La tutela giurisdizionale effettiva dei diritti

Sfide e prospettive in materia economico-finanziaria nell'ordinamento italiano

a cura di
Mario Bertolissi, Marco Lamandini,
Roberto Nania

Collana del Dipartimento di
Sociologia e Diritto dell'Economia
Università di Bologna

FrancoAngeli

OPEN ACCESS

COLLANA DEL DIPARTIMENTO
DI SOCIOLOGIA E DIRITTO DELL'ECONOMIA
ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

SEZIONE GIURIDICA

Tutti i volumi pubblicati sono sottoposti a un processo
double blind peer review che ne attesta la qualità scientifica

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

OPEN ACCESS
la soluzione FrancoAngeli

Il presente volume è pubblicato in open access, ossia il file dell'intero lavoro è liberamente scaricabile dalla piattaforma **FrancoAngeli Open Access** (http://bit.ly/francoangeli-oa).

FrancoAngeli Open Access è la piattaforma per pubblicare articoli e monografie, rispettando gli standard etici e qualitativi e la messa a disposizione dei contenuti ad accesso aperto. Oltre a garantire il deposito nei maggiori archivi e repository internazionali OA, la sua integrazione con tutto il ricco catalogo di riviste e collane FrancoAngeli massimizza la visibilità, favorisce facilità di ricerca per l'utente e possibilità di impatto per l'autore.

Per saperne di più: Pubblica con noi

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

La tutela giurisdizionale effettiva dei diritti

Sfide e prospettive in materia economico-finanziaria nell'ordinamento italiano

a cura di
Mario Bertolissi, Marco Lamandini,
Roberto Nania

Contributi di: S. Allegrezza, S. Alvaro, G. Bergonzini, B. Bertarini, M. Belletti, M. Bertolissi, A. Bianconi, C. Bottari, F. Cameli, A. Castaldo, G. Comazzetto, R. D'Ambrosio, P. D'Onofrio, L. Durst, M. Grantaliano, M. Lamandini, G. Lasagni, F. Laus, C. Lieto, M. Marinari, D. Messineo, P. Mezzanotte, R. Nania, C. Pagliarin, R. Pini, F. Pizzolato, S. Providenti, G. Rivosecchi, M.G. Rodomonte, L. Romanò, C. Russo, C. Sereni Lucarelli, C. Silva, N. Soldati, M.A. Stefanelli, D. Testa, G. Tieghi, E. Tinti, A.C. Visconti.

Collana del Dipartimento di Sociologia e Diritto dell'Economia – SDE Università di Bologna

FrancoAngeli

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

Il presente volume è stato realizzato nell'ambito del progetto PRIN 2017 NAFWC8 *"The essential, and competitive, role of specialised courts and alternative dispute resolution mechanisms in financial law as a precondition for the attainment of social desirable levels of public and private enforcement. Lessons from history in administrative and business law and the future of judicial review in European financial law in light of European and national fundamental rights"*, Principal Investigator Prof. Marco Lamandini.

Mario Bertolissi, Marco Lamandini, Roberto Nania (a cura di), *La tutela giurisdizionale effettiva dei diritti. Sfide e prospettive in materia economico-finanziaria*, Milano: FrancoAngeli, 2024
Isbn: 9788835155966 (eBook)

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia.

Pubblicato con licenza *Creative Commons Attribuzione-Non Commerciale-Non opere derivate 4.0 Internazionale* (CC-BY-NC-ND 4.0)
L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.it

Indice

Prefazione
di *Marco Lamandini* pag. 15

Parte prima
Le forme di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali in campo economico-finanziario tra tradizione costituzionale europea e prospettive di innovazione

Il diritto costituzionale ad azionare diritti: una introduzione a stato di diritto e giurisdizione tra tradizione e linee innovative
di *Roberto Nania* » 27

Tutela giurisdizionale effettiva e indipendenza del giudice tra principi costituzionali e orientamenti della Corte costituzionale: l'esperienza dell'ordinamento italiano
di *Maria Grazia Rodomonte* » 43

I requisiti dell'indipendenza e dell'autonomia dei giudici tra principi costituzionali e orientamenti giurisprudenziali: la dimensione sovranazionale
di *Ludovica Durst* » 65

Il ruolo delle Autorità amministrative indipendenti in campo economico/finanziario. Quali percorsi per la precettività dell'art. 47 Cost.?
di *Michele Belletti* » 84

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

Giusto procedimento e giusto processo: i principi della CEDU e il loro rapporto con le tradizioni costituzionali nazionali (riflessioni a margine dei procedimenti sanzionatori)
di *Paolo Mezzanotte* pag. 97

Tutela giurisdizionale effettiva e *Alternative Dispute Resolution*. Il ruolo dei controlimiti costituzionali
di *Anna Camilla Visconti* » 128

Parte seconda
Tutela giurisdizionale effettiva, specializzazione e specialità dei giudici a tutela di diritti nei confronti dell'amministrazione. Il caso emblematico della "giurisdizione sulle risorse"

La giurisdizione sulle entrate e sulle spese
di *Mario Bertolissi* » 147

La Corte Costituzionale e la tutela dei diritti nell'impiego delle risorse
di *Guido Rivosecchi* » 159

Libertà economiche ed autonomia locale: strumenti e lacune della tutela giurisdizionale
di *Filippo Pizzolato, Davide Testa* » 172

La Corte dei conti
di *Carola Pagliarin* » 188

Il (nuovo?) giudice tributario, tra unità della giurisdizione e indipendenza del giudice speciale
di *Giuseppe Bergonzini* » 207

Giustizia fiscale e "*new global judicial attitude*": verso un *comparative transformative constitutionalism*?
di *Giovanna Tieghi* » 229

La prospettiva europea: appunti sul controllo e sulla gestione delle risorse in un sistema multilivello
di *Giovanni Comazzetto* » 248

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

Parte terza
Lezioni dalla giustizia nel sindacato di valutazioni tecniche o economiche complesse

Sindacare l'amministrazione è anch'esso amministrare? Il ruolo del sindacato del giudice amministrativo sulla decisione amministrativa, osservazioni su discrezionalità amministrativa e tecnica e breve *focus* sul relativo sindacato nel settore dei contratti pubblici
di *Federico Laus* pag. 263

La metamorfosi della giustizia tradizionale e le geometrie della legittimazione dell'*adjudication*
di *Rolando Pini* » 295

Profili evolutivi e criticità nel giudizio amministrativo sul fatto. Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e della Banca d'Italia
di *Cecilia Sereni Lucarelli* » 304

La rideterminazione giudiziale delle sanzioni *antitrust*. Elementi di riflessione tratti dalla prassi
di *Angelo Castaldo, Marco Grantaliano* » 325

L'estensione del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse in materia bancaria
di *Donato Messineo* » 339

L'estensione del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse in tema di sperimentazione animale alla luce della normativa attuativa della direttiva 2010/63/UE
di *Carlo Bottari* » 351

I poteri del giudice amministrativo in sede d'impugnazione delle decisioni dei giudici sportivi
di *Paco D'Onofrio* » 372

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

Parte quarta
Tutela giurisdizionale effettiva e diritto sanzionatorio del settore finanziario. Teoria e prassi nell'ordinamento europeo e in quello italiano

Il sistema sanzionatorio nel settore assicurativo: principi e tutele
di *Claudio Russo* pag. 387

Tutela giurisdizionale effettiva e diritto sanzionatorio in materia bancaria a seguito del regolamento SSM
di *Raffaele D'Ambrosio* » 398

L'evoluzione del modello di sanzione nel diritto dei mercati finanziari e il suo vaglio giurisdizionale
di *Simone Alvaro, Alessandra Bianconi, Chiara Lieto* » 412

Il potere sanzionatorio dell'ESMA tra normativa e prassi e il suo sindacato nell'ordinamento europeo
di *Federica Cameli* » 457

Il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del *golden power*: effettività della tutela tra ordinamento interno e diritto dell'Unione europea
di *Enrico Tinti* » 470

Parte quinta
Tutela giurisdizionale effettiva e rispetto dei diritti fondamentali nel prisma della specializzazione nell'indagine e nella giurisdizione penale in materia bancaria e finanziaria: aspetti istituzionali di diritto europeo e nazionale

Dal gioco competitivo al gioco cooperativo: lo scambio di informazioni fra la BCE e gli organi di giustizia penale nell'ambito delle indagini bancarie
di *Silvia Allegrezza, Leonardo Romanò* » 489

Giusto processo, vigilanza finanziaria e diritto al rimedio effettivo
di *Giulia Lasagni* » 518

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

La proporzionalità della pena in materia di abusi di mercato. Profili problematici di un sindacato diffuso di ri-equilibrio sanzionatorio
di *Chiara Silva* pag. 537

Parte sesta
Oltre la giurisdizione: effettività di tutela e strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. Le lezioni dal settore finanziario

Online Dispute Resolution. Regolamentazione europea ed evoluzione normativa
di *Maria Alessandra Stefanelli* » 579

Il rilievo assunto dagli strumenti giuridici di risoluzione alternativa delle controversie: impatto sulla fiducia dei consumatori nel mercato
di *Beatrice Bertarini* » 592

L'Arbitro Bancario Finanziario nel quadro europeo e nel contesto delle reti di ADR. Profilo ordinamentale, processuale e di merito
di *Marcello Marinari* » 602

L'arbitro IVASS: prima forma di giustizia predittiva?
di *Nicola Soldati* » 617

L'Arbitro per le controversie finanziarie nel quadro europeo e nel contesto delle reti di ADR. Lezioni sul piano ordinamentale, processuale e del merito
di *Salvatore Providenti* » 638

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

Il rilievo assunto dagli strumenti giuridici di risoluzione alternativa delle controversie: impatto sulla fiducia dei consumatori nel mercato

Beatrice Bertarini*

Sommario: 1. Introduzione – 2. La risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea – 3. La "soluzione amichevole" delle controversie nel Codice del Consumo italiano – 4. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

L'accesso alla giustizia a livello universale rappresenta, ai giorni nostri, un riferimento essenziale per la definizione dello sviluppo sostenibile come evidenziato dal *goal* n. 16 contenuto nella *Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile* delle Nazioni Unite[1] intitolato "*Promuovere società pacifiche e inclusive per uno sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia, e creare istituzioni efficaci, responsabili ed inclusive a tutti i livelli*". Il *goal* n. 16 è uno degli obiettivi più innovativi focalizzandosi "*on advancing government accountability, building trust, and sustaining peace*"[2].

