



Filippo Bagni

***La gestione del rapporto banca-cliente: un'analisi (anche) empirica
del contenzioso bancario fra modalità di gestione e competenze***

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il rapporto banca-cliente. – 2.1. Il deficit comunicativo. – 2.2. Il rapporto fiduciario. – 2.3. La valutazione del merito creditizio del cliente. 2.4. La standardizzazione bancaria delle procedure di crisi del rapporto. – 2.5. Il problema dei crediti deteriorati. – 3. La via giudiziale della gestione del contenzioso bancario. – 3.1. Analisi, numeri e costi dell'“abuso” del processo. – 3.2. L'*alternative dispute resolution* come percorso complementare: l'input europeo e la risposta italiana. – 3.3. La gestione delle dispute in materia bancaria: la mediazione obbligatoria. – 4. Le *best practices* europee e il caso statunitense della città di Milwaukee. – 5. Recuperare la relazione bancaria in funzione preventiva del contenzioso. – 6. Bibliografia.

1. Introduzione.

La crisi finanziaria mondiale del 2008-2009 ha disegnato un panorama variegato sul territorio nazionale: alcune banche sono fallite, altre si sono fuse o sono state incorporate generando così grandi gruppi bancari. La crescente complessità dei rapporti finanziari ha contribuito ad aumentare sempre più il contenzioso bancario e a rendere più difficile la gestione del rapporto tra banca e cliente. A ciò si aggiunge una serie di precise indicazioni da parte dell'Europa sulla gestione dei cosiddetti NPL (*non performing loans*) e sulle tempistiche di rientro ad essi connesse indicate dal recente *Addendum* della Banca Centrale Europea (BCE)¹. Questi fattori, insieme alla più generale crisi economica, hanno portato il rapporto tra le parti del mercato finanziario ad un punto critico.

Da un'analisi del contenzioso giudiziario in materia bancaria emerge una situazione complessa e gravosa. I tribunali italiani sono oberati di cause di natura estremamente tecnica, a cui il giudice spesso non è in grado di rispondere in tempi ragionevoli. Il formalismo processuale rappresenta, poi, terreno fertile per un utilizzo di tipo opportunistico e dilatorio del ricorso alla giustizia, che finisce con allungare ulteriormente i tempi del contenzioso.

In questo quadro generale, le soluzioni alternative della gestione della lite non sembrano aver risolto il problema relativo alla mole ed ai tempi del contenzioso bancario, tutt'altro.

In particolare, la mediazione, prevista dal legislatore italiano in forma obbligatoria per la materia bancaria, nella prassi si è rivelata inadeguata alle controversie fra banche e clienti, finendo così per rappresentare,

¹ I crediti deteriorati o “crediti non performanti” (dall'inglese *non performing loans*) sono esposizioni degli istituti bancari verso soggetti affidati che, a causa di un peggioramento della loro condizione economica e finanziaria, non sono in grado di adempiere in tutto o in parte alle proprie obbligazioni contrattuali. La questione legata agli NPL sarà trattata nello specifico nel proseguo dell'elaborato. Sulla definizione di crediti deteriorati si veda, tra gli altri, T. CRISAFULLI, *Crediti deteriorati: perché mettono in crisi il sistema bancario italiano*, 2018, www.recuperolegale.it; C. BARBAGALLO, *Primo Congresso Nazionale FIRST CISL*^{[L]_{SEP}} “La fiducia tra banche e Paese: NPL, un terreno da cui far ripartire il dialogo”. *I crediti deteriorati delle banche italiane: problematiche e tendenze recenti*, 2017. In merito all'*Addendum* si rinvia a BANCA CENTRALE EUROPEA - Vigilanza Bancaria, *Addendum alle linee guida della BCE per le banche sui crediti deteriorati (NPL): livelli minimi di accantonamento prudenziale per le esposizioni deteriorate*, 2017, www.bankingsupervision.europa.eu.



paradossalmente, un ulteriore aggravio per le parti in termini di tempi e costi del processo². Problemi, questi, che poi si acuiscono con riferimento alle imprese medio-piccole, le quali spesso non possono permettersi gli effetti di un procedimento lungo e dispendioso. Nel mercato, infatti, per un'azienda (compresa la banca) anche l'elemento della "litigiosità" diventa ormai un importante fattore economico da dover gestire con estrema attenzione.

Troppo a lungo il legislatore italiano pare aver ignorato le specificità del contenzioso bancario. Si avverte il bisogno al riguardo di un'analisi seria del fenomeno e di una soluzione efficace studiata *ad hoc* che non può più farsi attendere.

L'idea che si pone a fondamento di questo studio è che l'origine del problema del contenzioso bancario sia da ricondurre alle modalità di gestione del rapporto tra banca e cliente. Occorre quindi lavorare soprattutto sul profilo relazionale, alla luce delle nuove esigenze e risorse del sistema giustizia.

A ciò deve poi seguire una rinnovata attenzione, anche da parte dell'Autorità di vigilanza, alla questione della fiducia, della trasparenza e della correttezza nella relazione fra la banca e il suo cliente. Le banche chiedono più fiducia, i clienti più ascolto.

Questo studio si propone di analizzare i problemi sottesi al rapporto banca-cliente e la gestione delle dispute nascenti dallo stesso in un'ottica non solo (e non tanto) teorica, bensì pratico-applicativa, anche a seguito dei risultati maturati durante l'esperienza del Progetto "Giustizia Semplice" in materia di mediazione civile e commerciale presso il Tribunale di Firenze³.

Lo scopo è quello di focalizzare l'attenzione sulle peculiarità del contenzioso bancario, nella convinzione che sia necessario uno sforzo di tipo scientifico e (auspicabilmente) innovatore dedicato all'individuazione di una gestione della relazione bancaria sana e improntata alla efficace prevenzione della crisi del rapporto.

Nella prima sezione del presente elaborato si analizza la gestione del rapporto banca-cliente e delle sue criticità. Nella seconda, lo studio si concentra empiricamente sul contenzioso giudiziario e sulla mediazione bancaria. Nella terza e ultima sezione, si prende in esame, anche alla luce delle *best practices* europee e internazionali, le prospettive di una diversa gestione della relazione bancaria, improntata (anche) alla prevenzione della crisi del rapporto.

2. – Il rapporto banca-cliente.

² La normativa di riferimento è individuata nel Decreto Legislativo n. 28 del 2010 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, in particolare all'articolo 5 comma 1 *bis* rubricato "Condizione di procedibilità e rapporti con il processo".

³ Il Progetto nasce da una convenzione stipulata dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze, il Tribunale di Firenze e altri enti *partner* che ha previsto l'affiancamento dei giudici della terza sezione civile del Tribunale di Firenze da parte di borsisti di ricerca universitari i quali hanno studiato la mediabilità della cause pendenti e formulato proposte di invio in mediazione demandata ai giudici affiancati. Ad oggi, l'esperienza è al secondo anno di ricerca e i risultati prodotti saranno presentati in un volume di prossima pubblicazione.



Il rapporto tra banca e cliente (privato o impresa) presenta alcune peculiarità che lo qualificano rispetto alla generalità dei rapporti contrattuali.

Anzitutto, è caratterizzato da un'evidente disparità di potere tra le parti⁴.

In secondo luogo, il contratto bancario si configura come un rapporto contrattuale di "massa", di carattere eminentemente tecnico avente ad oggetto una prestazione prettamente economica, per tale motivo soggetto ad una elevata concorrenzialità sul mercato⁵.

Rappresenta poi, in ultimo luogo, un contratto tendenzialmente di lunga durata, che spesso prevede anche il perfezionamento di più contratti tra le stesse parti o comunque con riferimento al medesimo nucleo familiare o imprenditoriale⁶.

Le descritte caratteristiche presuppongono l'elemento dirimente della fiducia. La creazione di un legame fiduciario da parte della banca risulta infatti decisiva per riequilibrare il potere contrattuale e convincere il cliente dell'utilità delle proprie prestazioni.

Le peculiarità anzidette fanno rilevare, però, anche una significativa fragilità del rapporto. Negli ultimi anni, soprattutto come effetto della crisi economica mondiale, l'elemento fiduciario nei confronti del sistema bancario si è incrinato e il sistema finanziario è mutato profondamente. Le banche si sono sempre più affidate a una politica di concessione del credito fondata su criteri più quantitativi che qualitativi, cui ha fatto seguito l'allontanamento dalla dimensione personale del singolo cliente. L'aver trascurato nel tempo la dimensione personalistica del rapporto, fra l'altro, ha impedito di valutare con l'attenzione che richiede il merito creditizio del cliente, rendendo dunque particolarmente vulnerabile la sua posizione contrattuale.

Sono proprio queste caratteristiche che, in mancanza di accorgimenti *ad hoc*, rendono complessa la gestione del rapporto. Nella prassi le parti, una volta sopraggiunti elementi che possono determinare la crisi della relazione, tendono ad allontanarsi, risultando oltremodo complesso che tornino a dialogare sulla base di interessi comuni. Si finisce così per comunicare solo tramite avvocati e delegare *in toto* le sorti del proprio rapporto ad un soggetto terzo ed imparziale quale il giudice.

⁴ Questo aspetto, com'è noto, ha più volte richiamato l'attenzione del legislatore e (soprattutto) della Banca d'Italia, la quale in più occasioni si è espressa per una maggiore garanzia di tutela del cliente in termini di informazione, trasparenza e correttezza. Così, tra gli altri, A. M. TARANTOLA, *La trasparenza sostanziale nei rapporti tra banche e clienti: la visione della Banca d'Italia*, 2011, 11, www.bancaditalia.it.

⁵ La ragione prima di tale elevata concorrenzialità sta nel fatto che i prodotti del settore finanziario sono tra loro molto simili; non solo, anche quando si assiste ad innovazioni importanti, in pochissimo tempo vengono adottate anche dagli altri *competitors* del mercato. Quando si tratta di fornire servizi e prodotti, quindi, le banche possono differenziarli solo in termini di prezzo e qualità ed è soprattutto il prezzo il fattore attrattivo della clientela. Così, S. COSMA, F. PANCOTTO, P. VEZZANI, *Customer complaining and probability of default in consumer credit*, *Centro Studi di Banca e Finanza (CEFIN - Center for Studies in Banking and Finance)*, 2018, 12 ss.

⁶ Per una definizione di contratto bancario e un'analisi specifica della relativa disciplina si veda, tra gli altri: P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, Milano, 2019; F. PIRAINO, S. CHERTI, *I contratti bancari*, Torino, Giappichelli, 2016; E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, in *Il trattato dei contratti* (a cura di Rescigno e Gabrielli), 2016; G. CAVALLI, M. CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, Bologna, Zanichelli, 2011.



2.1. – Il *deficit* comunicativo.

Le banche sono consapevoli che la crisi finanziaria globale ha avuto un impatto negativo sulle fondamenta sulle quali poggiava il rapporto tra consumatori ed intermediari finanziari. Le esigenze dei clienti in termini di affidabilità e trasparenza non sono diminuite da allora, tutt'altro. Per soddisfare i propri clienti, gli istituti bancari sono chiamati dunque a guardare oltre gli odierni formalismi, esaminando nuovi mezzi incentrati alla cura del rapporto con il cliente⁷.

Tra queste nuove sfide, certamente un ruolo di primo piano assume quella relativa al recupero della capacità di dialogo. Non è un caso, infatti, che tra le più frequenti recriminazioni dei clienti (soprattutto in sede giudiziale) vi sia il riferimento all'impossibilità di un dialogo costruttivo con la banca, prima, durante e dopo la crisi del rapporto.

Ciò che in questa sede interessa analizzare sono le cause di tale *deficit* comunicativo, ossia quei fattori che limitano il dialogo tra banca e cliente.

Un primo elemento da evidenziare è certamente il carattere estremamente tecnico della materia bancaria. La maggior parte dei clienti, infatti, ha poca o nessuna conoscenza in tema di strumenti finanziari e/o bancari e tale aspetto comporta, evidentemente, un ostacolo rilevante alla costruzione di un dialogo alla pari tra le parti: parlare lingue "diverse" è causa di incomprensione, preoccupazione, mancanza di informazione e consapevolezza⁸.

In proposito le banche, su espressa raccomandazione della Banca d'Italia, si sono attivate per ridurre il *gap* comunicativo, cercando di parlare una lingua il più comprensibile possibile al consumatore, ispirata ai principi di chiarezza e trasparenza⁹. Quello che però ad oggi sembra realmente mancare è una vera e propria opera di educazione finanziaria del consumatore, affinché questi possa utilizzare al meglio il flusso di informazioni proveniente dalla banca.

Il tema dell'educazione finanziaria sta assumendo negli ultimi tempi sempre maggiore rilievo sul panorama nazionale. L'Italia, secondo recenti studi in materia, è ancora in fondo alla classifica degli Stati membri per competenza finanziaria dei propri risparmiatori e la stessa Banca d'Italia, a più riprese, ha avuto modo di evidenziare quanto fondamentale sia educare i consumatori rispetto alle proprie esigenze di risparmio e investimento, nonché ai relativi rischi, per garantire un sistema bancario stabile e funzionante¹⁰.

⁷ Così, A. MALINCONICO, N. FUCCIO, *Customers experience and problem resolutions in retail banking. Some empirical evidence from Italian banking*. *International Journal Financial Innovation in Banking*, 2016, 1, 109 ss.

⁸ Per ovviare a tali complicazioni si ricorre nella prassi all'intermediazione di professionisti (avvocati e commercialisti), i quali però, va da sé, non sono i reali portatori di interessi del rapporto. Ne consegue un margine di rischio insito in ogni ipotesi di delega della tutela degli interessi: un (ulteriore) allontanamento tra le posizioni in campo.

⁹ Cfr. A. M. TARANTOLA, *La trasparenza sostanziale*, cit., 4.

¹⁰ Un recente studio della Consob ha infatti rilevato che l'Italia si colloca oltre il quarantesimo posto nel mondo e agli ultimi posti tra i Paesi del G8 per grado di diffusione di conoscenze finanziarie di base tra i propri cittadini. Cfr. CONSOB, *Report on financial investments of Italian households. Behavioural attitude and approaches*, 2016. Da una indagine più datata (2012) dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) relativa allo stato di implementazione nei vari Paesi delle strategie nazionali per l'educazione finanziaria è emerso poi che in Italia non esiste una strategia nazionale. Non è dunque una sorpresa che, sempre secondo l'OCSE, l'Italia risulti agli ultimi posti tra i



Piuttosto che continuare ad aumentare il flusso di informazioni, quindi, occorrerebbe renderne efficace la relativa comprensione, così da garantire un aumento delle capacità di dialogo tra le parti e una maggiore consapevolezza del cliente e della sua capacità di autotutela (o di delega di tutela)¹¹.

In questo senso, è auspicabile che il legislatore e le associazioni di consumatori e imprese cooperino per delineare un progetto nazionale di educazione finanziaria dei clienti dei servizi finanziari. Banca d'Italia e Consob si sono già attivate per incentivare una adeguata *financial literacy*. Ciò che ancora serve, però, è una strategia coordinata a livello nazionale che contempli anche l'educazione sul conflitto e sulla sua gestione.

Un secondo elemento fondamentale attiene alla dimensione della banca. Come già osservato, negli ultimi anni si è assistito alla formazione di gruppi bancari sempre più grandi¹². Tale fenomeno, se certamente comporta il beneficio di una maggiore solidità dell'istituto sul mercato finanziario, come contraltare però rende più complesso per il cliente avere un rapporto diretto con il suo interlocutore.

A tal proposito, non è un caso che un recente studio (2016) abbia riscontrato una maggiore insoddisfazione nei clienti delle banche di maggiori dimensioni rispetto a quelli delle banche più piccole (soprattutto nella forma di credito cooperativo). Questo perché la banca di minori dimensioni investe più facilmente nell'instaurazione e nel mantenimento di un dialogo costante e proficuo con il proprio cliente¹³.

Paesi dell'area avanzata quanto al livello di alfabetizzazione finanziaria dei propri cittadini minorenni. Cfr. OCSE, *PISA 2012 Results: Students and Money*, Parigi, 2014. Alcune indagini condotte da Banca d'Italia hanno poi evidenziato che larga parte dei cittadini italiani è scarsamente consapevole delle proprie necessità di risparmio e di investimento e che non è in grado di pianificare le esigenze per il futuro, né di acquisire autonomamente le informazioni e le competenze necessarie. Proprio a tal fine Banca d'Italia, ormai da alcuni anni, promuove numerose iniziative educative presso le proprie sedi. Cfr. A. M. TARANTOLA, *La Banca d'Italia e la tutela del consumatore nei servizi bancari e finanziari*, 2010, 11, www.bancaditalia.it. Per una riflessione specifica sulla figura dell'investitore privato e sull'importanza dell'informazione quale elemento fondamentale per garantire l'efficienza del mercato finanziario si rinvia a P. LUCARELLI, *L'investitore nella rete. Rischio o opportunità*, Torino, Giappichelli, 2005.

