

GIUSEPPE CARRIERO (*)

ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO: LA CORNICE

1. - A poco più di due anni dall'inizio della sua operatività, l'avvento dell'Arbitro Bancario Finanziario (d'ora in avanti anche ABF) quale organismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra banche, intermediari finanziari, prestatori di servizi di pagamento e la corrispondente clientela fa registrare un crescente interesse nella fruizione del servizio offerto come nel vivace dibattito che ne accompagna evoluzione e radicamento culturale. I complessivi 3.409 ricorsi promossi presso i tre Collegi di Milano, Roma e Napoli (competenti per le rispettive aree territoriali) al 31 dicembre 2010 eloquentemente testimoniano, già in fase d'avvio, un gradimento destinato a crescere (ed effettivamente accresciutosi nel corso del 2011) anche in ragione (oltre che della sostanziale gratuità e informalità nell'accesso) delle importanti percentuali di accoglimento che si sono nel corso del 2010 ragguagliate al 61 per cento delle domande (l'adizione dell'organismo è consentita al solo cliente).

(*) L'autore è componente effettivo del Collegio di Napoli dell'ABF nonché avvocato della Banca d'Italia abilitato al patrocinio presso le magistrature superiori. È appena il caso di ricordare che le opinioni espresse, peraltro di carattere generale, sono e restano esclusivamente personali.

Gli approfondimenti di letteratura giuridica, spesso anche animati da contrapposti orientamenti e analisi in punto di natura e inquadramento istituzionale dell'organismo in discorso, ben lo testimoniano nel concreto [v., senza pretesa di completezza, G. COSTANTINO, *Sintesi dell'attività svolta dall'Arbitro Bancario Finanziario al 31 marzo 2010*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 278 ss.; E. QUADRI, *L'Arbitrato Bancario Finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, p. 305 ss.; S. RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa etc.*, I, 2010, p. 335 ss.; F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, *id.*, I, p. 261 ss.; G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF?*, *ibid.*, 2010, p. 665 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Cicero pro domo sua* (in replica allo scritto di GUIZZI), in *Mondo Bancario*, 2011, p. 2 ss.; G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le società*, 2011, p. 1216 ss.; F. MAIMERI, *Commento sub art. 128-bis*, in AA.VV., *Commentario al testo unico bancario* (a cura di BELLÌ, LOSAPPIO, PORZIO, RISPOLI FARINA), Milano, 2010, p. 1144 ss.; A.V. GUCCIONE - C.A. RUSSO, *L'arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuove leggi civ.*, 2010, p. 475 ss.; F. AULETTA, *Arbitro Bancario Finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Le Società*, 2011, p. 83 ss.; V. TAVORMINA, *L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de «I nuovi mostri»)*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1021 ss.; E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *judicium.it*; M. MAIONE, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*, *id.*; E. BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratti*, 2010, p. 422 ss.; B. DE CAROLIS, *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, Roma, 2011; M. DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'arbitro bancario finanziario sugli intermediari*, in *Banca, borsa etc.*, I, 2011, p. 492 ss.).

2. - Le ragioni sono molteplici. Non inutile, ai fini di più meditate riflessioni sull'efficacia e, soprattutto, sull'effettività della tutela offerta, può risultare il tentativo di brevemente evocarle nell'ambito di questo dichiaratamente breve e fugace contributo a un dibattito senz'altro destinato a ulteriormente arricchirsi nel tempo anche in ragione delle modifiche regolamentari predisposte dalla Banca d'Italia alla disciplina dell'organismo, destinate a entrare presto in vigore.