* Università di Bologna.

1. A/RES/70 Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale il 25 settembre 2015, intitolata *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*. In tema si veda anche il rapporto dell'OECD, Equal Access to Justice, 2015, che evidenzia che "*improving access to justice is increasingly recognised as a critical dimension of inclusive growth and as a mean for tackling inequality. The inability to access legal and justice services can be both a result and a cause of disadvantage and poverty. Legal (and justiciable) problems tend to occur in combination thus creating clusters of legal and justice needs (housing, employment for individuals and tax, regulation and employment for small businesses) and compounding legal issues. Although the data is limited, inability to obtain legal and justice services is often found to have a disproportionate impact on the low-income and other disadvantaged groups, precisely because of their lack of individual economic resources. This in turn can further undermine their ability to enforce their economic and social rights, including property and labour rights. For small businesses, inability to resolve legal problems, including disputes, may result in losses of employees, ceasing certain types of trading and incurring additional costs, thus hindering growth*".

2. Per una analisi dettagliata si rinvia a K.R. Hope, *Peace, justice and inclusive institutions: overcoming challenges to the implementation of Sustainable Development Goal 16*, in *Global Change, Peace & Security*, n. 1, 2020, 58.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

Il punto centrale pare essere la necessità di garantire un equo accesso a forme di giustizia per tutti che le Nazioni Unite individuano attraverso l'indicatore 16.3.3, che vuole misurare "*Proportion of the population who have experienced a dispute in the past two years and who accessed a formal or informal dispute resolution mechanism, by type of mechanism*"[3].

Il generale riferimento a *formal* o *informal* meccanismi di risoluzione delle controversie permette di evidenziare come anche a livello internazionale sia rilevata la presenza non solo dei tradizionali sistemi giurisdizionali, ma anche di differenti e molteplici sistemi che sono *altro* rispetto alla giustizia ordinaria.

Numerose ed eterogenee sono, infatti, le procedure a-giurisdizionali o stragiudiziali volte a comporre i conflitti delle parti in causa "senza pervenire alla pronuncia della decisione da parte del giudice (ordinario) competente"[4]; la caratteristica precipua di tali forme di giudizio è di essere considerate alternative rispetto al sistema ordinario, nonché caratterizzate da rapidità, flessibilità, semplicità e contenimento dei costi[5].

A livello storico gli studiosi del diritto hanno sottolineato come già la dottrina confuciana considerava la controversia quale turbamento dell'armonia naturale che doveva esistere tra singoli, gruppi e l'intera società, tanto che tale controversia doveva essere ricomposta attraverso la ricerca di una soluzione di compromesso che evitasse un processo[6].

La più moderna definizione di un sistema alternativo di risoluzione delle controversie è però da ricercare negli Stati Uniti tra gli anni Sessanta e Settanta del

3. L'indicatore 16.3.3 è parte del target n. 16.3 intitolato *Promote the rule of law at the national and international levels and ensure equal access to justice for all*, contenuto nel *Global indicator framework for the Sustainable Development Goals and targets of the 2030 Agenda for Sustainable Development* definito dalle Nazioni Unite nel 2017 (A/RES/71/313).

4. G. Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Politica del diritto*, n. 3, 1997, 403.

5. Cfr. G. Rossolillo, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2008, 349.

6. R. Cavaliere, *Diritto dell'Asia Orientale*, Cafoscarina, 2009, 5 ss. Analizza M. Taruffo, *Osservazioni sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, in A. Maggipinto (a cura di), *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella Società dell'Informazione*, Nyberg, 2006, 27 che "in Cina la tradizione confuciana, che ha determinato per più di due millenni l'atteggiamento verso la soluzione dei conflitti, ha costituito la base filosofica e ideologica su cui si è fondata l'avversione per il ricorso alla giustizia dei tribunali e il privilegio del ricorso a varie forme di conciliazione. Studi recenti hanno mostrato che, accanto all'ideale confuciano della ricostruzione dell'armonia sociale attraverso la composizione volontaria dei conflitti, a dar supporto alla prassi della mediazione vi erano corposi interessi di casta, di ceto e di conservazione delle forme tradizionali di potere, oltre all'interesse del potere imperiale di impedire che i conflitti si trasformassero in controversie legali che potevano mettere in crisi gli assetti tradizionali".

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

secolo scorso[7] ove, a seguito della cosiddetta *litigation explosion* per cui "in molti casi le normali procedure giudiziarie risultavano troppo lente e complesse per produrre dei risultati che valessero la pena dei costi sostenuti"[8], si cominciò a diffondere l'idea che "i tribunali dovessero smettere di essere il luogo dove comunque iniziavano tutte le controversie: potevano diventare il luogo dove eventualmente andavano a finire, se prima non erano state risolte altrimenti"[9].

Allo stesso tempo è anche stato osservato che i metodi alternativi di soluzione delle controversie si sviluppano in un contesto culturale caratterizzato da *controculturalismo* e *critica dell'ipertrofia giuridica*; il primo si riferisce al movimento sociale degli anni Sessante che radicava i suoi valori nell'individualismo, nel populismo, nel *laissez-faire* e nell'egualitarismo, i "punti di maggiore attenzione erano l'antiautoritarismo, l'anti-intellettualismo, la realizzazione di sé e della comunità", ciò rendeva i controculturalisti "comprensibilmente ostili al consolidato sistema di soluzione delle controversie basato sulle corti"[10]. Al contempo, i *critici*

7. Nel diritto statunitense pare opportuno ricordare un ulteriore passaggio rilevante ai fini della nostra analisi e cioè come negli anni Quaranta sia rinvenibile una nuova "filosofia del mercato, assimilando tra i suoi principi operativi l'idea di efficienza e flessibilità. A una rigida concezione procedurale nell'applicazione del diritto venne sostituita, attraverso la promulgazione delle Federal Rules of Civil Procedure del 1938, l'idea di un diritto flessibile, i cui meccanismi processuali si adattavano alle nuove ed incalzanti esigenze del mercato. La riforma del processo, che abbandonava il formalismo del common law in favore dell'equity, corrispondeva a un 'modello operativo' più agile che abbandonava i limiti imposti dal rigore procedurale in favore di una maggiore discrezionalità delle corti", così M.A. Foddai, *Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli stati Uniti d'America*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, n. 10, 2012, 410; ove l'A. riprende C.B. Harrington, *Delegalization Reform Movements: A Historical Analysis*, in R.L. Abel (a cura di), *The Politics of Informal Justice*, vol. I, *The American Expericence, Academic Press*, 1982, 39; M.J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, il Mulino, 2004, 467 ss.; S.N. Subrin, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1987, 909; O. Chase, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in V. Varano (a cura), *L'altra Giustizia*, Giuffrè, 2007, 129.

8. G. Romualdi, *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Giappichelli, 2010, 29.

9. *Ibidem*. In tema ricorda C. Maresca, *La sfida delle trasposizioni delle online dispute resolution sul suolo europeo: strumento realmente efficace o chimera?*, in *Giustizia civile.com*, n. 8, 2021, 3, che "risale al 1977, infatti, il discorso del professor Sander dell'Università di Harvard sulla necessità di una '*multi-door courthouse*' per rispondere al crescente bisogno di un sistema che permettesse un veloce, equo e specifico accesso alla giustizia, volto ad esaudire un movimento che alcuni hanno ben definito come proveniente dal basso. L'idea era, infatti, quella di guardare all'esigenza individuale e concreta e disegnare sulla fisionomia della stessa un metodo alternativo e specifico di risoluzione della controversia, in contrapposizione alla concezione di un unico rito applicabile a tutte le contese. In altre parole, *fitting the forum to the fuss*".

10. O.G. Chase, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura e rituali*, Laterza, 2009, 130; l'A. prosegue riprendendo le osservazioni di J.S. Auerbach, *Justice without law*, Oxford University Press, 1983, e

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

dell'"ipertrofia del diritto" osservavano un "eccesso di affidamento al diritto per risolvere i molti problemi della società"[11].

La ricerca di metodi alternative di risoluzione delle controversie, anche detti, mutando un'espressione anglosassone, *Alternative Dispute Resolution* (ADR)[12], ha assunto sempre maggior rilievo sia a livello giuridico, sia a livello economico rappresentando una concreta alternativa alla crisi degli attuali sistemi giuridici: la generale categoria di riferimento trova nei diversi ordinamenti giuridici pratiche e metodi specifici che, però, presentano anche caratteri comuni[13].

di D.R. Hensler, *Our Court, Ourselves: how the Alternative Dispure Resolution Movement is reshaping our legal system*, in *Pen State Law Review*, n. 1, 2003, 165, che sottolineano che "il modo di pensare lineare e razionale, che è proprio del procedimento giuridico, contrastava con la loro con la loro diffidenza nei confronti 'della logica, della razionalità, dell'analisi e del principi'. E la natura adversarial del processo contrastava con il loro rifiuto della competizione. 'Essi non vedono gli altri come qualcosa contro cui combattere'. L'invocazione del recupero di alternative al procedimento giudiziario nasceva perciò 'dalla speranza euforica che esplose durante gli anni Sessanta, quando la valorizzazione della comunità divenne un tema centrale della riforma politica'. Il 'movimento per la giustizia di comunità' (community justice movement), che emerse in questo periodo, traeva 'ispirazione dall'idea (...) che le istituzioni giuridiche formali, compresi i tribunali, fossero meccanismi peer salvaguardare il potere dell'élite (...) e impedire ai membri della comunità (ossi alle non èlite) di imparare a governare il proprio ambiente e, in definitiva, le proprie vite'. Poiché questi critici vedevano il sistema della giustizia formale come un ostacolo al perseguimento di una società migliore, il loro obiettivo era 'costruire delle istituzioni per la giustizia di base, capaci di applicare le norme della comunità alle controversie, e di fare affidamento sui membri della comunità per la loro risoluzione'".

