

Capitolo 1

I SISTEMI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE BANCARIE E FINANZIARIE

SOMMARIO: 1.1. La nozione di cliente della banca. Una breve introduzione. – 1.2. Il reclamo alla banca. Natura e caratteristiche. – 1.3. L’*Ombudsman-Giurì Bancario*. – 1.4. L’Arbitro per le controversie finanziarie. – 1.5. L’Arbitro Bancario Finanziario e la mediazione. – 1.5.1. I benefici fiscali nella mediazione. – 1.5.2. La riservatezza nella mediazione. – 1.5.3. I contratti bancari e la mediazione. – 1.6. La *class action*. – 1.7. Le pratiche commercialmente scorrette nei contratti bancari e finanziari: gli interventi dell’AGCM.

1.1. *La nozione di cliente della banca. Una breve introduzione*

Nei rapporti tra banca/cliente vi è una fase che possiamo definire “*patologica*”, che sorge nel momento in cui si ha una violazione (o presunta violazione) dei diritti del cliente. Prima della eventuale fase contenziosa vi è la proposizione del reclamo, con il quale vengono ad essere illustrati i comportamenti dell’intermediario che violano i diritti del cliente. In merito occorre però avere una definizione di cliente della banca. Detta nozione non può che essere ampia, tanto che essa deve ricomprendere anche colui che ha avuto un rapporto non contrattuale, si pensi alle ipotesi relative alla contrattazione preliminare ed anche il soggetto che presta una garanzia reale o personale. Il codice civile usa, in relazione ai singoli contratti, un termine diverso come: depositante, accreditato, correntista o espressioni generiche come utente¹.

¹ M. PORZIO, *Il cliente della banca*, in *I contratti delle banche*, a cura di C. Angelici-F. Belli-G.L. Greco-M. Porzio-M. Rispoli Farina, 2002, p. 34. Si veda anche G. TRAPANI, *Ancora sulla nozione di «cliente del banchiere»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1955, I, p. 363, il quale afferma che «i presupposti nei quali si concreta la figura del “cliente della banca” consistono nell’essere personalmente conosciuto in banca per aver compiuto in 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

Il t.u.b., invece, fa riferimento alla parola cliente, ovvero al soggetto titolare di specifici diritti e doveri. In dottrina è stato osservato che fino al 1992 non esistevano statuti normativi di tutela del cliente della banca o di altro tipo di impresa². La predetta impostazione fa presupporre che prima della legge sulla trasparenza il cliente della banca non ricevesse nessuna tutela o garanzia, ma è evidente che così non può essere, poiché molte disposizioni del codice civile tendono a una tutela del cliente della banca come contraente debole.

Nella nozione di cliente, però, non possiamo far rientrare solo colui che ha un rapporto duraturo con la banca, ma anche colui che ha rapporti occasionali con l'intermediario.

Da detta impostazione ne discende che la nozione di cliente deve intendersi in senso ampio ricomprendendo anche colui che presta una garanzia, a prescindere da quelli che sono i riflessi che il collegamento negoziale può determinare tra le diverse posizioni giuridiche dei due soggetti³.

Oggi forse dobbiamo parlare al plurale, ovvero di clienti della banca, rilevato che la stessa Banca d'Italia precisa che la disciplina sulla trasparenza tutela tutti i clienti.

Alcune previsioni però sono pensate esclusivamente per i rapporti con i consumatori o con i clienti al dettaglio.

Il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta; la clientela al dettaglio è rappresentata dai consumatori, dalle persone fisi-

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». Cfr. anche Cass., 15 gennaio 1992, n. 408, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1221; Cass., 29 luglio 1997, n. 7076, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 647. Sulla nozione di cliente nei responsi dell'ABF si veda M. RABITTI, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contratto e Impresa*, n. 2/2014, p. 201 ss.

² U. MORERA, *Sulla nozione di cliente della banca*, in *Vita not.*, 1995, I, p. 590 ss.; ID., *Contratti bancari (Disciplina generale)*, in *Dizionari del diritto privato. Diritto Commerciale*, a cura di N. Abriani, Milano, 2011, p. 301; S. CAPIELLO, *Il cliente della banca*, in AA.VV., *Lezioni di diritto bancario*, raccolte da P. Ferro-Luzzi, vol. II, Torino, 2006, p. 1 ss.; assume posizione contraria P. GAGGERO, *A proposito della definizione di "cliente della banca"*, in AA.VV., *Il testo unico bancario: esperienze e prospettive*, Roma, 1996, p. 368, il quale ritiene che già prima del 1991 esistessero regole articolate in funzione della tutela del cliente.

³ Assume una posizione contraria al testo R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 54, il quale ritiene che sono clienti della banca solo i soggetti che abbiano rapporti contrattuali con la stessa. Il fideiussore è un soggetto che entra in rapporto con la banca su iniziativa di un cliente della banca, a garanzia di una esposizione debitoria. Ne consegue che non è direttamente cliente della banca. A supporto di detta tesi l'A. precisa che la fideiussione, di norma, può essere sostituita anche da una garanzia reale.

che svolgono attività professionale o artigianale, dagli enti senza finalità di lucro, dalle imprese che occupano meno di 10 addetti e realizzano un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro.

Il cliente al dettaglio è il cliente a cui viene garantito il massimo livello di tutela e di informativa. La normativa MiFID stabilisce che tali clienti sono rappresentati da tutti coloro che non sono “*clienti professionali*” né “*controparti qualificate*”.

L’art. 26, lett. c) del Regolamento Intermediari definisce il “*cliente*” come la persona fisica o giuridica alla quale l’intermediario presta servizi di investimento o servizi accessori. Per identificare le diverse classi in cui possono essere raggruppati i clienti della banca, occorre ricorrere all’accostamento fra le definizioni contenute nell’art. 6, comma 2-*quater*, comma 2-*quinqies* e comma 2-*sexies* del t.u.f. e quelle dell’art. 26, lett. d) ed e) del Regolamento Intermediari.

La nozione di “*clienti al dettaglio*” la si ricava per differenza dei soggetti che non rientrano nelle altre due classi, che sono i clienti professionali e le controparti qualificate. Anche nel diritto dei mercati finanziari abbiamo una diversificazione del cliente in base alla sue caratteristiche.

1.2. Il reclamo alla banca. Natura e caratteristiche

I reclami della clientela sono sottoposti preventivamente al vaglio di apposite strutture denominate “*Ufficio Reclami*”, che sono stati istituiti in conformità delle disposizioni emanate dalla Banca d’Italia⁴.

I reclami devono essere inviati all’intermediario in forma scritta, per posta ordinaria o in via informatica, ovvero consegnati allo sportello presso cui viene intrattenuto il rapporto, contro rilascio di ricevuta.

È chiaro che nel caso di invio per posta ordinaria o a mezzo posta elettronica non certificata si avrà il problema relativo alla prova dell’effettiva ricezione del reclamo.

Il reclamo, sia che venga formulato utilizzando l’apposito modulo *standard* fornito dalla banca, sia che venga presentato in altra forma, è ritenuto valido purché contenga gli estremi del ricorrente, i motivi del reclamo e la sottoscrizione o analogo elemento che consenta l’identificazione certa del cliente.

La presentazione del reclamo è gratuita, fatte salve le spese connesse al mezzo di comunicazione adottato dal cliente.

⁴ G. LIACE, *La responsabilità civile della banca*, Milano, 2003, p. 289 ss.

Una volta ricevuto il reclamo, il singolo ufficio o filiale dovrà provvedere nel più breve tempo possibile all'inoltro dello stesso all'Ufficio Reclami, unitamente alla documentazione di supporto e ad una breve relazione di presentazione del caso.

L'Ufficio Reclami svolge una verifica degli elementi esposti dal cliente nel reclamo ed approfondisce, con l'ausilio delle unità operative interessate, i fatti e le circostanze lamentati dal cliente stesso, acquisendo altresì tutta la necessaria documentazione di supporto.

L'Ufficio Reclami valuta i reclami pervenuti, verificando anzitutto se la questione sottoposta dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise in passato o già oggetto di responsi noti dell'Arbitro Bancario Finanziario, considerando le soluzioni adottate in tali casi.

Ove il reclamo sia ritenuto fondato, nella comunicazione di risposta al cliente l'intermediario dovrà indicare le iniziative che si impegna ad assumere nonché i tempi tecnici entro i quali provvederà alla sistemazione del problema operativo oggetto del reclamo⁵.

Nel caso in cui, invece il reclamo sia ritenuto infondato, la banca illustrerà in maniera chiara ed esauriente le motivazioni del rigetto ed informerà il cliente circa la possibilità di adire l'Arbitro Bancario Finanziario o altre forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

1.3. L'Ombudsman-Giurì Bancario

L'*Ombudsman-Giurì bancario* ha rappresentato uno dei primi metodi alternativi di risoluzione delle controversie nel sistema bancario⁶, difatti il predetto organismo è stato importato in Italia nel 1993, sulla scorta dell'esperien-

⁵ I tempi di risposta sono: 1) entro 30 giorni in caso di contestazione relativa ad operazioni e servizi bancari e finanziari; 2) entro 60 giorni in caso di reclamo riguardante un prodotto o servizio di investimento come definiti all'art. 1 comma 5, d.lgs. 28 febbraio 1998, n. 58; 3) entro 15 giorni in caso di reclamo vertente in materia di *privacy*; 4) entro 45 giorni per reclami aventi ad oggetto prodotti assicurativi.

⁶ Il termine compare per la prima volta con una connotazione di tipo pubblicistico nella Costituzione svedese del 1809. La funzione era quella di vigilare su eventuali abusi del sovrano. Cfr. E. DESANA, *Ombudsman bancario*, in *Digesto disc. priv., Sez. Comm.*, vol. 1 Agg., Torino, 2000, p. 514; G. DE VERGOTTINI, *Ombudsman*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 879 ss.; G. CARRIERO, *L'ombudsman garante della correttezza bancaria*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 481 ss.; G. LIACE, *I contratti bancari*, Padova, 2002, p. 157; G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. comm.*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2005, p. 85.

za positiva maturata nel mondo anglosassone⁷. Il predetto sistema di risoluzione delle controversie sin dalla sua costituzione ha rappresentato un valido sistema alternativo al ricorso all'autorità giudiziaria, così come previsto dalla Commissione Europea attraverso il Libro Verde.

La Direttiva 87/102/CEE già prevedeva che gli stati membri dovessero incoraggiare la creazione di organismi atti a ricevere i reclami inerenti ai contratti di credito e a fornire ai consumatori informazioni o consigli al riguardo.

L'attività dell'*Ombudsman-Giuri Bancario* è cessata nel 2017 quando ha preso avvio l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) gestito dalla Consob, organismo presso il quale possono essere presentati gli stessi ricorsi che i clienti degli intermediari finanziari avrebbero potuto proporre all'*Ombudsman-Giuri Bancario*.

L'*Ombudsman* non costituiva un organo alternativo al giudice e pertanto non svolgeva né la funzione, né le finalità dell'arbitrato: per tali motivi il predetto organismo si caratterizzava per essere un organo garante della regolarità dell'attività bancaria.

L'*Ombudsman* bancario assolveva, inoltre, la funzione di ridurre i costi della contrattazione e l'onerosità degli strumenti di tutela dei diritti della clientela.

La procedura poteva essere attivata dal solo cliente della banca e non anche dall'intermediario. Il cliente – non oltre due anni dall'operazione contestata – doveva presentare un reclamo alla banca o all'intermediario finanziario, che nel termine previsto (dalla banca o dall'intermediario finanziario medesimo) doveva far sapere se avrebbe accolto o meno il reclamo⁸. Qualora il cliente

⁷ G. CRISCUOLI, *Il «Banking Ombudsman»*, Milano, 1989, p. 4; A. BERLINGUER, *Arbitrato e tutela del consumatore nel diritto bancario e del mercato mobiliare*, in *Argomenti di diritto bancario*, a cura di F. Belli-F. Mazzini, Torino, 1998, p. 266. In Irlanda l'*Ombudsman* bancario presenta una particolare disciplina, in quanto l'istituzione di un sistema per l'indagine dei reclami contro gli enti creditizi può essere ordinata dal Ministro della Finanza attraverso regolamenti secondari emanati previa consultazione della *Central Bank of Ireland (Section 27, Central Bank Act 1989)*. Cfr. A. APPELLA, *Irlanda. Manuali di legislazioni bancarie estere*, Roma, 1998, p. 40.

⁸ Posto che ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. e) del Regolamento, «all'*Ombudsman* possono rivolgersi i clienti degli intermediari aderenti, per controversie aventi ad oggetto i servizi e le attività di cui all'articolo 1, purché: [...] non sia trascorso più di un anno dalla presentazione del reclamo all'intermediario», deve essere dichiarato inammissibile il ricorso (avente ad oggetto la contestazione circa la mancata informativa in sede precontrattuale) proposto dopo oltre due anni dalla sottoscrizione dell'investimento in titoli *Lehman Brothers*. Lo speciale procedimento di sanatoria del ricorso all'*Ombudsman* non preceduto dal reclamo all'intermediario – procedimento che prevede che la segreteria tecnica trasmetta il ricorso all'Ufficio Reclami dell'intermediario il quale si pronuncia su di esso come se si trattasse di un reclamo – può operare soltanto là dove non sussista nessuna delle altre cause di inammissibilità tipizzate dal me-

non era soddisfatto della risposta dell'Ufficio Reclami, o non aveva ricevuto risposta nei termini previsti, avrebbe potuto ricorrere all'*Ombudsman*. Il procedimento era di tipo documentale; infatti il collegio assumeva le proprie decisioni solo sulla scorta delle prove depositate⁹. Qualora entrambe le parti avevano fornito prove documentali a sostegno delle rispettive tesi, le quali risultavano in contrasto fra loro, l'*Ombudsman* accertava i fatti avvenuti mediante un procedimento deduttivo che teneva conto – alla luce di tutte le circostanze della fattispecie nonché delle prove documentali indiziarie – della verosimiglianza delle rispettive ricostruzioni¹⁰.

Il ricorso aveva ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferivano; se, invece, era richiesta la corresponsione di una somma di denaro, la questione rientrava nella competenza dell'*Ombudsman*, purché il valore fosse contenuto nell'importo massimo di euro 100.000,00¹¹. Non era ammessa la riduzione della richiesta risarcitoria al fine di far rientrare quest'ultima nella competenza per valore. Oltre ad una competenza per valore vi era anche una competenza per materia, nel senso che potevano essere sottoposti all'*Ombudsman* solo le controversie aventi ad oggetto servizi e attività di investimento¹². Sotto un profilo soggetti-

desimo Regolamento; sicché, tale procedimento non può trovare applicazione qualora tra i fatti ipoteticamente lesivi e il ricorso/reclamo siano trascorsi più di due anni (decisione del 31 maggio 2016, ricorso n. 124/2016). Ove il ricorrente deduca di non avere ricevuto adeguata informativa in relazione all'acquisto di titoli illiquidi, asseritamente non adeguati al suo profilo di rischio, la domanda è inammissibile se il reclamo all'intermediario – che deve obbligatoriamente precedere il ricorso all'*Ombudsman* – sia stato presentato successivamente allo scadere del termine biennale decorrente dalla data dell'acquisto medesimo (art. 7, comma 1, lett. a), del Regolamento; decisione del 19 luglio 2016, ricorso n. 285/2016).

⁹ Il principio secondo il quale l'*Ombudsman-Giurì Bancario* giudica esclusivamente in base alle prove documentali agli atti, osta all'assunzione, quale mezzo di prova, della testimonianza di un soggetto terzo rispetto al ricorrente; tanto più ove si tratti di testimonianza *de relato* (decisione del 13 maggio 2016, ricorso n. 704/2015). I documenti non prodotti originariamente non possono essere presi in esame in sede di giudizio di revocazione – salva le ipotesi espressamente previste dall'art. 395, c.p.c. –, per cui la nuova documentazione probatoria allegata dal ricorrente non può ritenersi idonea al fine di ottenere un rinnovato giudizio di merito (decisione del 7 ottobre 2015, ricorso n. 283/2015).

¹⁰ Decisione del 29 gennaio 2015, ricorso n. 491/2014.

