

MANUELA TOLA

ADR E MERCATO INTERNO DEI SERVIZI FINANZIARI NEGLI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Le politiche dell'Unione Europea per la tutela dei "consumatori". - 2. Dal diritto al giusto risarcimento all'accesso alla giustizia. - 3. La realizzazione del mercato interno dei servizi finanziari. - 4. Le ADR nella prospettiva della tutela degli investitori. - 5. ADR e ordinamenti nazionali.

1. *Le politiche dell'Unione Europea per la tutela dei "consumatori"*. – La libera circolazione delle merci e dei servizi consentita a livello europeo ed agevolata dalla diffusione delle transazioni a distanza realizzabili con l'ausilio della rete Internet ha aumentato considerevolmente le opportunità di scelta dei consumatori. La possibilità per questi ultimi di accedere senza difficoltà ai prodotti e servizi offerti da operatori stranieri, traendo vantaggio dalla maggiore competizione tra le imprese, rappresenta uno degli obiettivi della Comunità Europea che, da tempo memorabile, si adopera attivamente per porre in essere le misure più opportune in funzione dello sviluppo del mercato interno¹.

Il presupposto della relativa azione è quello di creare le condizioni atte ad accrescere la fiducia di coloro che intendono accedere al mercato, allo scopo di eliminarne qualsivoglia remora verso le transazioni con operatori di altri Stati membri, soprattutto in quelle situazioni in cui le stesse, nell'apportare un reale beneficio a favore delle parti contraenti – in termini di migliori prezzi e qualità dei beni e dei servizi – possano concorrere ad accrescere l'efficienza del sistema economico².

¹ Cfr. art. 153, par. 3, lett. a) Trattato istitutivo Ce; Risoluzione del Consiglio 7 dicembre 1992, concernente i mezzi per far funzionare il mercato unico.

² Il rafforzamento della fiducia dei consumatori costituisce uno degli obiettivi cruciali in vista della creazione del mercato interno. Cfr. Raccomandazione della Commissione europea 98/257/CE del 30 marzo 1998; Documento

In via generale, “i diritti, il benessere e la prosperità dei consumatori” costituiscono valori essenziali dell’Unione europea che tende a perseguirli riconoscendo a tali soggetti una particolare protezione³. Questa trova la sua base di partenza nella predisposizione di regole chiare e uniformi la cui funzione non è semplicemente quella di facilitare gli scambi ma di eliminare le distorsioni concorrenziali originate dalle differenze tra le diverse regolamentazioni esistenti negli Stati membri.

Si spiega così il crescente interesse della legislazione comunitaria verso quelle transazioni coinvolgenti il contraente non professionale che agisce per il soddisfacimento di bisogni insopprimibili legati alla vita e alla sopravvivenza, al quale va garantita una maggiore consapevolezza delle possibili implicazioni connesse al compimento dei cd. “atti di consumo” al di fuori dell’ordinamento di appartenenza⁴.

L’intento è quello di richiamare l’attenzione sul livello minimo di tutela comune che ciascun ordinamento ha il dovere di

di Consultazione predisposto dalla Commissione europea in data 11.12.2008 MARKT/H3/JS D(2008), in materia di *Alternative Dispute Resolution in the Area of Financial Services*, p. 3. Sulla rilevanza del medesimo obiettivo nell’ordinamento inglese, si rinvia a E. L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un’analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 259 ss.

³ Cfr. il documento *La tutela dei consumatori nell’Unione Europea: dieci principi base*, reperibile su http://ec.europa.eu/consumers/cons_info/10principles/it.pdf.

⁴ Sul punto, cfr. il *Secondo piano d’azione triennale in favore dei consumatori (1993-1995)*, approvato dalla Commissione europea il 28 luglio 1993, p. 12, reperibile all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?>, in cui si sottolinea come l’esigenza di porre in essere azioni di informazione e di istruzione dei consumatori non si limiti unicamente a stimolare tali soggetti a trarre i massimi vantaggi dalle possibilità offerte dalla realizzazione del mercato interno, ma intenda anche offrire agli stessi la possibilità di contribuire attivamente alla salvaguardia dei mercati concorrenziali. Sulla stessa linea si colloca il documento *La tutela dei consumatori nell’Unione Europea: dieci principi base*, cit., nel quale hanno trovato riconoscimento le regole fondamentali della tutela dei consumatori: 1) libera circolazione dei prodotti e dei servizi; 2) garanzie dei prodotti, 3) sicurezza degli alimenti e dei beni di consumo, 4) etichettature; 5) divieto di clausole abusive; 6) diritto di ripensamento e di recesso; 7) informazioni sui prezzi dei prodotti e dei servizi, 8) divieto di informazioni pubblicitarie e promozionali ingannevoli; 9) pacchetti turistici “tutto compreso”; 10) strumenti di ricorso in caso di controversie transfrontaliere.

assicurare ai consumatori anche attraverso l'emanazione di disposizioni di maggior favore. Per questo motivo, vi è un costante impegno alla massima diffusione delle prerogative riconosciute a tali soggetti e delle tutele dagli stessi azionabili, la cui effettività è rimessa anche al senso di responsabilità ed attenzione nella cura dei propri interessi.

