

BANCA BORSA TITOLI DI CREDITO

ISSN 0390-9522

RIVISTA BIMESTRALE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. LXVIII - Nuova serie - Marzo-Aprile 2015

2

DIREZIONE

MARIO CAMPOBASSO - ALDO A. DOLMETTA
GIUSEPPE SANTONI - RUGGERO VIGO

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)



GIUFFRÈ EDITORE

© Copyright Giuffrè 2015. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Utente: GIANFRANCO LIACE - www.iusexplorer.it - 04.05.2015

SOMMARIO

PARTE PRIMA

ARTICOLI	PAG.
MARIO CAMPOBASSO, <i>La tutela delle minoranze nelle società quotate: dall'eterotutela alla società per azioni "orizzontale"</i>	139
GIACOMO D'ATTORRE, <i>La legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità nelle imprese collettive non societarie</i>	162
MATILDE GIROLAMI, <i>Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)</i>	172
PAOLO FLAVIO MONDINI, <i>Il ruolo del curatore nella gestione della procedura fallimentare. Autonomia e personalità nell'esercizio delle funzioni</i>	215
FRANCESCA BENATTI, <i>L'evoluzione dei codici etici: dalla funzione promozionale alla valenza giuridica</i>	241
ALESSANDRO M. LUCIANO, <i>Concordato con piano differito (art. 161, comma 6°, l. fall.) e "dovere di pianificazione" nell'impresa societaria in crisi</i>	255

PARTE SECONDA

GRAZIA MARIA D'AIELLO, <i>Conflitto (apparente) tra titolo negoziale e titolo ereditario nella cessione di quota di s.r.l.</i>	124
MARINA BINDA, <i>Diritto di accesso cd. "difensivo" e segreto d'ufficio a tutela di interessi pubblici</i>	145
GAIA BALP, <i>Prestiti obbligazionari e finanziamenti dei soci « in qualsiasi forma effettuati »: sulle ragioni della difficoltosa convivenza delle rispettive discipline ..</i>	159
GIANFRANCO LIACE, <i>Una nuova (ma non condivisibile) configurazione dell'Arbitro bancario finanziario</i>	176
ELENA DEPETRIS, <i>La responsabilità della banca per pagamento illegittimo di bonifico bancario</i>	192
MATTEO DI FABIO, <i>Osservazioni a Trib. Milano, 24 gennaio 2013, in tema di efficacia solutoria del pagamento effettuato mediante assegno bancario</i>	217
ANDREA TUCCI, <i>Contratti derivati: determinazione dell'alea e determinabilità dell'oggetto</i>	229

TRIBUNALE DI SALERNO

17 dicembre 2013

G.U. RICCIARDI

Arbitro bancario finanziario - Natura dell'Arbitro bancario finanziario - Arbitrato irrituale - Sussistenza.

(Testo Unico Bancario, art. 128-bis; codice di procedura civile, art. 808-ter).

Ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria - Impugnativa della decisione resa dall'Arbitro bancario finanziario - Esclusione.

(Testo Unico Bancario, art. 128-bis).

Il ricorso all'Arbitro bancario finanziario configura un'ipotesi di arbitrato irrituale, stante la mancanza di una espressa clausola compromissoria, anche perché le parti consentono al Collegio Arbitrale di assumere la decisione senza l'osservanza di particolari formule e procedure di rito (1).

La decisione di affidarsi ad un arbitrato irrituale si pone come una sostanziale rinuncia alla tutela giurisdizionale. Ne consegue la inammissibilità dell'impugnativa della decisione dell'Arbitro bancario finanziario, in quanto proposta nei confronti di un lodo emesso all'esito di un arbitrato irrituale (2).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — In data 29 marzo 2006 la S.P.A. R. Finanziaria stipulava con C. C. un contratto di finanziamento, rimborsabile con rate mensili di euro 170,00 in sessanta mesi.

In data 22 novembre 2007 C. C. estingueva anticipatamente il contratto di finanziamento, corrispondendo la somma di euro 13.151,11, per cui richiedeva alla s.p.a. R. Finanziaria la restituzione delle commissioni e premi assicurativi indicati in contratto, per il periodo successivo alla scadenza anticipata.

La società finanziaria si rifiutava di ottemperare alla richiesta, per cui il C. adiva l'Arbitro Bancario Finanziario per ottenere la restituzione del complessivo importo di euro 4.876,63 oltre accessori.

Nel contraddittorio delle parti, il Collegio Arbitrale adito accoglieva solo in parte la domanda restitutoria proposta dal C..

Ritenendo la decisione assunta non conforme a diritto, la s.p.a. R. Finanziaria, che pure aveva ottemperato alla decisione, adiva l'Autorità Giudiziaria Ordinaria, chiedendo che venisse dichiarata la non rimborsabilità delle commissioni e premi assicurativi, con conseguente condanna del C. alla restituzione di quanto incassato in esecuzione della pronuncia emessa dal Collegio arbitrale.

C. C. si costituiva regolarmente in giudizio, prospettando eccezioni sia di rito, che di merito.

La causa non veniva istruita, essendo state sollevate questioni di mero diritto.

Precisate le conclusioni in epigrafe riportate, la causa è stata riservata dal Giudicante per la decisione, decorsi i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. Prima di proporre la presente domanda

giudiziale, le parti di comune accordo hanno proposto la medesima questione ad un Collegio Arbitrale, denominato Arbitro bancario Finanziario, istituito dall'art. 128bis TUB, il quale l'ha definita dando in parte ragione al C. e condannando, pertanto la s.p.a. R. Finanziaria alla restituzione, in favore del C., dell'importo complessivo di euro 2.948,27 oltre accessori di legge.