¹¹ È assodato, infatti, come un elevato grado di educazione finanziaria abbia come effetto indiretto quello di una maggiore consapevolezza degli investitori in merito alle loro capacità finanziarie, operando quindi anche in una prospettiva di prevenzione di nuove ipotesi di contenzioso. Ciò detto, si discute spesso del comportamento più o meno corretto delle banche nei confronti dei propri clienti, senza però prendere in debita considerazione il fatto che anche la formazione dell'imprenditore è fondamentale per strutturare un diverso e migliore sistema di gestione delle controversie in materia bancaria. L'utilizzo di sistemi stragiudiziali delle controversie in ambiti strettamente tecnici quali il settore bancario non può prescindere infatti da una conoscenza dei concetti base della finanza, dei servizi e dei prodotti offerti dagli intermediari, nonché da una consapevolezza dei propri diritti e degli strumenti per tutelarli. Un'appropriata educazione finanziaria dei consociati è una necessità imprescindibile per lo sviluppo di tali settori, per un migliore rapporto tra clienti ed intermediari, nonché per un corretto utilizzo degli strumenti a disposizione dei clienti e la prevenzione di nuove ipotesi di contenzioso. Le banche devono quindi certamente prodigarsi per individuare clienti migliori, ma anche gli stessi clienti si devono adoperare per diventare consapevoli e responsabili delle proprie scelte contrattuali.

¹²In tal senso si veda R. RUOZI, *Economia della banca*, Milano, Egea, 2016, 43 ss.

¹³L'indagine in oggetto (effettuata sul mercato delle banche italiane) individua quale indicatore dell'insoddisfazione dei clienti il numero dei ricorsi presentati all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) da parte degli stessi. Dovendo evidentemente tenere conto delle dimensioni della banca e quindi del maggior numero di servizi offerti in un determinato periodo con conseguente maggiore numero di ricorsi ricevuti da ABF, al fine consentire un confronto tra le diverse banche, lo studio ha creato un indicatore del rapporto tra il numero totale di ricorsi ABF presentati per ciascuna banca dai suoi clienti in un dato periodo storico e il totale attivo della banca nello stesso periodo, nonché il numero delle filiali. Le banche sono state classificate in "grandi" e "piccole" in base alla classificazione utilizzata dalla Banca d'Italia sulla base della composizione dei gruppi bancari sui fondi totali (la categoria "grande" comprende le banche con un totale attivo intermedio superiore a 21,5 milioni di euro; la categoria "piccola" comprende le banche con un totale attivo intermedio inferiore a 21,5 milioni di euro). I dati analizzati riguardano i ricorsi presentati ad ABF relativi ad un campione stratificato di 74 banche italiane, che insieme



Non va sottovalutata a tale proposito la capacità di dialogo. Non è secondario in questa sede ricordare che “dialogare” rappresenta, di per sé, un esercizio complesso, che richiede pratica e competenze specifiche. Proprio a questo riguardo è in forte crescita l’interesse degli studiosi verso l’ottimizzazione del sistema dei reclami, in quanto vera e propria “palestra” di dialogo critico tra le parti che, a detta di molti, risulta ancora troppo poco sfruttata dagli istituti bancari laddove, invece, rappresenterebbe una occasione privilegiata di confronto e rafforzamento del vincolo fiduciario¹⁴.

La predisposizione allo scambio di informazioni non coincide tuttavia necessariamente con una buona comunicazione. A questo scopo risulta infatti indispensabile l’ascolto reciproco fra le parti della relazione bancaria. Si entra, così, nel principale *vulnus* sotteso al rapporto banca-cliente: la fiducia.

rappresentano circa il 70% dei servizi di mercato delle banche in Italia e circa il 65% delle filiali. Cfr. A. MALINCONICO, N. FUCCIO, *Customers experience*, cit., 120. L’Arbitro Bancario Finanziario (ABF) è un sistema di risoluzione alternativa delle controversie (ADR – *alternative dispute resolution*) che possono sorgere tra i clienti e le banche e gli altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari. È stato istituito nel 2009, in attuazione dell’articolo 128 *bis* del Testo unico bancario (TUB) introdotto dalla Legge sul risparmio (Legge n. 262/2005). È un organismo indipendente e imparziale, sostenuto nel suo funzionamento e organizzazione dalla Banca d’Italia. Le decisioni dell’arbitro non sono vincolanti ma, se l’intermediario non le rispetta, la notizia del loro inadempimento è resa pubblica. Il cliente può ricorrere all’ABF solo dopo aver esperito previamente con esito negativo un reclamo scritto all’intermediario. I criteri per lo svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie sono stati stabiliti dal Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR). Per una analisi dettagliata della procedura dinanzi all’Arbitro Bancario Finanziario e della relativa disciplina si rinvia a: E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, cit., 664 ss.; I. A. CAGGIANO, *L’Arbitro bancario finanziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, 441 ss.; G. CARRIERO, *Giustizia senza giurisdizione: l’arbitro bancario finanziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 161 ss.; E. MINERVINI, *L’arbitro bancario finanziario. Una nuova forma di A.D.R.*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2014; G. FINOCCHIARO, *L’arbitro bancario finanziario, tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano, Giuffrè, 2012, 362 ss.; F. AULETTA, *Arbitro Bancario Finanziario e “sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie”*, in *Società*, 2011, 83 ss.; C. CONSOLO, M. STELLA, *Il funzionamento dell’ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2011, 1, 121 ss.; G. GUIZZI, *L’Arbitro Bancario Finanziario nell’ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell’ABF*, in *Società*, 2011, 1216 ss.; M. PERASSI, *Il ruolo dell’ABF nell’ordinamento bancario: prime riflessioni*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2011, 1, 143 ss.; G. COSTANTINO, *La istituzione dell’«Arbitrato Bancario Finanziario»*, in *Sull’arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde* (a cura di Auletta, Califano, Della Pietra, Rascio), Napoli, 2010, 738 ss.; E. QUADRI, *L’Arbitrato Bancario Finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, 305 ss.; S. RUPERTO, *L’Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2010, 335 ss.. Quanto al rapporto tra il ricorso all’ABF e la procedura di mediazione (prevista come condizione di procedibilità in materia bancaria ai sensi dell’art. 5 co. 1 *bis* D.Lgs. 28 del 2010), si tratta in entrambi i casi di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie bancarie ma con rilevanti divergenze sotto molteplici profili: natura della procedura (mentre infatti la mediazione è una procedura di tipo “negoziale”, nel senso che il mediatore terzo e neutrale è un mero catalizzatore del negoziato e della comunicazione fra le parti, l’ABF è invece una procedura di tipo “aggiudicativo”, laddove il terzo neutrale fornisce invece alle parti una valutazione della situazione e si pronuncia su di essa), soggetti legittimati a farvi ricorso (mentre alla procedura di mediazione possono accedere sia il cliente che la banca, il ricorso ad ABF può essere presentato solo dal cliente), controversie che ne possono essere oggetto (in sede di mediazione si può affrontare il contenzioso sia passivo che attivo della banca, davanti all’ABF invece si discute solo del contenzioso che vede la banca come soggetto passivo del contenzioso). Per una indagine specifica del raffronto tra procedimento di mediazione e procedimento dinanzi all’ABF si rinvia a: M. MARINARO, *Le liti bancarie tra mediazione e arbitrato*, 2014, www.costozero.it; E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, cit., 754 ss.; ID., *Mediazione obbligatoria e arbitro bancario finanziario*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2011, 1, 134 ss.; ID., *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra mediazione e procedura dinanzi all’arbitro bancario finanziario.*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 8-9, 571 ss.

¹⁴ La fase del reclamo rappresenta un primo momento cruciale per creare le basi di un dialogo aperto generativo di soluzioni, tale da permettere alle parti di prevenire il contenzioso o, comunque, di facilitare il confronto anche nell’ottica di una eventuale futura attività conciliativa in sede di mediazione. Di una più attenta gestione dei reclami, poi, beneficerebbe anche la funzione di controllo interno alla banca (*internal audit e compliance*), quale occasione per individuare le aree di criticità e le azioni da intraprendere per aumentare la qualità dei servizi, nell’ottica quindi di rendere più efficiente l’attività di impresa e di aumentare il livello di soddisfazione e di fiducia della propria clientela. Per una analisi completa della tematica della gestione dei reclami si veda, tra gli altri: A. MALINCONICO, N. FUCCIO, *Customers experience*, cit., 120 ss.; A. MALINCONICO, *Alternative dispute resolution techniques can work for better services? The case of Italian banking industry*, *Organizational Excellence in Service*, 2011; A. M. TARANTOLA, *Regole e comportamenti nella relazione banca cliente*, 2010, www.bancaditalia.it; ID., *La trasparenza sostanziale*, cit., 8.



2.2. – Il rapporto fiduciario.

La fiducia rappresenta il fulcro della relazione bancaria. Gli stessi vertici di Banca d'Italia in più occasioni hanno sottolineato tale aspetto, esprimendo un concetto tanto semplice quanto rilevante: le banche sono, allo stesso tempo, imprese come le altre ma diverse dalle altre e tale differenza è da individuare proprio nell'elemento fiduciario.

La fiducia, infatti, si presenta essenziale per la stabilità sia del singolo istituto bancario sia dell'intero sistema finanziario. La singola banca è un'impresa caratterizzata da equilibri gestionali delicati, a cui è permesso di operare solo mantenendo stabilmente la fiducia di depositanti ed investitori. Da parte sua, il sistema bancario si presenta nel suo complesso strettamente interconnesso: qualora una banca dovesse entrare in crisi, o nel caso ci fosse anche solo il pericolo di tale eventualità, a risentirne sarebbero anche gli altri istituti bancari, a differenza di quanto accadrebbe invece per imprese che operano in altri settori. Non solo, com'è noto un clima di sfiducia nel sistema bancario, a sua volta, non resterebbe confinato al contesto finanziario, finendo con il causare danni sociali ed economici enormi e innescando una crisi economica di cui a farne le spese sarebbero per prime le fasce deboli della società (piccole-medie imprese e famiglie).

La fiducia acquista poi un ruolo fondamentale anche nello stabilizzare un mercato, come quello dei servizi bancari, che presenta asimmetrie e peculiarità di grandissimo rilievo. In un simile contesto, infatti, l'elemento fiduciario funge da vera e propria "rete di sicurezza", riequilibrando il rapporto tra banca e cliente e riducendo al minimo l'incertezza e i rischi percepiti.

È quindi solo grazie al supporto di un elemento come la fiducia che il contratto bancario può permettersi di rappresentare uno dei rapporti di lunga durata più diffusi, seppur asimmetrici, del panorama contrattualistico. Senza la fiducia dei propri consumatori, infatti, nessuna banca riuscirebbe ad operare con profitto.

Alla luce di queste considerazioni, negli ultimi tempi le banche sembrano aver preso coscienza del fatto che tutte le aziende di successo ottengono un vantaggio competitivo da una migliore relazione con la propria clientela. Alla base vi è la convinzione che, in un mercato altamente concorrenziale come quello finanziario, investire sulla fidelizzazione del cliente presenta indubbi benefici economici in termini di quote di portafoglio e relazioni di maggiore durata, laddove è dimostrato che i costi per evitare la perdita di vecchi clienti risultano sensibilmente inferiori rispetto a quelli necessari per acquisirne di nuovi¹⁵.

¹⁵ Così, A. MALINCONICO, N. FUCCIO, *Customers experience*, cit., 110. A tal fine, un recente studio in materia afferma che i clienti delle banche europee sono sempre più disposti a sfidare i rapporti finanziari esistenti e cercare alternative. Una volta instaurato il rapporto con la banca, i fattori di maggiore soddisfazione dei clienti sono l'accessibilità e la trasparenza; mentre quando si tratta di estinguere conti bancari, le principali motivazioni attengono all'insoddisfazione per le tariffe o ad un'esperienza deludente per il cliente. Ciò significa che i clienti nella maggior parte dei casi chiudono i propri rapporti con una banca per problemi di costo e sono più propensi a sceglierne di nuovi in base alla *customer experience* e alle tariffe promesse. Tutto ciò rende le relazioni a lungo termine molto meno comuni e di grande importanza



Le banche, quindi, vogliono (e devono) tornare ad investire fortemente sulla cura del rapporto fiduciario, anche e soprattutto attraverso un recupero della capacità di dialogo e di ascolto attivo delle difficoltà del cliente. Si tratta di un percorso continuo e complesso, di tipo “esperienziale”, che trova sviluppo in diverse fasi sulla base di un graduale approfondimento della relazione e dell'adattamento reciproco ai bisogni dell'altra parte¹⁶.

Ai nostri fini, la ricerca di una diversa e più sana gestione della relazione bancaria, improntata (anche) alla prevenzione della crisi del rapporto, non può fare a meno di soffermarsi sui temi fondamentali della fiducia e del dialogo, veri e propri pilastri portanti di ogni relazione commerciale.

Un cliente che non si fida (o non si fida più) della propria banca, infatti, difficilmente instaurerà con questa un dialogo costruttivo e altrettanto difficilmente sarà disposto a condividere informazioni confidenziali nell'ottica di una eventuale proposta di risanamento/riqualificazione del rapporto. Da parte sua la banca, che, di fatto, si trova ad assumere sempre più spesso le vesti di *partner* dell'impresa alla quale concede un finanziamento, non può permettersi - in un'ottica prettamente aziendalistica di profitto - di trascurare la valutazione del merito creditizio del cliente al fine di decidere se attribuire o meno allo stesso la fiducia di un prestito.

2.3. – La valutazione del merito creditizio del cliente.

Rimarcata l'assoluta rilevanza dell'elemento della fiducia quale presupposto fondamentale del rapporto dal punto di vista sia della banca che del cliente, passiamo ad analizzare più nello specifico la dinamica della relazione bancaria, soffermandoci in particolare sulla concessione del credito in quanto fase iniziale in cui il rapporto tradisce le prime debolezze.

per la stabilità delle banche. Cfr. M. BRANDIRALI, G. GHIGLIANO, *Looking at the bank from the customer's point of view*, in *Efma Report*, 2014, www.efma.com.

¹⁶ Da alcuni studi, infatti, emerge che nel settore bancario la fiducia del consumatore si basa principalmente sull'elemento dell'esperienza, in particolare sulla capacità delle banche di comportarsi in modo affidabile, osservare regole e regolamenti, funzionare bene, servire l'interesse generale e mantenere i propri impegni. Scarso rilievo invece assumono i contratti di per sé, non considerati particolarmente importanti per creare fiducia. Si veda in tal senso: R. A. JARVINEN, *Consumer trust in banking relationships in Europe*, in *European journal of marketing*, 2014, 551 ss.; C. HALLIBURTON, A. POENARU, *The role of trust in consumer relationships*, ESCP Europe Business School, 2010. È interessante, poi, rilevare come alcuni autori distinguano tra fiducia “razionale” e fiducia “emotiva”, riferendosi, la prima, alla volontà del cliente di affidarsi alla competenza e all'affidabilità del fornitore di servizi, la seconda, alle sensazioni generate dal livello di attenzione e preoccupazione del *partner* dimostrate dal cliente. Attraverso il processo razionale il cliente valuta l'intenzione e la capacità dell'azienda di mantenere le promesse, identificando garanzie in termini di competenze, affidabilità nella fornitura di beni e servizi e prevedibilità dei comportamenti. Attraverso il processo emotivo, invece, il cliente valuta l'azienda in base alle qualità e alle caratteristiche che dimostrano preoccupazione e attenzione, oltre alla volontà di scendere a compromessi e agire al di là dei motivi di profitto. In questo senso, l'elemento della fiducia viene a comporsi di tre dimensioni complementari: competenza e/o credibilità; integrità e/o onestà; empatia e/o benevolenza. La prima dimensione attiene più alla fiducia razionale, la seconda e la terza invece alla fiducia emotiva. Cfr. A. MALINCONICO, *Alternative dispute resolution techniques*, cit.



Si fa riferimento al momento della valutazione del merito creditizio del cliente da parte della banca, ossia a quello che viene definito come “modello di *rating*”: lo strumento che consente alla banca di valutare il grado di affidabilità dei propri clienti, decidere se affidare o meno un nuovo cliente e quale tasso di interesse applicare¹⁷.

La politica di *rating* delle banche è stata, nel tempo, oggetto di numerose valutazioni e dubbi da parte degli operatori del sistema bancario.

