

Mediazioni specializzate

# Presenza dell'avvocato e refusione degli onorari nella mediazione bancaria (ABF) e finanziaria (ACF)

di Valerio Sangiovanni (\*)

Con l'introduzione dell'istituto della mediazione i compiti affidabili dai clienti agli avvocati sono aumentati rispetto alla comune tutela in sede giudiziale (e stragiudiziale). Si è altresì assistito, negli ultimi anni, alla creazione di forme di mediazione specializzata in ambito bancario e finanziario, rappresentate - rispettivamente - dall'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) e dall'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF). Nel presente lavoro si esamina il ruolo che l'avvocato è chiamato a rivestire all'interno delle procedure di mediazione, con particolare riferimento alle mediazioni bancarie e finanziarie. Ci si chiederà in particolare se la presenza di un avvocato sia necessaria e se l'intermediario, in caso di soccombenza, debba/possa essere condannato a rifondere le spese legali al ricorrente.

## La disciplina sulla mediazione in generale e le mediazioni specializzate in materia bancaria e finanziaria

Prendendo le mosse dal dato legislativo, è noto che "chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di ... contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128 bis del testo unico della legge in materia bancaria e creditizia di cui al D.Lgs. 1° settembre

1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate" (art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28).

Sono due le regole desumibili dalla disposizione appena riportata: 1) oltre alla mediazione di stampo generale, vengono autorizzate - già a livello legislativo (per poi essere concretizzate in normativa di rango secondario) - due mediazioni specializzate, rispettivamente, in materia bancaria e finanziaria; 2) si prescrive l'obbligo dell'assistenza dell'avvocato. Le mediazioni specializzate in materia bancaria e finanziaria sono rappresentate dall'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) (1) e dall'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) (2).

(\*) L'autore è stato componente dell'organo decidente dell'Arbitro Bancario Finanziario dal 2012 al 2017, ed esprime in questo articolo opinioni del tutto personali.

(1) Su disciplina e funzionamento dell'Arbitro Bancario Finanziario si possono leggere, per limitarsi a menzionare alcuni recenti contributi, R. Carleo, *L'Arbitro Bancario Finanziario: anomalia felice o modello da replicare*, in *Riv. arb.*, 2017, 21 ss.; G. Marziale, *L'Arbitro Bancario Finanziario: luci e ombre*, in questa *Rivista*, 2016, 50 ss.; P. Sirena, *Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 3 ss.

(2) La costituzione dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie è così recente che la dottrina ha avuto finora poche occasioni di occuparsene (e, probabilmente, se ne occuperà di meno di quanto si sia occupata dell'Arbitro Bancario Finanziario, in quanto il modello ACF copia ampiamente quello ABF). Fra i primi contributi relativi al funzionamento dell'ACF cfr. A. Fachechi, *La gestione delle controversie finanziarie: il nuovo ACF*, in *Foro napoletano*, 2017, 377 ss.; V. Mirra, *I sistemi di "Alternative Dispute Resolution" trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l'introduzione del nuovo "Arbitro per le Controversie Finanziarie"*, in *Riv. arb.*, 2016, 693 ss.; N. Soldati, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la Consob (ACF)*, in questa *Rivista*, 2016, 1056 ss.

L'Arbitro Bancario Finanziario è disciplinato dalla delibera CICR n. 275 del 2008, la quale però nulla dice in merito alla presenza dell'avvocato. L'art. 5, comma 1, della delibera si limita ad affermare che "il cliente ... può presentare il ricorso, direttamente o attraverso la propria associazione di categoria". Nel caso di utilizzo dell'associazione di categoria (tipicamente di consumatori), ci si trova di fronte a un incarico a un soggetto terzo a presentare il ricorso nell'interesse del consumatore, fattispecie all'evidenza diversa dal conferimento della procura a un avvocato. In altre parole, il ricorso può essere presentato da un incaricato dell'associazione dei consumatori, senza che questi rivesta il ruolo di avvocato. Ogni dubbio sulla mera facoltatività della presenza dell'avvocato nei procedimenti davanti all'ABF è poi eliminato dalla regolamentazione attuativa: nelle "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari" si afferma espressamente che il cliente può presentare ricorso "anche senza avvalersi dell'assistenza di un avvocato".

Dal canto suo, l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) è disciplinato dalla delibera Consob n. 19602 del 2016. In questo caso la delibera Consob è leggermente più dettagliata della delibera CICR sull'ABF, ma non prescrive affatto la presenza di un avvocato. Più precisamente l'art. 10, comma 1, della delibera Consob afferma che "il ricorso all'Arbitro può essere proposto esclusivamente dall'investitore, personalmente o per il tramite di un'associazione rappresentativa degli interessi dei consumatori ovvero di procuratore". Il riferimento espresso a un "procuratore" non può essere interpretato come coincidente con la figura dell'avvocato, potendo il procuratore essere qualsiasi altra persona esperta che viene incaricata dal cliente di seguire la procedura davanti all'ACF (e non necessariamente un legale). Non trovandosi altre disposizioni che disciplinino il possibile ruolo dell'avvocato nei procedimenti davanti all'ACF deve concludersi che anche davanti a questa autorità i ricorrenti possono operare da soli, senza l'ausilio di assistenza legale.