La presente azione, pertanto, si pone come una sostanziale impugnativa della decisione assunta dal Collegio Arbitrale, denominato Arbitro Bancario Finanziario, tanto vero che l'attrice contesta in più punti la decisione arbitrale assunta.

Si pone, pertanto, il problema di stabilire se una siffatta azione sia ammissibile e in quali limiti.

Non sembra poi contestabile che una tale questione possa essere sollevata anche d'ufficio, avendo come oggetto la corretta proponibilità di una domanda dinanzi l'Autorità Giudiziaria Ordinaria.

2. Una corretta risposta al quesito sulla ammissibilità della presente impugnativa non può prescindere dalla qualificazione dell'arbitrato cui si sono sottoposte le parti, ossia se si sia trattato di un arbitrato avente natura rituale o irrituale.

Sul punto, l'esame del contratto di mutuo stipulato tra le parti non offre spunti di rilievo, posto che esso, all'art. 12, si limita a disporre che "per ogni eventuale controversia, il Foro competente sarà quello di legge".

Ciò nonostante, le parti, di comune accordo, hanno deciso di affidare ad un Collegio Arbitrale la soluzione della controversia tra loro insorta.

A parere del Giudicante, ciò porta a concludere che nella specie si verta in ipotesi di arbitrato irrituale, stante la mancanza di una espressa clausola compromissoria, anche perché le parti hanno consentito al Collegio Arbitrale di assumere la decisione senza l'osservanza di particolari formule e procedure di rito.

Invero, sia l'arbitrato rituale che quello irrituale hanno natura privata e la differenza va individuata nel fatto che, nell'arbitrato rituale, le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., con l'osservanza delle regole del procedimento arbitrale; mentre, nell'arbitrato irrituale, le parti intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie, soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla loro volontà, impegnandosi a considerare la decisione dell'arbitro come espressione della loro volontà negoziale (cfr. Cass. n. 21585/2009).

Dunque, la decisione di affidarsi ad un arbitrato irrituale si pone come una sostanziale rinuncia alla tutela giurisdizionale (cfr. Cass. n. 7525/2007).

La conseguenza di ciò è che la decisione arbitrale è impugnabile, dinanzi al giudice ordinariamente competente, soltanto per i vizi che possono vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale (errore, violenza, dolo o incapacità delle parti o dell'arbitro), mentre è preclusa ogni impugnativa per errori di diritto, attesa la natura non giurisdizionale della decisione assunta (Cass. n. 16049/2004).

Ne consegue la inammissibilità della presente impugnativa, in quanto proposta nei confronti di un lodo emesso all'esito di un arbitrato irrituale, ed in quanto proposta per asseriti errori di diritto commessi dal Collegio Arbitrale, non valutabili dalla A.G.O..

3. Peraltro, ad analoghe conclusioni si perviene anche attraverso l'esame della figura dell'Arbitro Bancario Finanziario, istituito dall'art. 128bis l. n. 385/93,

la cui nozione non è riconducibile a quelle di giudice o autorità giudiziaria, in considerazione dei criteri e requisiti per la sua nomina (cfr. argomentando *ex* Corte Costituzionale n. 218/2011).

Dunque, esclusa la riconducibilità dell'arbitro Bancario Finanziario alla figura del giudice, deve necessariamente escludersi che esso possa emettere lodi arbitrali impugnabili dinanzi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria, secondo le usuali regole di rito, atteso anche la natura negoziale e non giurisdizionale della clausola compromissoria.

4. La domanda va pertanto dichiarata inammissibile (*Omissis*).

(1-2) Una nuova (ma non condivisibile) configurazione dell'Arbitro bancario finanziario.

SOMMARIO: 1. Ricostruzione della vicenda processuale. — 2. L'Arbitro Bancario Finanziario e l'arbitrato irrituale. — 3. Conclusioni.

1. La vicenda processuale, oggetto del presente commento, si sviluppa intorno a una tematica ampiamente disaminata dall'Arbitro bancario finanziario, ossia la richiesta di rimborso della quota di premio assicurativo non goduta e degli oneri anticipatamente corrisposti.

Il cliente della società finanziaria al fine di ottenere la restituzione delle somme sopra indicate, ricorre all'A.B.F. che accoglie il suo ricorso, seppur con una riduzione nell'ammontare, condannando così la finanziaria alla restituzione dell'importo versato "in eccedenza".

L'intermediario, per evitare l'applicazione della sanzione reputazionale, ha adempiuto alla decisione con riserva, ovvero non prestando acquiescenza al responso riservandosi la facoltà di ricorrere innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

Il Tribunale dichiara inammissibile la domanda proposta dall'intermediario, in quanto nella sentenza si sostiene che la decisione dell'A.B.F. non è impugnabile innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

La sentenza del Tribunale campano si caratterizza per una totale assenza d'inquadramento sistematico dell'A.B.F., della sua natura e delle sue funzioni. Difatti, nel caso di specie, il giudicante attribuisce all'A.B.F. una natura arbitrale, più precisamente di arbitrato irrituale; ma l'aspetto che assume maggiore rilevanza, ai fini della presente trattazione, è l'attribuzione alla decisione dell'A.B.F. della natura di lodo irrituale non impugnabile innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

La Banca d'Italia, nella Relazione sull'attività svolta dall'A.B.F., precisa che: « anche se il nome contiene la parola "arbitro", l'A.B.F. non deve essere confuso con l'arbitrato previsto dal codice di procedura civile. Quest'ultimo, infatti, presuppone un accordo delle parti (precedente o successivo all'insorgere della controversia) volto a sottoporre la lite al giudizio di uno o più arbitri, i quali emettono una decisione vincolante » (1).