Un primo monito teso a stigmatizzare il modello di *rating* applicato dagli istituti bancari era stato mosso già nel 2001 dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria in tema di prevenzione dei reati di riciclaggio¹⁸. A più riprese, infatti, il Comitato affermava che le autorità di vigilanza di tutto il mondo non si erano sufficientemente preoccupate di assicurare che le banche ponessero in atto adeguati controlli e procedure per conoscere i propri clienti, con evidenti carenze nelle politiche per l'identificazione (le cosiddette attività di KYC, “*know-your-customer*”) da considerarsi fondamentali al fine di salvaguardare la solidità e stabilità del sistema bancario¹⁹.

L'indicazione rivolta agli istituti bancari era quindi quella di definire chiare politiche per lo *screening* della clientela - considerando fattori contestuali specifici quali: *background*, paese d'origine, titolarità di conti collegati, attività economica svolta - e di adottare procedure di accettazione differenziate, con requisiti di diligenza progressivamente più stringenti in funzione della rischiosità del cliente²⁰.

¹⁷ Si tratta di un'attività di carattere eminentemente predittivo: il fine perseguito dall'istituto è quello di concedere prestiti solo a chi sarà effettivamente in grado di restituirli, con relativa applicazione di un tasso di interesse coerente con il grado di rischio assunto. Solo attraverso la progettazione, lo sviluppo e il costante aggiornamento di un efficace modello in grado di valutare la probabilità di *default* dei propri clienti, sarà possibile per la banca garantirsi un buon livello di redditività. Per una nozione di *rating* e l'analisi del ruolo delle agenzie di *rating* nel mercato finanziario si veda A. TROISI, *Attività e regolamentazione delle agenzie di rating*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario* (a cura di Capriglione), 2015, 485 ss. Per una analisi specifica dell'attività bancaria di finanziamento e della raccolta del risparmio tra il pubblico si rinvia invece, tra gli altri, a: G. DESIDERIO, *L'attività bancaria*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario* (a cura di Capriglione), 2015, 243 ss.; A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, Giuffrè, 2012, 63 ss. Quanto invece alla tematica della politica di valutazione degli affidamenti e dei rischi legati all'attività di prestito si veda nello specifico R. RUOZI, *Economia della banca*, cit., 165 ss.

¹⁸ Cfr. COMITATO DI BASILEA PER LA VIGILANZA BANCARIA, *Dovere di diligenza delle banche nell'identificazione della clientela*, in *Quaderni dell'osservatorio sulla rappresentanza dei cittadini*, 2009, 6, 30 ss.

¹⁹ In particolare, il Comitato di Basilea evidenziava come in questo ambito le salvaguardie non dovessero limitarsi soltanto alla questione dell'apertura dei conti e della relativa documentazione, bensì anche alla necessità di prevedere una specifica politica per l'accettazione e l'identificazione della clientela, soprattutto nei casi di conti considerati a maggiore rischio. Tale interesse verso una corretta “prassi KYC” originava dalla preoccupazione del Comitato di Basilea per l'integrità del mercato e aveva trovato ulteriore impulso in seguito alle numerose perdite (dirette e indirette) subite da talune banche in seguito alla loro negligenza nell'applicare adeguate procedure precauzionali proprio in ottica KYC.

²⁰ Un istituto bancario privo di una efficace ed efficiente politica di *screening* della propria clientela può infatti andare incontro, oltre al tradizionale *rischio di credito* (ossia il rischio di incorrere in perdite derivanti dalla possibilità che il cliente non sia in grado ad adempiere agli impegni contrattuali), a tutta una serie di ulteriori rischi, quali: il *rischio di reputazione*, ossia la possibilità che la diffusione di notizie di carattere negativo concernenti le modalità di gestione di una banca intacchino il rapporto fiduciario nella sua integrità e, in tal senso, le banche sono particolarmente esposte a questo tipo di rischio qualora diventino vittima di attività illecite compiute dai propri clienti, dovendo quindi proteggersi esercitando una vigilanza costante mediante l'applicazione di rigorose procedure KYC; il *rischio operativo*, ossia il rischio di perdite derivanti da malfunzionamenti a livello di procedure e sistemi interni, il quale, nel contesto dell'identificazione della clientela, si collega ad eventuali inefficienze nelle procedure di controllo e al mancato esercizio della dovuta diligenza; il *rischio di concentrazione*, teso ad individuare ipotesi di concessione di più fidi nei confronti del medesimo cliente o di posizioni comunque connesse e quindi ad evitare una maggiore esposizione della banca verso tali soggetti, il quale evidentemente per essere misurato richiede alle banche di conoscere esattamente l'identità dei suoi affidati e le loro connessioni con altri clienti. Cfr. COMITATO DI BASILEA PER LA VIGILANZA BANCARIA, *Dovere di diligenza delle banche*, cit.



Oggi, nonostante le numerose raccomandazioni, i modelli di *rating* adottati dalle banche sono ancora oggetto di forti critiche. Si accusano le banche, in particolare, di operare una politica di concessione del credito indiscriminata e un'attività di monitoraggio dello stato di salute del cliente incapace di prevenirne il *default* finanziario.

Nello specifico, un'autorevole dottrina rileva come gli istituti di credito – anche dietro indicazioni di Banca d'Italia e della BCE - avrebbero impiegato modelli di *rating* basati su variabili predittive di natura prevalentemente quantitativa (indici di bilancio e indici di misurazione dell'andamento passato della relazione di fido) incentrati su valutazioni di tipo automatico, rivelatesi poi nella prassi scarsamente efficaci nel rilevare lo stato di salute del cliente²¹. Questo, da una parte, perché si tratterebbe di modelli rivolti al passato, laddove invece ciò che deve essere misurato (la probabilità di *default* del cliente) riguarda il futuro, dall'altra, perché tali modelli non sarebbero in grado di pesare quelli che poi risultano essere i reali indicatori del merito creditizio del cliente, ovvero gli aspetti qualitativi della gestione e della *governance* aziendale²². L'applicazione di tali modelli avrebbe così finito per aumentare il rischio di mancata concessione di credito a imprese meritevoli e comportato, invece, affidamenti ad imprese solide unicamente da un punto di vista finanziario, ma deboli sotto l'aspetto della qualità del *management* e quindi poco affidabili nel medio-lungo periodo, diminuendo così la capacità della banca di produrre valore.

Ebbene, ai fini della nostra indagine, si ritiene che l'adozione di tali modelli di valutazione rappresenti una prima causa di fragilità della relazione bancaria.

Nella prassi (anche giudiziale) si assiste alla crisi di molteplici rapporti bancari dovuta a valutazioni di affidabilità creditizia errate o comunque "ottimistiche", sia al momento della concessione del credito sia in un momento successivo, nel quale si richiederebbe un'attività di monitoraggio costante dello stato di salute del beneficiario del prestito. Questo perché gli istituti bancari, al momento di effettuare tali valutazioni, non sono in possesso di un vero e proprio *set* prestabilito ed esaustivo di informazioni riguardanti il cliente che tenga conto in modo esauriente del suo stato patrimoniale (presente e futuro) da un punto di vista non solo quantitativo ma anche qualitativo.

Una particolare attenzione da parte delle banche all'acquisizione di tutta una serie di informazioni predeterminate e trasversali, sempre più specifiche e qualificate sulla posizione del cliente, porterebbe indubbi vantaggi in termini di prevenzione della crisi della relazione bancaria, oltre che incrementare anche la solidità del rapporto ed aumentare le capacità delle stesse parti di operare per un suo eventuale risanamento.

²¹ Cfr. F. CIAMPI, *Banche, per alzare la redditività servono nuovi modelli di rating*, 2019, www.ilssole24ore.com.

²² Tra i principali aspetti qualitativi della gestione aziendale "ignorati" dagli attuali modelli di *rating* vi sarebbero: la solidità dell'assetto organizzativo dell'impresa; la qualità della strategia competitiva posta in essere e dei relativi piani industriali; l'efficacia dei comportamenti gestionali; la capacità di innovazione. Cfr. F. CIAMPI, *Banche, per alzare la redditività, cit.*



In questo senso si sono espressi anche i regolatori europei laddove, a seguito della crisi economica e del massiccio aumento dei prestiti in sofferenza, hanno introdotto una serie di requisiti di monitoraggio aggiuntivi, con il fine ultimo di promuovere l'individuazione e la gestione tempestiva delle situazioni di crisi. Le banche vengono così incoraggiate non solo ad implementare sistemi di monitoraggio strutturati a fini prudenziali e di vigilanza, ma anche a condividere il risultato delle valutazioni finanziarie condotte internamente con i debitori interessati, così da anticipare l'evoluzione della crisi e aiutare il debitore a utilizzare rimedi efficaci²³.

In quest'ottica collaborativa, gli stessi debitori sono chiamati a fornire informazioni che possano influire sul loro merito di credito nonché rivelarsi utili per una rapida valutazione della loro situazione economica e l'eventuale attivazione di meccanismi di preallarme della crisi del rapporto²⁴.

Le stesse banche sono quindi chiamate ad investire in modo sempre più deciso sulla progettazione di sistemi di *rating* "esperti", in grado di acquisire maggiori informazioni e di pesare adeguatamente (anche) le variabili di natura qualitativa che connotano l'assetto gestionale e strategico dell'impresa cliente, così da effettuare valutazioni di affidabilità sempre più accurate e capaci di conferire maggiore stabilità al rapporto²⁵.

2.4. – La standardizzazione bancaria delle procedure di crisi del rapporto.

Se dalla fase iniziale della concessione del credito si passa alla dinamica negoziale del rapporto, ai nostri fini risulta altrettanto stimolante soffermarsi sulle modalità di gestione della relazione bancaria. Negli ultimi anni si è infatti notata una tendenza sempre maggiore da parte degli istituti bancari alla standardizzazione del rapporto.

La nascita di macro gruppi bancari e la correlata progressiva scomparsa di banche popolari e casse di risparmio ha avuto importanti ripercussioni sul modo di "fare banca". Si assiste sempre più all'adozione di modalità

²³ Le linee guida di vigilanza indicate dai regolatori europei, in particolare, richiedono alle banche di implementare internamente una serie di strumenti e procedure indicatori di *early warning*, in modo da identificare tempestivamente i segnali di deterioramento del cliente. In questo senso, gli istituti bancari sono stati invitati a sviluppare avvisi automatici specifici da attivare in caso di violazione da parte del mutuatario di specifici indicatori di allarme precoce, i quali determinano l'attivazione presso gli uffici della banca di unità dedicate per valutare la situazione finanziaria del cliente e discutere potenziali soluzioni con la controparte. Questo tipo di assistenza risulterebbe particolarmente vantaggioso soprattutto per le imprese medio-piccole, le quali potrebbero non disporre di adeguati meccanismi di monitoraggio dei rischi o non avvalersi dell'assistenza di qualificati servizi di consulenza finanziaria. Cfr. L. STANGHELLINI, R. MOKAL, C. G. PAULUS, I. TIRADO, *Best Practices in European Restructuring*, Cedam, Milano, 2018, 14 ss.

²⁴ In tal senso, le aziende dovrebbero disporre di sistemi di segnalazione adeguati in grado di consentire il rilevamento tempestivo del pericolo e fornire dati aggiornati e sufficienti per progettare un piano corretto e sofisticato, facilitando così anche l'eventuale ottenimento di risposte positive, o almeno tempestive, da parte dei creditori e, in particolare, dei creditori finanziari. Cfr. L. STANGHELLINI, R. MOKAL, C. G. PAULUS, I. TIRADO, *Best Practices*, cit., 123 ss.

²⁵ Occorrerà, a tal scopo, dotarsi di funzionari di banca competenti e addestrati a scendere nei particolari del rapporto, sviscerandolo sotto punti di vista che vanno oltre il mero aspetto contabile-economico. Di particolare interesse in questo contesto è poi l'influenza dei cosiddetti *Big Data* sulla valutazione del merito creditizio del cliente da parte degli istituti bancari, in quanto fattore che incide e sempre di più inciderà sulla concessione del credito e sulle sue condizioni, in termini sia di valutazione del rischio dell'affidato sia di determinazione dei costi per il finanziamento. Si veda su questo F. FERRETTI, *Consumer Access to Capital in the Age of FinTech and Big Data: the Limits of EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, 25, 476 ss.



relazionali con la clientela di tipo automatizzato, attraverso operazioni digitalizzate e remote che contribuiscono ad allontanare le parti e a ridurre le occasioni di dialogo fra le stesse.

Il riferimento va soprattutto al sistema di gestione degli inadempimenti che caratterizza le banche più grandi. Tali istituti, infatti, dovendo coniugare le rigide regolamentazioni europee in tema di sofferenze bancarie con le proprie esigenze organizzative, finiscono per ricondurre le relazioni con i propri clienti ad alcune macro categorie e a gestirne lo stato di pre-crisi e crisi in modo standardizzato, ignorando così quelle peculiari sfaccettature che ogni relazione presenta e che, in concreto, possono invece risultare fondamentali ai fini della cura e della conservazione del rapporto²⁶.

Nelle grandi banche l'ufficio competente della gestione del rapporto di credito ha *inter alia* il compito di vagliare le possibilità del cliente di rientrare da un eventuale stato di inadempimento/crisi più o meno conclamato. Nel caso in cui l'analisi prospettica dia esito negativo, l'organizzazione interna alla banca prevede il trasferimento in modo pressoché automatico della "pratica" al diverso ufficio competente per il contenzioso, il quale, qualificando il soggetto non più come cliente bensì come "debitore", pone in essere tutta una serie di attività che determinano l'allontanamento delle parti e l'interruzione delle comunicazioni, con conseguente attivazione del procedimento monitorio e/o segnalazione alla Centrale dei Rischi²⁷.

Nella prassi, a questo primo momento di allontanamento degli interessi, se ne aggiunge un altro che limita ulteriormente le possibilità di dialogo: l'esternalizzazione della gestione delle criticità del rapporto e del relativo (eventuale) contenzioso.

In un rapporto contrattuale il progressivo procedere verso la patologia della relazione non dovrebbe essere automatico, bensì corredarsi di un impegno serio, da parte di entrambi i soggetti, ad un confronto ispirato a correttezza e buona fede, fondato sul dialogo e lo scambio di informazioni reciproche, teso a cercare ogni soluzione possibile ad evitare il contenzioso²⁸.

Nel rapporto bancario, però, questo non accade, sia perché le esigenze organizzative della banca non rendono possibile nella maggior parte dei casi un'indagine ponderata e individualizzata dell'inadempimento, sia perché è

²⁶ L'*European Banking Authority* (EBA), infatti, con l'intento di ridurre i margini di discrezionalità degli Stati membri in merito alla classificazione dei prestiti in funzione della qualità del credito, ha prestabilito per tutto il territorio europeo delle macro classi in cui devono essere inseriti i prestiti bancari. Per una analisi specifica si rinvia a R. RUOZI, *Economia della banca*, cit., 184.

²⁷ Un finanziamento passa dall'essere *in bonis* ad essere qualificato come situazione di "sofferenza" nel momento in cui, nell'arco temporale di 12 mesi, l'inadempienza del cliente persiste da oltre 90 giorni e riveste la cosiddetta "minima rilevanza" (ossia l'inadempienza supera la soglia del 5% in termini di percentuale dell'intera esposizione). Questo passaggio avviene in modo del tutto automatico, indipendentemente dai motivi e dalle cause dell'inadempimento del cliente (quindi anche se non è a lui imputabile, perché, ad esempio, questi a sua volta non è rientrato della sua posizione creditizia presso altri soggetti che sono in ritardo nei pagamenti, come spesso accade a chi lavora con enti pubblici). Il rapporto viene considerato in stato "patologico" e la relazione pressoché compromessa, determinando così l'attivazione delle vie legali. Così, R. RUOZI, *Economia della banca*, cit., 184.

²⁸ Anche se facente riferimento principalmente ai rapporti tra imprese, risulta comunque utile a questo proposito, con riferimento alla necessità che nei rapporti di durata le parti si soffermino sulla ricerca di ogni soluzione possibile a evitare il contenzioso, il richiamo a P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Milano, Utet Giuridica, 2016, 153 ss.



diffusa l'idea che mantenere in vita la relazione possa rivelarsi in concreto un procedimento complicato, dispendioso (a livello sia economico che temporale) e quindi non conveniente per l'istituto. Concezione, quest'ultima, lontana dalla realtà. Come già precedentemente osservato, infatti, recenti studi dimostrano che investire sul mantenimento della relazione può rivelarsi di grande utilità economica (laddove è provato che i costi richiesti per il procacciamento di nuovi clienti sono ben maggiori rispetto a quelli necessari alla conservazione del rapporto) e non è un caso, in questo senso, che i clienti più scontenti - e quindi più invogliati a cambiare interlocutore - siano proprio quelli delle grandi banche che sul mercato finanziario hanno con più forza investito sulla politica di standardizzazione della relazione bancaria²⁹.

Sono quindi sempre più numerose le evidenze empiriche che dimostrano come, per certi versi, un ritorno alla "personalizzazione" del rapporto banca-cliente può portare molteplici benefici (economici e non) alla gestione della relazione bancaria³⁰.

