

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE
*Collana del Centro di Ricerca Interdisciplinare
su Governance e Public Policies*

COMITATO SCIENTIFICO

Francesco Barachini, Francesco Boccia, Mario Campobasso, Claudio De Fiores, Giacinto della Cananea, Michele Della Morte, Fabio Francario, Franco Gallo, Giuseppe Melis, Francesco Nucci, Gianmaria Palmieri, Alberto Petrucci, Luca Pisani, Alberto Franco Pozzolo, Andrea Rallo, Federico Rasi, Maria Alessandra Sandulli, Andreina Scognamiglio.

LA TRASPARENZA BANCARIA, VENTICINQUE ANNI DOPO

ATTI DEI SEMINARI MOLISANI DEL
27 SETTEMBRE 2017 E 13 APRILE 2018

a cura di
ANDREA BARENGHI

EDITORIALE SCIENTIFICA
Napoli 2018

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2018 Editoriale Scientifica S.r.l.
Via San Biagio del Librai 39
80138 Napoli

www.editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-406-5

INDICE

<i>Presentazione</i>	9
<i>La trasparenza bancaria venticinque anni dopo: rilievi introduttivi</i> ANDREA BARENGHI	13
<i>Presente e futuro della trasparenza bancaria: spunti di riflessione</i> ALESSANDRO NIGRO	57
<i>I costi organizzativi ed economici delle discipline di trasparenza</i> GIUSEPPE SANTONI	77
<i>Public e private enforcement nella vigilanza sulla trasparenza bancaria</i> IDA MERCANTI	99
<i>Consumerizzazione dei rapporti bancari: un sintagma polisemico nel ciclo di 'vedute' della Cattedrale</i> STEFANO PAGLIANTINI	113
<i>Le pratiche commerciali scorrette nel settore bancario</i> ERNESTO CAPOBIANCO	153
<i>La forma dei contratti nel comparto finanziario e i problemi del perfezionamento: un commento a Cass., SS.UU., 16 gennaio 2018, n. 898</i> AURELIO MIRONE	175

<i>Obblighi di consulenza, assistenza, astensione</i> UGO MALVAGNA	211
<i>Obblighi di verifica del merito creditizio dell'impresa e responsabilità della banca</i> GIAN PAOLO LA SALA	229
<i>Spunti sulle clausole vessatorie</i> MARILENA GORGONI	249
<i>Controlli su spese e commissioni</i> FABRIZIO MAIMERI	271
<i>Squilibri nella contrattazione bancaria e finanziaria e rimedi</i> GIUSEPPE GUIZZI	305
<i>Conseguenze finanziarie, organizzative e contrattuali dei tassi negativi su contratti finanziari a tasso variabile</i> CARLO MOTTURA	319
<i>Problemi interpretativi della disciplina civilistica dell'usura</i> FERNANDO GRECO	337
<i>Considerazioni sparse su anatocismo, usura e com- missioni bancarie, tra esigenze di riequilibrio e cer- tezza dei rapporti</i> CLAUDIO COLOMBO	367
<i>Anatocismo e usura: il punto di vista di un economista</i> ALBERTO POZZOLO	385
<i>La giustizia interna al sistema di vigilanza: funzioni e forme dell'Arbitro</i> FERRUCCIO AULETTA	409

<i>Indice</i>	7
<i>Arbitro bancario: questioni e principi</i> GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO	419
<i>I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario</i> PIETRO SIRENA	445
<i>Efficienza del mercato e «favor naturalis» per le imprese bancarie</i> ALDO ANGELO DOLMETTA	469
<i>Notizie sugli autori</i>	495

*La giustizia interna al sistema di vigilanza:
funzioni e forme dell'Arbitro*

FERRUCCIO AULETTA

Sono chiamato ad occuparmi dell'Arbitro bancario finanziario, cioè della figura che costituisce l'istanza di giustizia interna al sistema della vigilanza bancaria, ma sembra doveroso premettere un dubbio: se, cioè, il limite costituzionale di vietare l'istituzione di giudici speciali in materia civile abbia ancora un suo valore attuale o piuttosto non costituisca una barriera all'espandibilità di servizi di giustizia che nella materia civile potrebbero profittevolmente ricercarsi fuori della magistratura ordinaria e di sedi autenticamente giudiziarie. Ma è un dubbio che rimane in premessa perché il discorso deve svolgersi invece in una direzione rispetto alla quale l'omologazione alla giurisdizione in senso proprio dell'istanza di giustizia intima al sistema di vigilanza è tutt'altro che scontata, anzi riterrei proprio di doverla escludere.