11. O.G. Chase, *Gestire i conflitti*, cit., 126, che ricorda che l'ipertrofia giuridica "*fu un fenomeno tanto politico quanto culturale*". Analizzava F.E. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, in A.L. Levin, R.R. Wheeler (eds.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, West Publishing Company, 1979, 65-87, che "*A second way of reducing the judicial caseload is to explore alternative ways of resolving disputes outside the courts*" (66).

12. S. Sticchi Damiani, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2004, 33, sottolinea che l'acronomio ADR "ha avuto grande diffusione da quando il Congresso degli Stati Uniti ha inteso utilizzarlo nel Civil Justice Reform Act (CJRA, 1990) con cui ha riformato il sistema della giustizia civile. In tale atto (al punto 6) è espressamente incoraggiato l'uso di sistemi extragiudiziari quale principale rimedio ai problemi della giurisdizione tradizionale, troppo lenta ed affollata"; nonché ricorda che "tra le innumerevoli definizioni fornite dalla dottrina anglo-americana, una delle più convincenti appare quella elaborata da Brown: 'alternative dispute resolution or ADR may be defined as a range of procedures that serve as alternatives to litigation through the courts for the resolution of the dispute, generally involving the intercession and assistance of natural and impartial third party'" (35), l'A. riprende H. Brown, A. Marriott, *Alternative Dispute Resolution: Principles and Practice*, Sweet & Maxwell, 1999, 9.

13. Per una ampia analisi si rinvia a V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, cit.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

2. La risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea

La risoluzione alternativa delle controversie all'interno delle fonti primarie del diritto dell'Unione europea trova un riferimento giuridico essenziale nell'art. 81 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea che, al comma 1, sancisce che "l'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri", mente il successivo comma 2, lettera g, precisa che sia compito del Parlamento europeo e del Consiglio adottare misure volte a garantire "lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie".

Storicamente appare doveroso il richiamo al Libro verde del 16 novembre 1993 "L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico"[14], nonché alla Raccomandazione della Commissione europea n. 257 del 30 marzo 1998 riguardante "i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo"[15]: congiuntamente i due atti definiscono un quadro di riferimento per i consumatori all'interno del mercato unico sottolineando per questa via "l'esigenza di rafforzare la fiducia dei consumatori nel funzionamento del mercato interno e la loro capacità di trarre pienamente vantaggio dalle possibilità che quest'ultimo offre loro" non trascurando "la possibilità per i consumatori di risolvere le loro controversie in modo efficace ed adeguato attraverso procedure extragiudiziali o altre procedure comparabili"[16].

Tale generale previsione permette di analizzare più nel dettaglio come la presenza di metodi alternativi di risoluzioni delle controversie sia strettamente legata

14. COM(93) 576.

15. La Raccomandazione richiama il rispetto del principio di indipendenza, del principio di trasparenza, del principio di contradditorio, del principio di efficacia, del principio di legalità, del principio di libertà e infine del principio di rappresentanza.

16. Raccomandazione della Commissione europea n. 257 del 30 marzo 1998, 1 che riprende le conclusioni approvate dal Consiglio Consumatori del 25 novembre 1996. Osserva S. Sticchi Damiani, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR)*, cit., 31, che "ciascuno Stato membro, preferibilmente nel rispetto dei predetti principi-guida, provvede alla creazione di tali organismi ed alla regolamentazione delle relative procedure. L'inevitabile conseguenza di un sistema siffatto è che ciascun organismo extragiudiziario finisce per risentire del contesto giuridico-culturale in cui ha origine. Questo è anche il motivo per il quale alcuni Stati membri, tradizionalmente aperti alla 'giurisdizione alternativa', si caratterizzano per aver istituito una quantità assai rilevante di organismi extragiudiziari ed altri, ancora legati alla giurisdizione ordinaria, hanno quasi ignorato il fenomeno".

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

allo sviluppo e al buon funzionamento del mercato unico, nonché alla promozione della fiducia dei consumatori nel suddetto mercato, così da potersi evidenziare il ruolo che rivestono le ADR proprio nei conflitti *business to consumer* – B2C, infatti, i metodi alternativi di risoluzione delle controversie, paiono affermarsi "nel solco di un affievolimento della centralità della giurisdizione nelle dinamiche (patologiche) dei rapporti di consumo"[17].

Il quadro normativo europeo che caratterizza la tematica *de qua* trova nella emanazione della Direttiva n. 11 del 21 maggio 2013, specificamente dedicata alla "risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori", la definizione di un ius positum[18]: la Direttiva ha l'obiettivo infatti di contribuire alla protezione dei consumatori garantendo che essi "possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie"[19].

La Direttiva definisce "la cornice generale e fissa gli standards qualitativi minimi destinati ad essere applicati orizzontalmente a tutti i tipi di Consumer ADR"[20].

Al pari il Regolamento 524/2013 inerente a "risoluzione delle controversie online dei consumatori", riferendosi alla dimensione digitale del mercato interno[21] vuole mettere "a disposizione una piattaforma ODR europea ('piattaforma ODR') che agevoli la risoluzione extragiudiziale indipendente, imparziale, trasparente, efficace, rapida ed equa delle controversie online tra consumatori e professionisti"[22].

In senso ampio la scelta del legislatore europeo di "dislocare le vertenze che

17. M. Angelone, *La "degiurisdizionalizzazione" della tutela del consumatore*, in *Rassegna di Diritto Civile*, n. 3, 2016, 744.

18. Ivi, 745; l'A. non si riferisce solamente alla Direttiva n. 11 del 2013, bensì anche al "*complementare Regolamento n. 524/2013 'relativo alla risoluzione delle controversie on-line dei consumatori' (c.d. 'Regolamento ODR')*".

19. Art. 1 della Direttiva n. 11 del 21 maggio 2013; da evidenziare anche che la Direttiva in parola all'art. 6 fa riferimento alla competenza, indipendenza e imparzialità; all'art. 7 declina il principio di trasparenza; all'art. 8 definisce l'efficacia; nonché all'art. 9 l'equità, all'art. 10 la libertà ed infine all'art. 11 la legalità.

20. M. Angelone, *La "degiurisdizionalizzazione"*, cit., 745, evidenzia che N. Creutzfeldt, *Alternative dispute resolution for consumer*, in M. Stürner, F. Gascón, I.R. Caponi (eds.), *The role of consumer ADR in administration of justice*, SELP, 2015, 3, preferisce e suggerisce l'acronimo "*CDR (Consumer Dispute Resolution)*".

21. Con riferimento al mercato unico digitale si vedano in particolare le Comunicazioni della Commissione europea COM(2015) 192 del 6 maggio 2015 intitolata *Strategia per il mercato unico digitale in Europa* e COM(2017) 228 intitolata *Revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale Un mercato unico digitale connesso per tutti* del 10 maggio 2017.

22. Art. 1 del Regolamento n. 524 del 21 maggio 2013.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

contrappongono consumatori e professionisti presso plessi non inquadrati nell'organigramma giudiziario statale, trasferendole così "*out of court*", è funzionalmente orientata a migliorare l'effettività della tutela dei cittadini, nonché, di rimando, la fiducia, la sicurezza e l'affidabilità nelle transazioni commerciali che hanno luogo all'interno dello spazio comune; obiettivi questi che – senza farne mistero – fungono da volano per il pieno sviluppo delle potenzialità olistiche e per il completamento del mercato interno"[23].

Infatti, "*the European approach to consumer rights enforcement allocates consumer disputes to a network of extrajudicial entities, both public and private. Some authors doubt this system will compensate for the inefficiencies of justice in the courts in dealing with the increase in consumer disputes. Eidenmüller and Engel believe this to be a 'detrimental development' of consumer rights protection, sidelining State courts and privileging efficiency over judicial scrutiny and the observance of due process standards. In the eyes of the authors, it is outright contradictory to leave the enforcement of consumer rights, aimed to correct market failures, to private bodies acting according to the same market logic. Such ADR entities operate outside of the procedural safeguards of the court system, and they do not necessarily have elevated legal competencies, features that may ultimately frustrate the enforcement of the sophisticated EU consumer law apparatus. Silberzahn proves to be more moderate and, although she does not believe privatisation always leads to better service, she suggests evaluating the ADR model upon consumer satisfaction to determine whether privatisation is a suitable strategy*"[24].

3. La "soluzione amichevole" delle controversie nel Codice del Consumo italiano

Nell'analizzare come l'ordinamento italiano definisce nel dettaglio la soluzione stragiudiziale delle controversie per i consumatori è necessario analizzare il recepimento nazionale della succitata Direttiva europea ad opera del decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130. Il d.lgs., infatti, legifera la modifica del Codice del Consumo inserendo il Titolo II-*bis*, intitolato *Risoluzione extragiudiziale delle controversie*[25], che definisce le "procedure volontarie di composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e

23. M. Angelone, *La "degiurisdizionalizzazione"*, cit., 747.

24. S. Voet, S. Caruso, A. D'Agostino, S. Dethier, *Recommendations from academic research regarding future needs of the EU framework of the consumer Alternative Dispute Resolution (ADR)*, JUST/2020/CONS/FW/CO03/0196, June 2022, 5.

25. Tale intitolazione è stata inserita dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione europea, nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole"[26].