Ora, a me sembra che la cornice sia univocamente rappresentata dall'acquisita consapevolezza della diversità strutturale e funzionale delle regole che governano il c.d. «contratto del due-mila» rispetto a quelle tramandateci dalla tradizione relativa al contratto tra uguali disciplinato dal codice civile del '42 (pensiamo solo ai recessi di pentimento; alle nullità relative e virtuali; ai vincoli di forma; ai c.d. abusi dell'autonomia negoziale). Discipline in questa chiave volte ad accompagnare, assicurare, garantire in modo pieno il processo di formazione della volontà consapevole dell'oblato in un ambiente di «scambi senza accordo», privi del momento della negoziazione, e l'estrinsecarsi dell'autonomia privata attraverso una progressiva decentralizzazione delle decisioni (sottesa all'aumento degli attori del mercato), cui corrisponde uniformazione e centralizzazione delle regole che servono a realizzare una corretta competizione. Di matrice prevalentemente europea (con riguardo almeno alla loro genesi) tali istituti attribuiscono al consumatore tutele sostantive principalmente tese a favorire le sue scelte di prodotti e servizi in un assetto economico di mercato regolato di concorrenza ma anche (principalmente in contesti di «fallimenti del mercato») a proteggerlo (talora anche «contro sé stesso») per il tramite di interventi eteronomi limitativi delle libertà negoziali (quali - ad esempio - quelli repressivi delle clausole abusive o vessatorie) o di conformazione negoziale o di solidarietà contrattuale. Braccio armato della disciplina di questo «contratto rugiadoso» (cfr.

P. G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, soprattutto p. 417 ss.) di origine franco - germanica sono, non a caso, le clausole generali, *in primis* la clausola di correttezza. Esse incrinano irreversibilmente la c.d. *sanctity of contract*, dilatando la discrezionalità del giudice e perciò talora rimettendogli la stessa valutazione economica dell'affare.

Si estendono gradualmente ma irreversibilmente anche al comparto in senso lato finanziario (nel nostro paese peraltro suddiviso, come nelle Gallie di Cesare, in *partes tres*: bancario, mobiliare e assicurativo, spesso con sovrapposizioni e incoerenze) a tutela del risparmiatore, dell'investitore, dell'assicurato. Con il passaggio al mercato, la libertà della scelta esalta la questione dell'efficienza aziendale, non essendo più la clientela variabile indipendente. Diviene perciò evidente che il *trade-off* stabilità/efficienza non può più risultare rappresentativo (per lo meno sul piano strutturale) di variabili alternative ma necessariamente complementari. Dal mondo dell'interesse legittimo si trasforma a quello dei diritti, con ricadute di rilievo in punto di disciplina del contratto, della responsabilità da danno aquiliano, delle tutele assicurate alla parte «debole» del rapporto (*rectius*, alla controparte dell'impresa finanziaria).

Le garanzie offerte sul piano del diritto sostanziale possono, tuttavia, non essere sufficienti se non accompagnate da un *enforcement* idoneo a renderle effettive. Il problema è, naturalmente, generale e riguarda (nella società post-industriale) modi e forme per ovviare alla *litigation explosion* sottesa all'affollamento delle aule di giustizia in ragione del crescente numero di controversie seriali o di massa. Ciò evoca l'adozione di strumenti tesi a porvi rimedio.

I principali sono rappresentati, da un lato, dall'introduzione di un'efficiente disciplina delle azioni collettive inibitorie e, soprattutto, risarcitorie (cd. *class actions*); dall'altro dall'insieme di

rimedi riassunti nella nota sintesi verbale rappresentata, sul piano lessicale, dall'ossimoro «giustizia stragiudiziale». Se strutturata attraverso tecniche giuridiche ottimali, l'azione collettiva risarcitoria consente infatti (in sintesi estrema) di: 1) ridurre i costi d'accesso alla giustizia a carico dei singoli danneggiati, così da incrementare l'efficacia deterrente dell'*enforcement* privato; 2) diminuire il carico di lavoro degli uffici giudiziari attraverso la concentrazione in un unico procedimento di una pluralità di istanze simili; 3) predeterminare una volta per tutte il danno che il soggetto responsabile è chiamato a rifondere a causa della condotta illecita, riducendo l'alea derivante dalla dispersione del contenzioso in una pluralità di procedimenti; 4) realizzare effetti di deterrenza, stimolando gli operatori a tenere comportamenti virtuosi nei confronti dei consumatori. Il nostro ordinamento conosce da tempo strumenti di c.d. *injunctive class action* (per la sua prossimità al settore di riferimento, basti solo qui far menzione dell'art. 32 *bis* del testo unico della finanza). Si è di recente dotato (con il noto art. 140 *bis* del codice del consumo) di rimedi collettivi risarcitori (cd. *damages class actions*) i cui effetti risultano peraltro controversi tanto sul piano teorico (la letteratura giuridica, processualistica e non, è sterminata. Sia concesso rinviare, al solo fine dell'emersione degli scostamenti tra obiettivi e strumenti, al mio *Responsabilità delle imprese e interessi collettivi: spunti di riflessione*, in *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, 2010, p. 91 ss. e al collettaneo curato da R. LENER e M. RESCIGNO, *Class action!*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2008) quanto su quello applicativo (v., da ultimo, Trib. Torino, 28 aprile 2011 e Trib. Roma, 25 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1888 ss.). L'argomento esula ovviamente dall'oggetto di queste brevi riflessioni.