2.5. – Il problema dei crediti deteriorati.

A rendere ancora più complessa la gestione del rapporto banca-cliente è intervenuto negli ultimi anni il problema dei cosiddetti "crediti deteriorati" (NPL, *non performing loans*), che ha messo in seria difficoltà il sistema bancario italiano sotto molteplici profili³¹.

Anzitutto, i crediti deteriorati rappresentano per le banche un mancato guadagno, laddove il mancato pagamento del debito bancario entro il termine di scadenza genera una minusvalenza e dunque una sofferenza

²⁹ In tal senso si veda: S. COSMA, F. PANCOTTO, P. VEZZANI, *Customer complaining and probability of default in consumer credit*, cit., 2 ss.; A. MALINCONICO, N. FUCCIO, *Customers experience*, cit., 120; N. KUMAR, V. K. GANGAL, *Customer satisfaction in new generation banks (a case study of HDFC bank)*, in *Journal of Arts, Science & Commerce*, 2011, II, 4, 70 ss.

³⁰ Nonostante lo sviluppo tecnologico e l'introduzione massiva di operazioni remote (*homebanking*), infatti, molti clienti quando cercano consigli e nuovi prodotti sembrano preferire ancora un contatto personale con il proprio istituto bancario. In questo senso, alcuni studi rilevano come uno dei metodi più efficaci per le banche per creare un rapporto fiduciario più forte e duraturo con i propri clienti sia quello di investire sull'*empowerment* dei propri dipendenti: su un approccio che consenta al personale di gestire una relazione di tipo empatico con i clienti e che dia loro la possibilità di risolvere i loro problemi. Da questo punto di vista le banche hanno, per certi versi, cercato di emulare le pratiche poste in essere da altre imprese, quali ad esempio quelle operanti nel settore dell'ospitalità, che in genere prevedono che il proprio personale utilizzi le informazioni del cliente, insieme con la propria iniziativa, per garantire un risultato soddisfacente. Alcuni sondaggi relativi alla *customer experience* mostrano infatti che i clienti attribuiscono un elevato livello di gradimento a quelle banche che comprendono i loro obiettivi a lungo termine e individuano i modi per raggiungerli in un contesto di collaborazione. I benefici per l'istituto bancario sarebbero in termini di maggiori probabilità per i propri clienti di aumentare il numero di *account* ed il livello di attività che detengono presso la banca. Cfr. M. BRANDIRALI, G. GHIGLIANO, *Looking at the bank*, cit.

³¹ Si tratta di crediti per i quali la riscossione è altamente incerta, sia in termini di rispetto della scadenza da parte del debitore sia per l'ammontare dell'esposizione. In termini generali, le esposizioni sono qualificate come *non performing* quando: 1) la banca ritiene improbabile che il pagamento avvenga interamente senza ricorso a garanzie reali, indipendentemente dall'esistenza di eventuali importi scaduti o dal numero di giorni passati; 2) le esposizioni hanno un importo scaduto rilevante (attualmente in Italia il 5% dell'esposizione complessiva) superiore a 90 giorni, laddove la materialità è definita dalle autorità competenti per riflettere un livello ragionevole di rischio. Nel 2017 l'Italia risultava ancora al primo posto tra i paesi europei con il maggior numero di crediti deteriorati con oltre 122 miliardi di euro di NPL, a fronte dei poco più di 14 miliardi in Germania, dei 61,1 miliardi in Spagna e dei 77,7 miliardi in Francia. Sul tema degli NPL si veda, tra gli altri: T. CRISAFULLI, *Crediti deteriorati: perché mettono in crisi il sistema bancario italiano*, 2018, www.recuperolegale.it; C. BARBAGALLO, *Primo Congresso Nazionale FIRS CISL-SEP: "La fiducia tra banche e Paese: NPL, un terreno da cui far ripartire il dialogo"*. I crediti deteriorati delle banche italiane: problematiche e tendenze recenti, 2017; R. RUOZI, *Economia della banca*, cit., 184.



bancaria, riducendo così il flusso di denaro incassato e diminuendo i fondi con cui la banca può finanziare imprese e famiglie nell'economia reale. Non solo, la conseguenza del fenomeno degli NPL è poi quella dell'obbligo a carico delle banche di costituire delle riserve destinate a coprire le (eventuali) perdite dei crediti deteriorati e non riscossi. Mancati guadagni, da un lato, ed accantonamenti coattivi, dall'altro, finiscono quindi con il comportare gravosi impegni economici nei bilanci delle banche italiane.

Ulteriore elemento critico è poi emerso dalla netta presa di posizione della Banca Centrale Europea in merito alla politica di gestione degli NPL da parte delle banche europee. Nel marzo del 2017, infatti, la BCE ha pubblicato il testo definitivo delle sue Linee guida in materia di crediti deteriorati chiarendo le proprie aspettative di vigilanza riguardo l'individuazione, la gestione, la misurazione e la cancellazione degli NPL. L'obiettivo preposto dalla BCE è quello di ridurre gli NPL in un orizzonte temporale prefissato, realistico e alquanto ambizioso; a tal fine le banche devono dotarsi di una specifica strategia volta a ottimizzare la gestione degli NPL, massimizzando il valore attuale dei recuperi e predisponendo specifiche strategie supportate da solide analisi quantitative³².

Successivamente, con un *Addendum* alle predette Linee guida, la BCE ha inasprito la disciplina, richiedendo a tutte le banche europee di aumentare gli accantonamenti sui crediti in sofferenza e fissando parametri più severi rispetto agli anni precedenti. In particolare, l'*Addendum* prevede per le banche sottoposte alla vigilanza diretta della BCE che tutti i crediti che entrano in sofferenza a partire dal primo gennaio 2018 siano soggetti a svalutazioni automatiche per il 100% dell'ammontare dei crediti deteriorati non garantiti dopo due anni e di quelli garantiti dopo sette anni³³.

Tale regolamentazione ha causato, di fatto, una corsa alla cessione del credito in sofferenza da parte degli istituti bancari italiani, i quali, non potendo soddisfare il credito nei tempi previsti dalla BCE utilizzando lo strumento dell'esecuzione giudiziale, decidono di cedere i propri crediti NPL (attraverso ingenti procedure di

³² In particolare, nelle Linee Guida la BCE delinea un sistema di controllo delle attività di gestione degli NPL basato su tre livelli: 1) meccanismi di controllo della *performance* all'interno delle unità dedicate; 2) opportune attività di controllo da parte della funzione di controllo dei rischi (il cui scopo è quello di assicurare la qualità dei processi di gestione degli NPL, anche concorrendone alla definizione); 3) regolari verifiche da parte della funzione di *internal audit* sull'adesione alle politiche in materia di NPL e alle Linee Guida. Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA - Vigilanza Bancaria, *Linee guida della BCE per le banche sui crediti deteriorati (NPL)*, 2017, www.bankingsupervision.europa.eu.

³³ Secondo tali indicazioni, quindi, gli istituti di credito devono coprire l'intera perdita "potenziale" entro due anni per i prestiti deteriorati che non sono assistiti da garanzie (che dunque non hanno strumenti alternativi di recupero, i cosiddetti crediti chirografari) ed entro sette anni per tutti i crediti garantiti (i cosiddetti crediti non chirografari, ovvero assistiti da garanzie personali). Tale normativa, seppur formalmente di carattere non vincolante, si rivela tale nei fatti laddove richiede alle banche di motivare qualsiasi scostamento rispetto al suo contenuto. L'*Addendum* integra le Linee guida sugli NPL, illustrando le aspettative quantitative dell'autorità di vigilanza in merito ai livelli minimi di accantonamento prudenziale che ci si attende per le esposizioni deteriorate. Le aspettative si basano sulla durata temporale in cui un'esposizione è classificata come deteriorata (ossia la sua "anzianità") nonché sulle garanzie reali a proprio favore (ove presenti). Tali misure sono finalizzate al trattamento prudenziale degli NPL per evitare che consistenze eccessive di crediti deteriorati di elevata anzianità e prive di copertura si accumulino in futuro nei bilanci bancari. Secondo l'attuale regime regolamentare, le Autorità di vigilanza devono verificare se le banche dispongono di metodologie e processi di accantonamento efficaci per poter assicurare l'adeguata copertura dei rischi connessi agli NPL. Laddove i livelli di accantonamento siano ritenuti inadeguati, le autorità di vigilanza sono tenute ad assicurare che le banche riesaminino e innalzino il relativo grado di copertura dei rischi in modo da soddisfare le aspettative di vigilanza. Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA - Vigilanza Bancaria, *Addendum alle linee guida della BCE*, cit.



cartolarizzazione), spesso anche sottostimandoli³⁴. Ne consegue, per la banca, un immediato incasso seppur parziale, che svincola le riserve economiche accantonate e trasferisce a terzi il rischio di recupero del credito, ma con la conseguente perdita di una somma rilevante a causa del prezzo di cessione e della svendita del proprio patrimonio.

Il fenomeno descritto ha condotto anche la Banca d'Italia ad operare una serie di raccomandazioni in base alle quali si richiede alle banche di strutturarsi in modo da gestire in modo efficientemente il problema degli NPL. In particolare, si è chiesto di ridurre il livello dei crediti deteriorati in modo trasparente, credibile e praticabile (provvedendo all'uopo ad adeguati accantonamenti), dotandosi a tal fine di strutture e professionalità adeguate, anche a costo di porre in essere modifiche radicali alla propria organizzazione interna³⁵.

Si deve peraltro osservare che, in un paese con elevati tempi di recupero giudiziale del credito, la richiesta della BCE di copertura del 100% del credito deteriorato rischia di mettere in grave difficoltà l'intero sistema bancario nazionale, prestando il fianco ad attività speculative da parte degli investitori sull'acquisizione al ribasso degli NPL, con conseguente perdita di redditività e liquidità delle banche e con il rischio che ciò si rifletta sull'economia reale.

Anche in considerazione di quanto appena osservato, nonostante che le ultime analisi diano in netta diminuzione la mole dei crediti deteriorati, il fenomeno degli NPL dovrebbe condurre le banche italiane a investire maggiormente sulla cura e sull'adempimento del credito da parte dei clienti, sulla conservazione del rapporto e sulla prevenzione di crisi irrecuperabili³⁶.

Ad oggi, quella della svendita degli NPL pare ormai una scelta obbligata per le banche italiane, ma è noto che nessuna società che persegue fini di tipo imprenditoriale può permettersi minusvalenze di tale portata su larga scala.

³⁴ Secondo recenti studi, infatti, l'Italia non è solo tra i paesi europei con le spese giudiziali di recupero crediti più alte d'Europa, ma anche uno dei paesi con le procedure esecutive più lunghe, le quali evidentemente finiscono per impedire alle banche di recuperare i crediti in sofferenza in tempi celeri. In tal senso si veda, tra gli altri: T. CRISAFULLI, *Crediti deteriorati*, cit. Secondo le ultime statistiche di *Doing Business 2019* riguardo lo stato dell'economia mondiale, l'Italia risulta attualmente al 51° posto nel mondo quanto a capacità di sviluppo di impresa. Con particolare riferimento all'attività di credito, poi, risulta al 112° posto quanto a facilità di ottenimento del credito e al 22° posto quanto a capacità di risoluzione delle insolvenze. Cfr. www.doingbusiness.org.

³⁵ Nello specifico, nella relazione annuale del 2017 la Banca d'Italia ha suggerito alle banche italiane di: 1) elevare la qualità degli assetti organizzativi relativamente ai processi di recupero e a tutte le altre fasi dell'attività creditizia; 2) rivedere le modalità operative acquisendo nuove professionalità; 3) prevedere nuove misure di natura sostanziale volte a favorire il recupero dei crediti per via stragiudiziale; 4) migliorare le modalità di monitoraggio delle posizioni economiche dei propri debitori. Sempre secondo Banca d'Italia, poi, il modo migliore per prevenire la formazione di nuovi crediti deteriorati è quello di individuare specifiche strategie ed intervenire su tutte le diverse fasi del processo creditizio, al fine di limitare l'ingresso di nuovi crediti anomali e aumentare il numero di rientri *in bonis*. In questo senso sarà necessario: a) coinvolgere l'organo della banca con funzione di supervisione strategica (il CDA o comunque i vertici della banca) nella definizione e nel monitoraggio della strategia di gestione degli NPL; b) individuare presidi organizzativi che prevedano un controllo indipendente delle decisioni dei soggetti coinvolti nella gestione degli NPL e ne limitino i margini di discrezionalità, così da evitare casi di conflitto di interesse; c) incentivare i soggetti con poteri decisionali rilevanti nel comparto degli NPL; d) migliorare le modalità di monitoraggio delle posizioni, in quanto la tempestiva individuazione dei primi segnali di anomalia aumenta notevolmente le possibilità di rientro *in bonis* del debitore. Cfr. BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale dal 2013 al 2018*, www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-annuale. Si veda in tal senso anche: C. ANGELELLI, *Le novità delle linee guida Banca d'Italia per le banche less significant sulla gestione degli NPL*, in *Banking & Finance*, 2017; C. BARBAGALLO, *Primo Congresso nazionale*, cit.

³⁶ Così, C. BARBAGALLO, *Il sistema bancario italiano: situazione e prospettive*, 2018, www.bancaditalia.it.



L'*Addendum* della BCE, integrato dalle raccomandazioni della Banca d'Italia, rappresenta quindi la perfetta occasione per ripensare in modo serio e consapevole ad un'alternativa efficiente, sia al procedimento giudiziale quale strumento risolutivo delle controversie tra banca e cliente che al rimedio della cessione "a saldo" dei crediti deteriorati.

In quest'ottica si deve leggere l'*input* europeo verso un utilizzo sempre maggiore delle forme di ADR in ambito bancario, nonché l'attenzione, anche da parte del legislatore nazionale, allo stato di pre-crisi del cliente, così da individuare nuovi e più efficienti sistemi di risoluzione delle controversie e dunque delle crisi dei rapporti contrattuali. Da ciò potrebbe derivare, fra l'altro, un considerevole impatto in termini di maggiore efficienza del servizio giustizia³⁷.

3. – La via giudiziale della gestione del contenzioso bancario.

3.1. – Analisi, numeri e costi dell'"abuso" del processo.

Le considerazioni svolte ci permettono di analizzare le gravi conseguenze derivanti da una gestione della relazione banca-cliente non sufficientemente attenta al fine di preservarne il valore nel corso del tempo.

La diffusione dei contratti bancari, da un lato, e il loro carattere di particolare vulnerabilità, dall'altro, ha dato origine a un contenzioso di ingenti dimensioni. Tale aspetto ha inevitabilmente influito su quello che, ancora oggi, rappresenta il principale strumento di risoluzione delle controversie nel nostro paese: il ricorso al processo giudiziale.

I contratti bancari generano, infatti, un numero relevantissimo di controversie che si ripercuote sul sistema

³⁷ In tal senso, un'autorevole dottrina rileva come l'attuale regime di classificazione e le pratiche operative raccomandate per la gestione degli NPL siano chiaramente orientate a trasmettere il messaggio che i prestiti problematici dovrebbero essere affrontati in una fase molto precoce e attivare un'azione immediata da parte delle banche. Qualsiasi negoziato, che possa essere utilmente intrapreso da un debitore, dovrebbe iniziare prima che l'esposizione entri nella categoria NPL, cioè appena emergono tensioni. Dopo quel momento, lo spazio per le concessioni da parte delle banche sarebbe in effetti considerevolmente limitato. Le banche possono svolgere un ruolo importante di prevenzione della crisi del rapporto in tutti i casi in cui le discussioni con i debitori iniziano in fasi iniziali di difficoltà, ossia quando, alla luce del quadro sopra descritto, l'intervento immediato delle banche potrebbe impedire il deterioramento di un'esposizione creditizia e l'ingresso nella categoria NPL. In queste situazioni l'approccio delle banche dovrebbe mirare a sostenere il debitore nel ripristinare la redditività dell'impresa. Una misura organizzativa particolarmente raccomandata dai supervisori è la creazione di unità di allerta NPL dedicate, separate dalle funzioni di concessione del prestito, in modo da eliminare potenziali conflitti di interesse e garantire la presenza di personale con esperienza e competenze specifiche in materia. Ciò dovrebbe tradursi in un ruolo attivo degli istituti di credito nel rendere il debitore consapevole delle difficoltà a cui va incontro e nell'attivazione di azioni tempestive. Le linee guida di vigilanza, in particolare, impongono alle banche di implementare internamente una serie di strumenti di monitoraggio del credito e procedure e indicatori di *Early Warning* in modo da identificare tempestivamente i segnali di deterioramento del cliente. Così, L. STANGHELLINI, R. MOKAL, C. G. PAULUS, I. TIRADO, *Best Practices*, cit., 145 ss. Con particolare riferimento al rapporto tra crisi di impresa e capacità relazionali si rinvia anche a: P. LUCARELLI, I. FORESTIERI, *The Three Targets of Insolvency Mediation: Dispute Resolution, Agreement Facilitation, Corporate Distress Management*, 2017, www.transnational-dispute-management.com; F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*, Milano, Giuffrè, 2018. In merito al tema degli indicatori di *Early Warning* con riferimento alla prevenzione degli NPL in Italia si veda anche G. MATTEUCCI, *Non Performing Loans Prevention in Italy: Early Warning Indicator and Negotiation - Mediation Bankruptcy*, in *Transnational Dispute Management (TDM)*, 2017.



giustizia. Si può parlare in questo senso - con una espressione volutamente provocatoria - di una sorta di *abuso* al ricorso giudiziale in materia bancaria, che contribuisce a rendere pressoché impossibile garantire un tempo di risoluzione delle controversie celere, certo e prevedibile³⁸.