L'Arbitro è una soluzione data a un problema evidente, quello di rendere effettiva la possibilità di rimediare a una crisi di cooperazione tra il cliente e la banca, ma nella logica di non escludere il perseguimento costante di un obiettivo ulteriore rispetto alla decisione del caso e alla naturale visione retrospettiva di qualunque decisione. Chi decide, infatti, distribuendo torto e ragione guarda al passato, chi invece intendesse anche regolare il più ampio fenomeno dentro il quale la crisi cooperativa si è registrata deve guardare naturalmente in avanti; decidere è tagliare un nodo che è già stato in realtà legato, regolare invece vuol dire impedire che nuovi nodi siano legati. E fondere queste due

funzioni mi appare dato stabile nella tecnica impiegata dalle forme di giustizia istituzionalizzate all'interno di Autorità di vigilanza e regolazione.

L'Arbitro bancario finanziario svolge autenticamente questa funzione ibrida: occasionalmente decide e nelle singole decisioni contribuisce a regolare e vigilare (sopra) la sana e prudente gestione bancaria, che è l'obiettivo proprio della Banca d'Italia. È una caratteristica talmente ricorrente, ancorché coloro che studiano il fenomeno dell'ABF stentino a vederne la connotazione, da essere apparsa, più di recente, finanche meritevole di una soluzione normativa unitaria e comune a tutte le autorità indipendenti in Italia.

Il *trend* è cominciato per la verità non da poco.

Ci sono direttive lontane dell'Unione, mi riferisco per esempio alla n. 2009/72 in materia di energia elettrica, secondo cui l'autorità nazionale di regolamentazione deve «disporre [...] della facoltà di dirimere controversie» – questo era detto nel *considerando* 38 –, quindi il corso si è sufficientemente delineato: l'autorità nella quale il settore trova il fulcro della regolazione, e in materia bancaria della funzione di vigilanza, è titolata per questo a ospitare un'istanza di giustizia; tale istanza di giustizia dà un contributo fondamentale alla disciplina del settore, *regulation by litigation* come anche il presidente di un'autorità indipendente ha ritenuto di dire nel corso di una relazione annuale al Parlamento.

Il *trend*, poi, diviene più riconoscibile in lavori recenti, come quelli che si sono dipanati da ultimo attraverso la Commissione insediata al Ministero della Giustizia sotto la presidenza di Guido Alpa, dove è stata licenziata una proposta che tende a mettere insieme una normativa unitaria di *adr* per le ipotesi nelle quali si dà in genere un rapporto tra un soggetto che dispensa un servizio a rilevanza pubblica entro un settore regola(menta)to.

Addirittura si è pensato di estendere una tecnica del genere, cioè la creazione obbligata di un'istanza di giustizia interna al sistema di dispensa di un servizio pubblico, tutte le volte in cui il servizio pubblico risulti affidato per gara a evidenza pubblica; quindi, finanche al di fuori del presupposto di un'autorità di regolazione del settore e, invece, per la mera presenza di un soggetto pubblico tenuto ad affidare il servizio attraverso tipici meccanismi di selezione amministrativa.

Ora, al di là dell'ipotetica possibilità di ampliare il tipo di soluzione fuori della presenza di un'autorità di regolazione del settore, certamente un dato di fondo sufficientemente riconosciuto è che nel settore del credito, vuoi Banca d'Italia, vuoi CONSOB conoscono ormai una consolidata tecnica: quella di creare la possibilità per la clientela di accedere – all'interno dell'azione di vigilanza – a presìdi di governo della singola controversia tra operatore e cliente.