La seconda area d'intervento è quella della giustizia stragiudiziale. È noto che questa strutturalmente riguarda, con specifico riferimento alle controversie minori (c.d. *small claims*), l'allarga-

mento della tutela dei diritti più che l'efficienza della giustizia civile. Ha tuttavia effetti di rilievo anche ai fini di un sensibile contenimento nell'*imput* delle controversie sottoposte al giudice togato, sollecitando forme di soluzione delle liti diverse dal ricorso al processo civile. L'esperienza statunitense è significativa. Il formalismo giudiziale e le conseguenti disfunzioni a rendere alla collettività giustizia con rapidità ed efficienza determinarono, fin dal 1990, l'approvazione di una legge di riforma della giustizia civile (*civil justice reform act*) in forza della quale, facendo applicazione di uno dei sei principi di *case management* ivi contemplati, si prevedeva il ricorso obbligatorio a procedure di *alternative dispute resolution* (ADR). La successiva legge sulla risoluzione alternativa delle controversie del 30 ottobre 1998 sanciva, anche formalmente, la definitiva acquisizione di siffatte metodiche all'ordinamento giuridico di quel paese, al punto che il successo delle formule di giustizia alternativa avrebbe determinato il cambiamento «dell'indicazione della prima lettera dell'acronimo da *alternative* ad *appropriate*, che sta invece a sottolineare la maggiore rispondenza agli interessi economici delle parti» (C. MICERA, *ADR in internet. La risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. comm. int.*, 2001, p. 363). L'interesse dell'Unione europea a queste tematiche è crescente non solo al fine di assicurare tutela alle controversie transfrontaliere ma anche e soprattutto in quanto tempi, costi, flessibilità dei relativi procedimenti rappresentano argomenti forti per l'adozione di politiche di incentivazione del fenomeno. L'obiettivo non è quello di creare un duplicato, un clone uguale e parallelo al giudice togato ma un meccanismo quanto più possibile diverso, appunto «alternativo», alla giustizia formale. È appena il caso di aggiungere che ciò non postula alcun affievolimento degli sforzi tesi a rendere più efficiente la giustizia civile ordinaria, muovendosi invece su un versante parallelo e complementare. La più tangibile testimonianza è offerta dall'adozione del regolamento n. 861/07 dell'11 luglio

2007, istitutivo di un procedimento europeo per le controversie di modesta entità.

3. - È questo l'alveo funzionale e sistematico all'interno del quale viene, in Italia, introdotto (non a caso con la legge n. 262/2005 di tutela del risparmio) l'art. 128 *bis* del testo unico bancario istitutivo dell'organismo in rassegna, con lo specifico compito di «assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela» (co. 2). Averlo presente è, a mio avviso, utile a evitare logoranti questioni d'inquadramento della fattispecie, di natura giuridica del soggetto, di effetti della decisione resa.

