

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO
CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO COMPARATO

**IL CONTENZIOSO TRA BANCHE E CLIENTI: APPROCCI COMPARATISTICI
E POSSIBILI STRATEGIE RISOLUTIVE (IUS/02)**

DOTT. LORENZO MASSIMILIANO MONTRASIO

CH.MA PROF.SSA ALBINA CANDIAN

CH.MA PROF.SSA DIANA VALENTINA CERINI

CH.MA PROF.SSA BARBARA POZZO

A.A. 2012/2013
(ANNO ACCADEMICO corrispondente all'ultimo anno accademico di corso)

INDICE

INTRODUZIONE

1. PREMESSA
2. ESIGENZE DI GIUSTIZIA E RIVENDICAZIONI DI EFFICIENZA
3. L'APPROCCIO DEL COMPARATISTA

PARTE PRIMA:

IL CONTENZIOSO BANCA-CLIENTE IN ITALIA. LE FATTISPECIE PIU' RILEVANTI NELLA GIURISPRUDENZA

1. PROFILI DI ORDINE GENERALE E PROCESSUALI

2. LA PIÙ RECENTE E RILEVANTE GIURISPRUDENZA NEL CONTENZIOSO BANCARIO: IUS VARIANDI, COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO, ANATOCISMO E CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

2.1 IL IUS VARIANDI, OVVERO IL POTERE DELL'ISTITUTO DI CREDITO DI VARIARE UNILATERALMENTE LE CONDIZIONI CONTRATTUALI

2.2 LA COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO

2.3 IL DIVIETO DI ANATOCISMO E GLI INTERVENTI PIÙ SIGNIFICATIVI DELLA GIURISPRUDENZA

2.4 FIDEIUSSIONE OMNIBUS: IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA (O "GARANTIEVERTRAG")

3. IL CONTENZIOSO NEL SETTORE FINANZIARIO: L'ASIMMETRIA INFORMATIVA COME CONNOTATO PARIMENTI FISILOGICO E PATOLOGICO DELLA RELAZIONE CONTRATTUALE

PARTE SECONDA:

LE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION COME POSSIBILE SOLUZIONE: LE APPLICAZIONI NAZIONALI, COMUNITARIE E NEL DIRITTO INGLESE

1. LA DIFFUSIONE DELLE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION NELL'UNIONE EUROPEA ED IN ITALIA, IN PARTICOLARE, NEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO

**1.1 IL “MONDO DELLE ADR”, IL DIRITTO COMUNITARIO ED IL
DIRITTO ITALIANO FINO AL D.LGS. 28/2010**

1.2 L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO

1.3 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE ED EVIDENZE STATISTICHE

2. IL CONTENZIOSO CIVILE IN INGHILTERRA: PROFILI GENERALI E CONSIDERAZIONI DI CARATTERE PROCESSUALE

3. ADR E AUTORITÀ DI VIGILANZA IN INGHILTERRA

**3.1 LA NORMATIVA FINALIZZATA ALLA TUTELA DEL CLIENTE ED
ALLA GESTIONE E PREVENZIONE DEL POSSIBILE CONTENZIOSO**

3.2 IL CASO CONCRETO DELLE BANK CHARGES

3.3 ALCUNE EVIDENZE STATISTICHE: FOS VS ABF

CONCLUSIONI

INTRODUZIONE

INDICE: 1. *PREMESSA* 2. *ESIGENZE DI GIUSTIZIA E RIVENDICAZIONI DI EFFICIENZA* 3. *L'APPROCCIO DEL COMPARATISTA*

1. PREMESSA

E' pacifico che il mondo, che lo si osservi da un punto di vista sociale, economico, giuridico, o politico, stia cambiando. È già cambiato e continua a cambiare, ad una velocità che ad un osservatore medio può sembrare esponenziale.

Il fenomeno della cosiddetta "globalizzazione", con le ovvie difficoltà definitive che comporta, ha esteso la propria influenza a tutti gli ambiti della vita sociale, e riguarda, seppur in modo diverso, tutti i paesi, o ordinamenti giuridici, esistenti. Se si considera il diritto, astrattamente, si nota immediatamente che i cambiamenti e la complessità dei vari sistemi sono in costante aumento: è sufficiente pensare, per fare un riferimento concretamente percepibile, alla potestà normativa dell'Unione Europea, alle materie su cui interviene ed alla varietà di strumenti di cui dispone, dei quali Direttive e Regolamenti costituiscono solo l'evidenza più macroscopica.

Un altro esempio è il fenomeno noto agli studiosi di diritto comparato come avvicinamento tra modelli giuridici, ovvero la tendenza trasversale e transazionale ad uniformare, con appositi strumenti, il proprio diritto privato, il diritto pubblico, la disciplina di taluni settori commerciali, andando quindi a far confluire soluzioni tradizionalmente diverse, adottate dai singoli ordinamenti giuridici, in un unico paradigma uniforme¹.

¹ In tema di uniformazione e confluenza di modelli si veda A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 2009, 26 e ss.

Uno dei settori maggiormente interessati da tali mutamenti è senza dubbio quello bancario e finanziario, il quale ha attraversato, negli ultimi decenni, un'evoluzione radicale: basti pensare che fino al 1990, in Italia, la partecipazione dello Stato all'attività bancaria costituiva uno dei tratti distintivi dell'esercizio dell'attività creditizia. Non è affatto necessario elencare tutte le criticità a livello normativo ed economico che sono derivate da tale radicale cambiamento, ma nemmeno le prospettive che si sono letteralmente spalancate per gli operatori del settore e le relative controparti.

Al di là delle questioni di ordine più generale, come le scelte inerenti la normativa bancaria piuttosto che gli assetti societari degli istituti di credito, proprio il rapporto con le controparti, ovvero i clienti delle banche e degli intermediari finanziari è stato interessato da un processo rivoluzionario socialmente palpabile. Si è infatti passati dalla prassi delle Norme bancarie Uniformi, a carattere associativo, a normative di rango primario sempre più dettagliate ed organiche, come il Testo Unico bancario (D.Lgs 385 del 1993), fino all'introduzione di specifiche normative provenienti dall'Unione Europea: basti pensare alle Direttive 39/2004 CE e 2007/64 CE, cosiddette Mifid e PSD, che hanno trasformato non solo i contenuti, ma anche la normativa stessa del settore, da un punto di vista meramente formale, elevando le norme cosiddette di rango secondario, ovvero regolamentari, come le norme emanate da autorità di vigilanza (banca d'Italia o Consob nel caso specifico) a riferimento pressoché omnicomprensivo per gli operatori.

In ogni caso, all'interno del processo di cambiamento che sta interessando la normativa bancaria e finanziaria, non può rimanere inosservato il fatto che l'aspetto più rilevante e dagli impatti più significativi sia la disciplina del momento patologico di quella che, molto semplicisticamente, chiameremo relazione banca-cliente. Tale momento costituisce infatti il conflitto tra controparti contrattuali i cui interessi, per quanto i contratti del settore siano molteplici ed anche nella maggioranza dei casi molto diversi tra loro per finalità, struttura e contenuti, vanno quasi sempre a collocarsi su due poli diametralmente opposti.

Prima di considerare gli aspetti e le implicazioni prettamente giuridiche del conflitto banca-cliente, è necessario riflettere che, a prescindere dal tipo di controversia (un credito non pagato, una contestazione sulle clausole contrattuali, sull'applicazione del contratto stesso, una violazione di norme regolamentari...) e dai soggetti coinvolti (una banca, un intermediario operante nel settore del factoring piuttosto che del credito al consumo o

dell'*asset management*, una piccola impresa, un consumatore, una società di capitali...), gli interessi in gioco inevitabilmente vengono ricondotti ad una contrapposizione banca-cliente che sta acquistando, nella società, sempre più una connotazione aprioristicamente negativa.

I conflitti nel settore bancario e finanziario, considerata anche la recente crisi economica mondiale, i momenti di difficoltà ancora precedenti e, con riferimento all'Italia, i grandi fallimenti dei primi anni del Terzo Millennio come Cirio e Parmalat, oppure, in prospettiva internazionale, il default dell'Argentina e la conseguente problematica dei cosiddetti "tango bonds", stanno condizionando la normale relazione banca-cliente attribuendole una negatività intrinseca, o, quantomeno, inevitabile con il passare del tempo. Le dimensioni della problematica stanno comunque assumendo una rilevanza abnorme non solo con riguardo a singoli, drammatici casi come quelli appena menzionati e ben noti non solo agli addetti ai lavori, ma anche da un punto di vista quantitativo in rapporto al numero delle controversie civili pendenti.

Una simile situazione ha delle ripercussioni sociali ed economiche drammatiche, e, inevitabilmente, anche delle ripercussioni giuridiche.

Il fatto che il contenzioso bancario in Italia ed in Europa, la sua rilevanza e le sue conseguenze ed un mondo che progressivamente e rapidamente sta evolvendo, si sta globalizzando in tutti i suoi differenti aspetti convivano simultaneamente nello stesso momento storico e pertanto si influenzino reciprocamente pone in evidenza la necessità di studiare i fenomeni conflittuali nel rapporto banca-cliente ed approfondirli con strumenti e con un punto di vista differente.

2. ESIGENZE DI GIUSTIZIA E RIVENDICAZIONI DI EFFICIENZA: CONSIDERAZIONI STATISTICHE

Uno degli effetti della globalizzazione su quello che può essere molto astrattamente definito come il concetto di Giustizia è stato ipotizzato quale trasformazione della stessa da ideale di carattere filosofico a mero servizio a disposizione della collettività. Tale servizio

risulterebbe pertanto intimamente connesso con i differenti aspetti della società, dall'attività d'impresa alla vita economica di una famiglia, ed imporrebbe un nuovo punto di vista soprattutto sui problemi pratici che il mondo della Giustizia deve affrontare e, auspicabilmente, tendere a risolvere, praticamente in tutti gli ordinamenti giuridici evoluti, quali, ad esempio, la durata dei processi, l'inefficienza degli organi giudicanti e del relativo apparato burocratico o la complessità ed inadeguatezza delle normative sostanziali e processuali².

Probabilmente è proprio nel settore economico e finanziario che il problema di una Giustizia *giusta*, piuttosto che di un servizio efficiente, va a costituire il profilo determinante di una ricerca che consenta di comprendere le implicazioni del cambiamento epocale in atto³.

L'accertamento di talune carenze nella nostra realtà aiuta, infatti, a fare chiarezza sui cosiddetti "fallimenti del mercato" e ad evidenziare i limiti, i margini di miglioramento del nostro ordinamento giuridico e le misure la cui adozione è necessaria da un lato per ridurre il divario nei confronti degli altri ordinamenti e dall'altro per adeguare il nostro sistema ad un processo evolutivo che riguarda tutto il mondo ed a cui è impensabile non adattarsi.

Uno degli aspetti più critici del rapporto banca-cliente, con riguardo ai profili sostanziali, è costituito dall'asimmetria informativa che connota la relazione contrattuale tra le parti: è inevitabile infatti che, soprattutto se una delle controparti è un consumatore o anche un'impresa che non opera nel settore finanziario, pertanto una controparte non qualificata, nell'esecuzione del contratto la banca o l'intermediario avrà necessariamente una consapevolezza ed una preparazione maggiore, oltre ad un potere contrattuale che impedisce di fatto una reale negoziazione del servizio offerto, nella stragrande maggioranza dei casi. Un esempio è costituito proprio dal fatto che i contratti bancari, se si escludono operazioni finanziarie complesse con clientela *corporate* o con *financial institutions*, sono costituiti da

² C. MARICONDA, *ADR tra mediazione e diritti. Profili comparatistici*, Napoli, 2008, 7 e ss.

³ Così F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *banca borsa tit. cred.* 2010, 3, 261 e ss.

condizioni immodificabili e non sottoposte a negoziazione, spesso nella forma dei moduli o formulari⁴.

Il legislatore ha cercato, prima con la legge sulla trasparenza del 7 agosto 1990, n. 241, poi con il già citato Testo Unico bancario e, successivamente, con il D.Lgs 58 del 1998 (Testo Unico Finanza), con le Istruzioni di Vigilanza di banca d'Italia ed il recepimento delle Direttive comunitarie, di risolvere tale problema ma si è spesso trovato nella condizione di poter offrire singoli strumenti di tutela alla controparte più debole, per risolvere o comunque contrastare alcune criticità, ma senza poter comunque mutare la realtà di fondo. Autorevole dottrina infatti si è espressa nel senso di conferire alla relazione banca-cliente un attributo di “pariteticità fittizia”, in particolar modo se una parte del contratto è un consumatore.

Una delle componenti del rapporto banca-cliente che è palesemente venuta meno e che, almeno in origine, aveva la funzione e la concreta facoltà di controbilanciare la criticità rappresentata dall'asimmetria informativa, è il rapporto fiduciario (in senso lato, e non tecnico) che lega le due parti e che, nel caso di specie, va oltre per la profondità e la gravità delle implicazioni all'ordinario affidamento alla buona fede dei contraenti consacrato dall'art. 1147 c.c.. Senza dubbio la fiducia nella banca e nel sistema creditizio in senso più generale fungeva anche da freno alla litigiosità del settore, ma l'evoluzione dell'economia e alcuni recenti eventi di portata sistemica già citati in precedenza non solo hanno minato tale fiducia ma hanno portato ad una rilettura in chiave dolosamente negativa della stessa e del presunto uso strumentale di tale affidamento da parte del contraente forte⁵.

⁴ Come peraltro avevano riconosciuto le Sezioni Unite della Corte di Legittimità, in Cass civ. SS. UU., 04 novembre 2004, n. 21095 sull'anatocismo, affermando recisamente che “*i clienti si sono nel tempo adeguati all'inserimento della clausola anatocistica non in quanto ritenuta conforme a norme di diritto oggettivo già esistenti o che sarebbe auspicabile fossero esistenti nell'ordinamento, ma in quanto comprese nei moduli predisposti dagli istituti di credito, in conformità con le direttive dell'associazione di categoria, insuscettibili di negoziazione individuale e la cui sottoscrizione costituiva al tempo stesso presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari. Atteggiamento psicologico ben lontano da quella spontanea adesione a un precetto giuridico in cui, sostanzialmente, consiste l'opinio juris ac necessitatis, se non altro per l'evidente disparità di trattamento che la clausola stessa introduce tra interessi dovuti dalla banca e interessi dovuti dal cliente*”. Cfr. per le massime ed il commento a tale fondamentale sentenza, *Giust. civ.* 2005, 4, I, 969 e ss. con osservazione di TOMARCHIO, *banca borsa tit. cred.* 2005, II, 253 e ss. con nota di SCOTTI CAMUZZI, *Giust. civ.* 2005, 7/8, I, 1835 e ss. con nota di MORERA e *Foro it.* 2004, I, 3294 e ss. con nota di DI CALMIERI e PARDOLESI

⁵ M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Padova, 2007, 316 e ss.. Tale opera costituisce un ottimo riferimento nella disamina della litigiosità del settore bancario e finanziario, osservando le principali tipologie di controversie dovute a problematiche contrattuali ed escludendo tutte le controversie inerenti l'inadempimento dei debitori, il recupero del credito insoluto, le violazioni di normative speciali quali privacy e che coinvolgono interessi legittimi.

Non solo il formante legislativo, ma anche i formanti dottrinale e giurisprudenziale hanno provato ad elaborare delle soluzioni: basti pensare agli interventi della Corte di legittimità in tema di commissione di massimo scoperto⁶, di anatocismo, ovvero all'opera di alcuni notissimi autori.

Spesso proprio questi interventi hanno fatto da “traino” al formante legislativo, preparando metaforicamente il terreno ad un intervento più strutturato, con il rischio però di inserire, in una relazione caratterizzata da un'asimmetria apparentemente ineliminabile, dei picchi di eccesso di tutela per la parte più debole, il cui unico effetto è quello di armare maggiormente le parti ed incrementare il volume e la complessità del relativo contenzioso.

Se tale è la realtà odierna, è chiaro come sia necessario affrontare le patologie nella relazione banca-cliente secondo un punto di vista decisamente diverso, considerando non solo il profilo sostanziale ma anche lo stato attuale della Giustizia.

Ciò significa prendere coscienza delle innumerevoli problematiche che affliggono il nostro ordinamento giuridico e, specialmente, il nostro sistema giurisdizionale: secondo quanto riportato nella Relazione sull'Amministrazione della giustizia nell'anno 2009⁷, la banca Mondiale nel rapporto annuale “*Doing Business*” del 2010 ha collocato l'Italia, con riferimento all'efficienza nel recupero del credito commerciale ed alle relative tempistiche, al 156° posto in una classifica mondiale. Infatti, secondo lo stesso rapporto, in Italia occorrono 1.210 giorni per recuperare un credito, con un costo corrispondente al 29,9% del debito azionato. Ricopriamo peraltro l'ultima posizione anche limitando la classifica ai Paesi dell'area OCSE: ventisettesimi su ventisette Paesi.

D'altro canto, limitando il confronto ai 27 Paesi dell'Unione Europea l'Italia, per durata dei procedimenti civili in generale, è in fondo alla classifica, superata solo dalla Slovenia, 1.290 giorni, e surclassata dalla Lituania (275 giorni), dalla Lettonia (309), dal Lussemburgo (321), dalla Francia (331), ovvero i Paesi nei quali i procedimenti civili durano meno di un anno.

⁶ Proprio di siffatta problematica, e degli interventi più rilevanti della giurisprudenza e del legislatore ci si occuperà nella prima parte della ricerca.

⁷ Si veda V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009*, in *Giust. civ.* 2010, 7-8, 335 e ss.. Da notare che il Presidente Carbone fa riferimento anch'esso al concetto di giustizia come servizio per i privati utilizzando in apertura la locuzione “*servizio-giustizia*” e che identifica proprio la globalizzazione, declinata poi nel prosieguo in globalizzazione dei diritti e globalizzazione delle tutele, come elemento caratterizzante tutta la vita sociale, politica, economica e giuridica degli Stati nel Terzo Millennio.

Quanto appena sopra riportato, ancorché riguardi strettamente l'ambito del recupero del credito più che del contenzioso bancario in senso lato, comporta ovviamente dei costi e delle conseguenze negative in tutti gli aspetti della vita del Paese: la già citata Relazione sull'Amministrazione della giustizia sottolinea, nel paragrafo successivo deputato all'esame dei costi delle inefficienze del servizio-giustizia, che *“per efficienza giudiziaria all'interno di un rapporto di credito s'intende un meccanismo istituzionale che, attraverso la minaccia dell'applicazione di sanzioni tempestive, determina un incentivo diretto a non mettere in atto comportamenti opportunistici e che carenze sotto il profilo dell'efficienza, a titolo d'esempio, nella chiusura dei fallimenti da parte dei tribunali (la lentezza nella definizione dei criteri di ripartizione dell'attivo nonché nel risarcimento dei danni subiti dai finanziatori), si riflettono in un indebolimento della credibilità della minaccia di interruzione del rapporto tra creditori e debitori con il conseguente aumento della probabilità di comportamenti opportunistici da parte degli stessi debitori”*.

Tali criticità non solo implicano problematiche di tipo macroeconomico quali l'allontanamento dall'Italia di potenziali investitori stranieri, ma inficiano, con riguardo specificatamente al settore bancario e finanziario, la qualità del credito, in termini di innalzamento dei costi di intermediazione, minore redditività degli intermediari e degli istituti di credito, incentivazione al frazionamento dei crediti, richiesta di maggiori garanzie reali e personali ai debitori e, infine, un freno alla nascita di nuove imprese.

Non è un caso che la Relazione prenda come riferimento proprio le conseguenze negative in ambito creditizio: infatti gli effetti di problematiche che sono, purtroppo, di carattere generale e non limitate ad una singola materia, risultano ovviamente proporzionali al volume del contenzioso afferente ad un dato settore. Se il settore bancario è caratterizzato da una litigiosità elevata, sarà inevitabilmente uno dei settori maggiormente colpiti dalle inefficienze derivanti dai problemi della Giustizia.

Proprio per le ragioni sinteticamente appena esposte, il settore bancario e finanziario è forse quello in cui maggiormente si sente l'esigenza di un intervento risolutore a 360 gradi. L'ambito infatti comprenderebbe non solo i profili di diritto sostanziale, così da prevenire il sorgere di determinate tipologie di controversie e, al contempo, realizzare una tutela del contraente debole quanto più possibile concreta, omogenea ed equa in rapporto all'intero ordinamento giuridico nazionale, ma anche le diverse e macroscopiche carenze del sistema

giurisdizionale, così da rendere effettivo non solo l'assioma della parità negoziale incardinato nel nostro ordinamento privatistico ma anche la tutela giurisdizionale dei diritti assicurata dall'art. 24 della Costituzione e, più in generale, un principio di efficienza economica troppo spesso ignorato.

3. L'APPROCCIO DEL COMPARATISTA

La scelta di utilizzare quale strumento di ricerca in tale ambito la comparazione giuridica è stata dettata da molteplici ragioni.

Innanzitutto la comparazione giuridica consente di focalizzare, con riferimento ad uno specifico ambito di ricerca, le cosiddette "regole operazionali" che lo governano, ovvero le regole effettivamente determinanti in un sistema al di là delle norme giuridiche enunciate dallo stesso, in modo da esaminare gli aspetti positivi e negativi, i punti di eccellenza e i margini di miglioramento di tale oggetto in modo obiettivo e senza operare analisi e confronti superficiali e non veritieri.

Poi tale scelta è dipesa anche dall'atipicità stessa dell'argomento: infatti non si vuole affrontare una comparazione tra due norme giuridiche, tra due istituti in ordinamenti differenti al fine di metterne in luce analogie e differenze sul piano applicativo o dei formanti, bensì si intende analizzare un insieme di problematiche, soluzioni, istituti e norme non omogeneo, se non per il settore di appartenenza, al fine di ricostruire e delimitare una categoria giuridica a se stante. Ciò posto, una simile operazione non può limitarsi ad uno studio del singolo ordinamento giuridico interessato, del relativo diritto positivo e della giurisprudenza, ma deve essere confrontata con i risultati di una simile ricerca in almeno un secondo ordinamento giuridico per godere di una maggior pretesa di scientificità.

Cercare un riscontro in un ordinamento giuridico differente infatti a mio avviso consente di "mettere alla prova" le ipotesi formulate e di considerare i dati raccolti nello svolgimento dell'attività di ricerca secondo un diverso punto di vista, elevando la ricerca stessa ad un maggiore grado di astrattezza.

Inoltre proprio la tendenza dei differenti ordinamenti giuridici e del legislatore comunitario ad adottare nel settore bancario e finanziario provvedimenti il più possibile omogenei tra loro o che comunque favoriscano una progressiva e sempre maggiore uniformità delle soluzioni giuridiche suggerisce un approccio che non sia limitato al proprio ordinamento di appartenenza. Dovrebbero considerarsi dunque non solo le specificità di altri ordinamenti, ma anche gli interventi o le iniziative che non provengono dal legislatore nazionale bensì dal legislatore comunitario o da gruppi di studio trasversali e che siano finalizzate ad elaborare soluzioni omogenee e di portata applicativa estesa oltre i confini nazionali.

In questo caso si affronta il settore bancario e finanziario con particolare riguardo al contenzioso che scaturisce tra i suoi attori e si cerca di elevare ad autonoma categoria giuridica quella che, al momento, è solo la definizione generica e spesso polisemica del momento patologico di un dato fenomeno contrattuale, identificandone, anche tramite gli strumenti del comparatista, i caratteri essenziali e ricorrenti. Ulteriore elemento della comparazione sarà costituito dalle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie ed il loro sviluppo nel settore bancario e finanziario in Italia ed Inghilterra.

Questa comparazione non sarà, come anticipato, uno studio finalizzato ad identificare determinati formanti in più ordinamenti giuridici o a svelare quelli che Sacco ha definito “crittotipi”⁸, ovvero le regole implicite che condizionano un ordinamento ad un livello più profondo di quello dei vari formanti riscontrabili “ad occhio nudo”. Sarà invece finalizzata a confrontare i tratti salienti del medesimo oggetto di ricerca e ad esaminare sia le criticità che le soluzioni riscontrabili, scoprendo l’influenza dei diversi formanti ed eventuali omogeneità e disomogeneità.

Gli ordinamenti scelti per tale comparazione sono quello italiano e quello inglese ed il motivo è immediatamente percepibile: tali ordinamenti, se si considera la conflittualità giudiziaria, risultano essere radicalmente all’opposto, soprattutto da un punto di vista quantitativo⁹, nonostante anche l’Inghilterra, come l’Italia ed altre nazioni, abbia dovuto affrontare stress economici inattesi e di portata sistemica. Anche considerando lo sviluppo, la diffusione e l’efficienza delle *Alternative dispute resolution* (ADR) tali ordinamenti risultano essere

⁸ Considerando un testo a carattere istituzionale utilizzato nella formazione dei giuristi, si veda A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 6-7.

⁹ Come sarà opportunamente evidenziato nella seconda parte della ricerca.

diametralmente all'opposto, ancorché le forme tecniche utilizzate dai legislatori non risultino essere così differenti.

Inoltre Italia ed Inghilterra sono dei campioni ben rappresentativi delle due tradizioni giuridiche occidentali contrapposte della Civil Law e della Common Law, teorizzate da David negli anni '60 del secolo scorso¹⁰ e fondate proprio sulla diversa importanza attribuita dagli stessi ai formanti legislativo e giudiziario.

Lo scopo della presente analisi è affine a quello di un esperimento scientifico, ovvero esaminare dei dati, formulare un'ipotesi e sottoporla ad una dimostrazione logico-scientifica fondata sul confronto, al fine di certificarne la bontà.

¹⁰ R. DAVID, *Les grandes systemes de droit contemporains*, Parigi, 1964.

PARTE PRIMA:

IL CONTENZIOSO BANCA-CLIENTE IN ITALIA. LE FATTISPECIE PIU' RILEVANTI NELLA GIURISPRUDENZA

INDICE: 1. PROFILI DI ORDINE GENERALE E PROCESSUALI 2. LA PIÙ RECENTE E RILEVANTE GIURISPRUDENZA NEL CONTENZIOSO BANCARIO: IUS VARIANDI, COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO, ANATOCISMO E CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA 2.1 IL IUS VARIANDI, OVVERO IL POTERE DELL'ISTITUTO DI CREDITO DI VARIARE UNILATERALMENTE LE CONDIZIONI CONTRATTUALI 2.2 LA COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO 2.3 IL DIVIETO DI ANATOCISMO E GLI INTERVENTI PIÙ SIGNIFICATIVI DELLA GIURISPRUDENZA 2.4 FIDEIUSSIONE OMNIBUS: IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA (O "GARANTIEVERTRAG") 3. IL CONTENZIOSO NEL SETTORE FINANZIARIO: L'ASIMMETRIA INFORMATIVA COME CONNOTATO PARIMENTI FISIOLÓGICO E PATOLOGICO DELLA RELAZIONE CONTRATTUALE

1. PROFILI DI ORDINE GENERALE E PROCESSUALI

Considerando una tematica estremamente ampia e dai confini labili, un primo, fondamentale passaggio è procedere con l'esame di possibili tratti essenziali e caratterizzanti della stessa: ad esempio è a mio avviso determinante comprendere, nel momento in cui si affronta quella categoria che è stata precedentemente denominata come "contenzioso banca-cliente", se vi si intende ricondurre solo le controversie che scaturiscono da una responsabilità di tipo contrattuale delle parti, in ambito strettamente negoziale, ovvero fattispecie di responsabilità extracontrattuale. Suddividere le possibili controversie per la qualificazione giuridica attribuita dall'ordinamento e, pertanto, anche secondo l'azione effettivamente esperita dalla parte che si ritiene danneggiata, può aiutare a delimitare il terreno dell'analisi, ma rischia di escludere, in un caso o nell'altro, fattispecie *borderline* o casi particolari,

ancorché frequenti, di difficile collocazione, quali la responsabilità per violazione delle norme di trasparenza.

Il contenzioso nel settore bancario e finanziario, come è stato anticipato, ha raggiunto livelli di raffinatezza e di complessità più elevati rispetto alle controversie tipiche di altri settori del diritto e dell'economia e ha visto il legislatore sperimentare soluzioni normative con maggiore incisività e frequenza, così da creare, alla fine, un sistema di tutele e di obblighi molto articolato. Pertanto è prioritario individuare un criterio che consenta un'esposizione coerente e non caotica della categoria: per le medesime finalità in dottrina è stato proposto un triplo ordine di limiti, ovvero con riguardo ai soggetti coinvolti, ai contenuti della prestazione e ai rimedi esperibili, da modulare a seconda del tipo di analisi cui si intende procedere e della profondità che si intende raggiungere¹¹.

Una possibilità ulteriore potrebbe essere quella di abbandonare la tradizionale dicotomia tra responsabilità *ex contractu* e responsabilità *ex delicto*, o aquiliana, per esaminare di caso in caso le diverse fattispecie e valutarne l'attinenza al rapporto contrattuale principale.

È noto che nel nostro ordinamento, considerando il diritto in una prospettiva dinamica e non cristallizzata nelle diverse fonti normative, è arduo pervenire ad una precisa delimitazione della responsabilità da fatto illecito dalla responsabilità contrattuale e, ad esempio, proprio la Corte di Cassazione è intervenuta introducendo, o comunque formalizzando, fattispecie che forzano i limiti di tale dicotomia, per perseguire ragioni di giustizia sostanziale, come nel caso della responsabilità da contatto sociale, ipotizzata per la prima volta in Cass. Civ. 22 gennaio 1999, n. 589¹² e da una dottrina che ha fin da subito ottenuto consensi notevoli e trasversali¹³

¹¹ Si veda M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, cit., 118 e ss.; l'Autrice nello svolgimento della sua ricerca, introducendo le descritte limitazioni a tre differenti livelli, esclude le controversie in materia di centralizzazione dei rischi, derivanti a violazione di normative speciali e i casi di lesione di interessi legittimi.

¹² La cui massima afferma che: "*L'obbligazione del medico dipendente dal S.s.n. per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale. Conseguente che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale*"; cfr. le annotazioni in *Resp. civ. e prev.* 1999, 652 e ss., con nota di FORZIATI, *Corr. giuridico* 1999, 441 e ss., con nota di DI MAJO, *Danno e resp.* 1999, 294 e ss., nota di CARBONE, *Contratti*, (I), 1999, 999 e ss. con nota di GUERINONI.

¹³ C CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, cit., spec. 193-196.

e curiosamente applicabile anche ad alcune controversie tra banche e clienti, come sancito anche dalle Sezioni Unite¹⁴.

In ogni caso, a prescindere dall'azione esperita, dalla qualità del soggetto che si ritiene danneggiato, dalla condotta lesiva o contraria a determinate norme imperative o regolamenti messa in atto, per poter individuare i confini del contenzioso banca-cliente è utile considerare il tipo di comportamento lesivo messo in atto, catalogare i diversi possibili comportamenti e le relative conseguenze dannose al fine di costruire un "elenco" di fattispecie, seguendo un criterio che privilegi l'attinenza e l'incidenza della condotta in questione e delle relative conseguenze nei confronti del regolare e fisiologico svolgimento del rapporto negoziale tra le parti.

In quest'ottica, pertanto, si possono valutare e porre su un piano di minore interesse controversie inerenti ad esempio la segnalazione a sofferenza di un cliente presso la Centrale rischi, o controversie in materia di privacy (che, come è facilmente immaginabile ed al di là delle specificità normative, non sono molto diverse se chi ritiene di aver patito un *vulnus* nell'ambito di un trattamento di dati personali o sensibili ha come controparte una banca, un'impresa commerciale, una struttura sanitaria o la Pubblica Amministrazione), o che possano derivare dal mancato rispetto della normativa antitrust, mentre assume maggiore rilevanza il rispetto della normativa sulla cosiddetta "trasparenza bancaria" (ovvero il provvedimento di Banca d'Italia del 29 luglio 2009, come da ultimo aggiornamento), diretta ad introdurre una tutela speciale a favore del cliente nella dinamica negoziale tra le parti, come del resto il rispetto di quanto previsto dal Codice del Consumo. Controversie sull'interpretazione e sull'esecuzione dei contratti assumono invece rilevanza massima, costituendo il caso tipico di lite ascrivibile a detta categoria.

A tali aspetti si ricollegano anche questioni di ordine processuale e, impropriamente, "procedimentale", dal momento che il cliente che ritiene di aver patito un danno ad opera della banca può percorrere diverse vie.

Infatti, ad esempio, ai sensi dell'art. 145 del D.lgs 196 del 2003 (noto come "Codice Privacy") è possibile ricorrere ad un organismo ad hoc preposto per fornire una tutela in un settore specifico come il trattamento dei dati personali, ma il Garante Privacy non è certo

¹⁴ Cfr. Cass. Civ. S.U. 26 giugno 2007, n.14712, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2009, 161 e ss. con nota di MUCCIOLI.

l'unico e le Autorità di vigilanza come Banca d'Italia e Consob sono competenti a ricevere segnalazioni e reclami da parte della clientela e hanno poteri d'intervento piuttosto incisivi.

Ciò non preclude ovviamente il tradizionale ricorso alla sede giurisdizionale, che rimane, anche alla luce delle statistiche considerate precedentemente, il mezzo di tutela più frequentemente esperito, ma spinge ad una considerazione: ancorché connesse al vincolo negoziale sussistente tra le parti, talune fattispecie si caratterizzano per una specificità tale da richiedere, o comunque tale da far ritenere al legislatore necessaria l'opera di un soggetto esterno alla magistratura ordinaria, che svolga comunque una funzione di soluzione delle controversie.

Anche questo è un indizio della particolarità di alcuni tipi di controversie e della minore incisività sulla dinamica contrattuale: infatti il fondamento logico e giuridico delle "tipiche" controversie tra banche e clienti può essere identificato con la fattispecie dell'inadempimento dell'obbligazione¹⁵, a prescindere che a rendersi inadempiente sia l'istituto di credito o l'utente, il consumatore o il professionista, o che tale inadempimento si manifesti con riguardo all'esatto adempimento delle prestazioni sotto un profilo qualitativo o meramente quantitativo, per violazione di disposizioni contrattuali atte a perseguire la tutela della clientela ed imposte dall'ordinamento alla banca ovvero per la semplice interruzione delle prestazioni economiche a favore di quest'ultima.

La tutela giurisdizionale è il rimedio esperito con maggiore frequenza, in quanto tradizionalmente il più incisivo secondo la percezione delle parti in causa, e tale circostanza costituisce anche una delle ragioni della crisi del nostro sistema processuale. Recentemente sono state introdotte alcune novità da parte del legislatore per cercare di recuperare l'efficienza del sistema giurisdizionale, come la *class action* (ancorché la stessa si collochi comunque nell'alveo del ricorso alla giurisdizione ordinaria), o il ricorso a forme di *Alternative Dispute Resolution*, che si auspica possano portare ad una concreta deflazione del numero delle controversie, specialmente nel settore bancario e finanziario.

Di tali iniziative e delle più recenti novità normative tratteremo meglio nei seguenti paragrafi, dovendosi procedere prima ad un'analisi contenutistica che consideri da un punto di vista sostanziale le tipologie di controversie più recenti e "pesanti" per l'ordinamento giuridico (sia per la loro rilevanza economica e sociale che per la conseguenza sulla litigiosità nelle

15 Per un opportuno riferimento si faccia rinvio a M. GIORGIANNI, voce *Inadempimento*, in ED, XX, 1970.

relazioni tra banche e clienti), senza comunque la pretesa di esaurire l'elenco di ipotesi a cui si accennava sopra, e poi ad una disamina delle tutele processuali o alternative che l'ordinamento ha posto in essere.

Nell'ambito della tutela giurisdizionale, tra gli strumenti processuali maggiormente utilizzati possiamo menzionare la citazione in giudizio, ex art. 163 c.p.c. e ss., oppure, in molti casi, la tutela d'urgenza tramite il procedimento di ingiunzione ex art. 633 c.p.c. e ss..

Il processo ordinario di cognizione costituisce, nell'ordinamento italiano, l'archetipo su cui sono poi stati costruiti gli altri riti processuali. L'attributo "ordinario" rappresenta proprio la vocazione paradigmatica di tale tipologia di rito, dal momento che è designato quale mezzo per la tutela di tutti i tipi di diritti e per la soluzione di tutti i tipi di controversie: i riti speciali costituiscono dunque ipotesi eccezionali in un ambito a vocazione generale. Il fine del processo civile, come appena anticipato, è la tutela dei diritti ascrivibili genericamente alla specie del diritto privato, o civile, sottoponendo i profili di diritto e di fatto di una determinata controversia all'attività conoscitiva del magistrato, affinché lo stesso possa statuire sulle domande ed eccezioni proposte e sollevate dalle parti. Il mezzo deputato al perseguimento di tale fine è la pronuncia di una sentenza, un provvedimento del giudice che può essere di condanna, che ordina il "fare" o il "non fare" alla parte soccombente, di accertamento, che definisce come non contestabile una data situazione o un dato diritto, riconoscendone sussistenza e contenuti, o costitutiva, atta a costruire in sede processuale e per iniziativa del giudicante una situazione giuridica nuova. Tale provvedimento viene richiesto dall'attore nell'atto di citazione, l'atto con cui istruisce la causa chiamando il convenuto innanzi all'organo giudicante. Queste sono le parti necessarie del processo, senza le quali non è possibile l'instaurazione dello stesso.

La dinamica processuale si realizza, rimanendo ancora ad un livello "alto" di analisi, in una successione di atti processuali predeterminati dalla legge come espressione di poteri riconosciuti ai vari soggetti coinvolti nel cosiddetto "rapporto giuridico processuale". Con questa locuzione si vuole definire e soprattutto rendere autonomo dalla situazione del diritto sostanziale un rapporto complesso, pur senza riuscire a renderne il dinamismo, il suo essere intrinsecamente in progresso, disciplinato da norme differenti da quelle che regolano il merito dell'oggetto. Tale figura giuridica, introdotta dalla dottrina processualistica tedesca nel XIX secolo nel momento in cui si costruì una teoria del processo, quale conseguenza

(paradossalmente) autonoma dell'elaborazione della teoria del negozio giuridico, risulta oggi superata, proprio per la staticità della rappresentazione offerta di un fenomeno eccessivamente complesso¹⁶.

Ciò premesso, a titolo meramente descrittivo ed introduttivo ed omettendo ogni accenno alle condizioni dell'azione ed ai presupposti processuali in generale, va precisato che lo svolgimento da parte del giudice ordinario della propria attività, ovvero la giurisdizione ordinaria, è ai sensi dell'art. 1 c.p.c. un'attribuzione generale che incontra i limiti rappresentati da situazioni speciali e tassative quali la mancanza di domicilio o residenza in Italia, la partecipazione della Pubblica Amministrazione al processo e quindi la concorrenza con i giudici amministrativi e altre ragioni di specialità dell'oggetto della controversia nei limiti della giurisdizione previste dalla legge. L'esercizio della *potestas iudicandi* incontra un altro limite, o meglio, è regolata da un diverso criterio, quello della competenza: accertata la sussistenza della giurisdizione in capo al giudice (inteso in senso lato, come istituzione), è necessario accertare la competenza, ovvero la frazione di potere giurisdizionale assegnato ad un determinato giudice (come singolo ufficio) dalla legge. La competenza può ripartirsi per materia, per valore e per territorio e la magistratura civile si suddivide tra diversi tipi di giudici: il giudice di pace, magistrato onorario e non professionale, il tribunale in composizione monocratica, entrambi uffici unipersonali, il tribunale in composizione collegiale, la Corte d'Appello, la Corte di Cassazione. La Corte d'Appello è l'organo giurisdizionale deputato alla cognizione in secondo grado di giudizio, sulla sentenza impugnata dalla parte soccombente, mentre la Corte di Cassazione è giudice di legittimità, ovvero è competente a giudicare esclusivamente della legittimità dell'applicazione di una norma giuridica.

Per quanto concerne i riti speciali si precisa che la locuzione "tutela d'urgenza" è utilizzata spesso per identificare, in senso atecnico, alcuni tipi di processi, quali i riti speciali a cognizione sommaria e taluni provvedimenti interlocutori. Con riferimento alla prima categoria, se si considera il perimetro del contenzioso bancario e finanziario vengono in rilievo, in quanto tipicamente esperiti dalle parti in causa, il procedimento per convalida di

¹⁶ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2012, 28 e ss., secondo cui il significato della teoria del processo è di costruire una base concettuale necessaria ad elaborare anche concetti di utilizzo pratico e la risoluzione di problemi, quali la successione nel processo, utilizzando canoni di ragionamento uniformi.

sfratto (ex art. 657 c.p.c.¹⁷ e ss.) ed il ricorso per decreto ingiuntivo (ex art. 633 c.p.c.¹⁸ e ss.); con riferimento alla seconda categoria invece l'ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c.¹⁹, il decreto o ordinanza che autorizza il sequestro ex art. 670 c.p.c.²⁰ e, infine, il provvedimento innominato ex art. 700 c.p.c.²¹.

Se la prima categoria sopra citata racchiude quei riti definibili come sommari, o a contraddittorio differito, dal momento che mirano a tutelare interessi il cui perseguimento potrebbe risultare inficiato dalle tempistiche processuali necessarie all'instaurazione di un contraddittorio processuale tradizionale, pur senza rinunciarvi completamente, la seconda racchiude invece i provvedimenti anticipatori del giudizio, i quali, all'interno di un procedimento ordinario, si limitano ad anticipare taluni effetti dell'emananda sentenza a maggior tutela della parte che si presume vittoriosa.

Il procedimento per convalida di sfratto costituisce la richiesta da parte del locatore di un immobile di convalidare l'intimazione già trasmessa al locatario che si intende costringere al

¹⁷ “Articolo 657 Intimazione di licenza e di sfratto per finita locazione [I]. Il locatore o il concedente può intimare al conduttore, all'affittuario coltivatore diretto, al mezzadro o al colono licenza per finita locazione, prima della scadenza del contratto, con la contestuale citazione per la convalida, rispettando i termini prescritti dal contratto, dalla legge o dagli usi locali .[II]. Può altresì intimare lo sfratto, con la contestuale citazione per la convalida, dopo la scadenza del contratto, se, in virtù del contratto stesso o per effetto di atti o intimazioni precedenti, è esclusa la tacita riconduzione”.

¹⁸ “Articolo 633 Condizioni di ammissibilità. [I]. Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna: 1) se del diritto fatto valere si dà prova scritta; 2) se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo; 3) se il credito riguarda onorari, diritti o rimborsi spettanti ai notai a norma della loro legge professionale, oppure ad altri esercenti una libera professione o arte, per la quale esiste una tariffa legalmente approvata. [II]. L'ingiunzione può essere pronunciata anche se il diritto dipende da una controprestazione o da una condizione, purché il ricorrente offra elementi atti a far presumere l'adempimento della controprestazione o l'avveramento della condizione”.

¹⁹ “Articolo 665 Opposizione, provvedimenti del giudice. [I]. Se l'intimato comparisce e oppone eccezioni non fondate su prova scritta, il giudice, su istanza del locatore, se non sussistono gravi motivi in contrario, pronuncia ordinanza non impugnabile di rilascio, con riserva delle eccezioni del convenuto. [II]. L'ordinanza è immediatamente esecutiva, ma può essere subordinata alla prestazione di una cauzione per i danni e le spese”.

²⁰ “Articolo 670 Sequestro giudiziario. [I]. Il giudice può autorizzare il sequestro giudiziario: 1) di beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni, quando ne è controversa la proprietà o il possesso, ed è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea; 2) di libri, registri, documenti, modelli, campioni e di ogni altra cosa da cui si pretende desumere elementi di prova, quando è controverso il diritto alla esibizione o alla comunicazione, ed è opportuno provvedere alla loro custodia temporanea”.

²¹ “Articolo 700 Condizioni per la concessione. [I]. Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”.

rilascio dell'immobile stesso. In questo caso il giudice invita il locatario a comparire in giudizio per l'instaurazione di un rito ordinario: a fronte dell'inerzia di quest'ultimo, ovvero proprio la circostanza che tale procedimento mira a contrastare/evitare, il giudice, a seguito di una sommaria ricognizione della domanda del locatore, emanerà un'ordinanza di convalida di sfratto non impugnabile.

Il ricorso per decreto ingiuntivo può essere esperito da chi intende chiedere al giudice la condanna al pagamento di una somma di denaro già liquida o alla consegna di un bene mobile o una quantità di cose fungibili purché il credito a monte sia munito di prova scritta o rientri in determinate categorie, quali ad esempio onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali e onorari, diritti e rimborsi spettanti a notai. Il giudice opera pertanto, su ricorso del creditore, una sommaria ricognizione delle condizioni necessarie per l'esperimento dell'azione e, in assenza di contraddittorio, emana la richiesta ingiunzione di pagamento. Tale provvedimento è opponibile da parte del debitore entro 30 o 40 giorni tramite atto di citazione e, all'esperimento di quello che è pacificamente considerato un gravame, si instaura una fase in cui è possibile bilanciare, tramite il carattere della cognizione piena del giudice e del contraddittorio (instaurato, per l'appunto, tramite l'atto tipico ex art. 163 c.p.c.), la tutela delle ragioni del debitore e del creditore a fronte di un credito che rispetta determinati requisiti previsti dalla legge.

L'ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c. costituisce un ulteriore rimedio affine all'ordinanza di convalida di sfratto: qualora il locatario si sia opposto alla convalida e si sia instaurato regolare processo, tale ordinanza non potrà più essere emessa. Pertanto il giudice, qualora il locatario non abbia fondato le proprie eccezioni su prove scritte e al sussistere di gravi motivi può rivolgergli ordinanza di rilascio, un provvedimento interlocutorio che non definisce il giudizio, ma anticipa taluni effetti della sentenza definitiva.

Per concludere questa breve rassegna di diritto processuale va menzionato il provvedimento ex art. 700 c.p.c., noto semplicemente come "settecento" o come provvedimento innominato. Esso costituisce infatti un rimedio generico atto a soddisfare tutte le esigenze di tutela che il legislatore del codice di rito non avesse contemplato e per consentire alle parti una certa flessibilità in presenza di ragioni indifferibili di urgenza. Va da sé che tale tutela risulta essere sempre più utilizzata non solo per tutelare in modo adeguato situazioni giuridiche nuove (basti pensare al cosiddetto "diritto del cyberspazio"), ma anche per fare fronte alla crescente

lentezza dei procedimenti ordinari di cognizione, andando ad assumere carattere anticipatorio più che meramente interlocutorio, rispetto alla sentenza che definisce la lite²².

2. LA PIÙ RECENTE E RILEVANTE GIURISPRUDENZA NEL CONTENZIOSO BANCARIO: IUS VARIANDI, COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO, ANATOCISMO E CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

In Italia il rapporto tra clienti ed istituti di credito è caratterizzato, dal punto di vista delle fonti normative, da una sorta di carenza strutturale originaria: all'interno del Codice Civile del 1942, come attualmente in vigore, manca una disciplina generale dei contratti bancari.

Alcune parti del codice sono deputate infatti a disciplinare taluni aspetti specifici dei contratti bancari più noti e diffusi, come il conto corrente ed il mutuo, ma manca un impianto normativo di fondo che garantisca una copertura di tutti gli aspetti rilevanti e che consenta al legislatore (ed agli altri attori delle dinamiche giuridico-economiche) di effettuare costantemente un bilanciamento degli interessi coinvolti che sia coerente nell'ispirazione teorica e nell'applicazione concreta.

Tale carenza non è certo dovuta ad una cattiva volontà del legislatore nazionale, o a scelte di politica legislativa particolarmente favorevoli nei confronti delle banche, bensì ad alcune circostanze storiche: all'entrata in vigore del Codice Civile non si riteneva strettamente necessario avere una disciplina organica dei contratti bancari, e nemmeno un impianto di

²² A mero titolo di esempio è sufficiente considerare una recente applicazione della tutela innominata in una controversia relativa a prodotti finanziari derivati, cfr. Trib. Bari sez. IV del 15 luglio 2010, in *Il civilista* 2011, 3, 13 e ss., nota di DI FIORE, la cui massima fornisce un paradigma lineare di ricognizione dei requisiti per applicazione ed evidenzia la necessità di una tutela immediata ed anticipatoria rispetto alla sentenza: *“Va accolto il ricorso ex art. 700, c.p.c., volto a conseguire un provvedimento a carattere anticipatorio rispetto al “petitum” di merito, di inibitoria dell'esecuzione di addebiti per effetto di contratti di swap sui conti correnti intrattenuti con la banca e della segnalazione alla Centrale rischi della banca d'Italia, laddove sussista il “fumus” - ravvisabile nella nullità dei predetti contratti per mancanza di causa, ed alla conseguente azione di ripetizione - ed il “periculum in mora”, ravvisabile nell'irreparabilità del pregiudizio denunciato, avente ad oggetto il soddisfacimento di un preteso credito della controparte, le cui conseguenze non appaiono riparabili patrimonialmente, tenuto conto che vi sarebbe uno scarto non colmabile fra danno subito e danno risarcibile, avuto riguardo agli effetti negativi di uno sconfinamento e della perdita del merito creditizio per la stessa esistenza di un'attività imprenditoriale esercitata dalla ricorrente, già in situazione di difficoltà secondo quanto emerge dall'ultimo bilancio sociale approvato”*.

tutele e di garanzie in tale ambito, stante da un lato la natura pubblica degli istituti di credito e dall'altro il fatto che i soggetti in grado di usufruire di servizi bancari erano pochi ed in possesso di adeguate conoscenze e mezzi economici tali da non mettere in luce un marcato squilibrio tra le due parti del contratto.

Un'ulteriore conseguenza della situazione normativa sopra delineata, unitamente alla derogabilità di molte delle disposizioni codicistiche sul punto, è stata la diffusione di fonti normative di natura privatistica come, ad esempio, la ben nota figura delle "Norme bancarie uniformi", ovvero le condizioni generali di contratto onnicomprensive e complete elaborate dall'Associazione Bancaria Italiana²³, le quali hanno rappresentato la disciplina di fatto vigente dei rapporti tra banche e clienti tramite un'equiparazione sostanziale tra le stesse e gli usi di tipo normativo o negoziale.