¹¹ È inammissibile il ricorso avente ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro, se l'importo richiesto supera il limite di valore di cui all'art. 7, comma 1, del Regolamento, allo stato pari ad € 100.000 (decisione del 5 luglio 2016, ricorso n. 85/2016).

¹² Considerato che, a norma di Regolamento, l'*Ombudsman-Giurì Bancario* può pronunciarsi esclusivamente in materia di servizi e attività di investimento (art. 1, regolamento), il ricorso che ha per oggetto una questione (corretta applicazione delle ritenute fiscali per operazioni su azioni) afferente all'attività di amministrazione titoli, svolta dall'intermediario nella sua qualità di depositario (art. 1838 c.c.) deve essere dichiarato inammissibile *ratione materiae*,

vo si evidenzia che la legittimazione passiva dell'intermediario si determinava in base alla sua adesione all'*Ombudsman*¹³.

Il ricorso all'*Ombudsman* era totalmente gratuito e non privava il cliente del diritto di rivolgersi in qualsiasi momento all'autorità giudiziaria¹⁴. Non potevano essere sottoposti al vaglio di detto organismo le controversie che avevano già formato oggetto di pronuncia da parte dell'autorità giudiziaria, o di un collegio arbitrale o, infine, di un organismo di conciliazione¹⁵.

Il cliente prima di rivolgersi all'*Ombudsman* doveva preventivamente presentare ricorso all'Ufficio Reclami dell'intermediario; pertanto, nel caso in cui il cliente della banca inoltrava il ricorso senza aver proposto il reclamo o senza avere acquisito la risposta dell'Ufficio, la segreteria tecnica dell'*Ombudsman* trasmetteva la documentazione ricevuta a detto Ufficio e ne dava avviso al cliente¹⁶. L'Ufficio Reclami forniva risposta al cliente, inviandone copia all'*Ombudsman*. Entro trenta giorni dal ricevimento della risposta dell'Ufficio Reclami, il cliente comunicava all'*Ombudsman* se si riteneva soddisfatto della

posto che il contratto di deposito titoli è qualificabile come “*contratto bancario*” (decisione del 13 maggio 2016, ricorso n. 104/2016). Nel caso in cui la domanda di cessione di azioni emesse dalla banca sia stata presentata da un socio al Consiglio di Amministrazione dell'intermediario stesso – in linea con quanto stabilito dalla normativa dello Statuto sociale – il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, in quanto proposto dall'interessato non in qualità di cliente, ma in quella di socio o azionista della banca, e diretto nei confronti dell'intermediario non quale erogatore di servizi di investimento, ma quale società emittente delle azioni in questione (decisione del 31 maggio 2016, ricorso n. 143/2016).

¹³ Va dichiarato inammissibile (*ex art. 7, comma 1, del Regolamento*), il ricorso diretto nei confronti di un intermediario non aderente all'*Ombudsman-Giurì Bancario* (decisione del 19 luglio 2016, ricorso n. 462/2016).

¹⁴ Atteso che il Regolamento dell'*Ombudsman-Giurì Bancario* prevedeva che «eccettuate le spese relative alla corrispondenza inviata all'Ufficio Reclami o all'*Ombudsman*, le procedure di cui al presente Regolamento sono gratuite per il cliente; il cliente può, a sue spese, farsi assistere o rappresentare nella redazione del ricorso e delle memorie» (decisione del 14 gennaio 2015, ricorso n. 365/2014).

¹⁵ È in ogni caso precluso il riesame nel merito dell'istanza di revisione di un ricorso, precedentemente dichiarato inammissibile dal Collegio, là dove il ricorrente, dopo la pronuncia dell'*Ombudsman*, abbia adito il Giudice di Pace (ottenendo, la condanna della banca al risarcimento dei danni patrimoniali), posto che l'art. 7, comma 1, lett. b), dispone che il ricorso all'*Ombudsman* è inammissibile se la questione è stata precedentemente portata all'esame dell'autorità giudiziaria (decisione del 23 febbraio 2015, ricorso n. 772/2014).

¹⁶ Qualora il ricorrente abbia presentato il reclamo direttamente all'*Ombudsman-Giurì Bancario*, e quest'ultimo abbia trasmesso al cliente una comunicazione invitandolo a riscontrare (entro 30 giorni dalla risposta della banca) la risposta che la banca è tenuta a fornirgli (entro 90 giorni dalla ricezione del ricorso da parte dell'*Ombudsman*), il ricorso deve essere archiviato là dove il ricorrente non abbia tempestivamente riscontrato la risposta inviategli dall'intermediario (decisione del 13 maggio 2016, ricorso n. 901/2015).

risposta dell'intermediario, ovvero se intendeva ottenere la decisione dell'*Ombudsman*. In mancanza di tale comunicazione, l'*Ombudsman* procedeva all'archiviazione del ricorso.

L'*Ombudsman* era investito della controversia mediante formale richiesta scritta del cliente, da inviarsi per posta ordinaria o utilizzando strumenti informatici; inoltre, l'organismo doveva provvedere ad informare tempestivamente per iscritto l'intermediario interessato.

La richiesta formulata dal cliente dell'intermediario doveva specificare il contenuto della controversia ed essere corredata da ogni altra notizia e documentazione utile, anche ai fini della verifica della sussistenza delle condizioni di ammissibilità del ricorso.

L'*Ombudsman*, qualora rilevava dall'esame degli atti il coinvolgimento nella vicenda di una banca, o di un intermediario, diversa da quella convenuta, doveva sospendere la procedura e inviare gli atti all'Ufficio Reclami della seconda banca, poiché esso poteva conoscere solo questioni già esaminate dall'Ufficio Reclami competente¹⁷.

Le decisioni dell'*Ombudsman-Giurì Bancario* erano vincolanti solo per la banca o per l'intermediario finanziario; esse erano assunte a maggioranza dei componenti del collegio e, comunque, con non meno di tre voti favorevoli, in caso di parità di voti, al voto del Presidente o, in sua assenza, del vice Presidente era attribuito valore doppio.

L'organismo ai fini del suo corretto funzionamento prevedeva una segreteria tecnica incaricata di istruire i ricorsi da sottoporre all'esame dell'organismo collegiale; un suo componente partecipava alle riunioni e redigeva il verbale.

Tra le funzioni della segreteria tecnica vi era anche quella di elaborare un rapporto mensile contenente i dati statistici dell'attività svolta dall'*Ombudsman* e, al termine di ogni anno, la segreteria tecnica predisponendo una relazione sulla medesima attività.

La decisione dell'*Ombudsman* era sempre motivata e doveva essere resa entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta di intervento o dall'ultima comunicazione utile del richiedente¹⁸. Una sua peculiarità era data dalla natura vincolante per il solo intermediario.

¹⁷ G. CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'Ombudsman bancario*, in *Econ. e dir. terz.*, 2003, p. 129.

¹⁸ In materia di quantificazione del danno subito dal ricorrente a causa della condotta dell'intermediario, qualora non risulti possibile stabilire con esattezza i plausibili effetti che la vendita effettivamente richiesta dal ricorrente avrebbe determinato e, quindi, pervenire ad una esatta determinazione del relativo pregiudizio a carico del ricorrente stesso, occorre fare applicazione del criterio di cui all'art. 1226 c.c., tenendo conto della perdita della possibilità, causata dal disservi-

La segreteria, se nel corso dell'istruttoria accertava che il ricorso era privo di documentazione necessaria per la migliore comprensione dell'oggetto della controversia, richiedeva al ricorrente l'integrazione della documentazione, fissando a tal riguardo un termine per la risposta. La richiesta comportava la sospensione del termine entro il quale l'organismo doveva rendere la propria decisione.

La segreteria poteva chiedere, altresì, anche a mezzo fax o in via informatica, all'Ufficio Reclami dell'intermediario di inviare, entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta, una memoria illustrativa dei motivi che avevano indotto l'intermediario a respingere, in tutto o in parte, il reclamo o a non dare attuazione al relativo accoglimento nei termini indicati, oppure dei motivi per i quali non era stata fornita risposta.

Il mancato rispetto dei termini assegnati dalla segreteria era liberamente apprezzato dall'*Ombudsman*¹⁹.

La decisione veniva comunicata alle parti a cura della segreteria per iscritto, ovvero utilizzando strumenti informatici.

L'*Ombudsman*, qualora veniva a conoscenza che l'intermediario non si era conformato alla decisione resa, assegnava un termine per provvedere, decorso il quale rendeva nota l'inadempienza dandone pubblicità a mezzo stampa, a spese dell'intermediario inadempiente²⁰.

La decisione dell'*Ombudsman* non era una sentenza ed era sprovvista del carattere dell'esecutività, che sembra essere un tratto comune anche negli altri ordinamenti europei, che in alcuni casi stabiliscono la natura non vincolante per entrambi i contendenti.

Sulla presente procedura *out of court* sorgevano diverse perplessità in relazione al rapporto tra la cognizione dell'*Ombudsman* e le competenze del giudice ordinario o dell'arbitro, se aditi in alternativa all'organo bancario per la

zio, di compensare la plusvalenza che sarebbe derivata dalla vendita (richiesta dal ricorrente) con le minusvalenze presenti sulla posizione fiscale del cliente, nonché della differenza tra il valore delle azioni al momento dell'ordine non eseguito e quello in cui l'investitore ha potuto trasferirle ad altro intermediario (decisione del 9 marzo 2015, ricorso n. 755/2014).

¹⁹ G.L. GRECO, *Considerazioni sull'esperienza dell'Ufficio reclami della clientela e dell'Ombudsman bancario in Italia*, in AA.VV., *La banca ausiliaria di giustizia*, Roma, 1999, p. 165.

²⁰ È stato osservato che: «risulterebbe peraltro singolare, nei confronti della pubblica opinione, consentire all'inadempiente il mantenimento di uno *standard* di reputazione uguale a quello degli altri associati che, avendo liberamente aderito all'accordo sull'*Ombudsman* per accrescere la propria reputazione, soddisfino tale requisito con comportamenti improntati al rispetto delle regole e dei patti sottoscritti. La vera sanzione consiste allora non già nella pubblicità dell'inadempimento, ma nell'esclusione dal *club*, che peraltro può derivare solo da una manifestazione di volontà uguale e contraria all'adesione a suo tempo manifestata». Cfr. G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato al consumo*², in *Trattato Bessone*, vol. XXXI, Torino, 2007, p. 199.

medesima controversia, in particolare in caso di contrasto tra le decisioni dei diversi soggetti²¹. Per fugare ogni perplessità occorre ricordare la diversa natura dei provvedimenti, nel senso che le decisioni del giudice e dell'arbitro hanno natura vincolante per le parti e sono capaci di incidere sui diritti delle stesse; mentre la decisione dell'*Ombudsman* era vincolante solo per la banca e non già per il ricorrente. In caso di contrasto, pertanto prevaleva la decisione dell'autorità giudiziaria o arbitrale.

1.4. *L'Arbitro per le controversie finanziarie*

Con la delibera del 4 maggio 2016, n. 19602 la Consob ha istituito, sulla falsariga dell'ABF, un nuovo sistema alternativo di risoluzione delle controversie.

Si è data così attuazione ai commi 5-*bis* e 5-*ter* dell'art. 2, d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, introdotti dall'art. 1-*bis*, d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 di recepimento della Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori²².

L'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF) rappresenta una nuova forma di ADR a cui l'investitore può ricorrere per sottoporre controversie sorte con un intermediario per violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza nella prestazione dei servizi e attività di investimento²³.

L'art. 4, comma 1, Reg. att. ACF, fa riferimento alle attività disciplinate

²¹ Si veda A. BERLINGUER, *L'arbitrato nel diritto bancario e nel mercato mobiliare*, in *Arbitrato, ADR conciliazione*, diretta da M. Rubino-Sammartano, Bologna, 2009, p. 226.

²² A.A. DOLMETTA-U. MALVAGNA, *Sul nuovo «ADR Consob»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, I, p. 257; F. LUONGO, *Il nuovo arbitro per le controversie finanziarie ed il sistema di tutela effettiva dei risparmiatori nella crisi del sistema bancario*, in *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, a cura di R. Lener-A.F. Pozzolo, Roma, 2017, p. 77.

²³ «Ancorché i fatti rappresentati si innestino nell'ambito della prestazione di tali attività, il ricorso in oggetto, a ben vedere, verte su questioni di natura tributaria correlate ad un contratto di deposito titoli; contratto quest'ultimo che, in quanto tale, rientra tra i contratti bancari e presenta una causa tipica. Trattasi, come noto, di tipologia contrattuale che può avere rilevanza e finalità autonoma, come anche rivestire funzione ancillare rispetto alla prestazione di servizi d'investimento a favore della clientela ("custodia e amministrazione di strumenti finanziari relativi a servizi connessi", ex art. 1, comma 6, lett. a), t.u.f.). Il Collegio dichiara inammissibile il ricorso, ai sensi dell'art. 12, comma 2, lett. b), del Regolamento adottato con la delibera n. 19602 del 4 maggio 2016». ACF, responso dell'8 giugno 2017, n. 6, Rel. Rispoli Farina. Cfr. M. MASSERA, *La ripartizione delle competenze tra ABF e ACF*, in *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, a cura di R. Lener-A.F. Pozzolo, Roma, 2017, p. 91.

nella parte II del t.u.f.; pertanto, pur trattandosi di un rinvio generico, le norme di riferimento sono quelle del Capo II, ossia gli artt. 21 ss., che riguardano sia la responsabilità contrattuale sia la responsabilità precontrattuale.

La violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti²⁴. Nei rapporti tra intermediario e risparmiatore il contratto quadro assolve la funzione di gettare le basi per la futura operatività del rapporto. Nel senso che lo stesso dispone gli obblighi di informazione specifica sull'investitore (c.d. informazione passiva), che sono di subitanea attuazione. Inoltre dispone l'assunzione degli obblighi di informazione attiva e di adeguatezza circa le singole operazioni, che discendono dalle prescrizioni di legge (art. 21 ss. t.u.f.) e di Regolamento Consob²⁵.

Il ricorso all'ACF può essere proposto esclusivamente dall'investitore al dettaglio qualora su fatti identici non sono in corso altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie.

L'investitore deve aver proposto, preventivamente, all'intermediario un reclamo che non è stato accolto oppure non si è ottenuta risposta nei sessanta giorni successivi all'invio.

L'art. 4, Reg. att. ACF, utilizza una formula tecnicamente imprecisa, in quanto si legge che nell'ambito dell'operatività dell'ACF le controversie “*che*

²⁴ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900; Cass., 8 febbraio 2016, n. 2414; Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724; ACF, responso del 23 giugno 2017, n. 10, Rel. Afferni. La disciplina di riferimento pone in capo all'intermediario l'obbligo propedeutico di acquisire tutte le informazioni necessarie e appropriate sullo specifico strumento finanziario raccomandato (c.d. *know your product rule*) e sul cliente (c.d. *know your customer rule*), in funzione del che è prevista, tra l'altro, la “*profilatura*” del cliente, così da acquisire tutte le informazioni necessarie in merito alla sua conoscenza ed esperienza nel settore di investimento rilevante, alla sua situazione finanziaria e ai suoi obiettivi di investimento (art. 39, comma 1, Regolamento Intermediari). In particolare, l'intermediario deve acquisire informazioni sul tipo di servizi, operazioni e strumenti finanziari con i quali il cliente ha dimestichezza, come anche sulla natura, il volume e la frequenza delle operazioni su strumenti finanziari realizzate dal cliente e sul periodo durante il quale queste operazioni sono state eseguite, nonché sul livello di istruzione, la professione o, se rilevante, la precedente professione del cliente. Le informazioni relative agli obiettivi di investimento includono dati sul periodo di tempo per il quale il cliente desidera conservare l'investimento, le sue preferenze in materia di rischio, il suo profilo di rischio e le finalità dell'investimento (art. 39, comma 2, Regolamento Intermediari).

²⁵ Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, in *www.ilcaso.it*; ACF, responso del 7 luglio 2017, n. 11, Rel. Morgante; ACF, responso del 7 luglio 2017, n. 14, Rel. Rispoli Farina.

implicano” la richiesta di somme di denaro per una somma superiore ad euro 500.000,00 non rientrano nella competenza di detto organismo.

È prevista, quindi, una competenza per valore, che è nettamente superiore a quella stabilita per l'ABF.

Qualora il ricorso sia di importo superiore lo stesso è irricevibile.