Caratteristica, sul piano euristico, assorbente che segnala la netta soluzione di continuità dell'introdotto sistema rimediale rispetto al tradizionale assetto della giustizia civile è rappresentata dalla legittimazione «disuguale» all'azione, circoscritta a favore del solo cliente (che è nozione più ampia ma non epistemologicamente diversa da quella di consumatore del prodotto o servizio considerato), simmetricamente omologa alla corrispondente disuguale tutela disegnata, sul piano sostanziale, nel diritto privato europeo che disciplina i contratti del consumatore. A ben vedere, è dalla legittimazione «disuguale» che derivano tutte le altre peculiarità del procedimento: dall'incerta sua natura giuridica alla previsione di singolari meccanismi afflittivi a carico del convenuto nel caso di accoglimento del ricorso. L'indicatore, anche sul piano positivo, più perspicuo di siffatta linea di *policy* è offerto dalla espressa salvezza del ricorso «a ogni mezzo di tutela previsto dall'ordinamento» contemplata a favore del solo cliente (art. 128 *bis*, co. 3). Nessun dubbio, sul piano sistematico, che l'adizione del giudice sia concessa (*scilicet*, non possa che esserlo, trattandosi di un diritto costituzionalmente protetto) anche all'intermediario bancario o finanziario. È tuttavia significativo (e tutt'altro che ermeneuticamente influente) che l'inciso

corrisponda esattamente (in sede di *output*) alla identica limitazione soggettiva al ricorso. Alle corte: scopo della norma è quello di precisare che l'istituito sistema è volto ad assicurare un alternativo e additivo rimedio dei conflitti economici in materia bancaria, finanziaria e (poi) dei pagamenti al solo cliente, preoccupandosi coerentemente di specificare che per lui e per lui solo questo meccanismo di *enforcement* alternativo si somma a quelli tradizionali. Negli indicati termini, il diritto dei consumatori si conferma veicolo di circolazione di nuovi modelli in grado di rompere schemi consolidati non solo nella diversa allocazione del rischio contrattuale ma anche in sede rimediale. Come recenti, originali e avanzati studi dimostrano, «la spinta propulsiva ideale è quella dell'*access to justice*, ma le vele che si sono gonfiate non sono quelle della procedura civile bensì quelle ... dell'amministrazione dei conflitti economici» (V. ZENO ZENCOVICH - M.C. PAGLIETTI, *Verso un «diritto processuale dei consumatori»?*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, II, p. 259).

Rispetto ad altri paesi europei, quello della crisi della giustizia civile è peraltro un problema che affligge l'Italia in maniera ormai radicata e difficilmente risolvibile. Un'efficiente (o, almeno, acconcia) tutela dei diritti è, oggi più che in passato, importante strumento di politica economica, atteso che la competizione internazionale opera non solo nel mercato dei prodotti ma anche in quello delle regole. I canali attraverso i quali la qualità della giustizia civile ha effetti sull'attività economica – segnatamente in punto di affidabilità e stabilità dei diritti proprietari, contrattuali e dell'impresa – sono molteplici (v., *funditus*, il mio *Costo dei servizi legali e giustizia civile*, in *Scritti di diritto dell'economia*, cit., p. 53). Secondo Confindustria (v. *Ripresa globale: dallo slancio al consolidamento. Italia in ritardo*, Roma, 2011, p. 73) «una riduzione del 10 per cento della lunghezza dei processi» (civili) «aggiungerebbe lo 0,8 per cento al PIL». La stessa Banca d'Italia rileva che la perdita annua di PIL attribuibile ai difetti della nostra

giustizia civile potrebbe giungere a un punto percentuale (*Considerazioni finali*, Roma, 2011, p. 12). Naturalmente, non di solo PIL si tratta. Le ricadute di una giustizia civile in crisi si riflettono prioritariamente sui diritti della persona costituzionalmente garantiti, investono le ragioni del vivere civile, la stessa intima essenza del «contratto sociale». La denegata giustizia che segue alla ritardata giustizia provoca allontanamento dalla realizzazione dei diritti, ineffettività delle norme, incentivi a comportamenti opportunistici. Grava più pesantemente proprio sui soggetti più deboli.

Al di là quindi e oltre all'economicità nella soluzione di controversie «minori», il contesto di riferimento esalta il valore aggiunto offerto da un organismo, quale l'Arbitro Bancario Finanziario, che – a fronte delle richiamate disfunzioni – ben può in talune circostanze essere percepito non come alternativo alla giustizia ordinaria ma addirittura (*quoad effectum*) come esclusivo quando il ricorso a quella risulti sostanzialmente precluso dagli elevati costi, diretti (essendo gli oneri monetari pur sempre prodromici alla realizzazione dei diritti dei quali si invoca tutela in un rapporto di mezzo al fine) e soprattutto indiretti (quando la domanda di giustizia viene vanificata dai tempi del processo e dalla aleatorietà della pronuncia in ragione delle possibili impugnazioni).