(1) BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, anno 2010, 7. Cfr. BERLINGUER, *L'ABF tra giudizio e media-conciliazione*, in *Riv. arb.*, 2013, 27, il quale precisa che il *nomen iuris* « arbitro » è utilizzato in senso atecnico, non essendo l'A.B.F. riconducibile né all'arbitrato né all'arbitraggio. Non può essere ricondotto all'arbitrato, atteso che vi è un obbligo espresso dal legislatore, a carico degli intermediari, di aderire all'A.B.F. Non si tratta di arbitraggio, almeno secondo l'opinione prevalente, giacché sia il cliente che l'intermediario demandano all'A.B.F. non di colmare una lacuna eminentemente tecnica, ma di assumere un parere *pro veritate*

2. Il Tribunale assume una posizione ben precisa, cioè che l'A.B.F. è un sistema alternativo di risoluzione delle controversie che si colloca nell'alveo dell'arbitrato, e più precisamente lo incasella nell'arbitrato irrituale (2). La presente posizione non può essere condivisa per una molteplicità di ragioni che di seguito si vanno ad illustrare.

Preliminarmente va osservato che i responsi dell'A.B.F. non hanno le caratteristiche proprie di un pronunciamento giurisdizionale, tant'è che non hanno nessun carattere vincolante per le parti, o in ogni modo decisorio della controversia (3), in

di natura giuridica, non vincolante per le parti, all'inosservanza del quale fa seguito al massimo, e per il solo intermediario bancario, la sanzione reputazionale. Inquadra l'A.B.F. nell'istituto dell'arbitraggio DESARIO, *Profili di impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in questa Rivista, I, 2011, 495 ss. Si veda anche SANGIOVANNI, *La mediazione obbligatoria in materia di contratti bancari (seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2012, 277. anch'egli sostiene che la terminologia utilizzata non deve trarre in inganno, in quanto la procedura in esame non ha nessuna attinenza con l'arbitrato, rilevato che la decisione del Collegio è sì vincolante tra le parti, ma non può essere eseguita coattivamente come avviene per il lodo — ex art. 825 c.p.c. —. Il presente assunto è solo in parte condivisibile rilevato che la decisione non vincola nessuna delle parti.

(2) Negli ordinamenti di *common law* l'A.B.F. potrebbe essere rapportato alla procedura denominata *Early Neutral Evaluation* (ENE), che rappresenta una forma di risoluzione alternativa delle controversie. In questo caso ci si rivolge ad un terzo neutrale al fine di analizzare gli aspetti di fatto e di diritto della potenziale controversia, al fine di ridurre i tempi del contenzioso e le relative spese. In un certo senso si tratta di una combinazione di mediazione facilitativa e valutativa. La procedura si caratterizza per una sua valutazione preventiva della fondatezza in diritto della domanda, all'esito di una valutazione prognostica. Cfr. CONSOLO-STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitrato, del nuovo ABF: "scrutatore" dei torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. giur.*, 2011, 1656. La presente impostazione non convince, dato che l'A.B.F. non svolge un ruolo meramente prognostico, ma decide secondo diritto, basandosi su elementi probatori di tipo documentale; inoltre il giudice, in un eventuale giudizio, non è vincolato al responso del Collegio. L'A.B.F., in realtà non è riconducibile a sistemi aggiudicativi già esistenti, dato che esso rappresenta una nuova forma di A.D.R. di tipo aggiudicativo ed eteronomo.

(3) Le decisioni dell'*Ombudsman-giuri bancario*, invece, sono vincolanti per il solo intermediario. Cfr. *Ombudsman-giuri bancario*, Regolamento per la trattazione dei reclami e dei ricorsi in materia di servizi e attività di investimento, art. 10, comma 1°. Assume una posizione difforme AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e « sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie »*, in *Società*, 2011, 90, il quale ritiene che la decisione dell'A.B.F. potrebbe costituire un'allegazione difensiva liberamente valutabile dal giudice nel corso del processo. Così come il responso può essere utilizzato come prova scritta ai sensi dell'art. 634 c.p.c. Si ritiene di non poter aderire alla presente posizione, rilevato che la decisione assunta dal collegio non è di per sé una prova della sussistenza di uno o più fatti costitutivi del diritto fatto valere. Cfr. CONTE, *Note minime sull'Arbitro Bancario Finanziario*, in *ABF e supervisione bancaria*, a cura di Capriglione e Pellegrini, Padova, 2011, 207, secondo il quale il responso dell'A.B.F., non avendo natura vincolante per le parti, fa sì che la sanzione reputazionale rimanga l'unica conseguenza negativa cui l'intermediario si espone, senza che la sua inottemperanza possa costituire oggetto di una pretesa azionabile innanzi all'autorità giudiziaria. Si veda anche CARATTOZZOLO, *L'Arbitro Bancario Finanziario: la particolare configurazione della risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie*, in <http://edizionicafoscarini.unive.it/riv/exp/25/8/RicercheGiuridiche/4/40>, 572, il quale afferma che: « La shame culture su cui si fonda il sistema, ovvero il timore di far conoscere al mercato situazioni di inadempimento ai propri obblighi di comportamento così come eventuali disallineamenti dagli indirizzi individuati da un organo dotato di particolare qualificazione e professionalità, da cui possono derivare rischi di sviamento della clientela e di diffusa diffidenza, può favorire la conformazione dell'intermediario, il cui comportamento viene indirizzato attraverso una tecnica che richiama la *moral suasion* tipica dell'attività di vigilanza ». Infine, la decisione dell'A.B.F. non fa stato ex art. 2909 tra le parti. Cfr. A. SCARPA, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie*, in *Contr. e impr.*, 2013, 145.

quanto da essi non nasce un obbligo avente natura giuridica tra le parti, né tanto meno sono azionabile innanzi all'autorità giudiziaria (4).