Complessivamente, il brevissimo esame dei testi attuativi che regolano l'operatività di ABF e ACF consente di concludere che non vi è obbligo di assistenza dei clienti bancari e finanziari da parte di un avvocato nelle due procedure alternative di risoluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria. Tanto premesso, ciò non significa dire che il cliente non possa conferire facoltativamente mandato a un avvocato. Tuttavia il ricorso all'ABF o all'ACF non potrà essere dichiarato improcedibile/inammissibile per il fatto che il ricorrente non è assistito da un avvocato.

Del resto non deve stupire che talvolta - all'interno di procedimenti destinati alla soluzione di liti - non vi sia la presenza obbligatoria di un avvocato, in quanto il codice di procedura civile prevede almeno due significative situazioni in cui non è obbligatoria la presenza dell'avvocato: il riferimento è ai giudizi davanti ai giudici di pace e agli arbitrati.

Con riguardo ai giudici di pace, l'art. 82, comma 1, c.p.c. prevede che "le parti possono stare in giudizio personalmente nelle cause il cui valore non eccede euro 1.100" (3). Si tratta di importi molto esigui, non certo confrontabili con i limiti massimi stabiliti davanti all'ABF (euro 100.000) e all'ACF (addirittura euro 500.000). E, tuttavia, si tratta di una significativa deroga all'obbligo di presenza dell'avvocato, anche perché il giudice di pace esercita attività giurisdizionale secondo il codice di rito.

Con riguardo alle procedure arbitrali, la disposizione di riferimento è l'art. 816 bis, comma 1, c.p.c., ai sensi della quale "le parti possono stare in arbitrato per mezzo di difensori" (4). Per così come è formulata nel testo del codice, la presenza dell'avvocato appare addirittura una eccezione nelle procedure arbitrali, ossia una concessione della legge (quella di potersi avvalere di un avvocato) rispetto a quella che è la regola (assenza di avvocati).

Nel caso degli arbitrati, la possibilità di partecipare al procedimento senza difensore è di più difficile comprensione rispetto al caso dei giudici di pace, tenuto conto del fatto che non vi sono limiti di valore (e l'arbitrato può certamente superare il limite di euro 1.100 previsto per i giudizi davanti al giudice di pace e

(3) Ai sensi dell'art. 82, comma 2, c.p.c., vi può peraltro essere un'estensione della possibilità di stare in giudizio senza avvocato, disponendo detta norma che "il giudice di pace ... in considerazione della natura ed entità della causa, con decreto emesso anche su istanza verbale della parte, può autorizzarla a stare in giudizio di persona". Può dunque essere superato il limite di valore di euro 1.100.

(4) L'uso del termine "difensore" al posto di quello di "avvocato" può essere interpretata nel senso che l'incarico difensivo

potrebbe essere affidato anche a un soggetto diverso da un avvocato. In questo senso milita la considerazione che la difesa potrebbe essere meglio svolta in alcuni procedimenti arbitrali da un soggetto dotato di competenze tecniche (come un ingegnere o un chimico) rispetto a un avvocato. Del resto la legge non impone nemmeno agli arbitri di avere competenze giuridiche. Sul punto cfr. M. F. Ghirga, *Commento all'art. 816 bis c.p.c.*, in *Nuove leggi civ.*, 2007, 1263.

anche il limite di euro 500.000 previsto per i procedimenti davanti all'ACF). A ben vedere, anzi, si tratta dell'unica procedura di risoluzione alternativa delle controversie per la quale non è fissato un limite di valore senza che si chieda la presenza obbligatoria dell'avvocato. Teoricamente potrebbero così capitare delle procedure arbitrali di ingente valore in cui le parti non sono assistite da avvocati, anche se nella prassi ciò è altamente improbabile. Probabilmente la *ratio* della disposizione del codice che consente di fare a meno degli avvocati risiede nel fatto che la conduzione dell'arbitrato esige conoscenze meno approfondite del diritto processuale di quanto sia necessario davanti al giudice statale, mentre potrebbe esigere - come accennato - maggiori competenze tecniche di diversa natura (ingegneristiche o chimiche, per fare esempi) in relazione all'oggetto della controversia. Sulla base delle considerazioni svolte, si deve dunque concludere nel senso della facoltatività della presenza di un avvocato nei procedimenti davanti all'ABF e all'ACF. Le facoltatività della presenza di un avvocato (e, come vedremo meglio sotto, la rara concessione del rimborso delle spese legali) sono oggetto di critica da parte del mondo dell'avvocatura. Anzitutto va segnalato che è ancora limitato il numero di avvocati che conosce l'esistenza (e il successo pratico) dei procedimenti ABF e ACF. Anche quando ciò accade, alcuni legali sono restii ad avvalersi delle procedure specializzate bancarie e finanziarie, in quanto non riescono a ottenere un congruo rimborso dei propri onorari a mezzo di una condanna pronunciata dall'ABF o ACF direttamente nei confronti dell'intermediario. Sono dunque costretti a farsi pagare dai propri clienti, i quali hanno generalmente una capacità finanziaria inferiore a quella degli intermediari. In questo contesto si tenga altresì presente che la percentuale di adempimento volontario degli intermediari alle decisioni dell'ABF e dell'ACF è molto elevato (sfiora il 100%) (5). Ne consegue che, con lo svolgimento della procedura davanti alle due mediazioni specializzate, se il ricorrente ottiene ragione, l'avvocato cessa il proprio incarico e non è necessario rivolgersi all'autorità giudiziaria. Da un lato ciò rappresenta un indubitabile successo per il cliente, il quale in tempi brevi e con costi molto contenuti (la procedura davanti all'ABF prevede il pagamento di un contributo di euro 20, quella davanti all'ACF è addirittura gratuita) ottiene ragione. Da un altro lato, la