La ricerca di una *soluzione amichevole* tra le parti quale fine ultimo della procedura pare racchiudere in sé il richiamo a un *patto* tra le parti. Il richiamo a tale patto fu anche messo in luce a conclusione dei lavori dell'Assemblea Costituente del 1947 dall'Onorevole Umberto Terracini che evidenziava che "l'Assemblea ha pensato e redatto la Costituzione come un solenne patto di amicizia e di fraternità di tutto il popolo italiano, cui essa lo affida perché se ne faccia custode severo e disciplinato realizzatore"[27]. L'amicizia "da un canto, rinvia alla 'reciprocità' che viene 'caratterizzata come eguaglianza', ricercata nel 'conflitto tra atteggiamento quantitativo e qualitativo'; da un altro, essa 'lega' la legalità alla giustizia e questo legame dell'amicizia risulta saldo nella misura in cui ognuno ha il 'suo', e pertanto esiste eguaglianza tra ciò che si dà e ciò che si riceve"[28].

Analizzando alcuni elementi più nel dettaglio, seppur senza fini di esaustività, si vuole sottolineare come il Codice del Consumo definisce "una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie conforme ai requisiti di cui al presente titolo ed eseguita da un organismo *ADR – Alternative Dispute Resolution*"[29], nonché stabilisce che per organismo ADR debba intendersi "qualsiasi organismo, a prescindere dalla sua denominazione, istituito su base permanente, che offre la risoluzione di una controversia attraverso una procedura ADR ed è iscritto nell'elenco di cui all'articolo 141-*decies*"[30].

Le procedure svolte presso le diverse Autorità competenti di settore "sono considerate procedure ADR ai sensi del presente Codice, se rispettano i principi, le procedure e i requisiti delle disposizioni di cui al presente titolo"[31]; ciascuna Autorità definisce il procedimento per "l'iscrizione e verifica il rispetto dei requisiti di stabilità, efficienza, imparzialità, nonché il rispetto del principio di tenden-

26. Art. 141, comma 4 del Codice del Consumo.

27. Onorevole U. Terracini, Atti dell'Assemblea Costituente, seduta pomeridiana di lunedì 22 dicembre 1947, 3597.

28. C. Palumbo, *Sistema, "philia" e reciprocità nel diritto. Uno studio su Alessandro Giuliani*, in *Nomos*, n. 2, 2021, 4 che riprende Aristotele, *La natura dell'amicizia*, in *Etica Nicomachea*, 1155a, 22. In tema si rinvia a R. Pini, *Democrazia bella, Democrazia incompiuta, Democrazia infranta*, Giappichelli, 2019.

29. Art. 141, comma 1, lettera g) del Codice del Consumo.

30. Art. 141, comma 1, lettera h) del Codice del Consumo.

31. Art. 141, comma 7 del Codice del Consumo che precisa la competenza "dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, della Banca d'Italia, dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni, della Commissione nazionale per la società e la borsa e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ivi comprese quelle che prevedono la partecipazione obbligatoria del professionista".

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

ziale non onerosità, per il consumatore, del servizio"[32], nonché provvede "alla sospensione e alla cancellazione degli iscritti e vigila sull'elenco nonché sui singoli organismi ADR"[33].

Il Codice prevede, altresì, una serie di obblighi in capo agli organismi ADR[34], tra i quali anche specifici obblighi in merito alle persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie[35], nonché impone loro di rendere "disponibili al pubblico sui loro siti web, su supporto durevole su richiesta e in qualsiasi altra modalità funzionale al perseguimento delle finalità di trasparenza, efficacia, equità e libertà, informazioni chiare e facilmente comprensibili"[36].

4. Osservazioni conclusive

La risoluzione alternativa delle controversie definisce, quindi, "una giustizia che non decide chi abbia ragione e chi abbia torto, ma 'rammenda' le relazioni e ristabilisce il dialogo tra le parti"[37]; in questo senso le ADR rappresentano uno strumento di tutela dei consumatori nel mercato[38].

La regolamentazione pubblica europea, infatti, disciplina la tutela dei consumatori considerando molteplici aspetti, muovendo dall'assunto che "nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori"[39]; nell'era contemporanea uno degli aspetti centrali è connesso alle nuove tutele di cui i consumatori necessitano a seguito dell'affermazione delle tecnologie digitali[40], si pensi

32. Art. 141-*decies*, comma 1 del Codice del Consumo.
33. Art. 141-*decies*, comma 2 del Codice del Consumo.
34. Art. 141-*bis* del Codice del Consumo.
35. Art. 141-*bis*, comma 4 del Codice del Consumo.
36. Art. 141-*quater* del Codice del Consumo.
37. M. Ramajoli., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Rivista Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2015, 490.
38. Il rinvio è per tutti a S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Laterza, 2021, 106 ss.
39. Art. 12 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.
40. In tema si rinvia in particolare e più recentemente alla Comunicazioni della Commissione europea COM(2015) 192 del 6 maggio 2015 intitolata *Strategia per il mercato unico digitale in Europa* e alla Comunicazioni della Commissione europea COM(2018) 183 dell'11 aprile 2018 intitolata *Un New Deal per i consumatori*; nonché alla Direttiva (UE) 2019/770 del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali; alla Direttiva (UE) 2019/771 del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il Regolamento (UE) 2017/2394 e la Direttiva 2009/22/CE, e che abroga la Direttiva 1999/44/CE, alla Direttiva (UE) 2019/2161 del 27 novembre 2019 che modifica la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le Direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

ad esempio al Regolamento relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali[41], oppure anche ai due nuovi Regolamenti dell'Unione europea uno relativo a un mercato unico dei servizi digitali (*Digital Services Act*)[42] e l'altro relativo ai mercati digitali (*Digital Markets Act*)[43].

Il Digital Services Act dedica specifica attenzione all'accesso a sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie all'art. 21 stabilendo che sia obbligo dei fornitori di piattaforme online rendere facilmente accessibili e chiare le informazioni inerenti le ADR.

Gli organismi di risoluzione sono certificati dal "coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro in cui è stabilito l'organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie (...) per un periodo massimo di cinque anni rinnovabile"[44] in base a specifiche condizioni stabilite all'art. 21, comma 3.

Il Regolamento in parola stabilisce che gli Stati membri possono "istituire organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie" o "sostenere le attività di alcuni o di tutti gli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie"[45], lasciando intravedere attraverso tale previsione un ruolo crescente delle ADR quale strumento di amministrazione della giustizia.

Possiamo, in via conclusiva, in questo quadro di riferimento evidenziare come le ADR rivestono un ruolo importante sia nell'ordinamento giuridico europeo, sia in quello nazionale, per la costruzione di una migliore relazione tra consumatori e mercato; in altre parole, e in senso prospettico, il maggior e sempre più efficace utilizzo delle ADR potrà incidere sia sul comportamento degli agenti economici, sia sulla fiducia che i consumatori ripongono nel mercato.

norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, alla Direttiva (UE) 2020/1828 del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la Direttiva 2009/22/CE.

41. Regolamento dell'Unione europea n. 679 del 27 aprile 2016.

42. Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la Direttiva 2000/31/CE.

43. Regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le Direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828.

44. Art. 21, comma 3 del Digital Services Act.

45. Art. 21, comma 6 del Digital Services Act.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

L'Arbitro Bancario Finanziario nel quadro europeo e nel contesto delle reti di ADR. Profilo ordinamentale, processuale e di merito

Marcello Marinari*

Sommario: 1. Il Contesto di riferimento ed il sistema di accesso alla giustizia – 2. Giurisdizione e sistemi c.d. alternativi – 3. L'ADR nell'esperienza europea – 4. Il procedimento ABF, caratteristiche – 5. Il procedimento.

1. Il Contesto di riferimento ed il sistema di accesso alla giustizia

L'Arbitro Bancario Finanziario rappresenta ormai, dopo tredici anni dalla sua istituzione, una componente di rilievo non solo dell'insieme dei meccanismi di ADR che operano nel nostro paese, ma, più significativamente, del complesso degli strumenti di accesso alla giustizia, in una prospettiva che si estende ormai ben oltre quelli relativi alla giurisdizione in senso stretto (si consideri a questo proposito anche la successiva istituzione dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie, e di quello per le controversie assicurative, che vengono a completare un vero e proprio pilastro ADR del sistema, che comprende organismi che si possono definire come arbitri specializzati, estranei al sistema tradizionale dell'arbitrato ad hoc, a prescindere dalla denominazione di "arbitro" e dalla natura da riconoscere a questo tipo di arbitrato, sulla quale è in corso da sempre un dibattito[1]), e si può senz'altro affermare che tale rilievo possa apprezzarsi non solo nell'ambito del nostro ordinamento, ma anche nel contesto europeo ed extraeuropeo.

Questo allargamento di prospettiva mi pare indispensabile, per meglio inquadrare l'esperienza italiana, e coglierne i punti di contatto con quelle tendenze che si stanno sviluppando in altri paesi, non solo europei, per verificare in quale mi-

* ADR Center.

1. Per una disamina approfondita del tema cfr. I, Pagni, *L'arbitrio bancario finanziario: natura e funzioni di uno strumento particolare per la risoluzione delle controversie* in G. Conte, *Arbitro Bancario Finanziario*, Giuffrè, 2021, 3 ss.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

sura vada nella stessa direzione in modo omogeneo, e meglio comprenderne, al contrario, le specificità.

Il riferimento agli strumenti di accesso alla giustizia, anziché al sistema giudiziario, vuole essere infatti esplicitamente rivolto ai nuovi scenari che si prefigurano in materia, e si ricollega agli sviluppi verificatisi negli ultimi decenni nel rapporto tra metodi non giudiziali di risoluzione delle controversie e decisione giudiziale, sia in conseguenza della crescita della diffusione dei sistemi c.d. alternativi e degli organismi che li amministrano, talora assumendo la funzione di quelli che si denominano comunemente *quasi judicial bodies*, che introducono un ulteriore ed importante elemento innovativo ai fini della configurazione di un sistema di giustizia più ampio di quello giudiziario, sia per la funzione che sono venuti ad assumere[2].