In quest'ottica si collocano le innumerevoli iniziative di *consumer education* poste in essere a tutti i livelli dagli Organi europei al fine di sensibilizzare i consumatori rispetto alle problematiche che possono scaturire dal «libero gioco» del mercato unico⁵. Il punto di partenza è costituito dall'enucleazione delle regole che vi sovrintendono, la cui affermazione sembra voler superare quella relazione di diretta proporzionalità esistente tra la spinta all'accesso al mercato e l'effettività dei rimedi attivabili in caso di violazione dei diritti.

Quest'ultimo fenomeno, riconducibile alla sussistenza di una sorta di «sfasatura tra il contesto disegnato dal legislatore e la realtà vissuta dai cittadini», appare sintomatico di una scarsa percezione, da parte di questi ultimi, dell'unitarietà del mercato⁶. Per questo motivo, si è pensato di imboccare la via della prevenzione generale, implicante la predisposizione di adeguati ed efficaci strumenti di tutela in ipotesi di mancata o inadeguata esecuzione del contratto.

L'effettiva realizzazione dei diritti diviene così la chiave di volta della fiducia dei consumatori e del corretto funzionamento del mercato in quanto, se da un lato favorisce «l'esecuzione "spontanea" delle obbligazioni contrattuali», dall'altro, funge da limite ai casi di inadempimento che altrimenti sarebbero destinati ad aumentare⁷.

⁵ Cfr. la Comunicazione della Commissione europea del 13 marzo 2007 (COM 2007 99 def.), *Strategia per la politica dei consumatori dell'Ue 2007-2011*, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/consumers/overview/cons_policy/doc/cps.

⁶ Cfr. il Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee in data 16 novembre 1993 su *L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*, COM (93), 576 def.

⁷ Cfr. il Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee in data 16 novembre 1993, cit.

Gli effetti di tale impostazione dovrebbero percepirsi in modo particolare nelle transazioni che coinvolgono soggetti appartenenti a diversi Stati membri, rispetto alle quali vi è il forte timore che la sussistenza di una pluralità di normative di riferimento e la sottoposizione a differenti giurisdizioni possano minare la «“credibilità” della costruzione europea»⁸. Non va dimenticato, infatti, che all'abbattimento delle frontiere interne del mercato non si è accompagnato un corrispondente abbattimento delle frontiere giudiziarie, sicchè in ciascun ordinamento continuano a sussistere procedure operanti sulla base delle diverse normative nazionali. Ciò rischia di aumentare considerevolmente la distanza tra diritto e realtà e, soprattutto, di lasciare irrisolto il problema dell'effettività della tutela che, come si vedrà in seguito, nell'ordinamento comunitario assume dei contorni alquanto peculiari.

2. *Dal diritto al giusto risarcimento all'accesso alla giustizia.* – I problemi che impediscono l'efficace tutela dei consumatori hanno avuto un primo formale riconoscimento a livello comunitario in una Risoluzione del Consiglio europeo del 1975, che ne ha ricondotto le cause prevalentemente alla sussistenza di ostacoli all'accesso alla giustizia in termini di tempi, costi ed efficienza dei procedimenti. Per questo motivo, nell'enucleare le cinque categorie di diritti fondamentali di tali soggetti, la medesima Risoluzione vi ha inserito il diritto al giusto risarcimento dei danni «attraverso procedure rapide, efficaci e poco costose»⁹.

Ponendosi sulla stessa linea, i provvedimenti successivamente dedicati alla protezione dei consumatori hanno prestato specifica attenzione all'analisi delle barriere che ne possono ostacolare l'affermazione dei diritti al fine di poter individuare le misure più idonee al loro superamento¹⁰. In particolare, con

⁸ Cfr. il Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee in data 16 novembre 1993, cit.

⁹ Risoluzione del Consiglio europeo del 14 aprile 1975, recante il *Programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e d'informazione dei consumatori*. Sul punto, v. anche la Risoluzione del Consiglio europeo del 19 marzo 1981, in GUCE del 3 giugno 1981, n. C 133.

¹⁰ V. Risoluzione del Consiglio europeo del 19 marzo 1981, recante il *Secondo programma per una politica di protezione e d'informazione per i con-*

una Comunicazione del 1985 la Commissione europea ha definito, quale obiettivo primario della politica comunitaria in materia, l'esigenza di assicurare che in tutta la Comunità tali soggetti possano «beneficiare di un livello di risarcimento globalmente identico»¹¹.