È possibile, e forse anche semplicistico, ricondurre alle carenze normative sopra menzionate e al ricorso ad una fonte giuridica di tipo privato, elaborata dall'associazione di categoria rappresentativa solo di una delle due parti del contratto, la nascita ed il consolidamento a livello di prassi di una serie di comportamenti improntati ad uno squilibrio e, spesso, ad un abuso di poteri nei confronti della parte contrattualmente più debole nella relazione.

Indubbiamente aver ricondotto la categoria dei contratti bancari più diffusi alle fattispecie di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., ovvero i contratti conclusi mediante condizioni generali, moduli o formulari, più in generale tramite una forma di negoziazione ridotta e limitata all'accettazione di condizioni predefinite è un chiaro esempio di come sia la stessa estrinsecazione giuridica dell'*agere* delle banche e degli intermediari finanziari condizionato a monte dall'abituale esercizio di una posizione di forza sia commerciale che contrattuale.

La diffusione di tali prassi, unite ad una maggiore attenzione del legislatore ai conflitti tra banche e clienti, alla privatizzazione del settore del credito ed al progressivo aumento dello squilibrio economico, informativo e tecnico tra i soggetti coinvolti, hanno portato, dagli anni

²³ Si veda al proposito PISANI MASSANEUR, voce *Norme bancarie Uniformi*, in *NNDI Appendice*, V, Torino, 234. Tali condizioni sono state stilate e pubblicate dall'ABI nel 1952, nell'esercizio della propria attività tipica di associazione di categoria e, gradualmente, hanno prima ottenuto una pressoché totale condivisione da parte degli istituti di credito e successivamente sono state elevate a norme integrative del sistema in relazione alle lacune a cui già si è fatto breve cenno. Più recentemente hanno subito diversi attacchi da parte di tutti i formanti dell'ordinamento giuridico, in primis dalle Autorità di Vigilanza, a causa dei possibili effettivi discorsivi della concorrenza (e si ricordano in questa sede i provvedimenti AGCM, 8 agosto 1994, AGCM, 28 ottobre 2004, n. 13697, banca d'Italia, 12 novembre 2004, n. B411, banca d'Italia, 2 maggio 2005, n. B423 e AGCM, 14 settembre 2006, n. 15908 su cui si avrà modo di tornare) e poi dalla giurisprudenza: a tale proposito, va ricordato che è stata la Corte di Cassazione, con la sentenza 07 ottobre 2004, n. 21095 in tema di anatocismo, che si avrà modo di approfondire nei successivi paragrafi, a destituirle di ogni fondamento e validità.

'80 ad oggi, ad una serie di interventi che, per chiarezza espositiva, si riepilogano nell'immediato prosieguo e che verranno considerati nei successivi paragrafi dedicati alla trattazione delle più recenti fattispecie di conflitto²⁴.

Premesso che la dottrina ha sempre mostrato in ambito bancario un'attenzione alla tutela della parte debole del rapporto ed alla necessità di riequilibrare le dinamiche contrattuali, la giurisprudenza ha da un lato fatto proprie tali istanze solamente nel corso degli anni '90, a seguito di un drastico mutamento di prospettive da parte del legislatore, dall'altro, al momento risulta essere chiaramente determinata ad intervenire tramite decisioni il più possibile eque e tutelanti per le parti deboli.

La legge delega 30 luglio 1990, n. 218, la cosiddetta "legge Amato", seguita dal D.Lgs 20 novembre 1990, n. 356 ha espunto dall'ordinamento ogni residuo della presenza pubblica nell'attività creditizia, ma solo con la legge 17 febbraio 1992, n. 154 sulla trasparenza delle operazioni bancarie il legislatore è intervenuto al fine di limitare, o, comunque, regolamentare il potere contrattuale degli istituti di credito. A tale normativa ha fatto seguito il D.Lgs 01 settembre 1993, n. 385, meglio noto come Testo Unico bancario, un riferimento "codicistico" per i rapporti bancari, ovvero una fonte che potesse non solo disciplinare un intero settore del diritto, ma che dettasse al tempo stesso principi generali e norme specifiche, di dettaglio. All'emanazione del TUB ha fatto seguito il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, meglio noto come Testo Unico sulla Finanza, o TUF²⁵, e, più in generale, un'intensa attività di recepimento delle direttive europee in ambito bancario e finanziario tra cui si ricorda, per la sua capitale importanza, la Direttiva 2004/39CE, cosiddetta "Mifid", oppure il D.Lgs 06 settembre 2005, n. 206, meglio noto come Codice del Consumo, oltre all'emanazione, da parte delle competenti Autorità di vigilanza, di fonti normative regolamentari di secondo grado, come le Istruzioni di banca d'Italia o i Regolamenti Consob.

Ad oggi vanno ricordati non solo i vari interventi di adeguamento e correzione sui testi unici appena menzionati ed i costanti aggiornamenti della disciplina emanata dai *Regulators*, ma anche la Legge 28 dicembre 2005, n. 262 che interessa non solo gli istituti di credito da un punto di vista organizzativo, contabile e societario, ma anche le Autorità di vigilanza stesse.

²⁴ Per una panoramica esauriente sul punto cfr. V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela. Asimmetria e condotte abusive*, Padova, 2008, 287 e ss..

²⁵ Senza menzionare espressamente altri interventi del legislatore in ambito finanziario quali la L. 02 gennaio 1991, n. 1, cosiddetta "legge SIM" o il D.Lgs 25 luglio 1996, n. 415, cosiddetto "decreto Eurosim".

È possibile comunque anticipare già in questa sede che tali interventi hanno inciso sensibilmente sull'autonomia contrattuale delle banche, invadendo letteralmente alcuni ambiti - come la definizione del contenuto economico del contratto, la determinazione delle strategie comunicative dell'impresa e più in generale la libertà di conformazione dell'offerta - usualmente rimessi alla libertà ed all'iniziativa delle parti, con una normativa di primo e secondo livello tanto dettagliata nei contenuti quanto disorganica ed alluvionale nel suo insieme²⁶.

2.1 IL *IUS VARIANDI*, OVVERO IL POTERE DELL'ISTITUTO DI CREDITO DI VARIARE UNILATERALMENTE LE CONDIZIONI CONTRATTUALI

Come primo esempio concreto di fattispecie di contenzioso banca-cliente è interessante considerare il caso dell'esercizio da parte dell'istituto bancario del *ius variandi*, ovvero il potere di variare, durante il rapporto, talune condizioni contrattuali dello stesso. Prima di considerare gli interventi della giurisprudenza sul punto si dovrebbero ricercare le origini di una facoltà che, ad una prima considerazione, appare quantomeno eccezionale e bisognosa di giustificazioni ben precise²⁷.

Il fondamento del *ius variandi* è da rinvenire in un impianto contrattuale che, come abbiamo anticipato, da un punto di vista meramente civilistico poggiava sugli artt. 1341 e 1342 c.c. e nelle Norme bancarie Uniformi, più precisamente nell'art. 15, secondo il quale “*L'azienda di credito si riserva la facoltà di modificare in qualsiasi momento le norme e le condizioni tutte che regolano i rapporti di conto corrente. Le comunicazioni relative saranno validamente fatte dall'azienda di credito mediante lettera semplice all'ultimo indirizzo comunicato dal*

²⁶ Per un maggiore approfondimento e per le osservazioni sopra riportate e, in generale, su come la concorrenza nel settore bancario viene influenzata, positivamente e negativamente, dalle diverse tipologie di intervento del legislatore, si veda A. MIRONE, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *banca borsa tit. cred.*, 2009, 03, 264 e ss., ma anche S. MEZZACAPO, *Promozione e tutela della concorrenza bancaria dopo la « legge sul risparmio » (n. 262 del 2005)*, in *banca borsa tit. cred.*, 2007, 01, 48 e ss. e M. LIBERTINI, *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 806 e ss..

²⁷ V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 288 e ss..

correntista oppure mediante avviso esposto nei locali dell'azienda o pubblicato nella stampa locale ed entreranno in vigore con la decorrenza indicata in tale comunicazione o avviso".

La formulazione di tale disposizione è chiaramente molto favorevole alle Banche e mette anche in luce come l'interesse meritevole di tutela, in ambito contrattuale, non sia affatto la tutela del cliente: storicamente gli istituti di credito non hanno di fatto mai stipulato contratti di durata (indifferentemente a tempo determinato o indeterminato) negoziati con la propria clientela, ma hanno offerto un determinato prodotto o servizio regolato da condizioni contrattuali generali normalmente non derogabili tramite un accordo delle parti o tramite modifiche per così dire "personalizzate".

Il fondamento di un tale privilegio è stato pertanto identificato nella tutela perseguita dal legislatore della stabilità del sistema creditizio, principio contenuto anche nella Costituzione italiana all'art. 47, ed alla conseguente necessità di adattare la propria operatività all'interno dei contratti di durata in essere al naturale movimento dei mercati finanziari²⁸.

Per variazioni contrattuali si può pertanto intendere qualsiasi modifica delle condizioni applicate al rapporto, a prescindere che siano favorevoli o sfavorevoli al cliente, e quindi le variazioni non solo inerenti condizioni economiche quali, ad esempio, il tasso di interesse, ma anche singole clausole contrattuali precedentemente sottoscritte dalle parti.

La prima legge in tema di trasparenza bancaria, L. 154/1992, non ha evidenziato un mutamento di prospettiva, garantendo comunque il diritto dell'istituto di credito a modificare le condizioni contrattuali e subordinandolo all'obbligo di utilizzare modalità predeterminate di comunicazione al cliente delle variazioni stesse e garantendo al medesimo un diritto di recesso dal contratto entro 15 giorni dalla notifica della variazione stessa. È chiaro come da un lato il legislatore abbia cercato di modificare il *ius variandi* e di limitarlo, di assoggettarlo ad un qualche meccanismo di riequilibrio che potesse rafforzare la parte debole del contratto, ma che comunque non abbia modificato affatto il cuore della fattispecie, dal momento che, come è facilmente immaginabile, un diritto potestativo di variare un contratto in essere non può essere riequilibrato adeguatamente da una regolamentazione delle modalità di comunicazione delle variazioni e da un diritto di recesso non gratuito ed in tempi brevissimi, tali da non consentire in molti casi il rientro da un'esposizione debitoria ancorché non elevata.

²⁸ Sul punto si veda specificatamente G. LA ROCCA, *Il potere di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e profili civilistici*, in *banca Impresa e soc.*, 1997, 62 ma anche P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. Comm. I*, 1992, 18 e ss..

In un simile contesto è facilmente immaginabile come anche la giurisprudenza, nonostante molti autori²⁹ si fossero fatti latori di istanze diametralmente opposte, si sia allineata ad una tendenza che rappresentava la convergenza tra lo scarno dettato normativo e le prassi negoziali consolidate.

Ne è un esempio una sentenza della Corte di legittimità del 1996³⁰, nella cui motivazione si affermava che *“I tassi che le aziende di credito praticano di solito sono fissati con criteri obiettivi non influenzabili dal singolo istituto bancario. Il correntista, pertanto, al momento della stipulazione del contratto, è in grado di sapere, secondo l'ordinaria diligenza, che gli interessi sono suscettivi di variazione nel tempo ed è in grado di verificare, nel corso del rapporto, l'andamento degli stessi, adeguando di conseguenza il proprio comportamento. Nella specie [...] il contratto di conto corrente conteneva una clausola - specificamente approvata per iscritto - che prevedeva la possibilità di modificare le condizioni praticate anche con semplici avvisi nei locali dell'istituto nè gli stessi ricorrenti assumono che tali avvisi non siano stati dati durante il pluriennale rapporto intercorso con la banca. Non vertendosi in ipotesi di uso normativo, la mancanza di una totale uniformità o precisa corrispondenza tra i tassi di interesse praticati dalle varie banche sulla piazza di Rimini non è di per sè idonea ad incidere sulla validità della clausola contrattuale di determinazione degli interessi ai sensi dell'art. 1284 u.c.c.c.”.*

Successivamente il giudice, esaminando un differente motivo di ricorso dedotto dalle parti, si sofferma sull'approvazione tacita delle modifiche sopravvenute da parte del correntista, specificando che *“La c.d. approvazione tacita del conto non è stata valutata dalla stessa sentenza nel senso che potesse supplire alla mancanza dell'avvenuta osservanza dei requisiti formali richiesti dalla legge "ad substantiam", bensì in funzione della corretta applicazione, da parte della banca, dei tassi vigenti nei periodi cui si riferivano gli estratti-conto non contestati. E l'argomentazione deve essere condivisa perché, una volta accertata l'esistenza di patto scritto circa la corresponsione degli interessi bancari, l'approvazione ripetuta di estratti conto può valere, per la sua natura confessoria, a far ritenere che il concreto ammontare*

²⁹ A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge 154 del 1992*, in *banca borsa tit. cred.*, 1992, 376 e ss.

³⁰ Cfr. Cass. Civ. 18 maggio 1996, n. 4605 in *Contratti* (I), 1997, 37 e ss., con nota di FONDRIESCHI. Tale pronuncia riguarda una controversia relativa ad un rapporto di conto corrente e, più precisamente, l'asserita illegittimità del calcolo degli interessi e delle valute.

degli interessi computati dalla banca sia avvenuto in conformità del criterio dettato in via preventiva con la clausola”.

È evidente come il giudicante, nell’argomentare la propria decisione favorevole all’istituto di credito, al di là dei non trascurabili riferimenti a quello che appare come un filone giurisprudenziale consolidato, consideri aprioristicamente meritevole di tutela l’interesse dello stesso al semplice rispetto delle poche prescrizioni normative applicabili, senza considerare non tanto la posizione del cliente, quanto l’effettiva e concreta equità della decisione e degli argomenti addotti a supporto.

Successivamente l’entrata in vigore del Testo Unico bancario ha assoggettato lo *ius variandi* a regole più precise e dettagliate, contenute nel noto art. 118 TUB, secondo il quale “*1. Se nei contratti di durata è convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni, le variazioni sfavorevoli sono comunicate al cliente nei modi e nei termini stabiliti dal CICR. 2. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci. 3. Entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione scritta, ovvero dall’effettuazione di altre forme di comunicazione attuate ai sensi del comma 1, il cliente ha diritto di recedere dal contratto senza penalità e di ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l’applicazione delle condizioni precedentemente praticate”.*

Indubbiamente è piuttosto semplice quali siano le limitazioni al potere di variare discrezionalmente le condizioni del rapporto, mentre è più interessante e meno evidente identificare l’elemento realmente rivoluzionario introdotto dal legislatore a tutela del cliente: probabilmente tale elemento è rappresentato dalla sanzione dell’inefficacia della *variatio* imposta dalla banca in violazione all’art. 118 TUB, dal momento che nessuna regola giuridica può essere tale in assenza di una sanzione ben precisa che sia conseguente ad una condotta non conforme.

In ogni caso la summenzionata delibera del CICR, emanata solamente in data 04 marzo 2003³¹, imponeva alle banche di comunicare individualmente al cliente la specifica variazione intervenuta, dandone chiara evidenza, mentre consentiva per le variazioni generalizzate,

³¹ Prima dell’emanazione della delibera rimanevano applicabili sul punto le Istruzioni di Vigilanza di Banca d’Italia del 20 maggio 1996, le quali, seppur nel rispetto dell’art. 118 TUB, finivano con il ridurne la portata protettiva, consentendo alle banche di utilizzare come mezzo di comunicazione la semplice menzione in Gazzetta Ufficiale, e quindi una strategia comunicativa tecnicamente definibile “impersonale” che rendeva nuovamente il potere di *ius variandi* un elemento di squilibrio a favore del contraente forte.

ovvero quelle variazioni di tipo economico quali, ad esempio, i tassi di interesse, dipendenti da fattori esterni come decisioni di politica monetaria ed introdotte massivamente nei confronti di tutta la clientela, la comunicazione cosiddetta “impersonale” tramite pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

L’art. 118 TUB nella versione originaria sopra riportata portò un ulteriore ordine di problemi, in particolare nel momento in cui la L. 06 febbraio 1996, n. 52 introdusse una disciplina generale in tema di clausole vessatorie, contenuta, fino all’entrata in vigore del Codice del Consumo, negli artt. 1469^{bis} e ss. c.c.. Tale disciplina, con riguardo al credito al consumo, introduceva nell’ordinamento un punto di incertezza, in riferimento ad una questione delicata e regolamentata nel dettaglio solo da pochi anni: infatti se da un lato il TUB riconduceva lo *ius variandi* nel novero di ipotesi eccezionali, ancorché ammesse senza particolari limiti, le norme codicistiche prevedevano per la categoria della prestazione dei servizi finanziari l’ammissibilità di clausole che introducessero lo *ius variandi*, al rispetto di requisiti apparentemente stringenti ma, nella prassi, potenzialmente insufficienti a garantire un’effettiva tutela, quali, ad esempio, il ricorrere di un “*giustificato motivo*” ed il diritto di recesso del consumatore previa specifica informativa fornita “*entro un congruo termine*”³².

Ulteriori incertezze non poterono che essere acuite a seguito dell’entrata in vigore del Codice del Consumo, D.Lgs 06 settembre 2005, n. 206 che recepisce la direttiva 2005/29/CE, al di là delle controversie dottrinali sul fatto che il Codice del Consumo dovesse o meno aver abrogato implicitamente l’art. 118 TUB³³.

In questo contesto si inserisce quella che forse, in tema di contenzioso tra banche e clienti consumatori, è la pronuncia giurisprudenziale più importante, che con il tempo è andata a

³² V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 294 e ss., U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *banca borsa tit. cred.*, 2008, 02, 163 e ss.. Cfr. anche, per un interessante confronto con il settore dei contratti finanziari, di cui ci si occuperà nel prosieguo del presente lavoro, M. COSTANZA, *La novella sulle clausole abusive a confronto con il regime dei contratti finanziari*, in *banca borsa tit. cred.*, 2000, 03, 361 e ss. e più in generale G. ROMAGNOLI, *La protezione dei consumatori fra novella e disciplina speciale*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 391.

³³ Sul punto si vedano, *ex multis*, NIVARRA, *Ius variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in *Diritto privato. Condizioni generali e clausole vessatorie*, II, Padova, 1996, 325, il quale riteneva da abrogare l’art. 118 TUB già dall’entrata in vigore della L. 52/1996, e, *contra*, BUSSOLETTI, *La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica delle clausole vessatorie*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2005, I 13 e ss..

costituire un *leading case* non solo per le corti nazionali, ma anche per il legislatore, ovvero una sentenza della Corte d'Appello di Roma dell'anno 2002³⁴.

Per riepilogare sinteticamente la questione in fatto, ci si limita ad evidenziare che in primo grado le associazioni di consumatori Cittadinanza-attiva (già Movimento Federativo Democratico) e il Comitato Consumatori Altroconsumo avevano fatto ricorso al Tribunale di Roma contro due istituti bancari di rilievo nazionale e contro l'A.B.I. al fine di far accertare e dichiarare la vessatorietà di molte delle clausole utilizzate nelle condizioni generali di contratto utilizzate dalle banche e diffuse dalla relativa associazione di categoria.

La sentenza di prime cure, favorevole alle associazioni dei consumatori, aveva accolto, seppur parzialmente, le domande attoree ed era stata impugnata dalle parti soccombenti innanzi alla Corte d'Appello competente. Al di là delle questioni di rito, la Corte affronta una vasta serie di problematiche quali ad esempio l'anatocismo, il diritto di compensazione e la responsabilità del correntista (alcune di queste problematiche saranno esaminate nei successivi paragrafi e questa sentenza tornerà nuovamente in rilievo) e, infine, la modifica delle condizioni contrattuali da parte delle banche.

A tale proposito il giudice afferma, con riferimento all'art. 118 TUB e, nello specifico, alle condizioni che legittimerebbero l'esercizio del *ius variandi*, che: *“Ciò che la norma vuole prevenire è la modifica meramente potestativa, "ad libitum" della banca. Senza dubbio il richiamo alle modifiche di legge è ragione sufficiente ed idonea per legittimare la variazione. Ma non così le esigenze organizzative, che sono formula vaga e sostanzialmente rimessa all'unilaterale determinazione della banca. Si aggiunga che in materia contrattuale è eccezionale la rilevanza delle condizioni personali del contraente nello svolgimento del rapporto. L'obiezione che il giustificato motivo è elemento non meno vago delle "esigenze organizzative" ancora una volta si risolve in una petizione di principio. È chiaro che nel giudizio individuale il giudice avrà sempre la facoltà di accertare la legittimità dello "ius variandi" in relazione alla fattispecie concreta. Ma l'argomento prova troppo se porta ad escludere, in radice, la possibilità stessa di una disamina preventiva in sede di azione*

³⁴ Cfr. Corte App. Roma, sez. II, 24 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 332 e ss. con nota di PALMIERI-PLAIA, in *Giur. it.*, 2003, 904 e ss. con nota di DE RENTIIS, in *Contratti (I)*, 2003, 113 e ss. con nota di DE MARCO, in *Giur. comm.*, 2003, II, 475 e ss. con nota di BERTOLO. Proprio quest'ultima rivista ha estratto la seguente massima dalla sentenza in commento: *“È ammissibile l'alterazione della disciplina legale dispositiva - in favore della parte predisponente le condizioni generali di contratto - soltanto quando non sia frutto di imposizione unilaterale, dovuta a preponderante forza contrattuale, e sia invece specificamente negoziata o compensata con vantaggi corrispettivi”*.

inibitoria. La tipicità assoluta delle esigenze organizzative, inserite, senza alcuna esemplificazione, come parametro giustificativo, rende presuntivamente legittime, e di fatto assai difficilmente sindacabili, le variazioni unilateralmente deliberate. Si introduce così un elemento di discrezionalità unilaterale nella gestione del rapporto che indubbiamente comporta un significativo squilibrio sinallagmatico, in danno del consumatore, che nulla del genere potrà mai opporre in proprio favore”.

Con riferimento al diritto di modificare le condizioni economiche del contratto, viene affermato che *“È vero che l'art. 118 del T.U. in materia bancaria e creditizia lo prevede senza limiti diversi dalla pattuizione preventiva. Tuttavia la previsione va integrata con la "successiva" disciplina in tema di clausole vessatorie, ancora una volta ammissiva del diritto di variare le condizioni economiche in presenza di un giustificato motivo, che dalla clausola in questione è del tutto espunto”.*

Da un punto di vista meramente logico si può premettere che la Corte d'Appello abbia ricondotto la fattispecie in questione al *genus* della cosiddetta “contrattazione standardizzata”³⁵ ed abbia cercato di fornire, in quest’ambito, una regolamentazione in via di principio alla facoltà del contraente “forte” di variare le clausole contrattuali applicate ad un dato rapporto pur essendo le stesse già state “imposte” dal contraente forte sotto forma di condizioni generali o formulari e non tramite specifica negoziazione.

In ogni caso la presa di posizione della giurisprudenza è netta ed avvalorata l’applicazione dell’istituto del giustificato motivo, occupandosi altresì di fornire, più che un elenco di elementi che integrino tale requisito, alcune esemplificazioni di cosa sicuramente non può essere considerato un giustificato motivo.

Inoltre questa pronuncia costituisce una sorta di paradigma su cui fondare ogni decisione relativa alla contraddizione operativa ed applicativa tra le norme del TUB e le prescrizioni in materia di clausole vessatorie, come si evince, ad esempio, da alcune pronunce di merito: il

³⁵ A tale proposito si veda principalmente N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, I, 347 e ss., G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 e ss. ed il lavoro monografico di M. MAGGIOLIO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996. La citata categoria della contrattazione standardizzata è da tempo ben nota alla dottrina civilistica europea, specialmente francese, di cui una parte ne ipotizza l’estraneità dalla categoria del contratto, cfr. ad esempio R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Parigi, 1901, 229 ss., G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, I, Parigi, 1930, 421 e ss.. *Contra* invece cfr. la dottrina più recente, in cui spicca indubbiamente A. RIEG, *Contrat type e contrat d'adésion*, in *Etudes de droit contemporain. Contribution françaises au VIIIème Congrès International de droit comparé* - Pescara 1970, Parigi, 1970, 111 e ss..

Tribunale di Bolzano³⁶ ha infatti in seguito affermato che “è abusiva la clausola contenuta nelle condizioni generali disciplinanti i contratti di conto corrente ove prevede l'obbligo del cliente di corrispondere una somma a titolo di "commissioni richiesta estinzione conto" anche nell'ipotesi in cui il diritto di recesso sia stato esercitato dal cliente a seguito della comunicazione, da parte dell'istituto di credito, della unilaterale modificazione dei tassi, prezzi e altre condizioni, ai sensi dell'art. 118 d.lg. 1 settembre 1993 n. 385, senza che la somma richiesta risulti corrispondere a spese effettivamente sostenute da parte della banca e adeguatamente documentate; di conseguenza, alla stessa banca è inibito l'uso di detta clausola”.

Anche l'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato si era occupata dell'esercizio da parte degli istituti di credito dello *ius variandi*, dal momento che è chiaro come tale facoltà, ancorché legittima e giustificata a certe condizioni, poteva operare sia in pregiudizio alla clientela, costituendo un limite alla mobilità interna al mercato del credito, sia in pregiudizio a nuovi operatori che avessero inteso operare in un settore di mercato dovendo acquisire nuova clientela su cui gli altri concorrenti avrebbero potuto esercitare trasversalmente un notevole potere di variazione delle condizioni d'offerta.

Pertanto, con provvedimento 26 maggio 2006, n. AS338³⁷, emanato nell'ambito dell'Indagine conoscitiva riguardante i prezzi alla clientela dei servizi bancari (IC/32), l'Autorità ha stigmatizzato l'uso del potere di questione da parte delle banche ed ha indicato al legislatore l'urgenza di una riforma dello stesso, indicando quali linee guida la necessità di un giustificato motivo, il superamento delle condizioni impersonali alla clientela e il prolungamento del periodo minimo per l'esercizio del diritto di recesso da parte del cliente che ha subito la variazione. Da notare come le indicazioni dell'AGCM non riguardino esclusivamente il diritto dei consumatori, e quindi un settore specifico in cui, stante l'entrata in vigore del Codice del Consumo e una giurisprudenza favorevole, già esistevano dei validi meccanismi di tutela, ma l'intero mercato del credito.

Il legislatore, nel recepire le indicazioni dell'Autorità, ha riformato l'art. 118 TUB emanando il D.L. 04 luglio 2006, n. 223, convertito e ampiamente modificato con la L. 4 agosto 2006, n. 248, la quale, nel riformulare il predetto articolo nei seguenti termini - “1. Nei contratti di

³⁶ Trib. Bolzano 11 aprile 2005, n. 420, in *Il merito*, 2007, 5, 14.

³⁷ In *Bollettino AGCM*, n. 19, 2006.

durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo nel rispetto di quanto previsto dall'art. 1341, secondo comma, del codice civile. 2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro i sessanta giorni. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate. 3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. 4. Le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente" - tiene conto sia delle più recenti e pressanti istanze da parte delle autorità di settore, sia della giurisprudenza appena sopra menzionata sia della dottrina³⁸.

Per meglio comprendere gli equilibri in gioco tra i diversi formanti dell'ordinamento, è sufficiente notare come l'AGCM, utilizzando i nuovi poteri attribuitigli dalla legge 248/2006 (art. 14bis, "Misure cautelari") abbia sospeso la Circolare ABI del 6 agosto 2006 emanata a beneficio degli istituti di credito associati, circolare che rischiava di fornire un'interpretazione della predetta legge lesiva della concorrenza.

Con riferimento all'art. 118 TUB, il legislatore conferma la titolarità in capo alla banca di un diritto potestativo che può essere esercitato unilateralmente, ovvero lo *ius variandi*, ma ne vincola l'efficacia al rispetto di alcune formalità, come la comunicazione preventiva e individuale al cliente 30 giorni prima della variazione, con possibilità di esercitare senza spese il diritto di recesso entro 60 giorni dalla comunicazione e la sussistenza di un giustificato motivo. L'introduzione di tale istituto è da motivarsi con la volontà di assoggettare tutti i

³⁸ Cfr. P. SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *banca borsa tit. cred.*, 2007, 03, 262 e ss., U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, cit., 163 e ss. e V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 300 e ss..

clienti/utenti di Banche e intermediari finanziari alla stessa tutela che il Codice del Consumo aveva garantito al consumatore in via di principio³⁹.

Una simile scelta presta il fianco ad alcune critiche, dal momento che, pur garantendo l'effettiva conoscenza da parte del cliente delle scelte della sua controparte contrattuale in merito alle condizioni del contratto stesso, rafforzando così la trasparenza tra le parti e l'effettività del diritto di recesso, esercitabile con piena cognizione di causa, determina l'introduzione di una forma di tutela che non prevede alcuna distinzione tra le diverse tipologie di clientela (differenze che in altri casi risultano essere molto rilevanti, basti pensare alla classificazione della clientela introdotta dalla MIFID ed alle conseguenti differenziazioni sostanziali in corso di rapporto) e che non appare dunque finalizzata a riequilibrare le dinamiche all'interno del rapporto contrattuale, ma esclusivamente a proteggere aprioristicamente una delle parti, senza operare alcun bilanciamento di interessi. Inoltre il ricorso alla clausola generale del giustificato motivo in un articolo diretto a disciplinare tutti i contratti assoggettati al TUB impedisce anche di differenziare lo *ius variandi* a seconda delle diverse tipologie di contratti bancari e di credito ed anche, sempre con riferimento a profili oggettivi, al tipo di condizioni che si intenderebbe variare⁴⁰.

Pur riconoscendo gli evidenti pregi dell'introduzione di una tutela incisiva delle parti deboli del rapporto contrattuale, si può evidenziare come una simile riforma non sia comunque stata ispirata dalla finalità di ridurre il volume del contenzioso bancario o comunque a porre un freno alla litigiosità tra le parti, e proprio il ricorso ad una clausola come il giustificato motivo, come noto di origine giurisprudenziale e destinata specificatamente ad essere "riempita" di significato dal giudice, fa intendere che il legislatore non aveva ritenuto di incentivare lo spostamento della conflittualità tra banche e clienti dalla sede giudiziaria ad altre sedi non contenziose.

Residuano due aspetti potenzialmente problematici, la cui definizione è stata lasciata all'interpretazione dell'operatore di diritto e delle parti: in primo luogo le "*variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria*" di cui all'ultimo comma dell'art.

³⁹ Trattasi infatti dell'art. 33 del summenzionato codice, che apre il Titolo I "*Dei contratti del consumatore in generale*" ed è rubricato come "*Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*".

⁴⁰ In questo senso cfr. G. SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 257 e ss. e A. MIRONE, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, cit., 264 e ss. ed in particolar modo il § 9.

118 TUB, ovvero, secondo gli interpreti, le variazioni di tasso conseguenti a decisioni di politica monetaria che siano proposte dalla banca al cliente in un contesto contrattuale ove sia prevista tale facoltà in capo alla banca tramite l'approvazione della già rappresentata clausola vessatoria, e se la specifica decisione di politica monetaria rappresenti un giustificato motivo per la variazione. Per "decisioni di politica monetaria" si intendono invece tutte quelle assunte dalla B.C.E. nell'ambito del suo obiettivo di mantenimento della stabilità dei prezzi⁴¹.

In secondo luogo l'istituto del giustificato motivo è stato considerato estremamente innovativo dalla dottrina⁴², dal momento che normalmente il diritto potestativo della banca o non era ammesso o era ammesso in via generalizzata, senza condizioni di legittimità. Unica eccezione in tale senso era rappresentata dall'art. 33 comma 3 del codice del consumo, come ulteriore protezione del consumatore, secondo cui non solo è necessario il ricorrere di un giustificato motivo a legittimazione delle variazioni unilaterali, ma i possibili eventi che integrano casi di *ius variandi* devono essere elencati all'interno del contratto stesso, affinché tale clausola non possa risolversi nell'esercizio da parte del contraente forte di una discrezionalità qualificabile come "abusiva" ai sensi delle tutele previste dal codice stesso.

Al di fuori dai rapporti disciplinati dal codice al consumo si può ritenere che non sia necessaria l'elencazione tassativa dei casi di giustificato motivo nel testo contrattuale stesso, pur rimanendo la banca o l'intermediario finanziario obbligata a fornire prova del fatto che la condizione legittimante la variazione sia effettivamente "giustificante".

Come vedremo nell'immediato prosieguo, per i contratti di durata diversi dai contratti a tempo indeterminato la formulazione dell'art. 118 TUB attualmente in vigore ammette che "*possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse*" ma solamente, quale condizione di legittimità, "*al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto*". Non è noto

⁴¹ Sul punto si veda U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, cit., 163 e ss.. Inoltre la modifica dei tassi deve essere effettuata in egual misura assoluta mediante variazione degli stessi punti percentuali e non quindi in misura relativa, cioè nella stessa proporzione rispetto ai tassi in precedenza applicati.

⁴² V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 316 e ss.. *Contra* cfr. M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il jus variandi*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 1994, 468, secondo cui fin dalla prima formulazione dell'art. 118 TUB si sarebbe dovuto prevedere in via interpretativa la sussistenza del giustificato motivo. Concorda con quest'ultimo Cass. Civ. 21 maggio 2008, n. 13051, cui sarà fatto cenno nel prosieguo dell'analisi, ma non tutta la giurisprudenza di merito considerata. Per una sintesi delle opzioni a disposizione del giudice nell'esercitare il proprio sindacato e per taluni riferimenti a tentativi ante 2006 di limitare il *ius variandi* delle banche cfr. T. CAPURRO, *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, nota a Trib. Pescara 23 marzo 2006, in *banca borsa tit. cred.*, 2008, 2, 223 e ss..

attualmente se l'inserimento di tale previsione possa avere ricadute interpretative sulle modalità di redazione dei testi contrattuali tra banche e clienti non consumatori, come, del resto, non si può non evidenziare che i rapporti tra il dettato dell'art. 118 TUB, dell'art. 1341 c.c. e quanto prescritto dal codice al consumo siano di difficile comprensione e sussista un concreto rischio di commettere errori, anche in buona fede, sia per i contraenti deboli che i contraenti forti.

Al fine di definire un contenuto minimo della nozione di giustificato motivo all'interno dei rapporti bancari, si può affermare che vi siano ricomprese quelle esigenze economiche oggettive del professionista, spesso non dipendenti dalla sua volontà e comunque sopravvenute alla conclusione del contratto. La valutazione deve essere fatta caso per caso, ma l'istituto di credito è comunque tenuto ad esplicitare il giustificato motivo in sede di comunicazione individuale al cliente⁴³.

Proprio in questo senso la già esaminata pronuncia della Corte d'Appello di Roma del 2002 aveva fornito molte indicazioni sul punto (con riferimento a rapporti intercorsi con soggetti "consumatori"), ad esempio escludendo che ragioni organizzative interne alla banca potessero legittimare una qualsivoglia variazione delle condizioni contrattuali.

Una nota del Ministero dello Sviluppo Economico del 21 febbraio 2007 aveva in ogni caso precisato che la nozione di giustificato motivo avrebbe dovuto ricomprendere quegli eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario, a prescindere dal fatto che gli stessi possano incidere sulla sfera giuridica del cliente o dell'istituto di credito.

Una sentenza della Cassazione Civile⁴⁴, chiamata ad esprimersi sulla vessatorietà delle clausole che consentono, nell'ambito dei contratti con i consumatori, di modificare le condizioni economiche del rapporto unilateralmente anche in assenza di giustificato motivo (il riferimento è chiaramente alla normativa in vigore prima del 2005), ha sancito comunque che "*l'art. 118 del d.lg. n. 385 del 1993 ha una portata applicativa non limitata ai contratti con i consumatori*". È vero che il giudice di legittimità risulta così essersi espresso in senso

⁴³ Così G. SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006, cit.*, 257 e ss., in particolar modo il § 5 in cui si affrontano alcune questioni esegetiche, prima tra tutte il giustificato motivo. In ordine alla comunicazione alla clientela l'Autore afferma che è decisiva a fini interpretativi la considerazione che la disciplina in questione è rivolta ad incrementare la trasparenza dei rapporti con la clientela: sarebbe pertanto contraddittoria ogni interpretazione che avallasse l'insussistenza dell'obbligo di comunicare al cliente le ragioni sottostanti l'esercizio del *ius variandi*.

⁴⁴ Cass. Civ. 21 maggio 2008, n. 13051, in *Giust. civ.* 2009, 3, 701 e ss. con nota di COSTANZA.

contrario a quanto sopra ricordato in ordine alla necessità della sussistenza di un giustificato motivo anche prima della sua introduzione formale del 2006, ma non si può trascurare che tale pronuncia risale al 2008, quando l'istituto in questione era già stato introdotto nell'art. 118 TUB e la pronuncia della Corte d'Appello di Roma aveva avuto modo di spiegare i suoi effetti di *leading case* da molti anni.

Sempre con riferimento al giustificato motivo una più recente pronuncia di merito⁴ rappresenta un'ottima applicazione delle norme sopra commentate, avendo dichiarato che *“l'art. 118 D.Lgs. 395/1993, nella sua formulazione letterale anteriore alle modifiche del 2006 va interpretato conformemente alla direttiva comunitaria, ritenendo che nei contratti tra una banca ed un consumatore lo ius variandi è legittimamente previsto solo se collegato ad un motivo espressamente indicato in contratto”*.

Di segno nettamente opposto alla precedente pronuncia una sentenza del Tribunale di Palermo⁴⁶, che ha dovuto esprimersi in merito alla necessità di un giustificato motivo per l'esercizio del *ius variandi* ed in merito ai caratteri dell'informativa che spetterebbe al cliente non consumatore, arrivando a statuire che *“Posto che il conto corrente è stato usato per soddisfare esigenze professionali e personali, senza alcuna prova della marginalità dell'uso professionale, il contratto non può essere assoggettato, relativamente all'esercizio dello "ius variandi", alla disciplina riservata al consumatore che subordina l'esercizio della "variatio" unilaterale alla ricorrenza di una giustificazione oggettiva ed all'obbligo di comunicazione individualizzata”*.

A questo punto va evidenziato, per completezza, come due provvedimenti normativi, e più precisamente il D.Lgs 13 agosto 2010, n. 141 ed il D.L. 13 maggio 2011, n. 70, siano intervenuti a breve distanza l'uno dall'altro sul testo dell'art. 118 TUB, in direzioni e perseguendo finalità radicalmente opposte.

Il primo, ovvero il decreto legislativo che ha recepito la Direttiva Comunitaria n. 48 del 2008 e ha attuato una più generale riforma dell'intero Testo Unico, ha modificato i termini per la comunicazione delle modifiche ed eventuale esercizio del diritto di recesso da parte del

⁴⁵ Trib. Bagheria, 31 dicembre 2009, in *Corriere Giur.*, 2011, 3, 402 e ss. con nota di COLANGELO.

⁴⁶ Trib. Palermo, 26 marzo 2010, n. 42, in *Giur. merito* 2010, 9, 2010, con nota di GORGONI, in cui si evidenzia come il giudicante faccia riferimento al criterio della buona fede contrattuale tra le parti dopo aver rilevato la non applicabilità della disciplina consumeristica che, ancorché la vicenda risulti anteriore al 2005, si sarebbe potuta utilizzare quale riferimento richiamando il disposto della direttiva 93/13/CEE non ancora recepita.

cliente (ora il preavviso è di due mesi ma il recesso va esercitato entro la data prevista per l'applicazione delle nuove condizioni) ed ha escluso la possibilità, con riguardo esclusivamente ai contratti di durata diversi dai contratti a tempo indeterminato, di esercitare il *ius variandi* con riguardo alle condizioni relative ai tassi d'interesse applicati.

Il secondo invece ha reintrodotto tale facoltà, correggendo però la formulazione testuale originaria: se infatti, fino al D.L. 223/2006 come convertito, tutti i contratti di durata potevano patire modifiche unilaterali relativamente sia alle condizioni normative che economiche del rapporto, i due citati interventi hanno prima ristretto l'ambito oggettivo dello *ius variandi*, differenziando contratti a tempo determinato ed indeterminato, poi lo hanno riportato all'estensione originaria, salvo mantenere in essere tale esclusione da un punto di vista meramente soggettivo, per i clienti consumatori e micro-imprese⁴⁷.

È facilmente immaginabile come continui interventi su di uno dei pilastri della regolamentazione del rapporto tra banche e clienti, ovvero la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del rapporto costituiscano di fatto un incentivo alla litigiosità tra le parti e forse in misura maggiore e maggiormente destabilizzante, anche un motivo di scarsa chiarezza del dettato normativo sul punto, sia per buona parte della clientela, che non è in possesso di conoscenze tecniche adeguate per percepire correttamente il significato operativo di tali interventi, che per le banche e gli intermediari stessi, che possono vedere vanificati gli sforzi per adeguarsi tempestivamente alla normativa vigente da un legiferare a dir poco alluvionale e privo di una direttrice chiara e costante nel tempo.

⁴⁷ Di seguito la versione attualmente vigente dell'art. 118 TUB: “1. Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo. 2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate. 2-bis. Se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto. 3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. 4. Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente”.

2.2 LA COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO

Per introdurre questa seconda fattispecie di contenzioso banca-cliente, è necessario procedere con una breve e succinta esposizione di cosa sia la commissione di massimo scoperto, lasciando la rappresentazione della sua storia più recente al commento di alcuni principi giurisprudenziali e del susseguirsi di provvedimenti normativi di carattere decisamente rivoluzionario.

Forse la migliore e più precisa, ancorché non esaustiva, definizione può essere rinvenuta nelle Istruzioni di Vigilanza di banca d'Italia antecedenti gli aggiornamenti del 2009, la cui Sezione I, par. C/5 affermava che *“tale commissione nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto. Tale compenso — che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni — viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento”*.

È interessante rilevare che non vi è alcuna legge a definire la commissione di massimo scoperto, e che tale onere definitorio non è stato svolto nemmeno dalle NUB, le quali, all'art. 7 comma 3, si limitavano a citare la c.m.s. sottolineando che, come altre voci di costo, era regolata dai *“criteri concordati con il correntista o usualmente praticati dalle banche sulla piazza con le valute indicate nei documenti contabili o comunque negli estratti conto”*.

Tale clausola, o voce di spesa, troverebbe la sua causa nell'esigenza di riconoscere all'istituto di credito una remunerazione per l'obbligo di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma. Va comunque sottolineato che tale costo è sempre stato considerato aggiuntivo rispetto agli interessi pagati dal cliente sulla somma effettivamente affidata, dovendosi pertanto intendere non come semplice remunerazione per l'affidamento ulteriore concesso dall'istituto di credito (ad esempio uno sconfino), bensì come un onere a carico del

cliente a fronte del semplice impegno della banca di mantenere una data riserva di denaro⁴⁸. Secondo un punto di vista più concreto e pragmatico, la c.m.s. consisterebbe più in generale nel “prezzo complessivo che il cliente della banca deve sostenere per sottoscrivere un contratto di apertura di credito”⁴⁹.

Nella prassi le banche hanno utilizzato due diverse tipologie di commissioni di massimo scoperto (in senso lato): una prima, ovvero la commissione di massimo scoperto in senso stretto, che consiste in una percentuale sull'ammontare massimo dell'utilizzo nel periodo di riferimento (solitamente trimestrale), in genere quando tale ammontare massimo permane per più giorni, volta, secondo quanto evidenziato da banca d'Italia, a remunerare la cosiddetta elasticità di cassa; una seconda, ovvero la commissione di mancato utilizzo, c.m.u., che consiste in una percentuale calcolata sull'accordato al netto dell'utilizzato, volta a remunerare la banca per l'impegno a fornire la disponibilità del credito non utilizzato dalla clientela (essendo infatti quest'ultimo remunerato con il pagamento degli interessi). Tali oneri sono stati riuniti nella categoria dei cosiddetti o.d.f., o oneri di messa a disposizione fondi, o uniti impropriamente ed in senso atecnico sotto la voce della più nota commissione di massimo scoperto⁵⁰.

Secondo autorevolissima dottrina⁵¹ l'attenzione verso la c.m.s. ed il contenzioso relativo alla stessa di cui nel prosieguo daremo una breve rappresentazione si inserisce in un più ampio e conflittuale processo per un rinnovamento delle condizioni economiche delle operazioni

⁴⁸ Cfr. P. SERRAO D'AQUINO, *Questioni attuali in materia di anatocismo bancario, commissione di massimo scoperto ed usura*, in *Giur. merito* 2011, 05, 1172 e ss.. La giurisprudenza di legittimità ha azzardato una definizione di commissione di massimo scoperto solo nella sentenza Cass. Civ. del 18 gennaio 2006, n. 870, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1, 50, che ha optato per attribuire alla c.m.s. stessa una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma, in virtù dell'esclusione della c.m.s. dal calcolo del TEG da parte della banca d'Italia (circ. 1 ottobre 1996; in tal senso anche Cass., sez. III, 6 agosto 2002, n. 11772). banca d'Italia, come poi accenneremo, ha specificato che tale commissione serve a remunerare l'onere per la banca di dover sempre essere in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto e compensare la stessa del fatto che “i picchi di utilizzo, soprattutto di breve durata [...] rendono poco in termini di interesse”, così BANCA D'ITALIA, *Nota del 2 dicembre 2005, Commissioni di massimo scoperto*, a cura della Vigilanza creditizia e finanziaria, Servizio concorrenza e affari generali, come poi meglio illustrata in M. DE POLI, *Costo del denaro, commissione di massimo scoperto e usura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 357 e ss. e M. CIAN, *Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2-bis l. 2/2009 e della l. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura*, in *banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 182 e ss..

⁴⁹ Si veda B. INZITARI-P. DAGNA, *Commissioni e spese nei contratti bancari*, Padova, 2010, 7.

⁵⁰ A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *banca borsa tit. cred.*, 2010, 05, 557 e ss..

⁵¹ A. DOLMETTA, *Alcuni temi recenti sulla «commissione di massimo scoperto»*, in *banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 166 e ss..

bancarie sia da un punto di vista quantitativo/qualitativo che causale. Le problematiche connesse a tale commissione sembrerebbero seguire altre due fattispecie abbastanza recenti, quali la clausola “interessi uso piazza” e le clausole anatocistiche⁵².

Se nel risolvere, o quantomeno nel porre in luce un intervento di intento risolutorio, le due problematiche appena citate degli “interessi uso piazza” e delle clausole anatocistiche la giurisprudenza ha svolto un imprescindibile ruolo di fattore propulsivo, interpretando il massiccio contenzioso contro la cosiddetta classe delle banche e le istanze della contrapposta classe dei clienti al fine di trovare nel conflitto stesso la sua soluzione, la vicenda della c.m.s. presenta un itinerario un po’ disallineato rispetto alle fattispecie che l’hanno preceduta. L’intervento della giurisprudenza è stato affiancato e rafforzato dalla dottrina e solo ad esito di siffatte manifestazioni è intervenuto il legislatore, in via di ratifica oppure di negazione del cambiamento determinato dal diritto vivente.

Nel caso della c.m.s. non è che sia mancata un’azione della giurisprudenza⁵³; la stessa è infatti rimasta più defilata nella dialettica globale tra formanti, a differenza della dottrina e del coinvolgimento delle parti sociali e del legislatore stesso, che ha cercato di occupare un ruolo di assoluto rilievo in fase di apertura più che nella fase conclusiva della problematica.

In ogni caso possiamo annoverare la commissione di massimo scoperto tra le tematiche inerenti al contenzioso tra banche e clienti in considerazione non solo di quanto appena esposto, ma anche degli interventi del legislatore in materia, interventi che, come vedremo, non sembrerebbero aver contribuito ad una risoluzione della questione (che tutto sommato appariva più come uno dei motivi di deterioramento della fiducia nel rapporto banca-cliente che come una fonte di contenziosi su vasta scala) bensì ad un inasprimento di talune controversie, soprattutto se connesse a tematiche quali l’usura in sede sia civile che penale.

⁵² Ed è pertanto superfluo ricordare che la c.m.s. rappresenta anch’essa uno dei passaggi necessari di siffatto processo: se al momento il contenzioso legato all’anatocismo si è fermato sui dubbi di illegittimità dell’art. 120, comma 2°, TUB, di cui si tratterà in un successivo paragrafo, taluni, tra cui cfr. G. MUCCIARONE, “Data valuta”: direttiva 2007/64/CE e ordinamento italiano, in AA.VV., *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva*, Milano, 2010, intravedono nell’applicazione della disciplina sui servizi di pagamento, meglio nota come PSD, l’immediato futuro e la prossima tappa della non sempre indolore evoluzione dei rapporti tra Banche e clienti.

⁵³ Con riferimento ad una pronuncia di merito, cfr. Trib. Tortona, 19 maggio 2008, in www.ilcaso.it, che mostra di aderire alla tesi della nullità della commissione per mancanza di causa, che esamineremo nell’immediato prosieguo e la cui massima dichiara che “La commissione di massimo scoperto applicata sull’entità massima dell’importo utilizzato si risolve di fatto in un onere aggiuntivo a quanto dovuto dal cliente a titolo di interessi passivi, onere che, in mancanza di specifica pattuizione scritta che ne contenga l’esatta determinazione, è nullo ex artt. 1284, comma 2, e 1418, comma 2, cod. civ.”.

Con riferimento alla commissione di massimo scoperto nelle sue diverse manifestazioni sono state assunte, dalla giurisprudenza e dalla dottrina, tesi contrapposte relative alla sua validità o nullità. Infatti il legislatore è intervenuto per la prima volta in tema di c.m.s., o più precisamente, di oneri di messa a disposizione fondi, solamente con il D.L. 29 novembre 2008, n. 185, noto come “decreto anticrisi”, su cui ci si soffermerà più dettagliatamente nel prosieguo⁵⁴, ma, come si è avuto modo di ricordare, gli oneri genericamente ascrivibili alla categoria della commissione di massimo scoperto non avevano trovato alcuna regolamentazione “formale” né in atti normativi dello Stato o delle associazioni di categoria, né in specifici interventi da parte delle autorità garanti.