2. Giurisdizione e sistemi c.d. alternativi

Si può infatti individuare, a mio giudizio, una linea di tendenza che può condurre a una trasformazione sostanziale di tale funzione, rispetto a quella iniziale dei metodi di ADR da intendere quali strumenti alternativi a quelli giudiziali, anche se, a ben vedere, fin dall'inizio dello sviluppo dei metodi ADR, si sono comunque configurati come coordinati con questi ultimi.

Mentre, infatti, quella della fase iniziale del movimento ADR era descritta come una funzione alternativa, se non ancillare, pur potendo talvolta essere promossa dallo stesso giudice attraverso lo strumento del *referral*, stiamo assistendo nei tempi più recenti allo svilupparsi di una funzione integrativa rispetto agli stessi provvedimenti giurisdizionali, se non addirittura, in una prospettiva non troppo lontana, di una integrazione strutturale, che viene ad includere la definizione alternativa all'interno dello stesso procedimento giudiziario[3].

Il ruolo del sistema giudiziario ai fini della risoluzione delle controversie, infatti, pur senza porne in discussione la centralità, ha ormai cessato di rappresentare (anche sul piano teorico) l'unico strumento di risoluzione, per il sorgere o co-

2. Sulla problematica del ruolo "giurisdizionale" dell'ABF, sia pure ai fini della sua legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale, cfr M.R. Maugeri *ABF e legittimazione a sollevare quesiti costituzionali*, in G. Conte, *Arbitro Bancario e Finanziario*, cit., 28 ss.

3. Un passaggio intermedio può essere individuato nelle esperienze dei sistemi giudiziari che hanno istituzionalizzato il *referral* in mediazione presso la stessa sede giudiziaria, come avvenuto in Olanda e Slovenia, anche se non ancora incorporandola nella disciplina processuale in senso stretto. Per una prospettiva di integrazione strutturale si tenga presente la riforma inglese che prende il nome da Lord Justice Briggs, che introduce entro un determinato limite di valore le *online courts* cfr R. Susskind, *Online courts and the future of justice*, Oxford University Press, 2019

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

munque lo svilupparsi, come detto, (anche quando si tratti di istituti già operanti nel passato), accanto al processo, di questi ulteriori meccanismi ADR, secondo la denominazione anglosassone di *Alternative Dispute Resolution*, con una crescente tendenza a superare, anche sul piano concettuale, una visione esclusivista in relazione alla risoluzione delle controversie.

Parallelamente, del resto, la stessa risoluzione giudiziale tende ad articolarsi in una serie di opzioni che non rispecchiano più la tradizionale tipologia, specie negli ordinamenti di *common law*, dove da tempo è ormai in netto calo il numero delle decisioni a seguito di trial, ormai limitate a percentuali inferiori costantemente al 5%, che ha fatto parlare addirittura (nel contesto statunitense, ma lo stesso si può dire di quello inglese) di *vanishing trial*[4].

La visione esclusivista e tradizionale alla quale si fa riferimento è del resto figlia, se valutata in una prospettiva più profonda nel tempo, dell'esperienza storica degli ultimi due secoli, almeno, che hanno visto il trionfo di quello che, con una felice espressione di grande efficacia, Paolo Grossi ha definito come assolutismo giuridico, e che, trasferito nel campo della risoluzione dei conflitti, si può anche denominare come assolutismo giurisdizionale, naturalmente con tutte le differenze e gli adattamenti che caratterizzano gli ordinamenti delle diverse realtà nazionali, quello stesso esclusivismo di soluzione dei conflitti che aveva fatto riflettere Max Weber, nella Sociologia Del Diritto, sulla potenziale esplosione dei procedimenti giudiziari, e dell'attività dei Tribunali, chiamati ad operare come un vero e proprio "sentenzificio".

Benché, infatti, l'arbitrato, nelle sue varie forme, o anche la mediazione, per parlare dello strumento numericamente più diffuso di risoluzione alternativa delle controversie, siano istituti e meccanismi anch'essi tradizionali, storicamente, in ambito europeo (con connotati e denominazioni diversi, talvolta, anche se non sempre[5], ed ancora di più extraeuropeo, per non parlare dell'esperienza dei paesi asiatici) gli sviluppi più recenti hanno avuto come principale punto di riferimento proprio la mediazione (una mediazione che si caratterizza, peraltro, rispetto alle esperienze del passato, anche remoto per una connotazione che pretende di essere più tecnica e strutturata), sviluppatasi inizialmente negli ordinamenti dei paesi anglosassoni, in primo luogo gli Stati Uniti, a partire dalla metà degli anni '70, dopo la grande crisi petrolifera (la stessa normativa federale e statale è succes-

4. L'espressione è di Mark Galanter; si cfr. anche la posizione di N. Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford University Press, 2003.

5. Si pensi alla previsione del tentativo di conciliazione nell'art. 1 del codice Codacci Pisanelli del 1865, e nei più antichi codici degli Stati preunitari italiani, come in quello di Giuseppe II d'Asburgo della fine del '700, e, per un esempio poco conosciuto, all'esplicito riferimento alla mediazione contenuto nello statuto originario della Camera di Commercio di Firenze istituita da Pietro Leopoldo di Lorena nel 1770.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

sivamente intervenuta a dare una riconoscimento anche formale al nuovo movimento, con il *Civil Justice Reform Act* (CJRA) del 1990, che ha raccomandato alle Corti Federali di sviluppare e favorire la definizione alternativa delle controversie, con l'*Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA) del 1996 e, nel 1998, infine, con il *Dispute Resolution Act* ha specificamente raccomandato alle Corti l'utilizzazione della *mediation* come strumento alternativo di risoluzione.

Accanto alla mediazione, il concetto di ADR ha ricompreso, oltre all'arbitrato, nelle sue varie forme tradizionali, ed a quelle di nuova concezione comunque ricollegate alla nozione di arbitrato, anche meccanismi eterogenei, e talvolta ibridi, spesso creati dalla pratica, sviluppatisi peraltro prevalentemente nel mondo anglosassone, come l'*early neutral evaluation* (ENE), il *mini-trial*, il *summary jury trial*, l'*expert determination*, l'*adjudication*, e molti altri di carattere misto, che prevedono talora una decisione, anche se generalmente non vincolante, talora una soluzione concordata, o mista, dove la scelta della via non giudiziale è spesso fondata (questa può anzi essere indicata come una caratteristica dei sistemi anglosassoni) sulla previsione di clausole compromissorie contrattuali che articolano anche la stessa procedura applicabile.

Fin dall'inizio del movimento ADR, tuttavia, malgrado l'uso del termine "alternativo", per designare questi nuovi strumenti, e la presenza, all'interno di questo movimento, di componenti dichiaratamente integraliste, ed antagonistiche, anche sul piano ideologico, rispetto alla scelta della via giudiziaria, l'idea dell'ADR si è generalmente proposta, contrariamente a quanto comunemente si ritiene, in senso cooperativo con il sistema giudiziario.

Così la ritroviamo nell'idea di *Multidoor Courthouse* del famoso discorso di Frank Sander del 1976 alla Roscoe Pound conference di Minneapolis, considerato da molti il manifesto fondativo del movimento ADR statunitense, così come nell'idea di un accesso alla giustizia più ampio della sola via giudiziaria, che si ritrova nell'altrettanto prestigioso Florence Access to Justice project del 1978, opera della cooperazione di Mauro Cappelletti e Brian Garth, che ipotizzava, in una ricostruzione articolata e tendenzialmente inclusiva di ogni forma di risoluzione, lo svilupparsi di progressive *waves* destinate a modificare lo stesso scenario del sistema di giustizia, con l'introduzione di nuovi strumenti, tra i quali l'ADR rappresentava appunto una delle componenti fondamentali.

L'idea della *multidoor courthouse*, in altri termini, già contiene in sé, fin dall'inizio, la prospettiva di una pluralità di opzioni a disposizione di chi voglia giungere alla risoluzione di una controversia, ma, ancora più specificamente, in effetti, contiene in sé la caratterizzazione di questi meccanismi come meccanismi comunque azionabili dall'interno (anche se non ancora all'interno) dello stesso sistema giudiziario, riaffermandone quindi la centralità, sia sul piano operativo, e di coordinamento, sia su quello della indispensabile funzione di orientamento

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

interpretativo, comunque rilevante anche nelle ipotesi di strumenti, come la mediazione, che non devono concludersi con una decisione.

3. L'ADR nell'esperienza europea

In ambito europeo, poi, ed in particolare nella legislazione dell'Unione Europea, la disciplina dell'ADR si è prevalentemente incentrata sullo sviluppo e sulla regolamentazione della mediazione.

Anche in questo ambito si ritrova una visione della mediazione, e più in generale dell'ADR, collegata e coordinata alla risoluzione giudiziale delle controversie.

Lo sviluppo di questi strumenti si inquadra in effetti nell'ambito della disciplina e dello sviluppo degli strumenti di accesso alla giustizia, anche in questo caso, quindi, in accordo con una visione tendenzialmente unitaria dei metodi di risoluzione delle controversie.

Il punto di arrivo di questo processo, che ha preso avvio dal Consiglio Europeo di Tampere dell'ottobre 1999, e che ha conosciuto anche momenti di crisi, è rappresentato storicamente dalla 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" attuata dall'Italia con la legge delega 69/2009 e con il d.lgs. 28/2010, e dei successivi interventi di modifica, che sancisce anche sul piano del diritto positivo, all'art. 1, il coordinamento degli strumenti di risoluzione non giudiziali con quello giudiziale, anche se formalmente riferito solo alla mediazione.