cessazione veloce della procedura rischia di non soddisfare le aspettative economiche dell'avvocato, il quale può chiedere solo al proprio cliente di essere pagato, non venendo pronunciata quasi mai condanna dell'intermediario in tal senso.

### **Presenza obbligatoria dell'avvocato nella procedura di mediazione generalista: regime attuale**

Ulteriore questione da affrontare è se, nelle procedure di mediazione in generale (non quelle bancarie e finanziarie), sia obbligatoria la presenza dell'avvocato. In caso di risposta affermativa, bisogna poi chiedersi che cosa succeda laddove una mediazione si tenga senza che le parti siano state assistite da un avvocato.

Il testo legislativo non lascia spazi a dubbi, affermando che chi intende esercitare in giudizio un'azione è tenuto a esperire il procedimento di mediazione, letteralmente, "assistito da avvocato" (art. 5, comma 1 *bis*, legge sulla mediazione). Similmente stabilisce un ulteriore passaggio della legge, laddove si statuisce che "al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato" (art. 8, comma 1, legge sulla mediazione). Del resto, la circostanza della necessità della presenza di un avvocato è confermata dal fatto che la versione attuale degli artt. 5 e 8 della legge sulla mediazione diverge da quella originaria, la quale - pur prescrivendo l'obbligo di mediazione in determinate materie - non faceva riferimento all'obbligatorietà della presenza dell'avvocato. In altre parole, in sede di riforma della disposizione (6), è stata introdotta la necessità della presenza dell'avvocato, che originariamente non era prevista.

Si deve dunque segnalare una radicale difformità: 1) nella mediazione generale vi è obbligo di avvocato; 2) nelle mediazioni specializzate non vi è obbligo di avvocato.

L'attuale sistema è insensato perché, semmai, dovrebbe valere il contrario. Bisogna difatti considerare che nella mediazione generale non sono richieste particolari competenze tecniche, dovendosi solo raggiungere un accordo fra le parti. Anzi, l'esperienza mostra che discussioni giuridiche nelle fasi del tentativo di conciliazione rendono più difficile il raggiungimento di un accordo. La tesi del rilievo solo secondario (per non dire dell'irrelevanza) delle

(5) Sulla natura delle decisioni assunte dall'Arbitro Bancario Finanziario cfr. M. Maione, *Forma e sostanza delle delibere dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Società*, 2012, 437 ss.

(6) La versione attuale dell'art. 5 della legge sulla mediazione è stata introdotta dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.

competenze giuridiche è confermata dal fatto che il ruolo di mediatore può essere assunto anche da chi non è avvocato, proprio per il fatto che l'obiettivo principale è il raggiungimento di un accordo, non l'applicazione di principi di diritto. In definitiva la presenza di un avvocato nella mediazione generale non appare così importante.

Nelle mediazioni specializzate, invece, ABF e ACF decidono (non si limitano a tentare la conciliazione). Si tratta pur sempre di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, ma di tipo "decisorio", non "conciliativo". Inoltre ABF e ACF decidono secondo diritto. Il diritto deve essere conosciuto anzitutto ed evidentemente dal collegio giudicante, ma - se il ricorrente svolge considerazioni in diritto - ciò può aiutarlo a ottenere ragione. Ecco perché, nelle procedure davanti alle mediazioni specializzate, sarebbe utile la presenza di un avvocato. Per tacere del fatto che la materia dei contratti bancari e finanziari è connotata da un alto livello di tecnicismo.

In definitiva si ribadisce la contraddittorietà del sistema attuale, che impone un avvocato nella procedura conciliativa (mediazione generale) e non impone un avvocato nella procedura decisoria (mediazione specializzata).