La Corte Costituzionale, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità sollevata dal Collegio di Napoli, ha escluso che la struttura, la disciplina e le funzioni dell'A.B.F. abbiano, in modo automatico, natura decisoria delle controversie insorte tra il cliente e l'intermediario bancario (5). I giudici delle leggi nell'ordinanza non utilizzano mai il termine sentenza, lodo o decisione, bensì responso. La distinzione non è meramente semantica, ma sostanziale, in quanto con il termine decisione indichiamo « la determinazione di volontà giudiziaria che definisce totalmente o parzialmente la materia oggetto del processo » (6). Il significato del lemma responso è risposta, che meglio si attaglia ad un atto che tendenzialmente è incapace di produrre effetti diretti nei confronti delle parti (7).

Inoltre l'intermediario, così come il cliente, quale che sia l'esito della procedura, ha la facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi. Il Tribunale campano nega questa possibilità, sostenendo l'inammissibilità della domanda giudiziaria a seguito della procedura innanzi all'A.B.F.

Non è condivisibile la posizione assunta dal Tribunale, in quanto i provvedimenti dell'A.B.F. sono privi dell'efficacia tipica del lodo ai sensi dell'art. 824-bis c.p.c.; inoltre il responso non produce *inter partes* un vincolo equiparabile alla forza di legge propria del contratto, di cui il compromesso condivide la fonte negoziale (art. 808-ter c.p.c.) (8). Negare la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria fa presupporre l'esistenza di un arbitrato obbligatorio, che è incostituzionale (9). Va, altresì, osservato che le statuizioni dell'A.B.F. non fanno sorgere un nuovo diritto suscettibile di tutela innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, né tanto meno l'intermediario ha l'obbligo di adempiere; ne consegue che qualora la banca non osservi il responso dell'A.B.F., il cliente non potrà far valere l'inadempimento in quanto tale. Il parere *pro veritate* dell'A.B.F. non produce alcun effetto giuridico tra le parti, a cominciare da quelli previsti dall'art. 1372 c.c. (10).

(4) ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, II, 132; SEPE, *Brevi note sulla natura delle decisioni dell'ABF*, in *ABF e supervisione bancaria*, a cura di Capriglione e Pellegrini, Padova, 2012, 121.

(5) Corte cost. (ord.), 4 luglio 2011, n. 218, in *Corr. giur.*, 2011, 1652.

(6) VOCABOLARIO DELLA LINGUA ITALIANA, *Decisione*, Bologna, 2005, 502.

(7) DELI, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Bologna, 2004, 1043; FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzione di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012, 247.

(8) CONSOLO-STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *AGE*, 2011, 123.

(9) La Costituzione garantisce ad ogni soggetto il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, pertanto « il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma primo, Cost. [...], sicché la "fonte" dell'arbitrato non può più ricercarsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa ». Cfr. Corte cost., 8 giugno 2005, n. 221, in *Giur. it.*, 2006, 913; Corte cost., 24 luglio 1998, n. 325, in *Foro it.*, 1998, 2332; Corte cost., 11 dicembre 1997, n. 381, in *Foro it.*, 1998, 3; Corte cost., 27 febbraio 1996, n. 54, in *Giur. it.*, 1996, 320; Corte cost., 9 maggio 1996, n. 152, in *Foro it.*, 1996, 1905; Corte cost., 23 febbraio 1994, n. 49, in *Foro it.*, 1995, I, 1769; Corte cost., 2 giugno 1994, n. 206, in *Foro it.*, 1995, I, 1769; Corte cost., 10 giugno 1994, n. 232, in *Giust. civ.*, I, 1994, 2415; Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 488, in *Foro it.*, 1992, 999; Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127, in *Giur. it.*, 1978, 1809. Si veda FERRETTI, *L'Arbitrato e l'ADR nel settore bancario*, in Rubino-Sammartano (a cura di), *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010, 1570.

(10) S. RUPERTO, *L'« Arbitro Bancario Finanziario »*, in questa *Rivista*, 2010, I, 332. La decisione dell'ABF non presenta nessuna delle caratteristiche previste per il verbale di accordo della mediazione: tant'è che il responso dell'A.B.F. è rapportabile ad un parere *pro veritate* che non

Tra gli autori vi è chi accosta l'A.B.F. all'arbitrato irrituale, poiché il carattere vincolante della decisione, resa dal collegio, si rinviene nella reciproca volontà manifestata dalle parti di affidarsi alla cognizione arbitrale (11). Ulteriormente si precisa che, negando qualsiasi tipo di efficacia alla decisione dell'A.B.F., si finisce per snaturare l'obiettivo che la legge ha inteso affidare a detto sistema alternativo di risoluzione delle controversie, ovvero quello di garantire una effettiva tutela dei diritti nascenti dal rapporto controverso (12). La presente impostazione non è convincente, in quanto l'effettività della tutela dei diritti controversi non è tipica dei soli sistemi decisorii, ma rappresenta il portato di regole procedurali uniformi. La stessa delibera del CICR del 29 luglio 2008, n. 275 precisa: « che la rapidità, l'economicità e l'effettività della tutela nei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie sono assicurate da regole procedurali uniformi ... », a conferma che l'effettività non costituisce un *enforcement* specifico della vincolatività della decisione (13).