Si ritiene che sia per l'ACF sia per l'ABF non doveva essere indicata una competenza per valore, rilevato che entrambe le procedure sono idonee ad assolvere la condizione di procedibilità della domanda giudiziaria. La soluzione da adottare era quella prevista per la mediazione, infatti non vi è indicazione di un valore massimo²⁶. La domanda può essere proposta a prescindere dall'importo indicato nell'istanza di mediazione.

La locuzione *controversie che implicano* «parrebbe schiudere le porte a declinatorie di competenza per valore, anche a fronte di domande di mero accertamento o costitutive, e così prive di *petita* condannatori, ogni qual volta conti che il diritto o la parte del rapporto in contestazione abbia comunque un valore superiore alla soglia»²⁷.

Resta esclusa la competenza in tema di risarcimento dei danni, qualora gli stessi non siano conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento o della violazione.

Affinché il ricorso sia procedibile deve essere presentato entro un anno dalla presentazione del reclamo ovvero, se il reclamo è stato presentato anteriormente alla data di avvio dell'operatività dell'ACF (9 gennaio 2017), entro un anno da tale data.

Per l'ACF non è prevista una delimitazione temporale dell'ambito di cognizione, a differenza dell'ABF, al quale non possono essere sottoposte le controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2009. La scelta è pienamente condivisibile, poiché si eliminano disparità di trattamento tra i risparmiatori.

Gli investitori cosiddetti “*qualificati*” o “*professionali*” non possono rivolgersi all'ACF.

Il diritto riconosciuto all'investitore di ricorrere all'ACF è irrinunciabile ed è sempre esercitabile anche nell'ipotesi in cui siano presenti nei contratti clausole che consentano di devolvere la controversia ad altri organismi di risoluzione extragiudiziale.

I soggetti nei cui confronti la Consob esercita la propria attività di vigilanza

²⁶ R. LENER, *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie. Brevi note di confronto con l'Arbitro Bancario Finanziario*, in *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, a cura di R. Lener-A.F. Pozzolo, Roma, 2017, p. 39.

²⁷ M. STELLA, *Lineamenti degli arbitri bancari e finanziari*, Padova, 2016, p. 400. Nello stesso senso ACF, responso del 5 giugno 2017, n. 5, Rel. Guizzi.

devono aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'art. 6, commi 2-*quinquies* e 2-*sexies* del t.u.f. In caso di mancata adesione, alle società si applicano le sanzioni di cui all'art. 190, comma 1, t.u.f. e alle persone fisiche di cui all'art. 18-*bis* t.u.f. si applicano le sanzioni di cui all'art. 190-*ter* t.u.f.

Il Collegio è composto da un Presidente e da quattro membri, scelti tra persone di specifica e comprovata competenza ed esperienza, di indiscussa indipendenza e onorabilità, in possesso di specifici requisiti di professionalità. La Consob nomina il Presidente, due membri effettivi e sei membri supplenti. La nomina dei restanti membri avviene: a) per un membro (e due supplenti) su designazione delle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentative a livello nazionale; b) per un membro (e due supplenti) su designazione del CNCU.

Non possono 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.

Il Presidente dichiara la irricevibilità e/o inammissibilità del ricorso, l'interruzione, l'estinzione del procedimento, coordina e regola l'attività del Collegio individuando, per ciascun ricorso, un relatore, incaricato di illustrare gli elementi di fatto e di diritto, di proporre la possibile soluzione e di redigere il provvedimento sulla base della decisione collegiale. Inoltre, comunica alla Consob tutte le circostanze che potrebbero determinare la revoca o la decadenza di componenti del Collegio ed esercita funzioni di indirizzo sulla segreteria tecnica.

Il Presidente cura, altresì, i rapporti con la Consob, con le istituzioni nonché con altri organismi preposti alla risoluzione extragiudiziale delle controversie.

La segreteria tecnica rappresenta l'unità organizzativa della Consob che svolge l'attività di supporto all'ACF.

La segreteria tecnica fornisce assistenza al Presidente e al Collegio e cura gli adempimenti necessari per costituzione e funzionamento del Collegio. Al fine di garantire l'ordinato e corretto svolgimento dei procedimenti, la segreteria provvede agli adempimenti connessi alla trattazione delle controversie *on line*, definisce i contenuti del sito *web* dell'ACF e ne cura l'aggiornamento. Infine, la segreteria deve provvedere alla redazione della relazione annuale dell'ACF.

I responsi dell'ACF non hanno natura di giudicato sostanziale; infatti l'art. 13, comma 3, Reg. att. ACF, dispone che il procedimento innanzi all'Arbitro si estingue quando sugli stessi fatti oggetto del ricorso vengono avviati procedimenti arbitrali ovvero procedimenti giurisdizionali. Deve escludersi, altresì, che i responsi abbiano una efficacia vincolante di contratti o di sentenza *inter partes*. Ne consegue che non si potrà attribuire ai responsi dell'ACF natura di

titolo esecutivo, né tanto meno l'intermediario inadempiente è soggetto a sanzioni amministrative.

L'ACF nel pronunciare i propri responsi è tenuto ad applicare le norme giuridiche che disciplinano la materia, le disposizioni di settore emanate dalla Consob e dall'Autorità Europea degli strumenti finanziari e dei mercati, nonché le linee guida delle associazioni di categoria validate dalla Consob e dei relativi codici di condotta.

L'art. 15, Reg. att. ACF, precisa che spetta all'intermediario la prova di aver assolto agli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti degli investitori: è dunque, una riproduzione del contenuto dell'art. 23, comma 6, t.u.f.²⁸.

L'ACF è chiamato, quindi a pronunciarsi sulla base delle allegazioni e dei documenti prodotti dalle parti.

Un profilo che deve essere necessariamente valutato è quello relativo al rapporto che intercorre tra il responso dell'ACF e il Fondo di solidarietà. Il responso, ai fini dell'indennizzo a carico del Fondo, costituisce una prova sufficiente della violazione dei doveri informativi da parte dell'intermediario? La risposta è di segno positivo nel momento in cui aderiamo alla tesi in forza della quale l'adesione all'ACF è obbligatoria per gli intermediari.

Il ricorso deve avere un contenuto minimo, ovvero oltre i dati del ricorrente deve essere indicato l'intermediario nei cui confronti il ricorso è rivolto, la descrizione dei comportamenti contestati all'intermediario e l'esposizione dei relativi fatti, nonché l'indicazione della somma che si chiede all'intermediario stesso²⁹.

La Consob ha escluso l'ipotesi di liquidazioni equitative di somme dovute

²⁸ Il Regolamento «disciplinante l'attività dell'ACF pone in capo all'intermediario non solo l'onere di provare di aver assolto gli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza nella prestazione dei servizi a favore della propria clientela, ma anche quello di allegazione della documentazione inerente al rapporto controverso». Cfr. ACF, responso dell'8 giugno 2017, n. 2. Rel. Afferni; Cass., 26 ottobre 2015, n. 21711; Cass., 15 novembre 2016, n. 23270. La S.C. afferma che: «in materia di contratti di intermediazione finanziaria, allorché risulti necessario accertare la responsabilità contrattuale per danni subiti dall'investitore, va accertato se l'intermediario abbia diligentemente adempiuto alle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione nonché, in ogni caso, a tutte quelle obbligazioni specificamente poste a suo carico dal t.u.f., nonché dalla normativa secondaria, risultando, quindi, così disciplinato il riparto dell'onere della prova: l'investitore deve allegare l'inadempimento delle citate obbligazioni da parte dell'intermediario, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento, anche sulla base di presunzioni; l'intermediario, a sua volta, deve provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegate come inadempite dalla controparte, e, sotto il profilo soggettivo, di avere agito con la specifica diligenza richiesta».

²⁹ ACF, responso del 18 luglio 2017, n. 20, Rel. Guizzi.

a favore dell'investitore e poste a carico dell'intermediario responsabile di atteggiamenti ostruzionistici e/o dilatori nel corso del procedimento.

Il risparmiatore può presentare personalmente il ricorso oppure per il tramite di un procuratore o di un'associazione dei consumatori³⁰.

La procedura innanzi all'ACF è completamente gratuita, non è previsto il pagamento di nessuna somma neppure per avviare la procedura.

Il ricorso è ricevibile se non sono pendenti altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie. Così come va rigettata l'eccezione di improcedibilità ai sensi dell'art. 83, comma 3, t.u.b. del procedimento proposto dinanzi all'ACF nei confronti dell'intermediario finanziario sottoposto nelle more a liquidazione coatta amministrativa. Quello che si svolge davanti all'ACF, infatti, è uno strumento alternativo di risoluzione della controversia che non può essere parificato ed equiparato a un vero e proprio giudizio di cognizione, neppure in forma arbitrale, cui solo si riferisce la previsione dell'art. 83, comma 3, t.u.b., là dove statuisce l'improcedibilità di «qualsiasi azione» già «promossa» contro un intermediario sottoposto alla liquidazione coatta amministrativa.

Il termine «azione» deve essere inteso come facente riferimento allo svolgimento di una vera e propria attività volta a far valere il diritto sostanziale in un processo avente i caratteri della giurisdizione, sia pure privata e non statale (come nel caso dell'arbitrato); mentre nel caso del procedimento dinanzi all'ACF, i caratteri della giurisdizione si rivelano inesistenti, avendo il procedimento connotazioni che attengono sì all'esercizio di una funzione di tipo giustiziale ma che possono riecheggiare gli interventi di organi amministrativi in autotutela. Il procedimento innanzi all'ACF ha soltanto la funzione di delibare il merito di una pretesa senza condurre a un accertamento vincolante.

La prosecuzione di un procedimento, come quello innanzi all'ACF non esclude la necessità che il cliente, la cui pretesa sia stata eventualmente riconosciuta fondata dall'Arbitro nei confronti dell'intermediario poi sottoposto alla liquidazione coatta, debba comunque far accertare, nei confronti della procedura, il suo diritto di concorrere al riparto di quanto realizzato dalla liquidazione dell'attivo nelle forme previste dagli art. 86 ss. t.u.b., sia perché la «decisione» dell'Arbitro non può ricondursi a quei provvedimenti che darebbero titolo all'ammissione con riserva, ai sensi dell'art. 96, comma 3, n. 3, legge fall., sia perché l'accertamento del passivo non ha oltretutto, in nessun caso,

³⁰ Il ricorso è presentato *on line* collegandosi al sito dell'ACF. Per i primi due anni – fino all'8 gennaio 2019 – è possibile, per chi non è assistito da procuratori o associazioni dei consumatori, presentare il ricorso in modalità cartacea, compilando un modulo scaricabile dal sito e inviandolo all'ACF. Le fasi successive del procedimento, compresi il contraddittorio e lo scambio di documentazione tra le parti, avvengono comunque solo *on line*.

ad oggetto la pretesa sostanziale ma solo il diritto di partecipare al concorso.

Il procedimento dinanzi all'ACF può proseguire nei confronti dell'intermediario anche in pendenza della procedura di liquidazione coatta amministrativa, salva sempre naturalmente la necessità per il cliente che intenda invocare il "titolo" rappresentato dalla decisione" dell'ACF di presentare l'istanza di ammissione al passivo, e quindi salva sempre la possibilità per i commissari liquidatori di valutare liberamente se ed in che limiti riconoscere e ammettere la pretesa già deliberata come fondata dall'Arbitro³¹.

La segreteria tecnica, entro il termine di sette giorni dalla ricezione del ricorso, valuta la sua ricevibilità e ammissibilità e lo trasmette all'intermediario.

La segreteria tecnica, inoltre, ha il compito di invitare il ricorrente a trasmettere eventuali integrazioni o chiarimenti e, nei casi in cui ritiene il ricorso irricevibile o inammissibile, lo trasmette al Presidente che può dichiararne l'inammissibilità o irricevibilità o rimettere gli atti alla segreteria tecnica per i successivi adempimenti.

L'intermediario trasmette le proprie deduzioni e la documentazione del rapporto oggetto di contestazione entro trenta giorni dalla ricezione del ricorso. Il risparmiatore può replicare entro quindici giorni alle deduzioni dell'intermediario e quest'ultimo può controreplicare nei successivi quindici giorni.

Per ogni ricorso si forma un fascicolo informatico, che contiene gli atti del procedimento, consultabile in ogni momento dalle parti accedendo all'area riservata del sito dell'ACF. L'inserimento di ogni nuovo atto viene comunicato alle parti tramite una *e-mail*.

L'ACF, entro il termine di novanta giorni dalla chiusura del fascicolo, adotta la decisione; se la questione è particolarmente complessa o nuova ovvero se entrambe le parti lo chiedono, può essere prorogato per non più di ulteriori novanta giorni.

In caso di accoglimento della domanda, il Collegio indica il comportamento che l'intermediario dovrà tenere³².

La eventuale mancata esecuzione della decisione da parte dell'intermediario è resa nota mediante pubblicazione sul sito *web* dell'ACF e, a cura e spese dell'intermediario, su due quotidiani a diffusione nazionale, di cui uno economico, oltre che sulla *home page* del sito *web* dell'intermediario per sei mesi.

³¹ ACF, responso del 18 luglio 2017, n. 22, Rel. Guizzi.

³² L'intermediario comunica gli atti realizzati al fine di conformarsi alla decisione dell'ACF entro il termine indicato nel provvedimento, ovvero entro trenta giorni dalla ricezione della decisione qualora non sia indicato nel responso. L'intermediario versa alla Consob un contributo in caso di soccombenza commisurato al valore dell'importo riconosciuto al ricorrente. In caso di inadempimento la segreteria tecnica invita le parti a fornire chiarimenti nel termine di trenta giorni.

L'intermediario può in ogni momento chiedere che l'ACF pubblichi sul proprio sito *web* informazioni circa l'avvio di un procedimento giurisdizionale avente ad oggetto i fatti posti a base del ricorso o sul suo esito.

In relazione all'esito del giudizio manca un raccordo tra la disciplina dettata dall'ACF con il codice di rito.

Il potere discrezionale che l'art. 120 c.p.c. attribuisce al giudice di merito in ordine alle modalità ed estensione della pubblicazione della sentenza, nonché alla scelta del giornale, nei casi in cui ne sia riconosciuta l'utilità per la riparazione in forma specifica del danno, trova un limite solo nella esigenza di razionalità ed adeguatezza della pronuncia e nel divieto di ultrapetizione, in relazione al quale il giudice non può ordinare la pubblicazione, se questa non è stata richiesta, o imporre una pubblicazione integrale della sentenza, se questa è stata richiesta per estratto, o in più giornali e per più volte consecutive, quando questa è stata richiesta solo in un giornale o per una sola volta³³.

In assenza di una specifica domanda nel giudizio ordinario, si ritiene che la segreteria tecnica non possa procedere alla pubblicazione della sentenza.

L'art. 17, Reg. att. ACF, prevede un meccanismo molto articolato per la correzione dei responsi. Preliminarmente si osserva che la disposizione testé richiamata fa riferimento agli errori materiali ricomprendendo in essi anche quelli di calcolo; forse sarebbe stato più semplice fare espresso riferimento ad entrambe le ipotesi. Altro profilo poco comprensibile è l'indicazione del termine entro il quale può essere presentata l'istanza. Ciascuna parte, entro trenta giorni dalla ricezione della decisione, può chiederne la correzione. L'istanza non è volta a sollecitare un riesame del responso, sotto il profilo della sua validità; pertanto, non si comprende la scelta di voler fissare un termine entro il quale proporre la domanda.

Così come non si condivide la scelta di attribuire all'istanza di correzione un potere di sospensione automatica del responso e del suo adempimento da parte dell'intermediario.

1.5. L'Arbitro Bancario Finanziario e la mediazione

Il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 ha introdotto nel nostro ordinamento la mediazione obbligatoria per un numero considerevole di materie³⁴, e in questa lunga

³³ Cass., 1° marzo 1993, n. 2491.

³⁴ Le materie indicate dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, oltre a quelle indicate nel testo, sono: condominio; diritti reali; divisione; successione ereditarie; patti di famiglia; locazione; comodato; affitto di azienda; risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti;

e disomogenea elencazione vi sono anche i contratti bancari e finanziari³⁵. L'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 precisa che chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle materie indicate dal medesimo decreto, è tenuto preliminarmente a intraprendere il procedimento di mediazione. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda. Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a tre mesi.

