

L'ACCESSO DELL'ABF AL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

ANTONELLA ANTONUCCI

SOMMARIO: 1. L'intervento della Corte Costituzionale. – 2. La metabolizzazione dell'esperienza autoregolamentare nella genesi dell'ABF. – 3. L'integrazione dell'ABF nell'architettura della vigilanza bancaria: la polivalenza delle sue “decisioni”. – 3.1. L'incidenza singolare. - 3.2. La valenza di sistema. - 4. “Decisioni” secondo diritto e scrutinio di legittimità costituzionale.

1. - Con attesa pronuncia, la Corte costituzionale¹ ha statuito che “l'Arbitro Bancario Finanziario non è legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale, atteso che né è un'autorità giudiziaria, né compie un giudizio”. La conclusione raggiunta – anticipo subito – non soddisfa, anche se discende da un percorso decisionale rigoroso, che segue le tematiche proposte dall'ordinanza di rimessione².

La decisione della Corte si pone in sintonia con opinione largamente maggioritaria - espressa anche da autorevoli studiosi componenti dei collegi dell'ABF - che non riconosce natura di organo giurisdizionale all'ABF. E ciò non perché i componenti dell'organismo non sono forniti di requisiti d'indipendenza ed equidistanza dalle parti coinvolte nelle controversie sottoponibili alla sua attenzione, né perché manca un procedimento improntato al contraddittorio, ma per il motivo – condivisibilmente ritenuto fondamentale dalla Corte – che ai “responsi” dell'organismo la normativa secondaria non attribuisce un ruolo decisivo delle controversie, non collega alcun obbligo giuridico suscettibile d'essere azionato davanti all'autorità giudiziaria.

¹ C. cost., ord., 21 luglio 2011, n. 218, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2011, n. 3, al sito www.fondazioneicapriglione.luiss.it.

² ABF-Collegio di Napoli, 16 luglio 2010, al sito www.judicium.it.

Infatti, sulla natura delle “decisioni” dell’ABF – natura certo non determinabile in base al *nomen* adottato dalla relativa disciplina³ - si sono prospettate diverse ricostruzioni, che in prevalenza convergono verso qualificazioni che valorizzano la duplice, inscindibile valenza dell’atto in parola: da un canto, “valutazione di tipo prognostico sull’esito finale di una lite (ancora potenziale) tra cliente ed intermediario”, prossima all’Early Neutral Evaluation tipica degli ordinamenti di common law⁴; d’altro canto, parere contenente un accertamento tecnico, organicamente inserito nello strumentario di vigilanza⁵. E proprio da tale sinergia l’atto trae la propria capacità conformativa.

2. - Il sistema non è linearissimo ed è giunto all’attuale assetto attraverso alcuni snodi fondamentali. L’istituto – è noto - origina dalla legge risparmio che, nel “clima di ‘restaurazione dell’intervento pubblico’ che segue ogni fallimento di mercato”⁶, attrae nell’orbita delle competenze di Consob (art. 27) e Banca d’Italia (art. 29) l’area degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Per le due Autorità, l’attrazione si svolge lungo strade profondamente diverse, solo in parte riconducibili alla diversa formulazione delle due norme in considerazione: per la Consob si sceglie di tenere le distanze dalle procedure di ADR, ad evitare un ingorgo di ruoli istituzionali, e si propende per la costituzione di un organismo che - pur mantenendo saldi legami con la Commissione - si integra nel quadro normativo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie all’epoca esistente.

Per la Banca d’Italia, s’assiste invece ad una sorta di metabolizzazione del modello da tempo sperimentato nell’ambito dell’associazionismo bancario (la sequenza Ufficio reclami - Ombudsman bancario), all’apparenza limitatamente modificato, ma in realtà integrato in un nuovo sistema che si approssima alla logica di valorizzazione della capacità dissuasiva del private enforcement nell’applicazione della disciplina antitrust da tempo maturato in ambito comunitario.

³ Sull’indeterminatezza del termine, legato all’impostazione comunitaria della disciplina della ADR v. DE CAROLIS, *L’Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, 70/2011, 10.

⁴ CONSOLO, STELLA, *Il funzionamento dell’ABF nel sistema delle ADR*, in *AGE*, 1/2011, 125ss.; PERASSI, *Il ruolo dell’ABF nell’ordinamento bancario: prime riflessioni*, *ibid.*, 153.

⁵ AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Le società*, 2011, 88 s.; RUPERTO, *L’«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *NGCC*, 2010, I, 335.

⁶ MAIMERI, *Commento all’art. 128 bis*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di Porzio et al., Giuffrè, 2010, 1148.

La scelta di metabolizzazione così connotata è compiuta con la delibera CICR 29 luglio 2008 che – assunta, si noti, anche nell’esercizio di competenze di vigilanza regolamentare - disegna un sistema che non agevolmente può annoverarsi fra gli “strumenti di risoluzione delle controversie” alla cui istituzione delega la legge risparmio, dato che manca l’attribuzione *de jure* di un qualsiasi ruolo compositivo o decisorio al nuovo organismo.