Il tema si traduce dunque nella collocazione sistematica della figura dell'Arbitro. Certamente, nella relativa disciplina – che non vi è occasione qui di analizzare – sembra assai evidente che l'istanza di giustizia collocata entro l'Autorità di vigilanza costituisca l'oggetto di un vero e proprio diritto del cliente. Ci sono varie manifestazioni normative univoche, finanche dal punto di vista lessicale, che depongono nel senso che potervi accedere rappresenta un vero e proprio diritto (a contenuto procedimentale) del cliente. Basterebbe vedere com'è scritto l'art. 128-*bis* TUB – da cui si ricava il fondamento dell'ABF – per comprendere che questa è una inoppugnabile verità, lì facendosi riferimento alla necessità che il sistema non pregiudichi «per il cliente il ricorso a ogni *altro* mezzo di tutela previsto dall'ordinamento». «Ogni altro mezzo di tutela»: quindi, questo come gli altri è un mezzo di tutela, e – se tale, in quanto tale

– integra la sostanza di un diritto. Che si tratti di un vero e proprio diritto, poi, vuol dire che dall'altra parte non può mancare la somministrazione della corrispondente prestazione: prestazione che si pone su due piani nettamente distinti, proprio in ragione della natura ibrida della funzione che viene svolgendo, cioè dirimere la controversia e disciplinare il servizio di cui trattasi.

Sul piano del dirimere controversie, l'accesso a questa sede di giustizia corrisponde a un diritto a contenuto procedimentale del cliente, e quindi a un obbligo di fornirgli la prestazione esigibile. Sul piano della regolazione, il procedimento su iniziativa del privato gli fa giocare il ruolo di promotore del compimento di una funzione autenticamente amministrativa, la funzione appunto di vigilanza.

A me sembra, insomma, che la sede di giustizia interna all'autorità di settore vada in qualche modo considerata secondo la distinzione dei rapporti che vi mettono capo ma che pur rimangono a sé stanti, e su entrambi i quali è capace di incidere la determinazione dell'Arbitro. Questi è capace di incidere nel rapporto tra intermediario bancario e cliente, perché naturalmente l'atto nel quale si sostanzia la soluzione della controversia ha una rilevanza interna a tale rapporto bilaterale, di equi-ordinazione come tipicamente è un rapporto di diritto privato. Ma poi questa determinazione costituisce anche un contributo all'azione di vigilanza rispetto alla quale la connotazione pubblicistica, autenticamente amministrativa sembrerebbe doversi ribadire.

In sintesi: di fronte a un'istanza del cliente che promuove l'adozione di una determinazione spendibile in una direzione privatistica e in una direzione pubblicistica vanno riconosciute con coerenza più serie di conseguenze.

La prima è che se nel rapporto di diritto privato tra cliente e intermediario sono già da registrare effetti, cer-

tamente di questi non è l'effetto tipico di dirimere la lite che potrebbe ascriversi a una decisione in senso proprio. È sotto gli occhi di tutti che non c'è questo carattere vincolante, e soprattutto è sotto gli occhi di tutti che il carattere vincolante neppure potrebbe derivare dalla prospettiva – diciamo così – di «autonomia» onde l'intermediario aveva scelto di aderire al sistema di risoluzione, e il cliente, a sua volta, scelto di ricorrere al sistema alternativo di risoluzione. Nessuno infatti può ignorare che l'intermediario è tenuto ad aderire: tra l'altro, sulla base dell'art. 144 TUB, l'intermediario che non aderisce è sanzionato con pena amministrativa pecuniaria, e il suo comportamento inerte costituisce addirittura impedimento all'esercizio regolare dell'attività bancaria. Quindi, rinvenire elementi di autonomia in un contesto normativo siffatto è come negare la realtà delle norme stesse, che invero non rimandano ad alcun esercizio di autonomia.

Sicché, l'effetto che è possibile si produca dalla determinazione dell'Arbitro, a mio avviso, è l'effetto che nel rapporto di diritto privato può avere solamente rilevanza processuale. Io vedo niente di più che la creazione di uno scritto proveniente da un terzo eventualmente spendibile in tutti quei giudizi o quelle forme di giudizio in cui tale tipo di documentazione – non di prova documentale – può essere spendibile. Io personalmente ritengo che la determinazione dell'Arbitro sia utilizzabile a norma dell'art. 634 c.p.c. laddove contenga la liquidazione di un diritto come prova scritta per conseguire l'ingiunzione di pagamento o di consegna; altri – più autorevolmente di me, sicuramente –, come Claudio Consolo, lo negano. Inoltre, a me sembra che la documentazione che in tal modo si viene formando sia comunque utilmente acquisibile nell'ambito dell'istruzione probatoria *davanti a giudice*. Del resto, nell'ambito

del sistema normativo attuale, come danno conto disposizioni quali l'art. 696-*bis* c.p.c., la formazione anticipata di una prova scritta può comunque conoscere una sorta di pregiudiziale valutazione legislativa di utilizzabilità in causa; e non farei valere qui l'ostacolo in base al quale la prova acquisita prima e fuori deve sempre essere vagliata in termini di utilizzabilità soltanto dal giudice di quest'ultima. In definitiva, ridurrei all'ambito puramente processuale la rilevanza della soluzione data dall'Arbitro nella relazione orizzontale tra cliente e banca.