Da quel momento, l'esigenza di garantire al cd. contraente debole l'effettiva affermazione dei propri diritti in caso di violazione da parte del contraente cd. forte, si è delineata con particolare vigore negli ulteriori interventi degli Organi comunitari¹². Tra questi, si contraddistingue per la particolare incisività, il Secondo piano d'azione triennale in materia di politica dei consumatori, con il quale la Commissione europea, previa affermazione della rilevanza della tutela degli interessi di tali soggetti in rapporto alle «altre politiche di disciplina e d'accompagnamento del mercato interno», ne ha riconosciuto il ruolo di assoluta centralità nell'azione delle Istituzioni comunitarie¹³.

Alla base del provvedimento si pone la consapevolezza che il mercato europeo possa concretamente realizzarsi e svilupparsi solo se idoneo a tradursi in concreti vantaggi nella vita quoti-

sumatori; Comunicazione della Commissione europea sulla *Protezione giuridica dei consumatori*, presentata in forma di *Memorandum* al Consiglio il 4 gennaio 1985 (COM 84 692 def.), in *Boll. Com. europee*, supp. 2 / 85, cui ha fatto seguito la Comunicazione della Commissione europea del 7 maggio 1987 (COM 87 210 def.), e la Risoluzione del Consiglio 25 giugno 1987, sull'*Accesso dei consumatori alla giustizia* (87/C 176/029), in *GUCE* del 4 luglio 1987, n. C 176.

¹¹ Comunicazione della Commissione europea 84/692, cit.

¹² Cfr. Risoluzione del Consiglio del 23 giugno 1986, in materia di *Futuri orientamenti della politica comunitaria per la tutela e la promozione degli interessi dei consumatori*; Risoluzione del Consiglio 25 giugno 1987, cit., nella quale si riconosce come, nell'ambito del contesto economico comunitario, la scelta del consumatore sia nel complesso sempre più estesa ma le condizioni dell'offerta diventino al contempo sempre meno chiare; Risoluzione del Consiglio del 9 novembre 1989, sulle *Future priorità per il rilancio della politica di tutela dei consumatori*, nella quale, si esortano gli Stati membri a promuovere l'accesso alla giustizia attraverso la ricerca di sistemi giudiziari o extra giudiziari che permettano di assicurare la composizione rapida ed efficace delle controversie tra consumatori e fornitori di beni e servizi.

¹³ Cfr. *Secondo piano d'azione triennale in favore dei consumatori (1993-1995)*, cit., p. 6.

diana dei consumatori, posto che soltanto a tale condizione la sua istituzione potrebbe ottenere la loro necessaria fiducia. L'obiettivo, allora, diviene quello di eliminare gli elementi che ne potrebbero ostacolare la piena realizzazione, soprattutto in quei settori che coinvolgono la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei cittadini.

Tra le priorità selettive funzionali ad aumentare la fiducia nel mercato, il Provvedimento ribadisce l'accesso alla giustizia e la risoluzione delle controversie, da attuarsi mediante l'introduzione di meccanismi di mediazione che, comportando l'attivazione di procedimenti semplificati, dovrebbero rivelarsi idonei in tutti quei casi in cui il ricorso alla giustizia non venga percepito come «la soluzione migliore»¹⁴. Da qui l'opportunità di orientarsi verso procedure amministrative o extra giudiziarie ovvero verso forme di arbitrato o conciliazione che, unitamente, alle iniziative volte ad assicurare l'informazione dei consumatori, possano garantire loro un'adeguata affermazione dei diritti¹⁵.

L'opportunità di istituire regimi di protezione giuridica solidi ed efficaci si delinea altresì nella *Strategia europea dei consumatori (2007-2013)*, adottata dalla Commissione europea¹⁶ e nella conseguente Risoluzione del Parlamento europeo del 20 maggio 2008 recante, a sua volta, la *Strategia comunitaria per la politica dei consumatori*¹⁷. In entrambi i provvedimenti, le due Istituzioni sottolineano espressamente l'opportunità di affidare le controversie tra i consumatori, da un lato, e i professionisti e i venditori, dall'altro, a meccanismi di risoluzione operanti in sede extragiuri-

¹⁴ Come ad es. quando la controversia abbia un valore esiguo, posto che in questi casi «l'inadeguatezza dei ricorsi giudiziari lascia il consumatore disarmato di fronte a comportamenti che tuttavia gli sono pregiudizievoli». Cfr. *Secondo piano d'azione triennale in favore dei consumatori (1993-1995)*, cit., p. 26.

¹⁵ Tale obiettivo è stato espressamente affermato nella Comunicazione della Commissione europea sulla protezione giuridica dei consumatori del 4 gennaio 1985, cit.

¹⁶ Comunicazione della Commissione europea 2007/99, cit.

¹⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 maggio 2008 sulla *Strategia per la politica dei consumatori dell'Unione europea 2007-2013* (2007/2189 (INI)), in GUCE del 19 novembre 2009, n. C 279 E/17.

diziaria, in ragione della maggiore rapidità delle decisioni e della limitatezza dei relativi costi.