Ciò segnatamente in quanto aver rimesso organizzazione, gestione, supervisione della complessiva efficienza del sistema alla Banca d'Italia (beninteso, nell'ambito delle più generali regole del gioco fissate dal Cicer) rileva non solo in ragione della tradizionale, consolidata autorevolezza dell'istituzione deputata a tale scopo ma proprio con riferimento alle innovative *policies* di supervisione bancaria e creditizia disegnate da leggi recenti. In siffatta guisa, il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 (e successive modificazioni e integrazioni) rappresenta il naturale (e indispensabile) complemento all'art. 128 *bis* del tub nella parte in cui introduce

l'importante prescrizione (ora contemplata nel comma 01 dell'art. 127 t.u.b.) a norma della quale «le autorità creditizie» (Comitato del credito, Ministro dell'economia e della finanza, Banca d'Italia) «esercitano i poteri previsti» (dal Titolo VI) «avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'art. 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela». La disposizione aggiunge così alle tradizionali finalità della vigilanza bancaria (sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario) anche (e in maniera pari ordinata) la tutela del risparmiatore.

Soddisfa, sul piano positivo, gli auspici formulati dal Governatore della Banca d'Italia con la coraggiosa affermazione resa nelle Considerazioni finali del 31 maggio 2010, ai sensi della quale «la tutela dei clienti degli intermediari è ormai diventata a pieno titolo una finalità della Vigilanza». Colma la lacuna rappresentata dall'asimmetria ordinamentale presente nel mercato (in senso lato) finanziario che fa, per contro, registrare l'esistenza di specifici obiettivi della specie (quali paradigmi dell'esercizio della discrezionalità da parte delle corrispondenti autorità settoriali) nel comparto mobiliare [art. 5, lett. b) d. lgs. n. 58/1998, Tuif] e in quello assicurativo (art. 3 d.lgs. n. 209/2005, codice delle assicurazioni private). L'assenza di una corrispondente prescrizione nel settore bancario risultava invero manifestamente ingiustificata quanto meno con riguardo all'attività creditizia e finanziaria delle banche e degli altri soggetti abilitati, ammesso (certo non concesso) che la tutela del risparmio c.d. inconsapevole, cioè della raccolta bancaria, possa risultare sussumibile in quella della stabilità dell'intermediario, ricevendo perciò protezione solo immediata e indiretta. Ciò peraltro a fronte dell'apparente contraddizione rappresentata dall'inserimento nel tub (vale a dire in una legge prevalentemente destinata a regolare l'assetto pubblicistico del credito e del risparmio) di un Titolo

VI rubricato alla trasparenza delle condizioni contrattuali. Apparente in quanto, come ho fin da tempi ormai remoti faticosamente provato ad argomentare, motore immobile di un irreversibile mutamento prospettico da una tutela «statica» a una tutela «dinamica» è stato il passaggio da un sistema chiuso, di ordinamento «sezionale», di «pubblico servizio» in senso oggettivo, a un'economia di mercato aperta alla concorrenza. In quel contesto infatti non esiste, non può esistere problema di diritto dei contratti e di tutela del risparmiatore se: i) il numero di banche è dato; ii) il territorio in cui la banca opera è predefinito o predefinibile; iii) predefinita o predefinibile è anche la clientela, costretta all'elementare *take it or leave it* proprio dei contratti di somministrazione conclusi per il soddisfacimento di bisogni primari. La tutela del risparmiatore è così assorbita in quella della stabilità della banca e perseguita in via esclusiva attraverso la garanzia che egli possa rientrare in possesso delle somme depositate. Il risparmio di massa coincide infatti con il deposito bancario, e cioè con la forma più semplice ed elementare di destinazione del risparmio privato al mercato monetario e finanziario. Viceversa, con il passaggio al mercato, la libertà della scelta esalta la questione dell'efficienza aziendale. Ne deriva che la clientela non è più variabile indipendente; che il mercato va conquistato con comportamenti virtuosi e alti *standard* di reputazione il cui affievolimento, in un contesto concorrenziale, sconta costi anche patrimonialmente rilevanti. Ciò spiega l'inserimento di prescrizioni di *contact law* in norme pubblicistiche; il passaggio dalle norme d'azione (di correttezza gestionale dell'impresa) alle norme di relazione (di tutela dinamica delle situazioni soggettive riconosciute in capo al risparmiatore); il più incisivo ruolo della giurisprudenza. Esattamente per queste ragioni illustravo, nel corso dell'audizione in qualità di esperto della materia presso la Commissione Finanze della Camera dei deputati per l'indagine conoscitiva sul credito al consumo, che se, sul piano interpreta-