Dove viceversa non mi sembrerebbe di poter contenere l'efficacia della soluzione è sul versante pubblicistico, dove si nota a mio avviso una rilevanza ben superiore.

Ascrivendo, infatti, all'istanza del privato che adisce l'Arbitro anche la capacità di attivare un procedimento di vigilanza riconoscendogli una posizione procedimentale differenziata e qualificata, al privato occorre dare non solo la possibilità di continuare a interloquire ma anche la possibilità di sindacare l'esito finale (in ipotesi di contestata *compliance* dell'intermediario e inerzia sanzionatoria dell'Autorità), così come al destinatario del provvedimento – sul piano pubblicistico, l'intermediario – l'uguale possibilità di sindacato del provvedimento eventualmente afflittivo.

Quando, allora, c'è una determinazione dell'Arbitro rispetto alla quale l'intermediario scelga di non adempiere – e ormai sono molti gli intermediari che scelgono di non adempiere – rimane possibile che il sindacato sulla promovenda attività sanzionatoria per il difetto di *compliance* dell'intermediario venga condotto da un giudice, finanche sul piano cautelare e preventivo? Insomma: può l'intermediario non adempiere e conseguire l'inibizione allo svolgimento di quel potere pubblico che comprime(rebbe) il

suo patrimonio attraverso la sanzione reputazionale? A mio avviso, sì senz'altro. La mia idea è che al riguardo si dia giurisdizione esclusiva, come tipicamente in ambito di vigilanza, e quindi tenderei a riconoscere all'intermediario, sotto il profilo pubblicistico, un accesso – anche in via preventiva e cautelare – al giudice amministrativo per impedire che dalla inottemperanza alla determinazione dell'Arbitro possa scaturire l'irrogazione della sanzione reputazionale nei suoi confronti.

Si tratta di un diritto soggettivo, che viene compresso per via amministrativa. E la Corte di cassazione ha già opinato che l'effetto sanzionatorio implica una componente autoritativa necessaria e come questa incontri un diritto soggettivo nel soggetto che ne è colpito, in una relazione della quale si potrebbe conoscere dal giudice amministrativo, evidentemente, solo in ambito di giurisdizione esclusiva.

Io penso che siffatta funzione – diciamo così – «pubblico-amministrativa» ascrivibile in maniera inestricabile all'Arbitro sia molto difficile da negare ancorché alcuni autori – ci sono qui Anna Scotti e Giuseppe Guizzi – abbiano discettato sulle possibilità di ricondurre tale attività all'ambito intimamente proprio dei soli rapporti privati. Sennonché, a smentire ogni ricostruzione che tenda a escludere la rilevanza pubblicistica della funzione e la componente regolativa del giudizio sta, per es., la dichiarata possibilità di estendere il sindacato dell'Arbitro nei confronti di soggetti non aderenti, sta l'attivazione officiosa della Segreteria tecnica per il dubbio della non conformazione dell'intermediario alla decisione dell'Arbitro, sta infine la previsione – da nessuno dei commentatori sin qui evidenziata – che il segretario del collegio dell'ABF risulta componente essenziale dell'ufficio stesso, il che di per sé contrasta l'ascrivi-

bilità di questa figura al novero degli arbitrati, come pure postulato da Giuseppe Guizzi, dacché non può esistere arbitro che pronunci in presenza di altri (se questo accadesse ci sarebbe una determinazione inficiata sotto plurimi profili, tanto in caso di arbitrato rituale che irrituale). Costituire un ufficio in cui c'è un pubblico funzionario che pur non concorrendo formalmente alla decisione vi assiste, impedisce di condividere ogni tesi che pregiudizialmente esclude la rilevanza pubblicistica della funzione dell'Arbitro e la componente regolativa del suo giudizio.

L'ABF più di ogni altro vuol dire, in breve, *regulation by litigation*.