Dal momento che la presenza di avvocati è obbligatoria nella mediazione generalista, cosa succede se una procedura di mediazione ha luogo senza che le parti siano assistite da legali? Secondo il Tribunale di Torino, condizione di procedibilità dell'azione è non solo l'esperimento del tentativo di mediazione, ma anche la presenza di un avvocato nella fase di mediazione (7). Nel caso di specie venne esperita la mediazione, ma parte attrice si era avvalsa solo dell'ausilio di un consulente e non di un avvocato, e l'autorità giudiziaria torinese giunge a dichiarare improcedibile l'azione in giudizio.

### **Il diritto comunitario esclude la necessità di un avvocato nel caso di consumatori**

Il sistema attuale, che impone la presenza di un avvocato nelle procedure di mediazione generaliste (come da art. 5, comma 1 *bis*, della legge sulla mediazione), potrebbe essere in parziale contrasto con il diritto comunitario. Questo parziale contrasto riguarda le controversie in cui è parte un consumatore.

Il D.Lgs. n. 130 del 6 agosto 2015 attua la direttiva comunitaria 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, la quale si

applica "alle controversie tra consumatori e professionisti concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi, sia online che offline, in tutti i settori economici ... La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai reclami presentati dai consumatori nei confronti dei professionisti" (considerando n. 16 della direttiva). Nel testo comunitario si prevede poi che "le parti hanno accesso alla procedura senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale senza che la procedura precluda alle parti il loro diritto di ricorrere al parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura" (art. 8 della direttiva). Infine si stabilisce a livello comunitario che le parti devono essere "informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale" (art. 9 della direttiva).

Nell'ambito delle misure attuative della direttiva 2013/11/UE si colloca l'art. 141 *quater* c. cons. Secondo questa disposizione le procedure ADR devono "consentire la partecipazione alle parti senza obbligo di assistenza legale; è fatto sempre salvo il diritto delle parti di ricorrere al parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura" (comma 3); inoltre nell'ambito delle procedure ADR deve essere garantito che "le parti siano informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale, ma possono chiedere un parere indipendente o essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura" (comma 4).

Come si può notare, le disposizioni riportate - sia del diritto comunitario sia del diritto italiano di attuazione del diritto comunitario - non richiedono la presenza di un avvocato, anche se ciò vale limitatamente alle controversie con i consumatori. Nei rapporti bancari, la banca è sempre un professionista, mentre la controparte delle banche può essere un professionista (si pensi a una società) oppure un consumatore.

La questione della necessità dell'assistenza di un avvocato nelle controversie che coinvolgono i consumatori è stata oggetto di una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'UE (8). L'autorità giudiziaria comunitaria ha affermato che una normativa nazionale (come quella italiana) non può imporre al consumatore che prende parte a una procedura ADR di essere assistito obbligatoriamente da un avvocato. All'esito del procedimento davanti alla Corte di

(7) Trib. Torino 30 marzo 2016, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it).

(8) Corte di Giustizia 14 giugno 2017, sent. causa C-75-16.

Giustizia, la questione è stata rimessa al Tribunale di Verona, da cui era originata la vicenda, il quale si è pronunciato sulla prosecuzione del procedimento (9). In conformità alla decisione della Corte di Giustizia, l'autorità giudiziaria veronese ha ribadito che la presenza di un avvocato non era necessaria, dal momento che gli attori rivestono la qualità di consumatori.

Il Tribunale di Verona si sofferma poi su un ulteriore aspetto, che è quello dei costi aggiuntivi legati alla presenza dell'avvocato nei procedimenti di mediazione. Se, come prescrive ora l'art. 5, comma 1 *bis*, della legge sulla mediazione, vi deve essere l'intervento di un avvocato in mediazione, questi deve essere remunerato, creando in capo al consumatore-attore costi che altrimenti non avrebbe. Per di più l'art. 8 della legge sulla mediazione impone la presenza dell'avvocato in tutti gli incontri della procedura di mediazione, con un effetto di moltiplicazione dei costi, laddove la procedura prosegue con pluralità di incontri. Ne consegue, per i consumatori, un incremento sensibile dei costi, che ostacola l'accesso ai sistemi alternativi di risoluzione delle controversie.

Gli organismi di mediazione, se le parti non sono assistite da un avvocato, non danno corso alla mediazione. Siccome la mediazione rappresenta - nel regime attuale - presupposto per l'azione in giudizio, di fatto la presenza dell'avvocato è necessaria per la tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori: senza mediazione non si giunge al processo civile, ma senza avvocato non parte nemmeno la mediazione. Far dipendere il diritto (a un serio tentativo di risoluzione alternativa della controversia) dalla presenza e dal pagamento di un avvocato anche per i consumatori

è difforme dal diritto comunitario, secondo il Tribunale di Verona. Il diritto comunitario esige difatti che le ADR obbligatorie determinino costi non ingenti per le parti, altrimenti i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie sarebbero difficilmente accessibili per la grande platea dei consumatori.

