta situazione, escludendo quelle segnalazioni derivanti da pagamenti effettuati in ritardo o effettuate durante le trattative per la messa in atto di un piano di rientro dell'esposizione del debito.

Le soprammenzionate segnalazioni, spesso, vengono contestate dalle imprese anche sotto il profilo procedurale, in particolare, queste si lamentano del fatto che non venga inviato il preavviso di segnalazione, il quale costituisce un obbligo per l'intermediario, in ossequio al principio di trasparenza bancaria.

A tal riguardo si è ormai consolidato l'orientamento del Collegio per cui la preventiva comunicazione costituisce certamente un obbligo di trasparenza, ma non è altresì un presupposto di legittimità della segnalazione; per cui l'omessa informativa, ove ne ricorrano i presupposti, potrà dar luogo ad un risarcimento del danno a carico dell'intermediario, ma non si potrà pretendere la cancellazione della segnalazione¹⁷⁵.

¹⁷⁴ La Centrali dei Rischi (CR) è una banca dati gestita da Banca d'Italia che fornisce un quadro di insieme dei debiti di famiglie ed imprese verso il sistema bancario e finanziario.

¹⁷⁵ Decisione n.21328/2021.

Nel caso in cui la segnalazione venga effettuata in una Centrale di Rischi privata o in un Sistema di informazioni creditizie (SIC), allora l'omessa comunicazione preventiva può far discendere l'illegittimità della segnalazione pregiudizievole e ciò in ragione dell'obbligo statuito dal Codice Deontologico SIC¹⁷⁶.

L'ABF sostiene infatti che, in mancanza della prova dell'invio al ricorrente di "un preavviso in occasione della prima segnalazione di ritardo nel pagamento delle rate", la segnalazione medesima sia illegittima e vada pertanto cancellata (Coll. Roma, n.20151/2019).

Sempre più in aumento, sia tra i ricorsi presentati dai clienti consumatori sia dalle imprese, è la materia delle frodi informatiche¹⁷⁷.

Tale oggetto di ricorso è conseguenza dell'ampio utilizzo di strumenti di pagamento ed operazioni *online* ed a ragion ciò la tutela apprestata dalla normativa del D.Lgs. n.11/2010 e successive modifiche, istituisce "un regime speciale di protezione e di *favor* probatorio a favore degli utilizzatori¹⁷⁸", i quali sono tenuti ad usare gli strumenti e i servizi di pagamento in modo diligente, in ossequio a quanto sancito dal contratto, adottando, inoltre, misure idonee ad assicurare la segretezza delle credenziali e comunicando in tempi brevissimi, alla banca il disconoscimento delle operazioni di pagamento non autorizzate.

In capo agli intermediari sorge, invece, l'obbligo di dotarsi di sistemi di sicurezza che impediscano l'accesso e l'utilizzo non autorizzato a terzi.

Di conseguenza il rischio di impresa collegato all'uso illegittimo di carte di credito e strumenti di pagamento si pone in capo al fornitore dei servizi, il quale può frazionarlo, distribuendolo sulla moltitudine di clienti¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Art.4, comma 7: "al verificarsi di ritardi nei pagamenti, il partecipante, anche unitamente all'invio di solleciti o di altre comunicazioni, avverte l'interessato circa l'imminente registrazione dei dati in uno o più sistemi di informazione creditizie".

¹⁷⁷ Le frodi informatiche sono volte a catturare le credenziali di accesso ai servizi bancari online per effettuare operazioni di pagamento non autorizzate. Una frode molto diffusa è il *phishing* (richiesta via e-mail alla vittima di inserire dati personali attraverso un *link* ad un sito, che di solito è un clone di quello della propria banca) con le sue varianti del *vishing* (*phishing* per telefono) e dello *smishing* (*phishing* per SMS). Truffe più sofisticate sono lo *spoofing*, che si verifica quando i truffatori camuffano la provenienza della e-mail, dell'SMS o della telefonata in modo che il mittente sembri l'intermediario, e il *man in the browser*, un *software* malevolo (*malware*) che si interpone tra il computer della vittima e il sistema della banca. (in "Quadro di riferimento", Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, p.59.)

¹⁷⁸ Coll. Coord., decisione n.897 del 14 febbraio 2014; *amplius* decisioni nn.3947/2014 e 3498/2012.

¹⁷⁹ Si veda al riguardo Coll. Roma, n.1111/2010.

Nel caso in cui venga disconosciuta un'operazione, l'onere di dimostrare la condotta fraudolenta dell'utente spetterà all'intermediario (ad esempio dovrà allegare fatti idonei a fare emergere la colpa grave o il dolo dell'utilizzatore dello strumento o del servizio di pagamento), allo stesso modo, è in capo a quest'ultimo la prova che l'operazione contestata sia stata "autenticata, correttamente registrata e contabilizzata" e che non abbia subito le conseguenze di un malfunzionamento delle procedure di autorizzazione (in particolare dovrà produrre tra la documentazione i *log* informatici delle operazioni autorizzate con la *strong customer authentication*, *SCA* ed inoltre dovrà provare la mancanza di anomalie nell'esecuzione dell'operazione). Qualora l'intermediario riesca a fornire le prove, la questione si sposta nell'ambito della valutazione della colpa grave del cliente.

In questi casi, assume rilievo la tipologia di truffa posta in essere; secondo un consolidato orientamento ABF¹⁸⁰, non è possibile ravvisare la colpa grave del cliente, qualora questi sia rimasto vittima di frodi riconducibili al *man in the browser*, trattandosi di truffe particolarmente sofisticate, salva la sussistenza di ulteriori elementi. Dunque, ai fini della valutazione, sarà fondamentale che l'impresa rimasta vittima di una frode informatica, nell'allegare la documentazione, descriva nel modo più dettagliato possibile la truffa e la corredi di tutti gli elementi di prova cosicché possa essere categorizzata tra quelle particolarmente sofisticate.

Anche se rimasta vittima di frodi più semplici (ad esempio del *phishing*), l'impresa dovrà comunque procedere a tutte queste allegazioni poiché, gli stessi Collegi unanimemente ritengono che, al ricorrere di alcune condizioni, si possa ravvisare anche in questi casi una colpa dell'intermediario, in concorso con il cliente.

Da ultimo, degno di menzione è il filone giurisprudenziale creatosi a seguito dell'introduzione delle misure governative a sostegno di cittadini ed imprese.

Tra quelle relative all'attività di impresa vi è la possibilità per le piccole e medie imprese (PMI) di richiedere una moratoria su linee di credito in conto corrente, finanziamenti per anticipi sui crediti, prestiti non rateali, rate di prestiti e canoni in scadenza; in aggiunta alla facoltà, per le imprese danneggiate, di richiedere agli intermediari finanziamenti dal Fondo per le PMI (Fondo centrale di garanzia), ex art.13, comma 1, lett.m del D.L. 8 aprile 2020, n.23¹⁸¹.

¹⁸⁰ Decisione n.24811/2021: "Se il cliente è vittima di una frode informatica sofisticata, come il *man in the browser*, la sua condotta non è generalmente caratterizzata da colpa grave, salva la sussistenza di ulteriori elementi.", in Relazione annuale 2021.

¹⁸¹ Convertito con modificazioni nella L.40/2020.

In suddetto contesto, spesso le imprese decidono di rivolgersi all'ABF a seguito della mancata concessione, da parte degli intermediari, di una delle misure di sostegno¹⁸².

A tal riguardo si ritiene utile citare la Decisione n.23937/2021, la quale sancisce che *“la normativa emergenziale non esonera la banca dalla valutazione del merito creditizio del cliente”*.

Infatti, in un caso di rigetto di una richiesta di finanziamento garantito nelle forme previste dall'art. 13 del D.L. 23/2020 (decreto “liquidità”), il Collegio ha sottolineato che la normativa non preveda un dovere stringente per la banca di concedere il credito, ma soltanto il rilascio della garanzia dello Stato al ricorrere di determinati requisiti.

Sulla base del proprio consolidato orientamento, l'Arbitro ha dunque rigettato il ricorso, rimarcando che la valutazione del merito creditizio del richiedente e la decisione di concederlo o meno, rientrano nell'autonomia imprenditoriale della banca, facendo salvo l'obbligo di rispettare i canoni generali di buona fede e correttezza nei rapporti intercorrenti con i clienti.

A sostegno dell'orientamento ABF è intervenuta anche una pronuncia del Tribunale di Brindisi¹⁸³, la quale, facendo riferimento alle misure di agevolazione per l'accesso al credito in favore delle imprese, ha sancito con ordinanza che suddetta normativa non comporta l'esonero, per l'intermediario, dalla valutazione del merito creditizio del richiedente prima di concedere il finanziamento; precisando, inoltre, che il meccanismo di automatica concessione riguarda la sola garanzia statale.

Dall'ordinanza si può, infatti, evincere che non vi è un generale obbligo generale per la banca di erogare il credito, facendo, inoltre, appello alla libertà di iniziativa economica sancita al livello costituzionale dall'art. 41.

Nel concludere la disamina delle questioni oggetto di controversia più rilevanti nell'ambito dell'attività di impresa, si ricorda che nelle Relazioni annuali sull'attività dell'Arbitro, vengono illustrati i contenuti delle decisioni più rilevanti, i quali possono risultare validi per diffondere con maggiore rapidità gli indirizzi giurisprudenziali più ricorrenti assunti dai Collegi dell'ABF nello svolgimento delle proprie funzioni, mettendo in evidenza sia le decisioni che riportano orientamenti consolidati, sia quelli più interessanti su nuove tematiche o fattispecie dotate di peculiarità o semplicemente adottate in difformità dai precedenti orientamenti.

In sintesi, le Relazioni costituiscono uno strumento assai utile per gli operatori, i quali possono avere conoscenza dei principali orientamenti ABF in relazione alle controversie che si trovano a fronteggiare e dunque si potranno prefigurare in anticipo la probabilità di successo del ricorso.

¹⁸² Per una più ampia trattazione della casistica si rimanda alle pp.20 e ss. di Mosco G.D., Lopreiato S., op.cit.

¹⁸³ Tribunale di Brindisi, ordinanza del 7 agosto 2021.

Capitolo IV

L'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF)

1. Le origini dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie

L'Arbitro per le Controversie Finanziarie prende origine dalla stessa fonte normativa che ha introdotto nel nostro ordinamento l'Arbitro Bancario Finanziario, ovvero gli articoli 27 e 29 della legge del 28 dicembre del 2005, n.262 ("legge sul risparmio").

Infatti, anche nel settore del mercato finanziario, il quale si distingue per essere molto sensibile sul piano economico ed inoltre, così come accade nell'ambito bancario, vi è uno squilibrio di posizioni negoziali tra le parti in causa ed in ragione di ciò necessitava della creazione di strumenti alternativi di soluzione delle controversie capaci di offrire una protezione più concreta, rapida ed economica ai soggetti coinvolti in siffatto rapporto.

Differentemente, però, dall'ABF, il quale è stato introdotto attraverso la previsione di una modifica alla normativa del TUB, operata con l'inserimento dell'articolo 128 *bis* e la successiva integrazione operata con leggi secondarie (la Delibera del CICR 29 luglio 2008, n.275), per i servizi e le attività di investimento, la summenzionata legge aveva delegato il Governo affinché procedesse alla creazione di una Camera di conciliazione ed arbitrato presso la Consob, non intervenendo sul Testo Unico della Finanza (T.U.F).

La lettera a)¹⁸⁴ della legge delega, infatti, si limitava a stabilire che le procedure di conciliazione ed arbitrato dovessero svolgersi "dinnanzi alla Consob", delineava, poi, l'ambito oggettivo e soggettivo di queste nuove procedure, statuendo soltanto che le controversie dovevano riguardare i conflitti tra risparmiatori e/o investitori (esclusi gli investitori professionali), e le banche o gli altri intermediari finanziari, relativamente all'adempimento di obblighi di informazione, correttezza, trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela.

184 Art. 27 (Procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori):

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

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

Con il D.Lgs. n.179 del 2007 si era dato seguito a quanto previsto dalla legge delega, introducendo, quindi, nuove procedure di conciliazione ed arbitrato a tutela dei risparmiatori e degli investitori.

Accanto alla procedura che aveva come possibile esito la conciliazione del rapporto controverso, la Consob, attraverso l'emanazione del primo regolamento del 2008, aveva previsto e disciplinato un "arbitro amministrato"¹⁸⁵ (ordinario), classificato come arbitro rituale, la cui decisione era assunta *secundum ius*¹⁸⁶.

Successivamente, con il regolamento del 2012, aveva introdotto anche una procedura arbitrale "speciale", utilizzabile solo in casi particolari, con un'istruttoria sommaria, e definito perciò semplificato.

Suddetto sistema, però, diversamente dall'ABF, non ha riscosso grande fortuna¹⁸⁷ a causa dei costi più elevati della procedura, per la sua intrinseca complessità strutturale oltre che per la più ampia autonomia rispetto all'organo di vigilanza.

Sulla scorta di ciò, *in primis* grazie alla direttiva UE 21 maggio 2013, n.11 (relativa alla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori) e poi al D.Lgs. 6 agosto 2015, n.130, recettivo della citata normativa comunitaria, sono stati delineati i caratteri istitutivi dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie, introducendo i commi 5 *bis* e *ter* all'articolo 2 del D.Lgs. n.179/2007.

Successivamente, con l'articolo 1 comma 47 della legge 28 dicembre 2015, n.208 (legge di stabilità 2016), la Camera di conciliazione ed arbitrato presso la Consob ha completamente cessato le sue attività ed è stata sostituita dall'ACF.

2. La Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob

La Camera di conciliazione e arbitrato si presentava come un organo tecnico, istituito presso la Consob, con il compito di svolgere funzioni di conciliazione ed arbitrato nell'ambito delle

¹⁸⁵ Al riguardo si può riportare il pensiero di Carpi F., "Servizi finanziari e tutela giurisdizionale", in Giur. Comm., 2008, p.1051: "[...] sia il legislatore comunitario sia il legislatore italiano mostrano di privilegiare i mezzi alternativi di soluzione delle liti in materia di servizi d'investimento, rispetto al processo ordinario, ritenendo le procedure di conciliazione e di arbitrato, non ad hoc ma regolate, più consone alla tutela dell'investitore".

¹⁸⁶ Suddetta tipologia di arbitrato era applicabile a tutte le controversie coperte dal decreto del 2007.

¹⁸⁷ Al riguardo, Lupoi M.A. afferma: "L'arbitro creato dal decreto legislativo del 2007 si è rivelato un sostanziale fallimento, con un suo irrilevante utilizzo nella prassi. [...] l'impiego di tale strumento alternativo dipendeva dalla presenza, nei contratti stipulati con gli investitori, della clausola compromissoria (vincolante solo per l'intermediario) o dall'esito della procedura di cui all'art.810, comma 1, c.p.c. (invito ed adesione rimesso alla volontà delle parti)", in Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., p.397

controversie insorte tra investitori ed intermediari, per la violazione, da parte di questi ultimi, degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori.

Le controversie di cui si occupava dovevano quindi riguardare un servizio di investimento o di gestione collettiva del risparmio.

Tra i primi erano ricompresi: l'esecuzione di ordini della clientela (la banca compra sul mercato, per il cliente, un titolo, ovvero un'azione, un'obbligazione, un titolo di Stato, una quota di un fondo, ecc.); la gestione di patrimoni dei clienti (riguardante la gestione del denaro attraverso l'investimento in titoli, regolato da una politica di investimento *ad hoc*); il collocamento (tale attività consiste in proposte di acquisto, effettuate dalla banca al cliente, di titoli di nuova emissione) e la consulenza in materia di investimenti, con cui si consiglia alla clientela le operazioni più convenienti da eseguire.

Per quanto attiene alla seconda categoria, invece, tale fattispecie si realizza con la gestione di fondi comuni di investimento, nella quale più quote di risparmiatori sono unite per essere poi investite in titoli o altre attività¹⁸⁸.

Le fonti normative primarie erano costituite dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179¹⁸⁹, intitolato "*Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262*" e dalla delibera Consob n.16763 del 29 dicembre 2008¹⁹⁰, la quale sanciva i caratteri fondamentali, quali la composizione ed il relativo funzionamento, creando, dunque, un organismo autonomo ed indipendente rispetto alle altre attività svolte dalla Consob.

In particolare, l'articolo 1 del decreto definiva coloro i quali potevano rivolgersi a suddetto organismo, ovvero: gli investitori, individuati dalla lettera a), come quei soggetti "*diversi dai clienti professionali di cui all'articolo 6, commi 2-quinquies e 2-sexies, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni*" e quindi tutti quei soggetti diversi dalle controparti qualificate e clienti professionali; e alla lettera b) gli intermediari, intesi come "*i soggetti abilitati alla prestazione di servizi e attività di investimento di cui all'articolo 1, comma 1, lettera r), del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni*".

¹⁸⁸ Mazzoli E., op.cit., p.89

¹⁸⁹ Decreto legislativo 8 ottobre 2007, n.179: "Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262". <https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/Decreto+legislativo+n.+179-2007/e60413ab-3b61-445f-a19c-0ed9c0536c85>

¹⁹⁰ Deliberazione 29 dicembre 2008, n.16763, relativa all'adozione del regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob e le relative procedure. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2009/01/08/09A00086/sg>

Con il seguente articolo ¹⁹¹, invece, provvedeva a delineare i caratteri fondamentali dell'organismo.

Con un successivo intervento, ovvero la delibera n.18275 del 18 luglio 2012¹⁹², si forniva un ulteriore regolamento di attuazione volto a meglio disciplinare l'organizzazione della Camera, adattandola alle esigenze sorte nei primi anni di attività, sia per ridefinire i costi relativi alla procedura ed adeguare il procedimento agli adempimenti richiesti dall'introduzione del D.Lgs. n.28/2010 (riguardante la disciplina della mediazione civile e commerciale).

Siffatto regolamento, entrato in vigore dall'agosto 2012, prevedeva che la Camera fosse costituita da un Presidente e due membri, nominati dalla commissione Consob, i quali venivano scelti tra i dipendenti in servizio appartenenti alla carriera direttiva superiore, ma senza funzioni di vigilanza o sanzionatorie.

La carica ricoperta da questi era triennale e non prevedeva alcuna corresponsione di indennità.

Per quanto attiene la struttura interna, la Camera era dotata di un proprio statuto recante le disposizioni relative all'attività di quest'ultima; sanciva le mansioni del Presidente, le modalità con cui dovevano essere convocate le riunioni (di norma si svolgevano con cadenza settimanale),

¹⁹¹ Art. 2 (Camera di conciliazione e arbitrato), D. Lgs. n.179/2007:

1. È istituita una Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob per l'amministrazione, in conformità al presente decreto, dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori.
2. La Camera di conciliazione e arbitrato svolge la propria attività, avvalendosi di strutture e risorse individuate dalla Consob.
3. La Camera di conciliazione e arbitrato istituisce un elenco di conciliatori e arbitri, scelti tra persone di comprovata imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità.
4. La Camera di conciliazione e arbitrato può avvalersi di organismi di conciliazione iscritti nel registro previsto dall'articolo 38, comma 2, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni. L'organismo di conciliazione applica il regolamento di procedura e le indennità di cui all'articolo 4.
5. La Consob definisce con regolamento, sentita la Banca d'Italia:
 - a) l'organizzazione della Camera di conciliazione e arbitrato;
 - b) le modalità di nomina dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri, prevedendo anche forme di consultazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all'articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e delle categorie interessate, e perseguendo la presenza paritaria di donne e uomini;
 - c) i requisiti di imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri;
 - d) la periodicità dell'aggiornamento dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri;
 - e) le altre funzioni attribuite alla Camera di conciliazione e arbitrato;
 - f) le norme per i procedimenti di conciliazione e di arbitrato;
 - g) le altre norme di attuazione del presente capo.

¹⁹² Delibera Consob 18 luglio 2012 n.18275, relativa all'adozione del Regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob e le relative procedure. (https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/sites/default/files/allegati/delibera_consob_18_luglio_2012_n._18275_0.pdf)

riconoscendo, inoltre, la possibilità di svolgimento anche telematico e, in aggiunta, provvedeva a definire i compiti della segreteria ed i criteri generali con cui venivano nominati conciliatori ed arbitri.

Tra i requisiti richiesti a questi ultimi, di particolare rilievo erano *“la vicinanza territoriale”*, l’esperienza e competenza maturata in precedenza e *“l’esito delle controversie già a loro assegnate”*.

La Camera, con sede presso la Consob, si occupava dell’amministrazione dei procedimenti di conciliazione ed arbitrato, attivati per porre fine alle liti sorte tra gli investitori e gli intermediari, in relazione alla violazione di obblighi di informazione, correttezza e trasparenza discendenti dai rapporti contrattuali tra loro intercorrenti, senza però poter subentrare nella valutazione del merito della controversia.

Fra gli altri compiti di suddetto organo rientravano: la tenuta degli elenchi dei conciliatori e degli arbitri, la stesura (ed aggiornamento) del codice deontologico e l’organizzazione dei servizi e dei corsi di aggiornamento e di formazione.

Si badi che i soggetti all’interno degli elenchi dovevano essere docenti universitari in materie giuridiche od economiche; magistrati ordinari e avvocati di Stato in servizio o in pensione; avvocati, commercialisti e notai iscritti all’albo per almeno cinque o dodici anni; dirigenti di amministrazioni dello Stato, di organi costituzionali o di autorità indipendenti (anche in quiescenza) con almeno cinque anni di anzianità, laureati in materie economiche o giuridiche¹⁹³.

Un ulteriore requisito era chiesto per i conciliatori, i quali, infatti, dovevano essere in possesso di una specifica formazione in materia di conciliazione, la quale richiedeva anche un corso di aggiornamento, da seguire almeno con cadenza biennale; oltre alla professionalità ed all’onorabilità.

2.1. Il procedimento di conciliazione presso la Camera

L’attivazione della procedura dinnanzi alla Camera spettava al solo cliente, il quale era tenuto a presentare una istanza alla suddetta avvalendosi di uno o più procuratori; la controversia doveva avere ad oggetto, come già detto, i servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio, in particolare le violazioni di regole di informazione, correttezza e trasparenza da parte della banca, sulla cui osservanza vigilava la Consob.

La ragione di tale scelta normativa era da rinvenirsi nell’esigenza di fornire al cliente una conoscenza chiara e completa delle operazioni che gli venivano proposte e che si apprestava a compiere, oltre a far sì che fosse garantito un comportamento corretto dei professionisti.

Affinché la questione venisse esaminata, si richiedeva che non ci si fosse rivolti ad un altro organismo di conciliazione, o su istanza dell’investitore o dell’intermediario, cui però l’investitore

¹⁹³ Mazzoli E., op.cit., p.90

avesse aderito. Inoltre, come prerequisite era necessario, che in precedenza, fosse stato presentato un reclamo all'intermediario e la risposta ottenuta dal cliente non fosse stata soddisfacente o fosse decorso il termine di novanta giorni, senza ottenere risposta dall'intermediario.