Il problema è costituito, al solito, dagli eccessi: da molti punti di vista la componente pubblicistica della funzione potrebbe in misura inversa provocare il progressivo affievolimento di quella volta a dirimere controversie tra privati. Infatti, il vero tema che adesso pongono le sedi di giustizia in cui si verifica la commistione tipica del *regolare giudicando* (che evoca ciò che meglio gli amministrativisti conoscono, i.e. l'*amministrare giudicando*) è che in realtà il fare giustizia presuppone un'irretrattabilità definitiva della decisione a un certo livello e a un certo tempo raggiunta; invece, il regolare mediante atti diversi impone – dal punto di vista della tendenziale inesauribilità del potere che si viene esercitando – comunque una definitività non mai raggiungibile, con un'antitesi che emerge dal fondo tra il *regolare* e il *giudicare*. Perché giudicare vuol dire creare il diamante dell'ordinamento giuridico, in ultimo la cosa più resistente che sa offrire l'ordinamento: la *res judicata*; regolare, al contrario, vuol dire creare qualcosa di intimamente rimovibile tant'è che il vero punto d'attrito o di crisi del *regolare giudicando* è appunto quello dell'autotutela (amministrativa).

Coloro che hanno affrontato questo problema hanno evidenziato come sia il vero nervo scoperto di istituzioni consimili, e in ultimo di arbitri come quelli creati dalla Banca d'Italia o dalla Consob.

Al riguardo di quest'ultimo, dopo aver citato la presenza del segretario nel collegio deliberante dell'ABF, vorrei rilevare un'assoluta peculiarità del Regolamento dell'ACF (sebbene tutti sostengano trattarsi di replica dell'archetipo dell'ABF): si tratta dell'esempio di una misura pubblicistica deteriore, ai limiti della legittimità, ed è costituito dalla norma dell'art. 11, 7° co., onde si consente alla Segreteria di redigere una relazione che appartiene al fascicolo del procedimento ma rimane inostendibile alle parti.

Chi ha letto la monografia sull'istruzione probatoria nell'arbitrato di Edoardo Ricci sa che si sta trattando così della c.d. *istruzione segreta*, perciò vietata. Ecco, la componente pubblicistica non potrebbe essere più evidente che in un fascicolo tenuto addirittura in violazione delle leggi sull'azione amministrativa (su procedimento e accesso) che in via tendenziale si applicano alle autorità indipendenti, e al procedimento di vigilanza.

È troppo tardi per parlare di altro. E, in conclusione, come ho detto che non trovo condivisibile una ricostruzione che sposti tutto verso l'equi-ordinazione dei rapporti privati e faccia dell'ABF l'autore di determinazioni il cui carattere vincolante possa rinvenirsi nella remota autonomia di coloro che si affrontano davanti all'Arbitro, così devo dire che la pur necessaria rifocalizzazione del discorso verso l'impegno dell'Autorità merita cautela.

Una cosa soltanto continuo a trovare francamente inverosimile sostenere, come fa invece Marcello Stella nella sua pur brillante monografia, cioè che l'*ubi consistam* del rimedio sia ricavabile dall'autorevolezza dei componenti

del collegio dell'ABF. Parlo, qui, finanche *contra me*, essendone stato componente, ma a me sembra che l'ABF non potrebbe mettere mai paura a nessuno per la sua sola autorevolezza, mentre incute rispetto per l'autorità donde promana. La sua vera forza è, non l'autorevolezza del collegio, ma sempre l'autorità della Banca d'Italia.

Sicché, il tentativo di ricostruire più nettamente la figura dell'ABF entro il procedimento di vigilanza è ancora il discorso più sanamente realistico da fare. Non so se è il più corretto, certamente è il più realistico.

In passato ho paragonato il *responso* dell'Arbitro al parere del Consiglio di Stato giustapposto all'atto di decisione del ricorso straordinario al Capo dello Stato. È la Corte Costituzionale ad averlo chiamato *responso*, è la Corte Costituzionale a evocare comunque una soluzione amministrativa assimilabile all'esercizio dell'autotutela.

Ne è che quella nota decisione redatta da Paolo Grossi in fondo non viene certo a smentire la ricostruzione che continuo a offrire, sbilanciata verso la componente di autorità e con evidente sacrificio di una corrispondente quota gius-privatistica dell'ABF.