La giurisprudenza di merito ha affrontato la questione e ha fornito risposte non univoche: una parte infatti si è pronunciata sostenendo la nullità della c.m.s. per mancanza di causa, un'altra parte sostenendo la nullità per indeterminatezza dell'oggetto o per mancata osservanza della forma scritta ed un'altra parte ancora affermandone la validità.

A favore della nullità della commissione in esame per carenza del requisito della causa, principalmente perché costituirebbe un ulteriore ed unilaterale addebito di interessi rispetto a quanto pattuito in sede di accensione del rapporto, si possono rinvenire Trib. Milano 4 luglio 2002⁵⁵, la cui massima afferma che *“la commissione di massimo scoperto, enunciata quale corrispettivo per il mantenimento dell'apertura di credito e indipendentemente dall'utilizzazione dell'apertura di credito stessa, è nulla per mancanza di causa, atteso che si sostanzia in un ulteriore e non pattuito addebito di interessi corrispettivi rispetto a quelli convenzionalmente pattuiti per l'utilizzazione dell'apertura di credito”* e Trib. Monza, 12

⁵⁴ Già nel 2007 il legislatore aveva elaborato un disegno di legge da inserire nel cosiddetto “pacchetto Bersani” che avrebbe previsto un intervento drastico in tema di c.m.s., ma tale intenzione è rimasta inattuata fino al successivo e summenzionato D.L.185/2008: si veda sul punto A. DOLMETTA, *Alcuni temi recenti sulla «commissione di massimo scoperto»*, cit., 166 e ss..

⁵⁵ Commentata in *banca borsa tit. cred.*, 2003, II, 452 e ss. con nota di INZITARI. Tale commento mette in luce come la mancanza di causa dipenda direttamente dall'indeterminatezza del calcolo della commissione stessa e dall'assoluta genericità della sua denominazione formale, dall'applicazione poco trasparente e spesso incomprensibile fatta dalle banche e pertanto dall'effettiva inconsapevolezza del cliente, che non ha modo di reperire all'interno del contratto alcuna informazione che gli consenta di considerare l'esatta misura dell'onere e i casi in cui gli può essere addebitato. Altre sentenze invece hanno introdotto un distinguo, come Trib. Mantova 21 aprile 2007, in www.ilcaso.it, secondo cui *“non sussistendo, entro il limite del fido, per definizione, uno “scoperto” e potendo riconoscersi validità alle clausole contrattuali che prevedano “commissioni di massimo scoperto”, solo se costituenti corrispettivo per l'utilizzo, da parte del cliente, di importi superiori al credito a sua disposizione, deve concludersi per l'illegittimità della clausola contrattuale che ponga a carico del cliente il pagamento di una somma, a tale titolo, da calcolarsi anche su importi entro il limite del fido, in quanto priva di causa”* e quindi non tutte le forme di c.m.s. sarebbero affette da nullità per assenza di causa, bensì solo in determinati casi.

dicembre 2005⁵⁶, la cui massima afferma che *“l'assenza della determinazione contrattuale o di univoci criteri di determinazione dell'importo della commissione di massimo scoperto, intesa come remunerazione dovuta alla banca quale corrispettivo del maggior rischio che l'istituto di credito si accolla nel momento in cui presta denaro al cliente, va ritenuta nulla per mancanza di causa con diritto del correntista alla ripetizione di quanto indebitamente versato”*.

Simili posizioni hanno comunque ricevuto il conforto di autorevolissima dottrina⁵⁷, per quanto, più in generale, va evidenziato come la letteratura giuridica sul punto abbia spesso trattato tale tematica in relazione all'anatocismo o alle problematiche legate al calcolo del tasso soglia a fini usura; forse proprio la mancanza di una vera e propria autonomia concettuale della tematica ne ha limitato l'influenza a livello giurisprudenziale.

A favore della nullità per indeterminatezza dell'oggetto o per violazione delle prescrizioni in tema di forma, si rinvencono Trib. Lecce, 11 febbraio 2005, la cui massima afferma che *“la clausola del contratto di conto corrente bancario nella quale si fa solo generico riferimento a "commissioni" da portare in conto "nella misura stabilita", è nulla per indeterminatezza dell'oggetto, e non giustifica l'applicazione delle commissioni per massimo scoperto”*, Trib. Genova, 18 ottobre 2006⁵⁸, la cui massima afferma che *“la commissione di massimo scoperto non è dovuta se non espressamente e legittimamente pattuita e comunque nei limiti di quanto stabilito dal contratto: se il contratto bancario non indica il criterio di calcolo della commissione, ma solo la sua periodicità, la commissione non è validamente pattuita”* e la già riportata Trib. Tortona, 19 maggio 2008⁵⁹.

⁵⁶ Commentata in *banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 204 e ss. con nota di DAGNA, che, sulla falsariga di quanto già evidenziato nella nota precedente, si sofferma sullo snaturamento della commissione originaria, al punto da costituire uno strumento delle banche utilizzato al fine di addebitare ulteriori interessi in assenza di alcuna trasparenza verso il cliente e al di fuori dal calcolo del tasso effettivo, fornendo a sostegno delle proprie tesi alcune statistiche relative alla misura della commissione nell'anno 2005.

⁵⁷ Si veda, *infra*, nota 64 e, per un ulteriore approfondimento, oltre ai lavori già citati nel presente capitolo, cfr. i meno recenti P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo (a proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, in *Giur. comm.*, 2006, 671 e ss., M. TATARANO, *La commissione di massimo scoperto. Profili giusprivatistici*, Napoli, 2007, e C. SCRIBANO, *La commissione di massimo scoperto tra libertà contrattuale e duplicazione dell'interesse*, in *Banche, Consumatori e tutela del risparmio*, Milano, 2009, 483 e ss..

⁵⁸ Riportata in *Foro padano*, 2007, 3-4, I, 493 e ss. con nota di GHIGLIOTTI.

⁵⁹ Cfr. la precedente nota 53.

In questo particolare filone giurisprudenziale possiamo riportare anche una pronuncia di legittimità del 2005⁶⁰ che ha confermato che la c.m.s. non può in alcun modo trovare fondamento nel rinvio ad usi, alle previsioni delle NUB o delle Istruzioni di Vigilanza di banca d'Italia, precisando che *“la genericità del richiamo non consentirebbe di determinare esattamente l'oggetto della relativa obbligazione, con gli effetti conseguenti in ordine alla sua validità”*.

A favore della validità della commissione di massimo scoperto si rinvencono talune sentenze di merito, come, ad esempio, Trib. Salerno, sez. I, 1 giugno 2009, in cui si afferma che *“la commissione di massimo scoperto, in ragione della sua natura e della sua funzione, non può, a differenza dell'anatocismo, in alcun modo essere considerata una componente del tasso di interesse o una modalità del calcolo dello stesso. E questo sebbene dal punto di vista operativo la prassi bancaria attua una impropria simbiosi tra le due prestazioni a carico del cliente, giacché la c.m.s. come sistema di calcolo viene parametrata al primo, procedendo poi ad una capitalizzazione della somma a tale titolo dovuta su base trimestrale a chiusura del conto debitore esattamente negli stessi termini di quella adottata per gli interessi”* e che pertanto solo apparentemente la c.m.s. potrebbe confondersi con il calcolo degli interessi da cui invece mantiene natura e funzione separata.

La Cassazione, poi, in una pronuncia del 2006⁶¹, ha affermato che *“relativamente alla richiesta di riconoscimento della commissione di massimo scoperto (costituente la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma), correttamente la Corte d'Appello l'ha accolta in ragione del periodo per il quale è risultata pattuita”*.

È interessante come sia ancora una sentenza di merito, Trib. Mantova 02 febbraio 2009⁶², a provare a svolgere un passaggio ulteriore, recependo le indicazioni della corte di legittimità

⁶⁰ Cass. Civ. 14 maggio 2005, n. 10127, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 7/8/9, II, 163e ss. con nota di COLOMBO.

⁶¹ Cass. Civ. del 18 gennaio 2006, n. 870, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1, 50.

⁶² Scaricabile dal sito www.ilcaso.it, la cui massima si esprime nei seguenti termini: *“La commissione di massimo scoperto non costituisce una componente degli interessi od una modalità di calcolo degli stessi, essa è, infatti, destinata ad operare su un piano diverso ed a remunerare una diversa prestazione della banca consistente nell'integrale ed immediata messa a disposizione dei fondi di cui all'apertura di credito a semplice richiesta del cliente. Tale commissione deve però essere determinata o almeno determinabile al momento in cui il contratto è stato concluso, per cui in mancanza dell'accordo che consenta tale determinazione, la clausola relativa alla commissione in parola deve considerarsi nulla, con la conseguenza che nulla sarà dovuto alla banca per tale titolo.”*

sull'impossibilità di sanzionare aprioristicamente con la nullità la c.m.s. e dettando alcuni limiti e/o requisiti da rispettare ai fini di poter validamente applicare tale istituto.

Si è quindi ritenuto, secondo alcuni autori⁶³, che la Corte avrebbe ammesso la validità della commissione di massimo scoperto, anche se gli interventi del legislatore, di cui si tratterà nel prosieguo, si collocano in una direzione nettamente ed esplicitamente opposta.

Anche alcune considerazioni di fatto portano a ritenere che l'istituto della c.m.s. sia stato nella migliore delle ipotesi utilizzato impropriamente, al fine di aumentare la remunerazione degli istituti di credito, dal momento che gli importi della c.m.s. hanno evidenziato una rapida crescita al decrescere dei tassi di interesse e che i margini di utile delle banche direttamente derivanti dalla c.m.s. sono percentualmente incrementati di molto: infatti è stato osservato che circa il 10% dei margini operativi lordi delle banche deriverebbe proprio dall'applicazione degli oneri di messa a disposizione fondi, e che la c.m.s. media era cresciuta in pochi anni dallo 0,125% allo 0,66%, con un conseguente aumento del rapporto fra ricavi derivanti dalle commissioni di massimo scoperto e ricavi dovuti ai tassi d'interesse, nel medesimo periodo, da un rapporto di 1/10 ad un rapporto di 1/33⁶⁴.

Nel confermarne invece la nullità per assenza di causa alcuni autori⁶⁵ hanno focalizzato la loro attenzione su diversi aspetti, quali il meccanismo di calcolo della c.m.s., incoerente e contraddittorio rispetto alla funzione di remunerazione dell'impegno all'elasticità di cassa, dato che lo specifico utilizzo a "picco" può anche essere di molto inferiore alla media degli utilizzi di tutti i clienti della banca e quindi non costituendo alcun caso di straordinarietà, oltre al fatto che utilizzi straordinari dovrebbero essere già ricompresi nel rischio che la banca si

⁶³ V. LENOCI, *La nuova disciplina della commissione di massimo scoperto e la remunerazione per la messa a disposizione di fondi*, in *banca Borsa tit. cred.*, 2009, 1505 e ss. e A. GRIECO, *Il contenzioso bancario*, scaricabile da <http://togati.formazionemagistratinapoli.it>, 31.

⁶⁴ Come evidenziano i dati di carattere statistico riportati e commentati da R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le CMS smantellate dalla Magistratura vengono ripristinate dalla legge n. 2/2009*, in *Il Caso.it*, II, 155/2009 e A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, cit., 557 e ss. e in particolare il par. 6.

⁶⁵ Cfr. le posizioni di A. MIRONE, *ibidem*, il quale fa notare che tali esigenze potrebbero essere soddisfatte intervenendo sulle aliquote dei tassi d'interesse, favorendo un utilizzo costante del fido e penalizzando invece utilizzi anomali, sia verso il basso che verso l'alto, applicando tassi più elevati per scaglioni di utilizzo più bassi e più alti, ma anche B. INZITARI, *Diversa funzione della chiusura del conto ordinario e di quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*, nota a Trib. Milano 4 luglio 2002, cit., 563 ss., M. DE POLI, *Costo del denaro, commissione di massimo scoperto e usura*, cit., 353 e ss. (in particolare la nota 96) e M. CIAN, *Il costo del credito bancario...*, cit., 187.

assume per l'esercizio della sua attività, non potendo quindi considerarsi fattispecie straordinarie nemmeno da un punto di vista teorico.

Come anticipato, il legislatore è intervenuto sul tema con il D.L. 29 novembre 2008, n. 185, noto come "decreto anticrisi", come poi integrato e modificato in sede di conversione dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2. Tale provvedimento si articola in tre tipologie di intervento, riferite rispettivamente a limitazioni operative degli oneri di messa a disposizione fondi, limitazioni più generali, a seconda della tipologia di contratto in essere ed infine ai rapporti con la disciplina dell'usura e del calcolo del tasso effettivo globale medio (TEGM).

Nel primo caso, infatti, l'art. 2 del citato decreto stabilisce la nullità di tutte le c.m.s. applicate qualora il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni, senza però disciplinare il caso in cui i picchi di utilizzo siano di breve durata, ancorché di importo molto significativo; nel secondo caso sempre l'art. 2 stabilisce la nullità per tutte le forme di c.m.s. applicate ai conti in assenza di un fido, recependo così le istanze provenienti da alcuni interventi dell'A.G.C.M.⁶⁶ relativi all'utilizzo di oneri di messa a disposizione fondi per remunerare il semplice scoperto di conto in assenza di qualsivoglia tipo di affidamento, condotta che era stata ritenuta una pratica commerciale scorretta; nel terzo caso invece l'art. 2bis, comma 2, stabilisce che le ogni tipo di onere di messa a disposizione fondi (c.m.s. quindi, ma anche c.m.u.), definite come *"le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente"* sono *"comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 1088"*.

Tale disposizione, non retroattiva, determina pertanto una modifica nel sistema di calcolo del TEGM da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che viene arricchito di una voce di "onere del rapporto" la cui omissione aveva effetti distorsivi del valore del tasso effettivo palesi ed unanimemente riconosciuti. Per quanto riguarda i contratti in corso, la variazione del calcolo e ogni modifica dipendente dal cosiddetto "decreto anticrisi" costituisce una modifica per giustificato motivo ai sensi dell'art. 118 TUB.

⁶⁶ AGCM, provvedimento n. 13952 del 23 dicembre 2008, *banca MPS - Commissioni di massimo scoperto*, in *Boll.* 49/2008.

Ci si limita a ricordare, prima di focalizzare l'attenzione sui rapporti tra c.m.s. ed usura e su alcune considerazioni conclusive relative sia all'intervento del legislatore che allo stato attuale del contenzioso sul punto, che l'art. 2bis comma 1 introduce una nuova figura di commissione, detta commissione di affidamento, o c.a., commisurata esclusivamente all'ammontare dell'affidato, indipendentemente dall'utilizzato. In tal senso dunque viene stabilita la nullità delle clausole *“comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitorio per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura omnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente, e sia specificamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento”*.

Infine, in un momento successivo, con il D.L. 1 luglio 2009, n. 78, convertito in L. 3 agosto 2009, n. 102, è stata introdotta una disposizione che con riferimento appunto alla c.a., stabilisce che *“[l]’ammontare del corrispettivo omnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5 per cento, per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione”*, introducendo così una sorta di calmiera prefissato⁶⁷.

Prima di sottoporre le nuove disposizioni in tema di c.m.s. ad una breve analisi è utile porre in evidenza il rapporto tra gli oneri di messa a disposizione fondi ed il calcolo del TEGM a fini usura. Infatti se il summenzionato art. 2bis comma 2 della L. 2/2009 prescrive l'inclusione di ogni forma di o.d.f. nel calcolo del TEGM, si può affermare che la situazione, prima dell'entrata in vigore di tale disposizione, non fosse affatto pacifica.

⁶⁷ Sul punto cfr. M. CIAN, *Il costo del credito bancario...*, cit., 182 e ss. in particolare il par. 4, anche per un riepilogo delle ambiguità interpretative derivanti dalla difficile concordanza tra la disciplina e la ratio del primo decreto, della legge di conversione e dell'ultimo intervento sopra citato, in particolare con riguardo alle conseguenze giuridiche della violazione dei limiti e del mancato rispetto dei requisiti dettati dalle norme. È di solare evidenza che siffatta problematica non apporta alcun vantaggio in termini di deflazione del contenzioso banca-cliente, anzi, costituisce semmai un incentivo alla litigiosità tra le parti con la speranza/miraggio per le parti di trovare l'interpretazione o il cavillo più favorevole alla tutela del proprio interesse.

Infatti la disciplina delineata dal legislatore in tema di usura, contenuta nella L. 7 marzo 1996, n. 108, si caratterizza per la caratterizzazione della fattispecie sia da un punto di vista penalistico che civilistico in chiave oggettiva, ovvero assumendo come fatto rilevante il mero superamento di un tasso-soglia determinato con cadenza trimestrale dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, secondo una procedura descritta dalla legge stessa.

Senza soffermarci in questa sede sulle problematiche connesse al tasso-soglia ed al calcolo del medesimo, tale provvedimento ha modificato il comma 4 dell'art. 644 c.p., prescrivendo che ai fini della determinazione del tasso di interesse usurario si debba tenere conto delle commissioni remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito. Ogni determinazione di livello applicativo e regolamentare sul calcolo di tale soglia era stato lasciato dalla legge alle Istruzioni di Vigilanza della banca d'Italia, le quali, come già è stato evidenziato, stabilivano espressamente che la commissione di massimo scoperto non dovesse rientrare nel calcolo del TEGM⁶⁸.

È chiaro come tale disposizione abbia non solo determinato il calcolo di un tasso-soglia a fini usura che non teneva conto di tutti gli oneri effettivamente applicabili alla clientela, ma anche consentito alle banche di servirsi della c.m.s. come di un costo aggiuntivo privo di alcuna regolamentazione e soprattutto il cui impatto economico non era affatto visibile in sede di vigilanza sull'usura. Siffatta esclusione non solo ha destato le perplessità degli utenti dei servizi offerti dagli istituti di credito ma ha condotto, in molti casi, ad un contenzioso sia sul piano civile che penale, stante la qualificazione dell'usura come reato ex art. 644 c.p..

Proprio la Cassazione penale, in due recenti sentenze, Cass. Pen. 19 febbraio 2010, n. 12028 e, in senso conforme, Cass. Pen. 14 maggio 2010, n. 28743 ha espresso una posizione fortemente avversa alla linea interpretativa ed applicativa condivisa da banca d'Italia e dal ministero dell'Economia e delle Finanze. Dalla prima sentenza menzionata è stata estratta la seguente, chiarissima massima: *“ai fini della determinazione della fattispecie di usura, il chiaro tenore letterale dell'art. 644, comma 4, c.p. impone di considerare rilevanti tutti gli*

⁶⁸ Come ricorda correttamente V. PICCININI, *La commissione di massimo scoperto tra criteri di calcolo ed accertamento del superamento del tasso soglia*, nota a Trib. Ascoli Piceno 04 febbraio 2010, in *Giur. Merito*, 2011, 4, 974 e ss., anche i decreti ministeriali di rilevamento dei tassi soglia, e non solo la normativa regolamentare di banca d'Italia, riportavano generalmente l'esplicita disposizione secondo la quale i tassi non erano comprensivi della c.m.s. eventualmente applicata e che la percentuale media della c.m.s. rilevata nel trimestre di riferimento veniva riportata separatamente. L'indirizzo del legislatore, dell'esecutivo e dell'*Authority* competente appariva pertanto uniforme, ancorché destasse fondate perplessità di carattere sostanziale.

oneri che un utente sopporti in connessione con il suo uso del credito; tra essi rientra la commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo collegato all'erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente, e funge da corrispettivo per l'onere, a cui l'intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente”, mentre nella motivazione della seconda si afferma che “nella determinazione del tasso di interesse, ai fini di verificare se sia stato posto in essere il delitto di usura, occorre tener conto, ove il rapporto finanziario rilevante sia con un istituto di credito, di tutti gli oneri imposti all'utente in connessione con l'utilizzazione del credito, e quindi anche della “commissione di massimo scoperto”, che è costo indiscutibilmente legato all'erogazione del credito”⁶⁹.

Proprio la formulazione letterale dell'art. 644 comma 4 c.p. fonda il ragionamento della corte, la quale afferma che nella categoria “*delle remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese*” collegate con l'erogazione del credito quale base di calcolo del tasso-soglia “*rientra indubbiamente la Commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente*”⁷⁰.

La controversia riguardava, peraltro, la possibile inclusione della c.m.s. tra gli “altri vantaggi e compensi” di cui all'art. 644 comma 3 c.p., da non includersi nel calcolo del tasso-soglia ma rilevanti esclusivamente per dimostrare, in caso di difficoltà economica del cliente, che, avuto riguardo alle modalità del fatto, il corrispettivo complessivo dell'operazione risultasse o meno

⁶⁹ Per un maggiore approfondimento si veda Cass. Pen. 19 febbraio 2010, n. 12028, in *Foro it.*, 2010, 7-8, II, 382 e ss. con nota di DI LANDRO e Cass. Pen. 14 maggio 2010, n. 28743; per un discorso più ampio che riguarda non solo gli interventi della giurisprudenza sul punto, ma anche l'opportunità di estendere retroattivamente il regime della L. 02/2009 sulla scorta del pensiero della Cassazione Penale stessa, si veda P. SERRAO D'AQUINO, *Questioni attuali in materia di anatocismo bancario, commissione di massimo scoperto ed usura*, cit., 1172 e ss., in particolare il par. 9.3.

⁷⁰ Cfr. P. SERRAO D'AQUINO, *ibidem* e A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, cit., 557 e ss. Il giudice di legittimità precisa peraltro che se al Ministro del Tesoro, sentiti la banca d'Italia e l'Ufficio Italiano dei Cambi, oggi confluito funzionalmente in parte in banca d'Italia stessa ed in parte nel neo costituito U.I.F. è stato devoluto il rilievo del tasso effettivo globale medio ai sensi della L. n. 108 del 1996, art. 2 comma 4, tale legge affida al Ministero del Tesoro solo “*il limitato ruolo di “fotografare”, secondo rigorosi criteri tecnici, l'andamento dei tassi finanziari*”, come statuito da Cass. Pen. 18 marzo 2003, n. 20148.

sproporzionato⁷¹. Non è casuale che sul punto sia intervenuta proprio la Cassazione penale, dal momento che è immediato osservare che un esatto calcolo del TEGM ha sì una forte rilevanza civilistica, nella determinazione dell'illecito di usura del tasso applicato, ma in sede penalistica costituisce *de facto* un ostacolo al corretto svolgimento della funzione di accertamento del reato e della conseguente applicazione delle sanzioni previste.

L'intervento del legislatore, volutamente dirimente delle ambiguità insanabili appena esposte, ha disposto tramite il secondo comma dell'art. 2-*bis* della L. n. 2 del 2009 che gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, sono rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c., dell'art. 644 c.p. e degli articoli 2 e 3 della l. n. 108 del 1996.

Conseguentemente banca d'Italia ha aggiornato la propria normativa di vigilanza sul punto, prescrivendo al punto C4 tra le voci da comprendere nel calcolo del TEGM, *“la commissione di massimo scoperto laddove applicabile secondo le disposizioni di legge vigenti”* e ovviamente la neonata commissione di affidamento, in quanto oneri del rapporto. Ciò ha determinato una necessaria variazione della formula matematica utilizzata per calcolare il tasso-soglia, per quanto si siano rilevate incongruenze tra il calcolo del TEGM nelle Istruzioni di Vigilanza e dell'Indicatore Sintetico di Costo, o ISC, a fini di trasparenza nelle disposizioni di banca d'Italia sulla trasparenza bancaria⁷².

Una recentissima pronuncia del Tribunale di Ascoli Piceno del 04 febbraio 2010 ha applicato il regime prescritto dalla L. 02 del 2009, statuendo che *“è legittima la pattuizione fra un cliente ed una banca, relativamente ai contratti di conto corrente salvo buon fine e di apertura di fido, di una commissione di massimo scoperto, da considerarsi nel calcolo del TEG, con inserimento della voce nella formula per il calcolo adottata dalla banca d'Italia ed indicata nel Bollettino di vigilanza n. 12 del dicembre 2005, che non deve però superare il*

⁷¹ In questo senso si esprime M. DE POLI, *Costo del denaro, commissione di massimo scoperto e usura*, cit., 359; *contra* cfr. P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo (a proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, cit., 671 ss., secondo il quale la c.m.s. non potrebbe essere calcolata né fra gli interessi, né fra gli altri, più generici, oneri del rapporto.

⁷² A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, cit., 557 e ss. soprattutto il par. 6.2, con riguardo all'utilizzo come parametro di calcolo della c.m.s. dell'utilizzato o dell'accordato, dato che l'Autore rileva come secondo la recente direttiva sul credito al consumo (2008/48UE) calcolare l'importo degli o.d.f., in funzione dell'accordato può determinare un effetto di sottostima dei costi del credito sul piano della trasparenza, relativamente alla fascia di clientela per la quale l'utilizzato medio risulterebbe basso.

tasso di soglia previsto. In questo ultimo caso deve essere disposta la restituzione della somma quale indebito oggettivo col calcolo dei relativi interessi dal giorno della domanda giudiziale”.

Si nota come la materia sia estremamente complessa, se si collocano le più recenti disposizioni di legge sopra commentate nell’ambito di un sistema complesso e ricco di variazioni, soprattutto con riguardo alla normativa di vigilanza di banca d’Italia. Il giudice, nel caso di specie, accerta la legittimità della clausola pattizia, pur disponendone l’inserimento nel calcolo del TEG al fine della rilevazione del superamento del tasso soglia. Tali superamenti vengono qualificati, da un punto di vista giuridico, come indebito oggettivo: le somme indebitamente pagate dovranno essere restituite con gli interessi dalla data della domanda giudiziale, rilevandosi comunque la buona fede dell’istituto di credito in ragione del precedente costante orientamento nell’affermare la legittimità della commissione di massimo scoperto, almeno fino agli ultimi anni⁷³.

Per concludere la trattazione di questa tematica particolarmente sensibile dal punto di vista del contenzioso banca-cliente in senso lato, deve considerarsi come, a differenza del caso del *ius variandi* precedentemente esaminato e di altre fattispecie ora indubbiamente più pacifiche da un punto di vista interpretativo, il legislatore abbia assunto una posizione drastica in una materia che storicamente non aveva ricevuto fin dall’origine alcuna regolamentazione.

Tale intervento può essere giudicato e misurato secondo differenti criteri, pertanto, se lo si valutasse semplicemente dal punto di vista della trasparenza e della correttezza delle relazioni tra banche e clienti, si dovrebbe esprimere un “voto” positivo, mentre, utilizzando altri parametri, la situazione cambierebbe.

Infatti se si considerasse in che misura la L. 02/2009 e successive modifiche ha apportato benefici concreti alla categoria dei clienti da un punto di vista meramente economico, ci si scontrerebbe con un dato di fatto eclatante, rilevato dall’AGCM⁷⁴, ovvero che le tariffe applicate dalle banche per le scoperture sono aumentate dopo e proprio a causa dell’intervento legislativo, determinando peraltro l’applicazione di meccanismi assai diversi da banca a

⁷³ V. PICCININI, *La commissione di massimo scoperto tra criteri di calcolo ed accertamento del superamento del tasso soglia*, cit., 974 e ss.

⁷⁴ Cfr. AGCM, *Segnalazione al Parlamento in materia di commissione di massimo scoperto*, 29 dicembre 2009.

banca, i quali, ancorché teoricamente più trasparenti e conformi alla legge, determinano il disorientamento del cliente ed una sua sostanziale penalizzazione.

Se si utilizzasse invece il parametro dell'attitudine a ridurre il contenzioso banca-cliente, con benefici per entrambe le categorie di soggetti, anche in questo caso non potremmo esprimere alcun giudizio positivo, dal momento che il provvedimento stesso adottato dal legislatore appare in più punti essere (inevitabilmente, si potrebbe considerare) un compromesso che però non solo soddisfa pienamente le esigenze di una ovvero di un'altra parte, bensì finisce con l'introdurre meccanismi farraginosi, disposizioni ambigue, dall'impatto tutt'altro che evidente. Inoltre una limitazione sostanziale come la fissazione già nel testo normativo di un tetto predefinito quantitativamente all'importo delle citate commissioni, non apporta alcun vantaggio pratico ma evidenzia esclusivamente l'intenzione di sottrarre ad altri formanti ed ad altre "forze" dell'ordinamento la facoltà prettamente politica di tutelare posizioni sociali a propria discrezione, senza peraltro valutare in precedenza l'efficienza economica e sociale complessiva dell'intervento stesso⁷⁵.

2.3 IL DIVIETO DI ANATOCISMO E GLI INTERVENTI PIÙ SIGNIFICATIVI DELLA GIURISPRUDENZA

L'esposizione delle più recenti e rilevanti fattispecie di contenzioso nel settore bancario senza dubbio potrebbe essere soddisfatta riportando i casi del *ius variandi* e della commissione di massimo scoperto. Del resto vi sono molte altre fattispecie su cui la giurisprudenza si è espressa e che possono ormai definirsi risolte, pacifiche. Per maggiore completezza e per prendere in considerazione casistiche interessanti non tanto per un'attuale incertezza interpretativa, quanto per i volumi di contenzioso generato nel tempo e per le dinamiche giurisprudenziali e normative emerse, si valutino brevemente i casi dell'anatocismo e del contratto autonomo di garanzia.

⁷⁵ In senso critico sul provvedimento si vedano praticamente tutte le fonti citate precedentemente, sia dal punto di vista tecnico-giuridico, sia economico e sociale.

Per anatocismo si intende il fenomeno della capitalizzazione degli interessi scaduti, pertanto il diritto a pretendere la corresponsione di interessi sugli interessi. È normativamente disciplinato dall'art. 1283 c.c., disposizione inserita nella disciplina delle obbligazioni in generale (titolo primo del libro terzo del codice civile), di alcune specie di obbligazioni (capo settimo), delle obbligazioni pecuniarie (sezione prima)⁷⁶.

È di immediata evidenza che un simile fenomeno giuridico può avere impatti rilevanti non solo sulla qualità degli interessi che maturano su un determinato credito, ma anche sull'entità degli stessi e sull'effettiva misura del tasso che il debitore dovrà corrispondere in un lasso temporale determinato con certezza.

Il dettato dell'art. 1283 c.c. è stato costruito in forma di divieto, come emerge già dalla rubrica: il Codice Civile infatti impedisce al creditore il ricorso all'anatocismo a meno che non ricorrano tre diversi casi: quando gli interessi siano stabiliti da usi normativi (cosiddetto "anatocismo consuetudinario"), siano richiesti con domanda giudiziale (cosiddetto "anatocismo giudiziale") o siano stati oggetto di specifici accordi (cosiddetto "anatocismo convenzionale"), con la previsione di un'ulteriore condizione relativa al profilo temporale della fattispecie, ovvero che gli interessi siano scaduti da almeno 6 mesi.

Il legislatore pertanto delinea la fattispecie dell'anatocismo e la sua regolamentazione in senso negativo, sancendone un generale divieto, salvo le eccezioni sopra rappresentate. La finalità preventiva va ricondotta al contenimento di questo meccanismo di composizione degli interessi, onde evitare l'aumento a dismisura e senza controllo dei debiti contratti: il divieto di anatocismo, ne consegue, ha una precisa funzione, evitare squilibri ed impedire comportamenti dannosi non solo per i singoli debitori ma anche per l'economia nel suo complesso⁷⁷.

⁷⁶ Sul punto si vedano, tra i contributi rilevanti più recenti, C. TRAPUZZANO, *Anatocismo bancario*, in *Giur. Merito*, 02, 2010, 561 e ss. e C. M. TARDIVO, *Brevi note in tema di interessi anatocistici e usurari nel finanziamento fondiario*, in *banca borsa tit. cred.*, 5, 2009, 581 e ss.. Per una panoramica più approfondita sul fenomeno cfr. G. G. AULETTA, *La prestazione degli interessi nelle obbligazioni pecuniarie*, Milano, 1979; B. INZITARI, voc. *Gli interessi*, in *Trattato Galgano*, VI, Padova, 1983, 191; T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984; D. SINESIO, *Interessi pecuniari fra autonomia e controlli*, Milano, 1989, 51 e ID., *La disciplina degli interessi negoziali*, in *Nuova giur. civ.*, 1986, II, 100.

⁷⁷ Il legislatore ha cercato di garantire la posizione del debitore da ogni forma di abuso di tale prassi, spesso considerata come uno degli espedienti più raffinati dell'usura: sul punto si veda G. BUCCELLA, *La disciplina degli interessi monetari*, Napoli, 2002, 116. Il divieto sancito dall'art. 1283 c.c. è coerente con l'art. 47 Cost., il quale tutela il risparmio e affida al legislatore ordinario il compito di disciplinare, coordinare e controllare l'esercizio del credito: cfr. V. FARINA, *Recenti orientamenti in tema di anatocismo*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 757.

Se si considera l'incidenza dell'anatocismo sul tasso di interesse applicato, è evidente che il tasso globale effettivo determinabile in un determinato lasso di tempo, all'esito della composizione degli interessi, supera il saggio formale degli interessi primari.

Tale fenomeno è ed è sempre stato estremamente rilevante se riferito ai rapporti bancari continuativi e non occasionali; ciononostante, fino ad una sentenza di non molto tempo fa, dottrina e giurisprudenza hanno reputato valide le clausole dei contratti bancari (in particolare il conto corrente) che consentivano alle banche di praticare la capitalizzazione trimestrale sugli interessi attivi, riconoscendo solo quella annuale per gli interessi passivi. Una simile posizione, favorevole alle banche, appariva fondata sul fatto che le già precedentemente descritte Norme Bancarie Uniformi (che prevedevano siffatte clausole anche prima dell'entrata in vigore dell'attuale Codice Civile) avrebbero confermato l'esistenza di cosiddetti "usi normativi bancari" in tal senso⁷⁸.

⁷⁸ Sul punto si veda C. M. TARDIVO, *Brevi note in tema di interessi anatocistici*, cit., 581 e ss. e in particolare la nt. 2, che riporta sia alcuni esempi delle pronunce alla base di tale orientamento giurisprudenziale, ovvero Cass. Civ., 15 dicembre 1981, n. 6631, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 89 e da ultimo Cass. Civ., 18 dicembre 1998, n. 12675, in *Gius.*, 1999, 647, Cass. Civ., 17 aprile 1997, n. 3296, *ivi*, 1997, 1725, Cass. Civ., 01 settembre 1995, n. 9227, in *banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 136. Con riferimento alla dottrina riporta invece i contributi di T. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1962, 136; M. LIBERTINI, voc. *Interessi*, in *ED*, XXIII, Milano, 1972, 136; A. MARINI, *Anatocismo e usi bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 89 e ss. Sulla distinzione tra usi bancari e norme bancarie uniformi cfr. A. PAVONE LA ROSA, *Gli usi bancari*, in *Le operazioni bancarie* (a cura di PORTALE), Milano, 1978, I, 45 e ss..

Solo l'intervento della Corte di Cassazione, con tre pronunce⁷⁹ allineate ad un orientamento sino a quel momento minoritario, ha negato l'esistenza e la fondatezza di tali usi normativi, ritenendo altresì insufficiente a tal fine il riferimento alle N.U.B.⁸⁰.

Tali sentenze hanno riaffermato il divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c.c., estendendolo anche alle condotte poste in essere regolarmente dalle banche e dagli intermediari finanziari nell'ambito della relativa attività contrattuale, ritenendo che, a differenza di quanto fino a quel momento sostenuto sia in giurisprudenza che in dottrina, la pratica della capitalizzazione trimestrale degli interessi nel settore bancario non sia qualificabile come un uso normativo (fattispecie ammessa dal summenzionato art. 1283 c.c.), bensì debba essere considerato un uso negoziale. In quanto uso negoziale ex art. 1368 c.c., pertanto, lo stesso è da considerarsi ricompreso nell'ambito dell'operatività del divieto generale di anatocismo e le clausole contrattuali che ne supportano la disciplina sono da considerarsi nulle per violazione di norma imperativa.

Va a questo punto rilevato che il legislatore è intervenuto, alla luce di un quadro normativo ed interpretativo non più unitario e pericolosamente incerto, con il D.Lgs. n. 342 del 1999, finalizzato ad introdurre una deroga limitata nella disciplina dell'anatocismo, a favore dei soli rapporti bancari, modificando l'art. 120 T.U.B. ed aggiungendo un secondo comma con cui si invitava il C.I.C.R. a determinare *“modalità e criteri per la produzione di interessi su gli*

⁷⁹ E, segnatamente: (i) Cass. Civ. 16 marzo 1999, n. 2374, la cui massima afferma che *“la previsione contenuta nei contratti di conto corrente bancario, concernente la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata su un mero uso negoziale e non su una vera e propria norma consuetudinaria, è nulla, in quanto anteriore alla scadenza degli interessi”*; (ii) Cass. Civ. 30 marzo 1999, n. 3096, la cui massima afferma che *“la capitalizzazione trimestrale degli interessi da parte della banca sui saldi di conto corrente passivi per il cliente non costituisce un uso normativo, ma un uso negoziale, essendo stata tale diversa periodicità della capitalizzazione (più breve rispetto a quella annuale applicata a favore del cliente sui saldi di conto corrente per lui attivi alla fine di ciascun anno solare) adottata per la prima volta in via generale su iniziativa dell'ABI nel 1952 e non essendo connotata la reiterazione del comportamento dalla “opinio iuris ac necessitatis”*”, entrambe annotate da GIACALONE, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 1301 e ss., da DOLMETTA-PERRONE e da GINEVRA, in *banca borsa tit. cred.* 1999, II, 389 e ss., da PORZIO, *ibidem*, II, 649 e ss. in senso critico, da CARBONE, in *Corr. Giur.*, 1999, 561 e ss. e da FERRO LUZZI, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 167 e ss.; infine (iii) Cass. Civ., 11 novembre 1999, n. 12507, la cui massima afferma che *“la clausola di un contratto bancario che, in difformità dalla disciplina legale di cui all'art. 1283 c.c., prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente è nulla, anche se fa riferimento alle c.d. norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI, dal momento che queste ultime costituiscono usi negoziali e non usi normativi”*, come annotata da DI PIETROPAAOLO, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2045 e ss. e da PALMIERI-NIGRO, in *Foro it.*, 2000, I, 451 e ss.. Nella giurisprudenza di merito, come evidenziano DOLMETTA-PERRONE, op. cit., 411, più precisamente cfr. nt. 12, l'argomento era già stato svolto nella primavera del 1999. È evidente come la decisione della Corte di Cassazione non sia stata un *overruling* improvviso e privo di fondamenti, bensì l'espressione di diverse e mutate esigenze economiche e giuridiche.

⁸⁰ Già M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, IV, Milano, 1995, correttamente osservava che le N.U.B. *“al più possono fare presumere l'esistenza di conformi clausole d'uso”*, ove per conformi si intende conformi alla normativa vigente.

interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria”, facendo poi salva, con un ulteriore comma, la validità sino a quel momento delle clausole relative alla produzione di interessi anatocistici contenute nei contratti bancari in essere. Tale disposizione venne però dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza del 17 ottobre 2000, n. 425⁸¹, la quale sancì, come da massima, che *“l'indeterminatezza della fattispecie di cui al comma 3 dell'art. 25 d.lg. 4 agosto 1999 n. 342, non consente di ricondurre la denunciata norma nell'ambito dei principi e criteri della legge di delegazione, i quali non possono ragionevolmente interpretarsi come abilitanti all'emanazione di una disciplina di sanatoria (per il passato) e di validazione anticipata (per il periodo compreso tra la data di entrata in vigore della legge delegata e quella della delibera del Cicer) di clausole anatocistiche bancarie”*.

In attuazione della delega conferita dal legislatore il C.I.C.R., con deliberazione del 09 febbraio 2000, ha affermato che *“nelle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito poste in essere dalle banche e dagli intermediari finanziari gli interessi possono produrre a loro volta interessi”*, precisando poi le modalità ed i criteri di capitalizzazione diversi per il conto corrente, per i finanziamenti a rimborso rateale e per i mutui di credito fondiario, disponendo che *“le clausole relative alla capitalizzazione degli interessi non hanno effetto se non sono specificatamente approvate per iscritto”*, al fine di scongiurare la possibile vessatorietà delle clausole così redatte ai sensi dell'art. 1341 c.c..

L'intervento di legislatore e C.I.C.R. ha destato alcune perplessità, in particolare la posizioni del legislatore, marcatamente a tutela degli interessi del ceto bancario anche in opposizione alla giurisprudenza di legittimità ed alle tendenze di rafforzamento della tutela delle parti deboli nei rapporti contrattuali, in particolar modo nei contratti di credito e nei rapporti cosiddetti *“business to consumer”*. Un aspetto in particolare che si ritiene doveroso evidenziare, in particolare se si osserva la dinamica dei rapporti tra i formanti, è la tempestività dell'intervento del legislatore. Infatti, a fronte del *revirement* dei giudici di legittimità del 1999, è stato tempestivamente emanato il D.Lgs. 342/1999 e, altrettanto

⁸¹ Come massimata ed annotata da CARBONE, in *Corr. giur.*, 2000, 1453 e ss., PANZANI e OLIVA, in *Fall.*, 2001, 19 e ss., FERRO-LUZZI, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 734 e ss., FAUCEGLIA, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 21, 58 e ss., MUCCIARONE, in *banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 1 e ss. e in *Foro it.*, 2000, I, 3045 e ss.. Va necessariamente evidenziato che la Corte Costituzionale non ha effettivamente preso posizione sull'esistenza o meno di usi normativi favorevoli agli interessi anatocistici bancari, lasciando al momento aperto il problema della legittimità di siffatti interessi per i rapporti bancari anteriori all'emanazione del D.Lgs. 342/1999.

tempestivamente, il C.I.C.R. ha adempiuto alla propria delega, con la già citata deliberazione del 09 febbraio 2000, ancorché, dopo la sentenza 425/2000 della Corte Costituzionale, il legislatore non abbia ancora provveduto ad una sostanziale revisione della disciplina impattata dalla pronuncia del giudice delle leggi⁸².

La Corte di Cassazione, in ogni caso, ha seguito con decisione il proprio orientamento, mettendo in luce una frattura tra la tendenza favorevole all'anatocismo, seppur in presenza di determinate cautele, mostrata dal legislatore e la tendenza più ostile, mostrata dalla giurisprudenza ed in particolare dalle magistrature superiori.

In quest'ottica la sentenza Cass. Civ., 20 febbraio 2003, n. 2593⁸³, in tema di interessi nel mutuo bancario, ha ritenuto che *“devono ritenersi senz'altro applicabili le limitazioni previste dall'art. 1283 c.c., non rilevando in senso opposto l'esistenza di un uso bancario contrario a quanto disposto dalla norma predetta”*, potendosi considerare usi normativi contrari *“soltanto quelli formati anteriormente all'entrata in vigore del codice civile”*, con conseguente *“illegittimità tanto delle pattuizioni, tanto dei comportamenti - ancorché non tradotti in patti - che si risolvano in una accettazione reciproca, ovvero in una unilaterale imposizione, di una disciplina diversa da quella legale”*.

La pronuncia delle Sezioni Unite della Cass. Civ. del 04 novembre 2004, n. 21095⁸⁴, stabilendo che *“il patto di capitalizzazione trimestrale degli interessi, sistematicamente inserito dagli istituti di credito nei contratti conclusi mediante formulari, non ha mai*

⁸² Il C.I.C.R. ha stabilito, per i rapporti di conto corrente, che *“l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti”* e che *“il saldo periodico produce interessi secondo le medesime modalità”* (art. 2.1). Per i finanziamenti a rimborso rateale, la delibera C.I.C.R. prevede da un lato che *“in caso di inadempimento del debitore l'importo complessivamente dovuto alla scadenza di ciascuna rata può, se contrattualmente stabilito, produrre interessi a decorrere dalla data di scadenza e sino al momento del pagamento”* e che *“su questi interessi non è consentita la capitalizzazione periodica”* (art. 3.1) e dall'altro che *“quando il mancato pagamento determina la risoluzione del contratto di finanziamento, l'importo complessivamente dovuto può, se contrattualmente stabilito, produrre interessi a decorrere dalla data di risoluzione”* ma che in tale caso *“non è consentita la capitalizzazione periodica”* (art. 32.). Per considerazioni relative sia alla politica legislativa ed all'orientamento del legislatore stesso, oltre che per una compiuta rassegna della giurisprudenza più recente relativa alle incongruenze determinate dalla vigenza del D.Lgs. 342/1999 e dalla summenzionata pronuncia della Corte Costituzionale, oltre che dalla giurisprudenza di Cassazione sempre più uniforme, cfr. R. MARCELLI, *L'anatocismo dopo la Delibera CICR del 9 febbraio 2000: fatta la pentola, il diavolo c'è cascato dentro*, in *Il Caso.it*, II,156/2009.

⁸³ Come massimata in *Giust. civ. Mass.* 2003, 368. Per quanto concerne annotazioni, commenti ed ulteriori approfondimenti si vedano TARDIVO, in *banca borsa tit. cred.*, 2003, II, 505 e ss., PANDOLFINI, in *Contratti*, I, 2003, 545 e ss., FARINA, in *Dir. fall.*, 2003, II, 538 e ss., e MEOLI, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 68 e ss..

⁸⁴ Come massimata ed annotata, *ex multis*, da GIACALONE, in *Giust. civ.*, 2005, 5, 1221 e ss., da ROSSETTI, in *Dir. e giust.*, 2004, 42, 29 e ss., da PALMIERI-PARDOLESI e FERRO-LUZZI, in *Foro it.*, 2004, I, 3294 e ss., da INZITARI, in *banca borsa tit. cred.*, 2005, 4, 434 e ss..

costituito, né oggi, né in passato, un uso normativo, e pertanto non è mai stato valido, né oggi, né in passato. Ne consegue che la relativa clausola è insanabilmente nulla, anche se stipulata in epoca anteriore al revirement col quale la Corte di cassazione, nel 1999, ha espressamente affermato la nullità delle clausole suddette”, coerente con la posizione espressa dalla Corte Costituzionale e finalizzata a sopprimere taluni contrasti giurisprudenziali sul punto, ha altresì reso impossibile fare salve le clausole in tema di anatocismo pattuite prima dell’emanazione della delibera C.I.C.R. del 2000 di cui sopra.

La motivazione è di estremo interesse, in particolare se si prendono in considerazione i profili attinenti all’operatività del formante giurisprudenziale sul diritto vigente in un determinato ordinamento giuridico. Infatti è possibile affermare che l'accertamento da parte del giudice della nullità delle clausole anatocistiche contenute nei contratti bancari ha valenza retroattiva, solo se lo si considera come conseguenza di un mero mutamento della giurisprudenza di legittimità, avente valore esclusivamente ricognitivo del quadro giuridico interessato.

Le Sezioni Unite, di fatto, ammettono che la giurisprudenza può essere oggetto di cambiamenti e “ripensamenti”, anche radicali (i ben noti *overruling* di Common Law), ma tali modifiche di orientamento rimangono confinate al piano interpretativo del diritto: il giudice non “crea” una nuova regola di diritto ma svolge un’operazione ricognitiva dell’assetto legislativo e contrattuale della fattispecie ispirata a criteri differenti, in coerenza con il ruolo attribuito ai diversi organi giudicanti dalle norme sull’ordinamento giudiziario, fino alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione⁸⁵.

Alla fine del 2010 un’ulteriore pronuncia delle Sezioni Unite, 02 dicembre 2010, n. 24418⁸⁶, va a meglio specificare non solo il portato giurisprudenziale successivo al 1999, ma si sofferma su ulteriori questioni che potrebbero, trasversalmente, inficiare la tutela accordata alla categoria dei correntisti e dei clienti del ceto bancario.

⁸⁵ Così la nota di G. GIACALONE, *Sull’anatocismo bancario la Cassazione riafferma il ruolo ricognitivo, e non creativo, della giurisprudenza, cit.*, 1221 e ss.. Si fa presente infatti che, contrariamente al caso dei mutamenti normativi, il nuovo orientamento giurisprudenziale si applica anche ai rapporti in corso, intendendosi per questi anche quelli non ancora esauriti in quanto oggetto di contestazione giudiziale. Nel pervenire a tale soluzione le Sezioni Unite hanno confermato l’orientamento giurisprudenziale consolidatosi dal 1999, secondo cui la capitalizzazione trimestrale degli interessi da parte della banca sui saldi di conto corrente passivi per il cliente non costituisce un uso normativo, ma un uso negoziale.

⁸⁶ Si rinvia, per un commento alla pronuncia, e per ricostruire le posizioni condivise dalla dottrina più recente ed autorevole, a MILIZIA, in *D&G*, 2010, 0, 545 e ss., BONTEMPI, in *Nuova Giur. Civ.*, 2011, 4, 1, 291 e ss., ROLFI, in *Corr. Giur.*, 2011, 6, 817 e ss., RIZZUTI, in *Giur. It.*, 2011, 7, 1547 e ss. e FLICK, in *Danno e Resp.*, 2011, 6, 612.

Considerando le massime di tale sentenza, quanto affermato è di estrema chiarezza e si colloca nel solco già tracciato dalla Corte stessa: *“è conforme ai criteri legali di interpretazione del contratto, in particolare all'interpretazione sistematica delle clausole, l'interpretazione data dal giudice di merito ad una clausola di un contratto di conto corrente bancario, stipulato tra le parti in data anteriore al 22 aprile 2000, e secondo la quale la previsione di capitalizzazione annuale degli interessi [...] si riferisce ai soli interessi maturati a credito del correntista, essendo, invece, la capitalizzazione degli interessi a debito [...] su base trimestrale, con la conseguenza che, dichiarata la nullità della previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c. (il quale osterebbe anche ad un'eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale), gli interessi a debito del correntista devono essere calcolati senza operare alcuna capitalizzazione”*.