Secondo il Tribunale di Verona, le tabelle del D.M. n. 55/2014, che disciplinano i compensi degli avvocati nel sistema italiano, implicano per i clienti - anche nella fase di mediazione - dei costi che devono considerarsi ingenti e tali da porsi in contrasto con il diritto comunitario, il quale al contrario esige un facile e poco costoso accesso alla mediazione (10).

Contro questa considerazione si potrebbe obiettare che la parte vittoriosa ha diritto di ottenere il rimborso delle spese legali, e dunque la spesa dell'avvocato sarebbe solo anticipata ma non sopportata definitivamente dal consumatore. Il Tribunale di Verona, tuttavia, ritiene questo argomento non dirimente, in quanto il recupero delle spese legali presuppone comunque l'esperimento di un giudizio, che - a ben vedere - la mediazione vorrebbe evitare. A ciò si aggiunga che l'alea processuale è così forte che non si può avere alcuna certezza in merito a un'eventuale vittoria nel giudizio. Sussiste inoltre il rischio che le spese vengano in tutto o in parte compensate, impedendo al consumatore di recuperare interamente dalla controparte le spese legali.

### **Il raro riconoscimento dei compensi dell'avvocato davanti all'ABF e all'ACF**

Si è visto sopra che non vi è obbligo della presenza di un avvocato nei procedimenti davanti all'Arbitro

(9) Trib. Verona 28 settembre 2017, ord., in [www.concilialex.it](http://www.concilialex.it).

(10) Se si analizza il D.M. n. 55/2014 sui compensi degli avvocati, non si trova una disciplina espressa dei compensi nella fase di mediazione e in effetti la lacuna - cui peraltro si sta per porre rimedio - è incomprensibile. Stante l'assenza di riferimenti nel decreto si potrebbe astrattamente sostenere la tesi che l'avvocato non abbia diritto ad alcun compenso in mediazione. Questa tesi tuttavia, oltre a ledere il diritto fondamentale al compenso di ogni lavoratore per qualsiasi attività lavorativa, si pone in contrasto con l'art. 3 D.M. n. 55/2014 secondo cui "per i compensi ed i rimborsi non regolati da specifica previsione si ha riguardo alle disposizioni del presente decreto che regolano fattispecie analoghe". Si tratta allora di capire quali disposizioni del D.M. n. 55/2014 possano applicarsi analogicamente ai procedimenti di mediazione. Appare più convincente l'applicazione dei parametri previsti per l'attività stragiudiziale (tabella n. 25 del decreto) rispetto a quella giudiziale, essendo appunto la mediazione una condizione di procedibilità del giudizio che non può reputarsi legittimamente instaurato fino all'esperimento della medesima. La lacuna prevista nel D.M. n. 55/2014 (omissione di qualsiasi riferimento ai compensi nelle mediazioni) è in via di eliminazione grazie allo *Schema di decreto del Ministro della giustizia concernente regolamento recante modifiche al decreto del Ministro della giustizia 10 marzo 2014*, n. 55, in [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it). Con la riforma verrà introdotto nel decreto l'art. 20, comma 1 *bis*, in base

al quale "l'attività svolta dall'avvocato nel procedimento di mediazione e nella procedura di negoziazione assistita è di regola liquidata in base ai parametri numerici di cui alla allegata tabella". La neo-creata tabella n. 25-*bis* distingue fra fase di attivazione, fase di negoziazione e conciliazione, prevedendo per ciascuna di queste fasi dei compensi legati al valore della controversia. Probabilmente nei procedimenti davanti all'ABF e all'ACF si potrà utilizzare la sola parte della tabella relativa ai compensi previsti per la "fase di attivazione", dal momento che non vi è una vera e propria "fase di negoziazione": davanti alle due autorità le parti non compaiono (né personalmente né a mezzo avvocato) né ha luogo alcuna conciliazione in quanto si tratta di meccanismi decisori, che si concludono con una pronuncia dell'ABF o dell'ACF. Si potrebbe ipotizzare l'applicazione del primo compenso previsto per la "fase di attivazione" a fronte della presentazione del ricorso e del secondo compenso previsto per la "fase di negoziazione" nel caso di presentazione di repliche. A titolo informativo si noti che il compenso previsto per la fase di attivazione è di euro 960 per la fascia di valore fra euro 52.000,01 e euro 260.000 (soglia massima raggiungibile davanti all'ABF, che non si occupa di questioni di valore superiore a euro 100.000) e di euro 1.305 per la fascia di valore fra euro 260.000,01 e euro 520.000 (soglia massima raggiungibile davanti all'ACF che non si occupa di questioni di valore superiore a euro 500.000).

Bancario Finanziario e all'Arbitro per le Controversie Finanziarie: le normative secondarie che disciplinano queste procedure lo escludono espressamente oppure tacciono al riguardo.