Si assume al riguardo che, poichè i suddetti meccanismi rappresentano per loro natura una soluzione che si affianca ai sistemi giuridici tradizionali, la loro attivazione da parte dei singoli dipenderà «dall'esistenza di alternative di diritto positivo che consentano una riparazione efficace, prontamente accessibile e non discriminatoria»¹⁸.

In questi termini, il diritto al giusto risarcimento riconosciuto in via di principio al cd. contraente debole sembra ancorarsi inesorabilmente alla sussistenza di sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie che, unitamente all'applicazione della legislazione comunitaria da parte dei singoli Stati membri, costituiscono «fattori importanti per creare la fiducia del consumatore»¹⁹.

3. *La realizzazione del mercato interno dei servizi finanziari.* – Le posizioni delineatesi in seno alle Istituzioni comunitarie con riguardo alla generale tutela dei consumatori hanno trovato coerente sviluppo ed attuazione anche in relazione al settore dei servizi finanziari che, in ragione della loro particolare rilevanza sul piano del completamento del mercato interno, sono stati da sempre oggetto di specifica attenzione²⁰.

La materia si caratterizza oggi per la presenza di una cospicua legislazione che, a livello europeo, si giustifica in ragione dell'incoraggiamento, rivolto ai cittadini, a fare maggiore uso dei servizi finanziari «in particolare per quanto concerne le loro

¹⁸ Risoluzione del Parlamento europeo 2007/2189 (INI), cit.

¹⁹ Risoluzione del Parlamento europeo 2007/2189 (INI), cit.

²⁰ Soprattutto in relazione all'efficacia dei mezzi di pagamento transfrontalieri, ovvero alla responsabilità connessa all'uso delle carte di credito o anche ai servizi e alle attività di *home banking*. Sul punto si rinvia al *Secondo piano d'azione triennale in favore dei consumatori (1993-1995)*, cit., p. 26 ss. V. anche la Risoluzione del Parlamento europeo 2007/2189 (INI), cit. Sulla rilevanza della materia finanziaria rispetto allo sviluppo economico-sociale del mercato europeo e sulla sua interazione con la storia istituzionale della Comunità europea, si rinvia a P. FRATANGELO, *La legislazione comunitaria in materia finanziaria: linee evolutive e prospettive di cambiamento*, in *Studi e note di economia*, 2002, p. 107 ss.

future pensioni»²¹. Si spiega in questo modo la forte spinta all'innovazione che pervade il settore in esame e la sua funzionalità a garantire ai consumatori migliori opzioni²².

Tale tendenza, comportando un consistente ampliamento delle possibilità di scelta negli investimenti ha determinato un rilevante accesso dei risparmiatori nel relativo mercato rendendo indispensabile la previsione di forme di tutela da attuarsi non soltanto sul piano dell'informazione ma anche, e segnatamente, su quello della consulenza.

Quest'ultima attività si rivela necessaria in ragione della complessità dei prodotti che possono costituire oggetto dei servizi in questione, e tende a garantire la protezione del contraente cd. debole mediante meccanismi atti a consentire il superamento dell'asimmetria informativa esistente con la controparte professionale che si correlano alla previsione di regole di competenza e correttezza degli intermediari²³.

L'idea di fondo è che chiunque intenda accedere al mercato necessiti di essere correttamente informato oltre che sulle condizioni e i servizi offerti anche sulla legittimità dell'agire dell'operatore con il quale viene in contatto²⁴.

Quest'ultima esigenza, peculiare alle transazioni che trovano compimento nei mercati finanziari, risulta intimamente connessa

²¹ Risoluzione del Parlamento europeo 2007/2189 (INI), cit.

²² La progressiva apertura dei mercati finanziari nazionali agli operatori provenienti da altri Stati membri, realizzatasi a partire dal 1993, ha dato vita a quello che può definirsi il «Mercato unico dei servizi finanziari». Nell'ambito di tale mercato, un operatore finanziario stabilito in uno Stato membro può svolgere la propria attività nel territorio di tutti gli altri stati membri istituendovi una succursale o operando in regime di libera prestazione di servizi.

²³ Sulla disciplina di correttezza degli intermediari e sulla sua funzionalizzazione a garantire la fiducia degli investitori che, a sua volta, rappresenta il presupposto del buon funzionamento del mercato finanziario v. Corte di Giustizia, sent. 10 maggio 1995, in causa n. C-384/93, *Alpine Investments BV c. Minister Van Financiën*, in *Racc.*, 1995, p. 147 .

²⁴ Sulla rilevanza dell'informazione nell'ambito dei mercati finanziari e sulla sua funzionalità alla tutela del consumatore si rinvia a G. ALPA, *The Harmonization of EC Law of Financial Markets in the Perspective of Consumer Protection*, in *European Business Law Rev.*, 2004, 4, p. 356; H. VEDDER, *Competition Law and Consumer Protection: How Competition Law can be Used to Protect Consumers Even Better – Or Not?*, *ivi*, 2006, p. 85 ss.

a quel fattore "rischio" che, a sua volta, ne rappresenta l'elemento essenziale ed ineliminabile. Non a caso, la relativa affermazione ha trovato una propria definizione in occasione del massiccio contenzioso conseguente ai rovinosi *defaults* verificatisi tra il 2001 e 2003, in seguito ai quali l'attenzione del legislatore europeo si è spostata sulla cd. *conduct of business* degli intermediari e sulle conseguenze della relativa violazione²⁵.