Le Sezioni Unite arricchiscono ulteriormente il panorama giurisprudenziale in materia, sancendo, in termini di prescrizione dell'azione esperibile da parte del correntista per la ripetizione di quanto indebitamente pagato a titolo di interessi anatocistici, che *“il termine di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui sia stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti siano stati registrati, perché il contratto di conto corrente bancario collega le varie operazioni sostituendo ai pagamenti e alle riscossioni, gli accreditamenti e gli addebitamenti sul conto, attraverso una registrazione contabile continuativa delle diverse operazioni, non attraverso una compensazione, in senso tecnico, come modalità di estinzione delle obbligazioni né attraverso pagamenti in senso tecnico”*.

Pertanto, riportando una massima estremamente completa e sintetica, *“tutte le volte in cui i versamenti in conto non superino il passivo ed in particolare il limite dell'affidamento concesso al cliente si tratterà di atti ripristinatori della provvista, della quale il correntista può ancora continuare a godere, e non di pagamenti. In questi casi il termine di prescrizione decennale per il reclamo delle somme trattenute dalla banca indebitamente, a titolo di interessi su un'apertura di credito in conto corrente, decorre dalla chiusura definitiva del rapporto, trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi”*.

Nonostante il vertice dell'ordinamento giudiziario civile si sia espresso chiaramente in tema di prescrizione, di come e da che punto decorrano i termini stessi, riprendendo il concetto di ripetizione dell'indebito ed identificando in via interpretativa il momento del pagamento con la chiusura del conto, il legislatore sembra aver assunto una posizione differente.

Infatti il decreto cosiddetto "Milleproroghe" per l'anno 2011 (D.L. 225/2010), convertito con Legge 26 febbraio 2011, n. 10, specifica che l'azione di ripetizione degli interessi anatocistici indebitamente versati dovrebbe essere proposta entro i dieci anni che decorrono dalla data di ciascun singolo accredito, o versamento, in favore della banca e la data di proposizione della domanda giudiziale, e, quindi, anche durante lo svolgimento del rapporto.

Il contenzioso giudiziario avente ad oggetto la ripetizione degli interessi relativi ai rapporti instaurati prima del 2000 sarebbe in tal senso nettamente ridimensionato, ancorché trascurando quanto affermato in via interpretativa e decisoria dalle Sezioni Unite della Cassazione, in senso chiaramente favorevole al ceto bancario, sia nei contenuti della disposizione che per le tempistiche, ancora una volta rapide, di adozione della stessa. Va comunque rilevato che nella sentenza in questione si afferma che il pagamento avviene solo con la chiusura del conto, non con l'annotazione. Quanto statuito dalle Sezioni Unite non riguarda esclusivamente l'anatocismo bancario, bensì è un principio di diritto a carattere generale in tema di prescrizione, ben argomentato e supportato da un ragionamento giuridico e da una casistica tale da rendere inapplicabile il disposto del decreto "Milleproroghe"⁸⁷.

Il contrasto evidenziato tra legislatore e giudici, con riferimento alla problematica dell'anatocismo che si è appena provveduto ad esporre sinteticamente, trascurando dettagli tecnici non pertinenti con l'oggetto del presente lavoro, è interessante perché chiarisce la posizione del legislatore in una fattispecie di contenzioso Banca-cliente particolarmente sentita ed oggetto di un *revirement* giurisprudenziale netto e rivoluzionario.

⁸⁷ Cfr. diffusamente F. GRECO, *Anatocismo bancario e prescrizione: le Sezioni Unite e la difficile applicabilità del decreto mille proroghe. Continua il match tra correntisti e banche match tra correntisti e banche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 4, 810 e ss.. In questa sede si rileva altresì che il contenuto della decisione in commento chiarisce un ulteriore aspetto della questione: a meno che il correntista non abbia effettuato solo prelievi, ma anche versamenti che possano essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da formare oggetto di ripetizione dell'indebito (ad esempio in caso di versamenti eseguiti su un conto in passivo), tutte le volte in cui i versamenti in conto non superano il passivo ed in particolare il limite dell'affidamento concesso al cliente si tratterà di atti ripristinatori della provvista, della quale il correntista può ancora continuare a godere, e non di pagamenti. In questi ultimi casi, un versamento eseguito dal cliente su un conto il cui passivo non abbia superato il limite dell'affidamento concesso dalla banca con l'apertura di credito non ha né lo scopo né l'effetto di soddisfare le pretese della banca, pertanto non costituisce un pagamento ex art. 2033 c.c.. Si precisa che la giurisprudenza di merito ha, per il momento, seguito il *decisum* delle Sezioni Unite e non la norma del decreto: cfr. C. App. Ancona, 3 marzo 2011, in www.ilcaso.it.

Se i giudici, comprese le supreme magistrature, hanno colto determinare esigenze ed hanno provveduto ad interpretare le norme giuridiche in senso chiaramente favorevole alla categoria dei clienti, il legislatore sembra voler contenere i “danni” economici che gli istituti bancari si sono trovati e si troverebbero ad affrontare, in particolare con riferimento a controversie non più recenti.

È chiaro che la prevalenza della posizione espressa dalle Sezioni Unite nelle proprie pronunce, per la solidità delle sue argomentazioni e per la sua valenza generale potenzialmente è adatta a ridurre il contenzioso in essere, anche portando le parti a ricercare una soluzione transattiva senza impegnarsi in una causa dall’esito assolutamente certo, ancorché in un lasso di tempo eccessivamente lungo, lo stesso non si può dire della posizione del legislatore. Infatti il disposto del decreto “Milleproroghe”, come, del resto, altri atti normativi adottati e sopra menzionati, non sembrano essere in grado di regolamentare una fattispecie controversa, né secondo criteri di adeguatezza sociale, né da un punto di vista di sostenibilità economica, lasciando spazio ad incertezze che alimentano il volume del contenzioso. È superfluo ricordare come un contrasto tra i due più rilevanti formanti dell’ordinamento e tra le posizioni appena esposte non può che far lievitare il contenzioso stesso, in un panorama non più di semplice incertezza giuridica, bensì di assoluta confusione.

2.4 FIDEIUSSIONE OMNIBUS: IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA (O “GARANTIEVERTRAG”)

Una figura contrattuale che ha costituito, sia dal punto di vista normativo che giurisprudenziale, una fattispecie estremamente controversa è la cosiddetta fideiussione omnibus, o garanzia personale atipica.

Tale forma contrattuale, nata nella prassi bancaria e sostanzialmente distante dal modello di fideiussione delineato nel Codice Civile, ispirato al diritto romano, si caratterizza per due clausole accessorie, le quali impongono, rispettivamente, l’estensione della garanzia a tutte le obbligazioni contratte dal debitore garantito ed il pagamento a prima richiesta e senza

eccezioni da parte del fideiussore. Entrambe le clausole appena menzionate hanno determinato un'ampia casistica di controversie tra banche e clienti e, per la precisione, la clausola che impone il pagamento a prima richiesta e senza eccezioni avrebbe altresì allontanato tale garanzia personale dalla fideiussione tradizionale, dipendente dall'obbligazione principale, avvicinandola al modello del cosiddetto contratto autonomo di garanzia, meglio noto, richiamando le origini anglosassoni di tale fattispecie, come *garantievertrag*.

Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale in tema di fideiussione omnibus non è recente e, se si esclude una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite, di cui poi sarà fatta espressa menzione, ormai non costituisce più una fattispecie di contenzioso tipica nella relazione tra Banca e Cliente, ragion per cui anche la presente esposizione sarà più sintetica.

È significativo, anche considerando quanto evidenziato nel paragrafo precedente, il ruolo e le posizioni assunte da legislatore e giurisprudenza. Sul punto infatti, se si confronta tale fattispecie con il caso dell'anatocismo bancario e con riferimento alla tutela degli interessi della clientela piuttosto che la posizione del ceto bancario, i ruoli appaiono nettamente invertiti.

Dato che, ai sensi dell'art. 1936,1 c.c., “è fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui”, si rileva come, innanzi tutto, il Codice Civile italiano non disciplini espressamente la fideiussione in qualità di negozio giuridico, bensì esclusivamente la figura del fideiussore, di colui il quale presta la fideiussione a favore di un terzo debitore. Poi va evidenziato che anche la flessibilità del dettato normativo civilistico ha agevolato l'elaborazione e l'utilizzo di figure contrattuali atipiche, tali da rispondere a determinate esigenze economiche, al di là del principio dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322 cc.⁸⁸.

⁸⁸ Cfr. sul punto approfonditamente V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 76 e ss.

All'introduzione nei rapporti bancari della fattispecie della fideiussione omnibus è seguito un dibattito dottrinale e giurisprudenziale a dir poco significativo e ricco di implicazioni sia dal punto di vista strettamente giuridico che economico⁸⁹.

Considerando esclusivamente le problematiche legate ai contenziosi tra banche e clienti, la criticità di maggior interesse che è stata rilevata riguarda la clausola cosiddetta estensiva, che consentirebbe di derogare al disposto dell'art. 1956 c.c., secondo cui *“il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito”*. In tale caso il creditore, attraverso la sottoscrizione di un testo contrattuale munito di apposite clausole, sposta in capo al garante il rischio di sovraindebitamento del garantito, imponendogli l'onere di vigilare sulle condizioni economiche del medesimo.

La giurisprudenza di legittimità, fin dagli anni '60⁹⁰, ha validato siffatte disposizioni, ponendo quale unico limite a tutela del fideiussore la buona fede del creditore. È chiaro che, dovendosi intendere, come precisato dalla sentenza Cass. Civ. 09 marzo 2005, n. 5166, che l'onere della prova della carenza di buona fede del creditore risultava posto anch'esso in capo al garante interessato ad eccepire la liberazione dalla garanzia e che, comunque, nella maggior parte dei casi i testi contrattuali delle fideiussioni omnibus prevedevano clausole di rinuncia espressa a tale facoltà, la posizione del fideiussore era contrattualmente più debole rispetto non solo a quella del creditore, bensì anche del debitore.

Il legislatore, con la L. 17 febbraio 1992, n. 154 sulla trasparenza bancaria ha, fra le altre cose, introdotto un secondo comma all'art. 1956 c.c., sancendo che *“non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione”* e ha riscritto il testo

⁸⁹ A fini di una panoramica della questione si faccia riferimento a G. B. PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padova, 2006, AA.VV., *Le garanzie personali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XI, Torino, 2007, G. B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Jus*, 2008, o i più risalenti P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, piuttosto che ancora G. B. PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag» nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978; cfr altresì F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995 e L. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda*, Milano, 1991. Va comunque precisato che il cuore della querelle risiede nelle massime di cassazione e nelle relative e numerosissime note a commento, tra cui va citato L. RENNA, *Il contratto autonomo di garanzia. Le differenze rispetto alla fideiussione e le eccezioni esperibili nei confronti del garante autonomo*, nota a Cass. Civ. 16 novembre 2007, n. 23786, in *Persona e danno*, 2008, disponibile a <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/009108.aspx>.

⁹⁰ Si veda Cass. Civ. 03 settembre 1967, n. 2310, in *banca borsa tit. cred.*, 1967, II, 37. La giurisprudenza di legittimità sul punto ha riscosso particolare fortuna ed ha, come si vedrà nel prosieguo, contribuito alla formazione di un interessante filone, in particolare negli anni 80', di cui si ricordano

dell'art. 1938 c.c., cosicché “*la fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito*”⁹¹.

È evidente come tali disposizioni siano state rese dal legislatore norme imperative non derogabili tramite una semplice pattuizione *inter partes*, assicurando quindi ai garanti e, pertanto, a discapito delle banche, una tutela forte, non diversamente eludibile.

Indubbiamente potrebbe stupire il fatto che il legislatore abbia assunto una simile posizione, dal momento che, come è stato possibile notare nella trattazione precedente, il medesimo ha preferito in diverse circostanze emanare norme meno favorevoli ai debitori e finalizzate ad una maggiore tutela del soggetto attivo dell'obbligazione bancaria.

Al di là del singolo caso, su cui sarebbe necessario soffermarsi con ben altro grado di approfondimento, quanto appena rilevato pone in luce l'assenza di una politica del contenzioso bancario-finanziario tra istituti di credito e clientela e, più in generale, anche l'assenza di una politica di gestione dei rapporti fisiologici tra banche e clienti, al di là dell'influenza del diritto comunitario, del portato giurisprudenziale e della dottrina (tutti i formanti che concorrono alla determinazione delle norme giuridiche nel settore in esame), che sia spontaneamente coerente ed ispirata a criteri di efficacia ed equità sostanziale.

La problematica merita di essere considerata anche da un punto di vista maggiormente tecnico, in particolare con riferimento alla clausola che impone il pagamento a prima richiesta e senza eccezioni: esaminando quindi la fideiussione omnibus come un caso particolare di garanzia personale, il punto maggiormente controverso e determinante sul piano sostanziale risulta essere se, accettando come valida la fideiussione omnibus, o contratto autonomo di garanzia, a prescindere dall'assenza di un nesso con l'obbligazione garantita, il garante possa comunque opporre delle eccezioni al creditore, fondate su determinati motivi di assoluta gravità i quali determinerebbero, se presenti, un concreto *vulnus* alla posizione del garante.

Il primo riconoscimento espresso della cosiddetta garanzia autonoma risale al 1987, ad una pronuncia del giudice di legittimità a Sezioni Unite⁹² in cui si era affermato che le esigenze del commercio internazionale e dei connessi rapporti interbancari avevano determinato la

⁹¹ V. PICCININI, *op. cit.*, 82 e ss.. A tale prescrizione si è poi adeguata anche la giurisprudenza, cfr. ad esempio Cass. Civ. 21101/2005 e Cass. Civ. 394/2006.

⁹² Nello specifico Cass. Civ. S.U., 1 ottobre 1987, n. 7341.

prassi di contratti fideiussori in parte svincolati dal negozio principale garantito, mediante clausole di pagamento a prima richiesta: tali contratti vengono definiti in questa sede come contratti fideiussori atipici, mantenendo comunque in ogni caso la figura del *garantievertrag* in quanto massima espressione dell'autonomia della garanzia per la rinuncia all'opposizione delle eccezioni spettanti al garantito, al di fuori dal nostro ordinamento⁹³.

Parte della dottrina e la giurisprudenza hanno, nel tempo, cercato di limitare l'autonomia della fideiussione omnibus, contrastandone l'assolutezza, relativizzandola, provando a ricondurre la dinamica obbligatoria nello schema della fideiussione, così da consentire al garante una qualche difesa, ad esempio a fronte di vizi quali *“l'inesistenza del contratto principale; la nullità dello stesso per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il contratto di garanzia ad assicurare un risultato che l'ordinamento vieta; l'esecuzione fraudolenta od abusiva, rientrando in quest'ultima ipotesi anche il caso di adempimento dell'obbligazione principale, se il garante ha fornito prova liquida ed incontestabile di detto adempimento”*⁹⁴.

Successivamente la Cassazione, con diverse pronunce, ha riconosciuto l'ammissibilità di una garanzia dapprima qualificata come fideiussione atipica, poi come vera e propria garanzia innominata, per soddisfare meglio determinate esigenze finanziarie e commerciali, ancorché negando sempre la piena indipendenza dall'obbligazione garantita. Tale limitazione è stata supportata, con il passare del tempo, da differenti motivazioni e, *ex multis*, si faccia riferimento alla causa negoziale del contratto autonomo di garanzia: se la causa della fideiussione risiede, come noto, nell'obbligazione principale, non si pensa che il *garantievertrag* abbia una causa astratta, ma, come la fideiussione, abbia una causa esterna, ancorché differente da questa⁹⁵.

⁹³ G. B. PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., 626-627.

⁹⁴ Così la massima di Cass. Civ. 24 aprile 2008, n. 10652, in *Banca borsa tit. cred.* 2009, 4, 411 con nota di CUCCOVILLO, *Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia*, *ibid.*, 431 e ss.. Tale pronuncia rappresenta solamente l'ultimo e più preciso esito di un percorso in cui l'autonomia piena della garanzia è sempre stata in ultima analisi, negata: cfr., quali tappe storiche della giurisprudenza sul punto, Cass. 4006/1989, Cass. 6496/1991 e 4519/1991, Cass. S.U. 3519/1994, Cass. 8592/1996, fino ad un periodo, dal 2000 al 2006, di sostanziale conferma degli orientamenti espressi nelle pronunce appena riportate.

⁹⁵ Cfr., ad esempio, A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, 86 e ss., F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 365 e G. B. PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»...*, cit., 21, che fanno espresso riferimento all'ipotesi in cui la causa dell'obbligazione garantita sia illecita e ritenendo impensabile che l'ordinamento consenta il permanere in essere, fino al momento dell'escussione, di un'obbligazione che la garantisca e di fatto dia soddisfacimento al creditore.

È sorprendente come in questo caso il formante giurisprudenziale abbia assunto un ruolo caratteristico della Common Law, disciplinando, con precedenti seguiti dalla giurisprudenza successiva come *leading case*, un'obbligazione contrattuale sconosciuta nell'impianto codicistico previsto dal legislatore statale, ed è altrettanto sorprendente il fatto che simili interventi non siano ispirati ad una maggior tutela della parte contrattualmente più debole, o volti a perseguire una qualche forma di equità sostanziale nel caso in cui il legislatore avesse, per ragioni politiche, cagionato uno squilibrio nel meccanismo delle tutele contrattuali delle parti previste dal Codice.

La Cassazione infine, in una recentissima sentenza pronunciata anch'essa a Sezioni Unite⁹⁶, ricostruisce i vari filoni giurisprudenziali e le possibili qualificazioni del contratto autonomo di garanzia rispetto allo schema tipico della fideiussione, come si può agevolmente notare dalla relativa massima: *“Il contratto autonomo di garanzia (cd. Garantievertrag), espressione dell'autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante); inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un "vicario" del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore. [...]”*.

⁹⁶ Cass. Civ. S.U. 18 febbraio 2010, n. 3947, in *D&G*, 2010, con nota di MILIZIA, 159 e ss., in *banca borsa tit. cred.* 2010, 3, II, 257 e ss., con nota di BARILLA', e, nella stessa rivista, 2010, 4, II, 425 con nota di NAPPI, in *DEA*, 2011, 1, 227 e ss. con note di CERINI e GALANTINI.

Le Sezioni Unite sanciscono sostanzialmente tre principi di diritto estremamente rilevanti: innanzi tutto che la garanzia autonoma non si sottrae all'ordinaria disciplina dei contratti e pertanto, se la stessa avesse causa in un negozio nullo o illecito, cadrebbe al pari dell'obbligazione garantita scaturente dal negozio giuridico viziato; in secondo luogo si deve riconoscere la validità di quella giurisprudenza di legittimità⁹⁷ che, non senza contestazioni, era arrivata ad assimilare polizze fideiussorie dell'appaltatore e garanzie autonome, in ragione della funzione economica comune assolta da entrambe, ovvero la copertura del rischio di inadempimento del debitore,; infine che l'inserimento nel contratto di una clausola a prima richiesta e senza eccezioni vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia.

Quest'ultimo punto risulta particolarmente importante, dal momento che molte problematiche relative al *garantievertrag* sono risultate essere di carattere operativo, ovvero distinguere un contratto di fideiussione da uno di garanzia autonoma sulla base di alcune clausole inserite dal garante e valutare l'effetto delle medesime sull'obbligazione di garanzia.

La clausola di pagamento a prima richiesta o a semplice prima richiesta non necessariamente integra la qualificazione della garanzia come una garanzia autonoma: infatti tale clausola, nota anche come *solve et repete* (l'esatto opposto del *beneficium escussionis* ex art. 1944 c.c.), comporta un'astrazione solo processuale della causa, garantendo al fideiussore la possibilità di agire in ripetizione verso il beneficiario solo dopo aver adempiuto alla propria obbligazione, ma è perfettamente compatibile con lo schema ordinario della fideiussione.

Se il giudice, nel valutare la fattispecie in causa a prescindere dal *nomen iuris* dato dalle parti, deve valutare in ogni caso l'effettiva volontà delle parti di porre in essere una garanzia autonoma, la presenza di clausole che determinino la rinuncia ad ogni eccezione, ad ogni difesa, o che si rimettano in tal senso all'insindacabile discrezionalità del creditore, prima

⁹⁷ Si veda ad esempio Cass. Civ. 27 maggio 2002, n. 7712, la cui massima afferma che “*La polizza fideiussoria, tanto se diretta a garantire al beneficiario l'adempimento dell'obbligazione originariamente assunta verso di lui dal contraente della polizza quanto se volta ad assicurargli la somma dovuta per inadempimento o inesatto adempimento, assolve la funzione di garantire un obbligo altrui secondo lo schema previsto dall'art.1936 cod. civ., affiancando al primo un secondo debitore di pari o diverso grado. Ove, però, sia prestata garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore, la polizza fideiussoria non è configurabile come fideiussione, bensì come garanzia atipica (fideiussio indemnitalis), in quanto l'insostituibilità della prestazione dell'appaltatore fa venir meno la solidarietà dell'obbligazione del garante e comporta che il creditore può pretendere da lui solo un indennizzo o un risarcimento, che è prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto*”.

costituiva una presunzione molto forte di autonomia della garanzia⁹⁸, ora invece, grazie alla sentenza delle Sezioni Unite sopra evidenziata, assurgono ad elemento tipico del *garantievertrag* e a manifestazione concreta della ben più astratta e discussa autonomia dell'obbligazione.

3. IL CONTENZIOSO NEL SETTORE FINANZIARIO: L'ASIMMETRIA INFORMATIVA COME CONNOTATO PARIMENTI FISIOLGICO E PATOLOGICO DELLA RELAZIONE CONTRATTUALE

Prima di concludere la sintetica rassegna delle fattispecie giurisprudenziali più significative e rilevanti in una disamina comparatistica va preso in considerazione il mondo dei rapporti tra intermediari finanziari e clienti, in particolar modo i rapporti disciplinati dal D.Lgs 24 febbraio 1998, n. 58, meglio noto come Testo Unico della Finanza (ovvero TUF). Se nei casi precedenti e sopra rappresentati era stata presa in considerazione la relazione tra banca e cliente, pertanto una categoria di rapporti contrattuali disciplinata da una diversa fonte normativa e riconducibile all'attività bancaria in quanto, ex art. 10 TUB, "*esercizio congiunto dell'attività di raccolta di risparmio tra il pubblico e dell'attività di concessione del credito*", in questa sede si considereranno sommariamente le più rilevanti fattispecie di contenzioso relative all'erogazione di servizi e attività di investimento, che, ex art. 1,5 TUF sono "[...] *quando hanno per oggetto strumenti finanziari: a) negoziazione per conto proprio; b) esecuzione di ordini per conto dei clienti; c) sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; c-bis) collocamento senza assunzione a fermo né assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; d) gestione di portafogli; e) ricezione e trasmissione di ordini; f) consulenza in materia di investimenti; g) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione*".

⁹⁸ Cfr. L. RENNA, *Il contratto autonomo di garanzia, cit.*, e G. B. PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito, cit.*, 646 e ss. e, per la giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 11368/2002, 3326/2002, 8424/2001, 6657/2001, accomunate tutte dall'identificare sostanzialmente, quale elemento tipico del *garantievertrag*, la rinuncia alle eccezioni che deriverebbero dal rapporto principale.

Tali servizi possono essere erogati dalle banche o, più comunemente, da intermediari finanziari specializzati ed abilitati all'esercizio nel rispetto del dettato normativo del TUF e possono avere in qualità di clienti destinatari del servizio una categoria eterogenea di soggetti passivi, dalla persona fisica, consumatore o imprenditore, fino ad altre controparti operanti sul mercato.

È stato rilevato⁹⁹, a mio avviso correttamente, che l'asimmetria informativa esistente tra le parti contrattuali, o meglio, considerando l'eterogeneità del settore e dei servizi offerti sul mercato, tra le parti di un'operazione finanziaria, sia uno dei caratteri che maggiormente condizionano i rapporti tra cliente investitore ed intermediari, sia da un punto di vista fisiologico (in quanto circostanza oggettiva) che patologico (in quanto circostanza eziologicamente antecedente al manifestarsi di criticità nell'ambito del rapporto).

Tale asimmetria informativa è determinata principalmente dal fatto che l'intermediario finanziario rispetto al cliente è in possesso di informazioni, relative al servizio offerto, più complete e tecnicamente più precise, ha un accesso privilegiato alle fonti di tali informazioni ed è dotato di mezzi e strutture che gli consentono di interpretarle con maggior precisione scientifica e rapidità. Pertanto la sproporzione oggettivamente riscontrabile in quasi tutti i rapporti con clienti investitori che non siano a loro volta intermediari, banche o soggetti ad essi assimilabili sotto questo profilo, risulta essere inevitabile a monte, dal momento che caratterizza la relazione da un punto di vista soggettivo e ne determina i ruoli di parte contrattualmente debole e parte contrattualmente forte (a differenza di altri casi esaminati in precedenza, ove la disuguaglianza contrattuale tra le parti derivava principalmente da fattori economici e strutturali).

Come sarà possibile rilevare nel prosieguo, molte sono le possibili criticità nell'ambito dei rapporti finanziari tra intermediari ed investitori, ed altresì molti sono i fattori che determinano il sorgere di contenziosi tra loro omogenei, o perché accomunati da profili di tipo oggettivo (ad esempio problematiche relative alla tipologia stessa di servizio offerto) o

⁹⁹ V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 190 e ss.. In ogni caso cfr. anche quanto affermato da J. KAY-J. VICKERS, *Regulatory reform in Britain*, in *Economic Policy*, n. 8, 1988, 340 e ss.. In A. MACCHIATI, *Decisioni finanziarie e mercati dei capitali*, Bologna, 1992, 294 e ss. si evidenzia poi, con un maggiore approfondimento, come la parte contrattualmente debole dovrebbe sopportare costi ed oneri anche per poter ricostruire ex post da un punto di vista informativo e conoscitivo i dettagli dell'operazione posta in atto; si vedano anche R. COOTER-B. J. FREEDMAN, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, in *66 New York Univ. Law. Rev.*, 1991, 1048 e ss., i quali presentano un modello nel quale il *principal* non è in grado neppure ex post di valutare la prestazione dell'*agent*.

soggettivo (ad esempio servizi potenzialmente inadeguati se offerti a determinate categorie di clientela) o fattuale (ad esempio controversie legate ad una specifica condotta tenuta dall'intermediario verso una o più fasce di clientela a prescindere dai servizi offerti nei casi specifici). Sarà pertanto interessante constatare come le maggiori criticità ed i fattori che contribuiscono già *ab origine* ad alimentare il contenzioso nel settore finanziario siano comunque riconducibili o, quantomeno, connessi, all'asimmetria informativa sopra evidenziata.

L'esistenza di siffatta circostanza, ancorché fisiologica in quanto riscontrabile in tutti i rapporti intrattenuti da un intermediario finanziario, non può essere trascurata, proprio perché rischia di condizionare eccessivamente l'andamento della relazione e di disattendere quei principi di diligenza, correttezza e trasparenza identificati dal TUF, all'art. 21, quali "criteri generali" che ispirano l'attività degli intermediari finanziari assoggettati al TUF stesso. Infatti tale articolo afferma che: *"nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità' dei mercati"*.

Tali principi non costituiscono però, va precisato, una novità introdotta con l'emanazione del TUF, dal momento che già la Legge 2 gennaio 1991, n. 1, ovvero *"Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari"*, all'art. 6,1 affermava che: *"nello svolgimento delle loro attività le società di intermediazione mobiliare: a) devono comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente [...]"*.

Tale disposizione, originariamente interpretata come un richiamo ai principi ed alle disposizioni del Codice Civile, è stata successivamente considerata come espressione di una particolare sinergia tra le norme codicistiche, aventi valenza generale nei rapporti tra privati, e la legislazione di settore, specifica e limitata. Proprio il carattere della generalità dei principi di diligenza, correttezza e trasparenza qui richiamati consente all'interprete di sostanziarne il contenuto a seconda del caso di specie, considerato anche il fatto che sotto l'amplissimo

genus dell'intermediazione mobiliare e la prestazione di servizi finanziari si raccolgono operatività molto diverse e difficilmente normabili individualmente¹⁰⁰.

Infatti, scendendo maggiormente nel dettaglio, con riguardo alla posizione dell'intermediario mobiliare, va precisato che già il D.Lgs. 415/1996, noto come "decreto Eurosim", oggi ricompreso nel TUF (T.U. emanato con D.Lgs. 58/1998), prevedeva tra i principi generali di comportamento, l'obbligo per gli intermediari di agire con "trasparenza", art. 17, comma 1°, lett. a) del D.Lgs. 415/1996 ed oggi art. 21, comma 1°, lett. a) TUF, di acquisire dai clienti le informazioni necessarie e di operare in modo da mantenere costante il livello di informazione sulla clientela (art. 17, comma 1°, lett. b) D.Lgs. 415/1996 ed oggi art. 21, comma 1°, lett. b) TUF). Tale disciplina è volta a tutelare la parte debole del rapporto contrattuale, risponde all'esigenza di proteggere il risparmiatore al momento del perfezionamento dell'investimento, ponendo a sua disposizione gli strumenti per conoscere e per rendersi consapevole delle scelte che andrà ad effettuare¹⁰¹.

È chiaro quindi che, al di là della finalità protettiva individuale ve ne sia una più generale, economica e giuridica, ovvero non trasferire sul soggetto che ha agito con correttezza gli effetti negativi degli eventi dovuti alla mala fede o alla grave negligenza delle altre parti del rapporto di intermediazione, soprattutto dove siano stati adottati tutti gli accorgimenti per tutelare la buona fede del cliente. In caso contrario non solo si rischierebbe di pregiudicare i parametri di equità sostanziale che governano i rapporti economici e giuridici, ma tale situazione si rifletterebbe negativamente sull'equilibrio del mercato.

¹⁰⁰ In questo senso si esprimono V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 191-192, F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2001, 103 e ss. e B. INZITARI, *Vigilanza e correttezza nelle attività di intermediazione mobiliare*, in MAZZAMUTO-TERRANOVA (a cura di), *L'intermediazione mobiliare*, Napoli, 1993, 132.

¹⁰¹ Con riferimento all'offerta fuori sede in particolare, va segnalata la disposizione regolamentare che garantisce al risparmiatore un'effettiva informazione sui requisiti abilitanti il promotore e sulle caratteristiche essenziali dell'operazione proposta, con riferimento a costi e rischi, agli obblighi cui l'investitore andrà incontro e alle modalità di trasmissione delle somme da investire: tutte informazioni da fornire al momento del "primo contatto" e risultanti, oltre che dal tesserino del promotore, da copia di una dichiarazione del soggetto abilitato all'offerta fuori sede (cfr. infatti l'art. 23 del Regolamento Consob concernente l'albo e l'attività dei promotori finanziari, 08 aprile 1997, n. 10629).

Peraltro, oltre alla summenzionata norma che impone in via generale all'intermediario di comportarsi in modo diligente, corretto e trasparente¹⁰², l'ordinamento giuridico ha predisposto ulteriori strumenti a tutela diretta e indiretta del risparmiatore, come, ad esempio, il formalismo negoziale¹⁰³, la vigilanza da parte delle Autorità amministrative di settore, alla disciplina della crisi degli intermediari¹⁰⁴, che si riflettono sulla posizione di questi ultimi, dettandone le regole di comportamento ed i limiti della loro responsabilità.

Si può dunque affermare che se le conseguenze di una violazione delle sopra citate regole riscontrabile a carico dell'intermediario inadempiente sono molto severe, sia da un punto di vista contrattuale che sanzionatorio, la massima libertà di azione viene garantita all'intermediario che opera regolarmente, il quale, limitandoci per ora a considerazioni meramente formali e normative, una volta assolti i suoi obblighi, in particolare di adeguatezza informativa, possa svolgere la propria attività esente da responsabilità e/o ulteriori esiti pregiudizievoli.

La dottrina ha sviluppato alcune considerazioni riconducendo tale impianto di tutele e i caratteri della normativa di settore come appena rappresentati ad una riflessione di ordine più generale che nasce dalla storia del diritto commerciale.

È stato affermato¹⁰⁵ che l'obiettivo fondamentale del cosiddetto *ius mercatorum* è rappresentato dall'intermediazione nella circolazione dei beni e che la protezione dell'affidamento degli operatori e fruitori di mercato è predisposta in linea di principio a vantaggio della sicurezza e speditezza dei traffici commerciali.

¹⁰² Sul significato dei principi generali di comportamento sopra menzionati, anteriormente all'entrata in vigore del TUF e dell'attuale normativa di vigilanza, si faccia riferimento, nel vastissimo materiale a disposizione, alle analisi svolte da F. ANNUNZIATA, *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati regolamentati*, Milano, 1993, 289 e ss., G. ALPA, *Decreto Eurosime: la tutela dei consumatori*, in *Società*, 1996, 1066 e P. GAGGERO, in *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Milano, 1997, 124. Sui principi di trasparenza, correttezza e stabilità del diritto del mercato mobiliare come settore del mercato finanziario cfr. R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 1997, 735 e ss..

¹⁰³ Cfr. R. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (prime note sul "neoformalismo" negoziale)*, in *banca borsa tit. cred.*, 1990, I, 776 e ss..

¹⁰⁴ O. CAPOLINO, *Commento all'art. 31*, in AA.VV., *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, cit., 275 e ss..

¹⁰⁵ F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1980, 99 e ss. e 182 e ss.. Significativa anche l'analisi di A. PADOA-SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, S. Donato Milanese, 1992, 37 ss. e 109 e ss. In questo senso anche la prospettiva storico-evolutiva indica come la posizione degli intermediari sia funzionale alla stabilità ed allo sviluppo dei traffici e dunque, pur nella totale salvaguardia dell'affidamento dei terzi, vada garantita al massimo grado.

Il diritto ha pertanto cercato di mantenere in equilibrio le diverse esigenze, pur conservando significativi primati al ceto mercantile, in grado di svolgere l'attività e pertanto protagonista del mercato. Tali considerazioni manterrebbero ancora oggi la loro validità, tanto più per l'attività di intermediazione, ormai per eccellenza rappresentata dalla contrattazione di massa e dagli scambi nel mercato soprattutto mobiliare.

Con il recepimento della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari (cosiddetta *Market in Financial Instruments Directive*, ma indubbiamente più nota con l'acronimo MiFID, si è reso necessario introdurre nell'ordinamento italiano una specifica normativa regolamentare di secondo livello, che desse effettiva e concreta attuazione alle disposizioni di origine comunitaria. Così, in data 29 ottobre 2007, ad esito di un complesso processo di consultazione, la Consob ha adottato due nuovi regolamenti di attuazione del TUF, il primo, n. 16190, avente ad oggetto la disciplina degli intermediari (noto come “regolamento intermediari”) ed il secondo, n. 16191, avente ad oggetto la regolamentazione dei mercati (noto come “regolamento mercati”). Inoltre, Banca d'Italia e, nuovamente, Consob, hanno emanato il cosiddetto “regolamento congiunto”, in materia di organizzazione e procedure che devono essere adottate dagli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio¹⁰⁶.

L'adozione di tali strumenti regolamentari, preceduta dalla modifica del TUF di cui al D.Lgs. 164/2007, si inserisce nel più vasto fenomeno di progressiva attuazione ed adeguamento che ha interessato tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, in quanto destinatari della già menzionata direttiva. A sua volta, peraltro, tale normativa rappresenta soltanto una tappa, seppur fondamentale, del più ampio processo di armonizzazione ed integrazione dei mercati finanziari avviato dalle istituzioni comunitarie a partire dagli atti Ottanta e lungi dall'essere concluso: di fatto il legislatore europeo in pochi anni è intervenuto nel senso di riscrivere letteralmente la disciplina di interi settori del mercato mobiliare, restii, in passato, ad innesti eteronomi. Gli interventi appena menzionati vanno comunque ufficialmente ricondotti ad un

¹⁰⁶ A tali regolamenti principali se ne aggiungono altri, adottati peraltro nella stessa data, cui si fa appena cenno nella presente nota: Banca d'Italia ha approvato il regolamento in materia di capitale minimo e di operatività all'estero delle SIM, nonché di modalità di deposito e sub-deposito delle disponibilità liquide e degli strumenti finanziari della clientela, mentre in data 24 ottobre 2007 è stato approvato il regolamento della Banca d'Italia in materia di vigilanza prudenziale delle SIM.

vero e proprio “piano”, il *Financial Services Action Plan*, documento approvato dalla Commissione europea l'11 maggio 1999 e che consta di differenti stadi di attuazione¹⁰⁷.

L'attuazione della MiFID nell'ordinamento giuridico italiano va a collocarsi temporalmente in un momento storico ed economico caratterizzato dal clamore suscitato dalle vicende legate alla vendita dei titoli Cirio, Parmalat e dell'Argentina, assumendo quindi rilevanza non soltanto giuridica, in virtù del rispetto degli obblighi di derivazione comunitaria, ma anche sotto il profilo sociale, con riguardo alla necessità di rendere effettive tutele e forme di protezione degli investitori, specialmente piccoli risparmiatori riconducibili al *genus* dei consumatori. Tali aspetti sono pertanto rilevanti in quanto l'introduzione di una normativa regolamentare attuativa nuova e rivoluzionaria come il *corpus* adottato in ottemperanza alla direttiva MiFID ha già intrinsecamente, anche senza tener conto delle specificità della situazione italiana e le esigenze di tutela rivendicate da più parti, una certa forza destabilizzante, dovendosi riconsiderare in ogni caso il bilanciamento di interessi economico-sociali sottesi alla nuova normativa.

Dopo aver considerato brevemente non solo le fonti normative del settore in esame, ma anche i principi giuridici ricorrenti al variare ed all'evolversi delle stesse, è possibile proseguire rappresentando i trend più rilevanti seguiti dalle manifestazioni di conflittualità tra le parti contrattuali nei rapporti finanziari; a tal fine un autore¹⁰⁸ ha schematizzato efficientemente non solo le tipologie di azioni proposte più frequentemente, bensì i relativi rimedi giuridici richiesti e le possibili conseguenze sui contratti.

Si tratterebbe della domanda dichiarativa di nullità del contratto di intermediazione mobiliare stipulato con la banca per violazione di norme imperative ovvero per mancanza di forma o di causa (art. 1418 c.c.), della domanda di annullamento del contratto per dolo o errore sull'identità dell'oggetto, ovvero su una qualità essenziale della prestazione (art. 1429, n. 2, c.c.), della domanda di risoluzione del contratto da inadempimento (art. 1453 c.c.), della domanda di responsabilità contrattuale (o precontrattuale, o anche extracontrattuale) della

¹⁰⁷ Per quanto esposto a proposito della MiFID e per i cenni alla normativa regolamentare della Consob, cfr. S. BASTIANON, *L'integrazione dei mercati finanziari in Europa: la MiFID e la recente normativa italiana di recepimento*, in *Dir. Un. Eur.*, 2, 2008, 255 e ss.. più in generale vedasi F. DURANTE, *Con il nuovo regolamento intermediari, regole di condotta “flessibili” per la prestazione di servizi d'investimento*, in *Giur. Merito*, 2008, 03, 628 e ss..

¹⁰⁸ Cfr. A. LAMORGESE, *Considerazioni sparse sulla responsabilità degli intermediari finanziari nella giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1, 2009, 17 e ss..

banca per la violazione degli obblighi informativi o per conflitto di interessi imputato alla banca negoziatrice (artt. 1218, 1337, 1338, 2043 c.c.).

A siffatte domande giudiziali è possibile ricondurre alcune criticità comuni, come, ad esempio, la violazione dell'obbligo di pubblicazione di un prospetto informativo da parte dell'intermediario finanziario, la mancanza della forma scritta del contratto, in particolare con riguardo a talune tipologie contrattuali (vedasi il caso, ad esempio, dell'operatività in derivati, fondata su di un contratto quadro e successive operazioni stipulate in esecuzione dello stesso), la violazione delle sopra esposte *know your customer rule* e *suitability rule*, ovvero più in generale degli obblighi informativi previsti, nelle negoziazioni dei titoli mobiliari nei confronti dei clienti-risparmiatori, dalla normativa Consob, le conseguenze sul contratto in termini di responsabilità della violazione degli obblighi informativi e, infine, la gestione delle situazioni di conflitto di interessi dell'intermediario.

In giurisprudenza sono riscontrabili tendenze e correnti omogenee e contrastanti, a seconda del caso preso in esame: a volte la materia, nonostante la difficoltà oggettiva per l'interprete nell'applicare a fattispecie caratterizzate da un tecnicismo fuori dal comune delle normative affastellate e piuttosto complesse, non sembra dividere l'opinione dei giudicanti. In altri casi invece, e per casi si fa riferimento alle categorie come sopra sommariamente descritte, si manifestano contrasti giurisprudenziali tra il primo ed il secondo grado, ovvero tra giudici appartenenti al merito.

Pur essendo pacifico che alla radice del voluminoso contenzioso finanziario siano sottese parimenti ragioni di natura obiettiva, quali la materia stessa dell'intermediazione finanziaria e le normative emanate a più livelli, con un rilevante grado di specificità, e ragioni di natura soggettiva, quali, ad esempio, la condotta tenuta dalle parti e, in particolare, dalle cosiddette controparti contrattuali forti e dai loro rappresentanti/procuratori, andrebbe valutata l'incidenza di un diverso ordine di circostanze.

L'adeguatezza dell'informazione nei rapporti tra intermediari finanziari e clienti è non solo il fulcro che sostiene l'impianto normativo vigente nel nostro ordinamento e, più in generale, nell'UE, ma anche l'elemento che, in ultima analisi, determina l'insorgere o meno di controversie. Infatti il cliente dovrebbe essere realmente reso edotto della natura, dei rischi e dei benefici di una determinata operazione e, più in generale, del rapporto contrattuale che

perfeziona¹⁰⁹: la carenza di una conoscenza effettiva dell'operatività dei rapporti, sotto un profilo sostanziale, possibile solo tramite un atteggiamento da parte della controparte forte che sia di fattiva collaborazione e di perseguimento della trasparenza, non solo di mera esecuzione di adempimenti prescritti dalla legge, è probabilmente il fattore scatenante del contenzioso.

Tale circostanza infatti incide sulla categoria della volontà contrattuale e sulla prestazione del consenso, la quale, se sganciata da una conoscenza piena ed effettiva, non può non essere viziata, se non da un punto di vista strettamente giuridico, da un punto di vista economico e operativo.

Al fine di verificare quanto appena affermato, dopo aver riepilogato le normative in tema di intermediazione finanziaria ed aver svolto brevi considerazioni circa le più frequenti casistiche ricorrenti tra le controversie sorte nel settore, è opportuno esaminare due fattispecie tipiche di contenzioso in ambito finanziario, entrambi riconducibili, ovviamente, al problema delle asimmetrie informative ed esporre le dovute considerazioni.

La prima fattispecie che si prende in considerazione rappresenta un caso di contenzioso contrattuale circa l'operatività in derivati di una società con una banca, ed è stata oggetto di una sentenza di merito piuttosto recente, per la precisione Trib. Milano del 19 aprile 2011¹¹⁰, toccando argomenti quali il conflitto di interessi tra intermediario e cliente, gli obblighi informativi dell'intermediario e la sottoscrizione – e relativa efficacia – della dichiarazione di “operatore qualificato”, tematiche di cui si occupavano, stante la vigenza del regolamento Consob 11522/98¹¹¹, gli artt. 28 e ss. del medesimo.

Tali articoli costituivano la specificazione e la concreta attuazione dei principi sanciti dall'art. 21 TUF precedentemente menzionati e dettagliavano gli obblighi posti in capo all'intermediario finanziario o alla banca, alla parte forte della relazione contrattuale.

¹⁰⁹ Così D. MAFFEIS, *Forme organizzative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione di servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 585. Se la normativa arriva al punto di determinare non solo gli standard di comportamento che i destinatari devono rispettare, ma anche le modalità organizzative effettive che devono essere poste in essere per perseguire il rispetto di tali prescrizioni, si può ben comprendere come la riduzione o l'azzeramento dell'asimmetria informativa non costituisca una mera intenzione del legislatore, una ratio della normativa, bensì un obiettivo che si intende raggiungere o, comunque, al cui raggiungimento sia necessario, *ex lege*, tendere.

¹¹⁰ Commentata in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 6, II, 748 e ss., con nota di GIRINO.

¹¹¹ Trattasi del riferimento normativo di II livello applicabile al caso qui in esame, ad oggi espressamente abrogato, e antecedente i regolamenti Consob 16190 e 16191 del 2007.

Così, ad esempio, l'art. 29 del regolamento Consob 11522 imponeva l'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione in relazione al profilo dell'investitore. Siffatta valutazione, se letta in combinato con l'art. 21 TUF ha contribuito a costruire un sistema di doveri informativi articolati su più piani distinti, benché connessi funzionalmente tra loro: il dovere dell'intermediario di informarsi, pertanto di conoscere approfonditamente e secondo un parametro di diligenza specifica, le caratteristiche dei servizi finanziari commercializzati, il dovere dell'intermediario di informare il cliente, trasmettendo tali conoscenze attivamente e ancora obblighi di informarsi, in questo caso sul cliente e sulle sue caratteristiche di investitore (ad esempio è obbligatorio valutare la propensione al rischio dei singoli clienti)¹¹². Il regolamento Consob 11522 prevedeva comunque un'esclusione dall'ambito soggettivo di applicazione delle norme appena descritte, in presenza di clienti qualificabili come operatori qualificati. Se l'art. 31 comma 2 del regolamento dapprima identificava come operatori qualificati gli intermediari stessi e le banche, i promotori finanziari e soggetti ad essi professionalmente ed istituzionalmente assimilabili, successivamente estendeva tale status a *“ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante”*.

¹¹² V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 193 e ss.. Il nuovo regolamento Consob, 16190/2007, struttura tali obblighi in modo differente, non descrivendo nel dettaglio i singoli comportamenti previsti, bensì considerando implicito il dovere di acquisire informazioni veritiere e complete sui servizi e sui clienti. Si riporta per maggior chiarezza il testo dell'art. 31 del citato Regolamento Intermediari: *“1. Gli intermediari forniscono ai clienti o potenziali clienti una descrizione generale della natura e dei rischi degli strumenti finanziari trattati, tenendo conto in particolare della classificazione del cliente come cliente al dettaglio o cliente professionale. La descrizione illustra le caratteristiche del tipo specifico di strumento interessato, nonché i rischi propri di tale tipo di strumento, in modo sufficientemente dettagliato da consentire al cliente di adottare decisioni di investimento informate. 2. La descrizione dei rischi include, ove pertinente per il tipo specifico di strumento e lo status e il livello di conoscenza del cliente, i seguenti elementi: a) i rischi connessi a tale tipo di strumento finanziario, compresa una spiegazione dell'effetto leva e della sua incidenza, nonché il rischio di perdita totale dell'investimento; b) la volatilità del prezzo di tali strumenti ed eventuali limiti di liquidabilità dei medesimi; c) il fatto che un investitore potrebbe assumersi, a seguito di operazioni su tali strumenti, impegni finanziari e altre obbligazioni aggiuntive, comprese eventuali passività potenziali, ulteriori rispetto al costo di acquisizione degli strumenti; d) eventuali requisiti di marginatura od obbligazioni analoghe applicabili a tali strumenti. 3. Se l'intermediario fornisce ad un cliente al dettaglio o potenziale cliente al dettaglio informazioni in merito ad uno strumento finanziario che è oggetto di un'offerta al pubblico in corso ed in relazione a tale offerta è stato pubblicato un prospetto conformemente agli articoli 94 e seguenti del Testo Unico, l'intermediario medesimo comunica al cliente o potenziale cliente le modalità per ottenere il prospetto. 4. Quando è probabile che i rischi connessi con uno strumento finanziario o con un'operazione finanziaria che combinano tra loro due o più strumenti o servizi finanziari diversi siano superiori ai rischi connessi alle singole componenti, l'intermediario fornisce una descrizione adeguata delle singole componenti e del modo in cui la loro interazione accresce i rischi. 5. Nel caso di strumenti finanziari che incorporano una garanzia di un terzo, le informazioni relative a tale garanzia includono dettagli sufficienti sul garante e sulla garanzia, affinché il cliente al dettaglio o potenziale cliente al dettaglio possa compiere una valutazione corretta della garanzia”*.

Tale disposizione consentiva pertanto agli intermediari ed alle banche di esimersi dalla responsabilità derivante dall'adempimento dei doveri informativi sopra rappresentati e dall'eventuale obbligo di astensione previsto dall'art. 29 comma 1 del regolamento Consob 11522 semplicemente facendo sottoscrivere al rappresentante legale della persona giuridica cliente una dichiarazione su cui, almeno inizialmente, non avrebbero dovuto svolgere alcuna verifica di effettiva veridicità¹¹³.

In caso di operatività in conflitto di interessi, circostanza ben rappresentata dall'art. 27 del regolamento Consob 11522, in applicazione del disposto dell'art. 21 lett. c) TUF, era previsto che *“gli intermediari autorizzati vigilano per l'individuazione dei conflitti di interessi”* e che gli stessi *“non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo, dalla prestazione congiunta di più servizi o da altri rapporti di affari propri o di società del gruppo, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione”*. È chiaro che il legislatore non intende vietare in senso assoluto le operazioni effettuate in uno stato di conflitto di interessi, bensì determina le soglie di tutela per le controparti degli intermediari, imponendo, con la tecnica già vista in precedenza, doveri informativi e adempimenti formali specifici.

Ciò posto, la generalità delle disposizioni e l'assenza nella normativa sia di primo che di secondo livello di una definizione esplicita di conflitto di interessi, oltre all'oggettiva eterogeneità della fattispecie, non possono far altro che alimentare ed accrescere il contenzioso tra intermediari e clienti, anche in considerazione dei margini di incertezza che possono essere sfruttati da operatori spregiudicati al fine di ottenere un maggiore profitto o, comunque, di sfruttare da un punto di vista economico la propria superiorità informativa rispetto alla controparte.

La giurisprudenza nel settore ha tendenzialmente offerto soluzioni contrastanti fin dal merito, con la formazione di filoni giurisprudenziali su base locale e non motivati da un'effettiva ricognizione di un'interpretazione condivisa delle norme¹¹⁴.