Quando l'avvocato è comunque presente, su base facoltativa, davanti all'ABF o all'ACF, poiché la parte ha ritenuto opportuno nominarlo (11), richiesta frequente avanzata nei ricorsi è quella del rimborso delle spese legali. Se vi è un avvocato, questi redige materialmente il ricorso - selezionando anche i vari allegati - e difficilmente si dimentica di chiedere il rimborso delle proprie competenze. Così facendo, difatti, non è costretto a chiedere gli onorari alla parte assistita, sulla base del rapporto contrattuale intercorrente con la medesima, ma può ottenere - in caso di vittoria - una condanna della controparte pronunciata dall'Arbitro Bancario Finanziario o dall'Arbitro per le Controversie Finanziarie a rifondere le spese legali.

Se ci trovassimo nel contesto del processo civile, nessun dubbio vi sarebbe in merito alla rimborsabilità delle spese di lite. Troverebbe difatti applicazione l'art. 91 c.p.c. a mente del quale "il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa". Ma, come si è visto sopra, nei procedimenti davanti all'ABF e all'ACF non vi è obbligo di presenza di avvocato, così che l'automatismo della refusione in capo alla parte soccombente non opera.

In tema di refusione delle spese legali, l'Arbitro Bancario Finanziario si è pronunciato più volte, fissando limiti piuttosto severi alla possibilità di ottenere il rimborso. Sul punto sono intervenute in particolare due decisioni del Collegio di coordinamento.

Secondo la decisione n. 3498 del 2012, laddove sia dimostrato che la parte ricorrente si sia avvalsa, nell'intero snodo procedimentale che va dal reclamo al ricorso, dell'ausilio di un difensore sopportandone il relativo costo, quest'ultimo può e deve prendersi in considerazione, in caso di accoglimento del ricorso che si concluda con l'accertamento di un diritto risarcitorio, non già quale autonoma voce di rimborso (non prevista dalla normativa di attuazione sull'ABF), bensì quale componente del più ampio pregiudizio patito dalla parte ricorrente (12). In tale

valutazione - continua l'Arbitro Bancario Finanziario - il Collegio giudicante deve attenersi a criteri di estrema prudenza, che includono l'accertamento dell'effettivo sostenimento dell'onere di difesa, della sua funzionalità alla gestione del procedimento, della ragionevolezza e coerenza dell'importo richiesto rispetto al valore e alla complessità della controversia, risultando pertanto l'importo di tale componente di pregiudizio stimabile in via equitativa.

Come si può notare, i presupposti per il riconoscimento delle spese legali, così come tracciate dal Collegio di coordinamento dell'ABF, sono piuttosto stringenti.

In primo luogo, secondo la decisione n. 3498 del 2012, occorre che la parte sia stata assistita da un avvocato in tutto il procedimento. Il procedimento davanti all'Arbitro Bancario Finanziario consta di due fasi: quella del reclamo e quella del ricorso. Il reclamo è atto rivolto dal (futuro) ricorrente alla controparte (ossia alla banca), nel quale si sollevano contestazioni. Successivamente, se il reclamo non viene accolto, può essere presentato ricorso, il quale è atto rivolto invece all'Arbitro Bancario Finanziario (non alla controparte) e con il quale si dà avvio al procedimento. Secondo le indicazioni del Collegio di coordinamento, si potrebbe ottenere il risarcimento per le spese legali soltanto se l'avvocato ha assistito il ricorrente sia nella fase del reclamo sia in quella del ricorso. La posizione assunta in questa decisione dall'ABF è particolarmente rigida, perché nella prassi ben può capitare che la lettera di reclamo venga inviata dalla parte in proprio, la quale si affida solo in un secondo momento all'avvocato, per la presentazione del ricorso. Bisogna peraltro dire che, siccome uno dei presupposti di ammissibilità del ricorso è la coincidenza fra le domande presentate nel reclamo e quelle presentate nel ricorso, in assenza di un avvocato è più frequente che il numero delle domande venga incrementato fra reclamo e ricorso. In questa prospettiva, l'avvocato - avvicinato dal cliente dopo che è già stato inviato un laconico reclamo in proprio dal cliente - può dopo essersi studiato la pratica precauzionalmente decidere di presentare un nuovo reclamo più articolato proprio per evitare contestazioni di nuove domande presentate solo col ricorso. In secondo luogo la decisione n. 3498 del 2012 del Collegio di coordinamento riconosce le spese legali

(11) Nel caso sia stato incaricato da un avvocato, occorre che questi sia munito di procura. In un procedimento recentemente giunto a conclusione davanti all'Arbitro per le Controversie Finanziarie, decisione n. 85 del 16 ottobre 2017, in [www.acf.consob.it](http://www.acf.consob.it), parte resistente (ossia l'intermediario finanziario) ha eccepito che il ricorrente era illegittimamente assistito da un avvocato, non essendo stata prodotta in giudizio la procura conferita

all'avvocato. L'eccezione preliminare è stata tuttavia rigettata dall'ACF, in quanto la procura risultava prodotta agli atti, anche se - sulla base delle disposizioni attuative che regolano il funzionamento dell'Arbitro - il testo della procura non viene comunicato alla controparte, ma rimane conosciuto solo all'organo decidente.