Sotto questo profilo, la figura del "consumatore" si disarticola, al suo interno, in base alla transazione che la coinvolge e rispetto alla quale tende variamente ad assumere la connotazione di "acquirente", "utente", "risparmiatore" o "investitore"²⁶. L'elemento comune tra esse risulta essere quella libertà di scelta che si rivela fondamentale sul piano del completamento del mercato interno, nel quale i cittadini dovrebbero potersi muovere ed agire sulla base della più ampia informazione²⁷.

Nel settore dei servizi finanziari, tale prerogativa viene perseguita con particolare vigore, attesa la funzionalità a creare e mantenere negli investitori la fiducia verso il mercato e gli investimenti, a sua volta funzionale a garantire la soddisfacente allocazione delle risorse mediante interventi riequilibratori in grado di eliminare consolidate situazioni di debolezza negoziale²⁸. Si vuole

²⁵ Cfr. Dir. n. 2004/39/CE del 21 aprile 2004 (cd. "Mifid"), nella quale si prevedono discipline professionali volte a garantire la competenza e la correttezza degli intermediari finanziari in funzione di un maggiore riconoscimento della cd. *need of protection* dell'investitore. L'attenzione si sposta, così, sul comportamento degli intermediari e determina l'imposizione, in capo agli stessi, di norme volte a disciplinare la regolazione negoziale con i clienti.

²⁶ Sul punto cfr. E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, Torino, 2005, p. 11, il quale ritiene difficile «ravvisare nei consumatori una classe o categoria composta da soggetti egualmente deboli», posto che, al contrario, la definizione di consumatore fatta propria dalla legislazione (comunitaria e sulla sua scia, da quella) interna, non solo lascia margini a diverse incertezze, ma, soprattutto, è di estensione tale da determinare l'applicazione della disciplina a soggetti (purché persone fisiche) caratterizzati dalle più diverse competenze ed esperienze personali.

²⁷ Sul punto cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, 8, reperibile all'indirizzo www.orizzontideldirittocommerciale.it.

²⁸ È noto che il continuo riferimento, nei provvedimenti comunitari e nei documenti programmatici, alla fiducia dei risparmiatori e degli investitori sia

così favorire ed accrescere la consapevolezza di tali soggetti e, per questa via, assicurare il pieno ed effettivo esercizio della libertà di contrattazione anche a livello sovranazionale mediante la previsione di regole che, sotto taluni profili, tendono talvolta ad assumere una valenza, per così dire, "paternalistica".

In tale contesto, risulta evidente come la protezione dell'investitore rilevi quale obiettivo immediato di una disciplina nella quale trovano affermazione ben più ampi interessi, la cui realizzazione risulta finalizzata alla creazione di un più vasto contesto in cui possono trovare affermazione i diritti individuali. Infatti, alle norme di tutela dei singoli si affianca un pregnante sistema di regole funzionali al conseguimento del fondamentale obiettivo dell'integrità e buon funzionamento del mercato, sicchè l'investitore risulta beneficiario di una tutela che, sebbene destinata a manifestarsi primariamente sul terreno della libertà di scelta, va oltre siffatta prerogativa per focalizzarsi sulla protezione contro il rischio dell'investimento²⁹.

Il relativo problema, pertanto, non è solo ed esclusivamente quello di poter scegliere liberamente un certo prodotto finanzia-

funzionale a garantire l'affermazione di interessi di carattere generale variamente riconducibili alla tutela del risparmio, alla garanzia della stabilità del sistema finanziario ovvero all'efficienza e al corretto funzionamento del mercato dei valori mobiliari ecc. Sul punto cfr. C. SANDRI, *Profili di tutela del consumatore nella disciplina del mercato interno dei servizi finanziari e nella disciplina della concorrenza*, in *Dir. e pol. dell'U.e.*, 2007, p. 136. La fiducia nel corretto funzionamento del mercato si caratterizza in quanto, una volta che gli investitori confidano nel comportamento virtuoso degli intermediari e degli emittenti esistenti, per questi ultimi risulta facile commettere abusi ponendo in essere condotte opportunistiche a danno dei primi. In questo senso, cfr. A.M. PACCES, *Financial Intermediation in the Securities Markets: Law and Economics of Conduct of Business Regulation*, in *20 Int. Rev. Law Ec.*, 2000, p. 484. Se la fiducia nel mercato dovesse venire meno, gli investitori sarebbero indotti a concludere contratti a prezzi inferiori, pregiudicando la permanenza sul mercato degli operatori più corretti con conseguente compromissione dell'efficiente funzionamento dello stesso e della stabilità complessiva. Sul punto cfr., J. FRANKS e C. MAYER, *Risk, Regulation, and Investor Protection*, Oxford, 1989, p. 154; BANCA D'ITALIA, *Intermediazione finanziaria non bancaria e gruppi bancari polifunzionali: le esigenze di regolamentazione prudenziale*, in *Temi di discussione del Servizio Studi della Banca d'Italia*, n. 113, Roma, 1989, p. 38 ss.