tivo, fosse risultato possibile ricondurre la tutela del risparmiatore a quello della tutela della competitività (risultando insussistenti, per le riportate ragioni, preclusioni o vincoli di alternatività tra tutela della stabilità dell'impresa e della competitività del sistema) allora «si può ritenere che anche la relativa funzione di tutela possa essere svolta dalla Banca d'Italia. Se, invece, si opina che il riferimento alla competitività contenuto nell'art. 5 del tub non costituisca un paradigma normativo sufficiente a garantire questo tipo di risultato» sarebbe stato opportuno che alla Banca d'Italia «fosse allocata una missione specifica di tutela del consumatore».

Oltre ad allineare e a rendere finalmente omogenee nei diversi segmenti di un mercato comunque strutturalmente unitario le forme di tutela amministrativa del cliente (nelle diverse vesti di risparmiatore, investitore, assicurato), la norma consente al sistema italiano di allinearsi alle recenti innovazioni introdotte con la importante legge c.d. Dodd - Frank del 21 luglio 2010 di riforma del sistema finanziario U.S.A. nella parte in cui istituisce una nuova autorità federale a tutela dei consumatori di prodotti e servizi finanziari (*Consumer Financial Protection Agency*) dotata di poteri di regolazione, di supervisione e sanzionatori, con la possibilità per le corrispondenti amministrazioni statali di applicare norme ancora più restrittive di quelle previste a livello federale. La riforma colloca tale nuova unità all'interno della Fed, con il compito - in particolare - di monitorare i contratti di mutuo e l'emissione di carte di credito. Tra i poteri affidati al nuovo organismo, degni di particolare menzione appaiono quelli relativi alla revisione del linguaggio usato nei contratti di mutuo e delle carte di credito, allo scopo di renderlo comprensibile al consumatore medio. Dovrà inoltre fornire protezione anche nei casi di prestiti concessi ma mai richiesti, o richiesti in forme diverse da quelle poi accordate (*aliud pro alio*). Sarà chiamato a impedire erogazione di prestiti che, per motivi di evidente spro-

porzione tra reddito, rata e montante, il debitore non potrà mai adempiere; le pratiche di incentivazione dell'intermediario a inserire il consumatore nei mutui ad alta rata di rimborso anche se il sovvenuto aveva fatto originaria richiesta di un mutuo a bassa rata; ad abolire le commissioni abusive e le penalità richieste per il rimborso anticipato.

Ciò nell'acquisto consapevole che più efficaci tutele di questa clientela rilevano, sotto il versante macroeconomico, per la crescita della domanda; che impattano sulla stessa stabilità dell'impresa finanziaria; che chiamano in gioco politiche del diritto tese a realizzare correzioni del mercato e ad evitare fenomeni di c.d. sovrindebitamento del consumatore (alle quali, per vero, l'ordinamento statunitense già prima del manifestarsi della crisi faceva registrare una seppur timida inversione di tendenza attraverso la promulgazione del *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Act* del 2005 che, *in parte qua*, modificava il tradizionale modello *pro debtor* di cui ai *Chapter 7* e *13* dello *U.S. Bankruptcy Code*).