La domanda doveva essere presentata tramite un apposito modulo predisposto dalla Camera, compilato *online*, poi stampato e trasmesso (con qualsiasi mezzo che ne dimostrasse l'avvenuta ricezione) all'intermediario e successivamente depositato presso la Camera, insieme al reclamo e alla ricevuta di pagamento di trenta euro, corrispondenti alle spese di avvio del procedimento.

Entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione, l'intermediario poteva decidere se aderire o meno al tentativo di conciliazione con un apposito atto nella quale dichiarava di impegnarsi a rispettare il regolamento e gli obblighi di riservatezza, accompagnato, inoltre, dai documenti richiesti¹⁹⁴. Qualora l'intermediario non avesse rispettato suddetto termine, la Camera ne dava tempestiva comunicazione; altrimenti, nel caso di prosecuzione, la Camera nominava il conciliatore più idoneo, tra quelli iscritti nell'elenco.

Il tentativo di conciliazione si svolgeva presso il domicilio del conciliatore, nella data fissata dallo stesso e comunicata alle parti e alla Camera, comunque non oltre il quindicesimo giorno dall'accettazione.

La procedura durava circa sessanta giorni¹⁹⁵ (decorrenti dal deposito dell'istanza) ed era improntata ai principi di immediatezza, concentrazione, oralità; si richiedeva il rispetto della riservatezza in tutte le sue fasi, anche relativamente ai documenti prodotti, oltre all'imparzialità e la garanzia del contraddittorio. Restava comunque la facoltà per il conciliatore di ascoltare le parti separatamente.

Quanto compiuto dal conciliatore nell'ambito della procedura era assimilabile all'attività svolta del mediatore ai sensi del D.Lgs. n.28/2010, ma la disciplina normativa posta alla base era diversa.

La procedura di conciliazione presso la Camera era, dunque, economica, snella e rapida, oltre a non impedire, qualora ve ne fosse stata necessità, il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria e ciò anche in virtù della piena volontarietà dell'accordo.

2.2. L'arbitrato amministrato ordinario e semplificato

¹⁹⁴ L'intermediario doveva allegare all'atto di adesione la ricevuta del pagamento delle spese di avvio del procedimento (30 euro), la copia del contratto consegnato al cliente e tutti gli ulteriori documenti relativi al rapporto oggetto di controversia.

¹⁹⁵ Prorogabili in alcuni casi di altri 60 giorni; la durata complessiva non poteva comunque essere superiore a 4 mesi.

Le ulteriori procedure che si svolgevano dinnanzi alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob erano due forme di arbitrato: quello amministrato ordinario e quello semplificato.

Il primo, previsto dal decreto del 2007, era disciplinato dal regolamento Consob, il quale dall'articolo 22 in poi lo definiva come una "forma speciale di arbitrato" soggetto a deroghe rispetto alle ordinarie norme codicistiche della materia (artt.806 e ss, c.p.c.).

Innanzitutto, a differenza della conciliazione stragiudiziale¹⁹⁶, l'arbitrato poteva essere avviato solo sulla base di una preesistente manifestazione congiunta della volontà delle parti, adeguatamente formalizzata per iscritto, la quale doveva essere precedente o successiva alla controversia insorta.

L'articolo 6¹⁹⁷ del decreto 2007 stabiliva, inoltre, che in caso di inserimento di clausola compromissoria nei contratti con gli investitori, questa fosse vincolante solo per l'intermediario (salvo che avesse provato che suddetta clausola non fosse stata trattata direttamente); facendo salva la facoltà del cliente di scegliere se avvalersi dell'arbitrato o della giustizia ordinaria.

La decisione assunta dall'arbitro avveniva secondo diritto e, salvo diversa pattuizione di parte, la sede era presso la Camera.

Fra le deroghe alla disciplina ordinaria, da rilevare vi era quella dell'articolo 29 del regolamento, il quale sanciva un termine per la pronuncia del lodo di centoventi giorni, ovvero la metà di quello previsto dall'articolo 820 c.p.c., con la facoltà, inoltre, di prorogare il termine una sola volta.

Il lodo, ai sensi dell'articolo 5 comma 4¹⁹⁸ del D.Lgs. n.179/2007, era sempre impugnabile per violazione di diritto, derogando, di fatto, la previsione del Codice di procedura civile *ex art.829*, comma 3.

L'arbitrato semplificato era invece disciplinato dagli articoli 32 e seguenti del regolamento e si caratterizzava per essere una forma meno costosa e macchinosa, attivabile nel caso di richiesta di risarcimento del solo danno patrimoniale derivante dall'inadempimento, da parte dell'intermediario, degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza discendenti dai rapporti contrattuali con gli investitori.

¹⁹⁶ Suddetta procedura poteva essere attivata a proprio piacimento solo dall'investitore.

¹⁹⁷ Art.6 D. Lgs. n.179/2007: "La clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati con gli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta."

¹⁹⁸ Art. 5, comma 4, D.Lgs. n.179/2007: "L'arbitrato amministrato dalla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob ha natura rituale ed è ispirato a criteri di economicità, rapidità ed efficienza. Il lodo è sempre impugnabile per violazione di norme di diritto."

Il procedimento in questione poteva essere attivato solo dall'investitore sulla base di una specifica clausola e richiedeva comunque la presentazione del preventivo reclamo all'intermediario (con risposta insoddisfacente o non fornita nel termine dei 90 giorni).

Il cliente investitore aveva l'onere di dimostrare la sussistenza del danno avvalendosi di prove precostituite, le quali dovevano essere allegate alla domanda per l'accesso alla forma semplificata di arbitrato, insieme alla risposta dell'intermediario e la documentazione riguardante il rapporto contrattuale tra loro intercorrente.

L'arbitro che dirigeva la procedura era unico, veniva nominato con atto congiunto delle parti o dalla stessa Camera; una volta designato, quest'ultimo fissava, nel termine non superiore a quindici giorni dall'accettazione, la comparizione personale delle parti dinanzi a sé.

Si procedeva poi con un'istruttoria semplificata¹⁹⁹, all'esito della quale l'arbitro invitava le parti a precisare le proprie conclusioni, assegnando contestualmente un termine di venti giorni per adempiere siffatta attività, e nei successivi venti pronunciava il lodo, attenendosi ai documenti fornitigli ed a quanto emerso nell'udienza.

Nel caso di accoglimento della domanda, provvedeva a quantificare la somma a titolo di ristoro, nei limiti della quantità per cui riteneva raggiunta la prova.

Secondo autorevole dottrina, l'esito di tale forma di arbitrato si poteva assimilare ad una *“decisione sommaria, presa sulla sola base di prove documentali e potenzialmente non idonea a soddisfare integralmente l'investitore, il quale aveva dunque la possibilità di agire in via ordinaria per la completa liquidazione del danno subito”*²⁰⁰.

La facoltà di esperire un giudizio in via ordinaria, per ottenere un accertamento pieno sui fatti costituenti la contesa, non spettava, invece, all'intermediario.

Siffatta scelta, come rilevato in dottrina, si poteva giustificare in ragione del fatto che l'intermediario, già in sede arbitrale, disponeva di tutti i mezzi per potersi adeguatamente tutelare, potendo, infatti, presentare in sede di giudizio tutti gli elementi di prova documentali a sé favorevoli²⁰¹; sollevando, però, anche dubbi in relazione alla legittimità costituzionale della previsione²⁰².

¹⁹⁹ Durante l'udienza l'arbitro era libero di interrogare le parti, chiedere chiarimenti ed indicare eventuali questioni rilevabili ex officio.

²⁰⁰ Si riporta il pensiero di Lupoi M.A., in Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., p.397

²⁰¹ Nascosi A., “La nuova Camera di conciliazione ed arbitrato presso la Consob”, in Nuove leggi civ.comm., 2009, p.980.

2.3. Le ragioni della cessazione dell'attività

La Camera di conciliazione ed arbitrato, seppur di contemporanea costituzione dell'ABF, non ha ottenuto il successo sperato, come invece è accaduto per l'Arbitro Bancario Finanziario.

Negli anni di attività, si può rilevare che, nell'ambito delle conciliazioni, è stato alto il numero di mancate adesioni da parte degli intermediari alle richieste presentate dai clienti ed ulteriormente esigua la percentuale di accordi effettivamente raggiunti nelle rimanenti ipotesi di composizione della lite.

Per quanto attiene alle forme di arbitrato, il fallimento derivante dalla marginale utilizzazione delle stesse è da ricercare nel fatto che, per potersi avvalere di suddetto strumento ADR, vi era la necessità della presenza della clausola compromissoria nel contratto regolante il rapporto tra investitore ed intermediario, la quale vincolava solo l'intermediario, salvo che fosse stata dimostrata la sua discendenza da una separata trattativa privata; ovvero che in precedenza fosse stata attivata la procedura *ex art. 810, comma 1 c.p.c.* (invito ed adesione rimesso alla volontà delle parti)²⁰³.

In conclusione, si può affermare che l'attività svolta dalla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob sia stata tutt'altro che positiva, ragion per cui, il legislatore, riprendendo il modello dell'Arbitro Bancario Finanziario, ha provveduto alla creazione di un Arbitro *ad hoc* per le controversie finanziarie, ovvero l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), facendo venir meno, dal 2017, suddetta Camera.

3. Finalità e struttura dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie

A seguito della fallimentare esperienza vissuta con la Camera di conciliazione ed arbitrato, già dal 2012, la Consob aveva iniziato ad elaborare nuove idee per riformare e rinforzare l'utilizzo degli strumenti ADR nel settore finanziario.

Dando seguito alla direttiva UE 21 maggio 2013, n. 11, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, il legislatore, con il D.Lgs. 6 agosto 2015, n.130, ha cercato di porre rimedio alla situazione allora vigente, introducendo un nuovo Arbitro.

²⁰² Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., *op.cit.*, p.397

²⁰³ Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., *op.cit.*, p. 283

In particolare, con l'articolo 1 *bis*, intervenendo sul D.Lgs. n.179/2007, aveva aggiunto all'articolo 2 i commi 5 *bis* e 5 *ter*.

Con il comma 5 *bis* sanciva l'obbligo di adesione, per i soggetti sottoposti alla vigilanza della Consob, tassativamente indicati nel proprio regolamento, ai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, per le questioni sorte con gli investitori diversi dai clienti professionali, prevedendo, inoltre, sanzioni qualora le società e gli enti non vi avessero dato seguito.

Il comma 5 *ter* invece, demandava alla stessa Consob, in ossequio ai principi, alle procedure e ai requisiti di cui alla parte V, titolo II *bis* del D.Lgs. 6 settembre 2005, n.6, l'onere di individuare i criteri di svolgimento delle procedure richiamate dal precedente comma, oltre a definire la composizione dell'organo decidente, garantendo l'imparzialità e la rappresentatività dei soggetti coinvolti, stabilendo il tutto con proprio regolamento.

Successivamente, con la legge di stabilità del 2016, sono state abrogate le disposizioni di cui agli articoli 2 commi 1-5, 3, 4, 5 e 6 del soprammenzionato decreto e la Consob, con delibera n.19602 del 4 maggio 2016²⁰⁴ ha dato vita al nuovo organismo di risoluzione stragiudiziale per le controversie denominato Arbitro per le Controversie Finanziarie.

In particolare, l'articolo 2 della delibera istitutiva prevede che *“la Consob adotta, con successive delibere, disposizioni di attuazione del regolamento, disciplinanti l'organizzazione e il funzionamento dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie, e ne determina la data di avvio dell'operatività”*.

Per dar seguito a quanto sopra stabilito, la Consob ha successivamente pubblicato altri due provvedimenti, quali il n.19700²⁰⁵ (*Adozione delle disposizioni organizzative e di funzionamento dell'arbitro per le controversie finanziarie, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, del regolamento emanato con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016*) e il n.19701²⁰⁶ (*Adozione del codice deontologico per i componenti del collegio dell'arbitro per le controversie finanziarie, di cui all'articolo 7, comma*

²⁰⁴ <https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/Regolamento+ACF+-+Delibera+n.+19602/f4f86799-a51c-4ce5-b773-1dfd8d347e55>

²⁰⁵

<https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/Disposizioni+organizzative+e+di+funzionamento+dell'arbitro+per+le+controversie+finanziarie%2C+ai+sensi+dell'articolo+19%2C+comma+3%2C+del+regolamento+emanato+con+delibera+n.+19602+del+4+maggio+2016+-+Delibera+n.+19700+del+3+agosto+2016/08c68fac-5ff7-41c0-8cc0-8643f1b36085>

²⁰⁶

<https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/Codice+deontologico+per+i+componenti+del+collegio+dell'arbitro+per+le+controversie+finanziarie%2C+di+cui+all'articolo+7%2C+comma+1%2C+del+regolamento+emanato+con+delibera+n.+19602+del+4+maggio+2016+-+Delibera+n.+19701+del+3+agosto+2016/8827a78f-ef37-4d49-b44c-56c8ef1a4bd6>

l, del regolamento emanato con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016) e poi con la delibera n.19783²⁰⁷ ha sancito l'effettiva operatività dell'ACF a partire dal 9 gennaio 2017.

Come è possibile evincere dalla Relazione illustrativa della Consob, l'obiettivo dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie è quello di rendere più efficace ed ampia la tutela offerta agli investitori al dettaglio, in cui vengono ricomprese anche le persone giuridiche che non abbiano richiesto di essere trattati come clienti professionali; consentendo agli stessi di ottenere una decisione sulla disputa insorta a seguito della violazione, da parte degli intermediari, degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza nella prestazione dei servizi e attività di investimento.

In particolare, l'ACF ha elaborato il concetto dell'"informazione in concreto", da intendersi come il dovere, in capo all'intermediario, di valutare volta per volta, quale tipologia di investimento e quale strumento finanziario sia più idoneo per il singolo cliente, mettendolo quindi nella condizione di compiere la miglior scelta per sé; di conseguenza, affinché l'intermediario non incorra in omissioni e/o violazioni, non sarà sufficiente la sola consegna, al cliente, di tutta la documentazione informativa, necessitando in aggiunta, la correlativa spiegazione.

Per quanto attiene alla diligenza, questa è di certo rilevante nelle attività propedeutiche all'offerta del prodotto o del servizio, infatti, all'intermediario si richiede di svolgere correttamente l'attività di profilatura del cliente²⁰⁸ (questionario MiFID), per poi proporre degli investimenti che siano adeguati e appropriati allo stesso. Anche dopo il compimento dell'operazione, in capo all'intermediario vi sono comunque degli obblighi nei confronti del cliente, come ad esempio, l'obbligo di monitoraggio continuo dell'andamento degli strumenti finanziari, nel caso di particolari caratteristiche del prodotto o del servizio offerto; oppure di aggiornare costantemente le informazioni sulla controparte poiché, in caso di mutamenti di rilievo, potrebbero cambiare gli obiettivi di investimento o la sua propensione al rischio.

Va poi rilevato che, contrariamente al nome assegnatogli, il sistema in questione non svolge una funzione di arbitrato nel vero senso del termine, ma, all'esito del procedimento, si avrà una decisione di natura non vincolante anche sul piano negoziale²⁰⁹.

²⁰⁷ <https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/delibera+di+avvio+operativita%27/9583acf9-1609-43f8-94db-863f7dfc7256>

²⁰⁸ Dal canto suo, il cliente, dovrà impiegare tutto il tempo necessario per una veritiera compilazione del questionario di profilatura, chiedendo prima della sottoscrizione, all'intermediario, il chiarimento di qualsiasi dubbio occorso durante la redazione dello stesso.

²⁰⁹ Nonostante la questione sia oggetto di ampi dibattiti dottrinali, va comunque rilevato che la funzione arbitrale dell'ACF (nonché dell'ABF) si esaurisce nella funzione decisoria e ciò in quanto sussistono ancora opinioni discordanti sulla natura delle decisioni assunte, poiché non giuridicamente vincolanti.

Inoltre, a dimostrazione del contributo che l'Arbitro vuole fornire agli investitori, di rilievo è il fatto che agli intermediari, come disposto dall'articolo 3 del Regolamento, siano obbligati ad aderire al sistema prima di iniziare l'attività; a ciò si aggiunge la rapidità con cui viene emessa la decisione (la durata del procedimento non può andare oltre limiti predefiniti), nonché la gratuità dell'attivazione della procedura ad opera degli investitori e la facilità di utilizzo.

Come per l'ABF, anche il ricorso all'ACF consente al cliente di assolvere alla condizione di procedibilità di cui all'articolo 5, comma 1-*bis* del D.Lgs. n.28/2010; altro tratto in comune tra i due Arbitri è quello di poter agire più liberamente, in quanto svincolati dai criteri eminentemente formali che caratterizzano e tipizzano le specifiche categorie di organi giudicanti. La libertà di forma di cui sono dotati gli ha infatti permesso di affermarsi e migliorarsi rispetto alle esigenze del mondo bancario e finanziario, garantendo innanzitutto, una migliore tutela dei clienti/investitori meno esperti.

3.1. La struttura

L'Arbitro per le Controversie Finanziarie ha una struttura articolata in un Collegio che decide sui ricorsi ed una Segreteria tecnica.

Il Collegio decidente²¹⁰, con sede a Roma, è composto da un Presidente, che resta in carica per cinque anni, e altri quattro membri, il cui mandato è di durata triennale, con possibilità di riconferma per una sola volta²¹¹. Al termine del secondo mandato, i membri supplenti ed effettivi possono essere nominati, rispettivamente, membri effettivi e Presidente, per un solo ulteriore mandato. Trascorsi due anni dalla conclusione del mandato, inclusi gli eventuali rinnovi, il componente è nuovamente nominabile.²¹²

La Consob provvede direttamente alla designazione di tre componenti del Collegio, tra cui vi è compreso anche il Presidente, oltre ai sei membri supplenti; gli altri due (più i quattro supplenti) sono

²¹⁰ <https://www.acf.consob.it/chi-siamo/il-collegio>

²¹¹ Con delibera n. 19782 del 23 novembre 2016 si è provveduto alla prima nomina dei componenti dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie, la cui efficacia è decorsa dal 12 dicembre 2016; successivamente, la Consob (delibera 11 dicembre 2019, n. 21183, <https://www.consob.it/web/area-pubblica/bollettino/documenti/bollettino2019/d21183.htm>) ha di nuovo confermato, per un altro triennio, suddetti membri, ed infine, con la delibera del 2 dicembre 2021, n.2210 (<https://www.consob.it/web/area-pubblica/bollettino/documenti/bollettino2021/d22106.htm>), ha provveduto alla riconferma, per un ulteriore quinquennio, a decorrere dal 13 dicembre 2021, del Presidente del Collegio dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie.

²¹² Relazione sull'attività svolta nel corso del 2021, p. 88, <https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/Relazione+annuale+ACF+2021/ca7990dd-6ca9-4dd4-9d2d-d2506027125f>

nominati rispettivamente dalle associazioni di categoria degli Intermediari maggiormente rappresentative a livello nazionale e dal Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti (CNCU)²¹³, all'interno del quale sono rappresentate le associazioni dei consumatori rilevanti a livello nazionale.

Tra le categorie elegibili vi rientrano gli avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori; dottori commercialisti con iscrizione, dodicennale o superiore, nella sezione A) dell'albo dottori commercialisti e revisori contabili; notai con perlomeno sei anni di anzianità di servizio; magistrati ordinari, in carica da almeno dodici anni o in pensione; magistrati amministrativi o contabili con sei anni di servizio o in quiescenza; professori universitari di ruolo in materie economiche o giuridiche e dirigenti dello Stato o di Autorità indipendenti con almeno venti anni di servizio, laureati in discipline giuridiche o economiche in attività o in quiescenza²¹⁴.

Oltre a tale prerequisite si richiede che i membri del Collegio siano dotati di comprovata competenza ed esperienza, di indiscussa indipendenza ed onorabilità.

Si badi che non hanno possibilità di essere nominati coloro che, negli ultimi due anni, hanno ricoperto, presso gli intermediari e le loro associazioni o presso le associazioni dei consumatori, cariche sociali o vi hanno svolto attività di lavoro subordinato o comunque sono stati inseriti nell'organizzazione aziendale.

I componenti del Collegio sono tenuti al rispetto delle disposizioni del codice deontologico adottato dalla Consob con la delibera n.19701 del 3 agosto 2016, gli si richiede, inoltre, che dedichino all'incarico tutto il tempo necessario all'efficace espletamento, oltre al rispetto della segretezza su tutti i dati e le informazioni acquisite nello svolgimento delle proprie funzioni.

In particolare, al Presidente, secondo l'articolo 3 della delibera n.19700 Consob²¹⁵, spetta la rappresentanza dell'Arbitro *“nei settori di competenza, anche al fine di definire questioni relative*

²¹³ Attualmente l'ACF è così strutturata: il Presidente è il Dott. Gianpaolo Eduardo Barbuzzi; tra i componenti effettivi vi sono: la Dott.ssa Daniela Morgante, la Prof.ssa Marilena Rispoli Farina, l'Avv. Giorgio Afferni ed il Prof. Avv. Giuseppe Guizzi.

I componenti supplenti del collegio dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie sono: il Prof. Antonio Albanese, la Prof.ssa Maria Debora Braga, il Prof. Avv. Michele D Mari, il Prof. Avv. Luigi Salamone, il Prof. Vincenzo Farina, l'Avv. Donato Patera, il Prof. Avv. Francesco De Santis, il Prof. Avv. Raffaele Lener, il Prof. Avv. Gustavo Olivieri e il Prof. Avv. Philipp Fabbio.

²¹⁴ Mazzoli E., op. cit., p.96.

²¹⁵ Art. 3 (*Attribuzioni del Presidente*):

1. Il Presidente, ferme restando le attribuzioni previste dall'articolo 8 del regolamento e con l'ausilio della segreteria tecnica:

a) rappresenta l'Arbitro nei settori di competenza, anche al fine di definire questioni relative all'ambito delle reciproche competenze con altri organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie;

all'ambito delle reciproche competenze con altri organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"; inoltre, è lo stesso che provvede ad attribuire, in relazione a ciascun ricorso, il ruolo di relatore²¹⁶ a un membro del collegio o a sé medesimo, tenendo conto dei relativi carichi di lavoro e della complessità dei ricorsi presentati.

La Segreteria tecnica costituisce, invece, l'unità organizzativa della Consob; la sua disciplina è rinvenibile nell'articolo 5 della delibera n.19700 della Consob²¹⁷, che precisa i compiti a questa attribuiti dall'articolo 9 del regolamento dell'ACF.

-
- b) stabilisce il calendario delle riunioni del collegio;
 - c) convoca il collegio, stabilisce l'ordine del giorno e ne dirige i lavori;
 - d) attribuisce, in relazione a ciascun ricorso, il ruolo di relatore a un membro del collegio o a sé medesimo, tenendo conto dei relativi carichi di lavoro e della complessità dei ricorsi presentati;
 - e) sottoscrive le decisioni del collegio;
 - f) vigila sull'osservanza da parte dei componenti del collegio delle previsioni di cui all'articolo 7 del regolamento, comunicando alla Consob le eventuali violazioni accertate;
 - g) esercita ogni altra funzione prevista dalle disposizioni di legge o di regolamento.