¹¹³ V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 202 e ss..

¹¹⁴ Per una disamina delle casistiche più frequenti si faccia generale riferimento a T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento e rimedi civilistici*, in AA.VV., *La tutela del consumatore dei servizi finanziari. Applicazioni giurisprudenziali e attuazione delle direttive Mifid*, Napoli, 2007.

Focalizzandosi quindi su Trib. Milano del 19 aprile 2011, va evidenziato che, secondo la massima della sentenza del giudice ambrosiano, con riguardo all'accertamento da parte dell'intermediario dello status di operatore qualificato in capo alla propria controparte contrattuale, *“il dato letterale della disposizione dell'art. 31 reg. Consob (11522/1998), con l'indicazione del possesso della competenza ed esperienza nel periodare principale ed il riferimento alla dichiarazione per iscritto nella subordinata, pone un evidente accento sul requisito di ordine effettuale. L'intermediario che riceve tale dichiarazione può essere considerato esonerato dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto ma, quantomeno sulla base di sempre immanenti obblighi di buona fede, non potrà non tener conto di dati certi di inesperienza e incompetenza in suo possesso”*¹¹⁵.

Parimenti, con riguardo al divieto per l'intermediario di operare in conflitto di interessi con la controparte, a meno che la stessa sia un operatore qualificato, si rileva che *“l'obbligo di agire. in situazione di conflitto di interessi, in modo da assicurare comunque al cliente trasparenza ed equo trattamento discende dall'art. 21, comma 1, lett. c), t.u.f., il quale si distingue dal disposto dell'art. 27 reg. Consob 11522/1998. Quest'ultima norma introduce un precetto diverso ed ulteriore (non effettuare operazioni con la propria clientela in conflitto di interessi tranne che nel caso di previa informativa per iscritto in ordine a natura ed estensione del conflitto e di autorizzazione scritta del cliente) che non trova applicazione nei confronti dell'operatore qualificato. La non cogenza applicativa di tale norma autorizza pertanto l'intermediario ad agire in conflitto di interessi, ma non può autorizzarlo a gestire il conflitto*

¹¹⁵ Inoltre il giudice prosegue il suo ragionamento, giungendo ad affermare che *“l'essere operatore qualificato (tanto più se operatore qualificato non professionale) non può significare il venir meno di ogni tutela ai sensi della normativa di settore inerente l'intermediazione finanziaria. Diversamente si perverrebbe alla paradossale conseguenza per cui, per il semplice fatto di essere operatore qualificato, verrebbe legittimato un regime deteriore del cliente rispetto a quello emergente dalla teoria generale dei contratti, ove è pienamente operante il principio di buona fede nella stipula e nell'esecuzione del contratto, previsto in via generale dall'art. 1173 c.c. e, sotto il profilo degli obblighi integrativi, dagli art. 1374 e 1375 c.c., anche in un contesto di protezione degli interessi della controparte. Gli specifici precetti comportamentali, previsti dall'art. 21 t.u.f. e dall'art. 26 reg. intermediari (11522/1998), certamente non possono essere ritenuti esclusi dalla non cogenza applicativa degli art. 27, 28 e 29, e che, al pari di questi, hanno carattere imperativo, nel senso che sono dettati non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato, ma anche nell'interesse generale dell'integrità dei mercati finanziari e si impongono inderogabilmente alla volontà dei contraenti. Ne deriva che, ove le esigenze del cliente (pur non esplicitate né nel contratto-quadro né nei contratti che ne sono seguiti, ma nondimeno costituenti il motivo fondante della stipulazione, una sorta di base comune - altrimenti detta presupposizione - del regolamento intercorso fra le parti) consistano nella necessità di proteggersi da un rischio di cambio, il primo e fondamentale dovere dell'intermediario diligente, corretto e professionale è quello di proporre un prodotto adeguato a tali esigenze, e quindi, almeno tendenzialmente, privo di implicazioni speculative. La violazione di tale dovere non è sovrapponibile col concetto di adeguatezza per tipologia ed oggetto di cui all'art. 29 reg. Consob 11522/98, posto che tale dovere scaturisce sì dall'art. 21 t.u.f., quale norma imperativa di settore, ma è espressione del generale principio di buona fede oggettiva fatto proprio dal diritto generale dei contratti, dovere su cui l'esclusione degli adempimenti di cui agli art. 27, 28 e 29 reg. intermediari non incide minimamente”*.

a suo totale favore, senza garantire un equo e trasparente trattamento ai propri clienti, posto che la trasparenza e l'equo trattamento nella gestione dei conflitti costituiscono precetti basilari, alla cui osservanza l'intermediario è tenuto anche quando il cliente sia un operatore qualificato”.

Un'ulteriore tematica che ha suscitato l'interesse della dottrina e della giurisprudenza riguarda, come anticipato, le conseguenze giuridiche dell'inadempimento, da parte dell'intermediario, degli obblighi dettati dalle leggi vigenti in tema di informativa al cliente, in particolar modo in presenza di controparti che dichiarano di essere “operatori qualificati” o in conflitto di interessi.

Sul punto la Corte di Cassazione¹¹⁶ ha recentemente affermato che: *“in tema d'intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziari, può dar luogo a responsabilità contrattuale, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento. Pertanto, è sufficiente che l'investitore allegghi da parte dell'intermediario l'inadempimento delle obbligazioni poste a suo carico dall'art. 21 d.lg. n. 58 del 1998 (integrato dalla normativa secondaria) e che provi che il pregiudizio lamentato consegue a siffatto inadempimento; l'intermediario ha invece l'onere di provare d'aver rispettato i dettami di legge e di avere agito con la specifica diligenza richiesta”.*

Il dibattito relativo alle conseguenze di siffatti inadempimenti è stato aspro e tuttora non sopito, tra chi ha sostenuto e continua a sostenere, che il fondamento della responsabilità dell'intermediario sia di natura contrattuale, con la conseguenza della domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, e chi ha preferito considerare tali violazioni come violazioni di norme imperative, ex art. 1418, comma 1 c.c., con la conseguenza della nullità del contratto stesso.

¹¹⁶ Cfr. Cass. Civ. 29 ottobre 2010, n. 22147, in *D&G*, 2010, con nota di GALLUCCI e in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 10, 1386.

La nullità del contratto stipulato in violazione delle norme del TUF e dei Regolamenti Consob applicabili sarebbe, secondo alcuni, una nullità virtuale¹¹⁷, ovvero un vizio derivante dalla violazione di norme poste dal legislatore a tutela sì di un interesse generale, ma comunque un interesse di una determinata categoria (i risparmiatori, gli investitori...), azionabile in giudizio esclusivamente dalla parte interessata. Un'ulteriore argomentazione addotta a favore della tesi della nullità virtuale è il fatto che le norme definibili e definite, dalla giurisprudenza, come “di condotta” applicabili agli intermediari non solo non dispongono espressamente la sanzione della nullità del contratto in caso di violazione delle medesime, bensì in nessun provvedimento normativo, né di primo, né di secondo livello, è mai stata esplicitata in alcun modo la conseguenza di tali violazioni¹¹⁸.

È chiaro che una simile incertezza, ovvero l'indeterminatezza sulle conseguenze anche contrattuali della violazione di obblighi imposti ad una delle parti contrattuali, è un aspetto che contribuisce ad alimentare le controversie tra le parti, anche considerando che l'assenza di indicazioni in materia o di riferimenti a determinate categorie giuridiche non solo induce i destinatari di tali obblighi ed i soggetti oggetto di tutela ad interpretare le norme ciascuno a proprio vantaggio, ma anche i vari giudici di merito a fornire interpretazioni tra loro discordanti. L'assenza di un'indicazione esplicita da parte del legislatore e, al contempo, l'assenza di un esplicito rinvio all'interpretazione degli organi giudicanti costituisce una non scelta, l'abdicazione dalle proprie funzioni ed anche la menomazione delle norme emanate a tutela di interessi riconosciuti come generali, pubblici: l'indeterminatezza della sanzione, della conseguenza giuridica di un imperativo concretamente ne svuota di efficacia il contenuto.

In altri casi la nullità di determinati contratti finanziari è stata ricondotta all'indeterminatezza dell'oggetto ex art. 1346 c.c., o per non meritevolezza della causa, ex art. 1322 c.c., ed il

¹¹⁷ Per quanto concerne la nullità virtuale, si faccia riferimento, per la giurisprudenza, a Cass. Civ. 7 marzo 2001, n. 3272 e, per la dottrina più risalente, a N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impresa*, 1987, 551 e ss., VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1997. Più recentemente, con particolare riguardo al diritto finanziario, si vedano V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 25 e ss., A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 107 e ss. e G. D'AMICO, *La tutela dell'investitore in strumenti finanziari tra regole di validità e regole di responsabilità*, in AA.VV., *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 45 e ss..

¹¹⁸ Così V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 251-252, anche con riferimento alle normative più recenti; per alcune considerazioni in materia cfr. *infra*, nt. 122.

ricorso a categorie civilistiche tradizionali mette in luce ancor più nettamente come TUF e normativa regolamentare Consob non siano in grado di fornire un sostegno adeguato in sede giudiziale alle argomentazioni delle parti coinvolte o, in ultima istanza, dell'organo giudicante¹¹⁹.

Sul punto le Sezioni unite della Corte di Cassazione sono intervenute, con una ben nota pronuncia del 2007¹²⁰, statuendo che *“in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, 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 (nella specie, in base all'art. 6 l. n. 1 del 1991) 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 parti (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso”*.

Pur precisando che la fattispecie su cui si erano pronunciate le Sezioni Unite era risalente nel tempo al punto da non essere disciplinata dal TUF, bensì dalla L. 1/1991, va rilevato che la

¹¹⁹ V. PICCININI, *op. cit.*, 258 e ss. e, in particolare, cfr. Trib. Brindisi 18 luglio 2007, citata in nt. 152 e la successiva sintesi sul quadro giurisprudenziale di merito con riguardo al prodotto finanziario “myway”.

¹²⁰ Ovvero Cass. Civ. SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, come massimata in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 12, e commentata in *D&G*, 2008, in *Giust. civ.*, 2008, 5, I, 1175 e ss., con nota di NAPPI, e, ancora, in *Giust. civ.*, 2008, 12, con nota di FEBBRAJO, 2775 e ss., infine in *banca borsa tit. cred.*, 2010, 6, II, 686 e ss., con nota di CORRADI).

situazione non sarebbe, alla luce del contenuto delle regole ad oggi applicabili, sostanzialmente differente.

Il giudice di legittimità suddivide gli obblighi informativi imposti all'intermediario a seconda del momento temporale rilevante, ovvero prima o dopo la stipulazione del contratto, e precisa che le norme che li prevedono possono essere definite esclusivamente come regole di condotta, non di validità, tali pertanto da poter fondare una responsabilità, in caso di violazione delle stesse, meramente contrattuale o precontrattuale, ma mai la nullità della fattispecie negoziale, non incidendo sulla natura dell'atto negoziale.

Gli obblighi dell'intermediario di non effettuare operazioni in conflitto di interessi col cliente non integrano doveri di astensione, la cui violazione darebbe luogo alla stipulazione di contratti contrari a norme imperative e, conseguentemente, nulli, dato che il divieto di compiere operazioni inadeguate o in conflitto di interessi costituisce, al pari del dovere di informazione, una specificazione del primario dovere di diligenza e correttezza nella relazione con cliente, quindi una regola di comportamento. Allineandosi peraltro a quanto già statuito dalla pronuncia Cass. Civ. 29 settembre 2005, n. 19024, le Sezioni Unite non precludono comunque, in seguito all'accertamento della responsabilità contrattuale dell'intermediario o della banca, il risarcimento del danno.

La sentenza appena menzionata è stata oggetto di critiche, soprattutto da parte della dottrina, dal momento che sarebbe incerto se alcune prescrizioni relative all'asimmetria informativa sussistente tra le parti siano esclusivamente obblighi di condotta e non anche norme che determinano la validità dell'accordo sottostante alla fattispecie negoziale. Non tutte le violazioni risulterebbero essere omogenee, considerata la varietà dei tipi negoziali considerati ed anche le possibili forme di violazione, mentre le Sezioni unite tendono a ricondurre i possibili inadempimenti ad un'unica categoria, a cui associare una sola conseguenza, ovvero la risoluzione del contratto con conseguente risarcimento del danno, in luogo dell'azione restitutoria¹²¹.

¹²¹ Si vedano in questo senso A. DOLMETTA, *Strutture rimediali per la violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)*, in *Il Caso.it*, II, 83/2007, D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: Le sezioni unite e la notte (degli investitori) In cui tutte le vacche sono nere*, in *Il Caso.it*, II, 97/2008 e F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione, (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in *Il Caso.it*, II, 92/2008.

In questo caso è chiaro come la dottrina si sia schierata quasi unanimemente a favore di una maggior tutela della parte debole del contratto, mentre la giurisprudenza, soprattutto in ultimo grado, pur riconoscendo la doverosità di una tutela, abbia fatto ricorso a rimedi meno incisivi. La giurisprudenza di merito, a fronte delle numerose controversie (spesso di eclatante livello mediatico) ricondotte dalla dottrina alla macro categoria del cosiddetto “risparmio tradito”, ha sperimentato un frequente ricorso alla sanzione di nullità per contrarietà a norme imperative ex art. 1418, comma 1 c.c., argomentata dal carattere generale degli interessi tutelati dalle regole di comportamento previste dall'art. 21 TUF e dalle corrispondenti norme regolamentari. Tali pronunce erano chiaramente volte a fornire una pronta tutela delle ragioni dell'investitore ed una notevole semplicità operativa consentita dallo strumento della *restitutio*, anche se è stato rilevato che lo strumento della nullità per contrarietà a norme imperative non sarebbe comunque, anche da un punto di vista economico, adeguato alle dimensioni del problema che si pone, oltre che potenzialmente incoerente con alcune disposizioni sistematiche del nostro ordinamento¹²².

Il legislatore, del resto, ha predisposto un corpus normativo estremamente dettagliato e completo sotto il profilo oggettivo, ma lacunoso e vago nel momento in cui dovrebbe andare a prevedere le conseguenze delle violazioni degli obblighi così ben esposti.

Va rilevato comunque che, con una serie di interventi correttivi, da ultimi i D.Lgs. 51/2007 e 271/2007, la sanzione della nullità relativa del contratto è stata introdotta in una pluralità di fattispecie tra loro non omogenee: il difetto della forma scritta richiesta per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori (art. 23, commi 1 e 3 TUF), la deroga pattizia alla disciplina legale della gestione di portafogli (art. 24, comma 2 TUF), l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli e formulari relativi ai contratti di collocamento o di gestione di portafogli conclusi fuori sede (art. 30, comma 7 TUF), la compravendita di prodotti finanziari tra soggetto abilitato e acquirente che agisce per scopi estranei all'attività

¹²² Cfr. A. DOLMETTA, *La violazione di “obblighi di fattispecie” da parte di intermediari finanziari*, in *Contr.*, 2008, 80, G. COTTINO, *Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio, Parmalat, bonds argentini*, in *Giur. it.*, 2006, 541 e F. LUCKACS, *Contro la nullità dei contratti conclusi in violazione delle norme di comportamento da parte degli intermediari*, in *banca borsa tit. cred.*, 2006, II, 512. Per quanto concerne invece eventuali considerazioni di efficienza economica e limitatamente ai costi di eventuali sanzioni civilistiche a carico degli intermediari, cfr. F. DENOZZA, *Il danno risarcibile tra benessere ed equità: dai massimi sistemi ai casi Cirio e Parmalat*, in *Giur. comm.*, 2004, 344. Tali considerazioni sono state ampiamente sviluppate anche dalla dottrina anglosassone, pur in presenza di opposte opzioni di *policy*: si vedano pertanto D. LLEWELLYN, *Regulation of Retail Investment Services*, in 15 *Econ. Affairs*, 1995, 15, G. J. BENSTON, *Regulating Financial Markets: A Critique and Some Proposals*, Londra, 1998, 61 e R. CRASWELL, *Passing on the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, in 43 *Stanford L. Rev.*, 1991, 361 e ss..

imprenditoriale o professionale, pertanto il “consumatore”, nell’ipotesi di cui all’art. 100bis, comma 3 TUF. Non sono comunque state previste invece, come già evidenziato, specifiche disposizioni in ordine ai rimedi applicabili nel caso, più frequente, di violazione delle regole di comportamento previste dal TUF in via di principio (art. 21) e dalle normative regolamentari¹²³.

La problematica è rilevante ed il contenzioso che è ad oggi radicato presso le corti e che continua ad aumentare dovrebbe indurre soprattutto il legislatore ad una scelta ispirata ad un’estrema chiarezza e completezza interpretativa ed applicativa, dato che, per le ragioni esposte in sede di introduzione del presente lavoro circa le criticità nei rapporti tra banche, intermediari finanziari e clienti, per la difficoltà tecnica della materia e per i continui contrasti giurisprudenziali, manca una protezione sostanziale della parte debole¹²⁴.

Non è stata prevista infatti una tutela che operi già a monte, per risolvere o quantomeno ridurre le asimmetrie informative in essere, che non si risolva nello sterile adempimento di obblighi formali da parte di banche ed intermediari, adempimenti che comunque non modificano significativamente lo stato dei rapporti contrattuali e che, rispetto all’effetto desiderato, costituiscono solo un ulteriore costo, da aggiungersi a quelli determinati dalla conflittualità tra le parti.

Il caso dell’operatività in derivati finanziari costituisce un esempio eclatante di quanto appena sopra esposto, dal momento che in tale caso il conflitto di interesse è costante, e le asimmetrie informative sono tali da impedire anche ad una controparte effettivamente qualificata una piena ed effettiva comprensione, tale da poter garantire una valida formazione dell’accordo in sede contrattuale.

Infatti solo un soggetto operante sui mercati finanziari, quale una banca o un intermediario, è in grado di comprendere appieno determinate dinamiche economiche ed è in possesso dei mezzi tecnici e tecnologici per poter effettuare previsioni sufficientemente attendibili sull’operatività in essere; chiaramente non si comprende come una dichiarazione di scienza da

¹²³ A. PERRONE, *Regole di comportamento e tutele degli investitori. Less is more*, in *banca borsa tit. cred.*, 2010, 05, 537 e ss..

¹²⁴ A scopo meramente esemplificativo e senza nessuna pretesa di esaustività si riportano le sentenze di merito che hanno condiviso un’interpretazione coerente con il principio di diritto statuito dalle SS.UU.: Trib. Roma 25 maggio 2005, Trib. Torino 21 marzo 2005, Trib. Alba 19 agosto 2005, Trib. Milano 24 novembre 2005, Trib. Catania 22 novembre 2005. Viceversa avevano preferito una lettura dei doveri dell’intermediario in quanto derivanti da norme imperative, in contrasto con le SS.UU.: Trib. Mantova 27 aprile 2004, Trib. Firenze 19 febbraio 2005, Trib. Ferrara 25 febbraio 2005, Trib. Torino 7 novembre 2005.

parte del cliente circa la propria conoscenza dei mercati finanziari possa sanare una simile situazione. Le tutele disposte dal legislatore non modificano nella sostanza e non impongono la risoluzione né della mancanza di trasparenza quasi intrinseca legata a determinate fattispecie, quali ad esempio i prodotti finanziari derivati, né delle conseguenze dell'esercizio in via unilaterale di alcuni poteri contrattuali, specialmente in ordine alla determinazione del *mark to market* in caso di chiusura anticipata dei derivati, esercitati senza regolamentazione ed in palese conflitto di interessi da parte dell'intermediario¹²⁵.

Ampliando le argomentazioni appena esposte e ricollegandosi a quanto già affermato in precedenza circa l'assenza di rimedi civilistici alle violazioni degli obblighi informativi e al mancato adempimento ai doveri di cui al TUF ed alla normativa regolamentare, si comprende che il problema è logicamente antecedente: tale dato infatti si pone in linea con la generale carenza di disciplina rimediale che caratterizza tutta la normativa ispirata da finalità protettive del contraente debole, compresa la normativa consumeristica, in cui la previsione di specifici doveri di comportamento da assolvere nella fase della formazione del contratto è raramente accompagnata dall'indicazione degli strumenti di tutela operanti in caso di loro violazione ovvero delle possibili conseguenze contrattuali. Il legislatore italiano, nell'integrare le direttive europee con gli strumenti rimediali più idonei in relazione ai rispettivi ordinamenti giuridici, come indicato dall'UE stessa, si è spesso limitato alla predisposizione di un apparato sanzionatorio di natura amministrativa, nulla dicendo in ordine alle conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione delle regole di comportamento¹²⁶.

¹²⁵ La letteratura e la giurisprudenza in materia sono vaste ed eterogenee: si faccia riferimento, per una rappresentazione aggiornata e sintetica della situazione, a D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *banca borsa tit. cred.*, 2011, 5, 604 e ss..

¹²⁶ Non è infatti possibile, con particolare riguardo alla tematica dei rimedi contrattuali, addivenire ad una soluzione identica ovunque: così P. PERLINGIERI, *L'informazione e il contratto*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003, 372. L'intervento del legislatore comunitario in tema di violazione degli obblighi informativi è auspicato da G. ALPA, *La responsabilità degli «intermediari» nel diritto comune, nel diritto speciale e nel diritto comunitario*, in *Corr. merito*, 2005, 1127. Sull'argomento cfr. altresì R. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 415 e ss. e T. FEBBRAJO, *L'informazione ingannevole nei contratti con il consumatore*, Napoli, 2006.

PARTE SECONDA:

LE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION COME POSSIBILE SOLUZIONE: LE APPLICAZIONI NAZIONALI, COMUNITARIE E NEL DIRITTO INGLESE

INDICE: 1. LA DIFFUSIONE DELLE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION NELL'UNIONE EUROPEA ED IN ITALIA, IN PARTICOLARE, NEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO 1.1 IL "MONDO DELLE ADR", IL DIRITTO COMUNITARIO ED IL DIRITTO ITALIANO FINO AL D.LGS. 28/2010 1.2 L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO 1.3 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE ED EVIDENZE STATISTICHE 2. IL CONTENZIOSO CIVILE IN INGHILTERRA: PROFILI GENERALI E CONSIDERAZIONI DI CARATTERE PROCESSUALE 3. ADR E AUTORITÀ DI VIGILANZA IN INGHILTERRA 3.1. LA NORMATIVA FINALIZZATA ALLA TUTELA DEL CLIENTE ED ALLA GESTIONE E PREVENZIONE DEL POSSIBILE CONTENZIOSO 3.2 IL CASO CONCRETO DELLE BANK CHARGES 3.3 ALCUNE EVIDENZE STATISTICHE: FOS VS ABF

1. LA DIFFUSIONE DELLE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION NELL'UNIONE EUROPEA ED IN ITALIA, IN PARTICOLARE, NEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO

1.1 IL "MONDO DELLE ADR", IL DIRITTO COMUNITARIO ED IL DIRITTO ITALIANO FINO AL D.LGS. 28/2010

Per *Alternative Dispute Resolution*, più brevemente ADR, si intendono in senso atecnico tutti gli strumenti diversi dal processo per risolvere una controversia tra due o più parti¹²⁷.

L'espressione è stata coniata ed introdotta nel linguaggio giuridico negli Stati Uniti, nel 1976, da Frank Sander in occasione della cosiddetta *Puond Conference (National conference on the cause of popular dissatisfaction with the administration of justice)*¹²⁸, un momento che ha rappresentato l'emersione del movimento ADR e che ha focalizzato l'attenzione dei giuristi su concetti come "conflitto", "controversie", anche al di fuori della scienza giuridica, in connessione a tematiche appartenenti storicamente a diverse discipline di studio quali ad esempio l'antropologia o la sociologia.

Il movimento ADR fa pertanto riferimento a modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie che storicamente si erano manifestati anche prima del contesto in cui sono stati portati all'attenzione del dibattito giuridico più recente, ma che sono stati recuperati ed analizzati alla luce della crisi del processo giurisdizionale in quasi tutti i sistemi giuridici mondiali e di riflessioni sul significato di accesso alla giustizia e sulla funzione del diritto nella società e nella gestione della conflittualità. In particolare si è osservato come il processo di Common Law, per come strutturato in particolare nel sistema giuridico statunitense, ha riconosciuto agli avvocati delle parti un ruolo di negoziatori efficace anche, e soprattutto, all'esterno della sede giudiziale, in un'ottica transattiva che solo apparentemente si potrebbe qualificare come opposta, o contrapposta, alla logica processuale¹²⁹.

Chiaramente l'esperienza del movimento ADR, tra diversi consensi e critiche, ha portato ad una crescente professionalizzazione dei soggetti coinvolti nelle procedure di composizione

¹²⁷ Per alcuni riferimenti di massima in tema di ADR si faccia riferimento *ex multis* a: G. ALPA, *ADR*, in *Trattato di diritto civile*, II, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, BOULLE-NESIC, *Mediation: Principles Process Practice*, London, 2001, CALLER, (a cura di), *ADR and commercial disputes*, London, 2002, M. DE' COSTANZO, *La mediazione nella giurisprudenza*, Milano, 2007, OCCO-SANTI, *La conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali nel metodo conciliativo*, Milano, 2003, L. FULLER, *Mediation – Its Forms and Functions*, in ID., *The Principles of Social Order*, Duke università Press, 1981, C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006, VENEZIANI-BELLARDI, *Mediazione (dei conflitti)* in *Dig. Comm.*, IX, Torino, 1993.

¹²⁸ Sul punto, il riferimento necessariamente è R. POUND, *The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*, in 29 *American Bar Association Report* 1, 1906, 395 e ss. e F. SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, in 70 *Federal Rules Decisions*, 1976.

¹²⁹ M. GALANTER, *World of deals: using negotiation to teach legal process*, in 34 *Journal of Legal Education*, 1984, 268 e ss. e W. T. MURPHY - S. ROBERTS, *Introduction to special issue of Modern Law Review*, in 50 *Law Review*, 1987, 677 e ss..

stragiudiziale delle controversie: all'inizio degli anni '70 infatti il ruolo di pionieri nel nascente mondo delle ADR spettava ai *community mediation centers*, associazioni private che si occupavano di intervenire in via transattiva in controversie di rilevanza sia civile che penale che, per una molteplicità di ragioni legate sia all'oggetto della controversia, sia alle parti interessate, non trovavano soddisfacente risposta nel sistema processuale americano.

Senza approfondire eccessivamente tali tematiche e la storia delle ADR negli Stati Uniti, basterà ricordare che nel ventennio tra gli anni '80 e '90 che sono state introdotte le prime *court annexed procedure*, vere e proprie forme di composizione alternativa da svolgersi presso gli uffici dei giudici, parallelamente alla sede giurisdizionale tradizionale, e che le *Law Schools* iniziano ad offrire corsi e promuovere la ricerca in tema di negoziazione e comunicazione in presenza di controversie. Gli addetti ai lavori stessi, in siffatto contesto, hanno affrontato le ADR come oggetto di ricerca e strumento di innovazione contribuendo allo sviluppo in senso professionale di tali tecniche ed alla diffusione delle stesse e della cosiddetta "cultura ADR" presso gli utenti¹³⁰.

In questo senso anche l'Unione Europea ha fin da subito ritenuto opportuno aprire un dibattito in tema di ADR, senza però intervenire con strumenti normativi vincolanti per gli stati membri (ad esempio i regolamenti), al fine di non ledere né l'autonomia e la potestà legislativa dei singoli stati, né introdurre una normativa disarmonica rispetto alle singole tradizioni giuridiche secondo il modello del cosiddetto *legal transplant*, evidentemente consapevole dei rischi derivanti in alcuni casi e/o settori dall'uniformare un istituto giuridico tra diversi ordinamenti.

Suddividendo gli interventi dell'Unione Europea a seconda dell'incisività nei confronti dei suoi membri¹³¹, in primo luogo si è cercato di favorire, con strumenti quali le risoluzioni e le comunicazioni, la sensibilizzazione all'accesso alla giustizia, alla riduzione dei tempi e dei costi processuali, alla tutela delle parti deboli nei rapporti contrattuali: ne sono un esempio le conclusioni del Consiglio di Tampere del 1999 ed il Codice di condotta europeo del 02 luglio 2004.

¹³⁰ Cfr. A. PERA - G. M. RICCIO (a cura di), *Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, 2011, 7 e ss..

¹³¹ Per una migliore rappresentazione degli stessi cfr. A. PERA - G. M. RICCIO (a cura di), *Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 57 e ss.

In secondo luogo, invece, si è ricorso a strumenti normativi non vincolanti ma di forte valore paradigmatico al fine di promuovere la legislazione sul tema ADR: è il caso del Libro Verde in materia di accesso alla giustizia del 16 novembre 1993 (COM 93-576) e del successivo Libro Verde sui metodi di risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale del 19 aprile 2002 (COM 196/2002).

In terzo luogo l'intervento dell'Unione Europea è stato finalizzato all'introduzione di una normativa armonica tra gli stati membri, ancorché limitata a una tipologia di risoluzione alternativa delle controversie, ovvero la Direttiva 52/2008 CE del 23 aprile 2008 sulla mediazione in materia civile e commerciale.

La riduzione dei costi di accesso alla giustizia nelle controversie in cui potevano essere coinvolti dei consumatori è risultato essere non solo uno degli obiettivi da perseguire ma anche il vero e proprio *driver* che ha ispirato l'intervento comunitario. Infatti al Libro Verde del 1993 fu demandato il compito di ipotizzare due diverse procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie: una prima in cui il terzo coinvolto presenta una soluzione alle parti ed una seconda ove il terzo si limita ad aiutare le parti ad addivenire ad un accordo transattivo.

La prima procedura, tecnicamente definibile come *adjudicative*, a cui si avvicina anche il più noto arbitrato disciplinato dal Codice di Procedura Civile, è stata poi oggetto di una successiva raccomandazione, nel 1998, al fine di individuare alcuni principi che gli organismi di risoluzione delle controversie dovessero inderogabilmente seguire. La seconda, riconducibile alla mediazione in senso stretto, ovvero alla strategia conciliativa che vede un terzo neutrale assistere le parti affinché trovino un accordo estintivo del giudizio, è stata oggetto di una raccomandazione nel 2001 con le medesime finalità appena sopra evidenziate, anche considerando che proprio questo tipo di procedura è stato identificato come il paradigma da adottare per la risoluzione delle controversie in ambito consumeristico.

Il secondo Libro Verde, presentato dalla Commissione Europea nel 2002 e relativo ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, aveva lo scopo di dettare delle linee guida comuni sulla materia a tutti gli Stati Membri e di dare il via ad una consultazione più ampia possibile non tanto sull'accesso alla giustizia dei consumatori ma sugli strumenti tecnici con cui risolvere, in generale, controversie civili e commerciali. Da tale

documento sono poi scaturiti, in momenti successivi, il Codice europeo di condotta per i mediatori e la Direttiva 52/2008 CE del 23 aprile 2008¹³².

Proprio tale Direttiva rappresenta un tentativo di armonizzare le diverse esperienze ADR nazionali, in particolare con riguardo agli strumenti di mediazione e conciliazione, senza comunque intaccarne la sostanza, ma per colmare lacune e evitare situazioni di assoluta disomogeneità, con un approccio che sembra voler iniziare dalle singole esperienze normative statali oggetto della Direttiva medesima. Al contempo va ricordato che l'oggetto della Direttiva 52/2008, ai sensi dell'art. 1 par. 2, è rappresentato dalla risoluzione delle controversie transfrontaliere, ovvero le controversie tra due o più parti delle quali almeno una è domiciliata in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte. Pertanto si può affermare che lo scopo più immediato del legislatore comunitario sia stato quello di inserire un ulteriore tassello nel processo di creazione di un mercato unico senza barriere di alcun tipo che si frappongano alla libera circolazione dei servizi¹³³.

Osservando i principi espressi nei "Considerando", si può in ogni caso rinvenire l'invito ai singoli Stati membri, oltre al recepimento delle norme contenute nella Direttiva 52, di applicare le stesse norme dettate in questa fattispecie piuttosto limitata anche alla mediazione (e pertanto alle ADR in generale) a carattere interno.

L'intervento normativo dell'Unione Europea si caratterizza così per un sottile equilibrismo in ordine alle proprie competenze e potestà: infatti una normativa generale, che vincola gli Stati al raggiungimento di un "obiettivo normativo", ovvero l'adeguamento, tramite recepimento, al *framework* comunitario da parte di tutti i membri, nel perseguire un fine specifico ed apparentemente limitato detta delle norme generali che costituiscono principi validi trasversalmente nel settore delle ADR in ambito comunitario, cui gli Stati possono anche non adeguarsi immediatamente ma che vanno a costituire un paradigma non trascurabile in sede di regolamentazione del settore ADR.

¹³² Senza soffermarsi eccessivamente sul Codice di condotta sopra citato, è sufficiente evidenziare come con tale strumento, che i mediatori possono adottare su base volontaria, definisca sia la mediazione e le relative possibili procedure, sia una serie di principi condivisi cui l'operato del mediatore deve adeguarsi, dal punto di vista procedurale e deontologico. È evidente come siffatto strumento, ancorché non legislativo in senso stretto e caratterizzato dall'adozione volontaria, abbia una notevole attitudine armonizzatrice in un settore i cui contorni non erano, né sono, ad avviso di chi scrive, ancora ben definiti dal punto di vista giuridico. Cfr. altresì G. COSÌ - G. ROMUALDI, *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Torino, 2012, 131 e ss..

¹³³ A. PERA - G. M. RICCIO (a cura di), *Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 71 e ss.

Prima di prendere in considerazione l'esperienza italiana, il recente recepimento della summenzionata direttiva e, più in generale, l'atteggiamento del legislatore nazionale rispetto alle ADR ed ai rapporti tra ADR e contenzioso bancario, è opportuno soffermarsi sul fenomeno FIN-NET.

La rete FIN-NET, istituita dall'Unione Europea tramite il documento “*Memorandum d'intesa sull'istituzione di una rete per la risoluzione extragiudiziale delle liti transfrontaliere in materia di servizi finanziari nello Spazio economico europeo*” del 30 marzo 1998, attivata poi definitivamente a partire dall'anno 2001, mira ad agevolare la risoluzione di controversie tra consumatori e fornitori in materia di servizi finanziari nell'ambito dello Spazio Economico Europeo. È ovviamente il caso in cui il prestatore di servizi risiede in uno Stato diverso da quello dell'utente¹³⁴.

La ragion d'essere di tale sistema di risoluzione alternativo di controversie risiede nella netta sproporzione sussistente nella maggior parte dei casi tra valore economico della controversia e i costi procedurali e amministrativi che il consumatore dovrebbe sopportare. Tale sperequazione infatti rischierebbe di scoraggiare la prestazione di servizi finanziari transfrontalieri, anche, ed è forse il caso più frequente, tramite strumenti elettronici, senza ovviamente considerare i problemi linguistici che potrebbero emergere in sede giudiziale.

Se dunque all'interno dei singoli Stati, prima dell'istituzione di FIN-NET, erano presenti sistemi nazionali di ADR più o meno evoluti, grazie alla rete il consumatore può adire il sistema ADR più vicino dal punto di vista territoriale e competente nel proprio Stato; quest'ultimo provvederà a trasmettere l'istanza ricevuta al sistema competente territorialmente più vicino alla controparte, il quale ha la responsabilità di risolvere la controversia sulla base delle proprie attribuzioni e nel rispetto della Raccomandazione 98/257. Il fondamento della FIN-NET è la cooperazione tra diversi organi ADR siti in più Stati membri e la necessità di superare barriere che, in caso contrario, impedirebbero a monte lo sviluppo di un intero settore economico. Da ricordare in ogni caso che gli strumenti forniti da FIN-NET non limitano in alcun modo l'accesso a procedure giurisdizionali tradizionali, né la risoluzione alternativa della controversia diretta tra consumatore e prestatore di servizi in via transattiva.

¹³⁴ Per una trattazione esaustiva della rete FIN-NET e delle sue finalità si faccia rinvio a C. MARICONDA, *ADR tra mediazione e diritto. Profili comparatistici*, cit., 189 e ss.. Si vedano altresì *La creazione della Rete FIN-NET*, in www.lexunit.it e ovviamente il sito della rete medesima, http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/ ed il relativo database documentale.

Un ulteriore vantaggio garantito dall'accesso alla rete è la rapidità con cui è possibile dare corso alla risoluzione della controversia, superando immediatamente problematiche quali competenza degli organi e differenze linguistiche o giuridiche che, essendo direttamente interessato l'organo ADR competente nel paese in cui risiede il prestatore di servizi finanziari, non potrebbero essere altrimenti affrontate in sede giudiziaria se non con un notevole aggravio di costi.

Il fatto che gli organi aderenti a FIN-NET debbano rispettare un corpus normativo comune e che la relativa procedura sia governata dalla citata Raccomandazione 98/257 corrisponde da un lato ad un requisito di equità e di efficienza, ovvero che organi ADR differenti coinvolti nella risoluzione della medesima controversia possano agire nel rispetto di un quadro regolamentare uniforme, dall'altro alla realizzazione di uno degli scopi principali del Libro Verde del 2002: garantire che i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra i vari Stati membri dell'UE basino la propria attività su di un insieme comune di principi e linee guida, ancor prima dell'esistenza di normative comuni, o equipollenti, emanate dai singoli Stati.

Quanto appena rappresentato allontana l'istituzione della rete FIN-NET da una finalità genericamente deflattiva del contenzioso, ancorché positiva ai fini più ampi dell'evoluzione delle ADR nello spazio giuridico ed economico europeo: infatti lo sviluppo del mercato dei servizi finanziari transfrontalieri determina ed al tempo stesso richiede una domanda sempre maggiore di meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie meno onerosi e più efficienti della giustizia tradizionale¹³⁵.

Pertanto potenziare tali sistemi è divenuto un obiettivo primario dell'Unione in chiave evolutiva e di crescita di un determinato settore economico, per realizzare dunque non un intervento sul contenzioso bancario e finanziario in generale, ma per facilitare lo sviluppo di un settore ove il rischio di un contenzioso avrebbe potuto determinarne l'arresto, o comunque un rallentamento.

Ciò non deve in alcun modo sminuire la qualità del sistema FIN-NET ed i risultati raggiunti tramite tale strumento, ma deve far riflettere su quali siano le effettive priorità del legislatore europeo e di come l'esistenza di una categoria specifica di contenzioso come quella tra banche (o prestatori di servizi bancari e finanziari) e clienti sia rilevante solo qualora

¹³⁵ Cfr. sul punto alcune riflessioni di C. LEO, *Leggi di tutela del consumatore, dell'assicurato e del finanziato*, in *I contratti*, 1, 2001, 458 e ss..

determini una criticità economica immediatamente percepibile e con impatti circoscritti allo sviluppo di un settore economico.

Per quanto concerne la situazione italiana, è necessario premettere che, in particolare nel settore bancario e finanziario, dal 1993 (anno in cui è entrato in vigore il TUB) ad oggi si sono susseguiti diversi passaggi evolutivi che non hanno mai trascurato la situazione normativa comunitaria in tema di ADR. Infatti proprio nel 1993, ben prima dell'introduzione dell'Arbitro Bancario Finanziario (di seguito, per brevità, ABF) o della mediazione cosiddetta obbligatoria, l'ABI aveva sottoscritto un accordo interbancario finalizzato all'istituzione di un Ombudsman deputato a occuparsi dei reclami della clientela delle banche aderenti in seconda battuta rispetto agli uffici reclami¹³⁶.

Tale iniziativa era fondata su basi esclusivamente private e volontaristiche: all'Ombudsman possono rivolgersi i clienti degli intermediari aderenti, ma l'adesione a tale sistema non ha mai costituito requisito per il legittimo esercizio dell'attività dell'intermediario.

Si tratta infatti dell'adesione, libera, ad un sistema di ADR che dal 2006 è stato istituito in forma di associazione non riconosciuta, il Conciliatore Bancario Finanziario, il cui fine è la promozione e lo sviluppo delle ADR nel settore in discussione; l'adesione all'ABF, di cui ci si occuperà a breve, è obbligatoria e opera rispetto ad un sistema che pone al vertice capo a Banca d'Italia. In questo contesto va considerata la previsione del regolamento dell'Ombudsman secondo cui le sue decisioni sono vincolanti per l'intermediario: il quale, se non adempie, viola dunque gli impegni assunti nei confronti degli altri aderenti al sistema¹³⁷.

Secondo il regolamento convenzionale dell'Ombudsman-Giuri Bancario, adottato nell'ambito della sua competenza e ad oggi in vigore, rientrano le controversie tra investitori e intermediari, che abbiano per oggetto la prestazione di servizi o attività di investimento o comunque le controversie relative ad ogni altra operazione non assoggettata, ex art. 23,

136 Per una più ampia rassegna di dottrina sul tema cfr. S RUPERTO, *L'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 325 e ss., E. DESANA, *voce Ombudsman bancario*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, Agg. I, Torino, 2000, 514 ss.. In argomento, si ricordino anche A. BERLINGUER, *L'arbitrato nel diritto bancario e nel mercato mobiliare*, in RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 225 e ss.; SANGIORGIO-CARRIERO, *L'Ombudsman bancario*, in PROSPERETTI-COLAVOLPE (a cura di), *Banche, Assicurazioni e gestori di risparmio*, Milano, 2009, 203 e ss.; G. CARRIERO, *L'Ombudsman garante della correttezza bancaria*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3, 1995, 481 e ss.; C. M. PRATIS, *L'Accordo interbancario del 1993 per l'istituzione dell'ufficio reclami degli enti creditizi e dell'Ombudsman bancario nell'ambito della tutela del consumatore. Raffronto con analoghi sistemi di altri Paesi della CEE*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, 218 e ss..

137 S. DELLE MONACHE, *Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2, 2013, 144 e ss. in particolare § 7. Sul punto si veda altresì C. CONTI, *Il Conciliatore Bancario e gli organismi di conciliazione nel sistema di soluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Bancaria*, n. 4, 2007, 10 e ss..

comma 4, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, al titolo VI del TUB e dunque esclusa dalla sfera di operatività dell'ABF.

Proprio con riguardo alle controversie non assoggettate al predetto titolo VI del TUB, è importante fare breve cenno alle controversie in ambito finanziario. Con delibera della Consob n. 16763 del 29 dicembre 2008 è stato infatti adottato il regolamento di attuazione del D.Lgs n. 179/2007 concernente la Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob¹³⁸.

Tale regolamento rappresenta l'ultima, ma solo in ordine di tempo, tappa dell'intervento di riforma legislativa avviato nel 2005 e finalizzato a dotare l'Italia, all'indomani del clamore e delle polemiche suscitati dalle vicende Cirio, Parmalat e bond argentini, di nuovi strumenti normativi in materia di tutela dei risparmiatori.

L'art. 27 comma 1 della L. 262/2005 aveva delegato al Governo il compito di adottare un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato e di un sistema di indennizzo in favore degli investitori e dei risparmiatori. In attuazione di tale delega, è stato adottato il citato decreto legislativo del 2007 relativo all'istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, di un sistema di indennizzo e di un fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori. In particolare, l'art. 2 comma 1 stabilisce che *"è istituita una Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob per l'amministrazione, in conformità al presente decreto, dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori"*, rinviando ad un successivo regolamento della Consob la definizione dell'organizzazione della Camera, le modalità di nomina dei conciliatori e degli arbitri nonché le norme per lo svolgimento dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato.

L'art. 3 del decreto prevede altresì la possibilità per l'investitore, nel caso risulti, a seguito dell'esperimento delle procedure di arbitrato amministrato dalla Camera istituita presso la Consob, l'inadempimento da parte dell'intermediario agli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza, di ottenere un indennizzo per il ristoro delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal predetto inadempimento.

¹³⁸ Per tutto quanto esposto anche di seguito in tema di ADR e con filiazione in ambito finanziario, cfr. S. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2010, 4 e ss..

Senza soffermarsi eccessivamente su tale procedura, è rilevante che l'art. 4 comma 1 Reg. Consob, stabilisce che "*la Camera amministra i procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori*". Nonostante l'ampia portata della norma, in realtà l'effettivo ambito di applicazione del Reg. Consob risulta ampiamente ridimensionato.

Per quanto riguarda il profilo soggettivo, occorre chiarire che cosa si intende per investitori e per intermediari: l'art. 1 comma 1, lett b), Reg. Consob, definisce gli investitori come gli investitori diversi dalle controparti qualificate di cui all'art. 6, comma 2 *quater* lett. d), e dai clienti professionali di cui ai successivi commi 2 *quinquies* e 2 *sexies*, del D.Lgs 58/1998, e successive modifiche. In altre parole, ciò significa che rientrano nel campo di applicazione soggettiva del regolamento soltanto le controversie tra gli intermediari e gli investitori al dettaglio, o *retail*, così come definiti dalla direttiva MiFID e dal Regolamento Consob n. 16736 (noto come Regolamento Intermediari).

Per quanto concerne invece i possibili esiti della procedura in esame, in caso di successo della conciliazione, i contenuti dell'accordo sono riportati in apposito processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Peraltro, se le parti non danno spontanea esecuzione alle previsioni dell'accordo conciliativo, il verbale, previo accertamento della sua regolarità formale, è omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha avuto luogo la conciliazione e costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Qualora, invece, non sia stato possibile raggiungere un accordo, su istanza congiunta delle parti il conciliatore formula una proposta rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare. Di tali posizioni il conciliatore dà atto in apposito verbale di fallita conciliazione. In ogni caso, il termine della procedura il conciliatore è tenuto a trasmettere gli atti alla Camera che provvede a rilasciarne copia alle parti che ne fanno richiesta, nel rispetto degli obblighi di riservatezza di cui all'art. 11.

1.2 L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO

Il sistema dell'ABF trova invece fondamento nel Testo Unico Bancario, per la precisione all'art. 128 *bis* introdotto con la L. 262/2005, integrato da una delibera del CICR del 2008 e dalle disposizioni di vigilanza emanate da Banca d'Italia e successivamente modificato dal D.Lgs 28/2010 in tema di mediazione cosiddetta "obbligatoria". Il citato articolo del TUB sancisce che l'adesione al sistema di risoluzione di controversie denominato ABF costituisce condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria di cui al TUB stesso; al contempo i clienti di banche e intermediari finanziari hanno il diritto di accedere all'ABF a prescindere dal rapporto contrattuale in essere: è la normativa a riconoscere l'obbligo citato e il corrispondente diritto di accesso in virtù della natura dell'attività svolta da banche e intermediari, nel cui ambito si colloca pertanto anche la relazione contrattuale con le singole controparti/clienti¹³⁹.

Occorre poi aggiungere che nelle disposizioni regolamentari di Banca d'Italia, sul presupposto che debba riconoscersi esistente un tale diritto del cliente di adire l'ABF si stabilisce che, oltre a dover essere richiamato nella documentazione di trasparenza, questo diritto non può formare oggetto di rinuncia da parte del cliente e deve essere espressamente previsto nel contratto se questo contiene clausole compromissorie o concernenti il ricorso ad altri meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie¹⁴⁰.

Un ulteriore tratto costitutivo, poi, del sistema dell'ABF consiste nel fatto che, come si ricava dal citato art. 128 *bis*, comma 3 esso non può pregiudicare per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento. È riflesso qui un principio che connota i sistemi di ADR come delineati anche dalla normativa comunitaria, i quali non possono impedire l'accesso alla tutela giurisdizionale, diritto che, peraltro, nel nostro ordinamento, costituisce oggetto di una tutela di rango costituzionale.

Chiaramente anche gli intermediari possano sempre accedere alla tutela giurisdizionale dei loro diritti, sebbene la disposizione sopra citata si preoccupi di far salvo il principio solo con

¹³⁹ Per una panoramica sull'ABF estremamente completa dal punto di vista amministrativo e statistico, oltre che per il prezioso punto di vista fornito da Banca d'Italia stessa, cfr. B. DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, n. 70, 2011.

¹⁴⁰ S. DELLE MONACHE, *Arbitro Bancario Finanziario*, cit., 144 e ss..

riguardo al cliente. Sono infatti le Istruzioni di vigilanza a ribadire come sia fatta salva la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi¹⁴¹.

In questa sede appare opportuno focalizzare l'attenzione più che su taluni profili strutturali e/o procedurali dell'ABF e del relativo procedimento decisorio¹⁴², sull'esposizione di talune questioni impropriamente "processuali", al fine di poter poi svolgere le debite valutazioni di efficienza e di coerenza con la funzione deflattiva del contenzioso di settore, oltre a considerare rispetto agli archetipi di mediazione noti e diffusi anche a livello internazionale quali scelte abbia compiuto il legislatore italiano nella definizione del sistema ABF.

Si ricordi solamente, al fine di esporre sinteticamente un aspetto di carattere organizzativo che potrà essere oggetto di confronto nei seguenti paragrafi, che la scelta compiuta dal legislatore di affidare alla Banca d'Italia la cura dei profili organizzativi del sistema di risoluzione alternativa delle controversie con la clientela, operata dalla delibera CICR del 27 luglio 2009, appariva coerente con le disposizioni (allora vigenti) della legge bancaria che conferiscono alla Banca d'Italia un potere di regolamentazione avente ad oggetto l'organizzazione amministrativa ed i controlli interni di banche ed intermediari finanziari, compresi i servizi di bancoposta ai sensi dell'art. 2, comma 2 del D.P.R. 14 marzo 2001, n. 144¹⁴³.

Inoltre, la Banca d'Italia appariva l'ente dotato della competenza tecnica necessaria per assicurare la corretta ed efficace attuazione del "sistema", tenendo conto anche degli obiettivi indiretti che possono riconoscersi nell'istituzione del nuovo organismo, indicato nella stessa deliberazione del CICR come "*utile strumento per migliorare i rapporti con la clientela e la fiducia del pubblico nei prestatori di servizi bancari e finanziari, con effetti positivi anche sul*

¹⁴¹ Si veda, in proposito, anche l'art. 5, comma 2, della Direttiva 2008/52 in materia di mediazione sulle controversie transfrontaliere civili e commerciali.