La mediazione costituisce condizione di procedibilità e non di proponibilità della domanda, e, in mancanza di essa, ai sensi dell'art. 5 comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, il giudice opera un semplice rinvio alla “*successiva udienza*”. Di conseguenza, laddove la domanda giudiziale sia proposta in mancanza del previo esperimento del procedimento di mediazione ed il convenuto proponga la relativa eccezione, si determina un semplice differimento delle attività da svolgersi nel giudizio già pendente, ma non la nullità di quelle fino a quel momento svolte, e restano pertanto ferme le decadenze già verificatesi. Difatti, se il legislatore avesse inteso stabilire l'inefficacia delle attività processuali svolte in mancanza del previo procedimento di mediazione, sarebbe stata prevista la semplice dichiarazione di improcedibilità della domanda e la chiusura del giudizio instaurato senza previo ricorso al tentativo di mediazione, con la necessità di instaurarne uno nuovo, ovvero la rinnovazione degli atti processuali già espletati; è invece prevista la rilevabilità del difetto della condizione di procedibilità, solo su eccezione di parte o su rilievo di ufficio del giudice non oltre la prima udienza, a pena di decadenza, con il limitato effetto di provocare un mero rinvio della successiva udienza a data posteriore allo svolgimento del procedimento³⁶.

Con riferimento al caso in cui a seguito della domanda riconvenzionale l'oggetto della controversia sia ampliato, poiché ricomprende una materia per la quale è prevista la mediazione quale condizione di procedibilità della domanda, va affermato che detta previsione è idonea a ricomprendere qualsiasi domanda, cumulata oggettivamente o soggettivamente nel giudizio, che non sia stata oggetto di mediazione, con la precisazione che al fine di rendere proficuo l'esperimento della fase conciliativa è opportuno demandare alla mediazione anche l'originaria domanda attorea³⁷. Il termine “*convenuto*” utilizzato dal-

risarcimento del danno derivante da responsabilità medica; risarcimento del danno derivante da diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di pubblicità; contratti assicurati. La minuziosa elencazione delle ipotesi riportate dal d.lgs. n. 28/2010 fa ritenere tassativo e non semplicemente esemplificativo quell'elenco e tale tassatività impedisce qualsiasi interpretazione estensiva, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi. Cfr. Trib. Cassino, 11 novembre 2011.

³⁵ Per una ricostruzione dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie si veda v. ZENO-ZENCOVICH-M.C. PAGLIETTI, *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009, p. 18 ss.

³⁶ Cass., ordinanza 13 aprile 2017, n. 9557.

³⁷ Trib. Verona, 21 febbraio 2017.

l'art. 5 comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 per indicare il soggetto che eccepisce l'improcedibilità della domanda ben può essere riferito all'attore rispetto alla domanda riconvenzionale e tanto al fine anche di garantire la parità di trattamento tra le parti, essendo il contenuto della domanda che rende o meno necessaria l'attivazione della mediazione obbligatoria e non il fronte in cui le stesse si collocano e che l'art. 5 comma 1-*bis* non esclude dall'obbligo di mediazione le domande cumulate; peraltro, la giurisprudenza già da tempo ha interpretato una norma identica nel senso che l'onere del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione sussiste anche nei confronti del convenuto che proponga una riconvenzionale³⁸.

Il d.lgs. n. 28/2010 richiama espressamente sia la disciplina dell'ABF sia dell'ACF quali sistemi idonei ad assolvere all'obbligo di mediazione, consentendo così la procedibilità della domanda.

La legge sopra richiamata, nulla più ci dice sul rapporto che intercorre tra la mediazione e la procedura innanzi all'ABF.

La disciplina della mediazione però ha delle caratteristiche peculiari che mal si conciliano con la disciplina dell'ABF e dell'ACF: anche nel corso della presente trattazione ci soffermeremo sull'ABF.

Nella mediazione il mediatore non è un giudice e non decide, il suo è un ruolo facilitativo, ossia il suo scopo è quello di agevolare le trattative tra le parti per aiutarle a trovare un accordo che ponga fine al conflitto, astenendosi dall'esprimere giudizi e valutazioni circa la fondatezza o meno della posizione delle parti.

L'ABF, invece, decide secondo diritto e motiva sempre le proprie decisioni; quindi l'ABF assume una posizione ben precisa stabilendo chi ha torto e chi ha ragione.

Altro elemento di distinguo tra la mediazione e la procedura innanzi all'ABF emerge dall'art. 5, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 28/2010. La norma prevede, in tema di mediazione, che qualora l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, la condizione si considera avverata se il primo incontro innanzi al mediatore si conclude senza accordo.

Il tentativo di mediazione non può considerarsi una mera formalità da as-

³⁸ F. SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in *www.judicium.it*, § 2; Trib. Bari, 28 novembre 2016; Trib. Lecce, 11 ottobre 2016; Trib. Verona, (ord.) 12 maggio 2016; Trib. Roma, 11 novembre 2014; Trib. Verona, 18 dicembre 2015; Trib. Firenze, 14 febbraio 2012; Trib. Roma, sez. Ostia, 15 marzo 2012; *contra*, Trib. Roma, 18 gennaio 2017; Trib. Palermo, 27 febbraio 2016; Trib. Reggio Calabria, 22 aprile 2014; Trib. Palermo, 11 luglio 2011. Assumono una posizione conforme alla giurisprudenza da ultima citata A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 145; G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 341; D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, p. 290; C. BESSO, *Mediazione obbligatoria: lo stato delle cose*, in *Giur. it.*, 2012, p. 230.

solversi con la sola partecipazione dei difensori all'incontro preliminare informativo; sarà invece necessaria la partecipazione delle parti personalmente o dei rispettivi procuratori speciali a conoscenza dei fatti e muniti del potere di conciliare e dei rispettivi difensori. La mediazione deve essere quindi effettiva: il difensore in sede di mediazione obbligatoria non può rappresentare la parte e sostituirsi ad essa ma deve limitarsi ad assisterla, mentre la parte assente deve giustificare la sua assenza al mediatore, al fine di consentirgli – se ritenuto opportuno – di rinviare l'incontro.

Nella prassi non sempre il primo incontro ha un contenuto limitato all'informativa alle parti, ma accade che lo svolgimento del primo incontro abbia uno sviluppo del tutto simile ad una mediazione vera e propria (con esposizione di posizioni negoziali, incontri separati e ricerca di una composizione amichevole del conflitto); in caso di mediazione demandata (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010) il mediatore, in caso di primo incontro meramente informativo, deve verbalizzare quale parte dichiararsi di non poter iniziare la mediazione e quali ostacoli oggettivi ne impediscono l'avvio e, in caso di primo incontro non meramente informativo, è tenuto a dare atto che il primo incontro ha avuto natura di mediazione vera e propria³⁹.

Nell'ipotesi in cui la mediazione è stata introdotta e definita, ma in violazione delle prescrizioni che regolano il suo corretto espletamento, non vi è altra possibilità se non quella di dichiarare l'improcedibilità della domanda. Detta ipotesi sussiste quando la parte non partecipa personalmente alla procedura di mediazione⁴⁰.

Il procedimento innanzi all'ABF è documentale e non vi è la partecipazione personale delle parti, né possono essere, di conseguenza, ipotizzate sessioni congiunte o separate tra le parti.

³⁹ Trib. Pavia, 26 settembre 2016.

⁴⁰ Trib. Napoli Nord, 27 gennaio 2017; Trib. Modena, 2 maggio 2016 *contra* Trib. Verona, 28 settembre 2016. Il tribunale veneto precisa che: «Non si condivide l'orientamento giurisprudenziale, invero prevalente, che assume che ai fini dell'assolvimento della condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010 è necessario che partecipino alla mediazione le parti personalmente (assistite dai difensori) e non solo i difensori; difatti: a) nessuna norma del d.lgs. n. 28/2010 prescrive la presenza obbligatoria della parte alla procedura; b) nessuna disposizione vieta alla parte di delegare alla partecipazione alla procedura il proprio difensore, cosicché il fondamento normativo della possibilità di attribuire ad esso una procura a conciliare ben può essere rinvenuto nel disposto dell'art. 83 c.p.c.; c) la valorizzazione della peculiare funzione del primo incontro, quale momento non solo informativo ma anche facilitativo della conciliazione, non è da sola sufficiente a giustificare una deroga alla norma di carattere generale sopra citata; d) l'opposta opinione determina una disparità di trattamento tra la parte che ha interesse alla realizzazione della condizione di procedibilità (generalmente si tratta della parte che intende agire in giudizio) e le sue controparti, perché solo la prima è esposta alla grave sanzione processuale ipotizzata».

Ulteriore elemento di distinguo è dato dalla facoltà riconosciuta al mediatore, ai sensi dell'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 28/2010, qualora la questione risulti complessa, di avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti tecnici presso i tribunali⁴¹. Detta facoltà non è riconosciuta in capo ai componenti del collegio dell'ABF.

L'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, inoltre, prevede l'assistenza obbligatoria dell'avvocato⁴², principio che sembra non potersi estendere anche alla procedura innanzi all'ABF. L'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 precisa che al primo incontro e agli incontri successivi fino al termine della procedura le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Nella norma ora citata si legge anche che nel primo incontro il mediatore invita le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione: tali disposizioni sono applicabili alla sola procedura di mediaconciliazione e non anche al procedimento innanzi all'ABF⁴³.

La procedura di mediazione può essere attivata sia dalla banca sia dal cliente; mentre può ricorrere all'ABF e all'ACF il solo cliente dell'intermediario bancario, quindi assistiamo ad una limitazione del procedimento sotto il profilo soggettivo.

Altra limitazione è data dalla competenza per valore, poiché l'ABF è competente per le controversie il cui importo non sia superiore a € 100.000,00; mentre l'ACF ha una competenza per valore fino a € 500.000,00. In mediazione non vi è nessun limite massimo di competenza. Si osserva che la medesima scelta poteva essere fatta anche per l'ABF e l'ACF, ossia non prevedere nessuna competenza massima per valore.

⁴¹ Trib. Roma, 17 marzo 2014. Secondo il tribunale capitolino va affermata l'ammissibilità e l'utilizzabilità della relazione dell'esperto esterno nominato durante la procedura di mediazione nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione. I risultati della relazione sono liberamente e validamente contestabili dalle parti in ogni contesto (mediazione e processo) e – il nostro ordinamento conoscendo ed autorizzando le prove atipiche, purché siano rispettati alcuni fondamentali principi dell'ordinamento stesso (e fra questi principalmente quello del contraddittorio) – il giudice potrà utilizzare tale relazione secondo scienza e coscienza, con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, istanze, e rilievi delle parti.

⁴² Non può considerarsi validamente esperito il procedimento di mediazione obbligatoria senza l'assistenza di un avvocato. Va pertanto accolta l'eccezione pregiudiziale di improcedibilità, in quanto nel procedimento di mediazione obbligatoria è necessaria, per espressa previsione legislativa, l'assistenza di un avvocato. Trib. Torino, 30 marzo 2016. Con una recente sentenza la Corte di Giustizia Europea ha affermato che la normativa italiana non può imporre l'obbligo di assistenza legale per il consumatore che prenda parte ad una procedura di ADR. Cfr. Corte di Giustizia Europea, Sez. I, 14 giugno 2017, causa C-75/16.

⁴³ E. MINERVINI, *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, Torino, 2016, p. 751.

Il legislatore ha introdotto l'istituto della c.d. mediaconciliazione al fine di evitare il sistematico ricorso alla giustizia ordinaria; ciò non consente allo stato di garantire il rispetto del principio della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) e, conseguentemente, di favorire la conciliazione stragiudiziale fra le parti.

In tema di mediazione c.d. obbligatoria, se la parte non compare all'incontro fissato dall'organismo di mediazione comunicando che non avrebbe aderito al tentativo di mediazione sia per motivi economici sia per le ragioni in diritto, deve ritenersi che la parte non sia comparsa senza giustificato motivo. Ne consegue che ricorrono i presupposti previsti dall'art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, norma questa che prevede una sanzione per la mancata ingiustificata partecipazione al tentativo di mediazione e che prescinde dall'esito della causa⁴⁴.

Gli argomenti di prova che possono essere desunti dalla ingiustificata mancata comparizione in mediazione hanno lo scopo e l'utilità di integrare gli elementi di giudizio già presenti, con la conseguenza che l'assenza di giustificati motivi per la mancata partecipazione alla mediazione demandata concorre alla valutazione del materiale probatorio già acquisito ex artt. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 e 116 c.p.c.⁴⁵.

Con riferimento all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, va affermato che qualora l'istanza di mediazione sia totalmente vaga e non corrisponda alle richieste di cui in citazione, limitandosi la parte ad enunciare vagamente il proprio diritto ma senza precisare *petitum* e non qualificando alcuna somma, essendo in tal modo l'atto di citazione difforme dalla preliminare richiesta, ci si trova di fronte ad una domanda totalmente diversa, per cui la stessa è sfornita di procedibilità⁴⁶; medesimo principio deve riconoscersi anche per il ricorso all'ABF, anche se nel caso di specie vi deve essere una coincidenza anche tra il contenuto del reclamo e il contenuto del ricorso, pena l'improcedibilità del ricorso⁴⁷.

⁴⁴ Trib. Mantova, 25 ottobre 2016; Trib. Roma, 26 giugno 2017.

⁴⁵ Trib. Roma, 28 novembre 2016. Disposta la mediazione ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, ai sensi e per gli effetti dell'art. 116 c.p.c. la parte che non aderisca alla mediazione dovrà esporre le ragioni di tale condotta al mediatore e comunque al giudice nella successiva prosecuzione del giudizio. Cfr. Trib. Lecco, 13 aprile 2016. G.E. NAPOLI, *Profili privatistici della mediazione civile e commerciale. Osservazioni sugli aspetti di diritto sostanziale e spunti critici*, Bologna, 2015, p. 93; G. FANELLI, *Le disposizioni dell'art. 8, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in B. SASSANI-F. SANTAGADA, *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2011, p. 32; M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Società*, 2010, p. 759 ss.

⁴⁶ Giudice di Pace di Torre Annunziata, 28 settembre 2016, n. 582.

⁴⁷ ABF Collegio di Bari, responso del 21 marzo 2017, n. 3070, Est. Principe; ABF Collegio

Se la procedura di mediazione si conclude con un accordo, il mediatore redige un verbale al quale allega il testo dell'accordo. L'accordo acquista efficacia esecutiva nel momento in cui si segue la procedura indicata dall'art. 12, d.lgs. n. 28/2010. L'accordo conciliativo, qualora sia stato sottoscritto da tutte le parti aderenti alla mediazione, e dai loro difensori, 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 giudiziale⁴⁸. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. Il verbale di conciliazione, e l'allegato accordo, sottoscritto dai difensori, ma privo dell'attestazione e della certificazione di conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico, è affetto da mera irregolarità formale, inidonea ad impattare sull'intrinseca efficacia esecutiva del titolo⁴⁹.

In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento delle norme imperative e dell'ordine pubblico⁵⁰.

La normativa sopra richiamata non è applicabile all'ABF, in quanto i reponsi di detto organismo non sono vincolati per le parti ed hanno natura di pareri *pro veritate*.

Ultimo profilo da analizzare è l'applicazione delle sanzioni in caso di mancata partecipazione alla mediazione. La mancata adesione del soggetto obbligato alla domanda di mediazione, senza un giustificato motivo, comporta l'applicazione dell'art. 96, comma 3, c.p.c. L'ipotesi prevista dall'art. 96, comma 3, c.p.c. ha introdotto un meccanismo che deve ritenersi non solo e non tanto risarcitorio, quanto anche e soprattutto sanzionatorio e preordinato allo sco-

di Bari, responso del 21 marzo 2017, n. 3067, Est. Russo; ABF Collegio di Napoli, responso del 27 gennaio 2017, n. 789, Est. Quarta.