²¹⁶ Per relatore si intende, il componente del collegio al quale viene attribuito dal Presidente il compito di illustrare al collegio la singola controversia e di redigere l'atto che la definisce. Le mansioni da questo svolte sono enunciate all'articolo 4, rubricato "Attribuzioni del relatore":

1. Il relatore, esaminato il ricorso assegnatogli, illustra al collegio gli aspetti di fatto e di diritto della controversia e propone la possibile soluzione.
2. Una volta adottata la deliberazione, il relatore redige la decisione, che è trasmessa al Presidente per la sottoscrizione.

²¹⁷ Art. 5 (*Attribuzioni della segreteria tecnica*):

1. La segreteria tecnica cura gli adempimenti necessari per la composizione e il funzionamento del collegio e per l'assunzione delle decisioni e fornisce assistenza al Presidente e al collegio nello svolgimento delle attività di competenza.
2. La segreteria tecnica, fermi restando i compiti attribuiti dall'articolo 9 del regolamento:
 - a) riceve i ricorsi presentati dagli investitori e procede all'apertura e alla tenuta dei fascicoli relativi alle controversie;
 - b) accerta la regolarità e completezza della documentazione presentata dalle parti e, ove necessario, chiede eventuali integrazioni fissando i termini per la trasmissione;
 - c) verifica i presupposti per l'avvio della procedura e ne dà comunicazione alle parti;
 - d) effettua le comunicazioni e riceve la documentazione dalle parti;
 - e) rende disponibili a ciascun componente del collegio, prima della riunione in cui viene discusso il ricorso, la relazione ed il fascicolo formati ai sensi dell'articolo 11, comma 7, del regolamento;
 - f) sottopone al Presidente il calendario delle riunioni del collegio e l'ordine del giorno di ciascuna riunione;
 - g) assiste alle riunioni del collegio e ne redige il verbale;
 - h) cura la gestione dell'archivio dell'ACF;
 - i) verifica il rispetto degli adempimenti degli intermediari connessi all'adesione all'ACF e segnala eventuali violazioni alla unità organizzativa competente;
 - j) tiene l'elenco degli intermediari che aderiscono all'ACF;
 - k) cura la classificazione delle decisioni e la loro pubblicazione sul sito internet dell'ACF;
 - l) vigila sull'attuazione delle decisioni da parte degli intermediari e ne informa il collegio; provvede alla pubblicazione della notizia dell'inadempimento da parte dell'intermediario sul sito web dell'ACF;
 - m) cura gli adempimenti finalizzati all'acquisizione delle somme a copertura delle spese del procedimento ai sensi dell'articolo 18 del regolamento;
 - n) cura gli adempimenti connessi alla partecipazione dell'ACF alla rete Fin.Net.
3. La segreteria tecnica cura le attività connesse alla predisposizione della relazione annuale sull'attività dell'ACF nel rispetto delle previsioni dell'articolo 141-quater, comma 2, del codice del consumo e la sottopone all'approvazione del Presidente per la trasmissione alla Consob e la pubblicazione nel sito dell'Arbitro.

La medesima aiuta sia tecnicamente che organizzativamente il Collegio in modo da garantire il corretto espletamento dei procedimenti e delle attività a ciò strumentali.

In primis, a questa spetta il compito di verificare la ricevibilità e l'ammissibilità del ricorso, avendo la facoltà di chiedere al ricorrente l'integrazione dei documenti presentati o di fornire informazioni più chiare; successivamente all'avvio del procedimento, forma il fascicolo e redige una relazione per il Collegio sui fatti oggetto della controversia.

Ulteriori mansioni sono poi svolte collaborando con il Presidente ed il Collegio, infatti, sulla stessa grava l'onere di occuparsi di tutti gli adempimenti necessari per l'ordinato e corretto, oltre che efficiente, espletamento delle attività istruttorie relative ai ricorsi.

In ultimo, provvede alla stesura della relazione annuale dell'ACF.

Con la sua presenza, dunque, si pone come ponte di connessione tra l'Arbitro ed i clienti, sia tramite i suoi servizi, sia tramite la gestione del portale online sul sito dell'ACF.

3.2. L'ambito di operatività dell'ACF

L'Arbitro per le Controversie Finanziarie opera nel campo dei servizi di investimento offerti dagli intermediari finanziari nei confronti degli investitori "*retail*", più precisamente si occupa delle controversie nelle quali l'investitore si lamenta dei danni subiti a seguito delle violazioni, operate dall'intermediario, relative agli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza sanciti dalla parte II del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n.58 (Testo Unico della Finanza, TUF).

Nella cognizione dell'Arbitro rientrano anche le controversie transfrontaliere e quelle oggetto del Regolamento UE n.524/2013 (regolamento sull'*ODR* per i consumatori), con un limite di valore, nel caso di richiesta di una somma di denaro, fino a cinquecento mila euro²¹⁸; fuoriescono dalla competenza ACF, invece, le richieste correlate ai danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dei suindicati obblighi, ovvero quelle che non abbiano natura patrimoniale.

Per quanto attiene alla competenza *ratione temporis*, si prevede che l'Arbitro possa conoscere soltanto le controversie relative ad operazioni o a comportamenti dell'intermediario entro il decimo anno precedente alla data di proposizione del ricorso. La scelta di introdurre un limite temporale, operata con le modifiche apportate al Regolamento in vigore dall'ottobre 2021, è volta a delimitare

4. Il responsabile della segreteria tecnica partecipa al tavolo di coordinamento e indirizzo previsto dall'articolo 141-octies, comma 3, del codice del consumo.

²¹⁸ La scelta di porre all'ACF un limite di valore più alto rispetto a quello ABF si è rivelato corretto, poiché dalle Relazioni annuali è emerso che il valore medio della pretesa si attesta intorno ai 60 mila euro, quello delle condanne è di circa 40 mila euro.

la cognizione dell'Arbitro a controversie inquadrabili in un arco temporale definito e che possono dunque essere decise all'esito di un'istruttoria esclusivamente documentale, che tenga anche in considerazione le regole sulla conservazione dei documenti ai cui sono sottoposti gli intermediari²¹⁹.

Legittimati a rivolgersi all'ACF sono dunque non solo i risparmiatori/investitori, intesi come persone fisiche e consumatori, ma anche le imprese, le società ed altri enti che non siano in possesso di particolari competenze, conoscenze ed esperienze (articolo 2, comma 1, lett. g) del regolamento), sono esclusi soltanto i clienti professionali e le controparti qualificate (ad esempio banche, compagnie assicurative, governi nazionali e le imprese di grandi dimensioni)²²⁰; siffatta limitazione trova le sue ragioni nel fatto che il rapporto intercorrente tra le due parti non sia caratterizzato da uno squilibrio, poiché entrambi sono professionisti e dunque non vi è un contraente più debole che necessita una tutela più stringente. Il diritto riconosciuto all'investitor di ricorrere all'Arbitro per le Controversie Finanziarie è irrinunciabile ed è sempre esercitabile anche nelle ipotesi in cui siano presenti, nei contratti, delle clausole che consentano di affidare la controversia ad altri organismi ADR²²¹.

Si badi che, il regolamento ACF, riconosce esclusivamente agli investitori la legittimazione attiva e a tal riguardo, si può richiamare la pronuncia ACF, 18 gennaio 2018, n.207, la quale ha precisato che affinché vi sia legittimazione attiva, si ritiene sufficiente che il ricorrente si presenti come titolare del diritto vantato, da valutarsi sul metro della domanda così come prospettata dal ricorrente, senza pure necessità di indagare se all'affermazione corrisponda l'effettiva titolarità del diritto²²².

Rappresentano invece l'altra parte della controversia gli intermediari, i quali sono costituiti dai soggetti autorizzati dalla Consob e dalla Banca d'Italia alla prestazione dei servizi di investimento nei confronti della loro clientela.

²¹⁹ Malvasi M., Le modifiche al Regolamento ACF, 14 giugno 2021, in <https://www.diritto bancario.it/art/le-modifiche-al-regolamento-acf/>

²²⁰ Per completezza, si veda per la definizione di "controparte qualificata" l'art.6, comma 2 quater, lett. d), TUF e alle relative Disposizioni di attuazione del reg. Intermediari; per "cliente professionale" si rimanda all'art.6, comma 2 quinquies e 2 sexies del TUF e alle relative Disposizioni di attuazione del regolamento Intermediari; sulla divisione tra "cliente professionale di diritto" o "su richiesta", si veda Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., p.325, note 4 e 5.

²²¹ Liace G., op.cit., p.12

²²² ACF, Decisione n. 207 del 18 gennaio 2018 (https://www.acf.consob.it/web/guest/decisioni-del-collegio/ricerca-avanzata?p_p_id=ricercadecisioniavanzata_WAR_acfClientPortlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_resource_id=downloadFile&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&ricercadecisioniavanzata_WAR_acfClientPortlet_param=goToResults&ricercadecisioniavanzata_WAR_acfClientPortlet_implicitModel=true&uuid=7f7eff2d-2802-4f5c-b5ae-f91a6d0c673d)

All'interno della ampia definizione offerta dall'articolo 2, comma 1 lett.h) del regolamento ACF²²³, sono ricomprese: le banche, le società di intermediazione mobiliare (SIM), Poste Italiane – Divisione Servizi di Banco Posta e soggetti che gestiscono fondi comuni di investimento (sgr, sicav e sicaf)²²⁴.

Inoltre, vi sono anche i consulenti finanziari autonomi e le società di consulenza finanziaria iscritti nell'apposito albo *ex artt. 18 bis e 18 ter* TUF; i gestori dei portali per la raccolta di capitale per le start-up innovative, per le piccole e medie imprese (ai sensi dell'articolo 50 *quinquies* del TUF, queste devono essere iscritte in un apposito registro tenuto dalla Consob²²⁵) e per le imprese sociali ed in ultimo, i soggetti abilitati alla distribuzione assicurativa, limitatamente alla distribuzione di prodotti d'investimento assicurativo²²⁶.

Gli investitori sono legittimati a presentare ricorso anche contro le imprese di investimento estere: se si tratta di imprese comunitarie, si richiede che abbiano una sede/succursale in Italia e dunque, essendo soggetti rientranti nella vigilanza della Consob, sono obbligate ad aderire al sistema ACF; se, invece, extracomunitarie e dunque operanti in regime di libera prestazione dei servizi e senza succursale italiana, si prevede che restino assoggettate all'autorità di vigilanza del paese d'origine e dunque l'Arbitro non potrà esaminare il ricorso, ma potrà fornire accesso a strumenti di risoluzione alternativa delle controversie attraverso Fin-Net.

Come già detto, l'oggetto della contesa deve riguardare servizi di investimento, fra questi sono ricomprese le negoziazioni per conto proprio; la ricezione, esecuzione e trasmissione di ordini (in cui l'intermediario riceve dal cliente un ordine di acquisto/vendita di strumenti finanziari e lo trasmette ad un altro per l'esecuzione); la gestione individuale dei portafogli e la consulenza in materia di investimenti, oltre alla gestione collettiva del risparmio; al contrario, l'Arbitro per Controversie Finanziarie non può decidere sulle questioni attinenti i rapporti esclusivamente bancari, sui contratti

²²³ La definizione fornita dal regolamento ricomprende tendenzialmente tutti i soggetti obbligati ad aderire all'ACF, prevedendo un ampliamento dei soggetti individuati dall'art. 1, comma 1, lett. r) del TUF.

²²⁴ Questi soggetti rispondono anche per l'attività svolta per loro conto da consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede.

²²⁵ I gestori dei portali per la raccolta di capitali per start-up innovative e PMI offrono attraverso il web quote o azioni di società di recente costituzione o di piccole/medie dimensioni che operino in settori innovativi.

²²⁶ Per un ulteriore chiarimento si riporta Mazzoli E., op.cit., p.97: “Con riferimento a detti prodotti, da individuare correttamente in base alle dizioni contenute nel contratto sottoscritto (es. prodotto finanziario-assicurativo di tipo *Unit-linked* o *Index-linked*, prodotto finanziario di capitalizzazione) la competenza dell'ACF è limitata alla sola fase dell'offerta in sottoscrizione e al collocamento e dunque può avere ad oggetto casi in cui siano state fornite informazioni insufficienti sulla polizza, venduti prodotti non adeguati al profilo di rischio del cliente o simili, mentre altre questioni come il calcolo dei rendimenti o quelli attinenti alla fase di liquidazione delle polizze esulano da siffatto raggio d'azione.”

di custodia e di amministrazione titoli; in particolare, a seguito del primo forum tra l'ABF e l'ACF (tenutosi nel novembre 2021), si è convenuto che sussiste la competenza dell'ABF qualora la contesa riguardi il trasferimento del conto deposito titoli; spetta, invece, all'ACF la risoluzione delle liti sorte a seguito di un comportamento dell'intermediario nello svolgimento del servizio di investimento.

Esulano, inoltre, dalla cognizione dell'Arbitro le controversie sulla normativa fiscale e tributaria²²⁷, sui buoni fruttiferi postali, sulla vendita dei diamanti, sul trasferimento di strumenti finanziari tra privati (potendo decidere al riguardo solo se dal ricorso emergono elementi che siano sintomo della prestazione di un servizio di investimento), sugli inadempimenti informativi che vedono l'intermediario come emittente e non nella qualità di prestatore del servizio ed in ultimo sulle questioni discendenti da rapporti di assicurazione.

4. La disciplina

L'evoluzione delle vicende che hanno portato alla nascita dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie rispecchia a pieno anche lo sviluppo normativo di quest'ultimo, si può, infatti, parlare di una disciplina con formazione "a cascata".

Prima tra tutte vi è la legge 7 ottobre 2014 ("Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2013 - secondo semestre"), che in particolare, all'articolo 8, individua i principi e i criteri direttivi necessari per dar seguito a quanto sancito dalla Direttiva 2013/11/UE.

Sebbene il suddetto articolo non intervenga esplicitamente e specificatamente nel procedimento, fornisce, però, una serie di previsioni di carattere generale. Tra le più rilevanti vi sono: la richiesta di requisiti di imparzialità ed indipendenza delle persone fisiche deputate a svolgere le procedure; l'obbligo di rispettare, per gli organismi ADR, il principio di trasparenza; il perseguimento, nel procedimento, del criterio dell'efficacia (con la previsione della possibilità di svolgimento *online* ed *offline*, della gratuità o, comunque, dello svolgimento a costi contenuti che consentano a tutti di usufruirne, anche senza necessità di assistenza legale); dell'equità, o meglio della correttezza del procedimento; della libertà e della legalità.

Sulla scorta della delega fornita con la suindicata legge, il Governo ha adottato il D.Lgs 6 agosto 2015, n.130 con il quale, all'articolo 1, ha integrato nel codice di consumo l'intero contenuto della Direttiva 2013/11/UE e con l'articolo 1 *bis* è intervenuto per modificare ed aggiungere due nuovi

²²⁷ L'ACF può decidere al riguardo soltanto nel caso di mancato adempimento dell'intermediario, sotto il profilo informativo, di obblighi strumentali a consentire al cliente di operare consapevolmente in materia di investimenti finanziari.

commi, ovvero il 5 *bis* e il 5 *ter*, all'art. 2 del D.Lgs. n.179/2007 (istitutivo della Camera di conciliazione ed arbitrato); non sancendo, però, nulla sulla già esistente Camera presso la Consob.

Solo successivamente, con la legge di stabilità del 2016, si provveduto alla soppressione di quest'ultima, lasciando spazio all'Arbitro per le Controversie Finanziarie, il cui regolamento è stato emanato dalla Consob con la delibera n.19602 del 4 maggio 2016²²⁸, disponendo, inoltre, con il decreto legislativo n.129 del 3 agosto 2017²²⁹, l'abrogazione dell'intero D.Lgs. n.179/2007.

Un ulteriore riconoscimento è stato realizzato dal legislatore ordinario, che con la legge 21 settembre 2018, n.18, ha espressamente attribuito alle decisioni assunte dall'ACF una particolare e limitata efficacia giuridica.

La delibera n.19602, recante il regolamento dell'Arbitro, è completata da altre cinque relative ai “compensi e rimborsi di spesa da corrispondere al presidente e ai membri” (del. n.19622); all’ “adozione delle disposizioni organizzative e di funzionamento” (del. n.19700); al “codice deontologico per i componenti del collegio” (del. n.19701); all’ “istituzione dell'Ufficio di segreteria tecnica dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie” (del. n.19729) e all’ “avvio dell'operatività” (del. n.19783); la Consob ha inoltre previsto che, almeno con cadenza triennale, le disposizioni regolamentari vengano riviste ed aggiornate alla luce delle evoluzioni normative ed applicative.

Il regolamento dell'Arbitro si compone di 19 articoli, suddivisi in quattro capi, quali: “Disposizioni generali” (artt.1-4); “struttura dell'Arbitro” (artt.5-9); “procedura” (artt. 10-18) e “Disposizioni finali” (art.19). Il primo capo fornisce all'articolo 2 tutte le definizioni necessarie per compiere un attento studio sullo stesso, proseguendo poi con la statuizione dell'obbligo di adesione al sistema ACF per gli intermediari. In particolare, l'articolo in questione è stato oggetto di recente modifica (del. n.21867 del 2021), la quale ha completamente riscritto il testo dei primi due commi²³⁰, abrogando invece il terzo.

²²⁸ Si veda nota 22.

²²⁹ Va evidenziato che l'art.2, comma 32 e l'art.10, comma 12 hanno riprodotto nell'art.32 *ter* del TUF i commi 5 *bis* e *ter* ed inoltre, hanno sancito che a partire dal gennaio 2018 i riferimenti ai suddetti commi, ormai abrogati, fossero da intendersi in relazione ai commi 1, 2, 3 dell'art. 32 *ter* del TUF.

²³⁰ Articolo 3 (*Adesione degli intermediari all'Arbitro*):

“1. Gli intermediari, prima di iniziare l'attività, aderiscono all'Arbitro, anche attraverso le associazioni di categoria a cui partecipano, tramite comunicazione redatta utilizzando la modulistica resa disponibile sul sito web dell'Arbitro. Ove non partecipino ad alcuna associazione di categoria, gli intermediari indicano nella comunicazione di adesione l'associazione di categoria a cui fanno riferimento per la designazione dei membri del collegio ai sensi dell'articolo 5, comma 4, lettera a).

2. Gli intermediari, anche attraverso le associazioni a cui partecipano, comunicano senza indugio alla Consob ogni variazione intervenuta rispetto alle informazioni contenute nella modulistica relativa alla comunicazione di adesione prevista al comma 1. [...]”

Di essenziale utilità è poi l'articolo 4, rubricato “*Ambito di operatività*”, strutturato in 6 commi che si occupano di circoscrivere l'applicazione dello strumento.

In primis si fissa l'ambito rientrante nella competenza ACF, sancendo espressamente, inoltre, con le recenti modifiche, che l'Arbitro, oltre a conoscere le controversie derivanti dalla violazione di obblighi di trasparenza, informazione, correttezza e diligenza previsti dalla parte II del Tuf, sia competente anche per le liti derivanti dalla mancata consegna del *KID (Key Information Document)* ex artt. 13 e 14 del Regolamento (UE) n.1286/2014; vi è poi l'inserimento del comma 1 *bis*²³¹, il quale oltre a precisare l'ambito di competenza dell'ACF, prevede la possibilità di analizzare e decidere, ancorché in via incidentale, domande di annullamento, risoluzione e rescissione del contratto, oltre ad ogni altra azione di impugnazione contrattuale. Con l'intervento in questione, non vi è stata l'intenzione di assegnare allo stesso la facoltà di adottare pronunce costitutive, bensì ci si è limitati a riconoscergli la possibilità di conoscere tali domande solo in ragione di un eventuale accoglimento della richiesta risarcitoria.

Rilevante è altresì l'introduzione del comma 3 *bis*, con la previsione di un limite *ratione temporis* alla competenza dell'Arbitro, destinato a poter decidere solo “*sulle operazioni o i comportamenti posti in essere entro il decimo anno precedente alla data di proposizione del ricorso*”.

Tale scelta si giustifica nell'ottica di individuare un campo d'azione ben circoscritto; inoltre, nonostante in fase di consultazione si fosse discusso sulla possibilità di prevedere un limite più stringente (in linea con quello dell'ABF), la Consob ha preferito optare per il suddetto in ragione del fatto che la percezione dei danni derivanti da investimenti finanziari risulta diluita nel più lungo termine rispetto ai danni derivanti dall'attività bancaria; nel contempo, è stata invece accettata la proposta far decorrere il termine non dalla proposizione del reclamo all'intermediario, bensì dalla data di ricorso all'Arbitro²³².

Il regolamento prosegue poi con il Capo II, relativo alla struttura organizzativa del sistema ACF, nella quale si esamina la composizione e la natura del collegio e dei suoi membri, la Presidenza e la Segreteria tecnica; per poi giungere al Capo III, deputato a delineare la procedura.

Degni di menzione, anche alla luce delle modifiche *ex delibera* Consob 26 maggio 2021, n.21867, sono gli articoli 10 e 11, rispettivamente rubricati “*Condizioni di ricevibilità*” e “*Avvio e svolgimento del procedimento*”.

²³¹ Art. 4, comma 1 *bis*: “Salvo quanto previsto ai commi 2 e 3, l'Arbitro conosce di ogni domanda rientrante nell'ambito delle controversie su cui ha competenza. L'Arbitro può conoscere, ancorché in via incidentale e ove necessario ai fini di decidere sulle richieste di natura restitutoria, anche le domande di annullamento, risoluzione e rescissione del contratto, nonché ogni altra azione di impugnativa negoziale.”

²³² Malvasi M., op. cit.

Per quanto attiene al primo, rilevante è la precisazione dei soggetti legittimati attivamente; il comma 1 (ampliato con l'ultimo periodo) recita infatti *“Il ricorso all'Arbitro può essere proposto esclusivamente dall'investitore [...]. Più soggetti possono presentare il ricorso congiuntamente solo se titolari del medesimo rapporto controverso.”*, escludendo in partenza la possibilità, per gli intermediari, di avvalersi dell'ACF per tutelarsi contro la clientela. Al riguardo, autorevole dottrina afferma che *“l'attivazione del procedimento avanti all'ACF è tutta e sola in mano al cliente e, all'inverso, la partecipazione dell'intermediario non è libera, bensì fatta oggetto di uno specifico obbligo di legge²³³”*. Da ciò consegue che il sistema è funzionale alla tutela del solo singolo investitore, escludendo dalla rosa dei soggetti legittimati, le associazioni dei consumatori, alle quali si può riconoscere solo la funzione di assistenza tecnica dei propri associati.

Come già detto, la legittimazione passiva rispetto alle pretese fatte valere dagli investitori spetta agli intermediari, intesi ai sensi dell'articolo 32 *ter*, comma 1 del TUF, escludendo il singolo consulente²³⁴.