In realtà sull'intermediario grava l'obbligo di aderire all'A.B.F., quindi non vi è un'adesione spontanea delle parti al presente sistema di risoluzione delle controversie (14). L'intermediario, per di più, non può sottrarsi al procedimento medesimo una volta che il cliente abbia deciso di attivarlo.

Sul tema è stato osservato che il carattere non vincolante della decisione del collegio deriva anche dalla facoltà riconosciuta ad entrambe le parti di ricorrere

è vincolante per le parti, né tanto meno per il giudice in un successivo o potenziale giudizio, in quanto l'inosservanza della decisione dell'ABF comporta, a carico dell'intermediario inadempiente, una sanzione di tipo reputazionale. Diversamente, CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in questa *Rivista*, 2010, I, 269 s., il quale sostiene che in caso di accoglimento del ricorso, la decisione è vincolante per l'intermediario soltanto se accettata dal cliente.

(11) GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, 1223; SOLDATI, *L'arbitro bancario finanziario della Banca d'Italia (abf)*, in *Contr.*, 2009, 856; PACILEO, *La responsabilità bancaria. Uno studio comparatistico*, Torino, 2012, 239, nota 10, il quale afferma che: « il favor per l'idea di un arbitrato, seppure libero, si fonda sull'interpretazione del precetto del t.u.b. che vuole il sistema di soluzione dei conflitti tra banca e cliente orientato alla tutela dei rispettivi diritti, nonché nella tendenza innovativa, conseguente alla riforma delle disposizioni generali dettate in materia di arbitrato, avutosi nel 2006, a cogliere quale essenza dell'arbitrato irrituale non più la conclusione di un nuovo contratto di contenuto sostanzialmente transattivo avente ad oggetto il precedente rapporto contrattuale controverso, bensì un pronunciamento su ragioni e torti delle parti con efficacia vincolante per questi ultimi, seppure con un'intensità diversa rispetto a quella del lodo rituale, ma pur sempre suscettibile di assumere, ove non impugnato, carattere di definitività ». Sulla riforma dell'arbitrato assumono detta posizione SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, 25; GALGANO, *Il lodo arbitrale vale dunque come sentenza*, in *Contr. e impr.*, 2006, 301; VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 665 ss.; CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1190. Si veda anche QUADRI, « *L'Arbitro Bancario Finanziario* » nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 318, il quale da un lato conviene che la decisione non sia omologabile ad una sentenza o ad un lodo arbitrale, dall'altro, però, ritiene che essa esprima un valore tale nei rapporti interni al sistema creditizio, da risultare veramente difficile considerarla non vincolante per gli intermediari.

(12) GUIZZI (nt. 11), 1221.

(13) SEPE (nt. 4), 125, il quale fa riferimento all'effettività della tutela dei diritti controversi non in relazione alla natura vincolante della decisione, ma come « sostanzialità » e non « formalità » della tutela accordata dal procedimento.

(14) DE POLI, *Commento sub art. 128 bis*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro - Zaccaria, Padova, 2010, 1464. Nessuna relazione può essere prospettata tra l'adesione dell'intermediario e il consenso manifestato dal cliente con la proposizione del ricorso, rilevato che le due determinazioni restano distinte e non convergono per dar vita ad un contratto.

all'autorità giudiziaria per la tutela dei propri diritti e interessi posti a valle della decisione; pertanto, non vi è una definizione della controversia mediante determinazione contrattuale secondo lo schema dell'arbitrato irrituale, dato che la stessa rimane impregiudicata nei rapporti cliente/intermediario (15).

Altro aspetto che il Tribunale omette completamente di valutare è il rapporto intercorrente tra l'A.B.F. e la mediazione; infatti, il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, art. 5, comma 1-bis fa rientrare la disciplina contenuta nell'art. 128-bis t.u.b. nell'ambito della mediazione, anche se tra i due istituti sono maggiori le diversità che le affinità (16). Le controversie bancarie, pena l'improcedibilità della domanda giudiziaria, devono essere preventivamente sottoposte al vaglio di un media-conciliatore. Per quanto concerne il contenzioso bancario appare opportuno sottolineare che la procedura innanzi all'A.B.F. può essere attivata solo dal cliente dell'intermediario. Inoltre, il cliente/risparmiatore non è vincolato giuridicamente ad attivare come procedura di media-conciliazione obbligatoria quella innanzi all'A.B.F. avendo la possibilità di avvalersi anche della procedura di mediazione disciplinata dal d.lgs. n. 28/2010 (17).

A questo punto appare alquanto difficile comprendere la qualificazione giuridica dell'A.B.F. come arbitrato irrituale e l'impossibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria, o per meglio dire, utilizzando l'espressione adoperata dal Tribunale di Salerno, l'impugnativa del responso dell'A.B.F. è "inammissibile". Non si tratta di un'impugnativa della decisione dell'A.B.F., ma semplicemente di un ricorso all'autorità giudiziaria volto ad ottenere una sentenza che dirimi la controversia insorta tra l'intermediario e il cliente della banca, e che la stessa sentenza abbia un effetto vincolante tra le parti. Nel momento in cui, invece si sostiene che il ricorso all'autorità giudiziaria costituisca una sorta di appello, allora si afferma che il responso dell'A.B.F. ha natura vincolante tra le parti e che, in caso di mancata impugnativa della decisione, questa diviene "cosa giudicata", snaturando così il funzionamento dell'A.B.F.