⁴⁸ È errata l'affermazione secondo la quale nel caso di autentica delle sottoscrizioni il notaio sarebbe impossibilitato a percepire l'eventuale incapacità naturale di colui la cui firma si appresta ad attestare: se infatti deve confermarsi il principio secondo il quale l'attività di autentica del notaio non costituisce di per sé prova legale della capacità naturale del sottoscrittore, rimane comunque fermo che l'opera del notaio è ad ogni modo diretta ad assicurare che il contenuto dell'atto sia il prodotto di un'attività cosciente e volontaria del sottoscrittore e che non sia contrario alla legge. Ciò in coerenza, tra l'altro, con la circolare dell'11 ottobre 2011 con cui il Consiglio Nazionale del Notariato, nell'indicare le linee guida per dare attuazione al d.lgs. n. 28/2010, art. 11, comma 3 in materia di mediazione civile, ha richiamato il notaio non solo a svolgere il controllo di legalità sulla scrittura privata che si appresta ad autenticare, ma anche l'indagine della volontà delle parti. Si veda Cass., 12 settembre 2014, n. 19350.

⁴⁹ Trib. Bari, 7 settembre 2016; Trib. Lamezia Terme, 17 febbraio 2012.

⁵⁰ V. DI MAGGIO, *Mediazione e conciliazione*, Padova, 2011, p. 68 s.

raggiamento dell'abuso del processo, nonché a preservare la funzionalità del sistema giustizia.

In tale ottica, tale meccanismo è sottratto, a differenza dell'ipotesi di cui all'art. 96, comma 1, c.p.c., alla rigorosa prova del danno, essendo lo stesso condizionato unicamente all'accertamento di una condotta di grave negligenza o addirittura malafede processuale della parte. In questa prospettiva, la giurisprudenza ha chiarito che la condanna al pagamento della somma equitativamente determinata, ai sensi del comma 3 dell'art. 96, c.p.c., ha natura sanzionatoria ed officiosa, non corrisponde ad un diritto di azione della parte vittoriosa e può essere liquidata anche in assenza della prova di un danno subito dalla controparte⁵¹.

Si ritiene che tale principio sia applicabile anche alla procedura innanzi all'ABF qualora l'intermediario non partecipi, senza giustificato motivo, alla procedura.

1.5.1. *I benefici fiscali nella mediazione*

Il legislatore ha previsto per la mediazione una serie di agevolazioni idonee a rendere effettivo il principio dell'economicità⁵².

Il primo dato che si rileva è di natura premiale, nel senso che le parti che raggiungono un accordo mediante la sottoscrizione del verbale di conciliazione, ottengono delle agevolazioni fiscali che non sono riconosciute in caso di esito negativo della procedura.

L'art. 17, comma 2 del d.lgs. n. 28/2010 prevede che tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura. L'esenzione è riferita a tutti gli atti, documenti e provvedimenti originati nell'ambito della procedura, perciò la disciplina ora citata non può applicarsi ai documenti allegati soggetti a tale imposta sin dall'origine e la loro allegazione non ne sana la irregolarità, sebbene la procedura e gli enti preposti a gestirla non abbiano l'obbligo di denunciare le eventuali irregolarità⁵³.

Tra le agevolazioni previste vi è l'esenzione dell'imposta di registro per il verbale di accordo entro il limite di valore di € 50.000,00, restando ferma la debenza dell'imposta per la parte eccedente.

⁵¹ Cass., 29 settembre 2016, n. 19285.

⁵² Sui profili fiscali della mediazione si veda T. GALETTO, *Miti e realtà della conciliazione stragiudiziale. Note a margine del modello italiano*, Torino, 2010, p. 457.

⁵³ N. SOLDATI, *La tassazione della procedura di conciliazione*, in AA.VV., *La nuova mediazione e conciliazione*, Milano, 2010, p. 81.

Alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di esito positivo, un credito di imposta che è commisurato all'indennità medesima, fino alla concorrenza di euro cinquecento⁵⁴. In caso di esito negativo della mediazione il credito di imposta è ridotto della metà (art. 20, comma 1, d.lgs. n. 28/2010).

L'ABF non prevede le sopra menzionate agevolazioni fiscali, in quanto presenta delle caratteristiche di funzionamento totalmente diverse dalla mediazione. L'unico elemento comune è l'esenzione di bolli o imposte sui documenti e atti che vengono depositati.

La procedura innanzi all'ABF non si conclude con un verbale di accordo, ma con un responso, che non è soggetto a registrazione e alle relative imposte.

Nella procedura innanzi all'ABF le parti non versano compensi in favore dei componenti del Collegio, quindi nessun credito di imposta può essere riconosciuto alla parte istante.

L'economicità dell'ABF è rappresentata, inoltre, dai costi contenuti della procedura che sono fissi (venti euro); al contrario la mediazione prevede una spesa, dovuta da ciascuna parte, proporzionata al valore della procedura, il cui importo è stabilito dall'art. 16, comma 4, d.m. 18 ottobre 2010, n. 28.

1.5.2. *La riservatezza nella mediazione*

La mediazione prevede che tutti i soggetti che partecipano in qualunque modo al procedimento sono tenuti a non rivelare a terzi il contenuto delle dichiarazioni in esso rese e le informazioni acquisite durante il procedimento medesimo; in questo caso si parla di "*riservatezza esterna*"; inoltre le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto, anche parziale, che sia iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, fatta salva l'ipotesi in cui le parti, da cui provengono le informazioni, diano il proprio consenso al loro utilizzo⁵⁵.

Le informazioni e le dichiarazioni acquisite durante la mediazione non possono formare oggetto di prova testimoniale nel successivo giudizio, come non può essere deferito giuramento decisorio. I principi relativi alla riservatezza delle dichiarazioni delle parti devono essere riferiti al contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione. Non viola pertanto il precetto della riservatezza

⁵⁴ R. CHIESA, *Il procedimento. B) I profili fiscali*, in *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. Besso, Torino, 2010, p. 300.

⁵⁵ F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011, p. 234.

l'avvocato che si limiti ad una didascalica trascrizione, a verbale di udienza, degli eventi storici che il giudice può anche altrimenti leggere consultando i verbali redatti dal mediatore nel corso degli incontri svoltisi: eventi che concernono la presenza o assenza delle parti. Ciò anche se in tale trascrizione si leggono fatti che possono essere considerati dichiarazioni, qualora tali dichiarazioni riguardino circostanze che attengono alla possibilità di valutazione della ritualità della partecipazione (o della mancata partecipazione) delle parti al procedimento di mediazione. Il mediatore deve, e chiunque ne abbia interesse può, trascrivere ogni elemento fattuale utile a consentire al giudice di valutare la ritualità della partecipazione o la mancata partecipazione delle parti al procedimento di mediazione⁵⁶.

L'inclusione del giuramento decisorio è piuttosto singolare, dal momento che non si comprende quale interesse potrebbe avere una parte a deferire giuramento decisorio all'altra sulle affermazioni favorevoli o contrarie, rischiando così di risultare soccombente nel giudizio.

L'interrogatorio formale è ammissibile: in tal modo la parte potrebbe, ottenere la prova della confessione stragiudiziale resa dalla controparte in sede di tentativo di mediazione.

Il mediatore non può comunicare alle altre parti del procedimento quanto appreso nel corso delle sessioni separate, salvo l'esplicito consenso della parte (c.d. riservatezza interna).

La *ratio* della norma deve essere ricercata nella necessità di impedire che circostanze emerse in mediazione al fine di esplorare possibili soluzioni, ma potenzialmente dannose in un processo, possano essere fatte valere in un successivo giudizio⁵⁷.

La disciplina dell'ABF non prevede sessioni congiunte e sessioni separate con le parti, non essendo prevista la comparizione personale delle parti. Il procedimento è di natura documentale; inoltre il Collegio decide sulla base della documentazione che gli viene fornita, quindi non possiamo certamente parlare della riservatezza interna. Anche la riservatezza esterna non è prevista, poiché le decisioni dell'ABF sono pubbliche, nel senso che possono essere facilmente consultabili sul sito istituzionale. La riservatezza, in ogni caso, mal si concilierebbe con la previsione della sanzione reputazionale; però il codice di deontologia dei componenti dell'ABF dispone che i membri non possono divulgare le notizie riservate, prevedendo così una limitazione della circolazione delle informazioni.

⁵⁶ Trib. Roma, 14 dicembre 2015.

⁵⁷ C. AVERSANI, *Il rapporto con il processo*, in *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. Besso, Torino, 2010, p. 341.

1.5.3. I contratti bancari e la mediazione

La mediazione obbligatoria, che per legge deve essere esperita se l'oggetto della controversia riguarda un contratto bancario, coinvolge anche il caso di mutui o fideiussioni che accedono ai contratti bancari stessi. La mediazione nel caso di specie risulta essere obbligatoria, in quanto il mutuo è un contratto bancario e la fideiussione risulta essere un rapporto accessorio al contratto bancario, quindi strettamente ad esso connesso. Sul punto la giurisprudenza di merito ha precisato che: «rientra nel campo di applicazione della mediazione c.d. obbligatoria la controversia originata dalla opposizione avverso il decreto ingiuntivo ottenuto dalla banca, proposta nei confronti del fideiussore del debitore principale»⁵⁸. Secondo altra parte della giurisprudenza la sola qualità di istituto di credito di una delle parti non è elemento sufficiente a fare qualificare come contratto bancario il mutuo chirografario nel senso di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010. Analoga considerazione viene formulata in relazione alla fideiussione sebbene riguardi anche il rapporto di conto corrente⁵⁹. La presente posizione non è certamente condivisibile per le ragioni che di seguito si vanno ad illustrare. Il contratto di mutuo vede come una delle controparti un intermediario bancario; inoltre detto contratto, pur non essendo annoverato nel Capo XVII, Sezione I, del Libro IV del codice civile, rientra pur

⁵⁸ Cfr. Trib. Lamezia Terme, 8 novembre 2012; Trib. Campobasso, 3 gennaio 2015 *contra* Trib. Milano, 13 gennaio 2016. L'intento del legislatore, che ha utilizzato una formula particolarmente ampia ed estesa dai contratti bancari a quelli assicurativo-finanziari, è chiaramente quello di far rientrare nella mediazione obbligatoria tutte le controversie relative a servizi di natura bancaria, assicurativa e finanziaria (compresa l'erogazione di mutui) erogati da soggetti che istituzionalmente svolgono tali attività. Le cause relative ai contratti di finanziamento erogati da soggetti istituzionalmente a ciò preposti rientra tra le "controversie in materia di contratti assicurativi, bancari e finanziari" di cui all'art. 5 d.lgs. n. 28/2010 e detta inclusione non è frutto di un'interpretazione estensiva. In tal senso si veda Trib. Palermo, Sez. dist. Bagheria, 13 giugno 2012.

⁵⁹ Trib. Verona, 15 settembre 2014. Lo stesso tribunale ha assunto una posizione diversa in tema di contratti assicurativi. Il tribunale ha precisato che l'espressione "contratti assicurativi" di cui al d.lgs. n. 28/2010 non corrisponde esattamente a quella che si rinviene nel codice civile o nel codice delle assicurazioni (in entrambi questi testi normativi si parla di "contratti di assicurazione"), cosicché pare avere una portata più ampia della medesima. Il criterio discrezionale utile a definire la tipologia di rapporti riconducibili alla categoria dei contratti assicurativi di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 è quello di carattere soggettivo, fondato sulla qualità professionale di impresa di assicurazione del soggetto che ha assunto l'obbligazione di pagamento, a prescindere dalla natura di quest'ultima. Tra tali rapporti può pertanto pienamente ricomprendersi anche la polizza fideiussoria sottoscritta da una compagnia assicuratrice (analoga rientrerà nella tipologia dei contratti bancari quella rilasciata da un istituto di credito), sebbene essa abbia natura di fideiussione o di garanzia atipica se stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore.

sempre tra i contratti che le banche stipulano per l'erogazione del credito ed è una operazione tipicamente bancaria. Nella prassi il mutuo è un contratto di finanziamento avente una natura bancaria. Per quanto concerne la garanzia personale deve seguirsi il presente ragionamento. La garanzia personale, collegata a un conto corrente o a un contratto di mutuo, segue le sorti del contratto principale, tant'è che il fideiussore può sollevare le sole eccezioni che può opporre il debitore principale. Vi è una stretta connessione e correlazione tra i due rapporti. Ancora, il fideiussore deve essere considerato cliente della banca, quindi soggetto legittimato a formulare la domanda di mediazione.

Il contratto di *leasing*, dotato di tipicità sociale e normativa (*ex art. 72-quater, legge fall.*) non è espressamente ricompreso nell'ambito dei contratti le cui controversie sono da sottoporre a mediazione c.d. obbligatoria, né appare riducibile a un contratto di finanziamento, non venendo semplicisticamente in rilievo la dazione di un capitale e un conseguente obbligo di rimborso⁶⁰. Il contratto di *leasing* non può rientrare nella nozione di "contratti finanziari", rilevato che manca una definizione normativa di contratto finanziario; pertanto la connotazione dello stesso può essere desunta dai riferimenti contenuti nel t.u.f., che ci fornisce la nozione di "strumenti finanziari", che si riferisce ai soli contratti dove si realizza un investimento di natura finanziaria. Non si può neppure affermare che il *leasing* è un contratto bancario, poiché rientra nei c.d. contratti parabancari. Per dette ragioni il contratto di *leasing* deve essere escluso dall'obbligo della mediazione obbligatoria.

Ulteriori profili che assumono una particolare valenza sono: a) l'opposizione a decreto ingiuntivo e l'obbligo di mediazione; b) il termine di quindici giorni assegnato dal giudice come termine perentorio od ordinatorio.

Nel procedimento per decreto ingiuntivo cui segue l'opposizione, è sull'opponente che deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria, pena il consolidamento degli effetti del decreto ingiuntivo *ex art. 653 c.p.c.*⁶¹. Difatti, l'art.

⁶⁰ Trib. Milano, 3 novembre 2016.

⁶¹ Cass., 3 dicembre 2015, n. 24629; Cass., 14 dicembre 2016, n. 25611; Trib. Busto Arsizio, 15 giugno 2012; Trib. Siena, 25 giugno 2012; Trib. Napoli, 7 maggio 2013; Trib. Rimini, 5 agosto 2014; Trib. Modena, 10 ottobre 2014; Trib. Firenze, 30 ottobre 2014; Trib. Firenze, 31 ottobre 2014; Trib. Bologna, 20 gennaio 2015; Trib. Nola, 24 febbraio 2015; Trib. Monza, 2 marzo 2015; Trib. Monza, 31 marzo 2015; Trib. Bologna, 13 giugno 2015; Trib. Genova, 15 giugno 2015; Trib. Monza, 2 luglio 2015; Trib. Chieti 8 settembre 2015; Trib. Vasto, 30 maggio 2016; Trib. Firenze, ord. 15 febbraio 2016; Trib. Firenze, ord. 17 gennaio 2016; Trib. Bologna, 4 luglio 2016; Trib. Rovigo, 17 marzo 2017. Assume posizione contraria Trib. Pavia, ord. 9 marzo 2017. Secondo quanto stabilito nell'ordinanza il giudice, nell'ambito della sua discrezionalità, può ritenere più opportuno porre l'onere dell'avvio della mediazione in capo all'opponente. È opportuno prendere in considerazione la distinzione tra decreti ingiuntivi ai quali è concessa la provvisoria esecuzione e decreti ai quali tale provvisoria esecuzione è stata negata. Sulla base di tale distinzione è opportuno modulare l'onere di avvio.

5, d.lgs. n. 28/2010 è stato costruito in funzione deflattiva e, pertanto, va interpretato alla luce del principio costituzionale del ragionevole processo e, dunque, dell'efficienza processuale; in questa prospettiva la norma, attraverso il meccanismo della mediazione obbligatoria, mira – per così dire – a rendere il processo la *extrema ratio*: cioè l'ultima possibilità dopo che le altre possibilità sono risultate precluse⁶².

Se il tentativo di mediazione obbligatorio risulta comunque esperito, ancorché successivamente al termine di 15 giorni assegnato dal giudice, tale situazione consente di non ritenere operante la improcedibilità prevista per il mancato esperimento del procedimento, in assenza di espressa previsione di perentorietà del termine assegnato dal giudice *ex art. 5, d.lgs. n. 28/2010*, dovendosi dare prevalenza all'effetto sostanziale dello svolgimento del procedimento⁶³.