(12) Arbitro Bancario Finanziario, decisione 26 ottobre 2012, n. 3498, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

non quale voce di costo a sé stante, ma quale danno ulteriore sopportato dal ricorrente. Si tratta in altre parole non tanto di un diritto spettante all'avvocato di per sé stesso, ma di una voce di danno ulteriore patito dal ricorrente. Il ragionamento seguito dall'ABF può essere così meglio formulato. Il ricorrente può trovarsi ad affrontare questioni complesse che richiedono l'intervento dell'avvocato. Se il ricorrente ottiene ragione e gli viene liquidato un risarcimento del danno, il danno patito non è solo quello oggetto del ricorso in materia bancaria (ad esempio il danno conseguente a un'errata segnalazione in centrale rischi), ma il danno derivato dalla necessità di ricorrere all'assistenza di un difensore, senza il quale non sarebbe stato in grado di articolare una buona difesa.

In terzo luogo, la decisione n. 3498 del 2012 esige che le spese siano "funzionali alla gestione del procedimento": parrebbe insomma dire che quando la controversia non era complessa, si sarebbe potuto fare a meno dell'assistenza di un avvocato, e i relativi costi non sono risarcibili. Anche questa tesi sostenuta dall'ABF può essere oggetto di qualche piccola osservazione critica. Si deve difatti considerare che si possono rivolgere all'Arbitro Bancario Finanziario non solo i professionisti, ma anche i consumatori. E si deve altresì considerare che la materia bancaria è certamente complessa dal punto di vista tecnico. Limitare il rimborso delle spese legali alle questioni particolarmente complesse significa lasciare ampio spazio di discrezionalità al medesimo ABF per valutazioni del singolo caso. In questa prospettiva si noti altresì che l'Arbitro Bancario Finanziario, quale collegio particolarmente esperto in materia bancaria, potrebbe inavvertitamente cadere in errate valutazioni in merito alla complessità delle vicende sottopostegli: potrebbe in altre parole - proprio per la sua competenza e specializzazione - considerare come semplici questioni che in realtà per la persona comune (il consumatore medio) sono invece alquanto complesse.

In quarto luogo, sempre secondo la decisione n. 3498 del 2012 del Collegio di coordinamento vi deve essere coerenza dell'importo richiesto rispetto al

valore della controversia. Davanti all'Arbitro Bancario Finanziario possono essere sollevate contestazioni solo fino al valore di euro 100.000: non possono dunque essere oggetto di procedimento questioni di valore particolarmente elevato. Vi possono essere casi in cui la richiesta ammonta a poche centinaia di euro (13). Il problema di fondo però è che, in assenza al momento di tabelle per quantificare l'onorario spettante all'avvocato, non esistono parametri certi per liquidare l'ammontare delle spese legali. Ora, come detto, lo schema di riforma del D.M. n. 55/2014 provvede a colmare la lacuna.

Vi è poi una seconda, più recente, decisione del Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario che si è occupata di spese legali (14). Questa seconda decisione sviluppa i ragionamenti avviati con la prima decisione. Si ricorderà che, nella decisione del 2012, l'ABF ha ritenuto rimborsabili le spese legali non di per sé stesse, ma quale danno ulteriore patito dal ricorrente. Sulla base di questo assunto la decisione n. 6174 del 2016 afferma che, per ottenere il rimborso delle spese legali, il ricorrente deve fornire la prova che il danno patito comprende appunto le spese legali. Questa prova può reputarsi raggiunta quando l'intervento del professionista si è reso necessario per il comportamento particolarmente ostile e ostruzionistico dell'intermediario (15).

Per quanto riguarda l'Arbitro per le Controversie Finanziarie, le decisioni disponibili sono molte di meno rispetto a quelle adottate dall'Arbitro Bancario Finanziario, in quanto l'ACF ha iniziato a operare solo nel 2017. Nella decisione n. 156 del 20 dicembre 2017, l'ACF ha stabilito che nulla può essere riconosciuto per le spese legali, che non possono considerarsi come danno, non essendo necessario avvalersi del ministero del difensore per poter adire l'arbitro (16). La decisione non è ulteriormente motivata, ma è probabile che l'ACF debba tornare sulla questione con motivazioni più approfondite. In sostanza questa decisione ribadisce la mera facoltatività della presenza dell'avvocato nella procedura davanti all'ACF (risultato, direi, pacifico), per farne derivare la non rimborsabilità degli oneri legali. Mentre l'affermazione è

(13) Fra le competenze dell'Arbitro Bancario Finanziario rientra la tematica degli strumenti di pagamento. Spesso i rimborsi chiesti alle banche per il caso di abuso di carte di debito e credito ammontano a poche centinaia di euro.