¹⁴² Che, per completezza, si ricorda essere costituito da un Organo decidente ed una Segreteria tecnica. Il primo si articola in tre Collegi aventi sedi in Milano, Roma e Napoli, la cui competenza territoriale è determinata dal domicilio del cliente dichiarato nel ricorso introduttivo del procedimento: si veda il § 1, Sezione III, delle «Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari» emanate dalla Banca d'Italia il 18 giugno 2009 e pubblicate in *G.U.*, 24 giugno 2009, n. 144.

¹⁴³ Sul punto cfr. ancora B. DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, cit., 14 e ss..

*piano del contenimento dei rischi legali e reputazionali delle banche e degli intermediari finanziari*¹⁴⁴.

Infatti, pur nel diverso e separato ambito operativo, l'obiettivo proprio dell'attività di vigilanza svolta dalla Banca d'Italia e le finalità riconoscibili nell'azione propria dell'ABF mostrano alcuni punti in comune.

In particolare, la Banca d'Italia, nell'esercizio delle sue funzioni, si propone di assicurare il rispetto delle regole della trasparenza da parte di banche e intermediari finanziari sia nella fase genetica dei rapporti obbligatori, mirando alla qualità delle informazioni rese ai clienti affinché la scelta dei prodotti e dei servizi finanziari possa attuarsi con sufficiente consapevolezza, sia nella successiva fase dell'esecuzione dei contratti, che deve rispondere a correttezza e buona fede; finalità sostanzialmente analoghe possono riconoscersi nell'attività dell'ABF, in quanto nella definizione delle regole di trasparenza e buona fede, operata su fattispecie concrete rimesse al suo esame, può determinare un indirizzo interpretativo utile ad orientare gli intermediari partecipanti al sistema inducendoli a rettificare eventuali comportamenti non pienamente in linea con i criteri prescritti dall'ordinamento.

A ciò va aggiunto che la Banca d'Italia è Istituto dotato della necessaria indipendenza richiesta dalla normativa comunitaria, per il migliore esercizio dei poteri attribuiti nonché per l'assolvimento dei compiti e dei doveri spettanti, come espressamente riconosciuto dall'art. 19, comma 3 della citata L. 262/2005, per cui l'affidamento alla stessa di compiti organizzativi del procedimento ABF appare scelta idonea ad assicurare al nuovo sistema l'indipendenza necessaria per il suo buon funzionamento¹⁴⁵.

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo di operatività dell'ABF è bene ricordare che lo stesso è molto circoscritto, *ratione materiae e ratione pretii*¹⁴⁶.

¹⁴⁴ In proposito M. DRAGHI, *Intervento del Governatore della Banca d'Italia*, 16° Congresso AIAF-ASSIOM FOREX, Napoli, 13 febbraio 2010, scaricabile da www.bancaditalia.it, nel cui ambito è stato evidenziato come “un contributo al sostanziale miglioramento delle relazioni tra intermediari e clienti sta venendo dall'Arbitro Bancario Finanziario, operativo dal 15 ottobre scorso. Il flusso dei ricorsi è ininterrotto. I Collegi hanno già preso le prime decisioni. In diversi casi la lite si è risolta a favore del cliente prima ancora della pronuncia del Collegio”.

¹⁴⁵ Al riguardo, si può osservare che l'art. 19 della L. 262/2005 ribadisce il principio di indipendenza sancito dal diritto comunitario, la cui portata non può considerarsi “*circoscritta ai soli compiti di banca centrale, ma si riverbera su tutte le funzioni della Banca (d'Italia, ndr), su tutti i suoi compiti e poteri, ed in particolare sull'esercizio di attività di vigilanza*”: cfr. E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova 2008, 194-195.

¹⁴⁶ Cfr. sul punto e per quanto esposto nell'immediato prosieguo in ordine all'ambito operativo dell'ABF: A. BERLINGUER, *L'ABF tra giudizio e media-conciliazione*, in *Riv. Arbitrato*, 1, 2013, 19 e ss..

L'ABF si occupa infatti solo delle controversie aventi ad oggetto servizi e attività rientranti nel Titolo VI del TUB relativo alla trasparenza e non, ad esempio, di quelle individuate ai sensi dell'art. 23, comma 4, del Testo Unico della Finanza (TUF) relative dunque ad attività e servizi di investimento, al collocamento di prodotti finanziari, ad operazioni e servizi componenti di prodotti finanziari finalizzati all'investimento. Qualora risultasse in concreto difficile stabilire a quale disciplina ricondurre talune fattispecie, come nel caso di prodotti composti assoggettati sia al TUB che al TUF, si rende necessario utilizzare il criterio della prevalenza delle finalità delle operazioni e dei servizi. Inoltre, le disposizioni applicative impediscono all'ABF di statuire sul risarcimento di danni derivanti da cause non riconducibili all'inadempimento dell'intermediario, su beni materiali o servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto ovvero su contratti collegati a quello stipulato con l'intermediario.

Altro limite all'operatività dell'ABF riguarda il valore delle controversie aventi ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro: possono infatti formare oggetto di cognizione da parte dell'Organo solo quelle non superiori a 100.000 Euro. Nessun limite di valore è invece previsto per le domande riguardanti il mero accertamento di diritti, obblighi o facoltà¹⁴⁷.

Infine, l'ABF è soggetto ad una limitazione temporale, non essendo possibile sottoporli controversie sorte anteriormente al 01 gennaio 2009: tale limite, fissato in precedenza al 01 gennaio 2007, è stato posticipato secondo le modifiche apportate dalla nuova disciplina. In vigenza delle vecchie disposizioni il criterio era stato tuttavia interpretato in modo estensivo al fine di poter esaminare fattispecie che, sebbene sorte prima di quella data, rimanevano anche successivamente produttive di effetti. Resta ferma l'operatività della prescrizione che è onere del resistente eppure, non essendo rilevabile d'ufficio.

Per quanto concerne invece la decisione dell'ABF, la sua natura ed i suoi effetti dal punto di vista giuridico, si ricorda che la stessa non produce alcun effetto vincolante azionabile, non derivandone obblighi in sede giurisdizionale.

La Deliberazione del CICR assunta ex art. 128-*bis* comma 2 del TUB, ha adottato, a tal fine, lo strumento della sanzione così detta reputazionale, sulla base del già menzionato

¹⁴⁷ Va comunque precisato che la natura ibrida dell'ABF genera dubbi che si riverberano sull'operatività dell'istituto, in particolare in alcuni casi *borderline* difficilmente classificabili dal punto di vista del valore della controversia, o dei soggetti coinvolti, se più d'uno, dal momento che non sarebbe possibile utilizzare le norme ed i principi dettati dal Codice di procedura civile, cui l'arbitro non è assoggettato, ancorché lo stesso Organo decidente, in frequenti circostanze, non abbia mancato di richiamare disposizioni proprie del codice di rito, ed orientamenti giurisprudenziali della suprema Corte.

Regolamento dell'Ombudsman. L'art. 6, comma 7, della Deliberazione prevede che “*nei casi di inadempimento o di ritardo nell'adempimento della decisione ovvero nei casi di mancata cooperazione dell'intermediario, l'inadempienza è resa pubblica secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia*”. Unica differenza, l'assenza di obbligatorietà, o vincolatività, della pronuncia rispetto al decisum dell'Ombudsman, facilmente spiegabile con la differente natura dei due organi decisorii.

L'analisi del dato normativo porta quindi a concludere che l'intermediario non è obbligato ad adempiere alla decisione dell'Organo.

Per individuare la natura della decisione dell'Organo, occorre allora considerare complessivamente il procedimento, la cui struttura va analizzata nei suoi singoli elementi costitutivi. In primo luogo si osservi che, a differenza di quanto avviene nel caso dell'arbitrato e dell'arbitraggio (di una transazione o di un negozio di accertamento *transattivo*), la banca e il cliente non hanno alcun rapporto diretto con il singolo Collegio. Con l'adesione al sistema ABF, e con la proposizione del ricorso, l'intermediario e il cliente instaurano un rapporto solamente con la Banca d'Italia, il cui oggetto è la trattazione di particolari controversie tra loro insorte.

Con tale adesione l'intermediario non conferisce un incarico di gestione della controversia, come avviene nel caso degli arbitrati, bensì si limita ad autorizzare la Banca d'Italia a irrogargli la sanzione in caso di inottemperanza di una decisione, assunta e comunicata conformemente alla regolamentazione in vigore.

In questa prospettiva, sembra agevole affermare che la decisione dell'Organo è totalmente priva dei caratteri tipici della pronuncia: l'ABF è investito di poteri decisorii ma tale decisione non determina, come atto, la definizione della lite, che solo eventualmente potrà intervenire, al verificarsi di differenti condizioni e, infine, non produce effetti direttamente riferibili alla sfera giuridica delle parti. La decisione dell'Organo non presenta, per altro verso, neppure i caratteri tipici del provvedimento amministrativo, che invece contraddistinguono senza dubbio l'atto di irrogazione della sanzione reputazionale, assunta dalla Banca d'Italia nell'esercizio della sua attività di vigilanza.

In questo quadro, la decisione dell'Organo sembrerebbe allora ridursi ad una sorta di parere *pro veritate*, essendo l'Organo decidente sostanzialmente investito dalla Banca d'Italia dell'incarico di esprimere una valutazione sulla controversia in atto fra l'intermediario e il

cliente: l'ABF svolge un'attività logica, di giudizio, consistente nel prendere posizione rispetto alla controversia attribuendo una ragione e un torto, ma solo in astratto, cioè senza che si producano effetti propriamente accertativi¹⁴⁸.

La Banca d'Italia, sulla base della decisione dell'Organo che, accogliendo il ricorso, faccia prevalere la ragione del cliente, sarà legittimata a irrogare la sanzione all'intermediario soccombente, in caso di sua inerzia nell'attuazione dei comportamenti qualificati nel parere come dovuti. Se la decisione ha accolto il ricorso del cliente, disponendo a carico dell'intermediario l'esecuzione di determinati atti e comportamenti, l'attuazione spontanea della decisione da parte di costui si sostanzia in un riconoscimento della pretesa fatta valere dal cliente, originariamente, con il reclamo previsto dall'art. 4 della Deliberazione del CICR, e poi con il successivo ricorso al Sistema ABF. Un atto di riconoscimento che, se accettato dal cliente costituisce un atto con funzione *transattiva*.

Proprio con riguardo a quanto appena sopra esposto, si evince che l'ABF costituisce una manifestazione di ADR sui generis: infatti nonostante sia definito come "arbitro", ciò che fonda il sistema e che ne garantisce efficacia è l'autorevolezza ed il ruolo ricoperto, in quanto autorità di regolazione, da Banca d'Italia.

Dal momento che la decisione è assimilabile maggiormente ad un parere qualificato piuttosto che ad un qualunque tipo di provvedimento con effetti decisorii, il paragrafo 4 della sezione sesta delle disposizioni applicative non può che confermare come "resta ferma la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela di propri diritti ed interessi".

Pertanto sono ipotizzabili due situazioni: la prima vede un cliente insoddisfatto della decisione dell'ABF rivolgersi alla magistratura ordinaria: qualora la pronuncia finale fosse conforme alla decisione dell'ABF il giudice, si sostiene, potrebbe applicare l'art. 91 c.p.c. e condannare la parte formalmente vincitrice (cioè il cliente) al pagamento delle spese di giudizio. La seconda situazione, invece, immagina che l'intermediario adempia alla decisione

¹⁴⁸ Alla decisione non è associabile alcun effetto che sia riconducibile al giudicato, se non nell'ambito dello stesso Sistema ABF. Essa non può costituire il presupposto per l'emanazione di un decreto ingiuntivo, né può dal giudice esser tratta a fondamento della sua decisione, o considerata quale elemento o principio di prova ai fini dell'emanazione di una pronuncia favorevole alla parte le cui ragioni sono state considerate prevalenti dall'Organo decidente. Quindi non può neppure costituire oggetto di un'eccezione assimilabile a quella *rei iudicatae*.

dell'ABF e che il cliente accetti tale adempimento: tra le due parti si viene a creare in questo modo un contratto vero e proprio¹⁴⁹.

Come noto, l'art. 5 comma 1 del D.Lgs 4 marzo 2010 n. 28¹⁵⁰, aveva reso obbligatorio, in materia di contratti bancari e finanziari, l'esperimento preliminare della mediazione o della procedura istituita ai sensi dell'art. 128 *bis* TUB. L'accesso all'ABF assumeva i tratti di un onere il cui assolvimento consentiva di accedere alla tutela giurisdizionale. L'obbligatorietà del preventivo ricorso al sistema all'ABF (salvo l'esperimento, in alternativa, del procedimento di mediazione) si esprimeva nell'essere stato esso utilizzato per le controversie in materia bancaria e finanziaria, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Tenendo sempre a mente il D.Lgs 28/2010, per mediazione si intende “*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*”. Sempre ai sensi della medesima disposizione, poi, sono qualificate come mediatori le persone fisiche che svolgono l'attività di mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti. La mediazione è funzionale, perciò, a facilitare la formazione di un accordo quale strumento compositivo della controversia in corso: tuttavia, accanto alla mediazione facilitativa, diretta a stimolare la ricerca di una soluzione concordata della controversia, l'art. 1 del citato decreto fa riferimento anche ad una mediazione valutativa, o aggiudicativa, in cui il ruolo del mediatore assume connotazioni di tipo propositivo, finalizzato ad individuare direttamente un'ipotesi di accordo tra gli interessati¹⁵¹.

¹⁴⁹ M. CARADONNA-A. BOSSI, *L'Arbitro Bancario Finanziario quale strumento di gestione delle liti fra gli intermediari finanziari e la propria clientela*, in *Riv. dott. comm.*, 2, 2010, 283 e ss..

¹⁵⁰ Si tratta, come noto, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, recante attuazione dell'art. 60 della L. 18 giugno 2009, n. 59, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Per un'illustrazione generale del decreto in questione si vedano la serie di articoli apparsi in *Le Società*, 2010, 619 e ss., sotto il titolo *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*: I. PAGNI, *Introduzione*, 619 e ss.; G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, 626 e ss.; P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarità e coordinamento*. Si faccia altresì riferimento agli articoli apparsi sulla rivista *Foro Italiano*, 2010, 89 e ss., sotto il titolo *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*: R. CAPONI, *Quadro generale*, 89 e ss.; G. ARMONE-P. PORRECA, *La mediazione tra processo e conflitto*, 95 e ss.; D. DALFINO, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, 101 e ss.. Per un approfondimento di alcuni temi di interesse assicurativo e per ulteriori citazioni cfr. F. MANIORSI, *La mediazione con uno sguardo all'assicurazione*, in *Assicurazioni*, I, 2010, 409 e ss..

¹⁵¹ Cfr. nuovamente A. BERLINGUER, *L'ABF tra giudizio e media-conciliazione*, *cit.*, 19 e ss..

Prima di soffermarsi sulla pronuncia di incostituzionalità che ha colpito il D.Lgs 28/2010, è opportuno considerare come l'attività rimessa all'ABF, come sopra rappresentata sinteticamente, non consiste nell'assistere le parti nella ricerca di una composizione amichevole della controversia. Piuttosto, esiste una qualche assonanza con la mediazione valutativa o aggiudicativa, nel senso che la decisione adottata dall'ABF può essere recepita come contenuto di, o fondare un accordo diretto a definire la controversia.

Un profilo estremamente specifico e tecnico potrebbe separare l'ABF dal sistema della mediazione tradizionalmente intesa: ancorché la decisione dell'ABF sia assimilabile un parere *pro veritate*, è altresì evidente come l'irrogazione di una sanzione reputazione da parte di Banca d'Italia in qualità di organo di vigilanza del sistema bancario e l'obbligatorietà dell'adesione al sistema ABF da parte di banche ed intermediari finanziari (come condizione pregiudiziale allo svolgimento dell'attività bancaria stessa) avvicini forse il sistema ABF più alla categoria degli strumenti di diritto amministrativo, piuttosto che alle ADR.

Con sentenza del 6 dicembre 2012, n. 272 la Corte Costituzionale, chiamata a verificare, tra i vari profili di presunta incostituzionalità eccepiti dai ricorrenti in relazione al D.Lgs 28/2010, principalmente l'eccesso di delega legislativa del Governo rispetto alla legge delega di riferimento, si è espressa statuendo, come da relativa massima, che *“l'istituto della mediazione civile è a carattere generale ed è destinato ad operare per un numero consistente di controversie, in relazione alle quali il carattere dell'obbligatorietà non trova alcun ancoraggio nella legge delega”*¹⁵².

¹⁵² Si riporta qui di seguito uno stralcio delle motivazioni della sentenza: *“Orbene, la detta legge delega, tra i principi e criteri direttivi di cui all'art. 60, comma 3, non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione. Sul punto l'art. 60 della legge n. 69 del 2009, che per altri aspetti dell'istituto si rivela abbastanza dettagliato, risulta del tutto silente. Eppure, non si può certo ritenere che l'omissione riguardi un aspetto secondario o marginale. Al contrario, la scelta del modello di mediazione costituisce un profilo centrale nella disciplina dell'istituto, come risulta sia dall'ampio dibattito dottrinale svoltosi in proposito, sia dai lavori parlamentari durante i quali il tema dell'obbligatorietà o meno della mediazione fu più volte discusso. Non si potrebbe ritenere che il carattere obbligatorio sia implicitamente desumibile dall'art. 60 citato, comma 3, lettera a). Tale disposizione, nel prevedere che la mediazione abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, aggiunge la frase «senza precludere l'accesso alla giustizia». Si tratta, però, di un'affermazione di carattere generale, non a caso collocata in apertura dell'elenco dei principi e criteri direttivi e non necessariamente collegabile alla scelta di un determinato modello procedurale, tanto più che nella norma di delega non mancano spunti ben più espliciti che orientano l'interprete in senso contrario rispetto alla volontà del legislatore delegante di introdurre una procedura a carattere obbligatorio. In particolare: l'art. 60, comma 3, lettera c), dispone che la mediazione sia disciplinata «anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5», recante la definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia. Gli articoli da 38 a 40 di tale decreto (poi abrogati dall'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010) prevedevano un procedimento di conciliazione stragiudiziale nel quale il ricorso alla mediazione trovava la propria fonte in un accordo tra le parti (contratto o statuto). Il modulo richiamato dal legislatore delegante era, dunque, di fonte volontaria, il che non si concilia (pur volendo considerare quel richiamo come non vincolante) con un'opzione a favore della mediazione obbligatoria”*.

Per tale ragione, e per superare il rilievo della Suprema Corte, la mediazione obbligatoria è stata reintrodotta dal più recente DL 21 giugno 2013, n. 69, noto con la denominazione comune di “decreto del fare”, come convertito in legge dalla L. 9 agosto 2013, n. 98. Pertanto è sempre più evidente la volontà del legislatore nazionale di fare ricorso alle ADR nel sistema di giustizia civile italiano.

1.3 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE ED EVIDENZE STATISTICHE

In sede di conclusioni del presente paragrafo, è bene svolgere alcune considerazioni di ordine generale sul tema delle ADR, in particolare con riguardo al settore che si esamina.

Diverse sono le visioni circa le finalità dell'istituto della mediazione nell'ordinamento italiano, specialmente dopo l'entrata in vigore del D.Lgs 28/2010: premesso che è possibile estendere quanto si esporrà in tema di mediazione a tutte le ADR, quasi una *sineddoche* in un'ottica che faccia prevalere la finalità e la funzione degli istituti sulle differenze sostanziali e formali degli stessi, è evidente che per il legislatore nazionale, convinto fautore della normativa, la funzione primaria è presumibilmente costituita dalla finalità deflattiva del processo. La situazione in cui si trova in Italia la giustizia civile è drammatica e qualunque iniziativa volta a migliorare le condizioni dell'amministrazione della stessa non può che essere accolta positivamente.

Al contempo, chi si occupa da lungo tempo della materia ritiene estremamente limitativa questa visione e sottolinea come la mediazione possa mutare radicalmente la gestione del conflitto, giungendo dal lato più prettamente giuridico ad elaborare delle soluzioni alle quali la giustizia statale non può giungere, dovendosi attenere a criteri di ragione-torto e, dal lato maggiormente relazionale, a trasformare positivamente il rapporto tra le persone, giungendo così a migliorare la loro qualità di vita. Entrano così in considerazione valutazioni e principi di natura certamente molto elevata, quali la sussidiarietà della giurisdizione rispetto alle forme così dette "alternative" di risoluzione delle controversie, ed il valore morale della composizione della lite. In quest'ottica, addirittura, si invertirebbe la prospettiva, in quanto, in

omaggio al principio di sussidiarietà della giurisdizione, sarebbe quest'ultima ad assumere il carattere di metodo alternativo di risoluzione delle controversie¹⁵³.

Una considerazione che va svolta, tenendo in considerazione l'analisi economica del diritto ed i suoi insegnamenti, è certamente costituita dalla possibilità che la mediazione possa in effetti funzionare nella pratica, che abbia sostanzialmente successo.

La mediazione prevista dal decreto legislativo è necessariamente "amministrata", ossia affidata ad un organismo di mediazione, iscritto in un apposito registro, che deve a sua volta necessariamente avvalersi di soggetti in possesso di una particolare abilitazione, che si consegue col possesso di diversi requisiti: di qualificazione, di formazione e di onorabilità. La definizione italiana non si discosta da quella resa dalla *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* del 2002, che prevede la presenza di uno o più terzi, privi del potere di imporre una soluzione vincolante alla disputa.

In Italia si è molto discusso, in merito alla definizione legislativa di mediazione, se questa dovesse o meno limitarsi alla sola mediazione così detta facilitativa, dove il mediatore, come già precedentemente accennato, assume esclusivamente un ruolo cosiddetto maieutico aiutando le parti a raggiungere esse stesse una soluzione astenendosi nel modo più assoluto non solo dall'effettuare valutazioni, ma anche dal generare egli stesso opzioni negoziali volte ad una possibile conciliazione. In un approccio valutativo, invece, il mediatore pur non potendo emettere una decisione vincolante può esprimere proprie valutazioni in ordine al merito della questione, e tali valutazioni possono poi tradursi in una proposta di accordo¹⁵⁴.

Il legislatore italiano, dopo un dibattito a tratti anche acceso, ha deciso di comprendere entrambi gli stili di mediazione nell'ambito della definizione normativa, pur dando una certa prevalenza, almeno temporale, all'approccio facilitativo¹⁵⁵.

Il legislatore europeo aveva scelto, invece, come già evidenziato in precedenza nel presente paragrafo, di considerare nell'ambito della direttiva sulle controversie transfrontaliere in

¹⁵³ J. LANDE, *Principles for Policymaking About Collaborative Law and Other ADR Processes*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2007, 22, 617 e ss., il quale definisce l'espressione "alternative dispute resolution" come "conceptually problematic but [...] embedded in the vernacular and hard to avoid" e fonda la sua critica sul fatto che "[i]t raises empirical issues about which processes are most common and philosophical issues about which processes do or should have greater value than others".

¹⁵⁴ Sulla distinzione proposta si veda F. LUISO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in www.judicium.it.

¹⁵⁵ L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it.

materia civile e commerciale solo il modello di mediazione facilitativa, pur senza comunque precludere il secondo modello.

In primo luogo dunque va sottolineato come forse, al di là delle diverse tipologie di mediazione previste in linea teorica e delle diverse forme di ADR, la normativa italiana in esame non intenda forse abbracciare ogni strumento di risoluzione delle controversie, alla sola ed unica condizione che il terzo neutrale sia privo del potere di emettere decisioni vincolanti.

Questo è, ad esempio, l'approccio adottato dalle *International Chamber of Commerce ADR Rules*, le quali, come risulta chiaro già dal titolo, riguardano ogni possibile tecnica di ADR e la mediazione sarà adottata soltanto in assenza di un diverso accordo tra le parti. Non pare diverso, peraltro, l'approccio della summenzionata *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, che adotta un criterio molto simile a quello del legislatore italiano: definire la tecnica di ADR in modo molto ampio, con riferimento, particolarmente, al fatto che il terzo è neutrale e privo della possibilità di adottare decisioni vincolanti, ammettere che il *conciliator* possa in ogni momento effettuare una proposta alle parti, prevedere esplicitamente una sorta di clausola aperta ad ogni forma presente e futura di ADR che rispetti tali condizioni.

Un'altra questione definitoria di carattere generale è legata all'identificazione delle tipologie di mediazione previste dal decreto, con particolare ancorché non esclusivo riguardo all'obbligatorietà: quest'ultima costituisce senz'altro una delle scelte caratterizzanti della normativa di recente introduzione, oggetto altresì della già citata pronuncia costituzionale n. 272/2012 e della nuova normativa dettata dal DL 69/2013.

La modalità tecnica con la quale l'obiettivo era stato perseguito era di rendere l'esperimento del tentativo di conciliazione una condizione di procedibilità dell'azione. Si precisa,

opportunamente, che si tratta di condizione di procedibilità e non di proponibilità, per non escludere, nemmeno temporaneamente, la competenza giurisdizionale¹⁵⁶.

Quanto ai rapporti col processo, possono distinguersi i casi in cui la mediazione è condizione di procedibilità dell'azione e quelli in cui non lo è, potendo la condizione di procedibilità derivare direttamente dalla legge o dalla volontà delle parti, volontà espressa, si deve ritenere, tanto in via preventiva e generale in relazione ad un rapporto o serie di rapporti in essere tra le parti, quanto con riferimento ad una singola controversia già insorta, in analogia con quanto accade nell'arbitrato, quanto, ancora, in adesione all'invito rivolto dal giudice nella mediazione delegata, che presuppone pur sempre l'accordo delle parti.

Quanto alla fonte dell'obbligo, questa può essere la legge o la volontà delle parti, ancora una volta espressa in via generale o con riferimento ad una singola controversia attuale o potenziale, spontaneamente o su sollecitazione del giudice.

E' evidente come la mediazione abbia dal punto di vista sostanziale tutti i requisiti per svolgere efficacemente la funzione deflativa delle controversie che determinano il sovraccarico della giustizia ordinaria italiana, e la menzione sintetica di alcune statistiche lo può suffragare anche dal punto di vista meramente quantitativo: ad esempio si può affermare che il tasso di successo della mediazione è consistentemente alto e si attesta tra il 60% e l'80%. I dati derivano tanto dall'esperienza internazionale, quanto dall'esperienza italiana settoriale. Per quanto, infatti, il D.Lgs 28/2010 abbia disciplinato per la prima volta in maniera organica la mediazione, l'istituto non era ignoto all'ordinamento italiano.

Dunque si possono citare i dati ufficiali del Corecom Lombardia, diffusi a fine 2009, che rivelano un esito positivo del tentativo di conciliazione nell'81,08% dei casi nel quadriennio 2006-2009. Un'indagine condotta a livello nazionale e relativa all'anno 2008 fissa la

¹⁵⁶ Sono state proposte diverse classificazioni della mediazione introdotta dal d.lgs. n. 28/2010. Fermo restando, infatti, l'assoggettamento dei vari tipi di mediazione al medesimo procedimento, parte della dottrina identifica tre diversi tipi di mediazione, individuandone l'elemento discrezionale nei presupposti. Si potrebbero pertanto distinguere, secondo CUOMO-ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 51 e ripresa da L. DITTRICH, *op cit.*, 4 e ss.: a) una mediazione volontaria stragiudiziale ed extraprocessuale; b) una mediazione stragiudiziale ma endoprocessuale, nel caso della mediazione c.d. "delegata" e c) una mediazione extraprocessuale ed extragiudiziale obbligatoria, costituita dalle ipotesi menzionate dall'art. 5, comma 1, del decreto mediazione. Altri, e segnatamente FABIANI-LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. notariato*, 2010, 4, 893 e ss. propongono di individuare tre specie di mediazione: obbligatoria, facoltativa (che include tanto quella proposta spontaneamente dalle parti, quanto quella suggerita dal giudice) e concordata (quando sia obbligatoria in forza di una previsione contrattuale generale). Secondo invece A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 143 si ravvisa l'esistenza di quattro specie di mediazione: a) la mediazione meramente "facoltativa" su diritti disponibili (art. 2); b) la mediazione "delegata" dal giudice su consenso delle parti (art. 5, comma 2); c) la mediazione "concordata" dalle parti come obbligatoria nel contratto, statuto o atto costitutivo (art. 5, comma 5); d) la mediazione "obbligatoria" *ex lege* (art. 5, comma 1).

percentuale di successo per le conciliazioni amministrative condotte da organismi diversi dalle Camere di Commercio all'84%. Analoghi risultati positivi vengono riportati dall'esperienza estera, dove le percentuali di successo riferite variano dal 60% all'80%¹⁵⁷.

Con riguardo al settore del contenzioso tra banche, intermediari e clienti l'introduzione di strumenti ADR, obbligatori o meno, ispirati alla mediazione ovvero ad altri modelli risolutivi, può dunque beneficiare in senso lato degli effetti deflativi sopra ben evidenziati.

Al tempo stesso dalle considerazioni appena sopra svolte sulla mediazione in generale e sulla varietà degli stili d'intervento a seconda dell'oggetto della controversia o della natura delle parti, emerge prepotentemente come il ricorso a strumenti di ADR possa apportare una serie di benefici a tutto il sistema bancario: una composizione amichevole, in ottica transattiva, delle controversie evita che il cliente perda fiducia nella banca di riferimento e nel sistema stesso, rafforzando la relazione contrattuale corrente tra le parti in un'ottica di sempre maggiore fidelizzazione della clientela; poi, un minore ricorso alla giustizia ordinaria comporta una riduzione di costi operativi per banche ed intermediari (costi facilmente scomponibili in spese legali per l'assistenza in giudizio, spese per consulenze tecniche e/o interventi di terzi specialisti, costi, spesso ingenti, derivanti dalle diverse appositioni a bilancio di somme contestate o controverse), con un immediato e conseguente beneficio anche per la clientela, che nel *pricing* dei diversi prodotti vedrebbe diminuite alcune componenti derivanti dal costo per la litigiosità del settore; infine una maggiore efficienza nelle relazioni e nella composizione delle controversie non potrebbe che giovare all'efficiente allocazione dei fidi alla clientela, *retail* e *corporate*, con un beneficio indiretto all'economia nazionale, ed alla qualità dei crediti detenuti da banche ed intermediari, con positivi riflessi

¹⁵⁷ Cfr. quali fonti delle statistiche sommariamente riportate: Prospetti allegati alla Relazione del Presidente del Corecom Lombardia al convegno "La conciliazione nelle controversie nelle telecomunicazioni tra volontà delle parti ed obbligo normativo", pubblicato sul sito www.corecomlombardia.it. I Corecom sono organi di governo, garanzia e controllo sul sistema delle comunicazioni in ambito regionale nonché organi funzionale dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM). Cfr. il Terzo rapporto ISDACI sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia ed in particolare V. BONSIGNORE, *La diffusione della giustizia alternativa in Italia nel 2008: i risultati di una ricerca*, in ISDACI, in Terzo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia, 63. Senza pretesa di completezza o di presentare dati statisticamente significativi, si possono citare il tasso di successo dal 70% all'80% nelle *Government construction mediations* ad Hong Kong: vedasi Department of Justice, The Government of Hong Kong, Special Administrative Region, *Report of the Working Group on Mediation*, February 2010, 15; il tasso di successo del 75,5% riportato dal CMC - *Citizens Mediation Centre*, un'iniziativa del Governo del Lagos, nell'anno 2009, vedasi *2009 Annual Report* in http://cmclagos.org/index.php?view=article&id=58%3A2009-annual-report&tmpl=component&print=1&page=&option=com_content&Itemid=63; il tasso di successo del programma di mediazione della U.S. EEOC - *United States Equal Opportunity Commission*, che nel periodo 1999-2008 varia da un minimo del 64,8% nel 2000 ad un massimo del 72,5% nel 2006, vedasi *EEOC Mediation Statistics FY 1999 through FY 2008*, in http://www.eeoc.gov/eeoc/mediation/mediation_stats.cfm.

sia sulla tenuta dei bilanci che sul giudizio espresso dal mercato degli investitori sulle banche stesse.

2. IL CONTENZIOSO CIVILE IN INGHILTERRA: PROFILI GENERALI E CONSIDERAZIONI DI CARATTERE PROCESSUALE

Il diritto processuale inglese rappresenta, sia in comparazione all'ordinamento processuale italiano, sia nel più ampio panorama globale, un caso estremamente interessante e ricco di specificità tecniche e storiche. Ai fini della presente ricerca si procederà delineando i tratti fondamentali del processo civile inglese, in particolare dopo l'entrata in vigore nel 1999 delle *Civil Procedure Rules* (brevemente, note come CPR) per poi soffermarsi su alcuni aspetti necessari per comprendere meglio il diverso approccio al contenzioso in quanto tale e alle ADR.

Le nuove norme di procedura civile sono entrate in vigore a seguito di una profonda e dibattuta riforma che porta la firma di Lord Woolf, incaricato nel 1994 di compilare un rapporto sullo stato della giustizia civile inglese. Lord Woolf ha quindi pubblicato, a distanza di un anno l'uno dall'altro, un *Interim Report* e un *Final Report*, dal titolo *Access to Justice*¹⁵⁸, mettendo in rilievo i maggiori problemi che rendevano difficoltoso o impossibile l'accesso alla tutela giudiziaria alla maggior parte dei cittadini.

Prima di procedere in via maggiormente analitica, è da evidenziare come la portata innovativa e quasi rivoluzionaria delle *Civil Procedure Rules* siano norme di legge raccolte in “*a new procedural code*”¹⁵⁹, una vera e propria novità anche sotto il profilo sistematico in un ordinamento di Common Law, alla cui tradizione i codici sono essenzialmente estranei.

¹⁵⁸ Cfr. come riferimento principale anche per quanto argomentato nel prosieguo: *Access to Justice, Interim Report*, 1995 e *Access to Justice, Final Report*, 1996, a cura di LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT, London. Si veda altresì l'ottima sintesi di C. CRIFO', *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2000, 511 e ss..

¹⁵⁹ Come le stesse norme affermano: cfr. CPR, *Part 1, rule 1.1*. Cfr. sul punto e per le argomentazioni sintetiche che seguiranno anche N. ANDREWS, *The modern civil process. Judicial and alternative forms of dispute resolution in England*, Tübingen, 2008.

Si tratta di un'affermazione che, in linea di principio, non può non essere condivisa. In effetti, il mondo di Common Law non ha conosciuto l'epopea delle grandi codificazioni che ha interessato gli ordinamenti dell'Europa continentale e certamente il dato formale rappresentato dall'esistenza di raccolte di norme denominate “*code*” non deve indurre a ritenere che l'ideologia della codificazione, che tanta parte ha avuto nella storia del diritto dei sistemi di Civil Law tra il Settecento e l'Ottocento, sia mai stata condivisa anche da quelli di Common Law¹⁶⁰.

La causa principale dei summenzionati problemi che affliggevano l'ordinamento giudiziario inglese, riassumibili sotto i tre titoli di complessità, ritardi e costi eccessivi, è stata individuata nei cosiddetti "eccessi del sistema accusatorio", ovvero nell'abuso degli strumenti processuali quale, ad esempio, la *discovery*, oppure la prassi di lasciare alle parti la determinazione dei tempi e spesso anche dei modi di procedere in un'azione giudiziaria.

Il procedimento della *discovery* (ovvero la comunicazione e trasmissione alla controparte di tutti i documenti relativi alla causa e rilevanti per essa) nel sistema processuale inglese ha sempre costituito il modo migliore per garantire alle parti eque possibilità di “ricerca della verità”, consentendo di preparare il proprio caso autonomamente e con i propri tempi, senza alcun intervento dell'autorità giudiziaria, con l'obbligo di produrre fin da subito tutti gli elementi processualmente rilevanti. Tuttavia, la *discovery*, in particolare nei casi più complessi, si è rivelata secondo Lord Woolf un appesantimento a volte inutile e sempre molto oneroso in termini di tempo e di costi in rapporto alla causa stessa; in molti casi tale procedimento consisteva in nulla più che in un esercizio strategico tendente a fiaccare l'avversario e ad ottenere una transazione favorevole.

La riforma è intervenuta su molti livelli: a livello formale e strutturale, lo stile e la terminologia sono stati completamente innovati, e tutta la procedura civile viene incapsulata in un unico sistema (abolendo la preesistente differenza processuale tra *High Court* e *County*

¹⁶⁰ Si veda, per un maggiore approfondimento, L. PASSANANTE, voce *Processo civile inglese*, in ED, ann. III, Milano, 2010, 975 e ss., J. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition*, Stanford, 1969, e E. SILVESTRI, *Diritto americano e codificazione del processo civile: il contributo di David Dudley Field*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2011, 439 e ss..

Courts) di norme "chiave"¹⁶¹, a cui si aggiungono le *Practice Directions* (regolamenti di applicazione); a livello teorico, nuovi concetti e principi ispiratori fanno la loro apparizione. Spicca il concetto di *case management*, ovvero di un rigoroso intervento da parte dell'autorità giudiziaria a partire dal momento della notifica dell'atto iniziale, mirato soprattutto al contenimento temporale delle cause, e quelli di proporzionalità degli strumenti processuali, del tempo allocato e delle spese processuali al valore e alla complessità della causa; infine, a livello tecnico, la competenza per valore viene ridistribuita secondo tre *tracks*, "binari", con complessità processuale variabile a seconda del binario; aumentano gli incentivi processuali (sotto il controllo del giudice) alla conclusione anticipata o extragiudiziale delle cause e tra l'altro le sanzioni per la mancata osservanza di alcuni termini o altre norme chiave, o di ordini del giudice, sono estremamente rigorose.

Una discussione a parte meritano le conseguenze della riforma sul capitolo delle spese ed in generale dei costi processuali: questi seguono la tradizionale regola della soccombenza, ma dalle ricerche empiriche condotte da Lord Woolf e dai suoi collaboratori era emerso come i costi e le spese fossero un punto critico del sistema, pre e post riforma.

Da un lato, infatti, i costi (sia quelli a carico della parte sia quelli dell'amministrazione della giustizia vera e propria) sono eccessivi e sproporzionati, dall'altro gli onorari dei consulenti legali sono - in un sistema dove sono le parti a decidere tempi e modi - onerosi ed imprevedibili. Nel prosieguo sarà evidente come la riforma introdotta da Lord Woolf non sia riuscita pienamente a risolvere tale problematica.

Il principio del *case management*, ovvero dell'intervento diretto e attivo dell'autorità giudiziaria a partire dal momento in cui viene emesso il primo atto d'impulso della procedura e non solo al momento del dibattimento vero e proprio è affiancato dal principio di proporzionalità tra il valore della causa e i mezzi processuali spiegati per risolverla. Entrambi i principi sono strettamente legati, e trovano la loro primaria applicazione nella nuova distribuzione di competenza per valore secondo i tre binari, la cui assegnazione viene decisa dal giudice sulla base dei primi atti delle parti.

¹⁶¹ Divise in Parti secondo un ordine cronologico, dalle norme generali e di interpretazione (*Parts* 1-3), agli atti delle parti e della corte (*Parts* 4-5), alle notifiche (*Part* 6), alla procedura vera e propria (*Parts* 7-25). Seguono poi le norme relative alla attribuzione secondo la competenza per valore e ai tre tipi di binari (il *case management* in pratica, *Parts* 26-30); quindi le norme sulla *disclosure* e sulla istruzione della causa (*Parts* 31-35), la disciplina delle offerte di transazione e dei depositi presso la corte (*Parts* 36-37), quindi le norme sui diversi modi di conclusione della azione (*Parts* 38-41), infine le disposizioni relative alle spese (*Parts* 42-48). Tutte le norme espressamente non abolite preesistenti rimangono in vigore, subordinate all'applicazione dell'*objective overriding*.

Il principio del *case management* viene descritto nell'*Interim Report* come segue: "Esso consiste nel far assumere alla corte la responsabilità finale di far progredire le cause lungo un binario prescelto per un periodo predeterminato durante il quale esse saranno soggette a procedure selezionate che culmineranno in una forma appropriata di risoluzione davanti ad un giudice sufficientemente esperto. Il suo compito ultimo sta nell'incoraggiare la conclusione delle cause al primo momento conveniente: e, laddove il dibattimento sia inevitabile, assicurare che il procedimento proceda il più celermente possibile all'udienza finale, di durata strettamente limitata"¹⁶².

Le CPR non definiscono nei particolari il principio del *case management*, ma piuttosto contengono due liste, una relativa agli obiettivi che il giudice persegue nell'applicare l'obiettivo principale, l'altra contenente i poteri attribuiti al giudice nell'esercizio delle sue funzioni di direzione del procedimento, in aggiunta ai normali poteri della corte.

La prima lista, più rilevante per l'argomento che qui si approfondisce¹⁶³, si trova nella *Part 1.4* delle CPR, e segue la enunciazione dell'obbligo della corte di dirigere attivamente le azioni; essa prevede l'obbligo di identificare le questioni principali all'inizio del procedimento e decidere quali di esse debbano essere decise sommariamente e quali invece in pieno contraddittorio, ma anche l'obbligo di incoraggiare le parti ad usare mezzi alternativi di risoluzione delle controversie e aiutare le parti a conciliare. Sono menzionati anche la possibilità di trattare la causa senza l'obbligo di presenza delle parti e di fare uso della "tecnologia" (ovvero, dell'informatica e della telematica).

A tale ampia gamma di possibilità offerte al giudice nel suo nuovo ruolo, vanno aggiunti i criteri di attuazione dell'obiettivo principale, ed in particolare il criterio della proporzionalità degli strumenti processuali al valore della causa: dalla combinazione di tali due principi deriva la principale applicazione del *case management*, ovvero la allocazione delle azioni ai

¹⁶² Cfr. *Interim Report*, cit., 29.

¹⁶³La seconda invece si trova nella *Part 3*, relativa ai poteri di *case management* della Corte. Tra questi spiccano poteri di aggiornamento, di separazione o riunione di cause, ma anche di tenere un'udienza o assumere testimonianze per telefono o qualsiasi altro metodo di comunicazione orale diretta, e la lista termina con il potere di prendere qualsiasi altro provvedimento allo scopo di dirigere il procedimento e attuare l'obiettivo principale. La lista, come si è detto, non è esaustiva e dà ampio margine al giudice in termini di flessibilità ed inventiva per attuare l'obiettivo principale. La novità più rilevante, tuttavia, sta nella norma 3.3, che dà al giudice il potere di emanare provvedimenti di propria iniziativa, e non solo su domanda di parte, come invece avveniva nella maggior parte dei casi, e nella norma 3.8, la quale stabilisce che tutte le sanzioni previste in qualsiasi norma, regolamento o provvedimento del giudice per violazioni di esse, hanno effetto a meno che la parte in torto chieda e ottenga dal giudice di esserne esentata. Il giudice ha discrezionalità nel concedere tale esenzione sulla base dei criteri enunciati nella norma successiva e un potere generale di rettificare errori di procedura.

vari binari, o *tracks*, allocazione che ha importanti conseguenze per la condotta di una determinata azione, in quanto il ritmo con il quale una azione deve progredire fino ad arrivare al dibattimento, ed il grado di coinvolgimento del giudice in fase pre-dibattimentale (*pre-trial*) aumenta man mano che si passa dal binario per azioni di basso valore (*small claims track*) al binario "veloce" (*fast track*) al binario cosiddetto ibrido (*multi-track*). La differenza tra i binari consiste soprattutto nella durata massima del procedimento a partire dalla notifica dell'atto iniziale e del dibattimento vero e proprio, e nella procedura da seguire, che è relativamente informale nel caso del primo binario e decisa con appositi ordini ed in apposite conferenze pre-dibattimentali del giudice nel caso del *multi-track*.

In realtà i criteri di assegnazione ad un binario piuttosto che ad un altro oltrepassano il mero valore monetario della causa, e secondo la norma delle CPR n. 26.8, essi sono il valore, la natura del provvedimento richiesto (*remedy*), la potenziale complessità delle questioni di fatto, di diritto o dei mezzi di prova, il numero delle parti, il valore e la complessità della domanda riconvenzionale o di qualsiasi altra domanda del convenuto, la quantità di testimonianze orali, la rilevanza della causa per terzi estranei all'azione, e infine il parere delle parti stesse.

A questo punto, dopo un breve ma imprescindibile *excursus* sulla struttura del processo civile inglese, va considerato un elemento trasversale a tutte le giurisdizioni ed alle forme processuali, di cui già si è fatto cenno: i costi e le spese processuali. Tale aspetto è di considerevole perché attorno alla misura delle spese, da chi vengono sopportate e come possono essere rimborsate, ruota il processo e le relative strategie intraprese dalle parti e dai relativi difensori.

Tradizionalmente l'aspetto dei costi del processo non è preso autonomamente in considerazione dalle normative processuali, focalizzate più sulla struttura del processo e sugli aspetti prettamente giuridici, anche se recentemente sia le istituzioni europee, sia il mondo accademico a livello internazionale hanno cominciato ad occuparsi sia della gestione dei costi del processo, sia della copertura degli stessi, non solo con riferimento ai costi sopportati dalle parti, bensì anche ai costi necessari per far funzionare un apparato giurisdizionale e paragiurisdizionale.

Forse la più rilevante manifestazione di interesse a tali problematiche è rappresentata, dopo la già ampiamente citata riforma ad opera di Lord Woolf nel 1999, da uno studio del 2008 da

parte della *Oxford Civil Justice Survey*, che si caratterizza non solo per una prospettiva tipicamente comparatista, ma perché si interroga sull'influenza dell'aspetto costi e spese processuali sulla scelta del foro competente nelle transazioni commerciali avanti carattere internazionale. Attualmente tale problematica costituisce uno dei punti cardine dell'*EU Civil Justice Project*, un'iniziativa paneuropea finalizzata alla ricerca ed all'approfondimento del contenzioso in quanto tematica di studio autonoma ed al contempo interconnessa con diversi altri ambiti e categorie giuridiche, dal diritto processuale, alle ADR fino all'analisi economica del diritto¹⁶⁴.

Si è reso necessario introdurre tali problematiche perché, come si riferirà nell'immediato prosieguo, uno degli elementi di complessità del diritto processuale inglese è proprio rappresentato dai costi e dalla loro difficile prevedibilità e soprattutto predeterminazione.

Per quanto attiene alla situazione dell'Inghilterra, va precisato che l'intero sistema processuale sarà oggetto di un'ulteriore riforma a breve termine e che molti degli aspetti sopra accennati e, chiaramente, delle relative implicazioni sui costi, potrebbero essere differenti.

I punti fondamentali della tematica dei costi processuali nel diritto inglese sono tre: le spese di processo, *court fees*, ad esempio necessarie per coprire i costi di una consulenza o i costi amministrativi e di gestione; le spese legali, ovvero le parcelle degli avvocati che gravano sulle singole parti della causa; il finanziamento, o meglio, la copertura di tali voci di costo.

Con riguardo alle *court fees*, il sistema inglese è particolarmente complesso e, senza entrare nel dettaglio, estremamente variabile a seconda di una considerevole molteplicità di eventi processualmente rilevanti che possono condizionarne la misura, dalla durata e dal numero delle udienze necessarie, fino, ad esempio, alla condotta tenuta dalle parti e dai relativi difensori.

Da un lato va evidenziato come sia chiaro, anche nel diritto processuale inglese, che la ripartizione dei costi tra le parti alla conclusione del processo deve seguire non solo la cosiddetta "regola della soccombenza", bensì rispettare dei criteri di proporzionalità ed equità che possano mitigare un meccanismo altrimenti, in certi casi, rischioso. Dall'altro, la caratteristica dominante dei meccanismi di determinazione dei costi processuali e della relativa redistribuzione alla fine del processo è l'assoluta imprevedibilità, ragion per cui si è reso necessario l'intervento del legislatore, il quale ha affidato, in via preliminare, a Lord Jackson un considerevole lavoro di analisi e di esame della situazione dei costi e delle spese

¹⁶⁴ Sul punto vedasi come riferimento: C. HODGES-S. VOGENAUER-M. TULIBACKA, *The costs and funding of civil litigation. A comparative perspective*, Oxford, 2010, 4 e ss..

processuali finalizzato a quella che è nota come *Jackson costs reform*, in vigore a partire dall'01 Aprile 2013.

L'opera di Lord Jackson, concretizzatasi a livello teorico e analitico nella *Jackson costs review* e, a livello normativo, nella cosiddetta recentissima *Jackson costs reform*, individua con precisione le ragioni dell'imprevedibilità e della rilevanza dei costi processuali in Inghilterra. Fino al 1999, prima della riforma della giustizia civile ispirata da Lord Woolf, buona parte delle spese era coperta dall'intervento rimborsuale da parte dello stato, tramite l'istituto del *civil legal aid*; successivamente è stata riconosciuta la possibilità di recuperare tali rimborsi dalle singole parti processuali, con un'evidente aumento sia dei costi per le medesime, sia delle tariffe per le polizza assicurative per la tutela legale e/o, comunque, per la copertura dei costi processuali.

Ad oggi tale istituto è stato fortemente limitato e riformato, con l'introduzione dell'*Access to Justice Act* (sempre nel 1999) secondo la cosiddetta regola "*no win no fee*", che garantisce al difensore della parte vittoriosa il recupero integrale delle spese sostenute, a scapito della parte soccombente, al fine di non determinare alcuna diseguaglianza nelle possibilità di accesso alla giustizia, ed affidando a forme di assicurazioni private la problematica di reperire tali fondi.

Il problema sottostante, ovvero i costi intrinseci del sistema processuale inglese, non è stato risolto, anzi: secondo alcuni autori un simile meccanismo incentiverebbe i difensori ad aumentare sproporzionatamente le proprie parcelle, inasprando ulteriormente il contenzioso, con un aumento delle spese sia per le consulenze di parte, coperte comunque dalle assicurazioni private, sia amministrative, a causa di una maggiore complessità e litigiosità dei processi¹⁶⁵.