²⁹ M. LIBERTINI, *op. cit.*, 19 ss.; G. VETTORI, "Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità", *Riv. dir. priv.*, 2003, 111 s.

rio – come la sua basilare connotazione di consumatore impone – bensì quello di farlo affidandosi ad un intermediario di fiducia e con la consapevolezza derivante da un'informazione adeguata. In caso contrario, deve essergli garantita la possibilità di far valere i propri diritti al fine di ottenerne una concreta tutela.

È ben evidente, dunque, come anche in questo specifico settore del mercato interno l'effettività del rimedio risarcitorio divenga la chiave di volta atta a mantenere o ricostituire la fiducia degli investitori soprattutto nei casi, rivelatisi non infrequenti, di cd. *fallimento del mercato*³⁰. La relativa esigenza risulta particolarmente avvertita in virtù del fatto che gli effetti degli eventuali inadempimenti – che in prima battuta si ripercuotono negativamente nei confronti degli investitori –, in realtà incidono in modo rilevante anche sul funzionamento del sistema economico, per la sussistenza di interessi ben più ampi e pervasivi di quelli propri dei singoli, attorno ai quali ruota tutta la disciplina dei fenomeni finanziari.

4. *Le ADR nella prospettiva della tutela degli investitori.* – La duplice peculiarità delle transazioni che si compiono nei mercati finanziari, in termini di rischio e di interessi coinvolti, ha indotto a ritenere che il mantenimento dell'indispensabile fiducia degli investitori non possa essere garantito dalla sola disciplina di natura sostanziale volta a riconoscerne i diritti.

La qualità e la sicurezza dei servizi finanziari, unitamente all'affermazione delle regole cui deve ispirarsi l'agere degli intermediari, infatti, sebbene rilevanti a tale scopo non costituiscono la condizione unica ed indispensabile dell'effettivo completamento del mercato interno, la cui realizzazione presuppone, invece, anche la possibilità di poter efficacemente e velocemente esperire un'azione giudiziale a tutela degli interessi lesi³¹.

Tale esigenza si è rivelata quanto mai impellente in seguito agli innumerevoli episodi di cd. «risparmio tradito» che, com-

³⁰ M. LIBERTINI, *op. cit.*, 19 ss. Sul cd. *fallimento del mercato* scaturente dalla sussistenza di una cultura finanziaria incapace di opporsi all'affermazione di perverse logiche di *moral hazard*, si rinvia a M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007.

³¹ In arg. si rinvia al documento *The Cost of Legal Obstacles to the Disadvantages of Consumers in the Single Markets*, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub03.pdf.

portando un considerevole aumento della litigiosità, hanno posto in luce i punti deboli del sistema.

Dalle relative esperienze è, infatti, emerso come sul piano della tutela anche il settore finanziario risenta pesantemente degli effetti negativi dei costi e dei tempi del processo oltre che della regola del giudizio. In particolare, quest'ultimo elemento, sebbene indispensabile ai fini della certezza dei rapporti giuridici, portato alle estreme conseguenze rischia talora di avere degli effetti che potrebbero apparire iniqui sul piano della giustizia sostanziale³². I numerosi casi di abusi conclamati a danno degli investitori, spesso non sanzionabili per la mera ricorrenza di requisiti formali o impedimenti processuali hanno, infatti, determinato un drastico calo di fiducia nel sistema delle regole e della giustizia³³. Il procedimento giurisdizionale, infatti, non sempre risulta adattabile alla natura delle controversie sicchè alle parti non è consentita la possibilità di instaurare un dialogo che in determinati frangenti può rivelarsi determinante ai fini dell'opportuno accomodamento della controversia in atto³⁴.

³² Un simile effetto rischia di porsi in contrasto con lo spirito della disciplina del mercato finanziario e, segnatamente della dir. cd. Mifid che, secondo taluni, sarebbe finalizzata a garantire valori come «efficienza e concorrenza e, quindi, in ultima analisi equità». Così, L. ROSSI CARLEO, *Diritto comunitario, «legislazione speciale» e «codici di settore»*, in *Riv. not.*, 2009, I, p. 17.

³³ Secondo le statistiche riferite all'anno 2006, risulta che a livello europeo soltanto il 14% degli investitori ha formalmente agito contro un operatore.