L'art. 5, d.lgs. n. 28/2010 prevede testualmente l'obbligo della mediazione per chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di contratti bancari. Ebbene, l'azione revocatoria non è relativa ad una controversia in materia di contratti bancari, essendo in quest'ambito inscrivibili le sole cause con cui si faccia discussione delle obbligazioni negoziali che dal contratto scaturiscono, ovvero ancora si metta in discussione la validità o l'efficacia della stipula. Esercitando l'azione *ex art. 2901 c.c.*, invece, si attiva un mezzo di tutela del diritto di credito e, quindi, l'*actio* è relativa ad una controversia in materia di conservazione della garanzia patrimoniale⁶⁴.

Deve ritenersi che la categoria di controversie in materia di “contratti finanziari” vada individuata in riferimento alla natura “professionale” di una delle parti (rispettivamente l'impresa bancaria, l'impresa assicurativa e l'inter-

⁶² Cass., 3 dicembre 2015, n. 24629; Cass., 14 dicembre 2016, n. 25611.

⁶³ In tal senso si veda Trib. Milano, 27 settembre 2016; App. Milano, 28 giugno 2016 *contra* Trib. Firenze, 14 settembre 2016. Il tribunale toscano afferma che: «disposto l'invio delle parti in mediazione *ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010*, va affermato che l'avvio tardivo del procedimento di mediazione (oltre il termine di quindici giorni assegnato dal giudice) inficia l'intera procedura e non è idoneo a ritenere assolta la condizione di procedibilità». Si veda nello stesso senso anche Trib. Modena, 10 giugno 2016. In questo caso il tribunale afferma che il termine di quindici giorni assegnato dal giudice per il deposito della domanda di mediazione ha natura perentoria implicita, stante la sanzione di improcedibilità contemplata dalla legge. Nello stesso senso Trib. Rovigo, 25 ottobre 2016; Trib. Savona, 16 ottobre 2016. La presente interpretazione appare alquanto restrittiva ed eccessivamente penalizzante, soprattutto se si analizza il dato letterale della norma che non prevede nessuna sanzione in caso di attivazione tardiva della procedura. Difatti, il mancato rispetto di un termine di natura ordinatoria, fissato dal giudice in stretta applicazione dei termini di legge previsti ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 28/2010, non comporta l'improcedibilità del giudizio, stante la natura non perentoria del termine medesimo, la cui mancata osservanza non determina effetti decadenziali, atteso che il tentativo di mediazione è stato regolarmente espletato. Si veda App. Milano, 7 giugno 2017.

⁶⁴ Trib. Varese 10 giugno 2011; Trib. Pavia 27 ottobre 2011.

mediario finanziario) più che in riferimento a specifiche tipologie contrattuali, di per sé stesse di difficile ricostruzione sistematica, conclusione avvalorata dalla previsione di cui all'art. 5, d.lgs. n. 28/2010 dell'alternatività alla mediazione obbligatoria del procedimento di conciliazione previsto dal d.lgs. n. 179/2007 "per la risoluzione di controversie tra gli investitori" diversi dai clienti professionali e "gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori": previsione questa che pare confermare l'intenzione del legislatore del d.lgs. n. 28/2000 di assoggettare alla mediazione obbligatoria le controversie tra imprenditori bancari ovvero intermediari finanziari e i loro "clienti".

La controversia avente ad oggetto un contratto di opzione su azioni stipulato tra privati non pare rientrare nell'ambito delle controversie in materia di "contratti finanziari", per le quali il legislatore nell'art. 5, d.lgs. n. 28/2010 ha previsto la soggezione alla mediazione obbligatoria⁶⁵.

Nell'ambito del procedimento di mediazione l'art. 11, d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento.

Secondo un orientamento giurisprudenziale minoritario il giudice, a seguito della pronuncia sulla provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, può onerare le parti ad instaurare la mediazione civile e invitare il mediatore a formulare una proposta di accordo pur in assenza di loro congiunta richiesta *ex art.* 11, d.lgs. n. 28/2010⁶⁶.

1.6. La class action

La legge 24 dicembre 2007, n. 244 ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico l'azione collettiva a tutela di consumatori e utenti, che trova oggi la propria disciplina nell'art. 140-*bis* cod. cons.⁶⁷.

L'art. 140-*bis* cod. cons. prevede la possibilità di far valere con un'unica

⁶⁵ Trib. Milano, 16 marzo 2012.

⁶⁶ Trib. Siracusa, ord. 11 settembre 2015; Trib. Siracusa, ord. 30 marzo 2015.

⁶⁷ Per una esaustiva ricostruzione dell'istituto si rinvia ad A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008 e al numero monotematico della rivista AGE n. 1/2008, *Class, Action! (?)*, a cura di R. Lener-M. Rescigno; A. RICCIO, *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contratto e Impresa*, n. 1/2010, p. 8.

azione e con un unico giudizio le pretese risarcitorie e restitutorie, che presentano un contenuto omogeneo⁶⁸, di consumatori e utenti che, trovando origine da un'unica condotta illecita, richiedono, per la loro valutazione, la risoluzione della medesima questione (di fatto e/o di diritto) di rilevanza collettiva⁶⁹.

L'identità dei diritti individuali tutelabili deve essere armonizzata con la previsione di omogeneità di tali diritti, contenuta nel primo comma dell'art. 140-*bis*, e quindi verificata in relazione al *petitum* (da intendere come oggetto di tutela richiesta, senza che abbia rilievo la ovvia diversità della specifica entità del danno subito) e alla *causa petendi*.

La *class action*, dunque dovrebbe rappresentare una risposta adeguata alle tipiche esigenze di natura processuale di gruppi di consumatori e utenti, che mediante detta azione superano una visione individualistica dei propri diritti al fine di meglio tutelarli.

Il presente strumento di tutela giudiziaria ha un forte impatto sotto il profilo economico-sociale, in quanto consente a più soggetti di attivare il meccanismo giudiziario anche per somme esigue. Ne deriva che siffatta forma di tutela dovrebbe ridurre le asimmetrie tra i consumatori/utenti e l'impresa; inoltre, l'azione collettiva dovrebbe avere anche un forte impatto sul mercato e spingere le imprese verso condotte virtuose. Si pensi anche alle azioni collettive che sono volte a far dichiarare vessatorie le clausole contrattuali e di conseguenza ottenerne l'inibitoria. Sotto un profilo attuativo, però, le azioni di classe nel settore bancario e finanziario non sono ancora molte, sembra che detta forma di tutela abbia difficoltà a decollare⁷⁰. Eppure siffatte forme di accesso alla giustizia dovrebbero agevolare la tutela dei soggetti contrattualmente deboli, ma nella sostanza vi sono ancora elementi ostativi, soprattutto in tema di ammissibilità dell'azione.

Nell'ambito del diritto dei mercati finanziari, ad esempio, l'art. 32-*bis* del t.u.f. richiama significativamente le forme previste dagli artt. 139 e 140 cod. cons. e non anche l'azione risarcitoria prevista dall'art. 140-*bis*⁷¹. La nozione

⁶⁸ G. CONTE, *I profili «sostanziali» di tutela dell'azione di classe*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, Milano, 2014, p. 1428 s.

⁶⁹ D. AMADEI, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in www.judicium.it.

⁷⁰ Nell'azione di classe intrapresa dall'associazione dei consumatori Altroconsumo nei confronti di Intesa Sanpaolo, il tribunale ha ritenuto di escludere 98 domande di adesione su 104, per difetto di autenticazione delle firme. Cfr. Trib. Torino, 28 marzo 2014. Si veda anche F. DE SANTIS, *La pronuncia sull'ammissibilità della «class action»: una «certification» all'italiana*, in *AGE*, 1/2008, p. 143.

⁷¹ G. FAUCEGLIA, *La class action nel diritto degli strumenti finanziari e delle società: è possibile una via italiana alla tutela collettiva degli investitori?*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, p. 261 s.

di consumatore contenuta nel codice del consumo ricomprende certamente anche la figura dell'investitore non professionale⁷², il che ci consente di poter affermare che, indipendentemente dalla previsione contenuta nell'art. 32-*bis* t.u.f., l'investitore, qualora agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale, è un risparmiatore *ergo* un consumatore che può esperire l'azione risarcitoria prevista dall'art. 140-*bis* cod. cons.⁷³.

L'art. 140-*bis* cod. cons. precisa, altresì, che ciascun componente della classe, ossia ciascun consumatore o utente, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa. Sempre più spesso, quindi, la legittimazione ad agire degli enti esponenziali trova espresso riconoscimento in una puntuale disciplina normativa, che si preoccupa però anche di stabilire chi può agire e, soprattutto, il tipo di azione che può essere esercitata⁷⁴.

La normativa ora richiamata è espressione di un principio generale dell'ordinamento volto a riconoscere l'eccezionalità della legittimazione riconosciuta agli enti esponenziali.

Sembra ormai chiaro, in altri termini, che l'ordinamento – una volta presa coscienza delle nuove esigenze di tutela dei tipi di interessi di più recente emersione – sia ormai in fase di superamento delle forme pretorie di legittimazione processuale della loro tutela, avendo decisamente intrapreso la via di una nuova, più efficiente e più ponderata tipizzazione delle azioni esperibili e

⁷² G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, 2006, p. 203 s.

⁷³ P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, p. 152 s.

⁷⁴ Trib. Genova, 13 giugno 2014. Nel caso sottoposto al vaglio dei giudici liguri l'azione è stata proposta da un Comitato, pertanto ci si è interrogati se il conferimento di un mandato sia richiesto soltanto nel caso in cui l'azione sia esercitata mediante associazioni ovvero anche mediante comitati, posto che il dato letterale della norma riferisce il conferimento del mandato alle sole associazioni richiamando, per la proposizione dell'azione mediante comitati, il requisito della partecipazione agli stessi. La mera partecipazione ad un comitato può ritenersi sufficiente a fondare la legittimazione di quest'ultimo soltanto laddove lo stesso sia stato costituito espressamente all'unico scopo di promuovere l'azione di classe. La parte sostanziale del giudizio – in quanto titolare del diritto azionato e destinatario degli effetti della sentenza – è comunque sempre il singolo consumatore o utente; dunque, è necessario, perché si possa ravvisare il potere di stare in giudizio in capo al comitato, non solo l'esistenza del mandato, ma anche l'indicazione del nome del soggetto il cui diritto viene azionato. Il tribunale ha negato nel presente caso la legittimazione del Comitato. Sul tema la S.C. ha affermato che le associazioni iscritte, oltre che provvedere ai sensi dell'art. 3 della legge n. 281/1998, alla tutela collettiva dei diritti fondamentali riconosciuti ai consumatori, hanno legittimazione ad intervenire nei giudizi avviati dai singoli consumatori. Cfr. Cass., Sez. Un., 16 novembre 2016, n. 23304, in *Riv. dir. imp.*, 2017, p. 399, con nota di E. BATTELLI, *La legittimazione processuale delle associazioni dei consumatori nelle controversie bancarie e finanziarie*.

dei soggetti ad esse legittimati: si riscontra, in sostanza, l'affermazione di una nuova e più matura "tassatività" delle azioni esperibili nei predetti ambiti.

Il principio generale a cui si deve fare riferimento è quello del divieto di sostituzione processuale, sancito dall'art. 81 c.p.c. Il divieto di sostituzione processuale implica che, anche per gli enti esponenziali, la possibilità di far valere in nome proprio gli interessi diffusi dei singoli appartenenti alla categoria debba trovare, di volta in volta, uno specifico fondamento normativo.

È ben vero che uno dei risultati raggiunti attraverso la sopra richiamata teoria dell'interesse collettivo è stato quello di trasformare l'interesse diffuso dei singoli in interesse collettivo proprio dell'ente esponenziale; è altrettanto vero, tuttavia, che tale trasformazione sia stato il frutto di una *fiction iuris*, che non altera il connotato sostanziale del rapporto sottostante e non riesce, quindi, a superare il dato ontologico rappresentato dalla oggettiva alterità esistente tra l'effettiva titolarità dell'interesse e il soggetto che lo fa valere. Tale *fiction iuris*, pertanto, non può tradursi in una non consentita forma di legittimazione processuale straordinaria e generalizzata, priva di base legislativa; giacché ogni affermazione di legittimazione ad agire, per avere fondamento, deve trovare in ogni singolo caso una base normativa positiva.

Dette conclusioni valgono a maggior ragione nei casi in cui il legislatore dedica alla legittimazione delle associazioni rappresentative una specifica disciplina normativa che individua espressamente il tipo di azione esercitabile.

In questi casi, consentire la legittimazione anche rispetto ad azioni non contemplate, significherebbe violare non solo il generale principio che vieta la sostituzione processuale fuori dalle ipotesi previste dalla legge, ma anche la specifica disciplina di settore che tipizza il tipo di tutela collettiva demandata all'ente esponenziale.

Le considerazioni che precedono portano, quindi, ad escludere che le associazioni dei consumatori possano agire a tutela degli investitori con strumenti giurisdizionali diversi da quelli espressamente richiamati dall'art. 32-*bis* t.u.f.; e, quindi, che possano esercitare un'azione di annullamento di provvedimenti amministrativi che esulino dal contenuto della tutela inibitoria come delineato dall'art. 140 cod. cons.⁷⁵

Nei paesi di *common law* le azioni collettive prevedono anche il risarcimento del danno punitivo che consiste nel riconoscimento al danneggiato, prevalentemente in ipotesi di *tort*, di una somma ulteriore rispetto a quella necessaria a compensare il danno subito, qualora il danneggiante abbia agito con dolo o colpa grave. Il danno punitivo è una voce di danno autonoma, che è

⁷⁵ Cons. Stato, 21 luglio 2016, n. 3303; G. CARRIERO, *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, 2010, p. 97.

commisurata alla gravità dell'offesa e dell'intensità dell'elemento psichico⁷⁶.

Nel nostro ordinamento giuridico, invece «alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta»⁷⁷. Sembrerebbe quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali. Tale risarcibilità è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata *in re ipsa*. È inoltre esclusa la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno del danneggiato o della capacità patrimoniale dell'obligato.

La S.C. sul punto ha precisato che in tema di risarcibilità del c.d. danno tanatologico, «i danni risarcibili sono solo quelli che consistono nelle perdite che sono conseguenza della lesione della situazione giuridica soggettiva e non quelli consistenti nell'evento lesivo, in sé considerato»; pertanto, «la progressiva autonomia della disciplina della responsabilità civile da quella penale ha comportato l'obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza e l'affermarsi della funzione reintegratoria e riparatoria (oltre che consolatoria)»⁷⁸.

È dubbio, tuttavia, se la funzione riparatoria-compensativa, seppur prevalente nel nostro ordinamento, sia davvero l'unica attribuibile al rimedio risarcitorio e se sia condivisibile la tesi che ne esclude, in radice, qualsiasi sfumatura punitiva-deterrente; è anche dubbio se al riconoscimento di statuizioni risarcitorie straniere, con funzione sanzionatoria, possa opporsi un principio di ordine pubblico desumibile da categorie e concetti di diritto interno, finendo, in tal modo, per trattare la sentenza straniera come se fosse una sentenza di

⁷⁶ Si veda la sentenza della *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, New York City del 17 dicembre 2014, nel caso *Turley vs. ISG Lackawanna, Inc.* La pronuncia della *Second Circuit* rispecchia, più in generale, l'orientamento giurisprudenziale in ordine alla quantificazione dei danni punitivi. A tale proposito – già nel 2003 – la Corte Suprema, nel caso *State Farm vs. Campbell*, aveva statuito che non sarebbe stato lecito stabilire una proporzione fissa, applicabile a qualsiasi fattispecie, tra *punitive damages* e *compensatory damages*, e che, in linea di principio, i danni punitivi potevano essere quantificati al massimo nove volte superiori all'ammontare fissato per il risarcimento dei danni. Si è andata a delineare di conseguenza la prassi del *single-digit ratio*.

⁷⁷ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183.

⁷⁸ Cass., Sez. Un., 22 luglio 2015, n. 15350.

merito emessa da un giudice italiano. Si dovrebbe dimostrare, soprattutto che la funzione del rimedio risarcitorio, attualmente configurato in termini esclusivamente compensatori, assurga al rango di un valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento, rispetto al quale non sarebbe consentito neppure al legislatore ordinario di derogarvi⁷⁹.