Sposando siffatte considerazioni con il fatto che in sede di implementazione della riforma ispirata da Lord Woolf alcuni elementi, in fase di discussione, anche politica, siano stati stralciati, si può svolgere una considerazione conclusiva: ancorché il diritto processuale inglese sia stato nettamente rivoluzionato, non tutto è andato come si poteva prevedere o sperare. Infatti, per quanto il cuore della riforma fosse affrontare la problematica dei costi introducendo un'efficiente *case management* e ristrutturando un corpus normativo e

¹⁶⁵ C. HODGES-S. VOGENAUER-M. TULIBACKA, *The costs and funding of civil litigation. A comparative perspective*, cit., 314-315 ed anche J. PEYSNER-M. SENEVIRATNE, *The management of civil cases: the Courts and the Post-Woolf landscape*, Research Department/Department of Constitutional Affairs, 2005.

procedurale antiquato e complesso, forse proprio quest'ultimo intento è stato l'unico ad essere pienamente realizzato¹⁶⁶.

Dunque, fino ad aprile 2013 si può affermare che la procedura civile inglese sia stata oggettivamente riformata e ristrutturata sistematicamente, ma i problemi già descritti non siano stati risolti affatto. Questa è la ratio dell'intervento della *Jackson costs reform*, che è intervenuta analiticamente per riformare alcune norme e meccanismi che si ritengono determinanti nell'onerosità del processo civile inglese.

Viene infatti rivista, secondo una prospettiva maggiormente regolamentata e controllata, la possibilità di stipulare accordi affini alla *contingency fee*, potenziata la *disclosure* a tutela delle parti in causa e aggravate le sanzioni per le liti temerarie o per i casi in cui non viene fatto opportuno ricorso a forme di ADR indicate in corso di causa.

Effettivamente un altro risultato da riconoscere alla riforma del 1999 è senz'altro l'introduzione nel sistema giurisdizionale delle ADR, già ben diffuse nel sistema inglese, come meccanismo non più residuale per risolvere le controversie, bensì prioritario, e preferibile al giudizio tradizionale. Le statistiche che si riportano di seguito¹⁶⁷ sono illuminanti su come, dal 2000 al 2007, a fronte di un evidente aumento del contenzioso civile presso le *County Courts*, il numero di cause assegnate ad un *track* giurisdizionale sia sostanzialmente rimasto immutato, se non solo lievemente aumentato nel 2007, a fronte di un sempre maggiore ricorso a forme di risoluzione alternativa delle controversie o a transazioni pre-procedimentali.

ANNO	NUMERO DI CAUSE ISTRUITE	CAUSE ASSEGNATE A UN TRACK	DIFFERENZA
2000	250.442	155.208	95.234
2001	255.035	142.781	112.254
2002	266.625	142.031	124.594
2003	268.042	157.175	110.867
2004	261.666	152.913	108.753
2005	278.019	155.541	122.478

¹⁶⁶ In questo senso cfr. M. ZANDER, *The Woolf reform: what's the verdict?*, in *The Civil Procedural Rules ten years on*, Oxford, 2009, 417 e ss..

¹⁶⁷ Si vedano i dati riportati in C. HODGES-S. VOGENAUER-M. TULIBACKA, *op. cit.*, 292.

ANNO	NUMERO DI CAUSE ISTRUITE	CAUSE ASSEGNATE A UN TRACK	DIFFERENZA
2006	295.372	157.192	138.180
2007	341.956	176.210	165.746

3. ADR E AUTORITÀ DI VIGILANZA IN INGHILTERRA NEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO

3.1 LA NORMATIVA FINALIZZATA ALLA TUTELA DEL CLIENTE ED ALLA GESTIONE E PREVENZIONE DEL POSSIBILE CONTENZIOSO

La tematica del contenzioso tra gli attori dell'ordinamento bancario e finanziario e la relativa clientela, a prescindere dal contesto giuridico in cui la si osserva, è strettamente connessa ad un'altra tematica, ben più discussa per il suo impatto giuridico, sociale e politico: la tutela del cliente in quanto parte contrattualmente debole del rapporto intercorrente con le banche e gli intermediari finanziari, nella maggior parte dei casi del soggetto qualificabile come "consumatore".

L'UE si è diffusamente occupata di tutela del consumatore *tout court* e, in ambito bancario finanziario, è intervenuta approntando diversi strumenti sia sostanziali che processuali e/o amministrativi: l'implementazione di un sistema di ADR da parte dell'UE può peraltro rientrare, a prescindere dalle finalità precedentemente evidenziate, in quest'ottica più ampia e può sicuramente rispondere a molte delle esigenze di protezione e di prevenzione che si possono manifestare nell'ambito del rapporto contrattuale di natura bancaria e finanziaria.

Il modello generalmente adottato affida la competenza in materia di tutela del consumatore alle Autorità di vigilanza di settore, in considerazione dell'elevato grado di tecnicità connesso alle materie regolate e dei benefici che derivano dall'utilizzo, a favore del consumatore, dei poteri regolamentari e di controllo tipici della supervisione finanziaria.

Tuttavia la diversità degli ordinamenti e le differenti configurazioni del settore finanziario hanno fatto riscontrare una diversità di accenti: taluni Paesi, infatti, accentuano i tratti della

vigilanza prudenziale (ad esempio Francia e Spagna), altri riservano particolare attenzione all'utente finale dei servizi bancari (ed è il caso, qui in esame, dell'Inghilterra). Si distacca da tale modello l'ordinamento tedesco che, in materia di tutela del consumatore, predilige l'applicazione – anche al settore bancario – degli strumenti generali di diritto comune ed attribuisce all'autorità di vigilanza competente l'obiettivo della stabilità patrimoniale degli intermediari (e solo implicitamente e per via indiretta quello della tutela del consumatore). A seguito della recente crisi finanziaria, tuttavia, si è riscontrata la tendenza a realizzare un equilibrio tra le due finalità perseguibili dalla vigilanza di settore, ovvero stabilità del sistema e tutela del consumatore. Esse, quindi, convivono con pari dignità e tendono a tradursi, sul piano applicativo, nel rafforzamento dell'elemento che, in ciascun ordinamento, era tradizionalmente meno sviluppato¹⁶⁸.

Proprio considerando il diritto inglese, tale intervento è stato posto in atto con l'entrata in vigore del Financial Services and Market Act del 2012 (brevemente, FSMA 2012), che ha determinato una profonda ristrutturazione organizzativa delle autorità di vigilanza competenti, la Bank of England e la Financial Services Authority (brevemente, FSA), che da Aprile 2013 ha cessato la propria attività conferendo le proprie funzioni di vigilanza sulla condotta di banche e intermediari finanziari alla neocostituita Financial Conduct Authority (FCA) di cui ci si occuperà, sinteticamente, nel prosieguo.

E' pertanto necessario rappresentare l'assetto della vigilanza e della tutela del consumatore nel diritto inglese (ancorché, si ricorda, il presente lavoro non si occupi specificatamente della tutela del consumatore nell'ambito dei rapporti bancari e finanziari, indubbiamente un buon numero di controversie sono riconducibili ad uno schema contrattuale che vede la compresenza di una controparte forte e di una controparte debole, come nel caso relativo al cliente consumatore) per meglio comprendere anche le strutture coinvolte nel sistema di ADR ed i relativi compiti istituzionalmente svolti, considerando che la summenzionata riforma del 2012 non ha intaccato l'assetto delle ADR nel settore bancario e finanziario inglese, né le funzioni sostanziali dei suoi attori istituzionali.

L'attenzione alle istanze di tutela del consumatore è consolidata nella legislazione sia generale che di settore. Assumono particolare rilievo, fino al 2002, le seguenti disposizioni legislative:

¹⁶⁸ G. BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, n. 68, 2010, 29 e ss..

- l’Enterprise Act (EA) del 2002, che contiene disposizioni relative alla tutela della concorrenza, alla disciplina delle insolvenze delle imprese commerciali e alla tutela del consumatore. Con riferimento a tale ultimo aspetto, l’EA recepisce, tra l’altro, la disciplina comunitaria;
- le Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (UTCCRs) che attuano la Direttiva 93/13 CEE in materia di clausole abusive, o “*unfair*”, nei contratti del consumatore;
- il Consumer Credit Act (CCA) 1974, successivamente modificato dal CCA 2006, di cui si farà cenno nell’immediato prosieguo, che disciplina il credito al consumo, il cui esercizio è subordinato al rilascio dell’apposita licenza da parte dell’Office of fair trading (OFT), i cui compiti saranno satinati proprio con riguardo al sistema di ADR inglese. Il CCA si applica ai finanziamenti concessi ai cosiddetti “*individuals*”, intesi come persone fisiche e *partnership* composte al massimo da tre soggetti. In particolare, nel quadro giuridico della tutela del consumatore rientrano le norme del CCA relative alle *unfair relationships*¹⁶⁹.

Il Parlamento inglese ha poi approvato la nuova disciplina di recepimento della Direttiva CEE 2008/48 relativa ai contratti di credito ai consumatori: recepita nel mese di luglio 2010, è entrata pienamente in vigore dal 1° febbraio 2011.

L’ordinamento inglese si caratterizza per un sistema di regolamentazione e controllo da parte delle autorità indipendenti competenti molto forte ed organizzato, oltre ad uno spiccato sviluppo dei sistemi di ADR. L’Autorità preposta alla tutela del consumatore in generale, con riguardo alle transazioni commerciali è l’Office of fair trading (OFT).

Nello specifico l’OFT in qualità di *general enforcer* ha, al pari di altri soggetti individuati dalla legge (i cosiddetti *designated enforcer*) la legittimazione a ricorrere al giudice per ottenere l’emanazione di un provvedimento che inibisca la prosecuzione di condotte in violazione di normative poste a tutela dei consumatori (*enforcement order*). Inoltre, le UTCCRs prevedono che l’OFT debba gestire le segnalazioni dei consumatori (*complaints*) in merito alla vessatorietà di clausole redatte per l’uso generalizzato nei contratti coi consumatori. La competenza a gestire le segnalazioni dei consumatori è attribuita, inoltre, ai cosiddetti *qualifying bodies*, ovvero le singole autorità di settore e le associazioni dei consumatori.

¹⁶⁹ Cfr. A. GEORGOSOULI, *The FSA Regulatory Policy of rule use: a move towards more effective regulation?*, WP University of London/Centre of commercial studies, 2006.

L'Autorità competente in materia di protezione del consumatore nel comparto bancario e finanziario è la Financial Services Authority (FSA), Autorità unica di Vigilanza alla quale il FSMA del 2000, come integrato e modificato dal FSMA 2010, ha attribuito esplicitamente competenze in materia di *consumer protection*, nonché in ordine alla stabilità del sistema finanziario. Pertanto è opportuno ricordare che ogni riferimento e/o menzione fatta all'FSA con riguardo al presente deve essere inteso come alla neocostituita FCA.

L'FSA, secondo quanto stabilito dal FSMA fin dal 2000, vigila su banche, *building societies*, assicurazioni, intermediari non bancari e associazioni di categoria con poteri di regolazione, oltre che sui cosiddetti *mortgage lenders* (soggetti che effettuano mutui ipotecari, diversi dalle banche e dalle *building societies*) e alcune imprese professionali con una significativa attività d'investimento. Alla FSA, sono state inoltre attribuite funzioni di *qualifying body*, nel 2001, in relazione alla disciplina delle clausole vessatorie (UTCCRs) e di *designated enforcer*, nel 2004, accanto all'OFT, per quanto concerne l'applicazione, nel settore bancario e finanziario, della disciplina generale di tutela del consumatore ai sensi dell'EA. La ripartizione di competenze tra OFT e FSA è affidata ad un accordo, tecnicamente un *Memorandum of Understanding*, tra le due autorità stipulato a luglio 2006, di cui si farà cenno nell'immediato prosieguo.

Il FSMA 2010 ha peraltro introdotto un nuovo strumento di tutela, il *consumer redress scheme*, molto interessante per le tematiche che qui si esaminano e per gli impatti sul contenzioso tra banche e clienti: l'FSA ha infatti il potere di imporre agli intermediari “un programma di risarcimento” a favore dei consumatori nel caso in cui appaia che gli intermediari abbiano violato in maniera sistematica le norme che ne regolano l'attività e ciò abbia comportato perdite, effettive o anche solo potenziali, che darebbero diritto ai consumatori di rivolgersi all'autorità giudiziaria ovvero al sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Proprio il fatto che tale strumento sia stato affidato all'FSA permette di comprendere ancora meglio il ruolo centrale affidato dall'ordinamento inglese alle autorità di vigilanza anche rispetto agli strumenti di diritto comune.

Un ruolo fondamentale nella prevenzione e nella predisposizione di adeguati strumenti di gestione del possibile contenzioso è indubbiamente svolto dalla normativa di trasparenza bancaria e dalle cosiddette norme di *self regulation*.

Le istruzioni di vigilanza emanate dall’FSA sono raccolte nell’*FSA Handbook* ed hanno un contenuto analogo, in termini di ambito applicativo e finalità perseguite, alle istruzioni di vigilanza di Banca d’Italia, ancorché il diverso ruolo e soprattutto i diversi poteri attribuiti all’FSA attribuiscono a questa categoria normativa un ruolo più pregnante per tutti i soggetti vigilati. Il *Banking Code* invece, ovvero il codice di condotta elaborato dalla British Bankers’ Association (BBA), dalla Building Societies Association (BSA) e dalla Association for Payment Clearing Services (APACS), detta norme di trasparenza che regolano i rapporti tra gli intermediari aderenti e le persone fisiche in materia di conti correnti, depositi al risparmio, servizi di pagamento, carte di debito o di credito, prestiti e scoperti. Il rispetto del *Code* da parte degli intermediari aderenti è oggetto di controllo da parte di un comitato istituito dalle medesime associazioni promotrici del Code.

Prima di considerare la tematica delle ADR in rapporto al contenzioso bancario e finanziario, può essere utile accennare brevemente ad una serie di iniziative che caratterizzano ulteriormente il ruolo delle autorità di vigilanza nel mondo anglosassone: è il caso della *financial education*.

Le iniziative regolamentari e di trasparenza finalizzate alla protezione del consumatore infatti rischiano di non produrre benefici apprezzabili se non sono accompagnate da un accrescimento delle conoscenze finanziarie degli individui che consenta loro di acquisire consapevolezza dei rischi e delle opportunità del mercato. In Inghilterra l’FSA è da tempo attiva nel campo attraverso la promozione di diversi programmi di educazione finanziaria. Il legislatore del FSMA 2000 ha attribuito alla FSA il compito di promuovere la conoscenza del sistema finanziario tra il pubblico; il FSMA 2010 ha, di recente, ulteriormente rafforzato l’impegno del Paese sul tema elevando a rango di Agenzia indipendente (*the Consumer Financial Education Body*) la preesistente struttura operante all’interno della FSA, che tuttavia conserva uno stretto legame con il nuovo organismo. La nuova agenzia ha assorbito le funzioni della precedente unità dell’FSA, denominata *Financial Capability*, dedicata al coordinamento di tutte le iniziative di educazione finanziaria del Regno Unito. La FSA ha peraltro pubblicato nel 2006 una “strategia nazionale” in materia di educazione finanziaria e

ha condotto una rilevazione statistica per identificare le necessità e i target di progetti di educazione finanziaria¹⁷⁰.

Il sistema di ADR è focalizzato su di un ente indipendente di natura istituzionale, il Financial Ombudsman Service (brevemente FOS), disciplinato dal già menzionato FSMA 2000, come integrato e modificato successivamente nel 2010.

Tale normativa ha ricondotto a unità, creando un organismo unico, i preesistenti cinque organismi ADR nei settori bancario, finanziario e assicurativo, ed è poi integrata dalle norme di dettaglio sul funzionamento del sistema contenute nel capitolo *Dispute Resolution* dell'*Handbook* della FSA, oltre che dalle disposizioni interne redatte dal FOS e sottoposte all'approvazione dell'FSA. Sostanzialmente il FOS si può considerare un ente autonomo che ha incorporato i preesistenti Ombudsmen operanti nel settore bancario, finanziario, assicurativo ed immobiliare, per integrare e completare un sistema di “*self regulation*” unitamente ai già considerati FSA e OFT (per come era strutturato il settore della vigilanza bancaria, finanziaria ed assicurativa prima del 2013) ed al fine di risolvere stragiudizialmente e ricorrendo a formalità procedurali estremamente ridotte le controversie in materia bancaria e finanziaria¹⁷¹.

Il FOS dunque, ancorché operativamente e funzionalmente autonomo, è stato inquadrato nel sistema di vigilanza inglese nell'ambito istituzionale dell'FSA. I legami con il regolatore sono di due tipi: da un punto di vista strutturale, la nomina di talune figure rilevanti all'interno del FOS, il *Chief Ombudsman* ed i componenti del *Board*, oltre allo stabilire il budget annuale attraverso la definizione dei contributi dovuti dagli intermediari. Da un punto di vista funzionale, la FSA determina aspetti cruciali dell'ambito di operatività del FOS (l'ambito della *voluntary jurisdiction*, l'ampiezza del danno risarcibile, i soggetti che possono adire il

¹⁷⁰ Sono stati identificati sette progetti principali: per la scuola, per i giovani adulti, per i lavoratori, per i consumatori, per i nuovi genitori, per gli strumenti online e per la consulenza generica. Su questi temi la FSA ha implementato autonomamente alcune iniziative: ad esempio, ha curato un sito di informazione e supporto ai consumatori e ha fornito assistenza telefonica su svariati temi; ha individuato taluni soggetti ai quali mette a disposizione fondi ed esperienze per lo sviluppo di progetti ritagliati sulle esigenze dei destinatari. Le risorse sono raccolte attraverso numerose fonti: governative e della FSA stessa, contributi degli intermediari, fondi destinati ad opere caritatevoli, salvo il potere della FSA, nel corso dello sviluppo del progetto, di identificare la necessità di ulteriori risorse e i soggetti tenuti a versarle.

¹⁷¹ Per un riferimento al dibattito sviluppatosi all'introduzione del presente assetto organizzativo di vigilanza e di gestione delle controversie si faccia riferimento a: *Review of Banking Services in the UK, Cruickshank Report*, March 2000, § 4.79; R. JAMES, *Private Ombudsmen and Public Law*, Aldershot, 1997, ch 3; C. SCOTT-J. BLACK, *Cranston's Consumers and the Law*, London, 2000, 139 e ss.; R. W. HODGIN, *Ombudsmen and Other Complaints Procedures in the Financial Services Sector in the United Kingdom*, *Anglo-American Law Review*, 21, 1992.

FOS), oltre ad approvare le norme di procedura definite dal *board*. La motivazione di tali forti interrelazioni risiede probabilmente nella considerazione che l'esistenza stessa e le modalità di funzionamento dell'Ombudsman sono funzionali al conseguimento da parte dell'FSA dell'obiettivo, assegnatole del FSMA, di protezione del consumatore come già delineato precedentemente¹⁷².

Il FSMA prevede peraltro, con riferimento alle relazioni tra FSA e FOS, le seguenti "responsabilità" dell'FSA: a) nei confronti del potere politico, attraverso l'obbligo dell'FSA di riferire all'HM Treasury (ed il corrispondente potere di quest'ultimo di controllare l'operato dell'FSA, anche con riguardo all'esercizio del potere di nomina – da parte di quest'ultima – del *board* del FOS); b) nei confronti della magistratura, attraverso la possibilità per i ricorrenti di poter adire il *Financial Services and Markets Tribunal*; c) nei confronti dell'industria finanziaria e dei consumatori, a livello reputazione e di trasparenza nei confronti degli utenti, in relazione all'obbligo dell'FSA di organizzare un meeting annuale per la pubblica discussione della relazione al "Tesoro" e la presentazione di quesiti circa le modalità di esercizio delle proprie funzioni¹⁷³.

Peraltro, come precedentemente accennato, un *Memorandum of Understanding* tra FSA (oggi risottoscritto con la neocostituita FCA) e FOS¹⁷⁴ individua e disciplina due tipologie di interrelazione che possono venire in rilievo tra le attività concorrenti svolte dalle Autorità, definendone i rispettivi obblighi di cooperazione e aggiornamento reciproco: da un lato, il FOS, decidendo secondo diritto ed equità, con le proprie pronunce crea un insieme di *best practices* che di fatto diventano un punto di riferimento per gli intermediari insieme alla regolamentazione, riservata alla FSA; dall'altro, il flusso informativo derivante dalle controversie trattate dall'*Ombudsman* potrebbe essere di interesse per la Vigilanza.

Da un punto di vista amministrativo, il FOS è un ente pubblico che offre un servizio gratuito, ha competenza sui reclami di consumatori e piccole e medie imprese (con un volume di affari

¹⁷² I. BENOHR, *Alternative dispute resolution for consumers in the Financial Services Sector: a comparative perspective*, in Eur. Policy Analysis, 6, SIEPS, 2013, 8 e ss..

¹⁷³ Per un'ampia panoramica su ADR e sul ruolo svolto da tali procedure nel sistema bancario finanziario inglese si faccia riferimento al lavoro di E. FERRAN, *Dispute Resolution Mechanisms in the UK Financial Sector*, Social Science Research Network, scaricabile da http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=298176.

¹⁷⁴ Nell'apposita sezione del sito istituzionale del FOS è possibile scaricare tale *Memorandum of Understanding*, al pari degli accordi equivalenti sottoscritti con altri soggetti che possono svolgere funzioni affini o potenzialmente convergenti, quali ad esempio il già citato OFT o il Lending Standards Board: cfr. http://www.financial-ombudsman.org.uk/about/other_bodies.html.

fino a un milione di sterline) nei confronti di circa 130.000 operatori attivi in ambito creditizio (comprese le questioni attinenti al credito al consumo), finanziario, mobiliare, assicurativo e della previdenza complementare, inclusi i soggetti che si interpongono in tali attività. Il FOS è amministrato da un *board* composto da 9 *directors* che rispondono a requisiti di indipendenza. Il FSMA affida alla FSA la nomina e la rimozione del *Chairman* e del *Board*, ma le modalità della nomina e, in particolare, della rimozione devono essere tali da garantire al FOS l'indipendenza dall'autorità di vigilanza¹⁷⁵.

Da un punto di vista strutturale, l'Ombudsman è configurato come organo giudicante monocratico. Al FOS è addetto un panel di Ombudsmen, individualmente definiti dalla normativa¹⁷⁶ come segue: “*Ombudsman means a person who is a member of the panel [...]. The scheme operator must appoint and maintain a panel of persons, appearing to it to have appropriate qualifications and experience, to act as ombudsmen for the purposes of the scheme*”. Il *board* nomina gli Ombudsmen sulla base di una selezione per curricula che valuta l'esistenza di requisiti di professionalità (nei settori bancario, finanziario e assicurativo), e di onorabilità. Gli Ombudsmen restano in carica tre anni, sono rinnovabili e percepiscono una remunerazione analoga a quella dei magistrati. Vi sono un presidente (*Chief Ombudsman*), 3 *Principal Ombudsmen* e 19 *Panel Ombudsmen*, con un gran numero di collaboratori (*case workers*) che svolgono il lavoro principale.

La competenza del FOS è estremamente ampia se si considerano le materie, dal momento che comprende sia le controversie in materia sia bancaria che finanziaria, ma anche assicurativa; il ricorso al FOS non può prescindere dall'aver proposto alla banca (o intermediario, o compagnia assicurativa) un reclamo il cui esito non sia stato soddisfacente.

Da un punto di vista procedimentale invece la competenza del FOS è suddivisa, in tre aree che coprono pressoché tutti i servizi bancari, finanziari e assicurativi, senza limitazioni legate alla materia oggetto delle proprie funzioni risolutive:

¹⁷⁵ Cfr. sul punto FSMA, *Schedule 17, part II*, che si riporta per completezza: “*Constitution: (1) The constitution of the scheme operator must provide for it to have (a) a chairman; and (b) a board (which must include the chairman) whose members are the scheme operator's directors. (2) The chairman and other members of the board must be persons appointed, and liable to removal from office, by the Authority (acting, in the case of the chairman, with the approval of the Treasury). (3) But the terms of their appointment (and in particular those governing removal from office) must be such as to secure their independence from the Authority in the operation of the scheme [...]*”.

¹⁷⁶ Sul punto cfr. ancora FSMA, *Schedule 17, part I/1, I/4*.

- la *compulsory jurisdiction* comprende le controversie che coinvolgono tutti i soggetti titolari di un'autorizzazione della FSA, quindi obbligati *ex lege* ad aderire al sistema, e che hanno ad oggetto le *regulated activities*, quindi il credito al consumo ed altre attività quali concessione di mutui fondiari e altri finanziamenti, pagamenti tramite moneta elettronica, o prestazione di servizi bancari accessori¹⁷⁷;
- la *consumer credit jurisdiction*, introdotta dal CCA 2006, copre le controversie che coinvolgono i soggetti titolari di licenza rilasciata dall'OFT ma che non sono autorizzati dalla FSA¹⁷⁸;

¹⁷⁷ Cfr. FSMA, Section 226: “*Compulsory jurisdiction. (1) A complaint which relates to an act or omission of a person (“the respondent”) in carrying on an activity to which compulsory jurisdiction rules apply is to be dealt with under the ombudsman scheme if the conditions mentioned in subsection (2) are satisfied. (2) The conditions are that (a) the complainant is eligible and wishes to have the complaint dealt with under the scheme; (b) the respondent was an authorised person or an electronic money issuer within the meaning of the Electronic Money Regulations 2011, or a payment service provider within the meaning of the Payment Services Regulations 2009, at the time of the act or omission to which the complaint relates; and (c) the act or omission to which the complaint relates occurred at a time when compulsory jurisdiction rules were in force in relation to the activity in question. (3) “Compulsory jurisdiction rules” means rules (a) made by the FCA for the purposes of this section; and (b) specifying the activities to which they apply. (4) Only activities which are regulated activities, or which could be made regulated activities by an order under section 22, may be specified. (5) Activities may be specified by reference to specified categories (however described). (6) A complainant is eligible, in relation to the compulsory jurisdiction of the ombudsman scheme, if he falls within a class of person specified in the rules as eligible. (7) The rules (a) may include provision for persons other than individuals to be eligible; but (b) may not provide for authorised persons to be eligible except in specified circumstances or in relation to complaints of a specified kind. (8) The jurisdiction of the scheme which results from this section is referred to in this Act as the “compulsory jurisdiction”.* Si faccia altresì riferimento al FSA Handbook, *Dispute resolution: complaints (DISP)*, DISP 2.6: *Jurisdiction of the Financial Ombudsman Service.*

¹⁷⁸ Cfr. FSMA, Section 226A: “*Consumer credit jurisdiction. A complaint which relates to an act or omission of a person (“the respondent”) is to be dealt with under the ombudsman scheme if the conditions mentioned in subsection (2) are satisfied. The conditions are that (a) the complainant is eligible and wishes to have the complaint dealt with under the scheme; (b) the complaint falls within a description specified in consumer credit rules; (c) at the time of the act or omission the respondent was the licensee under a standard licence or was authorised to carry on an activity by virtue of section 34A of the Consumer Credit Act 1974; (d) the act or omission occurred in the course of a business being carried on by the respondent which was of a type mentioned in subsection (3); (e) at the time of the act or omission that type of business was specified in an order made by the Secretary of State; and (f) the complaint cannot be dealt with under the compulsory jurisdiction. The types of business referred to in subsection (2)(d) are (a) a consumer credit business; (b) a consumer hire business; (c) a business so far as it comprises or relates to credit brokerage; (d) a business so far as it comprises or relates to debt-adjusting; (e) a business so far as it comprises or relates to debt-counselling; (f) a business so far as it comprises or relates to debt-collecting; (g) a business so far as it comprises or relates to debt administration; (h) a business so far as it comprises or relates to the provision of credit information services; (i) a business so far as it comprises or relates to the operation of a credit reference agency. A complainant is eligible if (a) he is (i) an individual; or (ii) a surety in relation to a security provided to the respondent in connection with the business mentioned in subsection (2)(d); and (b) he falls within a class of person specified in consumer credit rules. The approval of the Treasury is required for an order under subsection (2)(e). The jurisdiction of the scheme which results from this section is referred to in this Act as the “consumer credit jurisdiction”. In this Act “consumer credit rules” means rules made by the scheme operator with the approval of the Authority for the purposes of the consumer credit jurisdiction. Consumer credit rules under this section may make different provision for different cases. Expressions used in the Consumer Credit Act 1974 have the same meaning in this section as they have in that Act”*

- la *voluntary jurisdiction* si applica agli intermediari che vi aderiscono su base volontaria e copre le controversie che non possono essere ricondotte alle due precedenti *jurisdiction*¹⁷⁹.

La struttura del procedimento dinanzi al FOS realizza un'interessante compromesso tra due paradigmi tipici manifestatisi nelle varie esperienze di ADR, ovvero la funzione *adjudicative*, in cui prevale la componente decisoria della controversia da parte del terzo coinvolto nella risoluzione, e la funzione mediativa, o conciliativa, ove prevale la componente transattiva con l'intervento spesso solo "facilitativo" di un terzo.

Il reclamo del consumatore, infatti, viene in prima battuta gestito dai funzionari del FOS, *adjudicators*, che svolgono prioritariamente una funzione conciliativa, sottoponendo alle parti, nell'ordine, un tentativo di conciliazione e un'ipotesi di soluzione della controversia elaborata sulla base degli indirizzi generalmente maturati dagli Ombudsmen. Tuttavia, tale ipotesi, redatta in forma di parere, non ha valore vincolante per le parti e può essere accettata o meno. Il secondo livello decisionale è quello svolto davanti ad uno degli Ombudsmen e comporta un'analisi di secondo grado sulle risultanze e la decisione dell'*adjudicator*, un'eventuale

¹⁷⁹ Cfr. FSMA, Section 227: "*Voluntary jurisdiction. A complaint which relates to an act or omission of a person ("the respondent") in carrying on an activity to which voluntary jurisdiction rules apply is to be dealt with under the ombudsman scheme if the conditions mentioned in subsection (2) are satisfied. The conditions are that (a) the complainant is eligible and wishes to have the complaint dealt with under the scheme; (b) at the time of the act or omission to which the complaint relates, the respondent was participating in the scheme; (c) at the time when the complaint is referred under the scheme, the respondent has not withdrawn from the scheme in accordance with its provisions; (d) the act or omission to which the complaint relates occurred at a time when voluntary jurisdiction rules were in force in relation to the activity in question; and "Voluntary jurisdiction rules" means rules (a) made by the scheme operator for the purposes of this section; and (b) specifying the activities to which they apply. The only activities which may be specified in the rules are activities which are, or could be, specified in compulsory jurisdiction rules. Activities may be specified by reference to specified categories (however described). The rules require the Authority's approval. A complainant is eligible, in relation to the voluntary jurisdiction of the ombudsman scheme, if he falls within a class of person specified in the rules as eligible. The rules may include provision for persons other than individuals to be eligible. A person qualifies for participation in the ombudsman scheme if he falls within a class of person specified in the rules in relation to the activity in question. Provision may be made in the rules for persons other than authorised persons to participate in the ombudsman scheme. The rules may make different provision in relation to complaints arising from different activities. The jurisdiction of the scheme which results from this section is referred to in this Act as the "voluntary jurisdiction". In such circumstances as may be specified in voluntary jurisdiction rules, a complaint (a) which relates to an act or omission occurring at a time before the rules came into force, and (b) which could have been dealt with under a scheme which has to any extent been replaced by the voluntary jurisdiction, is to be dealt with under the ombudsman scheme even though paragraph (b) or (d) of subsection (2) would otherwise prevent that. In such circumstances as may be specified in voluntary jurisdiction rules, a complaint is to be dealt with under the ombudsman scheme even though (a) paragraph (b) or (d) of subsection (2) would otherwise prevent that, and (b) the complaint is not brought within the scheme as a result of subsection (13), but only if the respondent has agreed that complaints of that kind were to be dealt with under the scheme. The complaint cannot be dealt with under the compulsory jurisdiction for the consumer credit (e) jurisdiction".*

ulteriore attività istruttoria e l'emanazione di una decisione, che in tal caso assume valore vincolante per l'intermediario¹⁸⁰.

Quindi, sostanzialmente il FOS può intervenire cercando di indurre le parti ad una soluzione mediativa della lite, facilitando il dialogo, ricorrendo poi ad una decisione potenzialmente risolutiva, che le parti sono libere sia di trascurare, ricorrendo poi alla giustizia civile ordinaria, sia di impugnare presso l'Ombudsman stesso al fine di ottenere una revisione. La base del giudizio, non esente da critiche, è l'equità, più che la stretta osservanza delle normative. E' comunque evidente che una decisione, ancorché fondata su criteri di equità e ragionevolezza, non può distaccarsi e contraddire espressamente il disposto normativo o regolamentare vigente.

Per riportare alcune evidenze statistiche sommarie, utili anche a meglio comprendere l'efficienza di un sistema di ADR che preveda la convivenza nella stessa struttura di due funzioni differenti, basti pensare che la maggioranza delle decisioni è presa senza l'intervento dell'Ombudsman. Si stima che il 50% degli reclami sono risolti informalmente all'inizio della procedura, il 40% dopo un incontro e che solo il 10 % dei casi viene risolto dagli Ombudsmen¹⁸¹.

3.2 IL CASO CONCRETO DELLE BANK CHARGES

A questo punto è interessante fare un breve cenno a due casi concreti che possono essere collocati all'interno di una macro area giurisprudenziale legata alle *bank charges* e, in particolare, alla vessatorietà o meno di alcune clausole contrattuali; entrambi i casi sono stati dedotti in ultimo grado di giudizio innanzi alla *House of Lords* (oggi *Supreme Court*), e ben rappresentano non solo uno dei maggiori casi di contenzioso banca-cliente in Inghilterra, testimoniando altresì il ruolo dell'OFT in siffatto contesto.

¹⁸⁰ E. L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2009, 36/2, I, 240 e ss.

¹⁸¹ Cfr. G. BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, cit., 49.

Innanzitutto si deve premettere che il diritto processuale inglese, in presenza delle cosiddette *multi party litigation*, permette di sospendere una serie di cause già in corso e in attesa di sentenza affinché una determinata questione giuridica che accomuna tali controversie in quanto pregiudiziale non venga decisa da una corte superiore, ad esempio l'*High Court*.

Grazie alla risoluzione di tale questione in relazione ad una singola causa, il *test case*, le singole corti di primo grado saranno in grado di decidere tutte le altre controversie in modo uniforme e limitando drasticamente i ricorsi in appello. Tale istituto è chiaramente coerente con la tradizione giuridica di Common Law e con il principio dello *stare decisis*, oltre che estremamente efficiente nel limitare il numero di controversie dovute anche a margini di non chiarezza di norme giuridiche o di alcuni casi particolari. Un esempio di *multi party litigation* è per l'appunto uno dei filoni giurisprudenziali legati alle *bank charges*, deciso proprio attraverso un *test case*, *OFT v. Abbey National plc and Others*, di cui si farà menzione nell'immediato prosieguo¹⁸².

Il primo caso, anche in ordine di tempo, è *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc*¹⁸³ ed ha come oggetto la vessatorietà o meno di talune clausole contrattuali contenute nei *loan agreement* sottoscritti dalla clientela di alcune banche, le quali prevedevano un meccanismo per predeterminare già in sede contrattuale il tasso di interessi da pagare in caso di inadempimento del debitore e di conseguente rinegoziazione del contratto di fronte ad un giudice, o stipulazione di una forma di ristrutturazione del debito.

L'OFT, in persona del Direttore generale, sulla base dei reclami ricevuti da parte dei consumatori è intervenuto direttamente, in coerenza con il proprio ruolo ed i propri poteri, chiedendo giudizialmente un'*injunction* che impedisse alle banche di utilizzare tale clausola standard in quanto *unfair* ai sensi del CCA, nella sua versione allora vigente. La questione è stata infine risolta dalla *House of Lords* evidenziando come in assenza di una specifica previsione di vessatorietà e/o di una limitazione al potere contrattuale delle banche sul punto controverso non fosse possibile ritenere tale previsione *unfair*.

¹⁸² Si veda sul tema N. ANDREWS, *Multi-Party litigation in England*, in *Legal studies research paper series*, 39, Cambridge, 2013 e, precedentemente, ID., *Multi-Party proceedings in England: Representative and Group Actions*, 2001, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11, 2001, 249 e ss..

¹⁸³ Cfr. E. MACDONALD, *Scope and Fairness of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations: Director General of Fair Trading v First National Bank*, in *Modern Law Review*, 65, 2002, 763 e ss..

E' comunque stato sottolineato¹⁸⁴ come purtroppo la *House of Lords* non abbia espressamente sancito che criterio si dovesse utilizzare per considerare *fair* o *unfair* una determinata clausola in assenza di esplicite previsioni normative, rischiando così di lasciare margini per ulteriori controversie.

Il secondo caso è il già citato *OFT v. Abbey National plc and Others* e vede l'OFT coinvolto in quanto una serie di banche avevano richiesto una verifica ed una certificazione di non vessatorietà per alcune spese applicabili allo scoperto in conto corrente, oltre il fido concesso dalle banche stesse, determinatosi sia direttamente che indirettamente, anche attraverso l'uso di carte di debito o di credito. L'OFT, chiamato ad esprimersi su tale questione, rilevò come tali spese non costituissero solamente la remunerazione in casi di scoperto di conto, bensì anche una sorta di sanzione, di clausola penale a carico dei clienti.

Come sopra anticipato, la controversia fu dedotta in giudizio e controversie dimili tra correntisti e banche furono sospese in attesa della risoluzione del test case. In prima battuta l'*High Court* riconobbe tali spese come effettivamente assoggettabili al controllo dell'OFT, di cui condivise le argomentazioni; in appello la *Court of Appeal* si espressa esclusivamente in tema di competenza dell'OFT e confermò il potere di quest'ultimo di riconsiderare tali spese come penali e quindi sottoporle ad un controllo di *fairness*, secondo le proprie funzioni istituzionali. La *Supreme Court* si pronunciò invece a favore delle banche, considerando che né l'OFT né i giudici avevano, ai sensi delle normative vigenti, il potere di riconsiderare ex post come penali delle spese pattuite tra banca e cliente¹⁸⁵.

Tali casi concreti, sinteticamente rappresentati, evidenziano come da un lato il sistema giurisdizionale inglese sia comunque più flessibile del sistema italiano e consenta anche ad organismi terzi di intervenire a tutela di un insieme di parti che si ritengono danneggiate da un determinato comportamento. Simili facoltà determinano sicuramente come primo effetto una riduzione del contenzioso giudiziale, al di là dell'opera svolta direttamente da enti quali l'OFT in una prospettiva di mediazione e conciliazione tra le parti, ma testimoniano anche un diverso ruolo accordato alle Autorità indipendenti di vigilanza e più in generale alle istituzioni di natura pubblica come l'OFT stesso, in relazione al sistema giurisdizionale.

¹⁸⁴ A. BURROW, *A Casebook on Contract*, Oxford, 2007, 298 e ss..

¹⁸⁵ E. MACDONALD, *Bank Charges and the Core Exemption: Office of Fair Trading v Abbey National plc*, in *Modern Law Review*, 71, 2008, 987 e ss..

Infatti tali enti hanno una competenza e poteri decisorii diversi e maggiori rispetto, ad esempio, all'ordinamento, in cui è più marcata una funzione di vigilanza sistematica (svolta anche attraverso l'esame dei singoli casi): la considerazione più semplice e spontanea che può essere introdotta in questa sede è che il sistema giurisdizionale stesso ha, da un punto di vista istituzionale, un ruolo differente nei sistemi giuridici italiano ed inglese, ed una priorità differente nella risoluzione delle controversie tra le parti, in particolare nel caso delle controversie tra banche e clienti.

3.3 ALCUNE EVIDENZE STATISTICHE: FOS VS. ABF

In conclusione della presente ricerca si espongono nell'immediato prosieguo alcune evidenzestatistiche diffuse a cura degli organi stessi e/o a cura delle competenti Autorità di Vigilanza relative al funzionamento del FOS e dell'ABF. Si precisa fin d'ora che le evidenze statistiche raccolte, a causa delle diverse metodologie utilizzate e delle diverse fonti di diffusione non sono analoghe, ancorché comparabili¹⁸⁶.

Con riguardo all'attività del FOS, tale organo dal 2007 al 2009 ha gestito in media circa 138.000 ricorsi l'anno. L'alto numero di casi rappresenta un'eccezione nel panorama dei sistemi di ADR europei, che si attestano su valori decisamente inferiori. In particolare, si osserva un primo picco tra il 2006 e il 2007 con un incremento del numero di ricorsi presentati del 23,3% (da 94.392 a 123.089) e un seconda forte crescita tra il 2008 e il 2009 (+ 22%) connessa evidentemente con gli sviluppi della crisi finanziaria.

Nel 2007 è stata particolarmente elevata la crescita dei ricorsi registrata nell'area *banking and credit*. Dopo il picco registrato in tale anno, nell'anno successivo il numero dei ricorsi presentati nell'area *banking and credit* – sempre relevantissimo in termini assoluti e al primo posto tra le aree operative degli intermediari interessate da controversie - è diminuito (n. 55.038, pari al 43% del totale), ma è cresciuto considerevolmente il numero dei ricorsi presentati nell'area *insurance* (n. 50.168, pari al 39,5% del totale).

¹⁸⁶ Cfr. per i dati esposti nel presente paragrafo G. BOCCUZZI (a cura di), *op. cit.*, 140 e ss.. per quanto riguarda il FOS e *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Banca d'Italia, n. 3, 2012, 21 e ss..

Nel 2009 il settore bancario è tornato a crescere e il numero dei ricorsi nelle due aree citate si è attestato su valori simili, rispettivamente 71.700 (+23,2%) e 69.034 (+27,3%).

Tav. 1 – Numero dei ricorsi presentati al FOS in tutte le aree di business (1)										
Aree di business	2005		2006		2007		2008		2009	
	ricorsi	%	ricorsi	%	ricorsi	%	ricorsi	%	ricorsi	%
mortgage endowments investments and pensions	69.149	61	46.134	49	13.778	11,0	(2)			
banking and credit	15.795	14	12.429	13	12.787	10,5	22.265	17,5	22.278	14
Insurance	13.709	12	20.099	21	69.238	56,5	55.038	43,0	71.700	44
<i>totale</i>	14.270	13	15.730	17	27.286	22,0	50.168	39,5	69.034	42
<i>totale</i>	112.923	100	94.392	100	123.089	100,0	127.471	100,0	163.012	100

(1) I dati si riferiscono al periodo 1° aprile dell'anno di riferimento al 31 marzo dell'anno successivo.

(2) Questa categoria è stata inserita nell'area *investments and pensions*.

Quanto alle cause dei ricorsi nel settore bancario e creditizio, la maggior parte delle controversie negli ultimi due anni ha riguardato i conti correnti, le carte di credito e di debito e i mutui (Tav. 2).

Tav. 2 – Ripartizione dei ricorsi dell'area banking and credit per "causa petendi" (1)		
Causa petendi	2008 Numero ricorsi	2009 Numero ricorsi
conti correnti	13.682	25.252
mutui e altre forme di credito	13.385 (2)	16.636 (5)
strumenti di pagamento	19.411	20.586
di cui: <i>carte di credito e debito</i>	18.590 (3)	19.360 (6)
<i>assegni e altri strumenti</i>	1.190 (4)	1.226 (7)
depositi	5.183	5.033
altro	3.377	4.193
<i>totale</i>	55.038	71.700

(1) I valori si riferiscono al totale dei ricorsi presentati dal 1.4.2008 al 31.3.2009 e dal 1° aprile 2009 al 31 marzo 2010 relativi alla sola macro area *banking and credit*. Nell'anno che va da aprile 2008 a marzo 2009 i ricorsi relativi al settore bancario hanno rappresentato il 43% del totale (55.038) – FOS, *Annual Review 2008/2009*. Nell'anno che va da aprile 2009 a marzo 2010 i ricorsi relativi al settore bancario hanno rappresentato il 44% del totale (55.038) – FOS, *Annual Review 2009/2010*.

(2) Nel dettaglio: *mortgages* (7.602); *ensecured loans* (4.242) crediti al consumo (1.541).

(4) Il dato è riferito in massima parte alle carte di credito (18.396), i ricorsi riferiti alle carte di debito sono 964.

(7) Il dato comprende gli assegni (773) e gli strumenti di pagamenti elettronici (453).

(5) Nel dettaglio: *mortgages* (7.469); *ensecured loans* (6285) crediti al consumo (2.882).

La normativa inglese non prevede un termine di durata del procedimento dinanzi al FOS. Le istruzioni dell’FSA stabiliscono che il FOS si deve pronunciare nel più breve tempo possibile, senza fissare una durata tassativa. Una delle criticità del sistema, alla luce del summenzionato numero di ricorsi in particolare, è proprio la difficoltà a rispettare le tempistiche di volta in volta programmate dallo stesso sistema.

Nel 2008 un terzo delle controversie sono state definite in tre mesi e il 56% in sei mesi. Nel 2009, nonostante il maggior carico di lavoro, si registra una maggiore efficienza: la percentuale di ricorsi risolti in tre mesi sale al 38% e quella dei ricorsi risolti in sei mesi si attesta al 67% (Tav. 3), in parte realizzando gli obiettivi previsti per il 2009/10 (45% delle controversie in massimo tre mesi e comunque il 65% in sei mesi).

Tav. 3 – Durata dei procedimenti (1)				
Anno	risolti in 3 mesi	risolti in 6 mesi	risolti in 9 mesi	risolti in 12 mesi
2006	34%	61%	76%	85%
2007	42%	70%	81%	86%
2008	30%	56%	77%	88%
2009	38%	67%	81%	89%

(1) I dati si riferiscono al periodo 1° aprile dell’anno di riferimento al 31 marzo dell’anno successivo. Le percentuali delle diverse fasce temporali sono cumulate.

Nel 2008 sono stati risolti 113.949 casi (a fronte di 127.471 ricorsi presentati), con un incremento del 14% rispetto all’anno precedente. Nel 2009 si è registrato il più consistente incremento nel numero dei ricorsi risolti dall’inizio dell’attività del FOS: oltre 166.000 (più del numero di nuovi casi presentati nell’anno, pari a 163.012), con un incremento del 46% rispetto all’anno precedente.

Tali dati esprimono il chiaro orientamento del sistema inglese di risolvere le controversie in via transattiva, grazie ad esempio ai meccanismi di *adjudication* previsti nell’ambito del procedimento ADR: infatti, nel 92% dei casi le controversie vengono composte senza ricorrere a una decisione ufficiale dell’ombudsman (Tav. 4).

Tav. 4 – Esito dei ricorsi per il sistema di ADR (1)

Anno	Casi risolti	Risolti in via transattiva nel corso del procedimento	Risolti con una decisione del FOS
2006	111.673	94,0%	6,0%
2007	99.699	92,0%	8,0%
2008	113.949	92,0%	8,0%
2009	166.321	93,5%	6,5%

(1) I dati si riferiscono al periodo 1° aprile dell'anno di riferimento al 31 marzo dell'anno successivo. Fonte: FOS, Annual Review 2009/2010.

Con riguardo all'attività dell'ABF si ricorda che è stato istituito nel 2009 e quindi i dati sulla sua attività, estrapolati dalle pubblicazioni statistiche annuali dell'organo medesimo, hanno una valenza differente e per certi versi meno significativa rispetto a quelli sopra riportati del FOS.

Considerando ad esempio i dati statistici sui ricorsi ricevuti nel 2012 e sugli esiti di quelli decisi nello stesso periodo segnalano un deciso incremento rispetto alle linee di tendenza osservate nel 2011. I volumi di attività dell'ABF sono aumentati, con un incremento dei ricorsi pari al 58%. La media mensile dei ricorsi pervenuti è salita da 298 a 471. Nel 2012 si sono tenute 154 riunioni dei Collegi che hanno deciso in media circa 28 ricorsi per riunione (19 nel 2011).

Nel 2012 sono pervenuti all'ABF 5.653 ricorsi, geograficamente distribuiti come da figura 1; anche nel 2012 i ricorsi dei consumatori rappresentano la quota dominante dei ricorsi presentati all'Arbitro (84%, rispetto all'80% del 2011), come da figura 2.

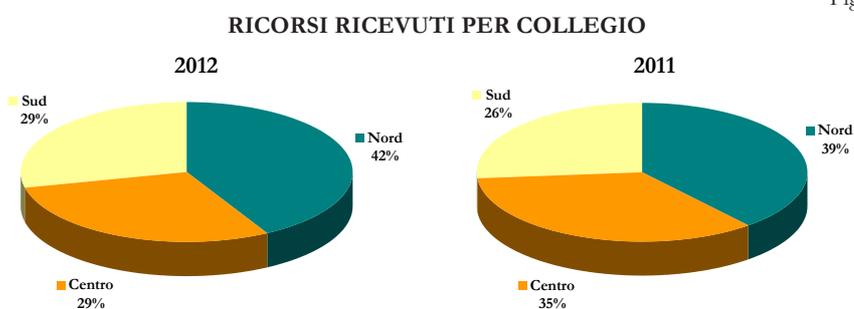


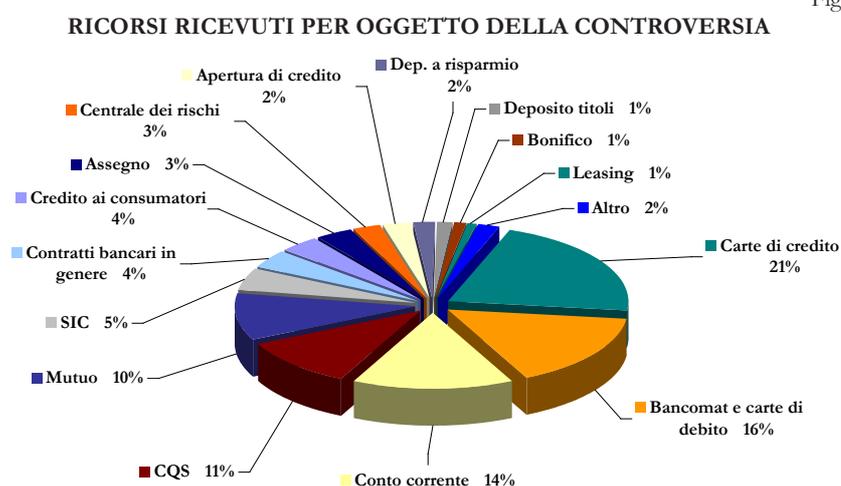
Figura 1

Figura 2



L'insieme dei ricorsi relativi a carte di credito, bancomat e altre carte di pagamento, rapporti di conto corrente, rappresenta più del 50% del totale dei ricorsi presentati.