3. - Il nuovo sistema si colloca in uno spazio intermedio fra le diverse esperienze di attribuzione di funzioni relative alle ADR ad autorità di vigilanza che si sono diffuse in svariati ordinamenti e che possono presumersi accuratamente studiate in Banca d’Italia nel periodo intercorrente fra la presentazione di un primo documento di consultazione sulle disposizioni di competenza della Banca d’Italia, comparso ad agosto 2007, ed il successivo e definitivo testo, del marzo 2009⁷.

Esclusa l’internalizzazione spinta alla spagnola, che evoca il sistema dell’Ufficio reclami dell’ISVAP, e la costruzione di filtri alla francese, che si approssima al modello seguito per la Consob, la soluzione configurata dalla delibera CICR presenta un’architettura assolutamente peculiare, funzionale all’obiettivo - faticosamente perseguito con successive modifiche apportate soprattutto alla disciplina della trasparenza (sia alla disciplina secondaria, con evoluzioni accompagnate ad una sempre più attenta attività ispettiva, sia a quella primaria, che nel nuovo art. 127 tub⁸ vede integrare il quadro delle finalità di vigilanza con l’espressa menzione di finalità di tutela della clientela, che diviene finalità equiordinata rispetto a quelle elencate all’art. 5 tub) - di improntare a sostanziale correttezza i rapporti fra banche e clienti.

Infatti, se “in una visione tradizionale, i rapporti fra le banche e singoli clienti sono estranei all’attività di vigilanza...la tendenza ancora più recente considera il corretto e puntuale rispetto delle regole non solo di trasparenza, ma anche di correttezza...un contributo importante alla stabilità dell’intermediario ed alla sana e prudente gestione”⁹.

⁷ Cfr. il dettagliato studio *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un’analisi comparata*, a cura di Boccuzzi, comparso nei *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, n. 68/2010.

⁸ Come modificato dal d. lgs. n. 141 del 2010, comunemente noto per le modifiche apportate alla disciplina del credito al consumo, ma di portata ben più ampia, anche con riferimento al profilo qui considerato. In tale prospettiva, v. ANTONUCCI, *Credito al consumo e zone limitrofe. Una scheda di lettura del d. legis. n. 141 del 2010*, in *NGCC*, 6/2011, 297 ss.

⁹ PERASSI, *op. cit.*, 149.

I pilastri della costruzione sono costituiti dall'adesione degli intermediari al sistema, che diviene obbligatoria, e dalla poliedrica funzione delle decisioni dell'ABF che – autorevoli, svolte secondo diritto, argomentate, espressamente abilitate a “contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti” (art. 6, 5° co. delib. CICR) – *hanno al contempo un'incidenza sul singolo caso ed una valenza di sistema.*

3.1. - Con riguardo al primo aspetto, quello dell'*incidenza sul singolo caso*, va sottolineato come l'osservanza in fatto prestata dagli intermediari già alle decisioni dell'Ombudsman è rafforzata dall'integrazione della sanzione reputazionale in una sorta di sistema di allerta per la vigilanza (la sez. IV, par. 4 disp. Banca d'Italia prevede infatti che gli esiti dei ricorsi sono valutati dall'Istituto “per i profili di rilievo che essi possono avere per l'attività di vigilanza”). Il sistema è stringente per gli intermediari, tant'è che molta attenzione è oggi rivolta all'individuazione dei rimedi che essi possono frapporre all'incedere della procedura¹⁰.

Diversamente, per la clientela *retail* delle banche – che costituisce, in coerenza con la finalità di creazione dell'Organismo di cui si va discorrendo, la fascia di clientela selezionata dall'art. 2, 4° co. delib. CICR come principale destinatario del rimedio - l'accesso all'ABF integra una possibilità *non onerosa* che può *in fatto* conseguire un risultato utile e che si affianca alle diverse opzioni fruibili nel quadro della disciplina della media-conciliazione.

E va a riguardo sottolineato che, nella prospettiva della tutela del diritto di difesa del cliente, resta fondamentale salvaguardare la sua libertà di scelta dell'organismo di mediazione e/o conciliazione, specializzato (come il Conciliatore Bancario Finanziario) o generalista, cui rivolgersi. Tale libertà di scelta¹¹ costituisce, infatti, un fondamentale contrappeso all'obbligatorietà del ricorso alla media-conciliazione, che costituisce tuttora un *unicum* nel panorama europeo, pur fortemente orientato all'incentivazione del ricorso alle ADR nell'area dei servizi finanziari¹².

¹⁰ Da ultimo M. DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 492 ss.

¹¹ Che incomincia ad incontrare restrizioni convenzionali. Cfr. ANTONUCCI, *The Mandatory ADR in the Financial Services*, al sito www.worldjurist.org e in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. ec.*, 2011, n. 4.