Si definisce “controversia in materia bancaria” quella lite di natura commerciale avente ad oggetto diritti disponibili vertenti su di un contratto o servizio bancario³⁹. Le ipotesi che con maggior frequenza ricorrono in materia di contenzioso giudiziale bancario riguardano il caso in cui la banca ha concesso un finanziamento (i cui movimenti confluiscono solitamente in un conto corrente) e si trova ad agire nei confronti del cliente per il pagamento della somma dovuta; oppure l'ipotesi del cliente (privato o impresa) che agisce in giudizio contro la banca per far accertare la nullità del contratto (o di singole clausole) al fine di paralizzare i crediti della controparte o, nel caso in cui abbia già adempiuto, per ottenere la ripetizione delle somme corrisposte⁴⁰.

In entrambi i casi si verifica spesso che il cliente si trovi a eccepire l'applicazione di costi occulti e/o la tenuta di comportamenti scorretti da parte della banca: l'applicazione al rapporto di conto corrente di interessi illegittimi (usurari e/o anatocistici), nonché di una illegittima commissione di massimo scoperto e/o un'indebita segnalazione alla Centrale dei Rischi⁴¹. Le relative azioni o eccezioni saranno quindi di accertamento delle suddette irregolarità e,

³⁸ Ai problemi che gravano sul sistema giustizia nel suo complesso (una litigiosità dilagante da parte dei consociati a cui le risorse pubbliche non riescono a rispondere in modo efficiente) vengono ad aggiungersi quelli relativi alle peculiarità del contenzioso bancario e già oggetto di analisi: modelli di *rating* che generano rapporti bancari ad alto rischio di inadempienza; un approccio “standardizzato” applicato dagli istituti nella gestione degli inadempimenti a cui fa seguito un ricorso alle vie legali pressoché automatico; la tendenza diffusa da parte dei consumatori di servizi bancari a strumentalizzare a fini dilatori il ricorso al processo, in modo da guadagnare tempo e/o bloccare sul nascere azioni di rivendica da parte della banca. Quanto alle considerazioni critiche in merito alla tendenza al ricorso inutile e perfino abusivo al processo, si rinvia alla recente opera di G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, il quale riscontra e critica una sempre maggiore ingenuità del giudice nella valutazione della meritevolezza delle azioni con riferimento non solo al processo amministrativo ma anche a quello penale e civile. In tema di abuso del processo si veda anche G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, 2012, www.judicium.it.

³⁹ Così, E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, cit., 747. La disciplina dei contratti bancari è distribuita principalmente in due testi di legge: il codice civile (artt. 1834 ss.), che non dà una definizione di tali contratti, e il Testo Unico Bancario (T.U.B., D.Lgs. n. 385/1993), che contiene una normativa ampia e specifica, densa di tutta una serie di accorgimenti tesi a riequilibrare la disparità informativa e di potere contrattuale esistente tra le parti (forma scritta obbligatoria, necessaria consegna di una copia del contratto al cliente, dicitura esplicita di tutti i tassi applicati e ogni altro prezzo o condizione praticata, ecc.). Per una analisi specifica della disciplina in esame si rinvia a V. SANGIOVANNI, *La mediazione obbligatoria in materia di contratti bancari*, in *Studium iuris*, 2012, 3, 272 ss. Recentemente la Corte di Cassazione (pronuncia n. 15200/2018) ha precisato che l'espressione “contratti bancari” contenuta nell'art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010 richiama nello specifico i contratti disciplinati dal codice civile e non, quindi, qualsiasi contratti stipulato con un istituto di credito. Tali contratti vanno quindi identificati solo con i rapporti bancari. Per una indagine più approfondita si veda L. DI BRINA, F. PICARDI, *Il contenzioso bancario*, Giuffrè, Milano, 2019, 215 ss.

⁴⁰ Nell'ipotesi in cui l'azione giudiziale è esperita nei confronti del cliente per il pagamento della somma dovuta, normalmente la banca ricorre allo strumento monitorio e il cliente-debitore, nel proporre opposizione, adotta diverse linee difensive: una mera contestazione dell'*an* e/o del *quantum* del credito di controparte; la deduzione di una causa di nullità del contratto (o di singole clausole) tale da incidere sulla sussistenza stessa del credito; la proposizione di una vera e propria domanda riconvenzionale. La banca, in sede di procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, assume la veste di convenuta-opposta, mentre il cliente quella di attore-opponente, ma è noto che in questa ipotesi l'attore sostanziale deve considerarsi comunque l'istituto finanziario in quanto soggetto attivante la richiesta di credito in via giudiziale. Per una analisi specifica da un punto di vista procedurale si veda, tra gli altri: P. BASSO, *Brevi cenni ad alcuni principi processuali del contenzioso bancario*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2014, 9, 30 ss.

⁴¹ Per una analisi della tassonomia del contenzioso bancario si rinvia nello specifico alla recente opera di L. DI BRINA, F. PICARDI, *Il contenzioso bancario*, cit. Per profili specifici di tutela del cliente si rinvia a: P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 245 ss.; A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, cit., 281 ss.



nel caso, di dichiarazione di nullità del contratto o di rideterminazione del credito, nonché di condanna alla restituzione dell'indebitato e/o al pagamento del risarcimento danni.

Da parte sua la banca, tendenzialmente, si limita ad agire in via monitoria per il pagamento di quanto asseritamente dovuto e a richiedere, qualora non disposta *ab origine*, la concessione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo.

Si tratta quindi, per certi versi, di un contenzioso caratterizzato da un certa ripetitività nei contenuti delle domande/eccezioni. Le istanze giudiziali sono per lo più omogenee, ciò che invece è soggetto a importanti variazioni è eventualmente il quesito che il giudice pone al consulente tecnico d'ufficio.

Da un'analisi attenta del contenzioso bancario, si possono ricavare alcune caratteristiche peculiari. Prima di tutto, l'estremo *tecnicismo*. La controversia bancaria, infatti, non presenta sotto il profilo strettamente processuale delle particolarità rispetto ai giudizi instaurati per crediti di diversa natura, né deviazioni del rito, ma si caratterizza per la particolare complessità della ricostruzione contabile dei rapporti che ne formano oggetto.

Salvo quindi i casi *prima facie* totalmente infondati, il giudice – privo delle necessarie competenze tecnico-economiche – si trova costretto a disporre l'istruttoria di ricostruzione contabile per mezzo di una consulenza tecnica d'ufficio, la quale finisce così con l'assumere nella prassi carattere dirimente ai fini del giudizio. Questo è un aspetto che, già di per sé, determina fisiologicamente un aumento sia del costo (in termini di spese processuali) che del tempo del processo.

Difficoltà ulteriori derivano poi dallo stesso espletamento della ctu: il consulente tecnico può infatti utilizzare nella propria attività peritale solo la documentazione prodotta ritualmente dalle parti e, qualora si avveda in sede di esecuzione dell'incarico che non sono stati prodotti i documenti contabili necessari per svolgere esaustivamente il proprio compito, occorrerà il consenso di tutte le parti per integrarli⁴². Inoltre, il consulente non dispone spesso della documentazione necessaria alla compiuta ricostruzione delle movimentazioni del conto a far data dalla sua accensione, sebbene tale ricostruzione sia indispensabile ai fini istruttori (soprattutto laddove si discuta del debito di interessi anatocistici)⁴³. Infine, anche una volta esperita e depositata la perizia, questa potrà comunque essere oggetto di contestazioni nel merito da parte dei soggetti in causa e sottostare ad ulteriori modifiche o chiarimenti qualora richiesti dal giudice, con la conseguenza di un ulteriore protrarsi dei tempi e delle spese del giudizio⁴⁴.

Un'altra caratteristica peculiare del contenzioso bancario che di recente ha contribuito ad aumentarne i costi in termini economici e temporali è la sua "aleatorietà".

⁴² La relativa disciplina trova collocazione all'articolo 198, comma secondo, del codice di procedura civile.

⁴³ Il problema si pone in termini particolarmente delicati nei casi in cui siano richiesti documenti antecedenti al decennio che la banca non ha l'obbligo di conservare (*ex art. 119 T.U.B.*).

⁴⁴ Le problematiche connesse ai tempi dell'accertamento tecnico del contenzioso in parola sono evidenti, tanto che parte della dottrina ha avanzato proposte di riforma per la predisposizione di una consulenza tecnica preventiva obbligatoria come condizione di procedibilità in materia bancaria (sulla falsariga di quanto già previsto in materia di responsabilità medica). In tal senso si veda P. BASSO, *Brevi cenni ad alcuni principi processuali del contenzioso bancario*, *cit.*



Negli ultimi anni, infatti, alcune importanti pronunce della Corte di Cassazione in materia bancaria hanno comportato rilevanti cambiamenti di orientamento che hanno rimesso in discussione l'interpretazione della disciplina in tema di usura, commissione di massimo scoperto e fideiussione *omnibus*⁴⁵. Con riferimento ai procedimenti in corso, ad esempio, in molti casi dette pronunce hanno perfino reso necessario richiamare in giudizio i consulenti tecnici per modificare le perizie già depositate (si pensi al tema dell'usura sopravvenuta, laddove dopo la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 2017 si sono resi necessari nuovi calcoli degli interessi da parte del perito, con relativo aggravio di tempi e costi). Quanto ai procedimenti definiti, invece, il mutamento giurisprudenziale ha causato una serie rilevante di ricorsi in appello e Cassazione.

Ciò non può che aver contribuito a gravare ulteriormente i ruoli dei giudici e i tempi di risoluzione delle controversie⁴⁶.

Per quanto riguarda nello specifico il contenzioso bancario, i più recenti dati sui flussi in materia ci dicono che un terzo dei procedimenti pendenti del contenzioso civile ordinario è di natura contrattuale e un quinto circa di quest'ultimo è di tipo bancario. In altre parole, delle controversie che in Italia originano da un rapporto contrattuale, una su cinque ha ad oggetto un contratto bancario⁴⁷.

⁴⁵Nello specifico: in tema di usura sopravvenuta si fa riferimento a Cassazione civile, Sez. Un., sentenza del 19/10/2017, n. 24675, www.cortedicassazione.it; in tema di commissione di massimo scoperto si fa riferimento a Cassazione civile, Sez. Un., sentenza del 20/06/2018, n. 16303, www.cortedicassazione.it; in tema di fideiussione *omnibus* si fa riferimento a Cassazione civile, sentenza del 22/05/2019, n. 13846, www.cortedicassazione.it.

⁴⁶ Secondo i più recenti dati forniti dal Ministero della Giustizia, dal 2010 si è registrata una diminuzione del numero di pendenze in materia di contratti ed obbligazioni di circa il 4% ogni anno, ma il numero di pendenze totali ad oggi registrate in ambito civilistico è ancora elevatissimo rispetto alla media europea con oltre tre milioni di procedimenti pendenti. Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Monitoraggio della giustizia civile – anni 2003-2018*, cit., www.giustizia.it. Quanto invece alla durata media dei procedimenti civili, le agenzie europee vedono l'Italia tra i paesi europei in maggiore difficoltà. Secondo lo *EU justice scoreboard* stilato dalla Commissione Europea nel 2019 e relativo alla efficienza dei sistemi giudiziari nel contesto europeo, l'Italia si conferma tra gli Stati Membri **con il sistema giudiziario più lento d'Europa**. Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *The 2019 EU Justice Scoreboard. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions* 198/2, 2019, 17. Per una analisi specifica si veda anche V. MIRRA, *Tesi di Dottorato in Diritto ed Impresa - XXIX Ciclo, Dipartimento di Giurisprudenza, LUISS. La gestione delle controversie in ambito bancario e finanziario, tra tutela del consumatore e finalità di vigilanza- meccanismi "facilitativi" e prospettive di riforma*, 2016, 37 ss. La situazione emergenziale è confermata anche dalle ultime indagini nazionali. Secondo gli ultimi dati in materia, la durata effettiva degli affari contenziosi del Tribunale civile (laddove per "durata effettiva" si intende la durata misurata per ogni causa dalla sua origine fino alla sua conclusione) dal 2014 ad oggi prevede una media in primo grado di 981 giorni. Nel calcolo vengono però anche incluse le procedure speciali più brevi con durata inferiore ad un anno (come i procedimenti cautelari), ciò significa quindi che una causa ordinaria può durare di media anche oltre i tre anni in primo grado. Quanto invece al cosiddetto "arretrato civile patologico", ossia gli affari civili che, alla data di riferimento, non sono stati risolti entro i termini previsti dalla legge (tre anni per i procedimenti in primo grado, due anni per i procedimenti in appello, ^{SEP}un anno per i procedimenti in Cassazione) e per i quali i soggetti interessati hanno la possibilità di richiedere allo Stato un risarcimento per irragionevole durata del processo (i cosiddetti procedimenti "a rischio Pinto"), negli ultimi anni è diminuito, ma il numero delle pendenze "patologiche" resta comunque molto elevato. Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Monitoraggio della giustizia civile – anni 2003-2018, Monitoraggio trimestrale dei procedimenti pendenti e dell'arretrato*, www.giustizia.it.

⁴⁷ Con riferimento al concetto di "contenzioso civile ordinario" si fa riferimento a tutto il contenzioso civile, esclusi: il contenzioso lavoro, il contenzioso fallimentare, le esecuzioni civili, i procedimenti sommari speciali e la volontaria giurisdizione. Il contenzioso civile ordinario così identificato, secondo gli ultimi dati in materia, costituisce il 35% circa di tutte le pendenze civili in Italia: si parla di 1.226.983 di procedimenti pendenti su un totale di 3.443.105 (dati ancora provvisori, atteso che i dati definitivi sull'anno 2018 perverranno solo a dicembre 2019). Di questi procedimenti pendenti in materia civile ordinaria, 435.763 hanno ad oggetto un rapporto contrattuale (il 35% circa). Di questo, ben 78.539 sono procedimenti aventi ad oggetto contratti in materia bancaria. Questo significa che il 18% circa dei procedimenti pendenti in Italia in materia contrattuale è di tipo bancario, qualificando dunque il contenzioso bancario nell'ordine di quasi



Ad una simile domanda di tutela la giurisdizione non riesce a rispondere efficientemente. Il processo giudiziale risulta, in concreto, incapace di garantire ai soggetti della relazione bancaria risposte certe in tempi ragionevoli, producendo un grave disagio agli utenti del servizio giustizia: il tempo infatti, di per sé, rappresenta per qualsiasi attività di impresa, compresa quella bancaria, un fattore essenziale in termini di programmazione e redditività aziendale. Il processo giudiziale finisce così per risultare controproducente per lo stesso ricorrente in giudizio. A tal riguardo si pensi alla banca che vede il proprio credito riconosciuto in via giudiziale solo molto tempo dopo il suo *enforcement* in via monitoria⁴⁸. Si consideri inoltre il cliente che agisce nei confronti dell'istituto bancario per la restituzione dell'indebitato. Questi, soprattutto nel caso si tratti di una impresa, andrà incontro al concreto rischio di aumentare le proprie possibilità di *default* finanziario proprio in ragione dell'instaurazione di un processo giudiziale laddove, come spesso accade, il credito contestato risulti fondamentale per la sopravvivenza stessa dell'impresa, oppure nel caso in cui la stessa banca con cui è in causa lo abbia segnalato *medio tempore* alla Centrale dei Rischi, dichiarandone così l'inaffidabilità economica (e quindi, in sostanza, la "morte") sul mercato⁴⁹.

Nel momento in cui lo strumento previsto per la tutela dei diritti rischia di rivelarsi un problema piuttosto che una soluzione, la questione costringe l'interprete ad interrogarsi sulle possibili vie di soluzione.

3.2. – *L'alternative dispute resolution* come percorso complementare al contenzioso bancario: l'input europeo e la risposta italiana.