In merito va evidenziato come la delibera C.I.C.R. (art. 6, comma 8^o; disposizioni della Banca d'Italia, sezione VI, § 3), prevede per entrambe le parti la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria, ovvero di avvalersi di ogni altro mezzo previsto

(15) TAVORMINA, *L'arbitro bancario finanziario (un altro episodio de "I nuovi mostri")*, in *Corr. giur.*, 2011, 1028 *contra* SCOTTI, *ABF e rapporti bancari*, in *Dig. disc. priv., sez. comm., Agg.*, ***** Torino, 2012, 11. la quale sostiene che l'eventuale azione giudiziaria non può azzerare tutto quanto precedentemente accaduto tra le parti. Alle decisioni dell'A.B.F. deve essere attribuita una funzione precipua, che è quella di strumento di prevenzione dei rischi collegati ai contratti di massa o seriali; pertanto, la "giurisprudenza", in senso atecnico, dei precedenti diviene un dispositivo di *soft regulation*. Si pensi, ad esempio, all'ordinanza Trib. Rimini, 22 agosto 2011, in *www.ilcaso.it*, nella quale si afferma che non essendo stati rinvenuti precedenti editi sulla nozione di giustificato motivo in tema di *ius variandi*, si richiama una pronuncia dell'A.B.F.. Alle decisioni dell'A.B.F. viene attribuita la natura di "precedente". L'ufficio reclami, infatti, deve valutare le istanze dei clienti non solo sulla base del diritto o degli eventuali codici di deontologia a cui aderisce l'intermediario, ma anche sulla base degli orientamenti dell'A.B.F.. In ogni caso appare opportuno precisare che le decisioni assunte dall'A.B.F. non hanno un vero e proprio valore di precedente vincolante per l'intermediario nel decidere il reclamo ricevuto. Sul tema si rinvia a LIACE, *La composizione delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, Bari, 2012, 35; LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, Padova, 2010, 258.

(16) Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna o rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico.

(17) MAIMERI, *La definizione delle controversie concernenti i contratti dei risparmiatori davanti all'A.B.F.*, in *I contratti dei risparmiatori*, a cura di Capriglione, Milano, 2013, 575.

dall'ordinamento per la tutela dei propri interessi. L'art. 128-bis, comma 3°, t.u.b., precisa che, fatto salvo quanto previsto dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (art. 5, comma 1-bis), le disposizioni di cui ai commi 1° e 2° non pregiudicano per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento. Inoltre, l'art. 6, comma 4°, della delibera C.I.C.R. specifica che qualora la controversia sia sottoposta a giudizio arbitrale nel corso del procedimento innanzi all'A.B.F., il collegio deve verificare l'interesse del ricorrente alla conclusione del procedimento innanzi a se (18).

L'arbitrato irrituale è caratterizzato dal conferimento agli arbitri del compito di definire in via contrattuale le contestazioni insorte o che possono insorgere tra le parti in ordine a determinati rapporti giuridici, mediante una composizione riconducibile alla loro volontà e da valere come contratto concluso dalle stesse. Il dato giurisprudenziale, *ante* riforma 2006, è stato fatto proprio dal legislatore, il quale, inserendo l'art. 808-ter c.p.c., ha definito l'arbitrato irrituale come determinazione contrattuale della controversia; dunque, secondo la nuova disciplina, le parti stabiliscono di conferire un potere agli arbitri, per iscritto, di risolvere la controversia mediante un contratto, e non attraverso un lodo arbitrale e cioè un atto di natura processuale. La natura sostanziale dell'arbitrato irrituale, infatti, se da un lato consente di costruire la disciplina stessa dell'istituto in chiave esclusivamente contrattuale, dall'altro, mediante l'inserimento dell'art. 808-ter c.p.c., elimina ogni questione circa i limiti di validità della rinuncia temporanea alla giurisdizione ordinaria.

Dalla lettura delle disposizioni sopra indicate si evince che la procedura innanzi all'A.B.F. non può essere di natura arbitrale.

Tra la posizione assunta dal Tribunale campano e quella di alcuni autori che inquadrano l'A.B.F. nell'arbitrato irrituale vi è però una differenza di non poco conto, in quanto quest'ultimi sostengono la possibilità di impugnare la decisione innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria (19).

Un ulteriore elemento non valutato correttamente dal giudicante è la possibilità riconosciuta all'intermediario di adempiere alla decisione dell'A.B.F. al solo fine di evitare la sanzione reputazionale, e successivamente far valere le proprie ragioni in giudizio, anche senza un'espressa riserva di ricorso al giudice all'atto dell'adempimento (20). L'adempimento dell'intermediario non rappresenta una condotta incompatibile con la volontà di ricorrere al giudice ordinario.

4. L'A.B.F. si presenta come un sistema di A.D.R. autonomo, dai contorni ancora non definiti in relazione alla natura della decisione, ma garantisce in ogni caso un adeguato accesso alla giustizia.

La garanzia di un effettivo accesso alla giustizia, in caso di comportamento scorretto degli intermediari, consente di rendere più efficace il sistema di controllo sulla c.d. *conduct of business* e di individuare tempestivamente eventuali disfunzioni gestionali, anche nell'ottica di un più efficiente esercizio della vigilanza prudenziale (21). Il ricorso alle A.D.R. si rileva un utile presidio dei rischi legali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso.

(18) MINERVINI, *L'arbitro bancario finanziario. Una nuova « forma » di A.D.R.*, Napoli, 2014, 68; FINOCCHIARO (nt. 7), 188, il quale sostiene l'applicabilità della norma sia all'arbitrato rituale, sia all'arbitrato irrituale.

(19) GUIZZI (nt. 11), 1225; PACILEO (nt. 11), 239.

(20) DELLE MONACHE, *Arbitro bancario finanziario*, in questa *Rivista*, 2013, I, 166; *contra* FINOCCHIARO (nt. 7), 276, 315 e 318 ss.