³⁴ L'adattabilità alla natura delle controversie e la possibilità di instaurazione di un dialogo tra le parti sono invece requisiti ampiamente riconosciuti ai sistemi di ADR. In questo senso cfr. il Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale (COM(2002) 196 def.). L'idea di che i litiganti, se adeguatamente aiutati, siano in grado di trovare la composizione più adatta per il loro conflitto senza doverne affidare il compito ad un terzo, è largamente dominante in dottrina. In proposito si rinvia a E. GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, p. 302; A. AVOLIO, *L'accesso alla giustizia: quali tendenze di riforma per affrontare la crisi. La posizione della comunità europea*, in *Contr. impr. Eur.*, 1997, I, 743, secondo la quale «viene reputato utile offrire ai litiganti il modo di riprendere il dialogo interrotto, sì da consentire loro la piena comprensione delle reciproche posizioni. Attraverso sifatto faticoso processo, infatti, si riesce talora a far abbandonare gli atteggiamenti di totale quanto sterile contrapposizione, cui segue la lenta emersione delle reali ragioni responsabili del conflitto, che a causa degli

Con riguardo alle transazioni su base transfrontaliera, a questi problemi vanno ad aggiungersi i conflitti normativi e giurisdizionali connessi al divario, tutt'ora esistente, nella legislazione dei diversi Stati membri. Tale situazione, oltre a non agevolare il processo di unificazione del mercato interno, rischia anche di acuire la concorrenza tra ordinamenti, a vantaggio di quelli che garantiscono una migliore, efficace e rapida tutela sul piano dell'affermazione dei diritti.

Dall'unitaria considerazione di tutti questi elementi si è fatta strada l'idea secondo cui la possibilità di una concreta riparazione delle violazioni perpetratesi nel mercato finanziario non possa prescindere dalla previsione di norme di natura processuale, riferibili anche a procedure di tipo stragiudiziale, finalizzate a rendere effettiva la protezione degli investitori.

La possibilità per questi ultimi di ottenere giustizia in tempi rapidi e a costi più contenuti, facendo ricorso a meccanismi di risoluzione delle controversie di natura non giudiziaria, rappresenta, infatti, un fattore importante per crearne o ricrearne la fiducia nel mercato³⁵. A questi fini, si rende indispensabile una stretta cooperazione tra gli Stati membri che consenta di superare le diversità tutt'ora esistenti sul piano delle regole e dell'accesso alla giustizia³⁶.

Ponendosi su questa linea, i diversi provvedimenti comunitari che hanno riguardato il mercato finanziario nell'ultimo decennio, da un lato, risultano fortemente orientati verso l'elaborazione e consolidamento di meccanismi di composizione delle liti atti ad «incoraggiare soluzioni extragiudiziali»³⁷, dall'altro, contengono la costante sollecitazione degli Stati membri a promuovere forme di collaborazione tra gli organismi di ADR, anche attraverso l'eli-

stani «giochi» della psiche umana risultano spesso poco chiare anche agli stessi litiganti».

³⁵ Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 maggio 2008 sulla *Strategia per la politica dei consumatori dell'Unione europea 2007-2013*, cit.

³⁶ In proposito v. *Il programma d'azione comunitaria sulla politica europea dei consumatori 2007-2013*, reperibile all'indirizzo internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:404:0039:0045:IT:pdf>.

³⁷ Secondo le indicazioni contenute nel *Programma d'azione comunitaria sulla politica europea dei consumatori 2007-2013*, cit.

minazione di eventuali disposizioni di legge o regolamentari che impediscano la concreta attuazione di iniziative in tal senso³⁸.

È evidente che solo a questa condizione può compiutamente realizzarsi quell'unicità del mercato più volte auspicata dalle Istituzioni comunitarie le quali, a tali fini, ritengono fondamentale che «i cittadini non nutrano preoccupazioni nell'acquisto di servizi finanziari in un altro Stato membro», in particolar modo se e «quando possono ottenere maggiori vantaggi»³⁹.

5. *ADR e ordinamenti nazionali.* – L'impulso alla diffusione e alla pratica della risoluzione extragiudiziale delle controversie impresso dalle Istituzioni comunitarie è servito a rafforzare il ruolo delle ADR nella valutazione dei singoli ordinamenti nazionali che, già da tempo, ne avevano avvertito la grande potenzialità ai fini di rafforzamento della fiducia degli investitori.

Tale percezione, particolarmente diffusa anche tra gli operatori, è sfociata innanzitutto nella predisposizione di procedure interne di risoluzione delle controversie che, pur ponendosi su un piano di cd. "autotutela privata" hanno comunque fatto emergere una particolare attenzione e sensibilità verso i diritti e le esigenze dei fruitori dei servizi finanziari⁴⁰.

³⁸ Cfr. Dir. 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori; Dir. 2002/92/CE sulla mediazione assicurativa; Dir. 2004/39/CE sui mercati degli strumenti finanziari; Dir. 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno; Dir. 2008/48/CE sui contratti di credito. La particolare propensione dei provvedimenti comunitari verso l'istituzione di organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia finanziaria sembrerebbe testimoniare la sussistenza, in questo campo, di una sfera di relazioni economiche in cui sono destinate a farsi avvertire con maggiore intensità le motivazioni che inducono a favorire sistemi di risoluzione alternativi alle ordinarie vie giudiziali. In arg., E. QUADRI, *L'«arbitrato bancario finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 306.