Il proposito di indagare metodi di risoluzione della lite alternativi al procedimento giudiziale nasce, si afferma e diventa modello negli Stati Uniti, diffondendosi poi (molti anni dopo) anche in Europa⁵⁰. Il legislatore europeo ha dato un impulso determinante in materia di risoluzione stragiudiziale della lite: ha identificato progressivamente alcuni standard minimi di qualità delle ADR e si è adoperato per diffondere la cultura degli

un quinto di tutto il contenzioso nazionale di derivazione contrattuale. Con riferimento invece al totale del contenzioso civile ordinario, i contratti bancari ne rappresentano circa il 6%. Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa, Procedimenti Civili - flussi (2014-2018)*, www.webstat.giustizia.it. I dati raccolti durante il Progetto "Giustizia Semplice" presso il Tribunale di Firenze confermano le dimensioni del contenzioso bancario già evidenziate a livello nazionale. Al 31 dicembre 2018, infatti, delle 7.600 controversie pendenti presso la terza sezione del Tribunale fiorentino (sezione competente in materia di contratti e obbligazioni), ben il 25% vede una banca come parte del processo (attrice o convenuta) e quasi il 18% delle cause presenta oggetto prettamente bancario.

⁴⁸ Ciò risulta in contrasto, tra l'altro, con le richieste espresse nell'*Addendum* da parte della BCE.

⁴⁹ La segnalazione di inaffidabilità economica alla Centrale dei Rischi (particolarmente utile in un sistema imprenditoriale come quello italiano ampiamente caratterizzato dalla vasta diffusione del cosiddetto pluri-affidamento) può avere conseguenze negative di grande rilievo per il soggetto segnalato, soprattutto nel caso si tratti di un imprenditore. Altre imprese, infatti, potrebbero decidere di interrompere i rapporti commerciali con un *partner* economico considerato non più credibile. Altri istituti di credito, poi, difficilmente sarebbero disposti ad aprire nuove linee di credito ad un soggetto segnalato come inaffidabile. Per una analisi specifica si veda, tra gli altri, R. RUOZI, *Economia della banca*, cit., 179.

⁵⁰ L'origine dei metodi di risoluzione della lite alternativi al procedimento giudiziale viene fatta coincidere con l'istituzione presso la Camera di commercio di New York di quella che viene considerata la prima forma di arbitrato della storia (1768). Per una analisi specifica dell'evoluzione delle ADR si veda, tra gli altri, T. E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le 'Alternative Dispute Resolutions*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2011, 1, 47 ss.



strumenti di risoluzione alternativa, prevedendo perfino la promozione e lo sviluppo dei sistemi ADR tra gli obiettivi istituzionali dell'Unione (art. 81, co. 2, lett. g), del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea)⁵¹.

Nonostante il chiaro impulso europeo, per gli Stati membri non è stato facile adempiere, a causa, soprattutto nei paesi di *civil law*, di una radicata concezione del procedimento giudiziale quale luogo esclusivo per la risoluzione delle controversie, nonché per una rigida visione del rapporto tra legge e autonomia privata. È necessario attendere ancora, prima che la cultura giuridica dei vari Stati membri raggiunga la consapevolezza che i sistemi ADR non sono da considerare un ripiego rispetto al processo, bensì un diverso paradigma di giustizia del tutto complementare ed essenziale al buon funzionamento dello stesso⁵².

Per quanto attiene in particolare alla materia bancaria, l'Unione Europea negli ultimi anni ha in più occasioni fatto pressione sugli Stati membri per l'istituzione di sistemi ADR efficaci ed efficienti. Le ragioni erano molteplici: il perseguimento dell'obiettivo della deflazione del contenzioso; l'interesse a favorire una soluzione rapida ed economica dei numerosi *small claims* tra gli intermediari e la loro clientela, con un conseguente miglioramento di accesso alla giustizia soprattutto per le fasce deboli dei consumatori; la volontà di accrescere l'importanza di sistemi

⁵¹ La raccomandazione della Commissione 98/257/CE del 30 marzo 1998 in materia di consumo stabiliva, in particolare, ben sei principi per i sistemi ADR di tipo aggiudicativo (indipendenza, trasparenza, efficacia, legalità, libertà, rappresentanza) e, più tardi, la Raccomandazione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 ne ha elaborati quattro anche per le ADR di tipo facilitativo (imparzialità, trasparenza, efficacia, equità). Nel 2002 veniva promulgato un Libro Verde relativo alla conciliazione e ai sistemi ADR generalmente intesi, sino ad arrivare nel 2008 alla Direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Per un'analisi specifica si veda A. VALSECCHI, *I sistemi di ADR nel settore finanziario: l'esperienza dei maggiori ordinamenti europei*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2011, 1, 101 ss.

I. ⁵² QUANTO AL COMPLESSO RAPPORTO TRA GIURISDIZIONE E STRUMENTI RISOLUTIVI DELLE CONTROVERSIE ALTERNATIVE AL PROCESSO (ANCHE IN OTTICA COMPARATISTICA CON ALTRE ESPERIENZE EUROPEE E INTERNAZIONALI) E ALL'IMPORTANZA DELLO SVILUPPO DA PARTE DELL'ORDINAMENTO ITALIANO DI UN SISTEMA ADR EFFICACE ED EFFICIENTE SI RINVIA, TRA GLI ALTRI, ALL'AUTOREVOLE OPINIONE DI V. VARANO, *L'ALTRA GIUSTIZIA*, MILANO, GIUFFRÈ, 2007. IN MERITO ALLO STUDIO E AL POTENZIAMENTO DELLE *BEST PRACTICES* IN TEMA DI CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE, SI VEDA L'ELABORATO CHE ESPONE I RISULTATI DI UNA RICERCA OPERATA PRESSO IL TRIBUNALE DI FIRENZE SULL'UTILIZZO DELL'ISTITUTO DELLA MEDIAZIONE COME VIATICO PER LA DIFFUSIONE DI UNA DIVERSA CULTURA DEL CONFLITTO E PER LO SVILUPPO DELL'AUTONOMIA DECISIONALE DEI CONSOCIATI: CFR. P. LUCARELLI, *MEDIAZIONE SU ORDINE DEL GIUDICE A FIRENZE. PRASSI, PROBLEMI E LINEE GUIDA DI UN MODELLO*, TORINO, UTET, 2015. SEMPRE CON RIFERIMENTO ALL'ESPERIENZA FIORENTINA, PER UNA ANALISI DAL PUNTO DI VISTA DEL MAGISTRATO SI RICHAMA QUANTO OSSERVATO DA L. BREGGIA, *IL PROGETTO NAUSICAA DEL TRIBUNALE DI FIRENZE: ESPERIENZA VIRTUOSA DI INVIO IN MEDIAZIONE*, in *QUESTIONE GIUSTIZIA*, 1, 2015, NEL QUALE SI CONFERMA LA NECESSARIETÀ, AI FINI DI UN SISTEMA GIUSTIZIA CHE VOGLIA DIRSI FUNZIONALE E SOSTENIBILE, CHE L'ORDINAMENTO STRUTTURI IN MODO SERIO UN SISTEMA DI ADR QUALE STRUMENTO COMPLEMENTARE DI TUTELA E GARANZIA DEI DIRITTI DEI CONSOCIATI. CON SPECIFICO RIFERIMENTO, POI, AL RAPPORTO TRA GIURISDIZIONE E STRUMENTI RISOLUTIVI ALTERNATIVI DI CONTROVERSIE BANCARIE, SI RICHAMA LE RECENTI OPERE DI: G. CASSANO, S. CHIODI, *LA FASE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE BANCARIE E FINANZIARIE*, MILANO, GIUFFRÈ, 2019; E. MAZZOLI, *CONTENZIOSO BANCARIO E SOLUZIONI STRAGIUDIZIALI*, RIMINI, MAGGIOLI, 2017.



fiduciari, nonché di generare cooperazione, *compliance* e accettazione delle decisioni, creando un meccanismo di *legal socialization*⁵³.

Il legislatore europeo riteneva, infatti, che le ADR risultassero particolarmente efficaci nel dirimere quelle controversie, come quelle bancarie, che richiedono competenze tecniche elevate e presentano istanze di carattere prettamente economico. È risultato fin da subito chiaro che le specificità della materia bancaria richiedessero particolari accorgimenti in punto di risoluzione delle controversie.

Per quanto riguarda l'Italia, il legislatore nazionale ha deciso di promuovere fortemente l'utilizzo di sistemi di risoluzione alternativa delle controversie in materia bancaria, optando per un sistema di ADR variegato: il procedimento innanzi all'Arbitro Bancario Finanziario (art. 128 *bis* T.U.B.); il procedimento di mediazione obbligatorio innanzi agli organismi accreditati (art. 5, co. 1 *bis*, D.Lgs. 28/2010); le procedure di conciliazione e di arbitrato presso la Consob (art. 27 Legge sul risparmio n. 262/2005); il procedimento dinanzi al Conciliatore Bancario Finanziario. Ciò è da ricondurre a molteplici fini: la deflazione del contenzioso; l'interesse verso una maggiore tutela del cliente; l'intento di rafforzare il rapporto fiduciario tra banca e consumatore; la stabilità degli operatori e del sistema finanziario nel suo complesso. Tali interventi legislativi si sono rivelati peraltro solo parzialmente efficaci.

Ad oggi, è opinione diffusa che in Italia l'unica alternativa che risponde efficacemente alle finalità perseguite dal legislatore sia l'Arbitro Bancario Finanziario, istituzione percepita come autorevole e qualificata da clienti e banche – grazie anche al supporto di Banca d'Italia - le cui decisioni raramente sono oggetto di contestazione davanti all'autorità giudiziaria⁵⁴. Le stesse considerazioni non si può dire che valgano con riferimento al tentativo obbligatorio di mediazione previsto dall'art. 5 co. 1 *bis* del D.Lgs. n. 28/2010 proprio in materia di controversie bancarie.

3.3. – La gestione delle dispute in materia bancaria: la mediazione obbligatoria.

Secondo la normativa italiana l'esperimento del tentativo di mediazione rappresenta condizione di procedibilità per qualunque azione relativa ad una controversia in materia di contratti bancari⁵⁵.

⁵³ Le specifiche previsioni emanate a suo tempo dall'Unione Europea con riferimento ai sistemi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario si possono dividere in tre gruppi: a) disposizioni che impongono agli Stati membri di istituire sistemi di ADR e di prevedere un obbligo di informativa in merito alla loro esistenza in capo agli intermediari; b) disposizioni che si limitano ad obbligare gli Stati membri all'istituzione di sistemi ADR in tale settore; c) disposizioni che impongono il solo obbligo di informativa in capo agli intermediari finanziari in merito all'attivazione dei sistemi di ADR. Per un'analisi dettagliata delle normative europee in materia si rinvia a: A. VALSECCHI, *I sistemi di ADR nel settore finanziario*, cit., 102.; N. SOLDATI, *L'evoluzione delle procedure ADR in ambito bancario e finanziario nella disciplina dell'unione europea*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2016, 4, 943 ss.

⁵⁴ Cfr. E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, cit., 738. Per una analisi dettagliata dei numeri del successo di ABF si rinvia a M. MARINARO, *L'arbitro bancario: un altro anno da record*, 2017, www.costozero.it.

⁵⁵ La normativa di riferimento si trova all'articolo 5, comma 1 *bis*, del D.Lgs. n. 28 del 2010. La relativa disciplina prevede che dal preventivo esperimento del tentativo di conciliazione siano esclusi i procedimenti monitori ed i relativi giudizi di opposizione fino alla



La normativa europea in tema di mediazione lasciava impregiudicata la scelta in capo agli Stati membri se rendere il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario⁵⁶.

L'opzione in termini di obbligatorietà del tentativo di mediazione in materia bancaria è stata quindi una precisa scelta del nostro legislatore, le cui motivazioni principali si ricavano dalla relazione illustrativa al Decreto Legislativo n. 28 del 2010: garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva; diffondere la cultura della risoluzione alternativa delle controversie; la natura dei contratti bancari quali rapporti contrattuali di durata e di "massa"⁵⁷.

In molti hanno criticato tale scelta sulla base della convinzione che le controversie bancarie avrebbero carattere eccessivamente tecnico per trovare componimento in sede di mediazione⁵⁸.

Alla luce dei risultati insoddisfacenti della mediazione bancaria che emergono dai rilievi a livello nazionale, il legislatore italiano sembra aver commesso un grave errore.

Come emerge dalla stessa relazione illustrativa, infatti, l'interprete ha tenuto in debita considerazione le

pronuncia sull'istanza di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione. Ne deriva che, nelle ipotesi in cui la controversia bancaria è instaurata nella forma dell'opposizione a decreto ingiuntivo, le parti si presentano in prima udienza senza aver ancora esperito il tentativo di mediazione. In alternativa alla mediazione, il solo cliente può ottemperare alla condizione di procedibilità rivolgendosi all'Arbitro Bancario Finanziario, previo reclamo alla banca (con esito negativo) e purché il valore della causa non superi i 100.000 euro. La banca è dunque esclusa dalla possibilità di ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario e tale aspetto assume grande rilievo se si considera che molte delle controversie in materia bancaria ha origine dall'opposizione del cliente all'azione monitoria attivata proprio dalla banca. Per tali (numerose) ipotesi, dunque, il ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario non è previsto. Si veda in tema di accesso alla tutela giudiziaria nelle controversie bancarie L. DI BRINA, F. PICARDI, *Il contenzioso bancario, cit.*, 207 ss. Per una specifica analisi della disciplina della mediazione in relazione ai procedimenti monitori si rinvia invece a P. BASSO, *Brevi cenni ad alcuni principi processuali del contenzioso bancario, cit.*, 35.

⁵⁶ Il riferimento va alla Direttiva europea n. 52 del 2008, che all'art. 3, lett. a), definisce il procedimento di mediazione quale «*procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro*». Mentre all'art. 5, par. 1, stabilisce quale mera facoltà in capo al giudice quella di dare corso a un tentativo di conciliazione: «*L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia*». Cfr. DIRETTIVA 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, *Relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea*, 2008.

II. ⁵⁷ CFR. RELAZIONE ILLUSTRATIVA - SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE: "ATTUAZIONE DELL'ARTICOLO 60 DELLA LEGGE 18 GIUGNO 2009, N. 69, IN MATERIA DI MEDIAZIONE FINALIZZATA ALLA CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI", 2009. PARTE DELLA DOTTRINA SOSTIENE CHE, IN REALTÀ, L'INTENTO DEL LEGISLATORE FOSSE PRINCIPALMENTE QUELLO DEFLATTIVO. CIÒ PERCHÉ, QUANDO UN SISTEMA ALTERNATIVO DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE RISULTA BEN FUNZIONANTE, SI RITIENE VI SIA UN CONTROLLO PREVENTIVO RISPETTO AL PROCESSO SULLA CORRETTA APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA, CON RELATIVO INCENTIVO PER I SOGGETTI INTERESSATI AL RISPETTO DELLE REGOLE VIGENTI. COSÌ, V. SANGIOVANNI, *LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA IN MATERIA DI CONTRATTI BANCARI, CIT.*, 272.

⁵⁸ Oggetto di critica è stata anche la *ratio* connessa alla natura di rapporto di durata del contratto bancario, in quanto priva di pregio laddove la prassi dimostrerebbe che il cliente che litiga con la banca normalmente interrompe il rapporto e conclude un nuovo contratto con un altro istituto. Si veda, tra i primi commentatori, i dubbi formulati da: G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, 2010, *www.judicium.it*; A. CARRATTA, *La via italiana alla conciliazione*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde* (a cura di Auletta, Califano, Della Pietra, Rascio), Napoli, 2010, 152 ss.



peculiarità dei contratti bancari solo nel momento preliminare relativo all'opzione sulla obbligatorietà del tentativo. Successivamente, però, non ha operato le dovute considerazioni in occasione della predisposizione del relativo strumento conciliativo, in modo tale da adattarlo alle peculiarità del contenzioso bancario. Ne è scaturita una procedura di mediazione obbligatoria ma inefficace.

Gli ultimi dati in materia di mediazione bancaria, infatti, rivelano che a fronte di un numero molto elevato di procedure attivate, in meno di un caso su dieci si raggiunge l'accordo in sede conciliativa. In particolare, tra le materie per le quali il tentativo di mediazione è previsto come obbligatorio (individuate all'art. 5, co. 1 *bis*, D.Lgs. n. 28/2010), i contratti bancari sono secondi solo ai diritti reali quanto a numero di procedure attivate, mentre sono stabilmente all'ultimo posto in termini di accordi raggiunti⁵⁹.

Un'analisi attenta del contenzioso bancario ci permette di individuare alcune delle possibili spiegazioni di tale insuccesso.

1 - Il carattere estremamente *tecnico* della materia del contendere.