Al secondo comma dell'articolo 10, relativo alle ipotesi di proposizione del ricorso, sono state aggiunte nuove ipotesi di ricevibilità dello stesso, oltre alla pendenza di altre procedure di risoluzione alternativa sulle stesse questioni, quali la pendenza di procedimenti arbitrali o giurisdizionali e l'esistenza di una precedente decisione di merito assunta dall'ACF o all'esito di un procedimento giurisdizionale o arbitrale. Siffatta scelta si giustifica alla luce di una migliore economia della procedura.

Con la quasi totale nuova stesura dell'articolo 1, la Consob ha cercato di soddisfare la necessità di garantire uno svolgimento tempestivo, ordinato ed efficiente.

Viene, innanzitutto, ribadita la preponderanza del portale online, come unico mezzo per presentare gli atti, proporre il ricorso e gestire la procedura; a ciò si aggiunge il comma 1 *ter* che recita: *“Ai fini dell'efficienza ed economicità del procedimento dinanzi all'Arbitro e fermo restando quanto previsto dal comma 4²³⁵, le parti evitano la produzione di documentazione sovrabbondante, disordinata o inconferente rispetto ai fatti controversi”*. Dell'ammissibilità e inammissibilità del ricorso proposto tratta invece l'articolo 12.

Il regolamento prosegue poi seguendo passo, passo lo svolgimento del procedimento, fino alla conclusione dello stesso e dunque all'enunciazione della decisione assunta dal Collegio.

²³³ Dolmetta A.A., Malvagna U., Sul nuovo “ADR Consob”, in Banca borsa tit. cred., 2016, p.261.

²³⁴ Per approfondimento si rimanda a Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., p.332, nota 21.

²³⁵ Il comma 4 richiede all'intermediario la produzione di tutta la documentazione afferente al rapporto controverso, ritenendola mai sovrabbondante se inerente al rapporto oggetto di contesa.

Per favorire il raggiungimento di una soluzione concordata della vertenza, si sono apportate una serie di modifiche, tra cui ai sensi dell'articolo 13, comma 3, lett. *b bis*) si è introdotta una nuova causa di estinzione del procedimento arbitrale, costituito dalla presentazione prima della decisione, da parte dell'intermediario, di documenti comprovanti il raggiungimento di un accordo con la controparte o il soddisfacimento di una sua pretesa; la possibilità di differire di 60 giorni l'accertamento del mancato adeguamento dell'intermediario alla decisione resa, qualora vengano avviate delle negoziazioni per arrivare alla formulazione di un accordo tra le parti (art.16, comma 2) e all'articolo 16, comma 3 *bis* è stata sancita la possibilità di ottenere la cancellazione dal sito web ACF dell'inottemperanza a quanto deciso, se vi sia stato un adempimento integrale, anche se tardivo, ovvero il raggiungimento di un accordo.

Ai sensi dell'articolo 18, comma 3 *bis* si stabilisce, invece, l'esonero dal versamento del contributo di soccombenza nel caso in cui l'intermediario abbia presentato, prima del ricorso, una proposta conciliativa di importo pari o superiore a quello successivamente riconosciuto dall'Arbitro, e questa sia stata rifiutata dalla controparte, ovvero una diminuzione dell'importo, pari alla metà del contributo, qualora suddetta proposta conciliativa sia stata effettuata successivamente alla presentazione del ricorso.

5. Il procedimento dinanzi all'Arbitro per le Controversie Finanziarie

A seguito della violazione dei doveri di informazione del cliente, di corretta esecuzione dei contratti prescritti *ex lege* per i soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario; nonché degli obblighi di diligenza e trasparenza, occorsa nella fase di sottoscrizione o in un momento successivo alla stipulazione di un contratto, l'investitore, in qualità di parte legittimata attivamente, può presentare ricorso avanti all'Arbitro per le Controversie Finanziarie.

Affinché il ricorso sia validamente considerato ricevibile, l'art. 10 del regolamento ACF richiede che non vi siano altri procedimenti pendenti sui medesimi fatti oggetto della controversia ed inoltre ai sensi del comma 2, che l'investitore abbia preventivamente presentato un reclamo all'intermediario e non abbia ricevuto risposta nel termine previsto di sessanta giorni (decorrenti dalla presentazione), ovvero non sia soddisfatto di quanto ottenuto.

Tale attività risponde ad esigenze di economia della procedura, infatti, come si evince dal “documento di consultazione²³⁶”, siffatto prerequisite è richiesto “*al fine di evitare l'avvio di una*

²³⁶ Documento di consultazione Consob relativo all' “Adozione del regolamento di attuazione dell'art.2 comma 5 *ter* del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n.179, in materia di nuovo sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie” dell'8 gennaio 2016, p.18.
https://www.consob.it/PubblicazioniPortlet/DownloadFile?filename=/documenti/Regolamentazione/lavori_preparatori/cons_org_extragiudiziale_20160108.pdf

procedura che potrebbe anticipatamente estinguersi ove le parti, a seguito del reclamo, componessero direttamente la controversia". Va, inoltre, ribadito che il reclamo interno all'intermediario non deve considerarsi come una sorta di giudizio anticipato sulla pretesa dell'investitore e la successiva azione dinnanzi all'ACF come un'impugnazione dello stesso. Al contrario, tale fattispecie costituisce il primo *input*, per le parti, ad avviare una trattativa, basata sul dialogo e la collaborazione, che porti successivamente alla composizione della controversia.

5.1. La fase del reclamo

Per quanto attiene alle caratteristiche formali, il preventivo reclamo all'intermediario, che deve provenire direttamente dall'investitore (non è escluso, applicando in via analogica le norme che regolano la proposizione del ricorso all'ACF, che possa espletare siffatta attività anche un rappresentante), è da considerarsi realizzato con una qualsiasi comunicazione scritta, presentata con modalità che assicurano la certezza della data di ricezione (raccomandata con avviso di ricevimento, fax, e-mail) con cui l'investitore, dopo essersi ben identificato, contesta all'intermediario un comportamento o un'omissione che ritiene lesiva. Si osservi che, l'orientamento dell'ACF sul contenuto del reclamo ritiene necessario che i fatti oggetto di contesa siano precisamente indicati e dunque *"costruiti non già in termini generici, ma formulando doglianze che enucleino con chiarezza il petitum e una causa petendi, in modo tale da permettere di stabilire se, ed eventualmente in che limiti, su quel tipo di doglianze l'arbitro abbia avuto modo di esprimersi, e in quale direzione"*²³⁷.

Non possono essere ritenuti reclami validamente presentati, le mere richieste di informazioni o di documentazioni, ovvero gli atti generici di interruzione della prescrizione poiché non idonei a stimolare un eventuale avvicinamento tra le due parti.

5.2. Il ricorso e la fase istruttoria

Assolto l'onere del preventivo reclamo all'intermediario, l'investitore può chiedere l'intervento dell'Arbitro. Il ricorso, ai sensi dell'articolo 10, comma 1 del regolamento ACF può essere proposto dall'investitore sia personalmente, sia per il tramite di un'associazione rappresentativa degli interessi dei consumatori ovvero di un procuratore, non necessariamente inteso come un avvocato, bensì un qualsiasi soggetto che sia munito di procura *ad hoc* per compiere gli atti dinnanzi all'Arbitro²³⁸.

²³⁷ Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., pp.359 e ss, per ulteriore specificazione si guardi p.360, nota 84.

Fondamentale è che la proposizione avvenga entro un anno dalla presentazione del reclamo all'intermediario; qualora il termine sia già scaduto, sorgerà in capo all'investitore l'onere di presentarne uno nuovo prima di procedere.

Il ricorso è gratuito²³⁹ (le spese di avvio sono a carico del Fondo *ex art.32 ter*, comma 1 TUF) e deve essere presentato esclusivamente *online*, attraverso la compilazione di un apposito *format* predisposto dall'ACF nel suo sito, seguendo le indicazioni procedurali da questi fornite.

Innanzitutto, il ricorrente dovrà procedere all'iscrizione al sito, cosicché possa ricevere le credenziali per accedere all'area riservata e dunque al portale per la proposizione del ricorso; essendo guidato dal sistema nella compilazione dello stesso, sarà più difficile che incorra in inesattezze e/o incompletezze. Nel caso in cui debba presentare ricorso contro più intermediari, dovrà procedere con domande separate.

Lo stesso deve contenere, pena l'irricevibilità dello stesso, l'indicazione delle parti: sia dell'investitore/attore (con l'eventuale precisazione del rappresentante legale o volontario, nonché del procuratore e relativa procura); sia dell'intermediario/convenuto, potendo facoltativamente aggiungere anche la persona fisica collegata all'intermediario, se conosciuta o comunque ritenuta rilevante, con cui si è stipulato il contratto.

In *secundis*, si richiede l'indicazione dell'oggetto della domanda (*petitum* e *causa petendi*); nel modulo online, vi è un primo *box*, in cui all'investitore si richiede di riassumere in trentamila caratteri il contesto fattuale, l'indicazione degli elementi necessari ad individuare l'oggetto specifico della controversia e la descrizione della stessa (con una dettagliata spiegazione dei comportamenti contestati, poiché la scarsa determinatezza di siffatti argomenti può determinare l'inammissibilità del ricorso); vi è poi una seconda sezione, in cui il ricorrente, in cinquemila caratteri, espone all'Arbitro le specifiche richieste relative ai fatti descritti e se si richiede una somma a titolo di risarcimento, va in questa sede, determinato l'ammontare richiesto (anche la mancanza di queste ulteriori specificazioni può portare all'inammissibilità del ricorso).

²³⁸ Vale la pena sottolineare che di norma, in correlazione all'elevato valore della controversia, nonché dello spiccato tecnicismo delle questioni, l'investitore si fa assistere da un avvocato.

²³⁹ Art.18 (*Spese del procedimento*):

1. L'accesso al procedimento è gratuito per il ricorrente. Le spese per l'avvio del procedimento sono poste a carico del fondo di cui all'articolo 32-*ter*.1 del TUF. Nel caso di temporanea incapienza del predetto fondo, la Consob provvede alla copertura delle spese di avvio del procedimento con le risorse di cui all'articolo 40, comma 3, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni.

2. Le spese indicate al comma 1 ammontano a:

- a) euro cento per le controversie in cui l'importo richiesto non superi euro cinquantamila
- b) euro duecento per le controversie in cui l'importo richiesto sia superiore a euro cinquantamila e fino a euro centomila;
- c) euro quattrocento per le controversie in cui l'importo richiesto sia superiore a euro centomila.

È prevista la possibilità di allegare documenti pertinenti alla vertenza. Va altresì segnalato nel modulo la non pendenza, sulla stessa controversia, di altre procedure, nonché che il valore della somma richiesta non sia superiore ad euro cinquecentomila ed inoltre la data di presentazione del precedente reclamo sul medesimo fatto.

La conformità tra reclamo e ricorso deve essere intesa, come anche osservato in dottrina²⁴⁰, in senso sostanziale, ammettendosi, dunque, la possibilità di allegare nella domanda anche nuovi fatti secondari, oltre che nuovi argomenti, qualora siano una diretta conseguenza dell'interlocazione intervenuta con l'intermediario nella fase preliminare.

Fra i documenti da allegare, primo tra tutti vi è la copia del reclamo inviato all'intermediario oltre all'attestazione di presentazione/ricezione all'intermediario e il modulo contenente l'informativa per la protezione dei dati personali debitamente compilata e firmata (documenti obbligatori); in aggiunta il ricorrente potrà caricare ogni ulteriore documentazione che possa essere di supporto alla sua pretesa; tutti i documenti devono essere caricati utilizzando un formato non modificabile.

Una volta presentato il ricorso, sullo stesso la Segreteria tecnica svolge un controllo e valuta, entro dieci giorni, se esso sia ammissibile e ricevibile. Qualora lo ritenga conforme, lo trasmette all'intermediario attraverso il portale; al contrario, nel caso in cui occorran chiarimenti e/o integrazioni degli atti prodotti, richiede al ricorrente, concedendogli un termine di 10 giorni, di fornire quanto richiesto e successivamente la stessa disporrà di ulteriori 10 giorni per esaminare la nuova documentazione.

Se ancora irricevibile o inammissibile, il ricorso è trasmesso al Presidente dell'ACF, il quale potrà dichiarare in via anticipata l'inammissibilità o l'irricevibilità, entro 21 giorni dalla sua presentazione senza istaurare il contraddittorio o, in caso contrario, rimettere gli atti alla Segreteria tecnica per le successive attività o, ancora sottoporre la questione al Collegio una volta conclusa l'istruttoria.

A seguito della ricezione del ricorso, dal momento che il procedimento è informato al principio del contraddittorio (anche se esclusivamente documentale), l'intermediario dispone di 30 giorni per presentare le proprie deduzioni difensive e nel caso in cui si faccia assistere da un'associazione di categoria, avrà un ulteriore termine di 15, entro i quali l'associazione, ricevuta la documentazione, provvede ad inviarla all'ACF. Ai sensi dell'articolo 11, comma 4 del regolamento ACF, anche le deduzioni difensive devono essere presentate su un apposito modulo del portale online (contenute in trentacinquemila caratteri); lo stesso dispone che suddetto mezzo sia l'unica possibilità per presentare

²⁴⁰ Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., p.366.

le proprie deduzioni, escludendo il rinvio a documenti separati che, seppur allegati, non saranno presi in considerazione²⁴¹.

All'intermediario spetta poi l'allegazione chiara ed ordinata dei documenti correlati alle proprie deduzioni, che in ogni caso dovranno contenere tutta la documentazione relativa al rapporto controverso; in tal senso giova richiamare anche l'articolo 15, comma 2 del regolamento ACF, il quale, disciplinando la decisione assunta all'esito del procedimento, sancisce: “[...]che spetta all'intermediario la prova di avere assolto agli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza nei confronti degli investitori”.

Di conseguenza, la mancata produzione integrale della documentazione da parte dell'intermediario, porterà alla soccombenza dello stesso, e ad uguale sorte è destinato nel caso di allegazione parziale o comunque incompleta.

Ai sensi dell'articolo 11, comma 5 del regolamento, nei 15 giorni successivi alla scadenza del termine concesso all'intermediario, il ricorrente ha diritto di replica; qualora si avvalga di tale facoltà, l'intermediario avrà a sua disposizione di ulteriori 15 giorni per controreplicare alle deduzioni integrative dell'investitore. Le controrepliche dell'intermediario costituiscono l'ultima fase dell'istruttoria ed in ragione di ciò, affinché si assicuri il principio di parità delle armi, si ritiene che in sede di repliche sia inammissibile l'introduzione di una qualsiasi nuova difesa, salvo quelle rilevabili *ex officio*.

Al termine di suddetto scambio documentale, interamente svolto mediante l'utilizzo degli appositi moduli online, si conclude la fase del contraddittorio e la Segreteria Tecnica completa il fascicolo con tutta la documentazione prodotta, comunica alle parti la data in cui è avvenuta la compilazione effettiva dello stesso, redigendo, inoltre, una relazione per il Collegio sui fatti oggetto della controversia; la stessa è qualificabile come atto interno all'ACF e dunque non è comunicata alle parti, le quali non possono neanche consultarla²⁴².

Aperta la fase decisoria, il Collegio dispone di 90 giorni (decorrenti dalla compilazione effettiva del fascicolo) per decidere sul ricorso; il Presidente dopo aver escluso l'irricevibilità o l'inammissibilità del ricorso, nomina il Relatore, al quale è affidato il compito di illustrare gli elementi di fatto e di diritto, di proporre la possibile soluzione ed in ultimo di redigere il provvedimento sulla base della decisione collegiale.

In aggiunta, nel caso in cui lo ritenga necessario, può rimettere il procedimento alla fase precedente, infatti, ai sensi dell'articolo 11, commi 8 e 9 del regolamento, è stabilito che: “*il collegio,*

²⁴¹ Relazione sull'attività svolta nel corso del 2021, p. 100.

²⁴² Percoco G., Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob all'Arbitro per le Controversie Finanziarie, in Riv. arb., 2017, p.206.

ove lo ritenga opportuno, può chiedere, attraverso la segreteria tecnica, che le parti forniscano ulteriori elementi informativi e documenti entro un termine perentorio non inferiore a sette giorni [...]” e comunque, “quando rileva una causa di nullità contrattuale, invita le parti ai sensi del comma 8 a fornire le proprie osservazioni anche al fine di verificare se, nei casi di nullità che può essere fatta valere solo dall’investitore, questi intenda effettivamente valersene.”

Con il comma 9, all’ACF è data la possibilità di rilevare *ex officio* le nullità diverse da quelle di protezione, ma solo dopo aver avviato un contraddittorio supplementare tra le parti.

Oltre a tali fattispecie, il Collegio potrà rimettere alle parti il procedimento e quindi rinviare la trattazione del ricorso (sempre nel rispetto del termine per la conclusione del procedimento) nel caso in cui ravvisi la necessità di ulteriori approfondimenti (art. 7, comma 5, del. Consob n.19700).

Qualora il ricorso sia caratterizzato da una particolare complessità o sia relativo ad una nuova questione, il Collegio può prorogare il termine di altri 90 giorni; in aggiunta, *ex articolo 11, comma 9 bis*, si dispone che i termini possano essere ulteriormente sospesi, fino ad un massimo di 90 giorni, qualora le parti lo richiedano congiuntamente al fine di trovare un accordo; si badi, però, che tale differimento può essere domandato una sola volta nel corso del procedimento.

In tal caso, la soluzione concordata direttamente dalle parti porterà all’estinzione del procedimento prima che il Collegio decida al riguardo²⁴³.

5.3. La decisione e i suoi effetti

La decisione è assunta sulla base dell’istruttoria esclusivamente documentale attraverso cui le parti esprimono le loro posizioni; non si ammettono consulenze, prove testimoniali ed audizioni.

Come sancito dall’articolo 15 del regolamento²⁴⁴, la pronuncia resa dall’Arbitro è a tutti gli effetti una decisione che necessita della motivazione in fatto ed in diritto; si richiede dunque

²⁴³ Affinché il procedimento si estingua, il ricorrente sarà tenuto a comunicare all’ACF la sua rinuncia al ricorso, oppure l’intermediario dovrà fornire la documentazione attestante l’accordo ovvero il pieno soddisfacimento delle pretese della controparte.

²⁴⁴ Articolo 15 (*Decisione*):

1. Il collegio definisce il procedimento con pronuncia motivata, adottata applicando le norme giuridiche che disciplinano la materia e tenendo conto degli atti di carattere generale emanati dalla Consob e dall’AESFEM ovvero da altre Autorità di vigilanza nazionali ed europee, delle linee guida delle associazioni di categoria validate dalla Consob, dei codici di condotta delle associazioni di categoria ai quali l’intermediario aderisce.
2. Il collegio accoglie la domanda quando, sulla base delle allegazioni e dei documenti prodotti dalle parti, ne ritiene sussistenti i fatti costitutivi, tenuto conto che spetta all’intermediario la prova di avere assolto agli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza nei confronti degli investitori.
3. La decisione di accoglimento, totale o parziale, del ricorso contiene l’indicazione del termine entro il quale l’intermediario deve provvedere alla sua esecuzione. In caso di mancata indicazione del termine l’intermediario si conforma alla decisione entro trenta giorni dalla ricezione della decisione corredata della motivazione.

l'applicazione delle norme giuridiche disciplinanti la materia, tenendo conto degli atti di carattere generale emanati dalla Consob e dall'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (AESFEM), delle linee guida e dei codici di condotta delle associazioni di categoria ai quali aderisce l'intermediario.

Questa è pubblicata nell'area riservata del sito ACF ed è nell'immediata disponibilità delle parti e nel caso in cui le parti rilevino errori materiali, possono chiederne la correzione entro 30 giorni dalla ricezione.

La decisione di accoglimento totale o parziale comporta la “condanna” dell'intermediario al pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, nonché l'indicazione del comportamento che l'intermediario dovrà tenere per la sua esecuzione e il relativo termine (di solito di 30 giorni). Sull'intermediario grava anche l'onere di comunicare, attraverso la piattaforma, gli atti e le attività poste in essere per conformarsi alla decisione, allegando anche il versamento del “contributo di soccombenza²⁴⁵”, quantificato in relazione all'importo riconosciuto al ricorrente.

In caso di mancata esecuzione della decisione, scatta il meccanismo di “*naming and shaming*”, ovvero la sanzione reputazionale che implica la pubblicazione della notizia, per un periodo di sei mesi, sul sito web dell'Arbitro (a cura e spese dell'intermediario) e su due quotidiani a diffusione nazionale (di cui uno economico), oltre che sulla *homepage* dell'intermediario inadempiente.

Nel caso di adempimento tardivo o successivo al raggiungimento di un accordo, l'intermediario deve darne immediata notizia allegando le relative documentazioni, affinché quanto pubblicato in seguito alla non conformazione venga rimosso.

Si deve, inoltre, sottolineare che la decisione ha carattere non vincolante per l'investitore, al quale non è infatti precluso di proseguire il procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria, qualora sia rimasto insoddisfatto del risultato ottenuto; anche all'intermediario è data la facoltà di rivolgersi al giudice, in tal caso, sarà onere dell'ACF la pubblicazione, sul proprio sito, dell'avvio del procedimento giurisdizionale e del relativo esito, provvedendo alla cancellazione della notizia di mancato adempimento nel caso in cui l'intermediario ottenga una pronuncia diversa e a lui favorevole.

3-bis. La decisione non può essere oggetto di riesame da parte del collegio.

²⁴⁵ Art.18 comma 3, reg. ACF: “Per ciascun ricorso presentato, che sia stato accolto in tutto o in parte, l'intermediario è tenuto a versare alla Consob la somma di:

- a) euro quattrocento per le controversie in cui non sia riconosciuto alcun importo ovvero l'importo riconosciuto al ricorrente non superi euro cinquantamila;
- b) euro cinquecento per le controversie in cui l'importo riconosciuto al ricorrente sia superiore a euro cinquantamila e fino a euro centomila;
- c) euro seicento per le controversie in cui l'importo riconosciuto al ricorrente sia superiore a euro centomila.”

6. Vantaggi ed eventuali limiti

Con la creazione dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie si è ulteriormente ampliato il panorama degli strumenti ADR, nello specifico in ambito finanziario, sulla scia di quanto era già avvenuto con l'esperienza ABF.

Al riguardo, può essere utile osservare la Relazione sull'attività svolta dall'Arbitro nell'anno 2021, la quale evidenzia che, nonostante l'emergenza sanitaria, l'ACF abbia svolto positivamente la sua attività; anzi il numero di ricorsi presentati allo stesso è incrementato del 40,3% rispetto al dato del 2020, così come il tasso di accoglimento degli stessi, che è aumentato di 4 punti percentuali²⁴⁶; va però segnalato che solamente un numero esiguo di imprese (i ricorrenti persone giuridiche rappresentano solo il 2,6% del totale) abbia deciso di avvalersi di suddetto sistema.

Altro dato che appare di interesse è l'elevato numero di ricorrenti che decide, pur non essendo obbligatoria, di avvalersi dell'assistenza di un procuratore (71,5%), in particolare di avvalersi di un legale. La ragione di suddetta scelta è rinvenibile nella preminenza economica degli interessi coinvolti nella controversia e nella complessità e specificità delle materie, le quali richiedono, affinché la tutela offerta dall'Arbitro all'investitore sia effettivamente realizzata, una conoscenza delle stesse, nonché precisione e completezza nella presentazione del ricorso.