(14) Arbitro Bancario Finanziario, decisione 7 luglio 2016, n. 6174, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

(15) Testualmente la massima resa dall'ABF nella decisione n. 6174 del 2016 recita come segue: "il principio della soccombenza virtuale è incompatibile con la procedura ABF. Le Disposizioni che regolano la medesima mirano a favorire la conciliazione tra le parti prima che la controversia venga decisa dal Collegio. Nell'ipotesi di

cessazione della materia del contendere sulla domanda principale, attinente ai servizi bancari e finanziari, le spese di assistenza professionale, che peraltro debbono essere state chieste già nel reclamo, non sono di regola dovute e, quindi, la relativa domanda non può trovare accoglimento; costituisce eccezione al suddetto principio l'ipotesi in cui l'intervento del professionista sia stato reso necessario dal comportamento particolarmente e ingiustificatamente ostile e ostruzionistico tenuto dall'intermediario resistente".

(16) Arbitro per le Controversie Finanziarie, decisione 20 dicembre 2017, n. 156, in [www.acf.consob.it](http://www.acf.consob.it).

condivisibile per la prima parte, sarebbe auspicabile un migliore approfondimento per quanto riguarda la seconda parte. Si è difatti appena visto come l'ABF, seppure entro limiti stringenti, consenta il rimborso delle spese legali, considerandole come danno conseguente al danno patito in via principale dal ricorrente. Una soluzione del genere potrebbe essere fatta propria anche dall'ACF, dal momento che non si vedono ragioni per differenziare sul punto le posizioni dei due organismi. Del resto, con una competenza per valore dell'ACF fino a euro 500.000 (l'ABF, come si diceva, solo fino a euro 100.000), è troppo rischioso per il cliente non avvalersi dell'assistenza dell'avvocato, e non prevedere una qualche forma di rivalsa sulla controparte in relazione ai compensi in caso di esito vittorioso pare troppo punitivo.

Una simile posizione, di diniego della refusione delle spese legali, è stata adottata dall'Arbitro per le Controversie Finanziarie anche nella decisione n. 96 del 26 ottobre 2017 (17). In questo caso parte ricorrente aveva chiesto la refusione delle spese legali, richiesta alla quale parte resistente aveva opposto che il rimborso delle spese legali può essere disposto solo dall'autorità giudiziaria. L'ACF decide che il rimborso delle spese legali configura voce estranea a quelle deducibili avanti l'Arbitro (spese che, nel caso di specie, sarebbero state quantificate in maniera arbitraria). Anche da questa decisione emerge che l'ACF non intende riconoscere le spese legali.

Interessante peraltro lo spunto ricavabile da questa decisione, che pare porre l'accento sull'oggetto delle controversie che possono essere rimesse alla decisione dell'ACF. Al riguardo occorre aprire una parentesi per comprendere meglio l'ambito di competenza dell'ACF. Sulla base della delibera Consob, "l'Arbitro conosce delle controversie fra investitori e intermediari relative alla violazione da parte di questi

ultimi degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori nell'esercizio delle attività disciplinate nella parte II del TUF" (art. 4, comma 1, delibera Consob n. 19602 del 2016). Occupandosi l'ACF di questioni relative alla prestazione dei servizi di investimento, non residuerebbero spazi per domande di tipo diverso, come quelle relative alla refusione delle spese legali.

Questa tesi parrebbe essere confortata da un ulteriore passaggio della delibera Consob, laddove si statuisce che "sono esclusi dalla cognizione dell'Arbitro i danni che non sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione da parte dell'intermediario degli obblighi di cui al comma 1 e quelli che non hanno natura patrimoniale (art. 4, comma 3, delibera Consob n. 19602 del 2016). In sostanza, a voler ritenere che gli onorari dell'avvocato siano un "danno" patito dal ricorrente (danno nel senso che l'inadempimento dell'intermediario lo ha costretto a rivolgersi a un avvocato, reggendone le spese), essi non potrebbero essere rimborsati in quanto non sarebbero conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'intermediario. Ad avviso di chi scrive questa tesi può essere accolta, ma l'ACF dovrebbe lasciare aperta la possibilità di riconoscere, almeno in casi particolari, gli onorari dell'avvocato. Così come ha fatto l'ABF, si può partire dalla considerazione che la refusione degli onorari non è dovuta, non essendo obbligatoria la presenza dell'avvocato. Tuttavia, la refusione degli onorari potrebbe essere riconosciuta soprattutto nei seguenti casi: 1) la questione trattata è particolarmente complessa; 2) il valore della controversia è alto; 3) il comportamento "ostruzionistico" dell'intermediario ha indotto/costretto il ricorrente ad avvalersi di un avvocato.

(17) Arbitro per le Controversie Finanziarie, decisione 26 ottobre 2017, n. 96, in [www.acf.consob.it](http://www.acf.consob.it).