(21) CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 247; TOLA, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Quaderni di conciliazione n. 2*, a cura di Pilia, Cagliari, 2011, 90.

Risulta, quindi, di difficile comprensione la posizione del Tribunale salernitano nel momento in cui afferma che il responso dell'A.B.F. è un lodo irrituale; precisando che, in sostanza, nell'arbitrato irrituale le parti intendono affidare all'arbitro (o agli arbitri) la soluzione di controversie (insorte o che possano insorgere in relazione a determinati rapporti giuridici) soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà (22). Con il negozio di accertamento le parti accertano una situazione giuridica preesistente al fine di eliminare lo stato d'incertezza sulla sua effettiva consistenza, fissandone definitivamente l'ambito e gli effetti (23). Si ritiene che appartenga all'autonomia negoziale delle parti la facoltà di precludere, con un negozio di accertamento, eventuali controversie derivanti da una incertezza sulla situazione esistente tra di esse. Effetto del negozio di accertamento è quello di vincolare le parti a non rimettere in discussione il rapporto che con tale negozio è stato definito. L'effetto dell'accertamento si concretizza nella creazione di un vincolo per il giudice a non discostarsi, nella valutazione della realtà sottoposta al suo giudizio, dalla ricostruzione

(22) Cass., 12 ottobre 2009, n. 21585, in <http://www.lex.uniba.it/ta/arbitrato.pdf>.

(23) GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, 25; S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, 170, che limita la funzione della giustizia privata alla funzione transattiva nell'ambito dei rapporti disponibili tra i privati. È alquanto interessante la posizione assunta da GUIZZI (nt. 11), 1224-1225, nt. 35, il quale mette a confronto l'A.B.F. con l'arbitrato sportivo, sostenendo che anche in quest'ultimo caso sorgerebbero problemi di incostituzionalità visto il c.d. "vincolo di giustizia". La posizione dell'autore da ultimo citato non può essere condivisa per le seguenti ragioni. L'arbitrato sportivo non è obbligatorio dato che spetta a ciascuna Federazione decidere autonomamente se inserire la clausola compromissoria nel suo statuto. Gli intermediari, invece sono obbligati ad aderire ad un sistema alternativo di risoluzione delle controversie (*alias* A.B.F. o rete *Fin.net*) al fine di ottenere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. Inoltre, l'affiliazione delle società e degli sportivi alle diverse federazioni è volontaria (l. 17 ottobre 2003, n. 280, art. 2, comma 2°), pertanto, vi è un onere, e non un obbligo, ad adire agli organi della giustizia sportiva nelle materie di esclusiva competenza dell'ordinamento sportivo, che sono, a mente del comma primo dello stesso art. 2, quelle aventi ad oggetto l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive ed agonistiche, nonché i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione delle relative sanzioni (Cfr. Cass., 16 febbraio 2005, n. 18919, in http://www.rdes.it/riv3_giustiziasportiva.pdf; Cass., 27 settembre 2006, n. 21006, in http://www.centrostudisport.it/PDF/GIUSTIZIA_ORDINARIA/22.pdf). Vi è più. Per l'ordinamento sportivo vi è un espresso richiamo all'arbitrato irrituale, mentre per la disciplina dell'A.B.F. manca. Difatti, i "Principi di giustizia sportiva" deliberati dal C.O.N.I. nel 2007, all'art. 6 parlano espressamente di « clausola per arbitro libero o irrituale »; così come il Regolamento della Camera di Conciliazione e Arbitrato per lo Sport, deliberato nel 2005, all'art. 8, comma 7°, precisa che: « la procedura arbitrale di cui al presente Regolamento ha natura irrituale ». Ancora l'art. 28 del Codice dei giudizi innanzi al Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport così recita: « I lodi arbitrali aventi ad oggetto controversie rilevanti anche per l'ordinamento della Repubblica sono sempre impugnabili, in conformità di quanto disposto nell'art. 12-ter, comma 3, dello Statuto del C.O.N.I., anche in presenza della cosiddetta "clausola di giustizia" eventualmente contenuta negli statuti, regolamenti e accordi di cui all'art. 2, commi 1 e 3, con i mezzi previsti dal codice di procedura civile ». L'art. 12-ter, comma 3°, dello Statuto C.O.N.I. parla espressamente di ricorso per nullità ai sensi dell'art. 828 c.p.c.. Nonostante vi siano espressi richiami all'arbitrato e alle norme del c.p.c., il Cons. Stato con sentenza del 9 luglio 2004, n. 5025, ha stabilito che: « l'atto con il quale la Camera di Conciliazione ed Arbitrato per lo Sport decide le questioni ad essa sottoposte con "arbitrato" non costituisce un atto qualificabile come lodo arbitrale (nonostante tale qualificazione giuridica venga indicata nel Regolamento della stessa), in quanto esso ha carattere sostanziale di provvedimento amministrativo, impugnabile innanzi alla giurisdizione piena del giudice amministrativo ».