Nell'ambito del diritto dei mercati finanziari, ad esempio, l'art. 187-*undecies* t.u.f. dispone che la Consob può costituirsi parte civile e richiedere, a titolo dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del reato, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito⁸⁰. Il legislatore, in questo caso, ha introdotto una forma di danno punitivo⁸¹; infatti, il danno all'integrità del mercato discende, di

⁷⁹ Cass. (ord.), 16 maggio 2016, n. 9978, in *Danno e resp.*, 2016, p. 827, con nota di G. PONZANELLI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente a vaglio delle Sezioni Unite*. Si veda in particolare F.D. BUSNELLI, *Tanto tuonò, che ... non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1206 ss.; il quale ravvisa come conseguenza di alcuni illeciti civili, non un danno inteso come danno-conseguenza, ma un'offesa per la quale si deve invocare non solo un ristoro, inteso come un rimedio, bensì una sanzione. Si veda a seguito dell'ordinanza interlocutoria Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017 n. 16601, in *Danno e resp.*, 2017, p. 437 con nota di P.G. MONATERI, *Le sezioni unite e le funzioni della responsabilità civile*. La S.C. fa riferimento alla polifunzionalità posseduta dalle regole di responsabilità civile, ma che trova anche recezione in una articolata disciplina legislativa che, dal processo civile al diritto del lavoro, dalla proprietà industriale al diritto di famiglia, ha introdotto figure specifiche di risarcimento del danno che nulla hanno a che vedere con la riparazione del pregiudizio sofferto dal danneggiato e che finiscono per svolgere altre funzioni.

⁸⁰ Alcuni Autori ritengono che il danno punitivo non è ammissibile nel nostro ordinamento giuridico atteso che supera i principi base del nostro diritto positivo. In tal senso M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Padova, 2007, p. 390. La presente affermazione non è condivisibile, poiché il dato normativo sembra andare in posizione opposta, così come la giurisprudenza sembra avviarsi a delle risultanze diverse. La previsione del danno punitivo nel t.u.f. è antecedente al lavoro testé citato, ma l'Autrice, senza indicare le ragioni effettive della incompatibilità del danno punitivo, si limita ad una petizione di principio. La stessa S.C. ha affermato che «non si può considerare in contrasto con un principio fondamentale, desumibile dalla Costituzione o da fonti equiparate, il provvedimento di condanna al pagamento di una somma che si accresce con il protrarsi dell'inadempimento, impartito da un giudice al fine di coazione all'adempimento di un obbligo infungibile. Al contrario, la misura comminata tutela il diritto del creditore alla prestazione principale accertata con provvedimento giudiziale, dunque mira ad assicurare il rispetto di fondamentali e condivisi principi, quali il giusto processo civile, inteso come attuazione in tempi ragionevoli e con effettività delle situazioni di vantaggio, ed il diritto alla libera iniziativa economica». Cfr. Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3966 ss.; F. MEZZANOTTE, *Danni punitivi*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2017*, Treccani, Roma, 2017, p. 66.

⁸¹ Non si può negare l'esistenza di numerose norme aventi una funzione spiccatamente san-

per sé, dalla consumazione del reato e attiene a un danno non patrimoniale risarcibile⁸².

L'azione di classe è esperibile da parte di enti rappresentativi individuati ai sensi dell'art. 140, commi 1 e 2, cod. cons., e possono accedere al predetto rimedio le associazioni, così come individuate dall'art. 139, comma 1, cod. cons. e le associazioni e i comitati che siano adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere.

L'associazione che agisce, pertanto, non è né un rappresentante né un legittimato straordinario rispetto ai diritti soggettivi dei singoli consumatori che si assume essere stati lesi da un comportamento plurioffensivo del professionista. Il predetto soggetto risulta essere unicamente portatore dell'interesse collettivo della categoria dei consumatori, aderenti all'azione mediante un meccanismo di *opt in*, al risarcimento del danno e/o alla restituzione di somme⁸³; interesse sorto nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati per moduli e formulari, illeciti extracontrattuali, pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali.

Le associazioni di consumatori iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 cod. cons. sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi per chiedere l'inibitoria di comportamenti che siano contrari agli interessi collettivi, quali l'applicazione di clausole contrattuali contrarie a disposizioni di legge e quindi in contrasto con gli interessi collettivi alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali.

zionatoria come, ad esempio, l'art. 96, comma 3, c.p.c. in tema di lite temeraria. L'art 709-ter c.p.c. prevede che nelle controversie tra i genitori circa l'esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento della prole, il giudice ha il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura assume sembianze punitive. La legge 22 aprile 1941, n. 633, art. 158 e, soprattutto, il d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125, riconoscono al danneggiato un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto, connotato da una funzione preventiva e deterrente, laddove l'agente abbia lucrato un profitto di maggiore entità rispetto alla perdita subita dal danneggiato. Il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, artt. 3-5, ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva.

⁸² Trib. Milano, 24 aprile 2008, in *Foro ambrosiano*, 2008, 2, p. 201; Trib. Milano, 7 gennaio 2008, in *Foro ambrosiano*, 2, p. 197; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Dir. e prat. soc.*, 2007, fasc. 14-15, p. 67; Trib. Milano, 21 dicembre 2006, in *Giur. comm.*, 2007, p. 1291; Trib. Milano, 23 novembre 2006, in *Foro ambrosiano*, 2006, 4, p. 432; Trib. Milano, 25 ottobre 2006, in *Foro ambrosiano*, 2006, 4, p. 438; Trib. Milano, 24 giugno 2006, n. 3406, in *Foro ambrosiano*, 2006, 3, p. 359; Trib. Milano, 27 marzo 2006, in *Giur. merito*, 2008, p. 2291; Trib. Milano, 19 dicembre 2005, in *Foro ambrosiano*, 2005, 4, p. 433.

⁸³ Trib. Torino, 28 aprile 2011; A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2012, p. 375; C. CONSOLO, *La transazione dell'azione collettiva: difetti e pregi del sistema dello «opt-in» adottato anche in ottica di analisi economica*, in *AGE*, 1/2008, p. 185.

L'azione deve essere proposta innanzi al tribunale, in composizione collegiale, del luogo in cui ha sede l'impresa. La *class action* si sviluppa sostanzialmente in due fasi. La prima è relativa all'*an debeat*, ed è funzionale all'accertamento dell'esistenza della responsabilità dell'impresa convenuta. Nell'ipotesi di accoglimento della domanda il giudice può anche indicare la somma minima da corrispondere a ogni consumatore, altrimenti si può limitare a rinviare allo stadio successivo ogni statuizione riguardante la quantificazione dell'obbligazione risarcitoria.

La seconda fase, del *quantum debeat*, è finalizzata alla fissazione dell'ammontare del risarcimento spettante ai singoli aderenti ed è, perciò, meramente eventuale in quanto subordinata al previo accertamento della responsabilità dell'impresa convenuta.

I giusti motivi d'urgenza cui fa riferimento l'art. 140, comma 8, cod. cons., devono essere individuati alla luce del principio di effettività della tutela inibitoria collettiva e sussistono non tanto in ragione del tempo intercorso tra la commissione dell'illecito e l'azione inibitoria proposta dall'associazione, quanto tra il momento in cui possono essere concesse la tutela cautelare e quella ordinaria. Sussistono i profili di urgenza in caso di astratta replicabilità della clausola illegittima a tutti i contratti in essere e futuri.

Le associazioni dei consumatori sono legittimate a chiedere anche in via cautelare le misure ripristinatorie dirette ad eliminare o ridurre gli effetti dannosi dell'illecito accertati e la pubblicazione del provvedimento ai sensi dell'art. 140, comma 1, lett. a) e b)⁸⁴.

È ammissibile una domanda diretta ad inibire la sola applicazione degli interessi debitori dei clienti, rispondendo all'interesse del sottogruppo omogeneo dei consumatori correntisti debitori, anche considerato che in presenza di un interesse creditorio pari o vicino allo zero anche un breve periodo di sconfinamento può generare un notevole squilibrio contrattuale, tale da far perdere la valenza equilibratrice alla pari periodicità nel conteggio⁸⁵.

⁸⁴ Le esigenze cautelari sottese alla violazione del divieto di anatocismo consentono al tribunale di disporre di misure informative dirette a dare pubblicità al provvedimento quali la sua pubblicazione sulla *home page* del sito della banca, su tre quotidiani nazionali e la comunicazione del dispositivo a ciascun correntista con il primo estratto conto. Cfr. Trib. Milano, 1° giugno 2015, in *www.ilcaso.it contra* Trib. Parma, 30 luglio 2015. Il Tribunale emiliano ha rigettato il reclamo cautelare proposto da un'associazione, nell'ambito di una inibitoria collettiva esercitata in danno di una banca, perché non ha ravvisato la ricorrenza del *periculum in mora*, alla luce della capienza del patrimonio dell'istituto di credito e delle linee guida della Banca d'Italia, trasfuse nella proposta del 24 agosto 2015 per l'adozione della delibera C.I.C.R., imposta dalla lettera dell'art. 120 t.u.b.

⁸⁵ Trib. Biella, 7 luglio 2015, in *www.ilcaso.it*. In tema di commissioni si veda Trib. Torino, 28 marzo 2014, confermata da App. Torino, 29 aprile 2016. Il tribunale e la corte di appel-

Sempre in tema di azione di classe la giurisprudenza di merito ha stabilito che è nulla la commissione per scoperto di conto inserita in contratti di conto corrente privi di affidamento dopo l'entrata in vigore dell'art. 2-*bis* del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito nella legge 28 gennaio 2009, n. 2, in quanto tale norma, per il caso di conti non affidati, prescrive la nullità, in ogni caso, della commissione di massimo scoperto ed il divieto assoluto per la banca di prevedere una remunerazione ulteriore rispetto alla previsione degli interessi⁸⁶.

La *class action* è stata introdotta anche in relazione alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori (d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190), che prevede la legittimazione a proporre l'azione in capo alle associazioni dei consumatori⁸⁷. L'azione è però esperibile solo in relazione alle violazioni del d.lgs. n. 190/2005.

Restano apparentemente esclusi dalla possibilità di esperire l'azione di classe i risparmiatori, che vedono precludersi una possibile alternativa giudiziaria. La concessione anche agli investitori di detta facoltà avrebbe potuto contribuire anche al ripristino della fiducia nel mercato con chiari effetti benefici all'economia in generale⁸⁸.

In realtà non dovrebbero sorgere particolari difficoltà ad ammettere la tutela collettiva risarcitoria nei confronti delle imprese di investimento che si legano a consumatori di servizi finanziari, dal momento che tali rapporti non

lo hanno ritenuto nulla la commissione per scoperto di conto. In tema di anatocismo si vedano Trib. Milano, 1° ottobre 2015; Trib. Milano 9 luglio 2015. I provvedimenti testé citati dispongono che alcune banche (Unicredit e Fineco) non potranno praticare alcuna forma di capitalizzazione degli interessi passivi e ogni pratica anatocistica in tutti i contratti di conto corrente con i consumatori, presenti e futuri. Cfr. Trib. Roma, 20 ottobre 2015, ove si afferma che: «in accoglimento del ricorso cautelare *ex art.* 140, comma 8, d.lgs. n. 205/2006, presentato dalla ricorrente Associazione Movimento Consumatori, inibisce alla resistente Banca Nazionale del Lavoro S.p.a. di dare corso a qualsiasi ulteriore forma di capitalizzazione degli interessi passivi con riferimento ai contratti di conto corrente [...], già in essere o che verranno in futuro stipulati con consumatori nonché di predisporre, utilizzare ed applicare clausole anatocistiche nei predetti contratti». Nello stesso senso Trib. Roma, 23 novembre 2016 (nei confronti di BPM); Trib. Milano, 25 marzo 2015 (nei confronti di Deutsche Bank e BPM); Trib. Milano, 25 marzo 2015 (nei confronti di ING Bank); Trib. Cuneo, 29 giugno 2015 (nei confronti di Banca Regionale Europea); Trib. Milano, 1° luglio 2015 (nei confronti di Intesa Sanpaolo); Trib. Milano, 13 luglio 2015 (nei confronti di Unicredit); Trib. Milano, 29 luglio 2015 (nei confronti di IW Bank); Trib. Milano, 29 luglio 2015 (nei confronti di Fineco); Trib. Roma, 18 febbraio 2016 (nei confronti di BNL).

⁸⁶ Trib. Torino, 10 aprile 2014, in *www.ilcaso.it*; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile: I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2016, p. 62 s.

⁸⁷ F. GIORGIANNI-C.M. TARDIVO, *Diritto bancario. Banche, contratti e titoli bancari*, Milano, 2006, p. 141.

⁸⁸ L. FERRARESE, *Le norme statunitensi sulle azioni collettive: analisi comparativa con la normativa italiana e spunti di riflessione*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 751.

sembrano poter prescindere dall'impiego a monte di schemi di formazione del contratto basati su formulari⁸⁹.

Risulta essere debole l'argomentazione che esclude l'applicabilità dell'art. 140-*bis* cod. cons. ai risparmiatori, poiché essi non possono considerarsi consumatori in senso proprio. L'art. 140-*bis* è vero che fa riferimento solo ai consumatori ed agli utenti, ma nel codice del consumo sono state introdotte regole sulla conclusione telematica dei contratti aventi ad oggetto servizi finanziari: pertanto tale restrizione appare totalmente infondata; infine, il risparmiatore nella prassi è un consumatore di servizi finanziari⁹⁰.

La tutela collettiva, però deve essere esclusa per gli investitori professionali in strumenti finanziari, non essendo consumatori ed avendo una percezione del mercato e del rischio completamente diversa⁹¹.

1.7. *Le pratiche commercialmente scorrette nei contratti bancari e finanziari: gli interventi dell'AGCM*

La qualifica di professionista in un'accezione ampia che garantisca l'effetto utile della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette deve essere riconosciuta a chiunque partecipi alla realizzazione di una pratica traendone uno specifico e diretto vantaggio economico o commerciale⁹².

Affinché una pratica commerciale possa qualificarsi come scorretta è sufficiente che si tratti di una prassi – tale essendo il significato di “pratica” – e che questa sia rivolta in *incertam personam*, sicché l'elemento materiale della pratica commerciale scorretta può estrinsecarsi anche in condotte che, nei fatti, risultano soggettivamente identificabili, senza necessità che la stessa debba

⁸⁹ A. PALMIERI, *La class action da danno finanziario*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 382.

⁹⁰ G. ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Il Corriere del Merito*, 2008, p. 769; A. RICCIO, *L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action*, in *Contratto e Impresa*, n. 2/2008, p. 515. Il Consiglio di Stato, Sez. I, con parere n. 3999 del 3 dicembre 2008, ha stabilito che: «l'investitore, come il risparmiatore (che è un investitore non professionale), del resto si presenta, conformemente alla tendenza del diritto comunitario, in sostanza come una specie del genere consumatore, in quanto destinatario finale di un prodotto standardizzato seppur finanziario: un consumatore di servizi finanziari».

⁹¹ Protende per un'applicazione estensiva a tutti gli investitori dell'azione collettiva R. LENER, *Le “class actions” scomparse*, in *AGE*, n. 1/2006, p. 136. L'A. ritiene che solo così l'azione di classe può servire da stimolo alla crescita di un moderno mercato finanziario, aumentando la capacità di attrazione di capitali anche dall'estero. Nello stesso senso E. BELLINI, *Class action e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 825.

⁹² Tar Lazio, 8 gennaio 2013 n. 106, *Poste shop*.

dirigersi, numericamente, contro una consistente percentuale di consumatori, o clienti dell'impresa, ciò in quanto la fattispecie di pratica scorretta è riconducibile ad un illecito di pericolo⁹³.

L'illiceità della condotta, al fine di assumere rilevanza ai sensi delle disposizioni del cod. cons., non deve dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole per le ragioni dei consumatori, quanto, piuttosto, una potenzialità lesiva per le scelte che questi ultimi devono poter porre in essere fuori da condizionamenti o orientamenti decettivi. Non vi è, pertanto, la necessità di analisi dei concreti effetti pregiudizievoli prodotti dalla pratica commerciale, essendo sufficiente che, sulla base di un giudizio prognostico, la stessa sia ritenuta idonea a incidere potenzialmente sulle scelte dei consumatori⁹⁴.