L'elevato tecnicismo della materia bancaria rende particolarmente complesso il processo conciliativo laddove, come spesso accade nella prassi, le parti si presentano al tavolo di discussione prive di una istruttoria preventiva sulla situazione contesa. Tale attività, infatti, risulta fondamentale ai fini della corretta e proficua instaurazione di un dialogo informato tra i tecnici e i professionisti della materia, permettendo agli stessi di individuare criteri uniformi per la predisposizione di una ctu e, all'esito, di discutere di cifre ed importi effettivi⁶⁰. Le ragioni di tale omessa attività sono le più varie: mancanza di documenti contabili; interruzione del rapporto fiduciario tra le parti; scetticismo nei confronti del sistema risolutivo della mediazione; scopo meramente dilatorio della causa. Ne consegue un'iniziativa negoziale viziata sin dalla nascita.

Al carattere estremamente tecnico del contendere si associa poi anche la possibilità che il mediatore si dimostri non sufficientemente competente in materia bancaria⁶¹.

⁵⁹ Secondo gli ultimi dati relativi al primo trimestre del 2019, le controversie bancarie rappresentano il 13% delle cause per cui è stata attivata una procedura di mediazione tra le materie in cui è prevista come obbligatoria, seconda solo a quella dei diritti reali (15%). Quanto alla percentuale di accordi in sede conciliativa, la materia bancaria si posiziona all'ultimo posto tra le materie obbligatorie, con solo il 7% dei casi di mediazione conclusa positivamente. La percentuale sale quando le parti accettano di sedersi al tavolo di conciliazione anche dopo il primo incontro (17%), ma conferma comunque la materia bancaria all'ultimo posto tra le materie obbligatorie. Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa. Statistiche sulla mediazione civile. Aggiornamento al 31 marzo 2019*, 2019, www.webstat.giustizia.it. Tali risultati risultano ancora più eclatanti se confrontati con quelli conseguiti dalla mediazione generalmente intesa - sia obbligatoria che demandata - a livello nazionale. Secondo gli ultimi prospetti del Ministero, infatti, l'accordo viene raggiunto in sede di mediazione (generalmente intesa) nel 26% dei casi circa, percentuale che sale al 43% laddove le parti accettino di sedersi al tavolo di conciliazione anche dopo il primo incontro. Numeri impietosi a fronte, rispettivamente, delle percentuali del 7% e 17% riscontrate in materia di mediazione bancaria. Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Statistiche sulla mediazione civile*, cit.

⁶⁰ Non è secondario ricordare al riguardo che la ctu eseguita in sede di mediazione può essere prodotta in giudizio solo qualora, su accordo di entrambe parti, l'elaborato peritale venga svincolato dall'obbligo di riservatezza. Solo a tale condizione, infatti, la perizia svolta in sede conciliativa presenta in giudizio la medesima valenza di quella redatta su incarico del giudice.

⁶¹ In questo senso deve essere letta l'istanza di parte della dottrina in merito al riconoscimento della figura del mediatore quale autonoma qualifica professionale, sulla quale investire con processi di formazione specifica nelle materie più complesse a livello tecnico (tra cui anche quella bancaria). Cfr. M. MARINARO, *"Il Paese dove tutto finisce in tribunale"*, cit., 26.



2 - La *tardività* del tentativo di mediazione.

In altri casi il tentativo di mediazione risulta inefficace perché interviene in un momento in cui il rapporto è già compromesso e le posizioni delle parti sono ormai rigide e lontane. Inoltre, in caso di procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, nella fase iniziale spesso l'interesse principale delle parti attiene al mero profilo della concessione/sospensione della provvisoria esecutorietà, sul quale il giudice è tenuto a pronunciarsi prima di disporre il tentativo obbligatorio di mediazione⁶². Ne deriva che, una volta in sede conciliativa, l'interesse delle parti al dialogo è diminuito, soprattutto nel caso in cui sia stata disposta la provvisoria esecutorietà e la banca abbia *medio tempore* attivato la procedura esecutiva, determinando così un ulteriore allontanamento delle posizioni in causa.

3 - Il *valore* economico della causa.

Dallo studio del contenzioso del Tribunale di Firenze (posto in essere durante l'esperienza del Progetto Giustizia Semplice) è emerso che il valore economico medio delle cause in materia bancaria è superiore rispetto a quello delle altre controversie di tipo contrattualistico⁶³. Tale elemento, se certamente non può considerarsi di per sé ostativo ad una conciliazione della lite, rende però certamente più complessa la composizione bonaria della controversia, soprattutto laddove il cliente sia una impresa dalla cui sopravvivenza può dipendere il pagamento o la riscossione della cifra oggetto di contestazione. I dati a livello nazionale confermano, peraltro, l'esistenza di un particolare rapporto tra il valore delle controversie e la percentuale di accordi in sede di mediazione laddove si rileva che all'aumentare del valore delle liti diminuisce il numero degli accordi⁶⁴.

4 - L'*assenza* al tavolo di mediazione dei soggetti portatori di interessi.

Il problema relativo a chi, effettivamente, siede al tavolo di mediazione riguarda principalmente le banche. Evidentemente è difficile immaginare (e pretendere) che ad ogni procedura di mediazione si presenti di persona l'amministratore delegato di una grande banca. È fisiologico, dunque, che vi sia un processo di deleghe di natura sostanziale in base al quale a presenziare sia un altro soggetto in rappresentanza dell'istituto. Tale dinamica, però, presenta un rischio: la presenza in sede di mediazione di soggetti estranei alla relazione bancaria oggetto di contestazione, che non conoscono la storia del rapporto con il cliente né la pratica di cui si tratta e che, quindi, non

⁶² La relativa disciplina è prevista all'articolo 5, quarto comma, lettera *a*), del D.Lgs. n. 28 del 2010.

⁶³ In particolare, le statistiche relative al contenzioso della terza sezione del Tribunale di Firenze (competente in materia di contratti e obbligazioni) rivelano che il valore delle cause che vedono una banca come parte della controversia si attesta tra i 250.000,00 e i 300.000,00 euro di media. Al 31 dicembre 2018, infatti, presso la terza sezione risultavano pendenti 1.324 cause aventi oggetto prettamente bancario, per un valore complessivo di 343.973.540,00 euro. Ne deriva un valore per causa bancaria (259.798,00 euro) in media superiore rispetto a quello relativo al complesso delle altre controversie di tipo contrattualistico pendenti presso la medesima sezione (222.449,00 euro).

⁶⁴ In particolare, per quanto riguarda la fascia di valore dei contratti bancari (250.001,00 - 500.000,00 euro) la percentuale di accordi in mediazione si attesta attorno al 18% dei casi. Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Statistiche sulla mediazione civile. Aggiornamento al 31 marzo 2019*, cit.



hanno né il *background* di informazioni necessarie, né, per certi versi, la stessa possibilità di porre in essere una vera e propria negoziazione⁶⁵.

5 - La mancanza di *effettività* del tentativo.

Quello della (in)effettività del tentativo di mediazione bancaria rappresenta un problema annoso che ha causato un elevato tasso di insuccesso dello strumento conciliativo⁶⁶. Tale aspetto, a sua volta, ha generato grande sfiducia nelle capacità risolutive della procedura di mediazione, portando gli operatori del sistema bancario a considerare il tentativo di conciliazione alla stregua di un ostacolo da superare per accedere al processo giudiziale. Ne deriva che, nella prassi, le parti con sempre maggiore frequenza - soprattutto quelle che rappresentano gli interessi della banca - non si presentano in sede di mediazione oppure, nel farlo, rifiutano di passare all'esame nel merito della questione, dichiarando di non aderire al procedimento conciliativo. Si assiste quindi, nella sostanza, allo svuotarsi di contenuto del tentativo stesso⁶⁷.

Le conseguenze dell'inefficacia della mediazione bancaria si traducono, nella prassi, in costi economici e temporali rilevanti per entrambe le parti del rapporto.

I soggetti coinvolti in una controversia bancaria, infatti, per poter accedere alla tutela giurisdizionale si trovano a dover pagare (oltre al contributo unificato) le spese previste per una procedura conciliativa, ad oggi, sostanzialmente inefficace (si pensi al riguardo all'ingente dispendio economico a cui vanno incontro le grandi banche, coinvolte in numerosissime controversie giudiziali). Se poi ai costi meramente economici si aggiungono

III. ⁶⁵ PER UNA ANALISI SPECIFICA SI RINVIA A L. D'URSO, *I DATI DEL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA PROVANO CHE IL CONTENZIOSO È DIMINUITO SENSIBILMENTE NELLE MATERIE DOVE VIGE IL PRIMO INCONTRO DI MEDIAZIONE*, 2018, WWW.MONDOADR.IT.

⁶⁶ Perché il tentativo di conciliazione possa dirsi "effettivo" occorre che: la procedura di mediazione venga correttamente attivata presso l'organismo di mediazione da parte del soggetto proponente; entrambe le parti (proponente e aderente), regolarmente convocate, presenzino personalmente al tavolo di conciliazione; dopo una prima fase informativa a cura del mediatore, le parti diano il proprio consenso all'analisi nel merito della vicenda controversa. In realtà su questo tema, come vedremo, è attualmente in corso un acceso dibattito giurisprudenziale. La disciplina relativa al procedimento di mediazione è prevista all'art. 8 del D.Lgs. n. 28 del 2010. Per un'opinione autorevole in tema di principio di effettività del tentativo di mediazione si rinvia a P. LUCARELLI, *La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti*, 2014, www.judicium.it.

⁶⁷ Tale prassi ha trovato la propria legittimazione in una recentissima e controversa sentenza della Corte di Cassazione (n. 8473/2019), la prima ad esprimersi sul tema dell'effettività del tentativo di mediazione obbligatoria. In particolare, nella pronuncia in parola la Corte ha ritenuto soddisfatta la condizione di procedibilità anche laddove le parti, dopo l'informativa, dichiarino di non aderire al tentativo di conciliazione. Il Tribunale di Firenze (sent. del 8 maggio 2019), successivamente, si è pronunciato in modo difforme, rilevando come di tentativo effettivo non possa parlarsi laddove si celebri un mero incontro informativo in cui le parti manifestano la propria disponibilità/indisponibilità alla mediazione senza che vi sia un confronto, in ottica conciliativa, sulle questioni oggetto della causa. Tale prassi infatti, secondo il giudice fiorentino, finirebbe per ridurre l'esperimento del procedimento di mediazione ad un mero "vuoto rituale". Per un commento critico alla sentenza della Corte di Cassazione si veda, tra gli altri: P. LUCARELLI, *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di urobora*, 2019, www.judicium.it; M. MORICONI, *Prime osservazioni alla Sentenza della Corte di Cassazione nr. 8473/19 del 7.3.2019*, 2019, www.mondoadr.it. Per una indagine di più ampio respiro sui vari orientamenti giurisprudenziali in tema di mediazione civile si rinvia a F. FERRARIS, *Mediazione civile e giurisprudenza: storia di un rapporto controverso*, in *I Contratti*, 2017, 6, 709 ss.



anche quelli relativi ai tempi di esperimento del tentativo di conciliazione, il prezzo da pagare aumenta ulteriormente⁶⁸.

Tale contesto di inefficienza ha l'effetto ulteriore di distorcere il messaggio sotteso alla procedura di mediazione, finalizzato alla diffusione della cultura del dialogo e dell'autonomia decisionale. Il rischio è che i soggetti in causa, dinanzi alla frustrazione di una procedura imposta ed inefficace, avvertano il tentativo di mediazione come un ulteriore prezzo da pagare per potere accedere al sistema giudiziale. Al contrario, la mediazione non rappresenta una procedura di risoluzione delle controversie di seconda fascia rispetto al processo, né un ostacolo rispetto alla tutela dei propri diritti e interessi. La mediazione consiste, piuttosto, in uno strumento complementare a quello giudiziale, rispondente alla medesima esigenza di tutela e giustizia, che, per funzionare in modo efficiente, deve essere messo in condizione di operare al meglio⁶⁹.

I tempi sono maturi per pensare a soluzioni tese ad ovviare alle criticità descritte e affrontare il contenzioso bancario in termini di specifiche competenze e procedure *ad hoc*⁷⁰.

4. – Le *best practices* europee e il caso statunitense della città di Milwaukee come linee guida.

Nei precedenti paragrafi si è descritto un rapporto tra banca e cliente peculiare e vulnerabile, delle cui criticità ed effetti sul contenzioso civile il legislatore non si è adeguatamente interessato.

In proposito, assume rilievo lo studio di soluzioni adottate da altri paesi europei, i quali già da tempo hanno preso coscienza delle specificità delle controversie bancarie⁷¹.

⁶⁸ La disciplina relativa ai tempi di esperimento del tentativo di conciliazione è prevista all'art. 6 del D.Lgs. n. 28 del 2010.

⁶⁹ Infatti vi è ancora chi, nonostante gli scarsi risultati riscontrati nella prassi, sostiene la necessità e la potenziale efficacia della mediazione bancaria. In particolare, secondo tale tesi, lo strumento conciliativo in parola aumenterebbe sensibilmente la propria efficacia tramite alcune modifiche normative (come, ad esempio, permettere un più esteso utilizzo delle attività peritali in relazione alla utilizzabilità anche in sede processuale dei relativi esiti in caso di mancato accordo) e l'assunzione di un ruolo centrale da parte della Banca d'Italia (come già avvenuto per l'Arbitro Bancario Finanziario), così da garantire la partecipazione degli intermediari ai tavoli mediativi. La scelta nel senso del mantenimento della mediazione bancaria (con le dovute modifiche) consentirebbe poi di creare un sistema sinergico e articolato di procedure tra organismi di mediazione specializzati e l'Arbitro Bancario Finanziario, capace di incidere positivamente sul tasso di litigiosità e sui carichi degli uffici giudiziari. In tal senso si veda M. MARINARO, *La risoluzione delle liti bancarie, tra efficienza della giustizia e regolazione del mercato*, 2018, www.costozero.it.

⁷⁰ Invero, nell'ultimo periodo il legislatore è tornato a interessarsi di mediazione obbligatoria. In particolare, in ottica riformista, si è affermato che l'intenzione è quella di mantenere la mediazione come condizione di procedibilità solo nei settori in cui la stessa ha dato buona prova di sé (patti di famiglia, diritti reali, affitto d'azienda, controversie in materia successoria), laddove, invece, per le ipotesi in cui le risultanze sono state insoddisfacenti (tra cui la materia bancaria), si sta studiando la possibilità di rendere la mediazione facoltativa e alternativa alla negoziazione assistita. Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Sintesi della Relazione del Ministro Alfonso Bonafede sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019, ai sensi dell'art. 86, R.D. 30 gennaio 1941, n.12*, 2019, 84, www.dirittoegustizia.it. Recentissimamente tali propositi sono stati formalizzati nel disegno di legge delega per la riforma in termini di semplificazione e razionalizzazione del processo civile, laddove all'art. 2, lett. a), rubricato "Strumenti di risoluzione alternativa delle controversie", si prevede l'esclusione del ricorso obbligatorio preventivo alla mediazione in materia (tra le altre) bancaria. Cfr. *Disegno di legge recante deleghe al Governo per l'efficienza del processo civile e del processo penale, per la riforma complessiva dell'ordinamento giudiziario e della disciplina su eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati nonché disposizioni sulla costituzione e funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura e sulla flessibilità dell'organismo di magistratura*, 2019, www.cassazione.net.

⁷¹ Per una analisi comparata dei vari ordinamenti europei e internazionali in tema di ADR si rinvia a: S. COSMA, F. PANCOTTO, P. VEZZANI, *Contemporary Issues in Banking: regulation, governance and performance*, Palgrave Macmillan, Cham, 2018; U. FILOTTO, M.



Il Regno Unito, con il sistema dell'*Ombudsman scheme*, ha istituito un'authority che si occupa della risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie alle cui decisioni sono soggetti tutti gli intermediari finanziari. Trattasi, invero, di un percorso di tipo aggiudicativo (alla stregua del nostro Arbitro Bancario Finanziario) con una fase istruttoria preventiva ben curata, tale da comportare che solo uno su dieci procedimenti venga definito con decisione, mentre gli altri siano conciliati in una fase precedente. Tale dato conferma quanto possa rivelarsi efficace in termini di riduzione del contenzioso giudiziale una fase di istruttoria preventiva ben curata in una materia altamente tecnica come quella bancaria.