Si tratta della disposizione che, nell'individuare quale obbiettivo della mediazione (ma il riferimento all'ADR in esso contenuto ne impone una lettura che ne indica una portata più ampia) quello di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la loro composizione amichevole[6], prevede che ciò avvenga garantendo un'equilibrata relazione tra la mediazione ed il procedimento giudiziario, o più esattamente, sul piano letterale, tra il numero delle mediazioni e quello dei processi ("balanced relationship between the number of mediations and trials").

Ma, ancora più significativamente, la disposizione sembra richiamare una vera e propria relazione istituzionale tra il sistema giudiziario e quello degli strumenti di risoluzione alternativa, costituenti quindi un sistema complessivo e unitario.

Ulteriore caratteristica richiesta dalla Direttiva, in ciò seguendo l'esperienza e la stessa connotazione concettuale statunitense, è rappresentata dalla caratteriz-

6. Si veda anche, a questo proposito l'affermazione contenuta nel punto C del considerando della Risoluzione 25 ottobre 2011 del Parlamento Europeo.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

zazione di questi strumenti (in particolare la mediazione) come strumenti strutturati, vale a dire dalla presenza di una serie di fasi, anche se non si ipotizza un modello unico di schema procedurale, e dalla impostazione tecnico-professionale dell'attività dello stesso mediatore, ed anche questa connotazione si può prestare di una riflessione sulla estensione di questi requisiti a tutti gli strumenti alternativi, come elemento omogeneo della categoria.

In base ai principi posti dalla Direttiva non può invece ritenersi come uno strumento alternativo in senso stretto, omogeneo a quello giurisdizionale, per gli stessi motivi, e coerentemente con le premesse appena esposte (e la considerazione si può estendere anche oltre l'ambito della mediazione) l'attività degli uffici interni ad enti ed imprese, pubblici o privati, quale ne sia la denominazione, che si sono andati moltiplicando in questi ultimi anni, competenti a ricevere i reclami degli utenti, e molto spesso, invece, nell'opinione comune, assimilati ad organismi di conciliazione.

L'istituzione dell'ABF, che si inquadra nell'ambito di applicazione della Direttiva 2013/11 UE, si inserisce nel quadro europeo degli organismi ADR che costituiscono la rete FIN NET, presenti in 23 paesi, tra i quali operano in materia bancaria quelli di Austria, Belgio, Repubblica Federale Tedesca, Liechtenstein, Danimarca, Olanda, Lussemburgo, Norvegia, Finlandia, Francia, Svezia, Irlanda, Gran Bretagna, Spagna, Grecia, Repubblica Ceca, oltre naturalmente all'ABF.

Si tratta di un complesso di organismi e di sistemi che presentano anche sensibili differenze, sul piano della competenza e della struttura, nonché dei poteri loro attribuiti, ma che costituiscono un insieme di istituzioni che possono certamente rientrare, almeno nella maggior parte dei casi, nella nozione di *quasi judicial bodies*, per richiamare la terminologia già ricordata, tra i quali si possono individuare esempi molto vicini al modello ABF, ed altri molto diversi, specie per quanto riguarda la presenza di procedure che comprendono tanto la soluzione *adjudicative* che quella mediatoria[7].

Nell'ambito degli organismi europei, ferma restando la peculiarità del modello ABF, che prevede una procedura complessa e che, seppure non coincidente con alcun modello di arbitrato disciplinato dal codice di procedura civile, costituisce, per il rilievo della sua attività e del ruolo che ormai riveste nel sistema, un model-

7. Si confronti, per un contributo articolato e recente sul tema M. Stella, *L'ABF nel panorama europeo*, in G. Conte, *Arbitro Bancario e Finanziario*, cit., 43 ss., che nota, sul piano generale, che la Direttiva 2013/11/UE non imponga un modello vincolato, con particolare riferimento alla possibilità che il procedimento si concluda con una decisione vincolante o non vincolante, e che l'efficacia vincolante operi solamente per l'intermediario. Lo stesso autore rileva come l'efficacia vincolante della decisione dell'organismo ADR non contrasterebbe, in linea di principio, con il disposto dell'art. 6 della CEDU, che richiede esclusivamente la precostituzione per legge dell'organo decisorio, senza escludere, come nel nostro ordinamento, un divieto di costituzione di giudici speciali.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

lo anche sul piano strettamente procedimentale per gli altri paesi, si può senz'altro citare, per il suo rilievo, e per la sua relativa comparabilità al sistema italiano, l'esempio del Financial Ombudsman Service Ltd britannico, FOS, che riveste un ruolo di grande rilievo e tratta un numero molto elevato di controversie, comprendenti non solo, come nel caso dell'ABF, le controversie di carattere bancario, ma anche quelle finanziarie ed assicurative, e che non richiede neppure la presenza di una controversia vera e propria già instauratasi tra le parti, potendo operare anche a fini di consulenza.

A titolo esemplificativo si può notare che la procedura prevede un primo passaggio affidato a un *adjudicator*, termine che come è noto fa riferimento a una specifica forma ADR operante in Inghilterra, ad esempio nel campo dei contratti di appalto edilizi, su base legislativa ed anche contrattuale, ma che, a dispetto del nome, tende principalmente alla ricerca di una soluzione concordata, come del resto prevede anche la procedura della proposta conciliativa da parte del Presidente del Collegio ABF, introdotta dall'ultima versione delle Disposizioni (benché, nel caso del FOS, applicabile senza i limiti molto ristretti previsti per la proposta conciliativa del Presidente del Collegio ABF).

La controversia, in caso di fallimento di questa fase conciliativa (la proposta conciliativa trova comunque molti altri esempi nelle procedure degli ADR bancari europei) potrà essere deferita, su istanza delle parti, al collegio arbitrale, che in teoria potrebbe anche svolgere udienze istruttorie[8].

Un altro organismo europeo che può rappresentare un interessante punto di riferimento è quello olandese, il KIFID, anch'esso, come nel caso del FOS, competente anche nella materia assicurativa, al quale gli intermediari soggetti ad autorizzazione devono obbligatoriamente aderire. La decisione, che interviene solo dopo il fallimento della fase conciliativa, sarà vincolante per le parti se l'intermediario dichiara di accettarlo[9].

8. Cfr. sempre M. Stella, *L'ABF nel panorama europeo*, cit., il quale nota come la possibilità di un'attività istruttoria che vada oltre quella strettamente documentale sia molto rara, per le possibili ripercussioni sulla durata del procedimento, che hanno portato anche a una azione risarcitoria proposta nei confronti dell'Ombudsman proprio per l'irragionevole durata del procedimento. Lo stesso autore rileva che l'Ombudsman non è vincolato a decidere secondo diritto, benché debba motivare l'eventuale scelta di discostarsene, ma sia tenuto a decidere secondo quanto reputa "*fair and reasonable*". Il riferimento alla procedura del FOS appare rilevante anche per la particolarità della disciplina relativa all'efficacia della decisione, che, se favorevole al cliente, diviene vincolante per l'intermediario, se il cliente l'accetta, e, come riporta lo stesso autore, è impugnabile dall'intermediario dinanzi al Giudice ordinario solo con *Judicial review*, in ipotesi determinate, e non consente la proposizione di una nuova azione dinanzi al Giudice.

9. Cfr. M. Stella, *L'ABF nel panorama europeo*, cit., per il quale un valido incentivo per gli intermediari ad accettare questa previsione può consistere anche in una maggiore fiducia che potranno così ispirare ai clienti.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

Il sistema degli organismi aderenti alla Fin Net, benché la loro grande varietà di regolamentazione ne renda problematico un inquadramento unitario, presenta tuttavia un indubbio rilievo anche al fine di individuare un nucleo di requisiti comuni che possano caratterizzare l'arbitrato o la mediazione bancaria in Europa, specie al fine di garantire l'indipendenza e la neutralità delle strutture che amministrano questi strumenti, e che possano costituirne uno statuto.

4. Il procedimento ABF, caratteristiche

L'istituzione dell'ABF, sotto questo profilo in modo omogeneo a quella del FOS e di altri organismi ADR bancari europei, si fonda su previsioni di legge, e questa caratteristica, come si è già accennato a proposito del FOS, può ritenersi coerente con il disposto dell'art. 6 CEDU, e può anche costituire un ulteriore ed anzi discriminante criterio di riferimento per l'individuazione di un primo elemento caratterizzante omogeneo che raggruppa alcuni degli organismi ADR bancari europei.

La norma istitutiva si deve individuare in quella dell'art. 128-*bis* del Testo Unico Bancario, che, nell'ambito delle iniziative dell'Unione volte allo sviluppo di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, impone agli intermediari bancari e finanziari di aderirvi, rimettendo al Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (CICR), la definizione dei criteri di svolgimento delle procedure e di composizione dell'organo decidente, che ne assicuri l'imparzialità e la rappresentatività, e la disciplina dell'Organismo si articola poi in una serie di interventi c.d. "a cannocchiale" che partono proprio dalle delibere del CICR, la n. 275 del 29 luglio 2008 e successive modificazioni, che ha dettato le disposizioni fondamentali del nuovo organismo, tra le quali la stessa denominazione ABF, e si articolano poi nelle ulteriori disposizioni dettate dalla Banca d'Italia.

La Banca d'Italia, infatti, è stata designata quale Autorità Nazionale competente per l'ABF dal Decreto Legislativo 6 agosto 2015, n 130, in attuazione della Direttiva 2013/11 UE già citata, e sostiene sul piano strutturale l'attività dell'ABF, attraverso le Segreterie Tecniche dei Collegi, assicurando peraltro l'indipendenza di questi ultimi nella loro attività, un requisito questo che si deve ritenere fondamentale ai fini della stessa rappresentatività ed imparzialità che sono oggetto della delibera CICR, e che rappresenta un ulteriore requisito che deve ricorrere ai fini del riconoscimento dell'indipendenza istituzionale dell'attività di qualsiasi organismo arbitrale in ambito europeo.