Figura 7



Rispetto al 2011 si segnala un aumento della percentuale di ricorsi in materia di carte di pagamento e di finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione. Risulta invece dimezzata l'incidenza dei ricorsi in materia di sistemi privati di informazione creditizia e di credito ai consumatori (chiaramente per le innovazioni normative che hanno, ad esempio, interessato il settore della cosiddetta "privacy").

La graduatoria delle materie oggetto dei ricorsi ricevuti ha pertanto registrato alcuni cambiamenti. Nelle prime due posizioni, in luogo delle controversie riguardanti, rispettivamente, i rapporti di conto corrente e di mutuo, si collocano quelle relative all'utilizzo di quella che definiremmo "plastic money". Tra i ricorsi che hanno visto diminuire il loro peso proporzionale si segnalano anche quelli in materia di assegni.

Figura 8

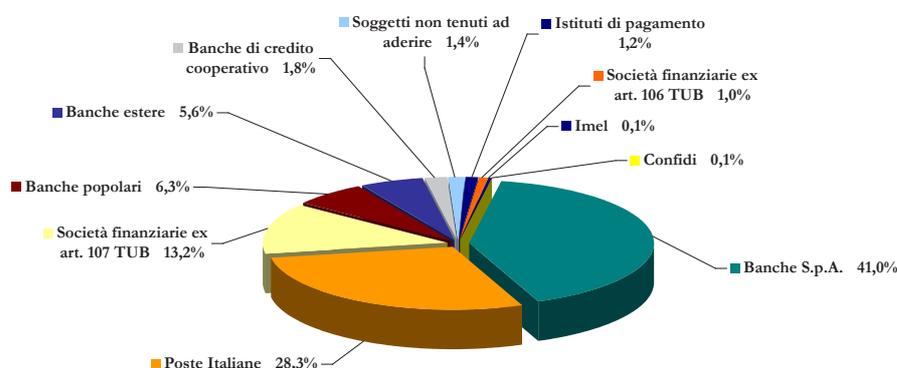
RICORSI RICEVUTI PER OGGETTO DELLA CONTROVERSA

2012	(2011)	Oggetto della controversia	2012	
			unità	%
1	(3)	Carte di credito	1.100	21,4%
2	(4)	Bancomat e carte di debito	815	15,9%
3	(1)	Conto corrente	741	14,4%
4	(7)	Cessione del quinto (CQS)	543	10,6%
5	(2)	Mutuo	510	9,9%
6	(5)	Sistemi privati di informazione creditizia (SIC)	246	4,8%
7	(9)	Contratti bancari in genere	203	3,9%
8	(6)	Credito ai consumatori	182	3,5%
9	(8)	Assegno	170	3,3%
10	(10)	Centrale dei rischi	138	2,7%
11	(11)	Apertura di credito	116	2,3%
12	(13)	Depositi a risparmio	109	2,1%
13	(12)	Deposito titoli	66	1,3%
14	(14)	Bonifico	58	1,1%
15	(15)	Leasing	46	0,9%
		Altro	98	1,9%

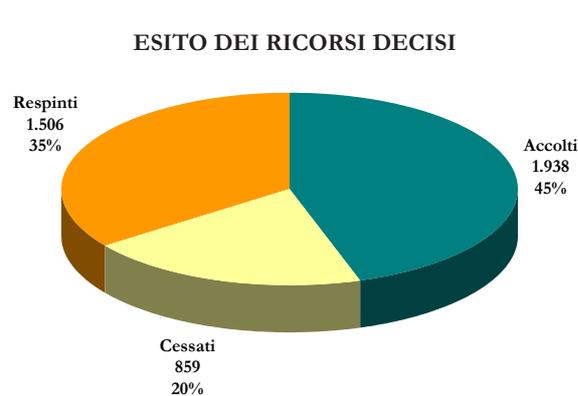
Anche nel 2012 i ricorsi nei confronti delle banche aventi forma giuridica di S.p.A. costituiscono la quota prevalente (41%) di quelli presentati, pur essendone diminuita l'incidenza sul totale rispetto al 2011 (55%); una riduzione si registra anche nella percentuale di ricorsi nei confronti di società finanziarie ex art. 107 TUB (dal 16% del 2011 al 13% del 2012). Tali variazioni vanno peraltro correlate all'incremento – dal 13% del 2011 al 28% del 2012 – della quota di ricorsi nei confronti di Poste Italiane (figura 12).

Figura 12

RICORSI RICEVUTI PER TIPOLOGIA DI INTERMEDIARIO



Nel 2012, i ricorsi dichiarati irricevibili sono stati il 6,5% di quelli pervenuti. Rapportando il numero totale dei ricorsi decisi (4.303) con il numero delle riunioni tenute nell'anno (154), risulta che i Collegi hanno deciso in media circa 28 ricorsi per riunione, a fronte di una media di 19 ricorsi per riunione nel 2011 (22). Dei 4.303 ricorsi giunti a decisione, il 65% (62% nel 2011) ha avuto, in tutto o in parte, un esito favorevole per il cliente (45%; 40% nel 2011) o si è concluso con esito soddisfacente per effetto dell'intervenuta cessazione della materia del contendere (figura 14). Nel 35% dei casi i Collegi hanno respinto i ricorsi.



Le analisi svolte con riguardo all'andamento operativo dell'ABF nel corso del 2012 si sono incentrate sulla capacità del sistema di gestire i volumi di attività, assicurando l'equilibrio tra il numero di ricorsi ricevuti ed il numero dei ricorsi decisi ed esiti comunicati.

Per procedere con una panoramica generale fin dall'istituzione dell'ABF, dall'ottobre 2009 al 31 dicembre 2012 sono stati presentati 12.624 ricorsi, di cui 5.653 nell'anno 2012. Le decisioni assunte dai Collegi nel 2012 sono state 4.303 (2.760 nel 2011); nel complesso, le decisioni adottate a partire dal 2009 e fino al 31 dicembre 2012 risultano pari a 8.857. I dati relativi all'anno 2012 evidenziano, rispetto all'anno precedente, un miglioramento nell'andamento operativo e una riduzione dello scostamento rispetto ai termini indicativi previsti dalle disposizioni.

Con riguardo alle procedure concluse nel 2012, il tempo medio impiegato per assumere la decisione è stato pari a 112,4 giorni. Il tempo medio per redigere e inoltrare alle parti la decisione è stato di 45,9 giorni. Si segnala inoltre che la riduzione dei tempi medi delle procedure di ricorso è stata conseguita in un contesto operativo caratterizzato da un significativo aumento del numero di ricorsi presentati.

CONCLUSIONI

Giunti al termine della ricerca è opportuno riprendere le ipotesi e le problematiche di partenza: il fulcro dell'analisi svolta è la situazione del contenzioso bancario e finanziario in Italia e l'individuazione di possibili soluzioni, quantomeno in via teorica, al sovraccarico delle aule giudiziarie ed al deterioramento delle relazioni economiche e contrattuali tra gli istituti di credito e la relativa clientela.

Per tale ragione, dopo una panoramica breve ma fondamentale sul diritto processuale italiano, si sono esaminate le più rilevanti fattispecie di contenzioso tra banche, intermediari finanziari e clienti, spaziando dalle controversie sull'esercizio del *jus variandi* e sull'anatocismo, in tema di commissione di massimo scoperto e di fideiussione "autonoma", fino alle controversie tipiche delle relazioni finanziarie, fondate principalmente sull'asimmetria informativa sussistente tra le parti.

Tale disamina, svolta nella prima parte del lavoro, si è resa assolutamente necessaria sia per la rilevanza quantitativa e qualitativa delle pronunce rese, sia per l'impatto sulle relazioni tra banche e clienti e sulla condotta che le prime potrebbero o dovrebbero tenere in futuro al fine di minimizzare il rischio di contenzioso. Al contempo si è evidenziato come non sia stato possibile considerare tali fattispecie in un unico contesto, in un'unica categoria giuridica o giurisprudenziale, mancando sul punto la volontà ed ancor di più la consapevolezza, sia da parte dei giudicanti, sia da parte della dottrina, di raccogliere in un contesto autonomo un insieme di filoni giurisprudenziali apparentemente distinti, ma con caratteristiche assolutamente analoghe (ad esempio, natura e qualità delle parti in causa, interessi lesi, tipologia contrattuale, normative applicabili - civilistiche, bancarie, finanziarie regolamentari - a prescindere dal singolo istituto su cui verte la controversia).

Tale consapevolezza manca, come anticipato, sia a livello processuale che sostanziale, ancorché le dimensioni del problema, come precisato nelle premesse della ricerca, non siano trascurabili, anzi.

Nella seconda parte ci si è invece focalizzati sugli strumenti di ADR come possibile soluzione al problema, delineandone le caratteristiche e rappresentandone le più rilevanti applicazioni nel settore bancario e finanziario in ambito UE, italiano e inglese, svolgendo altresì una breve comparazione tra il contenzioso bancario e finanziario in Inghilterra e in Italia.

Si è dunque potuto constatare come l'UE abbia approntato una serie di strumenti utili alla deflazione del contenzioso in generale, strumenti che l'Italia ha recepito, in particolare proprio nel settore in parola, ad esempio con l'istituzione dell'ABF, senza però, per il momento, riuscire ad utilizzare le ADR come un reale mezzo risolutivo delle problematiche suesposte, bensì esclusivamente come un palliativo. Diversa la situazione del sistema giuridico inglese, ove gli strumenti di ADR erano già diffusi anche prima dell'intervento dell'UE e avevano già una propria operatività consolidata. I "numeri" dell'UE diritto processuale inglese, rispetto all'Italia, sono clamorosamente inferiori.

Le ragioni sono, come si è potuto notare nei relativi paragrafi, non sembrano essere costruite da una migliore qualità del processo inglese, da un sistema più efficiente, più chiaro e meglio strutturato, dal momento che proprio nel 2013 è entrata in vigore una riforma atta a rendere più sostenibili ed efficienti i costi del processo, nonostante già nel 1999 l'intero diritto processuale inglese fosse stato rivoluzionato.

Il ricorso alle ADR ed il ruolo dei relativi organismi è obiettivamente differente, sono in primo luogo le statistiche esaminate nei paragrafi immediatamente precedenti a confermarlo, e non solo dal punto di vista prettamente quantitativo, quanto dal punto di vista percentuale nel rapporto tra liti risolte in via stragiudiziale e liti istruite in causa.

Inoltre, facendo espresso riferimento al caso esaminato, ABF e FOS hanno una natura, un ruolo ed una serie di poteri differenti: tanto quanto l'ABF appare una mera emanazione dell'Autorità di vigilanza di settore, ancorché ben strutturata, con compiti specifici che però, in ultima analisi, sembrano voler assolvere esclusivamente ad una funzione sussidiaria alla vigilanza di Banca d'Italia, così il FOS sembra godere realmente di un'indipendenza piena da altro enti o istituzioni, dotata di poteri estremamente incisivi che gli consentono anche interventi pienamente autonomi rispetto sia all'attività di vigilanza settoriale, sia al panorama del possibile contenzioso tra gli attori del mercato creditizio e finanziario.

Dunque, a livello tecnico si possano ravvisare una serie di similitudini tra gli ordinamenti inglese ed italiano, sia a livello di fonti normative (di fatto entrambi gli ordinamenti, ancorché

appartenenti a famiglie giuridiche differenti, hanno un codice di procedure civile quale riferimento di primo livello), sia a livello di schemi e soluzioni adottate nell'introduzione di meccanismi di ADR; giova infatti ricordare come comunque FOS e ABF formalmente e giuridicamente corrispondono allo stesso modello di "arbitro", di derivazione pubblica, il quale, nel solco dell'operato dell'Autorità di vigilanza, riceve i reclami della clientela e eventualmente istruisce un procedimento paragiurisdizionale e semplificato al fine di risolvere la controversia senza ricorrere all'operato della magistratura.

La differenza, è sottostante ed è macroscopica: forme affini vengono infatti interpretate secondo una tradizione giuridica e giurisprudenziale radicalmente diversa, da due culture che, anche da un punto di vista della storia giuridica, hanno ben poco in comune, costituendo quasi gli archetipi dei vizi e delle virtù della Civil Law e della Common Law.

E' sempre utile, a suffragio di siffatte affermazioni, riportare l'esempio dell'uso che viene fatto nei due ordinamenti considerati dei mezzi di impugnazione: nell'ordinamento inglese non solo l'impugnazione di una sentenza, anche se di primo grado, costituisce un'eccezione, ma doveva essere consentita dal giudice che l'ha emessa tramite rilascio di una specifica autorizzazione, il *leave* o *permission to appeal*.

Tale istituto è stato riformato nel 1999: un organo giurisdizionale, denominato *Civil Procedure Rule Committee* ha il potere di introdurre il *permission to appeal*, in via di principio, in relazione alle impugnazioni di tutte le sentenze. Questo potere è stato pienamente sfruttato: solo in pochi casi, tra i quali campeggiano quelli in cui si incide sulla libertà personale della parte, non occorre il *permission to appeal*. Il permesso di proporre il mezzo di impugnazione è concesso sulla base di una prognosi positiva dell'esito del giudizio ovvero di un altro grave motivo.

Si tratta di uno strumento molto incisivo ed anticipa in via sommaria il procedimento di merito d'appello e contribuisce a consolidare il profilo del giudizio di primo grado come istanza tendenzialmente unica per la composizione della controversia. Nell'esperienza inglese l'appellabilità della sentenza di primo grado costituisce dunque l'eccezione, mentre continua a

dover essere la regola nel processo civile italiano, pur dopo la prevista introduzione dell'art. 348 bis c.p.c.¹⁸⁷.

Questa differenza tra eccezione e regola di cui già si è fatto cenno riveste un significato centrale, poiché è il riflesso della diversità delle basi politiche e culturali che ispirano l'amministrazione della giustizia nei paesi di Civil Law e di Common Law. Negli ordinamenti di Civil Law, essa è maggiormente centrata su una struttura statale burocratica e gerarchica. Negli ordinamenti di Common Law, essa è più aperta alla società civile, è meno burocratica e gerarchica. La tradizionale avversione nei confronti dei mezzi di impugnazione dipende storicamente dalla presenza della giuria. Benché scomparsa di fatto già da molto tempo, la giuria lascia una traccia permanente nella odierna struttura del processo civile inglese¹⁸⁸.

Non sono dei meri *legal transplant* che possono risolvere la situazione del contenzioso e civile e, segnatamente, del contenzioso che affligge il settore bancario e finanziario, nemmeno il ricorso a soluzioni valide e collaudate, come alcune forme di ADR, se non è chiara e consapevole la ragione, anche politica, per cui si operano determinate scelte.

Nell'introduzione del presente lavoro si era fatto più volte riferimento al significativo intervento del Presidente della Corte di Cassazione Carbone, la Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009, ed è proprio con riferimento alle seguenti parole che può essere colto uno spunto a conclusione della ricerca sviluppata secondo queste direttive: *“Non vogliamo lavorare meno. Vorremmo però che questo lavoro, spesso oscuro, sia percepito nitidamente, coi suoi pregi e coi suoi limiti, dai fruitori del servizio - i cittadini - e non sia «sopraffatto» da un eccesso di domanda. L'«abuso del processo» è stato già denunciato nelle precedenti relazioni: si impone una riforma che privilegi il servizio generale ai cittadini rispetto agli interessi di singoli «free riders». Un'ulteriore caratteristica del nostro tempo è il passaggio dall'abuso del diritto all'abuso del processo, per il raggiungimento di scopi diversi dalla soluzione della lite o per conseguire vantaggi economici. Si assiste sempre più spesso, infatti, ad un fenomeno di distorsione nell'utilizzo del processo, non più come strumento per risolvere una controversia ed accertare la regola applicabile al caso concreto,*

¹⁸⁷ Che, rubricato come “*Dell'appello*”, recita come segue: “*Fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta. Il primo comma non si applica quando: a) l'appello è proposto relativamente a una delle cause di cui all'articolo 70, primo comma; b) l'appello è proposto a norma dell'articolo 702 -quater*”.

¹⁸⁸ Cfr. R. CAPONI, *La riforma dei mezzi di impugnazione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 4, 2012, 1153 e ss..

ma piuttosto come strumento di dilazione dei tempi nell'adempimento di obbligazioni e, ancor peggio, di strumento volto ad assicurare utilità del tutto estranee alla funzione del processo stesso. Si realizza così per la Giustizia, come per altri beni pubblici, il fenomeno dei «free riders»: soggetti che usufruiscono di un bene pubblico - il cui costo è sostenuto da tutta la collettività - estraendone utilità private ed aggravando, quindi, il costo per gli altri soggetti»¹⁸⁹.

Per contrastare il summenzionato fenomeno dell'abuso del processo e per ricondurre il maggior numero possibile di controversie ad una sistemazione positiva ed economicamente costruttiva, anche al fine di salvaguardare il bene prioritario della relazione con la clientela, una soluzione sembra essere lo studio del contenzioso bancario non come una serie di fenomeni meramente patologici, ovvero come varie casistiche giurisprudenziali che solo in alcuni casi appaiono interconnesse per ragioni ad esempio soggettive, bensì come un unico fenomeno che si contrappone inevitabilmente allo studio sostanziale del diritto bancario e finanziario e di cui costituisce un rovescio della medaglia - specialmente in momenti di crisi economica - inevitabile, su cui è necessario avere piena consapevolezza ed approfondita conoscenza non solo al punto di vista tecnico processuale ma anche economico, politico, sociologico e, chiaramente, comparatistico.

¹⁸⁹ V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009*, cit., 335 e ss..

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE, ARTICOLI, NOTE

A. ALBANESE, <i>Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?</i> , in <i>Corr. giur.</i> , 2008, 107 e ss.
A. BERLINGUER, <i>L'arbitrato nel diritto bancario e nel mercato mobiliare</i> , in RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), <i>Arbitrato, ADR, conciliazione</i> , Bologna, 2009
A. BERLINGUER, <i>L'ABF tra giudizio e media-conciliazione</i> , in <i>Riv. Arbitrato</i> , 1, 2013, 19 e ss.
A. BURROW, <i>A Casebook on Contract</i> , Oxford, 2007
A. DI MAJO, <i>Le promesse unilaterali</i> , Milano, 1989
A. DOLMETTA, <i>Alcuni temi recenti sulla «commissione di massimo scoperto»</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2010, II, 166 e ss.
A. DOLMETTA, <i>La violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari</i> , in <i>Contr.</i> , 2008, 80
A. DOLMETTA, <i>Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge 154 del 1992</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 1992, 376 e ss.
A. DOLMETTA, <i>Strutture rimediali per la violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)</i> , in <i>Il Caso.it</i> , II, 83/2007
A. GAMBARO-R. SACCO, <i>Sistemi giuridici comparati</i> , in <i>Trattato di Diritto Comparato</i> , Torino, 2009
A. GEORGOSOULI, <i>The FSA Regulatory Policy of rule use: a move towards more effective regulation?</i> , WP University of London/Centre of commercial studies, 2006
A. GRIECO, <i>Il contenzioso bancario</i> , scaricabile da http://togati.formazionemagistratinapoli.it
A. LAMORGESE, <i>Considerazioni sparse sulla responsabilità degli intermediari finanziari nella giurisprudenza</i> , in <i>Giust. civ.</i> , 1, 2009, 17 e ss.
A. MACCHIATI, <i>Decisioni finanziarie e mercati dei capitali</i> , Bologna, 1992, 294 e ss.
A. MARINI, <i>Anatocismo e usi bancari</i> , in <i>Riv. dir. comm.</i> , 1982, II, 89 e ss.
A. MIRONE, <i>L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2010, 05, 557 e ss..

A. MIRONE, <i>Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2009, 03, 264 e ss.
A. Padoa-Schioppa, <i>Saggi di storia del diritto commerciale</i> , S. Donato Milanese, 1992
A. PAVONE LA ROSA, <i>Gli usi bancari</i> , in <i>Le operazioni bancarie</i> (a cura di PORTALE), Milano, 1978, I, 45 e ss.
A. PERA - G. M. RICCIO (a cura di), <i>Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale</i> , Padova, 2011
A. Perrone, <i>Regole di comportamento e tutele degli investitori. Less is more</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2010, 05, 537 e ss.
A. PROTO PISANI, <i>Appunti su mediazione e conciliazione</i> , in <i>Foro it.</i> , 2010, V, 143
A. RIEG, <i>Contrat type e contrat d'adésion</i> , in <i>Etudes de droit contemporain. Contribution françaises au VIIIème Congrès Interational de droit comparé - Pescara 1970</i> , Parigi, 1970, 111 e ss.
AA.VV., <i>La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28)</i> , in <i>Foro It.</i> , 2010, 89 e ss.
AA.VV., <i>Le garanzie personali</i> , in <i>Trattato di diritto privato</i> diretto da M. Bessone, XI, Torino, 2007
AA.VV., <i>Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti</i> , in <i>Le Società</i> , 2010, 619 e ss.
<i>Access to Justice, Interim Report</i> , 1995 e <i>Access to Justice, Final Report</i> , 1996, a cura di LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT, London
AGCM, <i>Segnalazione al Parlamento in materia di commissione di massimo scoperto</i> , 29 dicembre 2009
B. DE CAROLIS, <i>L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza</i> , in <i>Quaderni di ricerca giuridica</i> , Banca d'Italia, n. 70, 2011
B. INZITARI-P. DAGNA, <i>Commissioni e spese nei contratti bancari</i> , Padova, 2010
B. INZITARI, <i>Diversa funzione della chiusura del conto ordinario e di quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto</i> , nota a Trib. Milano 4 luglio 2002, <i>cit.</i> , 563 ss.
B. INZITARI, <i>Vigilanza e correttezza nelle attività di intermediazione mobiliare</i> , in MAZZAMUTO-TERRANOVA (a cura di), <i>L'intermediazione mobiliare</i> , Napoli, 1993
B. INZITARI, voc. <i>Gli interessi</i> , in <i>Trattato Galgano</i> , VI, Padova, 1983
BANCA D'ITALIA, <i>Nota del 2 dicembre 2005, Commissioni di massimo scoperto</i> , a cura della Vigilanza creditizia e finanziaria, Servizio concorrenza e affari generali
BOULLE-NESIC, <i>Mediation: Principles Process Practice</i> , London, 2001

C. CONTI, <i>Il Conciliatore Bancario e gli organismi di conciliazione nel sistema di soluzione stragiudiziale delle controversie</i> , in <i>Bancaria</i> , n. 4, 2007
C. CRIFO', <i>La riforma del processo civile in Inghilterra</i> , in <i>Riv. trim. dir. e proc. civ.</i> , 2, 2000, 511 e ss.
C. HODGES-S. VOGENAUER-M. TULIBACKA, <i>The costs and funding of civil litigation. A comparative perspective</i> , Oxford, 2010
C. LEO, <i>Leggi di tutela del consumatore, dell'assicurato e del finanziato</i> , in <i>I contratti</i> , 1, 2001, 458 e ss.
C. M. PRATIS, <i>L'Accordo interbancario del 1993 per l'istituzione dell'ufficio reclami degli enti creditizi e dell'Ombudsman bancario nell'ambito della tutela del consumatore. Raffronto con analoghi sistemi di altri Paesi della CEE</i> , in <i>Banca borsa tit. cred.</i> , 1994, 218 e ss.
C. M. TARDIVO, <i>Brevi note in tema di interessi anatocistici e usurari nel finanziamento fondiario</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 5, 2009, 581 e ss.
C. MANDRIOLI, <i>Diritto processuale civile</i> , I, Torino, 2012
C. MARICONDA, <i>ADR tra mediazione e diritti. Profili comparatistici</i> , Napoli, 2008
C. SCOTT-J. BLACK, <i>Cranston's Consumers and the Law</i> , London, 2000
C. SCRIBANO, <i>La commissione di massimo scoperto tra libertà contrattuale e duplicazione dell'interesse</i> , in <i>Banche, Consumatori e tutela del risparmio</i> , Milano, 2009, 483 e ss.
C. TENELLA SILLANI, <i>L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi</i> , Milano, 2006
C. TRAPUZZANO, <i>Anatocismo bancario</i> , in <i>Giur. Merito</i> , 02, 2010, 561 e ss.
CALLER, (a cura di), <i>ADR and commercial disputes</i> , London, 2002
CUOMO-ULLOA, <i>La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti</i> , Padova, 2008
D. LLEWELLYN, <i>Regulation of Retail Investment Services</i> , in <i>15 Econ. Affairs</i> , 1995, 15,
D. MAFFEIS, <i>Contratti derivati</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2011, 5, 604 e ss.
D. MAFFEIS, <i>Discipline preventive nei servizi di investimento: Le sezioni unite e la notte (degli investitori) In cui tutte le vacche sono nere</i> , in <i>Il Caso.it</i> , II, 97/2008
D. MAFFEIS, <i>Forme organizzative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione di servizi di investimento</i> , in <i>Riv. dir. priv.</i> , 2005
D. SINESIO, <i>Interessi pecuniari fra autonomia e controlli</i> , Milano, 1989
D. SINESIO, <i>La disciplina degli interessi negoziali</i> , in <i>Nuova giur. civ.</i> , 1986, II, 100
E. DESANA, voce <i>Ombudsman bancario</i> , in <i>D. disc. priv., sez. comm.</i> , Agg. I, Torino, 2000, 514 ss.

E. FERRAN, *Dispute Resolution Mechanisms in the UK Financial Sector*, Social Science Research Network, scaricabile da http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=298176.

E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova 2008

E. L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2009, 36/2, I, 240 e ss.

E. MACDONALD, *Bank Charges and the Core Exemption: Office of Fair Trading v Abbey National plc*, in *Modern Law Review*, 71, 2008, 987 e ss.

E. MACDONALD, *Scope and Fairness of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations: Director General of Fair Trading v First National Bank*, in *Modern Law Review*, 65, 2002, 763 e ss.

E. SILVESTRI, *Diritto americano e codificazione del processo civile: il contributo di David Dudley Field*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2011, 439 e ss.

F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2001

F. Annunziata, *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati regolamentati*, Milano, 1993

F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *banca borsa tit. cred.* 2010

F. DENOZZA, *Il danno risarcibile tra benessere ed equità: dai massimi sistemi ai casi Cirio e Parmalat*, in *Giur. comm.*, 2004, 344

F. DURANTE, *Con il nuovo regolamento intermediari, regole di condotta "flessibili" per la prestazione di servizi d'investimento*, in *Giur. Merito*, 2008, 03, 628 e ss.

F. Galgano, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1980

F. GRECO, *Anatocismo bancario e prescrizione: le Sezioni Unite e la difficile applicabilità del decreto mille proroghe. Continua il match tra correntisti e banche match tra correntisti e banche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 4, 810 e ss.

F. LUCKACS, *Contro la nullità dei contratti conclusi in violazione delle norme di comportamento da parte degli intermediari*, in *banca borsa tit. cred.*, 2006, II, 512

F. LUISO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in www.judicium.it.

F. MANIARI, *La mediazione con uno sguardo all'assicurazione*, in *Assicurazioni*, I, 2010, 409 e ss.

F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995

F. SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, in *70 Federal Rules Decisions*, 1976

F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione, (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in *Il Caso.it*, II,92/2008

FABIANI-LEO, <i>Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al d.lgs. n. 28/2010</i> , in <i>Riv. notariato</i> , 2010, 4, 893 e ss.
G. ALPA, <i>ADR</i> , in <i>Trattato di diritto civile</i> , II, <i>Il diritto soggettivo</i> , Torino, 2001
G. Alpa, <i>Decreto Eurosim: la tutela dei consumatori</i> , in <i>Società</i> , 1996, 1066 e ss.
G. ALPA, <i>La responsabilità degli «intermediari» nel diritto comune, nel diritto speciale e nel diritto comunitario</i> , in <i>Corr. merito</i> , 2005, 1127
G. B. Petti, <i>La fideiussione e le garanzie personali del credito</i> , Padova, 2006
G. B. Portale, <i>Fideiussione e «Garantievertrag» nella prassi bancaria</i> , in <i>Le operazioni bancarie</i> , II, Milano, 1978
G. B. Portale, <i>Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo</i> , in <i>Jus</i> , 2008
G. BOCCUZZI (a cura di), <i>I sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata</i> , in <i>Quaderni di ricerca giuridica</i> , Banca d'Italia, n. 68, 2010
G. BUCCELLA, <i>La disciplina degli interessi monetari</i> , Napoli, 2002
G. CARRIERO, <i>L'Ombudsman garante della correttezza bancaria</i> , in <i>Riv. crit. dir. priv.</i> , 3, 1995, 481 e ss.
G. COSI - G. ROMUALDI, <i>La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR</i> , Torino, 2012
G. COTTINO, <i>Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio, Parmalat, bonds argentini</i> , in <i>Giur. it.</i> , 2006
G. D'AMICO, <i>La tutela dell'investitore in strumenti finanziari tra regole di validità e regole di responsabilità</i> , in <i>AA.VV., Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore</i> , Milano, 2008, 45 e ss.
G. G. AULETTA, <i>La prestazione degli interessi nelle obbligazioni pecuniarie</i> , Milano, 1979
G. J. BENSTON, <i>Regulating Financial Markets: A Critique and Some Proposals</i> , Londra, 1998,
G. LA ROCCA, <i>Il potere di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e profili civilistici</i> , in <i>banca Impresa e soc.</i> , 1997, 62
G. MUCCIARONE, "Data valuta": <i>direttiva 2007/64/CE e ordinamento italiano</i> , in <i>AA.VV., Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva</i> , Milano, 2010
G. OPPO, <i>Disumanizzazione del contratto?</i> , in <i>Riv. dir. civ.</i> , 1998, I, 525 e ss.
G. RENARD, <i>La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique</i> , I, Parigi, 1930
G. Romagnoli, <i>La protezione dei consumatori fra novella e disciplina speciale</i> , in <i>Giur. comm.</i> , 1998, I, 391

G. SANTONI, <i>Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2007, I, 257 e ss.
I. BENOHR, <i>Alternative dispute resolution for consumers in the Financial Services Sector: a comparative perspective</i> , in <i>Eur. Policy Analysis</i> , 6, SIEPS, 2013
J. KAY-J. VICKERS, <i>Regulatory reform in Britain</i> , in <i>Economic Policy</i> , n. 8, 1988, 340 e ss.
J. LANDE, <i>Principles for Policymaking About Collaborative Law and Other ADR Processes</i> , in <i>Ohio State Journal on Dispute Resolution</i> , 2007, 22, 617 e ss.
J. MERRYMAN, <i>The Civil Law Tradition</i> , Stanford, 1969
J. PEYSNER-M. SENEVIRATNE, <i>The management of civil cases: the Courts and the Post-Woolf landscape</i> , Research Department/Department of Constitutional Affairs, 2005
L. Bonelli, <i>Le garanzie bancarie a prima domanda</i> , Milano, 1991
L. DITTRICH, <i>Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010</i> , in www.judicium.it .
L. FULLER, <i>Mediation – Its Forms and Functions</i> , in ID., <i>The Principles of Social Order</i> , Duke univ. Press, 1981
L. PASSANANTE, voce <i>Processo civile inglese</i> , in ED, ann. III, Milano, 2010
L. Renna, <i>Il contratto autonomo di garanzia. Le differenze rispetto alla fideiussione e le eccezioni esperibili nei confronti del garante autonomo</i> , nota a Cass. Civ. 16 novembre 2007, n. 23786, in <i>Persona e danno</i> , 2008, disponibile a http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/009108.aspx .
M. BIANCA, <i>Diritto civile, L'obbligazione</i> , IV, Milano, 1995
M. BUSSOLETTI, <i>La disciplina del jus variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica delle clausole vessatorie</i> , in <i>Dir. banca e merc. fin.</i> , 2005, I 13 e ss.
M. BUSSOLETTI, <i>La normativa sulla trasparenza: il jus variandi</i> , in <i>Dir. banca e mercato fin.</i> , 1994
M. CARADONNA-A. BOSSI, <i>L'Arbitro Bancario Finanziario quale strumento di gestione delle liti fra gli intermediari finanziari e la propria clientela</i> , in <i>Riv. dott. comm.</i> , 2, 2010, 283 e ss.
M. CIAN, <i>Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2-bis l. 2/2009 e della l. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2010, II, 182 e ss..
M. COSTANZA, <i>La novella sulle clausole abusive a confronto con il regime dei con tratti finanziari</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2000, 03, 361 e ss.
M. DE POLI, <i>Costo del denaro, commissione di massimo scoperto e usura</i> , in <i>Nuova giur. civ. comm.</i> , 2008, 357 e ss.

M. DE' COSTANZO, <i>La mediazione nella giurisprudenza</i> , Milano, 2007
M. DRAGHI, <i>Intervento del Governatore della Banca d'Italia</i> , 16° Congresso AIAF-ASSIOM FOREX, Napoli, 13 febbraio 2010, scaricabile da www.bancaditalia.it
M. GALANTER, <i>World of deals: using negotiation to teach legal process</i> , in 34 <i>Journal of Legal Education</i> , 1984, 268 e ss.
M. GIORGIANNI, voce <i>Inadempimento</i> , in <i>ED</i> , XX, 1970
M. LIBERTINI, <i>Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza</i> , in <i>Giorn. dir. amm.</i> , 2002, 806 e ss.
M. LIBERTINI, voc. <i>Interessi</i> , in <i>ED</i> , XXIII, Milano, 1972
M. MAGGIOLO, <i>Il contratto predisposto</i> , Padova, 1996
M. PELLEGRINI, <i>Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi</i> , Padova, 2007
M. TATARANO, <i>La commissione di massimo scoperto. Profili giusprivatistici</i> , Napoli, 2007
M. ZANDER, <i>The Woolf reform: what's the verdict?</i> , in <i>The Civil Procedural Rules ten years on</i> , Oxford, 2009
N. ANDREWS, <i>Multi-Party litigation in England</i> , in <i>Legal studies research paper series</i> , 39, Cambridge, 2013
N. ANDREWS, <i>Multi-Party proceedings in England: Representative and Group Actions</i> , 2001, in <i>Duke Journal of Comparative & International Law</i> , 11, 2001, 249 e ss..
N. ANDREWS, <i>The modern civil process. Judicial and alternative forms of dispute resolution in England</i> , Tübingen, 2008
N. IRTI, <i>La nullità come sanzione civile</i> , in <i>Contr. e impresa</i> , 1987, 551 e ss.
N. IRTI, <i>Scambi senza accordo</i> , in <i>Riv. trim. dir. e proc. civ.</i> , 1998, I, 347 e ss.
NIVARRA, <i>Ius variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari</i> , in <i>Diritto privato. Condizioni generali e clausole vessatorie</i> , II, Padova, 1996
O. Capolino, <i>Commento all'art. 31</i> , in AA.VV., <i>La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari, cit.</i> , 275 e ss.
OCCO-SANTI, <i>La conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali nel metodo conciliativo</i> , Milano, 2003
P. De Sanna, <i>Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta</i> , Milano, 1988
P. FERRO-LUZZI, <i>Ci risiamo (a proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)</i> , in <i>Giur. comm.</i> , 2006, 671 e ss.

P. GAGGERO, in <i>La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari</i> , a cura di F. Capriglione, Milano, 1997
P. PERLINGIERI, <i>L'informazione e il contratto</i> , in, <i>Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile</i> , Napoli 2003
P. SCHLESINGER, <i>Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale</i> , in <i>Giur. Comm. I</i> , 1992, 18 e ss.
P. SERRAO D'AQUINO, <i>Questioni attuali in materia di anatocismo bancario, commissione di massimo scoperto ed usura</i> , in <i>Giur. merito</i> 2011, 05, 1172 e ss.
P. SIRENA, <i>Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2007, 03, 262 e ss.
PISANI MASSANEUR, voce <i>Norme bancarie Uniformi</i> , in <i>NNDI Appendice</i> , V, Torino
R. CAPONI, <i>La riforma dei mezzi di impugnazione</i> , in <i>Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.</i> , 4, 2012, 1153 e ss.
R. COOTER-B. J. FREEDMAN, <i>The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences</i> , in <i>66 New York Univ. Law. Rev.</i> , 1991, 1048 e ss.
R. COSTI, <i>Il mercato mobiliare</i> , in <i>Manuale di diritto commerciale</i> , a cura di V. BUONOCORE, Torino, 1997
R. CRASWELL, <i>Passing on the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships</i> , in <i>43 Stanford L. Rev.</i> , 1991, 361 e ss.
R. DAVID, <i>Les grandes systemes de droit contemporains</i> , Parigi, 1964
R. JAMES, <i>Private Ombudsmen and Public Law</i> , Aldershot, 1997
R. LENER, <i>Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (prime note sul "neoformalismo" negoziale)</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 1990, I, 776 e ss.
R. MARCELLI, <i>Dopo l'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le CMS smantellate dalla Magistratura vengono ripristinate dalla legge n. 2/2009</i> , in <i>Il Caso.it</i> , II, 155/2009
R. MARCELLI, <i>L'anatocismo dopo la Delibera CICR del 9 febbraio 2000: fatta la pentola, il diavolo c'è cascato dentro</i> , in <i>Il Caso.it</i> , II, 156/2009
R. NAVARRETTA, <i>La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti</i> , in <i>Nuova giur. civ. comm.</i> , 2007, 415 e ss.
R. POUND, <i>The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice</i> , in <i>29 American Bar Association Report</i> 1, 1906, 395 e ss.
R. SALEILLES, <i>De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand</i> , Parigi, 1901
R. W. HODGIN, <i>Ombudsmen and Other Complaints Procedures in the Financial Services Sector in the United Kingdom</i> , <i>Anglo-American Law Review</i> , 21, 1992

<i>Review of Banking Services in the UK, Cruickshank Report, March 2000</i>
S RUPERTO, <i>L'«Arbitro Bancario Finanziario»</i> , in <i>Banca borsa tit. cred.</i> , 2010, I, 325 e ss.,
S. Bastianon, <i>L'integrazione dei mercati finanziari in Europa: la MiFID e la recente normativa italiana di recepimento</i> , in <i>Dir. Un. Eur.</i> , 2, 2008, 255 e ss.
S. BASTIANON, <i>La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione e arbitrato presso la Consob</i> , in <i>Resp. civ. e prev.</i> , 1, 2010, 4 e ss.
S. DELLE MONACHE, <i>Arbitro Bancario Finanziario</i> , in <i>Banca borsa tit. cred.</i> , 2, 2013, 144 e ss.
S. MEZZACAPO, <i>Promozione e tutela della concorrenza bancaria dopo la « legge sul risparmio » (n. 262 del 2005)</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2007, 01, 48 e ss.
SANGIORGIO-CARRIERO, <i>L'Ombudsman bancario</i> , in PROSPERETTI-COLAVOLPE (a cura di), <i>Banche, Assicurazioni e gestori di risparmio</i> , Milano, 2009
T. ASCARELLI, <i>Delle obbligazioni pecuniarie</i> , in <i>Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca</i> , Bologna-Roma, 1962
T. CAPURRO, <i>In tema di clausola attributiva dello ius variandi</i> , nota a Trib. Pescara 23 marzo 2006, in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2008, 2, 223 e ss.
T. FEBBRAJO, <i>L'informazione ingannevole nei contratti con il consumatore</i> , Napoli, 2006
T. FEBBRAJO, <i>Violazione delle regole di comportamento e rimedi civilistici</i> , in AA.VV., <i>La tutela del consumatore dei servizi finanziari. Applicazioni giurisprudenziali e attuazione delle direttive Mifid</i> , Napoli, 2007
T. SCOZZAFAVA, <i>Gli interessi monetari</i> , Napoli, 1984
U. MORERA, <i>Contratti bancari (disciplina generale)</i> , in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2008, 02, 163 e ss.
V. BONSIGNORE, <i>La diffusione della giustizia alternativa in Italia nel 2008: i risultati di una ricerca</i> , in ISDACI, in <i>Terzo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia</i>
V. CARBONE, <i>Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009</i> , in <i>Giust. civ.</i> 2010, 7-8, 335 e ss.
V. FARINA, <i>Recenti orientamenti in tema di anatocismo</i> , in <i>Rass. dir. civ.</i> , 1991
V. LENOCI, <i>La nuova disciplina della commissione di massimo scoperto e la remunerazione per la messa a disposizione di fondi</i> , in <i>banca Borsa tit. cred.</i> , 2009, 1505 e ss.
V. PICCININI, <i>I rapporti tra banca e clientela. Asimmetria e condotte abusive</i> , Padova, 2008

V. PICCININI, <i>La commissione di massimo scoperto tra criteri di calcolo ed accertamento del superamento del tasso soglia</i> , nota a Trib. Ascoli Piceno 04 febbraio 2010, in <i>Giur. Merito</i> , 2011, 4, 974 e ss.
V. ROPPO-G. AFFERNI, <i>Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale</i> , in <i>Danno e resp.</i> , 2006, 25 e ss.
VENEZIANI-BELLARDI, <i>Mediazione (dei conflitti)</i> in <i>Dig. Comm.</i> , IX, Torino, 1993
VILLA, <i>Contratto e violazione di norme imperative</i> , Milano, 1997
W. T. MURPHY - S. ROBERTS, <i>Introduction to special issue of Modern Law Review</i> , in <i>50 Law Review</i> , 1987, 677 e ss.

SENTENZE E PROVVEDIMENTI

AGCM, 14 settembre 2006, n. 15908
AGCM, 23 dicembre 2008, n. 13952, <i>banca MPS - Commissioni di massimo scoperto</i> , in <i>Boll.</i> 49/2008.
AGCM, 26 maggio 2006, n. AS338
AGCM, 28 ottobre 2004, n. 13697,
AGCM, 8 agosto 1994
Banca d'Italia, 12 novembre 2004, n. B411
Banca d'Italia, 2 maggio 2005, n. B423
Cass. Civ., 01 settembre 1995, n. 9227, in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 1997, II, 136.
Cass. Civ., 03 settembre 1967, n. 2310, in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 1967, II, 37
Cass. Civ., 11 novembre 1999, n. 12507, annotata da DI PIETROPAOLO, in <i>Giust. civ.</i> , 2000, I, 2045 e ss. e da PALMIERI-NIGRO, in <i>Foro it.</i> , 2000, I, 451 e ss..
Cass. Civ., 14 maggio 2005, n. 10127, in <i>Riv. dir. comm.</i> , 2005, 7/8/9, II, 163e ss. con nota di COLOMBO
Cass. Civ., 15 dicembre 1981, n. 6631, in <i>Riv. dir. comm.</i> , 1982, II, 89
Cass. Civ., 16 marzo 1999, n. 2374 e Cass. Civ., 30 marzo 1999, n. 3096 entrambe annotate da GIACALONE, in <i>Giust. Civ.</i> , 1999, I, 1301 e ss., da DOLMETTA-PERRONE e da GINEVRA, in <i>banca borsa tit. cred.</i> 1999, II, 389 e ss., da PORZIO, <i>ibidem</i> , II, 649 e ss. in senso critico, da CARBONE, in <i>Corr. Giur.</i> , 1999, 561 e ss. e da FERRO LUZZI, in <i>Riv. dir. comm.</i> , 1999, II, 167 e ss
Cass. Civ., 17 aprile 1997, n. 3296, in <i>Gius.</i> , 1997, 1725,
Cass. Civ., 18 dicembre 1998, n. 12675, in <i>Gius.</i> , 1999, 647,

Cass. Civ., 18 gennaio 2006, n. 870, in <i>Giust. civ. Mass.</i> , 2006, 1, 50
Cass. Civ., 18 gennaio 2006, n. 870, in <i>Giust. civ. Mass.</i> , 2006, 1, 50
Cass. Civ., 18 maggio 1996, n. 4605 in <i>Contratti</i> (I), 1997, 37 e ss., con nota di FONDRIESCHI
Cass. Civ., 20 febbraio 2003, n. 2593 in <i>Giust. civ. Mass.</i> 2003, 368, come annotata da TARDIVO, in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2003, II, 505 e ss., PANDOLFINI, in <i>Contratti</i> , I, 2003, 545 e ss., FARINA, in <i>Dir. fall.</i> , 2003, II, 538 e ss., e MEOLI, in <i>Nuova giur. civ. comm.</i> , 2004, I, 68 e ss..
Cass. Civ., 21 maggio 2008, n. 13051
Cass. Civ., 21 maggio 2008, n. 13051, in <i>Giust. civ.</i> 2009, 3, 701 e ss. con nota di COSTANZA
Cass. Civ., 24 aprile 2008, n. 10652, in <i>Banca borsa tit. cred.</i> 2009, 4, 411 con nota di Cuccovillo, <i>Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia</i> , <i>ibid.</i> , 431 e ss..
Cass. Civ., 27 maggio 2002, n. 7712
Cass. Civ., 29 ottobre 2010, n. 22147, in <i>D&G</i> , 2010, con nota di GALLUCCI e in <i>Giust. civ. Mass.</i> , 2010, 10, 1386.
Cass. Civ., 7 marzo 2001, n. 3272
Cass. Civ., sez. III, 6 agosto 2002, n. 11772
Cass. Civ., SS.UU. 18 febbraio 2010, n. 3947, in <i>D&G</i> , 2010, con nota di Milizia, 159 e ss., in <i>banca borsa tit. cred.</i> 2010, 3, II, 257 e ss., con nota di BARILLA', e, nella stessa rivista, 2010, 4, II, 425 con nota di NAPPI, in <i>DEA</i> , 2011, 1, 227 e ss. con note di CERINI e GALANTINI.
Cass. Civ., SS.UU., 01 ottobre 1987, n. 7341.
Cass. Civ., SS.UU., 02 dicembre 2010, n. 24418, come annotata da MILIZIA, in <i>D&G</i> , 2010, 0, 545 e ss., BONTEMPI, in <i>Nuova Giur. Civ.</i> , 2011, 4, 1, 291 e ss., ROLFI, in <i>Corr. Giur.</i> , 2011, 6, 817 e ss., RIZZUTI, in <i>Giur. It.</i> , 2011, 7, 1547 e ss. e FLICK, in <i>Danno e Resp.</i> , 2011, 6, 612
Cass. Civ., SS.UU., 04 novembre 2004, n. 21095 da GIACALONE, in <i>Giust. civ.</i> , 2005, 5, 1221 e ss., da ROSSETTI, in <i>Dir. e giust.</i> , 2004, 42, 29 e ss., da PALMIERI-PARDOLESI e FERRO-LUZZI, in <i>Foro it.</i> , 2004, I, 3294 e ss., da INZITARI, in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2005, 4, 434 e ss..
Cass. Civ., SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, come massimata in <i>Giust. civ. Mass.</i> , 2007, 12, commentata in <i>D&G</i> , 2008, in <i>Giust. civ.</i> , 2008, 5, I, 1175 e ss., con nota di NAPPI, e, ancora, in <i>Giust. civ.</i> , 2008, 12, con nota di FEBBRAJO, 2775 e ss., infine in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2010, 6, II, 686 e ss., con nota di CORRADI
Cass. Pen., 14 maggio 2010, n. 28743

Cass. Pen., 18 marzo 2003, n. 20148
Cass. Pen., 19 febbraio 2010, n. 12028, in <i>Foro it.</i> , 2010, 7-8, II, 382 e ss. con nota di DI LANDRO
Corte App. Ancona, 3 marzo 2011, in www.ilcaso.it .
Corte App. Roma, sez. II, 24 settembre 2002, in <i>Foro it.</i> , 2003, I, 332 e ss. con nota di PALMIERI-PLAIA, in <i>Giur. it.</i> , 2003, 904 e ss. con nota di DE RENTIIS, in <i>Contratti (I)</i> , 2003, 113 e ss. con nota di DE MARCO, in <i>Giur. comm.</i> , 2003, II, 475 e ss. con nota di BERTOLO
Corte Cost., 17 ottobre 2000, n. 425, annotata da CARBONE, in <i>Corr. giur.</i> , 2000, 1453 e ss., PANZANI e OLIVA, in <i>Fall.</i> , 2001, 19 e ss., FERRO-LUZZI, in <i>Riv. dir. priv.</i> , 2000, 734 e ss., FAUCEGLIA, in <i>Dir. e prat. soc.</i> , 2000, 21, 58 e ss., MUCCIARONE, in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2001, II, 1 e ss. e in <i>Foro it.</i> , 2000, I, 3045 e ss
Trib. Bagheria, 31 dicembre 2009, in <i>Corriere Giur.</i> , 2011, 3, 402 e ss. con nota di COLANGELO
Trib. Bolzano, 11 aprile 2005, n. 420, in <i>Il merito</i> , 2007, 5, 14.
Trib. Brindisi, 18 luglio 2007
Trib. Genova, 18 ottobre 2006, in <i>Foro padano</i> , 2007, 3-4, I, 493 e ss. con nota di GHIGLIOTTI
Trib. Mantova 21 aprile 2007, in www.ilcaso.it
Trib. Mantova, 02 febbraio 2009, in www.ilcaso.it
Trib. Milano, 19 aprile 2011, in <i>Banca borsa tit. cred.</i> , 2011, 6, II, 748 e ss., con nota di GIRINO
Trib. Milano, 4 luglio 2002 in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2003, II, 452 e ss. con nota di INZITARI
Trib. Monza, 12 dicembre 2005, in <i>banca borsa tit. cred.</i> , 2007, II, 204 e ss. con nota di DAGNA,
Trib. Palermo, 26 marzo 2010, n. 42, in <i>Giur. merito</i> 2010, 9, 2010, con nota di GORGONI
Trib. Tortona, 19 maggio 2008, in www.ilcaso.it ,