In Germania, invece, si è optato per ben sette diversi tipi di ADR: sei di tipo privatistico (uno per ogni categoria di intermediari) e uno di carattere pubblico (di tipo residuale instaurato presso la Banca centrale). Anche in questo caso la scelta è caduta su strumenti risolutivi di tipo aggiudicativo e gli ottimi risultati ottenuti sono da attribuire alla predisposizione di una accurata istruttoria nella fase iniziale del procedimento⁷². Il ricorso, infatti, prima di essere sottoposto all'intermediario interessato, viene esaminato da un'apposita struttura presso l'associazione degli intermediari che ne verifica la ricevibilità e opera una sommaria valutazione ai fini di una corretta impostazione del reclamo presso l'*Ombudsman*. Data la natura essenzialmente privatistica di tale sistema di risoluzione delle controversie, per funzionare al meglio presuppone la sussistenza di un solido rapporto fiduciario tra banca e cliente. Si tratta, infatti, di un procedimento frutto di iniziative di sostanziale autoregolamentazione da parte delle associazioni degli intermediari, disciplinato da regolamenti deliberati direttamente da queste ultime.

Diversa si presenta la disciplina in Spagna, laddove la tutela del consumatore resta principalmente di carattere pubblicistico e per le banche è previsto l'obbligo di dotarsi al proprio interno di un *Defensor del cliente*, ossia un esperto indipendente di riconosciuto prestigio con il preciso compito di ricevere e risolvere i reclami da parte dei clienti. Una soluzione, quest'ultima, che il nostro legislatore farebbe bene a osservare con particolare attenzione, soprattutto alla luce delle raccomandazioni con cui la Banca d'Italia ha invitato più volte le banche a modificare la propria organizzazione interna per conseguire una gestione più efficiente dei crediti in sofferenza⁷³.

Quanto all'ordinamento francese, il percorso stragiudiziale in materia bancaria è incentrato principalmente sullo strumento conciliativo della mediazione e prevede due diverse discipline: una per il settore creditizio, in base

CARATELLI, G. MATTAROCCHI, C. BERNARDI, *The Italian alternative dispute resolution (ADR) mechanism and customer behavior*, in G. Bracchi, D. Masciandaro, U. Filotto (Eds.), *The Italian banks: Which will be the "new normal"?*, Roma, 2016; L. BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in *I contratti del mercato finanziario* (a cura di Gabrielli e Lener), Torino, 2011; G. BOCCUZZI, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in *Banca d'Italia, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, 2010; P. LUCARELLI, I. FORESTIERI, *The Three Targets of Insolvency Mediation*, cit.; A. VALSECCHI, *I sistemi di ADR nel settore finanziario*, cit.; V. VARANO, *L'altra giustizia*, cit.

⁷² In particolare, i dati in materia rivelano che il 20% circa dei reclami trova definizione prima della decisione per rinuncia del cliente o per accordo tra le parti. cfr. a. VALSECCHI, *i sistemi di adr nel settore finanziario*, cit., 110.

⁷³ Così, BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale dal 2013 al 2018*, www.bancaditalia.it/publicazioni/relazione-annuale. Si veda in tal senso anche: C. ANGELELLI, *Le novità delle linee guida Banca d'Italia*, cit.; C. BARBAGALLO, *Primo Congresso nazionale*, cit.



alla quale il legislatore impone alle banche di designare tra i propri dipendenti un mediatore professionista; una per il settore di investimento, in cui si prevede un sistema unico accentrato di mediazione di natura pubblica⁷⁴. Anche in questo caso, dunque, il legislatore impone alle banche di dotarsi di specifiche professionalità al proprio interno per rispondere alle esigenze di tutela dei consumatori e comporre le relative (eventuali) controversie in via stragiudiziale.

Le esperienze europee a cui si è fatto cenno delineano strumenti risolutivi delle controversie che, oltre a deflazionare il contenzioso bancario, diffondono una maggiore consapevolezza degli strumenti di tutela in capo ai clienti. Le banche, da parte loro, sono incentivate dai legislatori europei (in certi casi addirittura obbligate) ad adattare le proprie procedure interne alle nuove esigenze di conservazione del rapporto negoziale.

Soluzioni di questo tipo possono essere di grande ispirazione per il nostro legislatore, portandolo a interrogarsi su possibili ulteriori soluzioni stragiudiziali in materia bancaria e determinandolo a incentivare lo sviluppo di nuove competenze e professionalità all'interno delle banche che siano funzionali allo scopo.

Altri importanti spunti di riflessione provengono dall'esperienza statunitense della città di Milwaukee (Stato del Wisconsin) durante i primi anni della crisi finanziaria mondiale (2008-2010). In questo caso, a fronte di una situazione di emergenza dovuta a una serie considerevole di procedure di pignoramento attivate in seguito alla crisi dei rapporti di mutuo bancario, la collaborazione tra Comune, Università e Tribunale ha partorito un sistema di risoluzione stragiudiziale unico nel suo genere⁷⁵.

In particolare, in risposta all'incombente crisi, la *Marquette University Law School*, coadiuvata dal Comune di Milwaukee, ha costituito un tavolo di dialogo con gli istituti di credito e i rappresentanti dei consumatori che ha portato, tramite il contributo di professionisti in materia bancaria e di facilitatori nella comunicazione, alla ridefinizione di moltissimi prestiti in sofferenza, permettendo così ai proprietari di conservare le loro case e alle banche di proteggere almeno parzialmente il proprio credito⁷⁶. È stato quindi avviato un programma di risoluzione alternativa delle controversie, coordinato dall'Università e patrocinato dal Tribunale distrettuale del Wisconsin, che ha coinvolto tutti i protagonisti della vicenda e creato uno *staff* di lavoro del tutto autosufficiente. I risultati sono

⁷⁴ Nello specifico, la normativa francese prevede che al momento della stipula del contratto bancario vi sia l'obbligo da parte della banca di informare il cliente dell'esistenza della procedura di mediazione e della sua gratuità. In caso di attivazione della procedura conciliativa, il mediatore è designato dalla banca stessa (in certi casi anche tra i propri dipendenti) e sulla sua nomina sussiste un controllo pubblico teso ad attestarne l'imparzialità. Quanto allo svolgimento della procedura, la legge si limita per lo più a stabilire alcuni principi generali senza prevedere particolari formalismi. Cfr. A. VALSECCHI, *I sistemi di ADR nel settore finanziario*, cit., 115.

⁷⁵ A gennaio 2011, più di 6.200 proprietari di immobili della città di Milwaukee si trovavano soggetti ad una procedura di pignoramento. Le principali conseguenze di tale situazione erano: 1) interi quartieri minacciati da scarsa manutenzione e attività criminale in costante crescita; 2) una forte diminuzione del valore delle proprietà residenziali e della base imponibile della città; 3) il prosciugamento delle risorse del governo comunale per affrontare il crescente numero di proprietà pignorate e vacanti. Cfr. A. KUPFER SCHNEIDER, N. C. FLEURY, *There's No Place Like Home: Applying Dispute Systems Design theory to Create a Foreclosure Mediation System*, 2011, www.scholarship.law.marquette.edu/facpub.

⁷⁶ Gli obiettivi principali del programma erano: a) aumentare il numero di transazioni stragiudiziali tra proprietari di case e banche facilitando il flusso di informazioni in sede di mediazione; b) ridurre le conseguenze negative di carattere sociale ed economico dei pignoramenti sulla comunità; c) diminuire il numero di case libere o abbandonate oggetto di pignoramento. Cfr. A. KUPFER SCHNEIDER, N. C. FLEURY, *There's No Place Like Home*, cit.



stati sorprendenti: oltre 1.500 mediazioni chiuse positivamente che hanno contribuito in modo determinante a porre fine alla situazione di emergenza e strutturato un modello di dialogo e risoluzione dei conflitti che ancora oggi risulta operativo e funzionante nel territorio statunitense.

L'esperienza americana descritta si fa portatrice di un importante monito: per ottenere risultati condivisi e (quindi) efficaci nel peculiare ambito della crisi delle relazioni bancarie, è fondamentale coinvolgere tutti i protagonisti del contenzioso (dai magistrati ai consulenti tecnici, dagli avvocati ai commercialisti, dalle banche ai clienti). Nel contesto dei rapporti sociali e di diritto, spesso, alla base di fenomeni critici si nasconde la mancanza di comunicazione tra le parti; se quindi si vuole agire in modo da risolvere efficacemente tali problemi, occorre anzitutto creare le condizioni perché tutti i soggetti coinvolti operino in un regime di collaborazione.

Ai nostri fini, volti a indagare nuovi possibili modi di gestione del rapporto banca-cliente in risposta alle criticità del contenzioso bancario, quanto delineato conferma che la strada da perseguire è quella di (ri)creare le condizioni per una sinergia di intenzioni tra i protagonisti della relazione bancaria. Banca e cliente devono tornare a dialogare sulla base di un solido rapporto fiduciario, in uno spazio scevro da formalismi nel quale i soggetti, assistiti da professionisti qualificati, sono accompagnati (*rectius*: guidati) nella gestione autonoma e consapevole del rapporto, capace (anche) di prevenirne eventuali crisi.

Si ritiene che, sulla falsariga di quanto già avvenuto nella città di Milwaukee, un ruolo fondamentale nella predisposizione di tale spazio comunicativo possa essere esercitato da una collaborazione, peraltro già sperimentata nel foro fiorentino, tra università, autorità pubbliche e tribunali.

5. – Recuperare la relazione bancaria in funzione preventiva del contenzioso.

Tribunali oberati di contenzioso, questione NPL e relativa presa di posizione da parte della BCE, la Banca d'Italia che spinge per un cambio di rotta nella gestione del rapporto con il cliente: sono tutti elementi che convergono verso un'esigenza forte e chiara di cambiamento che tenga in debita considerazione l'elevato tecnicismo della materia e le sue profonde implicazioni di carattere economico-sociale⁷⁷.

Si tratta di una strada difficile da percorrere. L'Italia è un Paese nel quale la litigiosità diffusa sfocia ancora quasi ineluttabilmente in una richiesta di intervento del giudice. Il sistema giustizia – inteso quale giurisdizione dello Stato – è chiamato a rispondere ad un tasso altissimo di litigiosità e, come tutte le risorse pubbliche, anch'esso presenta limiti strutturali e gode di risorse scarse.

⁷⁷ Ogni intervento legislativo in materia bancaria può infatti incidere in maniera rilevante sull'economia reale della società civile, sui rapporti tra i consociati e sulle relazioni tra questi e le istituzioni.



In un simile scenario, in cui - come efficacemente affermato - sono venuti meno tutti i corpi intermedi di “mediazione”, il singolo è lasciato con l’unica mediazione oggi chiamata a decidere: la giurisdizione⁷⁸. Ma questa, proprio in quanto applicazione del diritto e decisione, è predisposta più a recidere i rapporti che non a creare il tessuto sociale necessario a garantire una migliore convivenza dei cittadini⁷⁹.

Qualsiasi tipo di innovazione in materia deve allora partire dal presupposto che giurisdizione e sistemi alternativi (o meglio complementari) di risoluzione delle controversie non devono vedersi in contrapposizione, bensì in cooperazione tra loro: un ordinamento funzionale e sostenibile non può infatti mirare solo all’efficienza del processo giudiziale (obiettivo certamente imprescindibile per una tutela effettiva dei diritti), ma deve valorizzare anche sistemi di composizione delle liti mediante procedimenti altri, improntati alla diffusione della cultura del dialogo e dell’autonomia decisionale.

In materia bancaria non ci si deve più accontentare di gestire l’emergenza, occorre piuttosto porre la basi per la costruzione di un’alternativa al processo che sia funzionale e rispondente ai reali bisogni delle parti.

Le diverse valutazioni effettuate in merito alle criticità del contenzioso bancario, anche sotto un profilo di tipo comparatistico con le altre esperienze europee, ci hanno permesso di mettere a fuoco le peculiarità della relazione bancaria e, con esse, una chiara esigenza di innovazione nelle modalità di approccio al problema: occorre restare sull’unica via percorribile della soluzione stragiudiziale, ma con l’acquisita consapevolezza di dover sperimentare nuovi modelli di gestione del rapporto che considerino - contrariamente a quanto avvenuto fino ad oggi con la mediazione obbligatoria - le specificità della materia, capaci di incidere in modo significativo sul contenzioso pendente e proporre una gestione “sana” della relazione che la accompagni sin dalla sua nascita e ne prevenga la crisi.

Deve trattarsi, anzitutto, di un sistema di risoluzione della lite altamente qualificato e percepito come autorevole da parte dei soggetti della relazione bancaria. È fondamentale, in questo senso, che i mediatori siano soggetti con comprovate competenze in materia, ai quali si possa guardare con fiducia (in particolare dal lato delle banche).

In quest’ottica di innovazione delle procedure dedicate alla gestione del rapporto e del conflitto, un ruolo centrale assume anche la predisposizione seria e attenta di un’istruttoria preventiva (giuridico-contabile) a carico di entrambe le parti della controversia, coadiuvate all’uopo da professionisti di fiducia. Si ritiene, infatti, che

⁷⁸ Così, M. MARINARO, *“Il Paese dove tutto finisce in tribunale”*, cit., 2.

⁷⁹ Quanto alla necessità di una maggiore diffusione della cultura della mediazione per un graduale sviluppo sociale ed economico della società civile si rinvia a: P. LUCARELLI, *La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività*, cit.; Ead, *Procedimento di mediazione e questioni di senso*, in *Il Foro Italiano*, 2011, 210 ss.



“anticipare” la gestione del problema tecnico che contraddistingue la materia bancaria permetta di trasformarlo da complicazione a vero e proprio *quid pluris* in ottica risolutiva della lite⁸⁰.

Un ulteriore sforzo è poi richiesto nello specifico alle banche, le quali sono chiamate ad acquisire consapevolezza della necessità di dotarsi di professionalità nuove *trasversali*, con competenze non solo giuridico-economiche ma anche di tipo relazionale e di facilitazione del dialogo: un percorso pensato *ad hoc* per la gestione della relazione bancaria deve poter fare affidamento su “attori” specializzati e qualificati. Tali condizioni risultano essenziali per garantire efficacia ed efficienza al proposito di costruire uno spazio di dialogo in cui i soggetti della relazione bancaria, forti dell’ausilio di professionalità specifiche e di un *set* di informazioni adeguate, possano *condividere* le difficoltà della propria relazione in un contesto di correttezza e fiducia reciproca, in modo da prevenire e/o risolvere la crisi del rapporto.

La speranza è dare forma e sostanza a quel (necessario) corpo intermedio di mediazione a cui si faceva prima cenno, creando una *comfort zone* predisposta al confronto tra le parti che operi prima dell’ingresso in tribunale, nella profonda convinzione che il processo debba rappresentare l’*extrema ratio*.

Qualora poi la controversia non dovesse trovare componimento e trasferirsi quindi in sede giudiziale, si ritiene che l’attività posta in essere risulterebbe comunque di grande utilità in quanto “propedeutica” ad un efficace esperimento della procedura di mediazione su invito del giudice o addirittura giudiziale. In tal caso, infatti, il tentativo di conciliazione (ad oggi ancora obbligatorio) risulterebbe preceduto da uno studio approfondito e da una istruttoria attenta della lite (per quanto possibile in una fase preliminare). La comunicazione al tavolo di mediazione ne gioverebbe, aumentando sensibilmente le possibilità di un accordo tra le parti.

L’obiettivo è quindi duplice: da una parte, individuare uno strumento conciliativo *ad hoc*, privo delle lacune dimostrate dalla procedura di mediazione, che risulti in concreto efficace in ottica di prevenzione e/o risoluzione delle controversie bancarie; dall’altra, colmare il vuoto di dialogo e fiducia lasciato dalla crisi economica e dalla mancanza di interventi adeguati, dotando le parti degli strumenti necessari a gestire in autonomia e consapevolezza le complicità che scaturiscano dal rapporto.

A tale scopo, le banche dovrebbero riappropriarsi della missione economica e sociale che le contraddistingue, adoperandosi fattivamente nello sviluppo di quello spazio intermedio che si frappone tra l’ufficio di gestione del credito e quello del contenzioso, la cui mancanza ha, di fatto, contribuito ad allontanare ulteriormente le parti della relazione bancaria. Inoltre, sarebbe opportuno che individuassero all’interno del proprio organico nuove professionalità da inserire in tale spazio, capaci, perché dotate di adeguate competenze, di sviluppare un dialogo informato e costruttivo con il cliente. I clienti, siano essi privati o imprese, dovrebbero a loro volta creare le

⁸⁰ In questo senso una conferma dell’importanza e del buon esito della predisposizione di una istruttoria preventiva della controversia bancaria è data dalle già citate esperienze di Regno Unito e Germania.



Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

condizioni per il buon funzionamento di tale spazio, condividendo con la banca informazioni, esigenze, proposte e difficoltà, al fine di costruire e/o rafforzare la relazione fiduciaria. Risulterà poi fondamentale, allo stesso modo, che le stesse associazioni dei consumatori di servizi bancari si attivino per promuovere un'educazione finanziaria e culturale, così da ridurre il *gap* conoscitivo tra il cliente e la banca e costruire solide fondamenta per un'effettiva collaborazione nella relazione bancaria.