Assume una particolare valenza il tema della competenza, ovvero in capo a quale Autorità è rimessa la funzione decisoria. In merito si deve osservare che con l'art. 1, comma 6, lett. a), d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, recante l'attuazione della Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, è stato inserito, nell'art. 27 cod. cons., il comma 1-bis, secondo cui «anche nei settori regolati, ai sensi dell'art. 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente»⁹⁵.

Il presente strumento di tutela dei consumatori vede l'attivarsi di diverse Autorità di settore che danno vita ad una cooperazione attiva, volta a reprimere le pratiche commercialmente scorrette. Il che rappresenta certamente uno strumento di particolare incidenza sul mercato e sulla efficienza dello stesso, al fine di dar vita ad un sistema virtuoso.

In particolare occorre evidenziare come i vari interventi legislativi hanno avuto una forte ricaduta sul diritto dell'economia e in particolare sulla classificazione della clientela e della conseguente nozione di consumatore. Come si è

⁹³ Tar Lazio, Sez. I, 5 agosto 2013, n. 7837, *Banca Mediolanum – Ostacoli chiusura c/c*; A. GENOVESE, *Contratti bancari e disciplina delle pratiche commercialmente scorrette*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, Torino, 2016, p. 379; ID., *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. comm.*, I, 2011, p. 200; A. SACCOMANI, *La definizione di pratiche commercialmente scorrette tra «professionisti» e «consumatori»*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, Milano, 2014, p. 174 s.

⁹⁴ Tar Lazio, 8 gennaio 2013, n. 106, *Poste Shop*; Tar Lazio, 8 gennaio 2013, n. 104, *Postemobile*; Tar Lazio, 4 febbraio 2013, n. 1177, *Casafin*.

⁹⁵ Cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4. La competenza ad irrogare la sanzione per “pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva” è sempre individuabile nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

già avuto modo di sottolineare non si può più parlare di cliente, ma di clienti dell'intermediario e la nozione di consumatore deve essere necessariamente ampliata.

La Direttiva 2004/39/CE al considerato 31 già marcava uno degli obiettivi fondamentali della Direttiva, che era quello di proteggere gli investitori e, in particolare, si sarebbe dovuto dar vita ad un impianto normativo che prestasse una tutela specifica per ciascuna categoria di investitori.

La MiFID 2 pone un distinguo tra le varie categorie di investitori, ovvero clienti al dettaglio, clienti professionali e controparti qualificate. In merito ai clienti professionali dovremmo affermare che si tratta di soggetti che possiedono una adeguata esperienza, le conoscenze e le competenze necessarie per adottare le proprie decisioni in modo ponderato, di soggetti che sono in grado di valutare correttamente i rischi che si assumono.

La MiFID 2 non solo potenzia la tutela della clientela c.d. *retail*, ma al considerato 104 emerge che la crisi finanziaria ha di fatto rilevato i limiti della clientela non al dettaglio nel valutare i rischi dei loro investimenti. Emerge che l'investitore professionale non è sempre poi così accorto o così esperto, ecco poi le ragioni di un'amplificazione delle informazioni che vanno estese anche alla clientela non al dettaglio. Vi è un innalzamento dell'informazione sia nella MiFID sia nel regolamento MiFIR per le transazioni sugli strumenti finanziari⁹⁶.

Tutto questo porta ad una particolare attenzione della condotta degli intermediari, i quali si vedono applicare normative sempre più stringenti.

La domanda che ci si deve porre è: quale tutela apprestare per il consumatore o anche in questo caso occorre parlare al plurale di consumatori? Si ritiene che l'ampliamento della nozione di consumatore ci consenta di poter parlare di consumatori, anche perché oggi abbiamo una concezione diversa che ci permette di annoverare soggetti, come i risparmiatori e/o gli investitori che prima non vi rientravano.

Certamente non si può immaginare un sistema che vede solo ipotesi di azioni giudiziali a carico del consumatore.

La Direttiva comunitaria, che ha ad oggetto le pratiche commercialmente scorrette, regola detto fenomeno con lo scopo di tutelare gli interessi economici dei consumatori, perseguendo un obiettivo di armonizzazione massima. Viene ad essere prevista una protezione del consumatore attivabile a fronte di qualsiasi condotta posta in essere dal professionista, relativamente alla promozione, vendita o fornitura di prodotti e servizi, che sia tale da violare i divieti legislativi⁹⁷.

⁹⁶ E. PICOZZA-V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2017, p. 382 s.

⁹⁷ P. ZIVIZ, *Lezioni di diritto del consumo*, Amon, 2013, p. 55 s.

La violazione delle regole di diligenza e correttezza deve essere valutata in relazione alla fattispecie concreta e sulla base del normale grado di attenzione e competenza connesso alla specifica attività svolta⁹⁸.

Si consolida anche nel settore finanziario il principio secondo cui l'obbligo più stringente di completezza e di chiarezza delle informazioni veicolate consegue alla rilevante asimmetria informativa riscontrabile nell'ambito della commercializzazione dei servizi finanziari⁹⁹.

L'esistenza di antinomie fra la disciplina del cod. cons. e discipline "speciali", alla cui applicazione sono preposte altre Autorità, diverse dall'AGCM, è stata in più occasioni esclusa dal giudice amministrativo; poiché il cod. cons. viene da un lato ad aggiungersi ai normali strumenti di tutela contrattuale, dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione¹⁰⁰.

Connesso al profilo relativo alla competenza vi è quello attinente alla valutazione delle condotte che si realizzano in presenza di regolazioni settoriali che definiscono obblighi e modalità di comportamento delle imprese. Sul punto la giustizia amministrativa ha precisato che la disciplina delle pratiche attiene ad aspetti che non necessariamente coincidono e che comunque non esauriscono le disposizioni poste a tutela della trasparenza¹⁰¹. Le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali scorrette richiedono ai professionisti l'adozione di modelli di comportamento in parte desumibili dalle discipline di settore, ove esistenti, in parte dall'esperienza propria del settore di attività. Il rapporto tra le diverse tutele deve essere affrontato verificando, da un lato, se vi sia identità tra gli interessi affidati alla cura delle diverse Autorità e, dall'altro, se per la tutela di questi interessi vi sia identità tra gli strumenti di intervento offerti dal sistema.

Per il settore bancario si è passati da un sistema informato alla vigilanza "per soggetti" ad un sistema di vigilanza "per finalità".

La tutela del consumatore nel settore finanziario e creditizio è particolarmente importante, soprattutto nell'attuale fase di crisi economica, atteso che un'adeguata azione di controllo sul non sempre corretto comportamento degli operatori è più che mai necessaria al fine di restituire alla clientela la fiducia indispensabile per la ripresa dell'economia.

L'Autorità ha posto una particolare attenzione alla trasparenza nei confron-

⁹⁸ Consiglio di Stato, 17 febbraio 2012, n. 853, *Telecom*.

⁹⁹ Tar Lazio, 4 febbraio 2013, n. 1177, *Casafin*.

¹⁰⁰ Tar Lazio, 18 gennaio 2010, n. 306, caso *PS/1821 AGOS*.

¹⁰¹ Tar Lazio, 6 aprile 2009, n. 3696, caso *PS/1190 Portabilità dei mutui/Deutsche Bank*; E. FRENI, *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, 2011, p. 799.

ti della clientela. In merito vi è stata un'indagine conoscitiva sui conti correnti bancari¹⁰², e un successivo intervento di segnalazione¹⁰³, dove l'Autorità ha raffigurato la necessità che le banche forniscano, al di là di quanto espressamente previsto dai fogli informativi, dati di sintesi tali da consentire al consumatore di avere piena ed immediata conoscenza di tutte le spese di tenuta del conto corrente.

L'assenza, ad esempio, di indicazioni sul TAEG costituisce un'omissione di informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole di natura commerciale¹⁰⁴.

La completezza e la veridicità di un messaggio pubblicitario va verificata nell'ambito dello stesso contesto di comunicazione commerciale e non già sulla base di ulteriori informazioni che l'operatore pubblicitario renda disponibili solo a "contatto" e, quindi, a effetto promozionale già avvenuto. È l'ipotesi in cui al consumatore viene offerto un finanziamento finalizzato all'acquisto di beni di consumo, senza informarlo che l'accensione di detto finanziamento avrebbe assunto la forma della concessione di una carta di credito *revolving*, comportante oneri aggiuntivi rispetto al finanziamento classico, in violazione degli artt. 21 e 22 cod. cons.¹⁰⁵.

Altro aspetto di particolare rilevanza è rappresentato dai c.d. profili di aggressività, in violazione degli artt. 24 e 25, lett. a), cod. cons., qualora le modalità di conclusione del contratto non sono tali da garantire un'univoca acquisizione del consenso del consumatore all'apertura della linea di credito, utilizzabile mediante carta *revolving*, in occasione di un finanziamento per l'acquisto di un prodotto.

Si sono verificati casi in cui l'operatore offriva prestiti personali finalizzati ad acquisto di tipo tradizionale, riservandosi di emettere successivamente carte di credito *revolving* intestate ai clienti che avessero sottoscritto i finanziamenti¹⁰⁶. Le carte erano emesse all'insaputa e senza il consenso dei consumatori, in violazione degli artt. 24 e 25, lett. a), cod. cons. La mancanza di informazioni sulla facoltà di emissione successiva della carta è stata dichiarata contraria agli artt. 21 e 22 cod. cons.¹⁰⁷.

Un'altra tipologia di comportamenti scorretti ha riguardato l'emissione, da

¹⁰² IC/32 Prezzi alla clientela dei servizi bancari, 1° febbraio 2007, n. 16403.

¹⁰³ AS/394 Ostacoli allo sviluppo concorrenziale dei mercati dei servizi bancari per la clientela *retail*, 28 maggio 2007.

¹⁰⁴ Tar Lazio, 4 febbraio 2013, n. 1177, *Casafin*.

¹⁰⁵ PS 1821/Agos.

¹⁰⁶ PS 1821/Agos.

¹⁰⁷ PS 2940 Ducato – Carta *Revolving* mai richiesta.

parte di esercizi commerciali, in collaborazione con società finanziarie, di carte di credito *revolving*, senza specificare adeguatamente tale particolare natura delle carte e la loro diversità dalle comuni carte fedeltà emesse dalle catene della grande distribuzione. Queste ultime, infatti, sono normalmente gratuite, a differenza delle carte *revolving* che comportano costi di gestione. Le predette pratiche presentano natura ingannevole, in violazione degli artt. 21 e 22 cod. cons., in particolare quando la carta rilasciata al consumatore prevede entrambe le funzionalità (carta fedeltà e carta *revolving*), senza che tale doppia natura sia sufficientemente chiarita¹⁰⁸.

L'Autorità ha concluso alcuni procedimenti istruttori riguardanti l'applicazione della disciplina in materia di cancellazione semplificata dell'ipoteca, sanzionando alcune banche¹⁰⁹.

Le istruttorie sono state avviate a seguito delle segnalazioni di associazioni di consumatori e di singoli consumatori, che evidenziavano la scorrettezza delle pratiche poste in essere dalle banche, consistenti nella mancata applicazione delle norme sulla procedura semplificata di cancellazione delle ipoteche, di cui al d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40. Tale normativa dispone, infatti, che le ipoteche collegate a mutui immobiliari si estinguano automaticamente all'atto dell'estinzione del mutuo. La banca è tenuta, pertanto, a rilasciare al debitore quietanza attestante la data di estinzione del mutuo e a trasmettere al conservatore la relativa comunicazione entro trenta giorni dalla stessa data. Per i mutui estinti prima dell'entrata in vigore della normativa citata, la procedura viene avviata a seguito di richiesta del debitore ed è del tutto gratuita, mentre per quelli terminati successivamente essa deve essere avviata automaticamente dall'istituto contestualmente all'estinzione.

Nel corso del procedimento, l'Autorità ha accertato che le banche oggetto di istruttoria avevano negato o comunque ostacolato la cancellazione gratuita delle ipoteche da parte dei mutuatari, prevista dalla legge, venendo meno agli obblighi di diligenza professionale e fornendo informazioni incomplete o non veritiere alla clientela.

L'AGCM si è di recente occupata della condotta commercialmente scorretta di un istituto di credito che ha nei fatti condizionato l'erogazione di finanziamenti a favore dei consumatori con i cc.dd. "*Mutui soci*". I predetti "*Mutui Soci*" prevedono condizioni economiche differenti rispetto ai prodotti di mutuo ordinari, in quanto i consumatori sarebbero stati condizionati: i) ad acqui-

¹⁰⁸ PS 2797 Coin – CoinCard.

¹⁰⁹ PS 1130 – Intesa Sanpaolo; PS 1480 – Italfondario; PS 1481 – BNL – Cancellazione Ipoteca; N. SOLDATI, *Autorità di settore e organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie e finanziarie*, Milano, 2013, p. 230.

stare pacchetti minimi di azioni dell'istituto di credito (200 azioni), al fine di accedere ai mutui *de quibus* riservati ai soci: peraltro il numero di azioni risulta essere superiore ai minimi necessari per diventare soci (100 azioni); *ii*) a non vendere tali pacchetti azionari in modo da non scendere sotto la soglia delle 200 azioni, per determinati periodi (24 mesi successivi alla stipula del mutuo), al fine di non perdere le specifiche condizioni economiche ivi previste. Inoltre, nel caso di specie la banca ha, nei fatti, indotto i consumatori intenzionati a richiedere dei prodotti di mutuo ad aprire un conto corrente con la prospettiva della necessità di instaurare un rapporto di conto corrente collegato al mutuo¹¹⁰. Le predette condotte sono state sanzionate per violazione nel caso sub *i*) degli artt. 20, comma 2, 24 e 25 cod. cons. e nell'ipotesi sub *ii*) per violazione degli artt. 20, comma, 2 e 21, comma 3-*bis*, cod. cons.

Altra fattispecie di particolare interesse riguarda le condotte ingannevoli poste in essere dalla banca nel commercializzare ai consumatori di mutui a tasso variabile consistenti nella mancata ovvero ambigua prospettiva nella modulistica precontrattuale e contrattuale di tali prodotti delle soglie minime del tasso di interesse nominale annuo. Più precisamente, distinguendo in ragione della circostanza se il contratto di mutuo a tasso variabile sia stato stipulato prima o dopo che si iniziassero a rilevare valori negativi del parametro di indicizzazione dell'Euribor. L'istituto di credito avrebbe omesso ovvero non informato in misura sufficientemente chiara ed esaustiva nei fogli informativi resi disponibili sul proprio sito *internet* e presso le proprie filiali, nelle comunicazioni periodiche inviate alla clientela e nei contratti che: a) per i contratti stipulati prima dell'evento parametro di indicizzazione (Euribor) negativo, dell'esistenza di soglie minime del tasso di interesse nominale annuo, fissate dalle clausole contrattuali, specificamente previste nelle varie tipologie di offerta; b) per i contratti stipulati dopo l'evento parametro di indicizzazione (Euribor) negativo, dell'esistenza di soglie minime del tasso di interesse nominale annuo, sempre fissate dalle clausole contrattuali, di valore percentuale pari a quello degli *spread* stessi specificamente previsti nelle varie tipologie di offerta, in modo tale da far sì che i valori negativi dei citati parametri, ed in particolar modo dell'Euribor, non rilevassero nella determinazione del tasso d'interesse nominale annuo¹¹¹.

L'Autorità Garante ha avviato tre procedimenti istruttori per presunte pratiche commerciali scorrette nei confronti di tre istituti bancari: Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e UniCredit S.p.A.

I procedimenti sono volti ad accertare se le tre banche abbiano posto in es-

¹¹⁰ PS 10602 – Veneto Banca – Vendita abbinata a finanziamenti – Azioni.

¹¹¹ PS 10295 – Unipol Banca – Mutuo variabile soglia minima.

sere condotte in violazione del cod. cons. in relazione alla pratica dell'anatocismo bancario.

In particolare, fino all'entrata in vigore dell'art. 17-*bis* del d.l. n. 18/2016, che ha ribadito il divieto di anatocismo salvo autorizzazione preventiva del cliente, tali banche avrebbero continuato ad applicare l'anatocismo bancario, nonostante l'espresso divieto contenuto nella legge di stabilità 2014. Dopo la riforma operata nel corso del 2016, i tre istituti bancari avrebbero adottato modalità aggressive per indurre i propri clienti consumatori a dare l'autorizzazione all'addebito.