Si può, dunque, affermare che l'ACF costituisca un utile strumento di tutela di interessi economicamente rilevanti al quale potersi rivolgere per porre fine a liti che difficilmente rientrano nell'ambito delle "microconflittualità", tipiche dei sistemi ADR.

A riprova di ciò, appare utile citare il pensiero del presidente Barbuzzi, il quale sostiene che con l'avvento di suddetto Arbitro, per l'investitore *retail* si sia formata una tutela a "tre livelli" o a "scalare": il primo, è assolto dal procedimento innestato dalla presentazione del reclamo all'intermediario, che può avere come esito un accordo tra le parti; nel caso in cui non si giunga alla soluzione, il secondo livello di tutela è fornito con il ricorso proposto dal cliente all'ACF ed invece, il terzo, è da rinvenirsi nella possibilità di adire l'autorità giudiziaria ordinaria nel caso in cui la decisione dell'Arbitro non sia stata soddisfacente²⁴⁷.

L'attenzione dell'Arbitro a tutelare gli investitori meno esperti si riscontra anche dal severo orientamento del Collegio sugli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza in capo all'intermediario.

²⁴⁶ Relazione sull'attività svolta nel corso del 2021, p.6.

²⁴⁷ Barbuzzi G., "ACF primi passi e prospettive", in Lener R. e Pozzolo A.F. (a cura di), I metodi alternativi di risoluzione delle controversie: primi passi e prospettive, Roma, Minerva Bancaria, 2017, p.59.

In particolare, sull'onere di informare il cliente prima di porre in essere operazioni finanziarie, l'ACF richiede, in sede di contraddittorio, che sia lo stesso intermediario a fornire la prova di aver agito conformemente a quanto disposto dal regolamento, risultando spesso, per quest'ultimo, non semplice. A riprova di ciò, si possono richiamare alcune decisioni assunte dal Collegio, le quali stabiliscono che l'intermediario sia tenuto a dimostrare in concreto l'assolvimento degli obblighi informativi e non solo in modo meramente formalistico, in quanto solo il loro effettivo assolvimento può consentire al cliente di valutare le reali caratteristiche dell'operazione e conseguentemente permettergli di compiere una consapevole scelta di investimento; non sarà, dunque sufficiente l'allegazione della dichiarazione sottoscritta dal cliente, presente nella modulistica precompilata dall'intermediario o dall'emittente²⁴⁸.

Degna di menzione è anche l'ampia definizione di investitore adottata dall'Arbitro, che ricomprende non solo i consumatori, professionisti o imprenditori, ma anche le imprese; siffatta scelta è supportata anche dal pensiero del Meo, che osserva che *“il cliente bancario e finanziario, che compra sul mercato di rischio, direttamente inciso dai comportamenti e dall'organizzazione dell'intermediario [...] ancor più che il consumatore ha un'esigenza di certezza e rapidità nella risposta al bisogno di tutela”*, non può, infatti, nello svolgimento delle attività di investimento, attendere gli esiti del giudizio civile ed, inoltre, nell'esecuzione delle stesse, deve sempre avere cognizione della tutela sostanziale di cui ha titolo.²⁴⁹

Va detto, però, che, come si evince dall'articolo 4 del regolamento, l'ambito di competenza dell'Arbitro risulta abbastanza limitato, infatti, lo stesso può decidere solo sulle controversie fra investitori e intermediari relativi l'asserita violazione da parte degli stessi degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza, nei confronti degli investitori nella prestazione dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio, dunque restano esclusi dalla sua cognizione, invece, i danni che non sono conseguenza immediata e diretta della eventuale violazione dell'intermediario, i quali, d'altro canto, potranno ricevere un'adeguata tutela solo successivamente in sede giudiziaria. Infatti, l'ACF è chiamato a decidere soltanto sull'eventuale avvenuta violazione, limitandosi a rigettare o accogliere, in tutto o in parte il ricorso, individuando, nel caso di accoglimento la condotta cui è tenuto l'intermediario.

Rilevante e confortante è un ulteriore dato fornito dall'ACF, il quale evidenzia che, nella quasi totalità dei casi, gli intermediari adempiono spontaneamente le decisioni emesse dal Collegio e ciò a riprova della grande autorevolezza di cui sono dotate, sia perché provenienti da un sistema

²⁴⁸ ACF, decisioni n.11, 418, 1707, 3195, 3633 del 2021.

²⁴⁹ Meo G., Strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie tra intermediario finanziario non bancario e cliente, in D'Apice R. (a cura di), Profili evolutivi della disciplina sulla gestione collettiva del risparmio, Bologna, il Mulino, 2016, pp.810-811.

particolarmente qualificato, sia per la natura e la tipologia dei parametri di riferimento utilizzati, fornendo in ultimo una rapida e soddisfacente risposta alle esigenze di tutela degli investitori.

Come per l'ABF, anche all'Arbitro per le Controversie Finanziarie si può attribuire una funzione di orientamento: tutte le sue decisioni sono pubblicate sul sito e, dunque, nella libera disponibilità di chiunque; ciò consente, infatti, agli investitori di valutare anticipatamente la probabilità di accoglimento o meno di un potenziale ricorso, oltre a fornire una guida capace di orientare i futuri comportamenti degli intermediari, andando quindi a migliorare i rapporti intercorrenti tra questi ultimi e i loro clienti.

6.1. L'ACF e l'attività di impresa

L'ACF, nell'ottica di consentire una più rapida ed efficace gestione delle dispute che coinvolgono gli investitori, si è impegnata a fornire un sistema che rende più semplice la composizione della lite senza dover adire il giudice ordinario, tenendo come punto cardinale l'interesse generale alla tutela del risparmio e il rafforzamento della fiducia degli investitori nel mercato finanziario²⁵⁰.

Nel mercato in questione, infatti, l'oggetto dell'investimento è il risparmio e di conseguenza la disciplina si preoccupa di assicurare la sua corretta collocazione, guardando sempre alla propensione al rischio del singolo investitore; di conseguenza l'obiettivo primario è la predisposizione di uno strumento atto a curare gli interessi altrui, e quindi anche quelli discendenti dall'attività di impresa. All'intermediario spetta, infatti, il compito di orientare, coerentemente alle proprie possibilità, l'investitore nel compimento delle sue scelte in ambito finanziario e così ottenere il miglior risultato possibile.

Nonostante ciò, l'utilizzo da parte delle imprese è ancora limitato, lo stesso dato lo si può desumere anche dalla Relazione del 2021; comunque, grazie all'andamento positivo dell'Arbitro nel primo quinquennio di attività vi sono speranze che in un vicino futuro, il ricorso allo stesso sia meglio sfruttato.

A riprova di quanto appena detto, è possibile innanzitutto fare un richiamo ai positivi riscontri forniti dall'Arbitro sull'espletamento della sua attività, dai quali si evince un miglioramento dell'efficienza nella gestione dei ricorsi con un conseguente abbattimento dei tempi istruttori e dunque una maggior celerità nel fornire un'adeguata protezione agli interessi dei ricorrenti, certamente utile nello svolgimento dell'attività di impresa.

²⁵⁰ Semeraro M., "ADR e controllo conformativo dell'attività di impresa", in Riv. dir. Bancario, supplemento gennaio/marzo 2020, p.121.

In aggiunta, si noti che spesso la decisione assunta dall'Arbitro è il risultato di un bilanciamento degli interessi coinvolti, valutati nel *favor* del cliente ogni qual volta l'intermediario si sia reso meno diligente nei rapporti con l'investitore; lo stesso difficilmente indica le condotte che l'intermediario avrebbe dovuto tenere per non incorrere nell'inadempimento, bensì, opera una valutazione *ex post* dei fatti e delle condotte delle imprese, andando ad osservare “*la loro efficacia in termini di tutela sostanziale*²⁵¹”.

Rilevante, nell'ottica di un'implementazione nell'utilizzo da parte delle imprese, è la competenza per valore dell'Arbitro, che si attesta ad euro cinquecentomila.

Con tale limite, da un lato, si incentiva l'utilizzo di suddetto sistema anche da parte delle imprese, che ovviamente si ritrovano a dover gestire liti di un più alto valore; dall'altro, però, lo stesso rappresenta il limite massimo entro cui va contenuto anche il potere condannatorio dell'Arbitro, di conseguenza ogni ulteriore pretesa dovrà essere trattata in sede di giudizio ordinario.

Costituisce certamente un vantaggio a favore delle imprese ricorrenti anche la struttura del procedimento, improntato al principio dell'informalità e della semplificazione procedurale; lo stesso si caratterizza, inoltre, per il fatto di svolgersi interamente online, agevolando il più possibile il ricorrente nella proposizione della domanda e segnalandogli eventuali lacune, così ad evitare che il ricorso venga dichiarato inammissibile o irricevibile.

In conclusione, si può, dunque, affermare che anche l'ACF, così come l'ABF, rappresenti una valida soluzione alle esigenze di cui necessitano le imprese nello svolgimento delle loro attività, fornendo un procedimento improntato alla rapidità e semplicità e nel contempo idoneo a garantire la composizione della controversia insorta con l'intermediario, assicurando loro tutela.

²⁵¹ Semeraro M., op.cit., p.122

Capitolo V

L'Arbitro Assicurativo (AAS)

1. Le ADR e il settore assicurativo

Come più volte ribadito, i sistemi ADR di natura decisoria costituiscono una valida alternativa per risolvere le controversie; essendo informati ai canoni di rapidità, economicità ed effettività riescono a tutelare coloro che vi si rivolgono, assicurando un'applicazione di regole procedurali uniformi, oltre che l'imparzialità e la rappresentatività dell'organo decidente che si trova a dover esaminare la questione.

Oltre ai concreti esempi rappresentati, nel nostro ordinamento, dall'Arbitro Bancario Finanziario *in primis* e dall'Arbitro per le Controversie Finanziarie, che nel 2021 ha festeggiato il primo quinquennio di attività, con risultati sicuramente positivi, anche un nuovo organismo del medesimo tipo si appresta a divenire operativo.

Si ritiene, infatti, che l'adesione degli operatori ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie fornisca un efficace strumento per migliorare i rapporti con la clientela ed incrementare la fiducia del pubblico nei prestatori di servizi bancari, finanziari ed assicurativi. Ed infatti, proprio nel settore assicurativo dovrebbe fare ingresso, in tempi relativamente brevi, un nuovo Arbitro.

Occorre, innanzitutto, individuare il perimetro del settore assicurativo, il quale è costituito dal mercato in cui operano le imprese attive nell'assicurazione e nella riassicurazione; specificatamente per "mercati assicurativi" si intendono quei mercati caratterizzati dall'emissione di strumenti finalizzati al trasferimento dei rischi in capo ad un intermediario che successivamente provvede a ridistribuirli, secondo il meccanismo dell'assicurazione, tra i soggetti esposti allo stesso rischio.

Dunque, i servizi assicurativi racchiudono tutte le forme di copertura del rischio, volte a ridurre l'eventualità che un evento negativo si concretizzi o a limitare l'impatto dei suoi effetti nel tempo.

Il mercato si caratterizza per l'esistenza di una vasta offerta di servizi; tuttavia, è possibile individuare due ampie categorie: il ramo danni e il ramo vita.

Il primo ricomprende le polizze che risarciscono l'assicurato in caso di incidente, malattia, infortunio o perdita e danneggiamento di una sua proprietà. Le assicurazioni del ramo vita, invece, prevedono il pagamento di un premio in caso di morte del titolare, ovviamente agli eredi o a persona designata; o, ancora, garantiscono all'assicurato una rendita vitalizia allo scadere del contratto o al verificarsi di determinati eventi.

Vi sono poi alcune tipologie di assicurazioni obbligatorie per legge: si tratta delle cosiddette polizze "sociali", come quella per la previdenza o per la responsabilità civile auto e moto (RC auto).

In questi casi l'assicuratore fornisce una determinata prestazione all'assicurato qualora un determinato evento aleatorio si realizzi; il prezzo dell'assicurazione è detto premio assicurativo e il suo valore è computato sulla base del calcolo probabilistico che l'evento in questione si verifichi.

1.1. Il contesto europeo

Data la rilevanza sociale occupata dal settore assicurativo nei nostri giorni, urge la necessità di rafforzare gli obblighi di condotta posti in capo alle imprese assicurative e agli intermediari finanziari operanti nello stesso. In questa ottica, il legislatore comunitario ha ritenuto di intervenire con l'emanazione della *Insurance Distribution Directive*, 2016/97/UE (I.D.D.)²⁵².

Ai sensi dell'articolo 15²⁵³ della Direttiva, rubricato “*Risoluzione stragiudiziale delle controversie*”, si sancisce espressamente che gli Stati Membri debbano dotarsi di procedure di reclamo e di risoluzione delle controversie, insorte tra i clienti ed i distributori di prodotti assicurativi, che abbiano come oggetto i diritti e gli obblighi della direttiva stessa.

In tal senso, si è posto lo scopo di ampliare, all'interno delle assicurazioni private, l'applicazione dei sistemi ADR, incrementando la qualità del servizio di distribuzione assicurativa, fornendo, inoltre, una serie di principi e di regole da applicare in sede di vendite di qualsiasi forma, a prescindere dalla tipologia di intermediario, dal canale distributivo e dal prodotto assicurativo distribuito.

Il perseguimento di questo obiettivo comunitario ha, dunque, portato a dover ridisegnare le forme di tutela dei contraenti non professionali che acquistano i servizi offerti dal mercato assicurativo.

²⁵²Direttiva 2016/97/UE (https://www.ivass.it/normativa/internazionale/internazionale-ue/direttive/2016-97-ue/direttiva_ue_2016-97.pdf)

²⁵³ Articolo 15 (*Risoluzione stragiudiziale delle controversie*):

1. Gli Stati membri garantiscono che siano istituite, in conformità dei pertinenti atti legislativi dell'Unione e del diritto nazionale, procedure di reclamo e di risoluzione stragiudiziale delle controversie adeguate, efficaci, imparziali e indipendenti, per la risoluzione delle controversie insorte fra i clienti e i distributori di prodotti assicurativi aventi come oggetto i diritti e gli obblighi derivanti dalla presente direttiva, avvalendosi eventualmente di organi già esistenti. Gli Stati membri garantiscono che tali procedure siano applicate ai distributori di prodotti assicurativi nei confronti dei quali sono state avviate le procedure e che agli stessi si estenda la competenza del pertinente organo.
2. Gli Stati membri garantiscono che gli organi di cui al paragrafo 1 collaborino alla risoluzione delle controversie transfrontaliere aventi come oggetto i diritti e gli obblighi derivanti dalla presente direttiva.

Alla luce di quanto detto, è doveroso richiamare il Considerando n.8 della Direttiva che trattando dell'ambito di applicazione della stessa, stabilisce: *“al fine di garantire ai clienti lo stesso livello di tutela indipendentemente dal canale attraverso il quale acquistano un prodotto assicurativo, direttamente da un'impresa di assicurazione o indirettamente tramite un intermediario, è necessario che l'ambito di applicazione della presente direttiva si estenda non soltanto alle imprese di assicurazione o agli intermediari assicurativi, ma anche ad altri partecipanti al mercato che vendono prodotti assicurativi a titolo accessorio[...], a meno che non soddisfino le condizioni di esenzione”*.

Nel definire i soggetti a cui sono rivolte le prescrizioni, la stessa, evidenzia un cambio di rotta sulla forma di tutela apprestata all'acquirente di un prodotto assicurativo: in precedenza, anche alla luce della Direttiva UE n.11 del 2013 (sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori), il legislatore si preoccupava di salvaguardare, al livello contrattuale, il solo consumatore; con tale intervento, invece, l'attenzione si è spostata sulla protezione delle relazioni e dei rapporti con la clientela e non del solo consumatore, ampliando quindi la platea dei soggetti destinatari delle tutele previste dalla *I.D.D.*²⁵⁴.

1.2. Il panorama italiano

Quanto previsto dalla Direttiva UE, 20 gennaio 2016, n.97 è stato traslato nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 21 maggio 2018, il quale, con l'articolo 1, comma 34, ha modificato sensibilmente il Codice delle Assicurazioni Private (CAP, D.Lgs. n.209/2005), inserendo, inoltre, l'articolo 187 *ter*²⁵⁵, il quale prevedeva per le imprese di assicurazione e riassicurazione, nonché per tutti gli intermediari nel settore (anche a titolo accessorio) l'obbligo di aderire a sistemi di risoluzione alternativa delle controversie con la clientela, nel caso in cui le stesse avessero avuto ad oggetto le prestazioni e i servizi assicurativi discendenti dai contratti di assicurazione, senza alcuna esclusione.

L'articolo appena citato costituiva l'unica fonte normativa di riferimento e, attraverso lo stesso, si era introdotto espressamente, all'interno dell'ordinamento italiano, il nuovo sistema ADR, dettando, in aggiunta, alcuni principi generali.

²⁵⁴ Azzolino S., “Le alternative dispute resolution nel settore assicurativo: l'Arbitro per le controversie assicurative.”, 5 Agosto 2020, in *iusinitinere*, <https://www.iusinitinere.it/le-alternative-dispute-resolution-nel-settore-assicurativo-larbitro-per-le-controversie-assicurative-28483>

²⁵⁵ Successivamente abrogato dall' art. 1, comma 20, lett. b), D.Lgs. 30 dicembre 2020, n. 187.

Si prevedeva, inoltre, che il compito di ampliare quanto emanato fosse delegato alla normativa secondaria di settore, ovvero, ai decreti ministeriali su proposta dell'IVASS²⁵⁶, con i quali si doveva dettare la disciplina di attuazione dell'organismo stesso.

In ragione dell'esigenza di uniformare il settore assicurativo a quanto disposto *in primis* dalla normativa comunitaria ed in secondo luogo da quella nazionale, si è provveduto all'istituzione di un organismo *ad hoc*, l'Arbitro Assicurativo, la cui data di messa in operatività è purtroppo ancora incerta.

2. La genesi dell'Arbitro Assicurativo

A seguito dell'abrogazione dell'articolo 187 *ter* ad opera del D.Lgs. 30 dicembre 2020, n. 187, contestualmente è stato introdotto l'articolo 187.1²⁵⁷ CAP., il quale sancisce nuovamente l'obbligo di adesione, per le categorie individuate *ex art.6*, comma 1, lett. a) e d), nonché per gli intermediari

²⁵⁶ L'IVASS (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni) è un ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico che opera per garantire l'adeguata protezione degli assicurati perseguendo la sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e riassicurazione e la loro trasparenza e correttezza nei confronti della clientela. L'Istituto persegue altresì la stabilità del sistema e dei mercati finanziari.

²⁵⁷ Art. 187.1.(*Sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*):

1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 32-ter del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, i soggetti di cui all'articolo 6, commi 1, lettere a) e d), nonché gli intermediari assicurativi a titolo accessorio, aderiscono ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela relative alle prestazioni e ai servizi assicurativi derivanti da tutti i contratti di assicurazione, senza alcuna esclusione.
2. Con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della giustizia, su proposta dell'IVASS, sono determinati, nel rispetto dei principi, delle procedure e dei requisiti di cui alla parte V, titolo 2-bis, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma 1, i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati, nonché la natura delle controversie, relative alle prestazioni e ai servizi assicurativi derivanti da un contratto di assicurazione, trattate dai sistemi di cui al presente articolo. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità e l'effettività della tutela.
3. Per le controversie definite dal decreto di cui al comma 2, il ricorso al sistema di risoluzione delle controversie di cui al comma 1 è alternativo all'esperimento delle procedure di mediazione e di negoziazione assistita previste, rispettivamente, dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, e dal decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, e non pregiudica il ricorso ad ogni altro strumento di tutela previsto dall'ordinamento.
4. Alla copertura delle spese di funzionamento dei sistemi di cui al presente articolo, si provvede, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con le risorse di cui agli articoli 335 e 336.

assicurativi a titolo accessorio, ai sistemi alternativi di risoluzione delle controversie con la clientela relative alle prestazioni e ai servizi assicurativi derivanti da tutti i contratti di assicurazione.

Con tale previsione normativa si prevede, dunque, anche per il settore assicurativo, l'istituzione di un sistema ADR, in analogia con quanto già compiuto in ambito bancario e finanziario, con l'ABF e l'ACF.

Così come sancito per gli altri due Arbitri, anche la procedura dinanzi all'Arbitro Assicurativo dovrà essere tenuta distinta dal procedimento di mediazione, che per altro, anche in materia di contratti assicurativi, costituisce condizione di procedibilità rispetto al giudizio ordinario ai sensi dell'articolo 5, comma 1 *bis* del D.Lgs. n.28/2010, ma allo stesso tempo, ne costituirà una valida alternativa, nell'ambito di realizzazione della condizione di procedibilità.

I due sistemi, infatti, svolgono funzioni diverse poiché caratteristica primaria della mediazione è la funzione deflativa e satisfattiva degli interessi dei clienti; per quanto attiene ai sistemi con carattere agiudicativo-decisorio, invece, il loro operato svolge, o perlomeno tenta di svolgere, un ruolo conformativo delle prassi aziendali e di ausilio alla loro vigilanza²⁵⁸.

Data la peculiarità del settore assicurativo, si richiederà certamente che l'organismo deputato alla decisione in seno all'Arbitro sia dotato di professionalità e ampia conoscenza della materia, oltre a dover perseguire, ai sensi dell'articolo 15 della Direttiva *I.D.D.*, i principi di efficacia, imparzialità ed indipendenza.

Di conseguenza, va sottolineato che il legislatore italiano, con la previsione dell'Arbitro Assicurativo costituirà un sistema economico e veloce per risolvere i conflitti tra assicurati ed assicuratori, inducendo, inoltre, sia gli operatori che la clientela a tenere condotte improntate alla buona fede e alla correttezza, aumentando, quindi, la fiducia nell'efficacia della protezione assicurativa e diminuendo i costi gestionali²⁵⁹.

Di particolare interesse in questo contesto appare l'intervento del Segretario generale dell'IVASS, nel *Web Seminar* "BANCASSICURAZIONE: DISCIPLINE E TUTELE", il quale ha affermato che lo scopo primario dell'Arbitro sarà quello *"di migliorare il rapporto di fiducia tra compagnie, intermediari e assicurati offrendo possibilità di dirimere in modo rapido ed economico i cosiddetti small claim in un settore in cui fisiologicamente sussiste una componente di dialettica tra l'impresa e gli assicurati"*.

²⁵⁸ Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., p.509

²⁵⁹ Cavina M.L., in Consumers' Forum 2022, Web Conference "PNRR consumatori, CF ne discute con le Authority finanziarie", 24 febbraio 2022, p.9

Ha, poi, proseguito riconoscendo all'operatività dello stesso un auspicabile effetto deflattivo del contenzioso giudiziario, oltre ad attribuire una certa autorità alle decisioni rese, che dovrebbero andare oltre il singolo caso, costituendo, così come accaduto per ACF e ABF, una "giurisprudenza" dell'Arbitro assicurativo (ad esempio, indirizzando le parti alla corretta lettura di clausole contrattuali e alla conformità dei comportamenti posti in essere)²⁶⁰.