³⁹ Secondo quanto dichiarato dal Commissario per il mercato interno Frits Bolkestein nella conferenza stampa tenutasi il 2 settembre 2002, per la presentazione della nuova guida *Fin net*. Cfr. doc. IP/02/1258.

⁴⁰ In generale, sull'"autotutela privata" si rinvia, senza pretesa di esaustività, a E. BETTI, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 529; C.M. BIANCA, voce *Autotutela*, *ivi*, Agg. IV, Milano 2000, p. 130; A. SATURNO, *L'autotutela privata*, Napoli, 1995.

A queste iniziative si è affiancata l'istituzione, su impulso delle associazioni di categoria degli operatori, di veri e propri organismi di ADR specializzati in particolari branche della materia finanziaria, la cui creazione è stata concepita sia in termini tutela attivabile con riguardo alle controversie di esiguo valore sia, più in generale, come forma di tutela «di sistema», destinata a porsi come antecedente rispetto al giudizio ed in funzione di evitarne l'instaurazione⁴¹.

Sin dall'origine, lo scopo perseguito da tutte queste iniziative è stato quello di valorizzare l'interazione ed il dialogo tra operatori e investitori secondo meccanismi atti a gestire correttamente la relazione in funzione delle ricadute positive sul mercato finanziario, sulla qualità dei servizi erogati e dei prodotti offerti⁴². La possibilità che la questione controversa possa essere risolta dallo stesso intermediario o, comunque, possa trovare soluzione all'interno del sistema al quale questi appartiene, funge infatti da stimolo all'attivazione di processi di auto-correzione e di reciproca informazione che si ripercuotono favorevolmente sulla relativa categoria.

I meccanismi in questione, sin dall'origine, sono stati concepiti come una sorta di "valore aggiunto" funzionale ad incre-

⁴¹ Come, ad es., l'*Ombudsman* bancario, istituito nel 1993 per volontà dell'ABI (Associazione Bancaria Italiana), in forma di organismo collegiale composto da 5 membri con la funzione originaria di esprimere giudizi sulle controversie insorte fra banche e clienti.

⁴² Cfr. la Relazione al Regolamento n. 24 del 19 maggio 2008, concernente la procedura di presentazione dei reclami all'Isvap, di cui all'art. 7 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private) e la procedura di gestione dei reclami da parte delle imprese di assicurazione. Nello stesso senso, v. altresì le *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, emanate dalla Banca d'Italia e reperibili all'indirizzo <http://www.bancaditalia.it/vigilanza/banche/normativa/disposizioni/provv/disposizioni/Disposizioni.pdf>, in cui si afferma che «I sistemi stragiudiziali assumono rilievo per le finalità della vigilanza e, più in generale, per l'efficienza del sistema finanziario. Meccanismi efficaci di definizione delle liti incentivano il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela; migliorano la fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi bancari e finanziari; costituiscono un utile presidio dei rischi legali e reputazionali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso».

mentare il livello di serietà, professionalità ed attenzione dell'intermediario nei confronti della clientela.

Tuttavia, il fatto che a doversi esprimere sulla controversia sia la stessa parte "forte" della contesa, che vi provvede in via diretta nei casi di procedura interna di reclamo, ed in via indiretta con riguardo alle ADR di categoria, in passato ha avuto un'incidenza negativa sulla valutazione dell'efficienza, efficacia e affidabilità dei corrispondenti sistemi⁴³.

Si capisce allora l'insistenza con la quale, sia a livello europeo sia, e per riflesso, a livello nazionale si è declamato l'accesso ai sistemi di ADR che, improntati ai canoni di indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza, dovrebbero consentire di sostenere ed integrare le iniziative degli Stati membri finalizzate a garantire quell'«elevato livello di protezione dei consumatori» che risulta imprescindibile per la piena realizzazione del mercato interno⁴⁴.

⁴³ Emblematico è il caso dell'*Ombudsman* bancario che, in origine, a causa della sua composizione esclusivamente di estrazione bancaria (infatti, suoi membri erano nominati dall'Abi ed il presidente invece era nominato dal Governatore della Banca d'Italia), figurava per lo più come un organo orientato a favore del sistema bancario piuttosto che dei risparmiatori. Dal 1° giugno 2007, la gestione dell'*Ombudsman* è passata all'Associazione Conciliatore bancario finanziario che ha riunito tutti i mezzi di sistema per risolvere le possibili controversie tra banche e clienti. Attualmente, la metà dei membri che lo compongono viene nominata dalle associazioni rappresentative dei consumatori.

⁴⁴ Raccomandazione della Commissione europea 98/257/CE del 30 marzo 1998, cit.