contenuta nell'accertamento (24). Si tratta, dunque, di una soluzione che si colloca nel solco di quella che tradizionalmente va sotto il nome di teoria processuale del giudicato, che prescinde totalmente dalla figura del giudice. L'accertamento vincola il giudice a recepire quella certa ricostruzione già sancita dalle parti. Ebbene, attribuire alle decisioni dell'A.B.F. una siffatta natura non sembra condivisibile, in quanto nella disciplina dell'arbitro bancario non vi è nessuna disposizione che richiami il negozio di accertamento né tanto meno la decisione è vincolante per le parti, principio che invece era contenuto nel Regolamento dell'*Ombudsman*. Il giudice, in questo caso, risulta essere vincolato da quanto stabilito dall'A.B.F., restando così privo di ogni potere decisionale. È evidente che, aderendo alla presente teoria, il cliente della banca vedrebbe preclusa ogni possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria, in quanto il giudice dovrà attenersi a quanto già stabilito dall'A.B.F.. La preclusione che si determina per effetto della conclusione di un contratto di accertamento è data dall'art. 1372, comma 1°, c.c., secondo il quale il contratto ha forza di legge tra le parti. Ne discende che, se una delle parti invocasse l'intervento di un giudice, pur avendo concluso il contratto di accertamento, la *causa petendi* ed il *petitum* del giudizio si porrebbero come un recesso o un mutuo dissenso rispetto al contratto di accertamento. Data la immodificabilità ed intangibilità degli effetti del contratto, occorre una causa legale o convenzionale per legittimare il diritto a chiedere la pronuncia giudiziale.

Ulteriormente si osserva che nel momento in cui si qualifica la procedura innanzi all'A.B.F. come arbitrato irrituale, questi ha natura contrattuale, pertanto l'arbitro svolge la funzione di mandatario a transigere, la cui decisione ha valore tra le parti come negozio di accertamento o come transazione. Due sono gli elementi che caratterizzano il contratto di transazione: 1) l'oggetto è rappresentato da una *res litigiosa*; 2) la sua funzione è quella di eliminare l'incertezza mediante reciproche concessioni delle parti, in quanto ciascuna di esse rinuncia parzialmente alla propria pretesa. In mancanza dell'uno o dell'altro elemento di identificazione, il contratto non potrà essere qualificato come transazione. L'A.B.F. decide secondo diritto, quindi, tra le parti non vi sono reciproche concessioni, e, in questo caso viene a mancare uno degli elementi tipici della transazione. In tema di transazione si è osservato che: « l'idea di eliminare qualunque possibilità di reiterazione della medesima lite mediante successive pretese — fondate o sullo stesso diritto precedentemente affermato o su diritti con esso incompatibili o concorrenti — può essere sintetizzata con la formula interpretativa del *ne bis in idem transactum*, e ciò allo scopo ulteriore di garantire, nel contempo, maggiore stabilità alla composizione della lite determinata dalla transazione » (25).

La qualificazione della decisione dell'A.B.F. come negozio di accertamento si pone in palese contrasto con i principi contenuti nell'art. 128-bis t.u.b., poiché non consente il successivo ricorso alla tutela giurisdizionale, di conseguenza ci si trova innanzi ad una palese violazione degli artt. 3 e 24 Cost.. Analizziamo anche la posizione dell'intermediario, il quale dovrà, in questo caso, accettare tutte le decisioni dell'A.B.F., senza potersi opporre, né potrà adempiere con riserva per poi ricorrere all'autorità giudiziaria, in quanto il giudice dovrà osservare quanto contenuto nel negozio di accertamento.

Nella sentenza, oggetto del presente commento, si esclude la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per l'ipotesi di violazione delle norme di diritto. Vi sono ancora dubbi sulla sindacabilità del lodo irrituale per errore di diritto, che però la giurisprudenza ammette solamente nella misura in cui si traduca in una non corretta

(24) FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in AA.VV., *I contratti di composizione delle liti*, a cura di Gabrielli - Luiso, t. I, Torino, 2005, 52.

(25) GITTI, *La transazione*, in AA. VV., *I contratti di composizione delle liti*, a cura di Gabrielli - Luiso, t. I, Torino, 2005, 196; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2009, 809 ss..

valutazione dell'esistenza o meno di una norma giuridica (26). Trattasi invero di un motivo di annullamento non trascurabile laddove i compromittenti abbiano vincolato gli arbitri a pronunciarsi secondo l'applicazione di un dato complesso normativo, per cui l'*error in iudicando* rileverà, se non in quanto tale, certamente come violazione di un espresso mandato conferito delle parti.

Il ricorso all'A.B.F., dunque, non può costituire una sostanziale rinuncia alla tutela giurisdizionale (27), anche perché il Tribunale ha ommesso completamente l'analisi dell'istituto dell'arbitro bancario, giungendo ad una conclusione errata, anche nella parte in cui esclude l'impugnativa ex art. 808-ter, n. 4 c.p.c., per le ragioni sopra esposte.

GIANFRANCO LIACE

Dottore di ricerca in Diritto degli Affari
Luiss Guido Carli - Roma

(26) Cass., 14 luglio 2004, n. 13114, in *Giur. it.*, 2005, 783.

(27) Il lodo arbitrale irrituale è impugnabile solo per i vizi che possono vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale come l'errore, la violenza, il dolo e l'incapacità delle parti che hanno conferito l'incarico, o dell'arbitro stesso. In particolare l'errore rilevante è solo quello attinente alla formazione della volontà degli arbitri, che si configura quando questi abbiano avuto una falsa rappresentazione della realtà per non aver preso visione degli elementi della controversia o per averne supposti altri inesistenti, ovvero per aver dato come contestati dei fatti pacifici o viceversa, mentre è preclusa ogni impugnativa per gli errori di diritto, sia in ordine alla valutazione delle prove che in riferimento alla idoneità della decisione adottata a comporre la controversia. Cfr. Cass., 15 settembre 2004, n. 18577; Cass., 17 agosto 2004, n. 16049; Cass., 19 ottobre 2006, n. 22734. In tema di errore di giudizio sul procedimento: Cass., 1° febbraio 2007, n. 2213. Tutte citate in C. RUPERTO (a cura di), *La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina*, vol. 4, Milano, 2009, 588.