Di conseguenza, ne saranno certamente influenzati i comportamenti degli operatori del mercato, che saranno portati a conformarsi a quanto sancito dallo stesso Arbitro, contribuendo, inoltre, a "codificare" le *best practices* che vadano oltre la composizione del singolo conflitto, concorrendo all'innalzamento dello *standard* delle relazioni con la clientela.

Si può quindi affermare che l'AAS si aggiungerà ed andrà a completare l'articolato sistema, già operante in modo organico e consolidato presso l'IVASS, rivolto alla soluzione delle controversie tra clientela e imprese. Da menzionare è, infatti, il Servizio Tutela Consumatori²⁶¹ in seno all'Autorità, deputato a curare l'istruttoria dei reclami pervenuti nei confronti di imprese e intermediari assicurativi e riassicurativi. Lo stesso svolge analisi periodiche per individuare eventuali criticità e sulla base delle carenze riscontrate, provvede a mettere in campo interventi specifici volti a ripristinare il livello di tutela del consumatore, informandone preventivamente il Servizio di Vigilanza Condotta di mercato e, se ne ravvisi la necessità, altre Strutture di Vigilanza, cosicché sia garantito il necessario coordinamento.

²⁶⁰ De Polis S., "L'Arbitro delle Controversie Assicurative", Università degli Studi di Salerno - Dipartimento di Scienze Giuridiche Web Seminar BANCASSICURAZIONE: DISCIPLINE E TUTELE, 13 aprile 2021.

²⁶¹ Appare opportuno il richiamo alla Divisione Gestione Reclami che si occupa di istruire i reclami pervenuti all'Istituto nei confronti di imprese e intermediari assicurativi e riassicurativi, anche operanti in regime di stabilimento e in libera prestazione di servizi.

Svolge delle indagini periodiche sui reclami presentati relativi alla condotta degli intermediari e all'esito predispone delle relazioni nelle quali individua le criticità presenti nei rapporti con la clientela; proponendo, sulla scorta di quanto analizzato, l'adozione di interventi specifici volti a ripristinare il livello di tutela del consumatore, informandone preventivamente il Servizio di Vigilanza Condotta di mercato ovvero altre Strutture di Vigilanza così da garantire il necessario coordinamento.

Coordina e indirizza le attività del Contact Center.

Per le fattispecie che possono dar luogo all'applicazione di sanzioni amministrative nei confronti di imprese e intermediari, cura l'accertamento e l'avvio del procedimento con la contestazione delle violazioni e trasmette al Servizio Sanzioni e Liquidazioni la documentazione di supporto e, ove prevista, la relazione tecnica per la successiva fase istruttoria. (<https://www.ivass.it/chi-siamo/organizzazione/Struttura-organizzativa/servizio-tutela-del-consumatore/index.html>)

La stessa Autorità di Vigilanza, alla tradizionale attività di gestione dei reclami rivolti all'operato di imprese/intermediari, ha progressivamente accostato una rosa di fattispecie volte a prevenire il contenzioso quali, ad esempio, l'aumento del controllo sulla trasparenza dei prodotti e sulla correttezza delle modalità di vendita e del pagamento di prestazioni ed indennizzi; l'assistenza *online* e telefonica fornita ai consumatori; lo sviluppo della cultura e dell'educazione assicurativa²⁶². In aggiunta alla luce delle recenti "Missioni" del PNRR, ha previsto operazioni di semplificazione amministrativa e normativa²⁶³.

Nei lavori che si stanno svolgendo per la costituzione di tale organismo, vi è l'intento del legislatore di bilanciare la struttura dell'Arbitro, le diverse istanze del mercato e dei consumatori e le peculiarità del settore, oltre a ricercare soluzioni idonee a contemperare la necessità di fornire una tutela adeguata a quanto lamentato con la sostenibilità organizzativa ed operativa del nuovo organismo.

Da quanto si desume dalle affermazioni del De Polis²⁶⁴, la struttura normativa dell'Arbitro Assicurativo sarà disposta da un Decreto interministeriale, deputato a stabilire i principi e i caratteri dello stesso e da un Regolamento IVASS contenente norme attuative e di dettaglio.

A tal riguardo è da evidenziare il fatto che, la normativa posta alla base dell'operatività dell'Arbitro Assicurativo, ricalca quella adottata per disciplinare l'ABF, le cui fonti normative sono da individuare nella Delibera CICR n. 275/2008 e nelle collegate Disposizioni della Banca d'Italia.

La ragione è da ricercarsi nell'analoga formulazione degli articoli 128-*bis* TUB e 187.1 CAP sui sistemi di risoluzione stragiudiziale del settore finanziario ed assicurativo.

Di rilievo è anche l'attenzione posta alla tutela del consumatore, la stessa IVASS ha sempre previsto, nella sua struttura organizzativa, un ufficio competente alla gestione dei reclami presentati

²⁶² Nel suo intervento al Consumers' Forum 2022, il Capo del Servizio Tutela del Consumatore IVASS Cavina, ha affermato che: *"Per contribuire allo sviluppo corretto del mercato occorre tuttavia promuovere, accanto all'azione di vigilanza a protezione dei consumatori, anche una robusta diffusione di forme di autotutela attraverso l'elaborazione e l'attuazione di una solida, articolata strategia nazionale di educazione finanziaria, assicurativa e previdenziale"*. Il programma di tutela ed autotutela in questione è indirizzato all'intera collettività dei consumatori di servizi assicurativi, in particolar modo ai giovani, le cui conoscenze del settore assicurativo sono scarse; infatti, l'IVASS insieme al Comitato EduFin stanno predisponendo un piano per introdurre l'educazione finanziaria, assicurativa e previdenziale nei programmi scolastici.

²⁶³ Cavina M.L., op.cit., p.2

²⁶⁴ De Polis S., "Il primo quinquennio di operatività dell'ACF. Per un rinnovato ruolo delle ADR nei mercati finanziari", Roma, 23 novembre 2021

dalla clientela. A tal riguardo, appare utile il richiamo *in primis* alla Direttiva *Solvency II* (2009/138)²⁶⁵ ed ancora alla Direttiva *I.D.D.* (2016/97); specificatamente, quest'ultima si impegna a ricercare un equilibrio tra l'ottica imprenditoriale e l'interesse del cliente, al quale si offre un prodotto idoneo a rispondere ai suoi bisogni assicurativi, che vengono precedentemente accertati con questionari *ad hoc*.

A riprova di ciò, secondo il Segretario Generale dell'IVASS “*i ricorsi all'Arbitro Assicurativo rappresenteranno il “termometro” dell'insoddisfazione della clientela e costituiranno, come rilevato anche dalla dottrina per l'ABF, un “efficace sistema di enforcement” che si andrà ad affiancare agli strumenti di tutela già in essere [...]. I ricorsi rappresenteranno, tra l'altro, un'ulteriore fonte di informazioni utile ad indirizzare e calibrare l'attività di vigilanza sulla correttezza e trasparenza dei comportamenti delle imprese e degli intermediari, che si integra con l'analisi dei numerosi reclami che la clientela invia annualmente all'Istituto, nonché con gli elementi informativi forniti dalle stesse compagnie sui reclami ricevuti [...]*”²⁶⁶.

2.1. La competenza ed il funzionamento

Partendo dall'assunto che il settore assicurativo è dotato di particolarità, ne discende che l'Arbitro avrà una competenza assai estesa, volta ad assicurare le esigenze di tutela della clientela, la quale deve essere intesa come “*qualsiasi soggetto, sia persona fisica che giuridica, che ha o ha avuto con un'impresa o un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto prestazioni o servizi assicurativi o che abbia comunque titolo a ricevere prestazioni assicurative o a chiedere il risarcimento dei danni subiti nei casi in cui l'ordinamento gli riconosca azione diretta nei confronti dell'impresa*”.

La scelta si giustifica in virtù della stretta connessione intercorrente tra ricorso all'AAS e l'eventuale successiva istanza al giudice ordinario, in relazione alla quale l'Arbitro costituisce condizione di procedibilità; inoltre, è da rilevare che nella nozione non rientrano, però, quelle categorie che svolgono in via professionale l'attività assicurativa o di intermediazione nei settori assicurativo, previdenziale, bancario e finanziario, qualora la controversia verta sulle stesse; legittimati passivamente sono invece gli intermediari e le imprese di assicurazione.

A tal riguardo, va poi sottolineato che, diversamente da ABF e ACF, i quali richiedono una comunicazione espressa dell'intermediario, l'adesione all'Arbitro Assicurativo deriverà in maniera

²⁶⁵ Direttiva 2009/128/CE (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0138>)

²⁶⁶ De Polis S., “Il primo quinquennio di operatività dell'ACF. Per un rinnovato ruolo delle ADR nei mercati finanziari”, Roma, 23 novembre 2021

automatica dall'iscrizione all'Albo delle Imprese, al Registro Unico degli Intermediari o ai relativi Elenchi, senza esigenza di ulteriori comunicazioni all'IVASS e ciò, in ragione dell'elevato numero degli operatori di settore.

Ai sensi dell'articolo 2 della bozza dello Schema di decreto del MISE, di concerto con il Ministero della Giustizia, recante l'istituzione dell'Arbitro Assicurativo ex art.187.1 del Codice delle Assicurazioni Private, soggetti alla competenza dell'Arbitro saranno, dunque, le imprese e gli intermediari italiani ed esteri operanti in Italia.

Relativamente alle imprese e gli intermediari UE che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizio, ovvero senza uno stabilimento, si sancisce che gli stessi potranno chiedere di essere esclusi, qualora comunichino la propria adesione ad un altro sistema ADR del Paese di origine, nell'ambito della rete europea *Fin.Net.*, alla quale lo stesso AAS aderirà. Quanto appena detto si spiega in ragione del cosiddetto “principio dell'*Home Country Control*”, il quale consente alle imprese estere di esercitare la propria attività in Italia, in base all'autorizzazione dell'Autorità competente del Paese di origine, che è dunque tenuta a vigilare sul loro operato.

Secondo autorevole dottrina²⁶⁷, dall'interpretazione della soprammenzionata previsione, che richiede di essere letta nell'ottica della libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di matrice comunitaria, discende che soltanto le imprese italiane siano tenute ad aderire, mentre quelle comunitarie potranno eventualmente decidere di farlo o meno.

Per quanto attiene alla natura delle controversie sottoponibili all'Arbitro Assicurativo, la bozza del decreto e la relazione illustrativa, prevedono che lo stesso sarà competente a decidere sull'accertamento di diritti, obblighi, facoltà relativi a prestazioni e ai servizi assicurativi discendenti da un contratto di assicurazione, senza tener conto del valore del rapporto al quale si riferiscono. Facendo rientrare nel suo capo di azione non solo le pretese del contraente/assicurato inerenti a prestazioni e ai servizi assicurativi, ma anche quelle avanzate dal danneggiato.

Allo stesso sarà possibile richiedere una decisione relativa all'inosservanza delle regole di comportamento previste dal Titolo IX, Capo II, sez. IV e Capi III, III-*bis* e III-*ter* del CAP per l'esercizio dell'attività di distribuzione assicurativa, purché il contratto sia stato concluso.

In ultimo, qualora si richieda, oltre alla pronuncia dell'Arbitro, anche una somma di denaro, la stessa dovrà rientrare nei limiti indicati dalle disposizioni attuative dell'IVASS.

Si prevede poi, come avvenuto anche per l'ABF e l'ACF, l'esclusione di alcune fattispecie dalla cognizione dell'Arbitro quali quelle “*in cui per l'accertamento del fatto o la quantificazione della prestazione o del danno sia necessario effettuare attività istruttoria mediante l'espletamento di*

²⁶⁷ Si riporta il pensiero di Candian A., in Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., A Cura di Mantucci D., op.cit., p.510

accertamenti tecnici di consulenti terzi (CTU), l'assunzione di testimonianze o l'audizione degli interessati", prevedendo che l'audizione delle parti verrebbe consentita solo nei casi in cui l'Arbitro ritenga di giudicare secondo equità (si richiede, però, che il *petitum* rientri negli importi previsti dall'articolo 113, comma 2, del codice di procedura civile)²⁶⁸.

Da ciò discende che, conoscibili dall'AAS siano le sole controversie in cui per l'accertamento del fatto ("*an*") o la quantificazione della prestazione o del danno ("*quantum*") non sia richiesto di svolgere attività istruttoria mediante perizie tecniche d'ufficio, assunzione di testimonianze o audizione degli interessati.

Sempre per ragioni di economicità procedimentale, facendo salvo quanto disposto *ex lege*, non sarà possibile rivolgersi all'Arbitro Assicurativo nei casi di litispendenza. Nel caso in cui la controversia venga sottoposta all'autorità giudiziaria ovvero a giudizio arbitrale, a conciliazione, mediazione o a negoziazione assistita nel corso del procedimento innanzi all'Arbitro, quest'ultimo diventa improcedibile. Ulteriori esclusioni potrebbero essere eventualmente operate con le norme di attuazione.

Si noti, in ogni caso, che la scelta che si intende compiere è giustificata dal rispetto dei canoni di celerità e speditezza a cui è improntato il procedimento, nonché con la natura sommaria della cognizione stragiudiziale resa da tali Arbitri.

Sempre per rispondere ai suddetti canoni, la procedura sarà svolta esclusivamente *online*, prevedendo, inoltre, la possibilità di non farsi assistere da un avvocato o un procuratore.

Da evidenziare è poi la previsione che il procedimento sia gratuito per il ricorrente, o che comunque avrà costi minimi.

2.2. Il procedimento

Dai documenti sui lavori svolti per l'istituzione dell'Arbitro Assicurativo e dalle dichiarazioni rilasciate dal Segretario generale dell'IVASS, si può sin d'ora ipotizzare come sarà strutturato e come si svolgerà il procedimento.

²⁶⁸ A tal riguardo, si riporta De Polis S., il quale, nel giustificare la scelta di prevedere anche un giudizio reso secondo equità, afferma: "*Tale esigenza deriva dalla vasta incidenza nel settore assicurativo delle controversie riguardanti risarcimenti o indennizzi per sinistri, specie nei rami danni; il giudizio equitativo, anche se in presenza di controversie di importo modesto, potrebbe facilitare e velocizzare l'individuazione di una soluzione, con ricadute positive sia per i consumatori sia per il sistema giustizia.*", in "L'Arbitro delle Controversie Assicurative", Università degli Studi di Salerno - Dipartimento di Scienze Giuridiche Web Seminar BANCASSICURAZIONE: DISCIPLINE E TUTELE, 13 aprile 2021.

Analogamente a quanto previsto per gli altri due Arbitri, affinché si possa accedere alla tutela fornita dall'AAS, il ricorrente avrà l'onere di presentare un preventivo reclamo all'intermediario o all'impresa. Qualora la risposta non pervenga o sia insoddisfacente, allora si potrà domandare l'intervento dell'Arbitro, proponendo allo stesso un ricorso in forma informatizzata.

Lo stesso potrà essere presentato, nel termine disposto con le norme di attuazione, dal contraente, dall'assicurato o dal danneggiato che sia titolare di azione diretta verso la compagnia; si richiede che lo stesso sia completo nel contenuto (andranno indicati rispettivamente l'oggetto, la domanda e un'adequata esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda, nonché le conclusioni) e, inoltre, l'oggetto dovrà corrispondere a quanto lamentato nel reclamo precedentemente effettuato.

A questo punto, la Segreteria Tecnica verificherà l'ammissibilità e la ricevibilità dello stesso, all'esito del vaglio sarà suo onere notificarlo alla controparte; da qui si aprirà la fase istruttoria con lo scambio esclusivamente telematico dei documenti.

All'esito della fase istruttoria, la Segreteria comunicherà alle parti la formazione del fascicolo che poi provvederà a trasmettere all'organo decisionale, insieme ad una relazione illustrativa e sintetica della controversia stessa.

L'AAS sarà un organismo indipendente e imparziale; le controversie saranno sottoposte alla cognizione di uno o più collegi, ognuno costituito da 5 membri effettivi: un Presidente e due membri scelti dall'IVASS; un componente designato dall'Associazione di categoria delle imprese maggiormente rappresentative a livello nazionale, ovvero da uno individuato dalle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentativa a livello nazionale; un membro scelto dal Consiglio Nazionale dei Consumatori (CNCU) o per le altre categorie, un componente di nomina concertata dalle associazioni di categoria rappresentative²⁶⁹; più i supplenti, individuati tra soggetti con elevata professionalità, competenza, integrità e indipendenza.

Per quanto attiene al procedimento vero e proprio, si prevede che il Collegio disponga di 90 giorni per la decisione, prorogabili di altri 90, in caso di controversie particolarmente complesse.

²⁶⁹ La designazione del membro del Collegio rappresentante dell'impresa/intermediario è stabilita in relazione alla natura del soggetto nei cui confronti è stato presentato il ricorso. Nel caso in cui il ricorso sia stato presentato sia nei confronti dell'impresa sia nei confronti dell'intermediario, la composizione del collegio è determinata dal Presidente in funzione della natura della controversia e sulla base dell'interesse prevalentemente coinvolto; per quanto riguarda l'altro componente, la designazione dello stesso è determinata in funzione della categoria di appartenenza del cliente che ha presentato il ricorso.

All'esito si avrà una decisione assunta secondo diritto (salvo i casi di giudizio equitativo), alla quale il soccombente dovrà conformarsi entro il termine previsto dal regolamento. La stessa sarà priva di efficacia vincolante per il soggetto soccombente; ragion per cui, il medesimo non sarà obbligato a dare seguito alla decisione assunta dall'Arbitro.

Tuttavia, come già accade con le decisioni degli altri Arbitri, dalla non conformazione alla decisione dell'Arbitro Assicurativo discenderà una sanzione reputazionale, consistente nella pubblicazione della notizia sul sito dell'Arbitro e dell'operatore.

Inoltre, qualora la decisione presenti omissioni, errori materiali o di calcolo, se richiesto da una delle parti, sarà oggetto di correzione.

Così come avviene dinnanzi all'ABF e all'ACF, il ricorso all'AAS non precluderà alle parti la facoltà di rivolgersi successivamente all'Autorità giudiziaria o di avvalersi di ogni altro mezzo idoneo a garantire la tutela dei propri diritti ed interessi, ove non soddisfatti dalla decisione arbitrale.

3. Gli obiettivi dell'Arbitro

Con la costituzione dell'Arbitro Assicurativo, il legislatore italiano intende soddisfare l'esigenza primaria di ridurre l'ingente carico di contenzioso in materia di assicurazioni offrendo nel contempo ai consumatori uno strumento semplice e rapido che consenta di dirimere le controversie nascenti con le imprese assicurative.

Di rilievo è il fatto che il legislatore, nella progettazione dell'Arbitro, stia tenendo conto anche del tema della sostenibilità dello stesso all'interno del sistema giustizia, ciò è riscontrabile dai lavori preparatori dell'impianto normativo, in cui l'IVASS ha più volte sollevato la questione di prevedere modalità di regolazione del complessivo numero dei ricorsi sottoponibili all'AAS.

La motivazione è da individuarsi, *in primis* nel limite di pianta organica dell'Autorità stabilito dalla legge; è stato, infatti, previsto che indipendentemente dal numero dei ricorsi ricevuti, le risorse destinate al nuovo Arbitro siano stabilite in misura fissa.

In secondo luogo, le ragioni del contingentamento dei ricorsi sono da desumere dalla previsione dei flussi attesi: si teme che, data l'estrema eterogeneità di rami e prodotti danni e vita, ciò possa tradursi in un troppo ampio e diversificato panorama di liti.

Inoltre, data la vicinanza con alcune materie di competenza degli altri Arbitri, al fine di mantenere un sistema di risoluzione stragiudiziale sostenibile, sarà importante individuare chiaramente i diversi ambiti di confine con l'attività svolta da ABF e ACF.

L'AAS, in qualità di "ultimo nato", avrà l'onere di predisporre un impianto normativo chiaro e semplice, sforzandosi di evitare sconfinamenti di competenza che possano creare incertezza e recare pregiudizio ai ricorrenti, anche in fase di presentazione dei ricorsi.

Certamente, nel momento in cui si avrà un quadro normativo-regolamentare definito, sarà compito dell'IVASS, in concerto con CONSOB e Banca d'Italia, disciplinare con un Protocollo la collaborazione volta all'istituzione di meccanismi di coordinamento e di scambio informativo tra i rispettivi arbitri sulle questioni di comune interesse nonché tra le Segreterie Tecniche, prevedendo, inoltre, la possibilità di organizzare iniziative comuni di formazione e di divulgazione, come già fatto tra CONSOB e Banca d'Italia per l'attività di ACF e ABF.

L'Arbitro Assicurativo sarà uno strumento per una tutela rapida ed efficace di controversie in ambito assicurativo. A tal riguardo, il De Polis assicura che il legislatore si stia impegnando affinché si costituisca un sistema efficiente quale si continueranno ad affiancare anche altre iniziative volte alla riduzione delle cause scatenanti le liti. Vale la pena citarne alcuni, ad esempio, i piani di educazione assicurativa volti a consentire ai consumatori di assumere scelte consapevoli ed informate; o gli interventi deputati a semplificare i contratti e a rafforzare la chiarezza delle condizioni contrattuali, nonché quelli relativi alla qualità della *governance* dei prodotti assicurativi che richiede alle imprese e agli intermediari di introdurre sul mercato prodotti idonei a rispondere interamente alle esigenze della clientela²⁷⁰.

Inoltre, analizzando quanto si ha a disposizione sull'AAS, essendo ideato sulla scorta degli impianti normativi degli altri due Arbitri, certamente avrà allo stesso modo un ottimo *appeal*, come accaduto per i suoi predecessori.

Si badi, però che, affinché abbia il successo sperato, il legislatore, l'Autorità di Vigilanza e il settore assicurativo dovranno continuare a collaborare tra di loro per raggiungere i migliori risultati in termini di efficacia, rapidità e sostenibilità del nuovo sistema, a sostegno di quanto appena detto si posso richiamare dei recenti pensieri del presidente Signorini, il quale, parlando degli obiettivi futuri dell'IVASS ha dichiarato che il sistema funzionerà bene soltanto se vi sarà “una consapevole, aperta collaborazione del mondo delle assicurazioni” sottolineando, inoltre che la costituzione dell'AAS rappresenti “un'occasione importate per spezzare la catena del contenzioso patologico²⁷¹”.

In conclusione, si può, dunque, affermare che per ottenere una migliore gestione dei rischi della vita e delle attività di famiglie e imprese, vi sarà la necessità di attuare degli interventi *ad hoc* di tutela della clientela che si impegnino a rafforzare ed innalzare il livello di conoscenza, nonché la fiducia

²⁷⁰ De Polis S., “L'Arbitro delle Controversie Assicurative”, Università degli Studi di Salerno - Dipartimento di Scienze Giuridiche Web Seminar BANCASSICURAZIONE: DISCIPLINE E TUTELE, 13 aprile 2021

²⁷¹ Signorini L.F., nell'intervento all'assemblea generale dell'Ania (Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici), 5 agosto 2022, in <https://www.simplybiz.eu/signorini-ivass-assemblea-ania-criticita-da-affrontare-nel-2022/>

nei sistemi ADR in generale e nell'Arbitro Assicurativo in particolare, nello specifico contesto di operatività.