Sulla base della delibera CICR già ricordata, e successive modifiche, la Banca d'Italia ha emanato poi le *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle*

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, che contengono la disciplina finale ed estesa della struttura e dell'attività dei Collegi, ed in particolare del procedimento, attuativa delle disposizioni del CICR, anche se tale disciplina deve integrarsi con quella del *Regolamento per il funzionamento dell'organo decidente dell'ABF*, che ha un oggetto molto più limitato, ed in particolare rivolto alla disciplina della decisione dei ricorsi, in modo concorrente con la corrispondente parte delle Disposizioni, anche se il rapporto tra le due fonti di regolamentazione non risulta espressamente determinato, e che contiene peraltro anche disposizioni di carattere istruttorio, oltre a quelle relative alla rimessione del ricorso al Collegio di Coordinamento ed al funzionamento della Conferenza dei Collegi, due organismi caratteristici della disciplina ABF, la cui funzione è quella di garantire l'omogeneità degli orientamenti dei Collegi.

Esiste peraltro un'altra fonte regolamentare che, a dispetto del nome, ed in modo originale, include anche disposizioni di carattere procedimentale, vale a dire il Codice Deontologico per i componenti dell'organo decidente, che contiene innanzitutto regole per garantire la correttezza, l'indipendenza, e l'imparzialità dei componenti dei Collegi, anche se alcune delle regole in materia sono contenute anche nelle Disposizioni e nel Regolamento[10], e disciplina l'astensione dei Componenti del Collegio, ma anche, ciò che appare indubbiamente singolare, rispetto ai comuni codici deontologici, i criteri cui i componenti devono attenersi nella valutazione della prova.

Si tratta, in conclusione, di un corpus di norme articolato e complesso, che impone un'attenta attività di verifica, ai fini dell'individuazione delle norme applicabili, specie di carattere procedimentale, talvolta integrative, e talora anche apparentemente in sovrapposizione tra loro, con i conseguenti problemi interpretativi.

La normativa, coerentemente a quanto già esposto in riferimento ad altre norme, pone grande attenzione al profilo dell'imparzialità e dell'indipendenza dei componenti (accanto a quello della professionalità), che sono scelti dalla Banca D'Italia, dalle Associazioni degli intermediari e dalle assegnazioni rappresentative dei clienti (e degli imprenditori) e che compongono poi il collegio in una proporzione che assicura in ogni caso la maggioranza ai componenti di scelta della Banca d'Italia, e fa obbligo ai componenti, la cui posizione a tale riguardo è già valutata al momento della nomina di segnalare l'esistenza di possibili situazioni di conflitto di interessi, anche riferite semplicemente alla questione oggetto di decisione.

Questa preoccupazione costante che ha ad oggetto l'indipendenza e l'imparzialità dei componenti dei Collegi garantisce all'ABF quella caratteristica di terzietà che, come si è già osservato, costituisce un requisito indispensabile per la

10. Cfr. anche il punto 4 della sezione terza delle disposizioni.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

qualificazione dell'organo, nell'ambito degli organismi che oggi vengono raggruppati nella categoria dei *quasi judicial bodies*, destinati ad operare nell'ambito del sistema integrato di giustizia al quale si è fatto cenno in precedenza.

Fondamentale, ai fini del buon funzionamento dell'ABF, appare l'attività della segreteria tecnica, struttura della banca d'Italia istituita nelle sedi ove ha sede un Collegio ABF.

La segreteria tecnica costituisce il vero e proprio motore dell'attività dell'Arbitro bancario, la cui attività rende possibile il raggiungimento degli obbiettivi di efficienza qualitativa e quantitativa che le norme interne e sovranazionali impongono all'organismo, e potrà rappresentare un punto di riferimento importante anche per il sistema giudiziario, in relazione all'attività dell'Ufficio per il Processo recentemente istituito con la finalità di potenziare ed assistere l'attività del giudice.

Si potrebbe anzi individuare nella struttura di assistenza all'organo giudicante e nei requisiti che deve possedere, anche sul piano dell'indipendenza, un ulteriore elemento qualificante del modello di organo di giustizia non giudiziale suscettibile di fornire un utile punto di riferimento alle analoghe strutture operanti presso gli uffici giudiziari.

La segreteria, oltre all'attività di carattere amministrativo, gestita peraltro prevalentemente in modo telematico, oltre alla competenza, concorrente con quella del Presidente (anche in questo caso si tratta di un potere concorrente originale, che si inquadra nei poteri inerenti una sorta di doppia dirigenza) di formazione del calendario delle riunioni, valuta anche, per sottoporli al Presidente del collegio, profili di (manifesta) inammissibilità dei ricorsi, ed assume anche un ruolo attivo ai fini della richiesta di integrazioni documentali, compiti certo estranei a quelli che svolgono le cancellerie degli organi giudiziari, almeno in Italia, anche se in qualche modo assimilabili ad alcuni dei compiti che le stesse strutture svolgono in altri sistemi, come nel caso del *Court Service* inglese.

Ma, soprattutto, per gli effetti decisivi che tale compito ha sulla stessa efficienza quantitativa e qualitativa dell'attività dei collegi, la segreteria cura la formazione del fascicolo del ricorso (un fascicolo interamente digitale), che comprende anche, oltre agli atti, una relazione che deve essere posta tempestivamente a disposizione dei singoli componenti del collegio, che, riportando gran parte delle risultanze istruttorie documentali contenute negli atti delle parti, ne consente una più rapida valutazione da parte del relatore.

L'organizzazione appena descritta è certamente destinata ad arricchirsi di nuovi strumenti operativi attraverso l'uso della intelligenza artificiale, nel prossimo futuro.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

5. Il procedimento

Si è già notato come la disciplina del funzionamento dell'ABF, per la complessità e la varietà delle fonti, appaia particolarmente complessa, richiedendo spesso una valutazione contestuale di normative concorrenti e potenzialmente integrantesi tra loro, senza che sia sempre possibile, e tantomeno agevole, una rapida ed automatica individuazione della disciplina sulla base della stessa gerarchia delle fonti.

Il problema non riguarda peraltro solamente il rapporto tra le diverse fonti di regolamentazione speciale, ma investe anche quello tra la disciplina speciale così individuata e quella di legge, per così dire di diritto comune, considerando che il punto 3 della sezione VI delle disposizioni dispone che il collegio, ai fini della decisione del ricorso applica "*le disposizioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisce*".

Si tratta di un punto di grande rilievo, evidentemente, perché anche questa previsione incide sulla stessa connotazione dell'ABF come organismo inserito in un più ampio sistema di giustizia, al quale ho già fatto ripetutamente riferimento, e con il quale deve necessariamente coordinarsi, toccando da un lato i profili di diritto processuale, dall'altro, attraverso il rapporto con la Giurisprudenza della SC di Cassazione, anche quelli di carattere sostanziale, tenendo presente che è principio costantemente affermato dai Collegi ABF quello della centralità delle decisioni delle SU della Corte di Cassazione, organo di chiusura del sistema.

I Collegi hanno avuto modo in più occasioni di valutare l'applicabilità al procedimento di norme contenute nel codice di procedura civile, non solo per quanto riguarda le regole generali che hanno ad oggetto, in generale, l'onere della prova ed il principio della domanda, più volte richiamati nelle decisioni, ma anche per quanto riguarda aspetti specifici e particolari della disciplina, come ad esempio il principio di non contestazione o la stessa inapplicabilità del principio della soccombenza virtuale.

Le norme del codice di procedura, in sostanza, vengono ad assumere, per così dire, il ruolo di diritto comune, applicabile in mancanza di una norma specifica contenuta nella normativa specialistica, pur potendosi ragionevolmente ipotizzare la prevalenza della normativa codicistica su quest'ultima, qualora si configuri un contrasto, e comunque di norma di riferimento a fini di interpretazione conforme.

Naturalmente, una simile integrazione normativa presenta aspetti molto complessi e problematici per le possibili sovrapposizioni di norme, non sempre integralmente coincidenti sul piano della materia disciplinata e tenendo presente anche la specificità di un procedimento, come quello dell'ABF, che è caratterizzato da una forma di contraddittorio non omogeneo, potendo il collegio esaminare

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

solo le domande dei clienti e non quelle degli intermediari, e non consente generalmente una comparazione omogenea per fasi, rispetto al procedimento civile ordinario, anche se tale comparazione può avere ad oggetto i singoli istituti.

Il procedimento ABF presenta infatti una struttura originale, non sovrapponibile a quello del processo civile, articolandosi in una fase iniziale che nasce dalla proposizione del ricorso, si sviluppa poi in una successiva fase di raccolta delle difese e dei documenti che dovranno essere posti a base della decisione, e si conclude, nei termini rigidi previsti dalle disposizioni, con la decisione del collegio, da assumersi entro 90 giorni dalla data di completamento della procedura con il deposito degli scritti difensivi o il decorso dei relativi termini, seguita poi dalla fase di verifica dell'adempimento della decisione.

Lo schema procedimentale, a differenza di quanto avviene in un procedimento arbitrale ordinario o in un procedimento giurisdizionale, si caratterizza in primo luogo per una scansione per così dire bifasica, essendo prevista, a pena di inammissibilità, la proposizione di un reclamo nei confronti dell'intermediario, un reclamo che, per potersi ritenere regolarmente proposto, deve avere identico oggetto, rispetto al ricorso.

Il reclamo, benché spesso sia questa la connotazione che viene data all'istituto, non si può qualificare semplicemente come condizione di procedibilità del ricorso, ma rappresenta, come lo stesso Collegio di Coordinamento ha avuto modo di rilevare[11], un atto destinato ad integrarsi con il successivo ricorso, sia ai fini della determinazione della domanda, sia anche ai fini della individuazione del materiale probatorio, unitamente alla risposta dell'intermediario.