Le ricadute sul piano giuridico, culturale, sistematico sono notevoli ed evidenti. Dischiudono prospettive di ricerca inedite, che vanno approfondite e analizzate. Cito qui solo, sotto il versante privatistico della *western legal tradition*, il *vulnus* che da ciò deriva ai «sacri» principi della *sanctity of contract* e del *caveat emptor*; sotto quello pubblicistico, l'emersione di una funzione autonoma (seppure interrelata) rispetto alla vigilanza di stabilità con evidenti riflessi sulla disciplina dell'autonomia negoziale; infine, sotto quello delle tradizionali differenze tra le due principali «famiglie» o sistemi occidentali di culture giuridiche (*common law vs. civil law*), il manifesto capovolgimento di prospettiva che da ciò deriva in punto di convergenza tra gli ordinamenti. È infatti appena il caso di avvertire che, diversamente dalla storia europea (e segnatamente italiana) di tutela del consumatore, prevalentemente affidata ad autorità amministrative, quella americana

è stata - per contro - caratterizzata dalla matrice giurisprudenziale di protezione dell'oblato.

Sull'altra sponda dell'atlantico, la crisi finanziaria (poi economica, monetaria e sociale) fa, anche in europa, «esplodere» i problemi di nuove *policies* di tutela del risparmiatore (investitore, assicurato) senza tuttavia finora produrre ipotesi d'intervento strutturate. Primi importanti segnali non sono peraltro assenti. Vanno dalla espressa menzione, nei compiti delle tre nuove autorità europee di vigilanza c.d. «microprudenziale» (bancaria, degli strumenti finanziarie dei mercati, delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali), di un «ruolo guida nella promozione della trasparenza, della semplicità e dell'equità nel mercato per i prodotti o servizi finanziari destinati ai consumatori in tutto il mercato interno» (art. 9, par. 1, reg. UE n. 1093/2010 del 24 novembre 2010. Identiche disposizioni nelle corrispondenti norme dei regg.1094 e 1095 in pari data) al parere favorevole reso dal Comitato economico e sociale europeo il 25 gennaio 2011 alla Commissione per «avviare uno studio approfondito sulla proposta di insediare un'autorità di protezione dei consumatori dei servizi finanziari inserita, come nel caso americano, in una delle nuove autorità» (punto 1.8 delle «conclusioni e raccomandazioni»).

4. - L'Arbitro Bancario Finanziario si inserisce in questo rinnovato contesto culturale e fenomenico. La devoluzione alla Banca d'Italia della sua organizzazione e del suo governo in chiave di efficienza del sistema ~~e di garanzia~~ (sia per l'autorevolezza che per il cumulo di funzioni a presidio della tutela del risparmio) ~~dell'osservanza delle decisioni rese dall'organismo~~ risulta decisiva.

È peraltro doveroso ricordare che l'evoluzione *in parte qua* del sistema finanziario appare monca nella parte in cui nulla prevede, diversamente da quanto introdotto (e realizzato) a favore del

risparmiatore e dell'investitore (tramite la camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob), in materia assicurativa. Tale settore, che al pari (e forse più) di quelli considerati è caratterizzato da una elevata soglia di *small claims* e afflitto da cronici ritardi della giustizia ordinaria con riguardo a una congerie di controversie (si pensi solo a quelle relative alla responsabilità civile automobilistica) che considerevolmente incidono sul numero dei processi pendenti (e relativi arretrati), non dispone neanche di forme autopoietiche di risoluzione delle controversie similari a quelle riferibili all'*Ombudsman* bancario (ora finanziario). Né può disporre, in sede di conciliazione obbligatoria *ex art. 5*, co. 1, d. lgs. n. 28/2010, di organismi «specialistici». I reclami che l'art. 7 del codice delle assicurazioni devolve all'Isvap sono tutt'affatto diversi da quelli che precedono la pronuncia dell'Arbitro tanto negli scopi (che riguardano i controlli di legittimità) che nei risultati (che non ristorano il proponente ma solo, per il tramite delle sanzioni amministrative pecuniarie, l'erario dello Stato). È una lacuna grave alla quale il mercato non è stato fin qui in grado di porre rimedio e che impone, per le molteplici ragioni innanzi esposte (comparative, di tutela asimmetrica rispetto a prodotti talora unitari, di disfunzioni della giustizia togata) di provvedere con urgenza.