Capitolo VI

I metodi ADR e le *best practices*

1. Gli effetti dei sistemi ADR sulla conformazione dell'attività d'impresa

I sistemi ADR, sia di tipo negoziale che di tipo aggiudicativo-decisorio concorrono, con la loro attività, alla creazione di un circolo virtuoso volto a migliorare e a ricostruire i rapporti intercorrenti tra cliente ed intermediario, che spesso, a seguito delle intervenute violazioni da parte del secondo nei confronti del primo, si sono deteriorati.

Prima di tutto, per meglio comprendere il vantaggioso apporto che gli strumenti ADR possono apportare, è necessario esaminare sia pur rapidamente i contratti di impresa e al loro ambito applicativo.

Nella tipologia in questione, sono compresi quei negozi giuridici stipulati dall'imprenditore con fornitori, lavoratori e clienti, finalizzati ad assicurarsi gli elementi produttivi necessari allo svolgimento dell'attività di impresa, nonché i contratti deputati alla distribuzione commerciale, al finanziamento e alla riscossione dei crediti.

Va, dunque, rilevato che all'interno di questa ampia categoria rientrano, quindi, i contratti bancari, finanziari ed assicurativi, la cui tipicità è data dal fatto che, in primo luogo, vi è insensibilità alle questioni personali dell'imprenditore ed inoltre, nel caso in cui un nuovo soggetto subentri nell'esercizio dell'impresa, vi sarà il trasferimento automatico del contratto in capo a quest'ultimo.

Alla stregua della connessione intercorrente tra il contratto e l'esercizio dell'impresa, trovano giustificazione le deroghe normative apportate alla disciplina generale ed il condizionamento del rapporto da questo discendente, non solo sul piano del contenuto, ma anche a livello formale, con la predisposizione, da parte dell'imprenditore, di condizioni e clausole standard a tutti applicabili.

Conseguentemente, la peculiare disciplina degli stessi prevede che in sede di redazione vengano svolte delle valutazioni orientate non solo agli interessi individuali dei contraenti, ma anche all'interesse generale della regolazione del mercato, la quale costituisce un punto focale nella tutela dei principi di libertà economica e che viene posta in essere attraverso il diritto della concorrenza (inteso nella sua accezione più ampia) e il diritto dei consumatori²⁷².

Indubbiamente, per rispondere a tali esigenze, è necessaria la presenza di un sistema di giustizia capace, in tempi contenuti, di fornire la soluzione ottimale alle eventuali controversie che possono sorgere.

²⁷² Sirena P., Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio, in Oss.dir.civ. e comm., Il Mulino-Rivistaweb, Fascicolo 1, gennaio 2017, p.10.

Al riguardo, sono stati avviati studi per analizzare in che misura il funzionamento del sistema giudiziario influenzi la crescita economica nel medio-lungo periodo, ponendo in evidenza i possibili canali di trasmissione²⁷³.

Dagli stessi è stato desunto, infatti, come una giustizia lenta osti, innanzitutto, al corretto funzionamento della concorrenza nel mercato dei prodotti, producendo, in conclusione, una perdita di efficienza nell'intero sistema economico.

I risultati ottenuti hanno dimostrato che per stimolare lo sviluppo economico, il sistema giudiziario deve essere dotato, prima di tutto, di efficienza, la quale va intesa come la capacità, date le risorse finanziarie disponibili, di risolvere le controversie in un tempo ragionevole.

Vi è, poi, la necessità che le sentenze rese siano dotate di accuratezza e certezza, ed in ultimo, risulta fondamentale l'indipendenza del giudizio.

Attualmente, la giustizia ordinaria non riesce a garantire una piena adesione a tali criteri ed infatti, è proprio in questo contesto che gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie possono assolvere al meglio la loro funzione.

Gli stessi, essendo improntati alla speditezza, all'economicità e al dialogo, costituiscono "l'ulteriore via" di cui i litiganti possono avvalersi per risolvere i conflitti sorti nello svolgimento dell'attività di impresa.

In questa ottica, appare evidente che, affinché ci sia un reale incontro dei bisogni dei soggetti costituenti il rapporto contrattuale, è necessario il dialogo. Lo stesso, è realizzabile solo se chi è coinvolto accetta, nel momento in cui sorge una controversia, di partecipare al "tavolo delle trattative" cosicché si possa trovare la soluzione più conveniente per tutti.

Nella prospettiva comunitaria, le ADR, infatti, costituiscono un ulteriore strumento di tutela, messo nella disponibilità del cliente in modo che lo stesso possa risolvere celermente e senza i costi propri della giustizia ordinaria la lite con la controparte, favorendo, inoltre, la prosecuzione della relazione contrattuale.

Nella visione del legislatore interno, l'implementazione degli stessi è stata vista *"come un'ottima via per far fronte alla crisi della giustizia, che vede nelle lungaggini processuali una concausa"*²⁷⁴.

In ragione di quanto appena detto, tutti gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, e quindi, sia gli ADR conciliativi che decisori, risultano idonei a garantire il corretto funzionamento dei mercati.

²⁷³ <https://www.upbilancio.it/lefficienza-della-giustizia-civile-e-la-performance-economica/>

²⁷⁴ Semeraro M. op.cit., p.101

Nei primi, sebbene vi sia l'intervento di un terzo, il risultato finale che si ottiene è un accordo tra i litiganti, volto a concludere la controversia nel più breve tempo possibile, facendo perdurare il rapporto che invece si concluderebbe qualora fosse azionato il giudizio ordinario, senza però andare ad incidere direttamente sulle condotte future dell'impresa.

Alla sopracitata esigenza, rispondono invece i sistemi alternativi di natura decisoria, i quali possono imporre la loro influenza sui comportamenti che dovranno porre in essere le imprese.

Si badi che l'attività di conformazione non è svolta in modo uguale in tutte le forme di ADR decisorio, in alcuni casi, infatti, la stessa deve essere vista come mera capacità di influenzare le condotte degli operatori attraverso le loro decisioni, in altri, oltre ad indicare i comportamenti virtuosi che gli intermediari devono tenere, forniscono anche delle regole idonee a realizzare una diminuzione delle possibili future controversie²⁷⁵.

1.1. Breve *focus* sui sistemi ADR conciliativi

A seguito della crisi mondiale finanziaria del 2008 si sono verificate diverse criticità nei rapporti intercorrenti tra clienti ed intermediari, ciò ha ovviamente condotto ad un aumento del contenzioso oltre ad una più difficile gestione delle relazioni intercorrenti tra questi.

In tale contesto, per evitare le lunghe attese scaturite dai processi ordinari, si è fatto affidamento ai sistemi di risoluzione stragiudiziale, finalizzati alla soluzione delle controversie civili e commerciali in una logica condivisa e sostenibile²⁷⁶.

Nel renderli operativi, però, specialmente in ambito bancario, finanziario e assicurativo, sono state riscontrate delle difficoltà applicative, complice il fatto che il contenzioso in materia è caratterizzato da specificità che richiedono una soluzione efficace studiata *ad hoc*.

Da rilevarsi, infatti, è che negli ambiti in questione, vi è un rapporto asimmetrico tra cliente ed intermediario, e ciò determina una disparità di poteri tra le parti.

Per sopperire alla stessa è necessario che tra i contraenti vi sia un legame di fiducia, capace di convincere il cliente a dar seguito a quanto proposto dall'intermediario. Essendo il rapporto in questione molto labile, si ritiene che lo stesso abbia inevitabilmente risentito dell'incertezza derivante dalla crisi, la quale ha portato come conseguenza ad un allontanamento delle parti.

²⁷⁵ Semeraro M., op. cit., p.104.

²⁷⁶ Marinaro M., "Il paese dove tutto finisce in tribunale", in *Judicium* (<https://www.judicium.it/paese-finisce-tribunale-riflessioni-sparse-sulle-prospettive-riforma-della-giustizia-civile/>)

Il distacco è per altro riconducibile ad un “*deficit* comunicativo²⁷⁷” tra intermediario cliente, dovuto sia all’elevato tecnicismo che caratterizza le materie, sia alla scarsa conoscenza delle stesse da parte degli utenti.

Per evitare, dunque, un ulteriore deterioramento dei rapporti, il legislatore ha ben pensato di rendere obbligatorio l’esperienza del tentativo di mediazione come condizione di procedibilità per siffatte materie. Così facendo, si è offerto ai soggetti interessati un tavolo negoziale privilegiato intorno al quale confrontarsi su un piano di parità e sulla base di un dialogo costruttivo, aperto e leale.

Nonostante ben funzionante sul piano teorico, la reale applicazione della mediazione in tali ambiti non ha riscosso il successo sperato.

Le cause dell’insuccesso sono molteplici e si possono individuare *in primis* proprio nel menzionato tecnicismo che non agevola un adeguato dialogo tra le parti e rende più difficile il processo conciliativo; o ancora il fallimento può essere dovuto alla tardività del tentativo, che interviene quando ormai il rapporto risulta già troppo compromesso e i litiganti non sono più disponibili a confrontarsi e parlarsi.

Altre cause possono individuarsi nell’assenza al tavolo delle trattative dei soggetti coinvolti nella controversia, dato che è comune che l’intermediario non si presenti, impedendo di fatto la possibilità di ricercare un accordo come la mancanza di effettività del tentativo, che si ferma alla fase preliminare, senza entrare nel merito della questione controversa, in ragione dell’indisponibilità manifestata generalmente dal legale dell’intermediario.

Quest’ultima criticità dovrebbe tuttavia essere superata con le norme che dovrebbero essere approvate con la prossima riforma in materia di mediazione, volta a garantire la partecipazione (effettiva) dell’intermediario. Lo stesso, infatti, non avrà più alibi per sottrarsi all’esperienza effettiva del tentativo, salvo incorrere in sanzioni nell’eventuale successivo giudizio.

Un’azienda virtuosa dovrà necessariamente arrivare ben preparata all’incontro di mediazione al fine di sfruttare al meglio le potenzialità dello strumento.

Per far ciò, occorrerà che siano costruiti anche degli efficaci sistemi di gestione interni, che consentano di reperire facilmente tutte le informazioni necessarie.

Anche da tale punto di vista, occorrerà che siano adottate condotte virtuose e di miglioramento dell’organizzazione aziendale, con conseguente creazione di valore.

²⁷⁷ Per un approfondimento si rimanda a Bagni F., “La gestione del rapporto banca-cliente: un’analisi (anche) empirica del contenzioso bancario fra modalità di gestione e competenze”, 13 settembre 2019, in *Judicium* (<https://www.judicium.it/la-gestione-del-rapporto-banca-cliente-unanalisi-anche-empirica-del-contenzioso-bancario-fra-modalita-gestione-competenze/>)

In ultimo, si può affermare che la mediazione rappresenti *“uno strumento complementare a quello giudiziale, rispondente alla medesima esigenza di tutela e giustizia²⁷⁸”*, il quale, però, affinché possa assolvere pienamente le funzioni per le quali è stato pensato, deve essere messo in condizione di operare al meglio.

Come affermato anche in dottrina, vale la pena evidenziare che la mediazione deve essere intesa come *“un rinnovato modo di gestione del conflitto che dall’ascolto attivo trae strumenti di composizione che mirano a creare valore e non a distruggerlo²⁷⁹”*.

Di conseguenza, ogni ulteriore apporto al sistema deve essere effettuato nell’ottica della cooperazione, non fermandosi a “tamponare la situazione critica”, bensì, grazie alla struttura informale e alla sua idoneità a far raggiungere soluzioni convenienti, la stessa deve puntare a fornire un vantaggio competitivo per le imprese, nonché a fornire una composizione della vertenza che sia allo stesso tempo giusta e soddisfattiva delle reali necessità delle parti in causa.

1.2. Un esempio virtuoso: il caso di Milwaukee

Guardando al di fuori del panorama dell’ordinamento italiano, un’esperienza particolarmente positiva di utilizzo del sistema ADR è rinvenibile in quanto accaduto nella città di Milwaukee, in Wisconsin, durante la crisi finanziaria del 2008.

Nel caso di specie²⁸⁰, a seguito della crisi finanziaria del 2008-2010, nella città in questione, più di 6000 proprietari di immobili si trovarono con una procedura di pignoramento pendente a loro carico, derivante dal crollo dei rapporti di mutuo bancario.

Tra le conseguenze scaturite dalla situazione critica vi era, *in primis*, la minaccia di un aumento dell’attività criminale ed il pericolo di scarsa manutenzione di interi quartieri e in secondo luogo, si stava assistendo ad un forte decremento del valore degli immobili residenziali e della base imponibile della città, nonché al prosciugamento delle risorse del governo comunale per affrontare il crescente numero di proprietà pignorate e vacanti.

Per porre un argine alla siffatta emergenza, il Comune, l’Università e il Tribunale immaginarono un sistema *ad hoc* di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

²⁷⁸ Bagni F., op.cit.

²⁷⁹ Marinaro M., op.cit.

²⁸⁰ Per approfondimento, cfr. Kupfer Schneider A., Fleury N.C., “There’s no place like home: Applying Dispute System Design theory to Create a Foreclosure Mediation System”, 2011, in Nevada Law Journal, <https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=nlj>

Con il coordinamento della Marquette University Law School, il Comune della città diede vita ad un tavolo di dialogo al quale parteciparono gli istituti di credito ed i rappresentanti dei consumatori, affiancati da esperti professionisti in materia bancaria e facilitatori nella comunicazione, con lo scopo di ridefinire i prestiti in sofferenza, permettendo così ai proprietari di conservare le loro case e alle banche di proteggere almeno parte dei loro crediti.

Il progetto ideato, coordinato dall'Università e patrocinato dal Tribunale, consisteva, quindi, in una procedura extragiudiziale, diretta da uno staff autonomo, basata sul dialogo, che teneva conto delle esigenze di tutte le parti coinvolte nella vicenda.

Tale sistema non deluse le aspettative: si ebbero, infatti, riscontri più che positivi e molte delle mediazioni avviate vennero successivamente concluse positivamente, concorrendo, di fatto, a far cessare la situazione critica che si era creata.

Dall'esempio di Milwaukee si può imparare molto: quanto attuato per risolvere la situazione emergenziale è il risultato di un ampio dialogo e di una stretta collaborazione di tutti gli interessati.

La strategia adottata mette quindi in evidenza una condotta virtuosa che ben facilmente si può replicare, infatti, affinché la mediazione risulti efficiente ed efficace anche in materie altamente tecniche, si richiede che il cliente e l'intermediario ritornino a dialogare tra loro, così da ricostruire la fiducia che deve necessariamente esserci alla base del rapporto tra di essi intercorrente.

Lo spazio in cui si svolge il dialogo deve essere privo di formalismi e le parti, nella gestione del rapporto, devono essere guidate da professionisti che le affianchino nella valutazione delle scelte a loro più confacenti, in modo tale da evitare il sorgere di una lite.

2. Gli ADR decisorio e il loro contributo nella realizzazione di condotte virtuose

I sistemi ADR di natura decisorio, nello svolgimento delle loro attività, forniscono senz'altro indirizzi virtuosi e di conseguenza, hanno una naturale attitudine a conformare l'attività di impresa che può essere intesa, prima di tutto, come mera capacità di influenzare le condotte degli operatori.

Tale attitudine deve essere valutata con riferimento ad alcuni criteri, quali rilevano la vicinanza all'Autorità di Regolamentazione, ovvero, l'autorevolezza del Collegio che rende la decisione.

Un'ulteriore accezione di funzione conformativa può essere individuata nella congiunta attività che oltre ad indirizzare correttamente i futuri comportamenti dell'intermediario, contribuisce, nello stesso tempo, alla costruzione di regole applicabili per realizzare una concreta diminuzione dei futuri conflitti.

Invero, i sistemi ADR, quali l'Arbitro Bancario Finanziario, l'Arbitro per le Controversie Finanziarie e, in prossimo futuro, l'Arbitro Assicurativo nel rendere la decisione all'esito della controversia a loro sottoposta, svolgono una funzione che si può definire nomofilattica, ovvero

contribuiscono alla formazione di una “giurisprudenza” virtuosa che può ben indirizzare le condotte degli intermediari, evitando, di conseguenza, la nascita di un futuro conflitto con l’utente.

A sostegno di quanto detto giova richiamare l’intervento del Prof. Fernando Greco, al convegno dal titolo “ABF e ACF: deflatori o interpreti tecnici? “Giurisprudenze” a confronto”, organizzato dalla Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione²⁸¹.

Secondo il suo autorevole pensiero, l’ABF e l’ACF rappresenterebbero un punto di riferimento, non in funzione sostitutiva della giurisprudenza, ma con un ruolo di specificazione della complessa attività di interpretazione e forse anche come deflatori del contenzioso, in considerazione della capacità conformativa delle loro decisioni, rispetto al comportamento degli intermediari.

In tal senso, le decisioni rese, data l’ormai riconosciuta natura “quasi-regolatoria”, non solo contribuiscono ad introdurre regole di condotta virtuose, ma assolvono anche una funzione di *private enforcement*.

Nell’ottica di costituire *best practices*, le decisioni assunte dagli Arbitri giovano ad entrambe le parti coinvolte nella controversia.

Come già rilevato, nel rendere i loro orientamenti oltre ad indirizzare il comportamento dell’intermediario coinvolto nella contesa oggetto di giudizio, forniscono delle “massime” che possono interessare l’intera categoria degli intermediari.

Grazie, infatti, all’archivio nel quale vengono conservate le decisioni, consultabile da tutti sui siti dei diversi Arbitri, l’intermediario può evitare il sorgere della controversia con il cliente, adeguandosi a quanto ritenuto corretto in precedenza dall’Arbitro.

Allo stesso modo, il cliente che ritiene di aver subito una violazione da parte dell’intermediario, avvalendosi dei contenuti degli archivi online, è messo nella condizione di conoscere preventivamente quale sia l’orientamento dell’Arbitro al riguardo e potrà, dunque, valutare adeguatamente la convenienza di rivolgersi preventivamente all’Arbitro e poi eventualmente all’autorità giudiziaria, per ottenere la tutela sperata.

In ultimo va, dunque, rilevato che la capacità conformativa dell’impresa e di conseguenza dei comportamenti posti in essere dai soggetti coinvolti, discende soprattutto dalla capacità del sistema ADR di concorrere alla creazione di regole “*utili alla trasparenza delle negoziazioni che compongono il mercato*”²⁸².

²⁸¹ Albanese L., Lecci M. (Report a cura di), “IL PUNTO SU: ABF e ACF: deflatori o interpreti tecnici? “Giurisprudenze” a confronto”, Roma, 4 aprile 2019, in <https://www.dirittodelrisparmio.it/wp-content/uploads/2019/07/Report-4-aprile-2019-ADR-ABF-ACF.pdf>

²⁸² Semeraro M., op.cit.

Alla luce di ciò, è necessario mettere in evidenza che il rapporto intercorrente tra sistemi ADR e funzione di conformazione dell'attività di impresa è assai vasto e per trarre le giuste valutazioni al riguardo occorre delimitare il campo di analisi.

Nell'ambito dei sistemi ADR valutativi nei mercati regolati bisogna indagare innanzitutto in che modo si estrinsechi l'approccio regolatorio.

Nel caso in cui lo stesso si ponga come obiettivo principale l'implementazione della trasparenza, sarà più facile che la conformazione delle imprese derivi dalla formazione di una regola idonea a completare quelle già esistenti, con il fine ultimo di limitare il sorgere di nuove controversie.

Qualora, invece, il carattere delle decisioni comporti una più stringente limitazione dell'autonomia dei contraenti, l'attività di conformazione discenderà dall'autorevolezza conferita al sistema e alla sua predisposizione a suggerire condotte virtuose da attuare in futuro.

In conclusione, si può, dunque, individuare *“un sistema sinergico e integrato di procedure ADR²⁸³”* per le liti derivanti dai contratti bancari, finanziari ed assicurativi che, senza dilatare i tempi per l'accesso alla giurisdizione ordinaria, risulti idoneo a rendere più effettive le tutele per consumatori e imprese e, nel contempo, a fornire agli intermediari strade idonee a migliorare i rapporti con la clientela attraverso l'espletamento di *best practices*.

²⁸³ Marinaro M., “La risoluzione delle liti bancarie, tra efficienza della giustizia e regolazione del mercato”, 28 novembre 2018, in <https://www.costozero.it/la-risoluzione-delle-liti-bancarie-tra-efficienza-della-giustizia-e-regolazione-del-mercato/>

Conclusioni

Lo studio compiuto in questo elaborato ha avuto ad oggetto l'analisi del ricorso ai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie sia di natura negoziale che decisoria, nelle liti sorte in materia bancaria, finanziaria ed assicurativa, operando un *focus* sulla sostenibilità, l'efficienza e la conformazione dell'attività d'impresa.

L'obiettivo perseguito è stato quello di fornire spunti di riflessione sull'applicazione di modelli innovativi di giustizia, anche in considerazione del momento di crisi della giurisdizione civile, che comunque abbiano come esito la soluzione delle controversie insorte.

A tal riguardo si può richiamare l'autorevole pensiero di Einstein, il quale sosteneva che soltanto attraversando momenti di crisi, si possano trovare delle soluzioni.

In questa ottica, come evidenziato, si pongono gli strumenti ADR, i quali sono nati come risposta all'eccessivo formalismo, ai tempi lunghi e alle inefficienze del processo ordinario, proponendosi di ricercare la soluzione più opportuna alla lite insorta, percorrendo per l'appunto una via alternativa.

Prima di ricorrere al giudice, infatti, soprattutto il cliente e/o l'investitore hanno la facoltà di scegliere quale sia la via praticabile per tutelare al meglio i propri interessi e la decisione di optare per una piuttosto che per l'altra, presuppone che a monte vi sia una conoscenza specifica di quali siano gli elementi tipici, le caratteristiche, le condizioni di ammissibilità e i risultati ottenibili dal metodo azionato.

Nel momento in cui sorge una vertenza in materia bancaria, finanziaria e assicurativa, l'ordinamento prevede, ai sensi dell'articolo 5 comma 1 *bis* del D.Lgs. n.28/2010, l'obbligo di esperire preventivamente un tentativo di mediazione, ovvero di rivolgersi ad uno degli Arbitri competenti nella materia della controversia, al fine di provare a risolvere la lite ed evitare l'avvio del processo ordinario.

Invero, gli strumenti stragiudiziali rispondono all'esigenza di "degiurisdizionalizzazione", la quale consiste nell'intraprendere una nuova ecologia del rapporto giustizia-società e ciò in ragione della necessità di avvalersi di un sistema di giustizia che sia equilibrato, alla base del quale si presuppone l'esistenza di una giurisdizione aperta ed efficiente, consona, di conseguenza, a risolvere nel minor tempo possibile la lite, senza gravare eccessivamente sui soggetti che se ne servono, in termini di costi e di risorse.