Per quanto riguarda invece l'articolazione della fase istruttoria vera e propria, nessuna istruzione orale, o discussione orale, è possibile, così come non è prevista alcuna attività di consulenza tecnica, benché le parti possano depositare consulenze di parte a sostegno delle rispettive difese, ciò che costituisce (così come l'assenza di un obbligo di assistenza legale) la più significativa differenza rispetto al procedimento giurisdizionale, dal momento che anche quest'ultimo, nella materia bancaria, è caratterizzato da una istruttoria quasi esclusivamente documentale.

11. Cfr. Collegio di Coordinamento 12 giugno 2017, che, dopo avere comunque qualificato il reclamo quale condizione di procedibilità, aggiunge però che "(...) tale fase preliminare non condiziona solo formalmente l'avvio del procedimento avanti all'ABF, ma refluisce ed influisce anche sulla decisione del merito della controversia (...)", notando come, essendo quello dinanzi all'ABF un procedimento a contraddittorio "contratto", l'esame degli atti e dei documenti acquisiti in questa fase assume un'importanza speciale, considerando che il ricorso deve avere ad oggetto la stessa questione esposta nel reclamo, che diviene pertanto uno strumento interpretativo della domanda proposta con il ricorso, oltre ad assumere rilievo istruttorio attraverso la documentazione relativa alla fase del reclamo.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

La fase preliminare del procedimento presenta invece caratteristiche peculiari, che tendono a risolvere in via preliminare ed anticipata ogni questione che possa precludere l'esame del merito.

Le caratteristiche procedurali telematiche del procedimento comportano anche una ulteriore e caratteristica conseguenza per quanto riguarda la raccolta del materiale utilizzabile ai fini della domanda, vale a dire l'esclusione dello stesso inserimento materiale nel fascicolo delle produzioni successive ai termini massimi previsti dalle disposizioni, una volta trascorsi i termini per le repliche e le controrepliche. Si tratta di una conseguenza dell'adozione di un procedimento telematico che prevede moduli e spazi specifici da utilizzare, e che ordinariamente, salva naturalmente la possibilità che le parti contestino specificamente la legittimità dell'esclusione dei documenti, non richiede né prevede neppure una valutazione da parte del collegio, ma opera in via automatica, escludendo da tale valutazione il materiale documentale prodotto tardivamente e potrebbe anche essere gestita dagli strumenti di intelligenza artificiale.

La fase per così dire preliminare del procedimento, come già detto, e che ne rappresenta una caratteristica originale, finalizzata all'efficiente trattazione anticipata di questioni che possono rendere inutile la sua prosecuzione, attuando la finalità di *early control of the case* tipico della nozione di *case management*, impone alla segreteria di individuare e sottoporre all'esame del Presidente del collegio possibili cause di inammissibilità del ricorso, categoria che, nell'ambito del procedimento ABF, è molto ampia e raggruppa molte ipotesi anche eterogenee e peculiari del procedimento ABF.

In primo luogo si tratta delle questioni che riguardano la competenza, e che hanno ad oggetto in primo luogo la materia che può essere trattata dal collegio, che comprendono innanzitutto l'individuazione dei soggetti che possono promuovere e nei cui confronti può essere promosso il procedimento, vale a dire i clienti e gli intermediari, oggetto di specifiche "definizioni" nella parte iniziale delle disposizioni, che costituiscono quindi un numero limitato, rispetto a tutti i soggetti astrattamente ricompresi in queste categorie, dai quali sono esclusi i clienti che operino in modo professionale nei settori interessati e, d'altro lato, gli intermediari non iscritti all'albo previsto dall'art. 106 TUB.

Sotto la denominazione di "Ambito di applicazione oggettivo", le disposizioni richiamano una serie di ipotesi diverse; in primo luogo, sul piano generale, si prevedono le controversie "relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari", con esclusione peraltro di quelle attinenti ai "servizi e alle attività di investimento" così come di quelle estranee al titolo VI del TU, e quelle di carattere tributario, come costantemente affermato dagli orientamenti ABF.

Le disposizioni limitano la competenza dell'ABF alle pronunce di accertamento (con esclusione di decisioni di carattere costitutivo) di diritti obblighi e

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

facoltà, con il limite di valore di 200.000 euro, come recentemente aumentato, e con esclusione delle pretese di risarcimento del danno che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione, e di quelle relative a beni e servizi diversi da quelli bancari.

Una ipotesi caratteristica della competenza ABF è costituita dalla fissazione di limiti temporali, distinti e del tutto indipendenti dalla disciplina della prescrizione, che, nella recente modifica delle disposizioni, è fissata non più in relazione a una data di sbarramento fissa, ma con l'introduzione di un termine di 6 anni, per assicurare la prossimità temporale dei fatti oggetto di ricorso, un elemento caratterizzante in base alla stessa finalità dell'istituto.

La necessità di evitare contrasti con la giurisdizione ordinaria sul singolo caso oggetto di un ricorso, e che costituisce, come già notato, un principio fondamentale del sistema dell'arbitrato ABF, ha condotto a un'ulteriore previsione di inammissibilità, che gli orientamenti ABF qualificano come litispendenza, anche se certamente non in modo omogeneo rispetto al corrispondente istituto del codice di procedura civile; si tratta dei ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, ea quelle per le quali sia pendente un procedimento di esecuzione forzata o di ingiunzione, disposizioni che vanno integrate anche con quelle relative alla proposizione di azione di fronte all'Autorità Giudiziaria in pendenza di ricorso.

Ma la categoria dell'inammissibilità comprende anche casi del tutto diversi, vale a dire i casi di manifesta irricevibilità ed inammissibilità, che conducono a una pronuncia presidenziale preliminare, salvo che non ritenga di sottoporre la decisione al collegio, e che non si limitano alla manifesta inammissibilità nelle ipotesi appena descritte, ma si estendono innanzitutto alle questioni che riguardano la mancanza od inefficacia del reclamo, e quelle relative ad irregolarità documentali e di obblighi contributivi, anche nei casi nei quali la stessa segreteria, di propria iniziativa, abbia invitato inutilmente il ricorrente a sanare tali irregolarità.

Prima di giungere alla decisione collegiale del ricorso, le disposizioni hanno recentemente introdotto la possibilità di una definizione anticipata della controversia affidata a una decisione del Presidente o all'accoglimento di una sua proposta, una previsione che, come si è già detto, è prevista anche nella regolamentazione di altri paesi europei, anche se, come già notato, subordinata a limiti molto rigidi, vale a dire la presenza di orientamenti consolidati che eliminino ogni incertezza sull'esito della controversia.

La fase della decisione si presenta molto simile a quella del procedimento civile ordinario, salvo che per l'assenza di memorie e di ulteriori scritti difensivi e di una eventuale discussione orale (ad eccezione di quanto può essere disposto dal Collegio di Coordinamento in materia di deposito di memorie, secondo la più recente disciplina che ha modificato le Disposizioni).

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966

Unica particolarità, rispetto allo schema già descritto in relazione alla raccolta del materiale probatorio, è rappresentata dalla possibilità per il Collegio di disporre la c.d. "integrazione istruttoria", qualora si possa individuare un principio di prova di un elemento rilevante ai fini della decisione che si ritenga necessario corroborare con ulteriori elementi. In effetti, non si può istituire un parallelismo con i poteri probatori di ufficio attribuiti al giudice civile, per la differenza dei presupposti, per quanto proprio la previsione di tali poteri dimostra che l'attribuzione di poteri di ufficio in materia di prova non appare una previsione estranea ai principi vigenti in materia, e comuni tanto al sistema processuale giurisdizionale che a quello delle procedure non giudiziali di accesso alla giustizia.

Nella materia dell'onere della prova la stessa pronuncia 12 giugno 2017 del Collegio di Coordinamento già citata assume rilievo centrale.

In primo luogo, il Collegio rivolge la sua attenzione a quello che definisce come il "singolare dovere collaborativo attribuito all'intermediario (ben eccedente il limite del dovere di lealtà sancito nell'art. 88 c.p.c)", un dovere il cui mancato assolvimento è sanzionato dalle disposizioni con la previsione di rendere pubblica la mancata cooperazione dell'intermediario alla procedura anche se non abbia reso impossibile la decisione. Si tratta di una previsione del tutto peculiare, in effetti, ma che non incide comunque sulla distribuzione dell'onere della prova, escludendo la stessa pronuncia che la mancata costituzione dell'intermediario possa "rendere indiscriminatamente incontroversi tutti i fatti allegati dal ricorrente" e "tradursi nella inversione della distribuzione dell'onere della prova", così confermandosi la vigenza anche nel procedimento ABF del principio dell'onere della prova a carico della parte che afferma una pretesa.

Il Collegio, tuttavia, in relazione al potere di integrazione istruttoria (attualmente previsto dalla sezione VI, punto 2 delle Disposizioni e dal Regolamento), afferma che tale potere può essere esercitato anche in caso di prova documentale incompleta, quando cioè sia configurabile un principio di prova, aggiungendo che si tratta di un potere esercitabile a favore di entrambe le parti.

L'uniformità degli orientamenti dei Collegi, il cui numero aumentato a 7 rende certamente più frequente la possibilità di divergenze interpretative, è un obbiettivo molto sentito dal sistema, ed al cui conseguimento è finalizzata l'azione sia del Collegio di Coordinamento, organo decisorio centrale, destinato a risolvere i contrasti negli orientamenti dei Collegi sia quella della Conferenza dei Collegi, che, pur non risolvendosi in una decisione è destinata a facilitare il confronto tra i Collegi e favorire una convergenza tra le diverse posizioni.

Questi caratteri fondamentali del procedimento ABF possono adattarsi alla individuazione di caratteri comuni anche alla più ampia categoria degli organismi di arbitrato specializzato.

Copyright © 2024 FrancoAngeli srl, Milano, Italia. ISBN 9788835155966