¹² Sulla possibilità di generalizzare l'opzione italiana per l'obbligatorietà v. la Risoluzione del Parlamento europeo n. 2011/2026 del 13 settembre 2011 sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali.

3.2. - Con riguardo al secondo aspetto, che indicavo nella *valenza di sistema delle decisioni dell'ABF*, emerge a tutto tondo la funzione di private enforcement delle iniziative assunte dai singoli che ricorrono all'Organismo: le determinazioni dell'ABF, infatti, oltre ad attivare l'allerta di vigilanza che ricordavo prima, si integrano a fornire “delle linee guida, a chiarimento della normativa vigente... è in questa prospettiva che va intesa, una volta imposto agli intermediari...di dotarsi di strutture organizzative adeguate per la gestione dei reclami, la prescrizione secondo cui, ai fini di un loro corretto esame, essenziale debba considerarsi l'aggiornamento degli organi preposti a tale funzione ‘in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, attraverso la consultazione dell'archivio elettronico delle decisioni dei collegi pubblicato su internet’, dovendo la valutazione dei reclami avvenire ‘anche alla luce dei predetti orientamenti’”¹³.

La descritta architettura “rende peculiare il ricorso all'A.B.F. in quanto le specifiche modalità di tutela degli operatori finanziari (dal medesimo introdotte) danno luogo ad una *commistione* nel perseguimento di finalità di giustizia e di obiettivi di natura diversa (connessi all'esercizio della supervisione sul settore finanziario)”, realizzando una “*funzionalizzazione* della attività svolta dal medesimo [ABF] a scopi *altri e diversi* da quelli direttamente collegabili alle finalità di giustizia”¹⁴.

Si configura, cioè, un sistema in cui un organismo indipendente e tecnicamente qualificato – caratteristiche essenziali per avvalorare la sua funzione di qualificato concorso ad attività conformativa di vigilanza - è reso autore di una “dichiarazione di giudizio...successiva ad accertamenti tecnici complessi...[che] sostanzia la determinazione conformativa di un procedimento amministrativo di vigilanza”¹⁵.

4. - Ad asseverare la neutrale fondatezza della decisione dell'ABF, la normativa secondaria espressamente richiede che essa sia assunta secondo diritto (art. 6, 5° co. delib. CICR 29 luglio 2008), il che conferisce obiettivo rilievo al problema dell'eventuale dubbio di legittimità costituzionale di previsione normativa che debba nella specie trovare applicazione, rilievo accresciuto dal sistema di integrazione delle singole decisioni in linee guida fornite dell'efficacia che un attimo fa ricordavo.

Il problema si sposta allora, alla luce della ricostruzione del ruolo

¹³ QUADRI, *L'“arbitrato bancario finanziario” nel quadro dei sistemi di risoluzione delle controversie*, in *NGCC*, 2010, II, 317.

¹⁴ CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, rispettivamente 270 e 272.

¹⁵ AULETTA, *op. cit.*, 88.

dell'ABF fin qui proposta, nella diversa prospettiva della possibilità di riconoscere un potere di rimessione alle Autorità indipendenti in relazione allo svolgimento di attività paragiurisdizionali, configurando – come più volte suggerito in dottrina¹⁶ - una più ampia accezione di autorità giurisdizionale ai limitati fini dell'accesso in via incidentale allo scrutinio della Corte costituzionale.

Ciò potrebbe ipotizzarsi - secondo autorevole opinione da tempo formulata¹⁷ - già allo stato della legge e della giurisprudenza costituzionale, svolgendo il seguente percorso logico-giuridico: “un'autorità indipendente, che in realtà non è amministrativa perché non fa ponderazione di interessi pubblici, ma applica il sillogismo tipico del ragionamento giudiziario e lo applica con procedure che sempre più stanno diventando contenziose, non è molto diversa da quella Corte dei Conti a cui, in sede di registrazione di decreti e di parificazione del rendiconto consuntivo dello Stato, fu consentito e ammesso di sollevare come giudice *a quo* questioni di costituzionalità davanti alla Corte”.

Da questo punto di partenza - non da quello di un'assunta natura giurisdizionale dell'organo, fortemente rivendicata dall'ordinanza di rimessione e radicalmente e puntualmente esclusa dalla Corte – può costruirsi un'ipotesi di accesso allo scrutinio di legittimità costituzionale per norme che fondano “decisioni” dotate della valenza di sistema prima individuata.

Valenza che via via si amplia col forzoso crescere della clientela *retail*, indotto dalla bancarizzazione sempre più capillare dovuta alle ripetute misure di contenimento dell'uso del contante.

¹⁶ *Ex multis*, MAIONE, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*, al sito www.judicium.it; And. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale alla Corte Costituzionale e tutela dei diritti: note minime anche a proposito delle Authorities*, in www.giustiziaamministrativa.it

¹⁷ AMATO, *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, collana *Temi e problemi* dell'Antitrust, Roma, 1996, al sito www.agcm.it.