Proprio in tal senso si orientano gli strumenti ADR negoziali e decisorii, i quali, rispondendo ai canoni di efficacia (da intendersi come grado di raggiungimento dell'obiettivo), rapidità ed efficienza, quest'ultima intesa come capacità di raggiungere un determinato risultato evitando lo spreco di risorse

(e dunque strettamente collegata al concetto di sostenibilità), costituiscono la miglior via da intraprendere per soddisfare gli interessi sottesi alla controversia.

Nello specifico, gli ADR conciliativi, seppur virtualmente vantaggiosi, soffrono di alcuni limiti intrinseci quali, ad esempio, la mancanza di volontà, da parte dell'intermediario, di servirsene al meglio; quest'ultimo, infatti, non assolvendo in maniera conforme al dovere di collaborazione, di fatto si preclude di beneficiare delle potenzialità che gli stessi mettono a disposizione.

L'utilizzo di questi sistemi richiede, infatti, che da parte dei soggetti coinvolti vi sia uno sforzo di preparazione in vista del negoziato e di conoscenza sia della materia (data l'estrema tecnicità degli ambiti oggetto di disamina), sia della vicenda da cui è scaturito il litigio, nonché una piena consapevolezza degli obiettivi che si vogliono raggiungere.

Al "tavolo delle trattative" sussiste la necessità che siedano coloro che sono coinvolti in prima persona nella vicenda o che comunque dispongano del pieno potere di decidere; di conseguenza, sarà necessario predisporre dei processi interni che consentano di realizzare un miglior "*case management*".

In conclusione, si può, dunque, affermare che sebbene la mediazione presenti notevoli potenzialità, tali che si possa risolvere in tempo breve e a costi sostenuti la controversia sorta, le medesime necessitano di essere ancora meglio sostenute, richiedendosi, anche, un maggiore sforzo agli utenti.

In sostegno di ciò, con la prossima riforma sulla mediazione di cui allo schema di D.Lgs. recante attuazione della L.26 novembre 2021, n.206, qualora dovesse concludersi positivamente l'iter legislativo attualmente in corso, si prevede che alcune delle criticità che attualmente affliggono la mediazione, dovrebbero essere risolte, così da rendere possibile una migliore fruizione dello strumento.

Per quanto riguarda i sistemi ADR di natura aggiudicativa-decisoria, assolvendo di fatto anche una funzione che la dottrina ha riconosciuto essere "nomofilattica", con le loro pronunce hanno dimostrato di riuscire ad orientare l'operato dei soggetti coinvolti, inducendoli a tenere dei comportamenti virtuosi.

La giurisprudenza prodotta dall'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), in virtù del fatto di essere il "primo nato", ha acquisito, nel corso degli anni, una notevole autorevolezza e di conseguenza i suoi precedenti godono di particolare considerazione nella giurisprudenza ordinaria e, quindi, anche nell'indirizzamento dell'attività di impresa, che tende a conformarsi agli ormai consolidati orientamenti dello stesso.

Va peraltro sottolineato che la certezza e la prevedibilità delle decisioni da questo assunte consentono sia al cliente che all'intermediario, ciascuno dal proprio punto di vista, di trarne giovamento per i propri interessi.

Sulla scia del sopraccitato Arbitro, come si è visto, è stato successivamente introdotto, nel 2017, l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), il quale è andato a sostituire un preesistente strumento conciliativo, quale la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob; la ragione della sua istituzione è da rinvenirsi nel successo e nell'efficienza mostrata dall'ABF, in un settore in cui gli istituti consensuali hanno avuto invece meno successo.

A completare il quadro degli Arbitri, vi è poi l'istituendo Arbitro Assicurativo (AAS), il quale si prevede che possa assolvere una funzione analoga agli altri, nello specifico settore di competenza, qual è quello delle controversie derivanti dai servizi e dalle attività di natura assicurativa e riassicurativa.

Si spera che lo stesso possa contribuire a fornire una maggiore certezza, nonché facilità nel risolvere il contenzioso nell'ambito delle controversie in materia assicurativa e a migliorare i rapporti tra clienti e società assicurative.

Come si vede, quindi, si è delineato, ormai, un complesso sistema parallelo di risoluzione delle controversie, il quale si presenta non solo come alternativo, bensì anche come complementare alla giustizia ordinaria; nell'ambito di esso, gli operatori dovranno ricercare il mezzo più idoneo ed adeguato alle proprie esigenze, scegliendolo anche alla luce della tipologia di controversia da risolvere e degli obiettivi desiderati.

L'auspicio è, dunque, che tutti gli operatori coinvolti acquisiscano una sempre più ampia competenza al fine di muoversi consapevolmente e scientemente tra i diversi sistemi esistenti, così da raggiungere il risultato finale sperato, evitando altresì un considerevole dispendio economico, di risorse e di tempo.

Bibliografia

Andrews N., “*English Civil Procedure*”, Oxford, 2003

Azzolino S., “*Le alternative dispute resolution nel settore assicurativo: l’Arbitro per le controversie assicurative.*”, 5 Agosto 2020, in Iusinitinere, <https://www.iusinitinere.it/le-alternative-dispute-resolution-nel-settore-assicurativo-larbitro-per-le-controversie-assicurative-28483>

Bagni F., “*La gestione del rapporto banca-cliente: un’analisi (anche) empirica del contenzioso bancario fra modalità di gestione e competenze*”, 13 settembre 2019, in Judicium (<https://www.judicium.it/la-gestione-del-rapporto-banca-cliente-unanalisi-anche-empirica-del-contenzioso-bancario-fra-modalita-gestione-competenze/>)

Barbuzzi G., “*ACF primi passi e prospettive*”, in Lener R. e Pozzolo A.F. (a cura di), “*I metodi alternativi di risoluzione delle controversie: primi passi e prospettive*”, Roma, Minerva Bancaria, 2017

Bartolomucci P., Candian A., Carriero G.L., Carriero V., Di Ramo R., Federico A., Finocchiaro G., Fiordiponti F., Lener R., Lupoi M.A., Nervi A., Sica S., Soldati N., Troisi C., “*Trattato di diritto dell’arbitrato, diretto da Mantucci D., vol.XV - Le controversie bancarie e finanziarie*”, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020

Cappelletti M. (a cura di), “*The Florence Access to Justice Project*”, Vol. I-IV, Alphen aan den Rijn, Netherlands e Milan: Sijthoff and Noordhoof Int.,1978

Carpi F., “*Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*”, in Giur. Comm., 2008

Chase O., “*Gestire i conflitti. Diritto, Cultura, Rituali*”, Bari-Roma, Laterza, 2009

Cocola B., “*I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*”, Quaderno 7, Scuola Superiore della Magistratura – Roma 2022, https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/1750902/ssm_q7_v1.pdf

Conte, G., A cura di Balestra L., Di Raimo R., Maffei D., Maggiolo M., Marinaro M., Natoli R., Pagliantini S., Recinto G., Con il coordinamento di Vigoriti L., Rumine N., “*Arbitro bancario e finanziario*”, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021

Danovi F., Ferraris F., “*ADR una giustizia complementare*”, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018

De Palo G., D’Urso L., Golann D., “*Manuale del Mediatore professionista*”, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2010

Di Gangi M.C., in “*“Alternative Dispute Resolution” in Inghilterra ed in Italia*”, 2009, in *Diritto & Diritti*, www.Diritto.it, 2009.

Dolmetta A.A., Malvagna U., “*Sul nuovo “ADR Consob”*”, in Banca borsa tit. cred., 2016

Ferraguto A., Cammarata R., “*Controversie nel sistema bancario e finanziario: il futuro è nelle ADR?*”, in IusTrend n.2/2021

Giallongo N., *“Il dibattito giurisprudenziale sui profili processuali del D.lgs. 28/2010: le incertezze interpretative e i dubbi applicativi.”*, 6 Maggio 2020, in Judicium (<https://www.judicium.it/dibattito-giurisprudenziale-sui-profilo-processuali-del-d-lgs-282010-le-incertezze-interpretative-dubbi-applicativi/>)

Ghirga M.F., *“Strumenti alternativi di risoluzione della lite. Fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)”*, in Riv. di diritto processuale, 2009, n. 2

Guizzi, *“Il valore delle decisioni dell’ABF (e dell’ACF) in un libro recente”*, Oss.dir.civ e comm., 2016

Hodges C., *“La Risoluzione Alternativa delle Controversie (ADR) in materia di consumo e i sistemi dei difensori Civici in Europa”*, in https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/chodges_-_consumer_adr_and_ombudsmen_systems_italian.pdf

Kupfer Schneider A., Fleury N.C., *“There’s no place like home: Applying Dispute System Design theory to Create a Foreclosure Mediation System”*, 2011, in Nevada Law Journal, <https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=nlj>

Liaze G., *“L’arbitro Bancario Finanziario”*, Torino, G. Giappichelli, 2018

Luiso F.P., *“Giustizia Alternativa o Alternativa alla giustizia?”*, 21 marzo 2011, in Judicium, (<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/171/Luiso-adr.pdf>)

Luiso F.P., *“La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori”*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2014

Lupano M., *“La riforma della mediazione”*, 17 Gennaio 2022, in Judicium (<https://www.judicium.it/la-riforma-della-mediazione/>)

Malvasi M., *“Le modifiche al Regolamento ACF”*, 14 giugno 2021, in <https://www.dirittobancario.it/art/le-modifiche-al-regolamento-acf/>

Marinaro M., *“La risoluzione delle liti bancarie, tra efficienza della giustizia e regolazione del mercato”*, 28 novembre 2018, in <https://www.costozero.it/la-risoluzione-delle-liti-bancarie-tra-efficienza-della-justizia-e-regolazione-del-mercato/>

Marinaro M., *““Il Paese dove tutto finisce in tribunale”. Riflessioni sparse sulle prospettive di riforma della giustizia civile”*, in Judicium.it, 12 dicembre 2018 (<https://www.judicium.it/paese-finisce-tribunale-riflessioni-sparse-sulle-prospettive-riforma-della-justizia-civile/>)

Mazzoli E., *“Contenzioso Bancario e soluzioni stragiudiziali. Strumenti obbligatori e facoltativi”*, Rimini, Maggioli Editore, 2017, II edizione

Meo G., *“Strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie tra intermediario finanziario non bancario e cliente”*, in D’Apice R. (a cura di), *“Profili evolutivi della disciplina sulla gestione collettiva del risparmio”*, Bologna, il Mulino, 2016

Mosco G.D., Lopreiato S., *“Le imprese e l’equivoco ABF”*, LLR. N.2/2021

Nascosi A., *“La nuova Camera di conciliazione ed arbitrato presso la Consob”*, in Nuove leggi civ.comm., 2009

Pasini C., *“La pronuncia della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272 e alcune promettenti applicazioni in materia di mediazione delegata”*, 5 luglio 2013, in Judicium (<https://www.judicium.it/la-pronuncia-della-corte-costituzionale-del-6-dicembre-2012-n-272-e-alcune-promettenti-applicazioni-in-materia-di-mediazione-delegata/>)

Percoco G., *“Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob all’Arbitro per le Controversie Finanziarie”*, in Riv. arb., 2017

Porzio M., *“Il cliente della banca”*, in *“I contratti delle banche”*, a cura di Angelici F., Belli F., Greco G.L., Porzio M., Rispoli Farina, 2002

Ruscetta F., Caradonna M., Novelli F., *“La Mediazione Civile”*, Milanofiori Assago (MI), IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, 2011

Sangiovanni V., *“La mediazione obbligatoria in materia di contratti bancari.”*, 26 Marzo 2012, in Judicium (<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/266/Sangiovanni.pdf>)

Scannichio N., *“La falsa attuazione della finta direttiva per l’ADR di consumo in Italia. Un caso di studio per la tutela di diritti individuali tramite poteri di regolazione”*, in Contratto e impresa – Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale, Wolters Kluwer, 3/2019

Semeraro M., *“ADR e controllo conformativo dell’attività di impresa”*, in Riv.di Diritto bancario, gennaio-marzo 2020

Sirena P., *“Il ruolo dell’Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio”*, in Oss.dir.civ. e comm., Il Mulino-Rivistaweb, Fascicolo 1, gennaio 2017

Sirena P., *“I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario”*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, Wolters Kluwer, 9/2018.

Stella M., *“Lineamenti degli arbitri bancari e finanziari. In Italia e in Europa”*, Cedam, 2016

Trapani G., *“Ancora sulla nozione di “cliente del banchiere””*, in Banca, borsa e tit.cred., 1995, I

Trocker N., De Luca A., *“La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE”*, Firenze University Press, 2011

Tucci A., *“L’Arbitro Bancario Finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione”*, A cura di Capriglione, *“Liber Amicorum Guido Alpa”*, CEDAM, Padova, 2019

Valsecchi A., *“I sistemi ADR nel settore finanziario: l’esperienza dei maggiori ordinamenti europei”*, in Analisi Giuridica dell’Economia – 1/2011

Zucconi Galli Fonseca E., *“La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura”*, in Riv. trim. proc. civ., 2010

Sitografia e altre fonti

Albanese L., Lecci M. (Report a cura di), *“IL PUNTO SU: ABF e ACF: deflatori o interpreti tecnici? “Giurisprudenze” a confronto”*, Roma, 4 aprile 2019, in <https://www.dirittodelrisparmio.it/wp-content/uploads/2019/07/Report-4-aprile-2019-ADR-ABF-ACF.pdf>

<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/normativa/index.html>

<https://www.arbitrobancariofinanziario.it/novita/notizia/relazione-annuale-abf-2021/>)

<https://www.acf.consob.it/chi-siamo/il-collegio>

<https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/Relazione+annuale+ACF+2021/ca7990dd-6ca9-4dd4-9d2d-d2506027125f>

https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza_operazioni/index.html

Bianco M., *“Audizione della Capo Dipartimento Tutela della clientela ed educazione finanziaria della Banca d’Italia”*, Roma, 5 aprile 2022, in Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Commissione parlamentare di inchiesta sulla tutela dei consumatori e degli utenti.

Cavina M.L., in Consumers’ Forum 2022, Web Conference *“PNRR consumatori, CF ne discute con le Authority finanziarie”*, 24 febbraio 2022

www.dca.gov.uk/civil/interim/intro.htm.

De Polis S., *“L’Arbitro delle Controversie Assicurative”*, Università degli Studi di Salerno - Dipartimento di Scienze Giuridiche Web Seminar BANCASSICURAZIONE: DISCIPLINE E TUTELE, 13 aprile 2021

De Polis S., *“Il primo quinquennio di operatività dell’ACF. Per un rinnovato ruolo delle ADR nei mercati finanziari”*, Roma, 23 novembre 2021

<http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0407.pdf&leg=XVIII#pagemode=none>

Lord Woolf, *“Access to Justice - Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales”*, July 1996, London: The Stationery Office.

Mediazione civile ex D.L. 28/2010, Statistiche 2021 (periodo 1° gennaio- 31 dicembre 2021), ad opera del Ministero della Giustizia Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa, in <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202021.pdf>

Mediazione civile ex D.L. 28/2010, Statistiche 2022 (intero periodo 1° gennaio- 31 marzo 2022), ad opera del Ministero della Giustizia Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa, in

[https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20\(primo%20trimestre\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022%20(primo%20trimestre).pdf)

“*Mediazione ed impresa*”, in Laboratorio ADR, <https://www.laboratorioadr.com/adr-e-impresa>

Signorini L.F., nell’ intervento all’assemblea generale dell’Ania (Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici), 5 agosto 2022, in <https://www.simplybiz.eu/signorini-ivass-assemblea-ania-criticita-da-affrontare-nel-2022/>

<https://www.upbilancio.it/lefficienza-della-giustizia-civile-e-la-performance-economica/>

Riferimenti normativi e giurisprudenziali

ABF, Collegio di Roma, n.1111/2010

ABF, Coll.Coord., n.3962/2012

ABF, Coll.Coord., n. 3498/2012

ABF, Coll. Coord., n.5091/2013

ABF, Coll.Coord., n.897/2014

ABF, Coll.Coord., n. 3947/2014

ABF, Coll.Coord., n.5265/2014

ABF, Coll.Coord., n.10929/2016

ABF, Collegio di Bari, n.16721/2017

ABF, Coll.Coord., n.7716/2017

ABF, Collegio di Roma, n.24151/2018

ABF, Coll. Coord., n.22745/2019.

ABF, Coll.Coord., n.26525/2019

ABF, Coll. Coord., n.21328/2021

ABF, Coll. Coord., n.24811/2021

ACF, decisione n.207 del 18 gennaio 2018 (https://www.acf.consob.it/web/guest/decisioni-del-collegio/ricerca-avanzata?p_p_id=ricercadecisioniavanzata_WAR_acfClientPortlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_resource_id=downloadFile&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&ricercadecisioniavanzata_WAR_acfClientPortlet_param=g)

[oToResults&_ricercadecisioniavanzata_WAR_acfClientPortlet_implicitModel=true&uuid=7f7eff2d-2802-4f5c-b5ae-f91a6d0c673d](#)

ACF, decisione n.11 del 2021

ACF, decisione n. 418 del 2021

ACF, decisione n. 1707 del 2021

ACF, decisione n. 3195 del 2021

ACF, decisione n. 3633 del 2021

Circolare ABI del 1° Febbraio 1993, n.3

Comunicazione Commissione Europea del 4 Aprile 2001,
https://www.mise.gov.it/images/stories/mise_extra/C2-COM16101%20Comunicazione%2004%20aprile%202001%20n.161.pdf

Corte Cass., sent. n.8473/2019. Corte di Cassazione, Sez. III, sent. 27.3.2019, n. 8473,
<https://sentenze.laleggepertutti.it/sentenza/cassazione-civile-n-8473-del-27-03-2019>

Corte cost., sent. 4 marzo 1992, n.82

Corte cost., sent. 13 luglio 2000, n.276

Corte cost., sent.19 dicembre 2006, n.436

Corte cost., sent. 6 dicembre 2012, n.272

Corte di Giustizia EU, sentt. C-317/08, C-318/08, C-320/08 (Sent. Alassini).

Decreto d'urgenza n.127 del Ministero dell'economia e delle finanze, emanato dal Presidente del CICR il 10 luglio 2020

D.L. 24 gennaio 2012, n.1, convertito in L. n.27/2012

D.L. 24 marzo 2012, n.29, convertito in L. n.62/2012

D.L. 18 giugno 2013, n.69, convertito in L. n.98/2013

D.L. 24 aprile 2017, n.50, convertito in L. n. 96/

D.Lgs. 1° settembre 1993, n.385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, T.U.B.)

D.Lgs. 24 febbraio 1998, n.58 (Testo Unico della Finanza, T.U.F.)

D.Lgs. 1° Gennaio 2003, n.5

D.Lgs. 29 dicembre 2006, n.303

D.Lgs. 8 ottobre 2007, n.179

<https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/Decreto+legislativo+n.+179-2007/e60413ab-3b61-445f-a19c-0ed9c0536c85>

D.Lgs. 4 marzo 2010, n.28, <https://www.adrquadra.com/ita/normativa/relazione-illustrativa-decreto-legislativo-28-2010-adr-quadra-normativa.php>

D.Lgs., 6 agosto 2015, n.130

D.M. 23 Luglio 2004, n.222

Delibera del CICR 29 luglio 2008, n.275

Delibera Consob 29 dicembre 2008, n.16763, relativa all'adozione del regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob e le relative procedure.

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2009/01/08/09A00086/sg>

Delibera Consob 18 luglio 2012 n.18275, relativa all'adozione del Regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob e le relative procedure. (https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/sites/default/files/allegati/delibera_consob_18_luglio_2012_n._18275_0.pdf)

Delibera Consob n.19602 del 4 maggio 2016,

<https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/Regolamento+ACF+-+Delibera+n.+19602/f4f86799-a51c-4ce5-b773-1dfd8d347e55>

Delibera Consob n. 19700 del 3 agosto 2016,

<https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/Disposizioni+organizzative+e+di+funzionamento+dell'arbitro+per+le+controversie+finanziarie%2C+ai+sensi+dell'articolo+19%2C+comma+3%2C+dell+regolamento+emanato+con+delibera+n.+19602+del+4+maggio+2016+-+Delibera+n.+19700+del+3+agosto+2016/08c68fac-5ff7-41c0-8cc0-8643f1b36085>

Delibera Consob n. 19701 del 3 agosto 2016,

<https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/Codice+deontologico+per+i+componenti+del+collegio+dell'arbitro+per+le+controversie+finanziarie%2C+di+cui+all'articolo+7%2C+comma+1%2C+dell+regolamento+emanato+con+delibera+n.+19602+del+4+maggio+2016+-+Delibera+n.+19701+del+3+agosto+2016/8827a78f-ef37-4d49-b44c-56c8ef1a4bd6>

Delibera Consob, 23 novembre 2016, n.19782

Delibera Consob, 23 novembre 2016, n.19783

<https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/delibera+di+avvio+operativita%27/9583acf9-1609-43f8-94db-863f7dfc7256>

Delibera Consob, 11 dicembre 2019, n.21183, <https://www.consob.it/web/area-pubblica/bollettino/documenti/bollettino2019/d21183.htm>

Delibera Consob, 2 dicembre 2021, n.2210 (<https://www.consob.it/web/area-pubblica/bollettino/documenti/bollettino2021/d22106.htm>)

Direttiva 2008/52/CE

Direttiva 2009/128/CE (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0138>)

Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio CE 21 maggio 2013 n.11, pubblicata in G.U.U.E. il 18 giugno 2013

Direttiva 2016/97/UE (https://www.ivass.it/normativa/internazionale/internazionale-ue/direttive/2016-97-ue/direttiva_ue_2016-97.pdf)

Documento di consultazione Consob relativo all' "Adozione del regolamento di attuazione dell'art.2 comma 5 ter del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n.179, in materia di nuovo sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie" dell'8 gennaio 2016
https://www.consob.it/PubblicazioniPortlet/DownloadFile?filename=/documenti/Regolamentazione/lavori_preparatori/cons_org_extragiudiziale_20160108.pdf

EC Commission recommendation on the principles for out of court bodies involved in the consensual resolution of consumer dispute. (2001) 310/EC

Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA), Part XVI, sect.226

FSMA, sect.226A

FSMA, sect.227

FOS, A quick guide to funding and case fees, <https://www.financial-ombudsman.org.uk/files/1874/QG1.pdf>

Legge 29 dicembre del 1993, n.580

Legge del 28 dicembre del 2005, n.262 ("legge sul risparmio")

Legge 28 dicembre 2015, n.208 (legge di stabilità 2016)

Legge 5 giugno 2020, n.40

OECD Consumer dispute resolution and redress in the global market place. OCDE2006

Raccomandazione n.2001/310/CE

Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio CE, 21 maggio 2013, n.524, pubblicato in G.U.U.E. il 18 giugno 2013, n.165

Regolamento UE n.524/2013 (regolamento sull'ODR per i consumatori)

Statutory Instruments 1998 No. 3132

Tribunale di Brindisi, ordinanza del 7 agosto 2021.