

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche

Ciclo XXXVI

Curriculum in Diritto Romano, Diritto Privato, Diritto del Lavoro, Diritto Tributario e
Diritto Processuale civile

Gli ADR finanziari interni alla luce della Direttiva 2013/11/UE: un *effective remedy*?

L'ipotesi di una sezione specializzata per la
risoluzione delle controversie proprie del mercato
finanziario

Hepaj Ermelinda

Matricola n. 875984

Relatore: Chiar.mo Prof. Filippo Danovi

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Antonello Tancredi

ANNO ACCADEMICO 2022/2023

*Al professor Maurizio Lupoi
a cui devo la passione per gli studi di diritto processuale comparato*

INDICE SOMMARIO

<i>Premesse</i>	1
-----------------------	---

CAPITOLO I

I PROCEDIMENTI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE
CONTROVERSIE NELL'ORDINAMENTO INTERNO

1. Il panorama dei sistemi ADR e la degiurisdizionalizzazione della giustizia.....	5
2. La crisi della giustizia e il ruolo del sistema economico: l'azione delle politiche europee.....	18
3. La Direttiva ADR per i consumatori 2013/11/UE e l'intervento del legislatore interno. Considerazioni di principio.....	27
4. Un'ulteriore accelerata degli ADR nell'ambito della c.d. riforma della giustizia Cartabia (D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149).....	38

CAPITOLO II

IL *FAVOR* VERSO L'ARBITRATO QUALE MODELLO IDEALE PER LA
RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE NEGLI STATI
UNITI: UN'ANALISI COMPARATA

1. L'impianto normativo statunitense: tra il principio di effettività della tutela ed il ruolo della giustizia complementare resa dai giudici privati.....	45
2. Gli albori e lo sviluppo del procedimento arbitrale statunitense quale strumento ADR urgente.....	49
3. I presupposti del giudizio arbitrale e il paradigma dell'efficacia vincolante della decisione nel quadro del <i>Federal Arbitration Act</i> e delle leggi statali.....	61

4. La diffusione di un vincolo arbitrale forzato anche nelle <i>consumer's claims</i>	78
5. Un esemplare caso di arbitrato pubblico e privato “istituzionalizzato”: l' <i>American Arbitration Association</i> e le sue norme procedurali.....	85
6. Brevi riflessioni.....	96

CAPITOLO III

IL CONTROVERSO QUADRO NORMATIVO DEGLI ADR DOMESTICI PER LA RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE BANCARIE, FINAZIARIE ED ASSICURATIVE: L'ABF, L'ACF e L'AAS

1. Introduzione.....	101
2. L'incerta natura giuridica ed il capillare ambito di applicazione degli “Arbitri” nel settore finanziario: tra funzione decisoria e tutela effettiva.....	109
2.1 (<i>segue</i>) Le disposizioni sul procedimento dinanzi all'Arbitro bancario finanziario (ABF).....	115
2.2 (<i>segue</i>) Le disposizioni sul procedimento dinanzi all'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF).....	128
2.3 (<i>segue</i>) Le disposizioni sul procedimento dinanzi all'Arbitro delle controversie assicurative (AAS).....	142
3. L'ambigua efficacia dei provvedimenti decisionali emessi dai Collegi arbitrali. La questione del mancato adeguamento spontaneo da parte degli intermediari.....	145
4. Alcune considerazioni sull'ordinamento e la specializzazione degli Organi decidenti.....	152
5. Conclusioni.....	158

CAPITOLO IV

PROBLEMI E PROSPETTIVE: GLI “ARBITRI” INTERNI E L’URGENZA DI UN
GIUDICE SPECIALIZZATO PER UNA TUTELA EFFETTIVA DELLE LITI
DERIVANTI DAL SETTORE FINANZIARIO

1. Un’infelice scelta terminologica del legislatore interno e gli ancora attuali vizi di incostituzionalità di un arbitrato obbligatorio.....	161
2. Il difficile connubio tra la forza cogente delle decisioni emesse dagli Organi decidenti degli Arbitri finanziari (ovvero ABF, ACF e AAS) e il principio di effettività della tutela.....	170
3. L’inconciliabile rapporto tra le statuizioni rese nei procedimenti stragiudiziali ed il giudizio ordinario di merito nel dirimere le liti del comparto finanziario nel recente panorama giurisprudenziale. Alcuni esempi pratici.....	178
4. Il corrente precario riflesso dei c.d. responsi emanati dai Collegi arbitrali: tra comuni esperienze di funzioni di tutela ed efficacia tipica processuale.....	187
5. La specializzazione del giudice ordinario di merito: una prospettiva solutoria per una “tutela differenziata” delle controversie scaturenti dal mercato bancario, finanziario ed assicurativo.....	195
6. Considerazioni conclusive.....	203
<i>Bibliografia</i>	207

Premesse

“Soltanto un elevato livello di professionalità conferisce legittimazione all’intervento giudiziario, anche a quello innovativo ed a quello che afferma la difficile cultura della legalità e delle garanzie. Soltanto un elevato livello di cultura della funzione mette il magistrato al riparo dalla tentazione di imboccare la strada delle scorciatoie e della disinvoltura pur di raggiungere un risultato giusto”¹.

Queste parole del Consiglio Superiore di Magistratura, sembrano rappresentare oggi – ai fini del presente lavoro di ricerca- il nocciolo duro della questione giustizia in Italia, poiché il buon funzionamento di un ordinamento economico e sociale, richiede quale condizione, quasi indispensabile, un efficiente meccanismo giudiziario.

Sembra quasi ridondante ma, come ormai noto, l’inefficienza del sistema giudiziario nazionale, spesso legata alla “infinita” durata dei procedimenti, rimane un punto nevralgico dell’intero sistema economico e sociale del nostro Paese. Capita non di rado, infatti, che gli agenti nel mercato economico rifuggano i procedimenti giudiziari interni a favore di un giudice diverso o, addirittura, scelgano per la risoluzione delle loro liti di non rivolgersi al giudice. Tuttavia, i fattori che determinano questo scontro tra domanda formulata dall’utente finale e l’offerta assicurata dalle istituzioni giudiziarie sono davvero compositi, dalla durata dei procedimenti, ai costi, alle condizioni macroeconomiche e, persino, l’inadeguatezza di emettere decisioni conformi alle prescrizioni di diritto sostanziale, ove la qualità del sistema giudiziario non è adeguata al tipo ed alla natura degli interessi tutelati dalla funzione giurisdizionale².

¹ Il riferimento è alla delibera del Consiglio Superiore di Magistratura, del 9 luglio 1996, già citata M. Sciacca, *Gli strumenti di efficienza del sistema giudiziario e l’incidenza della capacità organizzativa del giudice*, in *Riv. di dir. proc.*, 2007, 643 e ss.

² Cfr. M Sciacca, *Gli strumenti di efficienza del sistema giudiziario e l’incidenza della capacità organizzativa del giudice*, op. cit., 644, in cui l’a. afferma che “L’art. 111 Cost. e l’art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo costituiscono oggi un ineludibile dato di riferimento tanto per il potere legislativo che per quello esecutivo e giudiziario, osservandosi che il principio di «ragionevole durata (del processo)» è stato elevato a criterio sovraordinato che influenza il sistema – giudiziario nel suo complesso e quello processuale in particolare – a tre diversi livelli: l’ intervento legislativo sul processo deve avere come primo parametro implicito quello della durata del giudizio; l’operatore del diritto, a livello individuale e collettivo, deve ricercare moduli di organizzazione e distribuzione del lavoro che privilegiano

Si tratta di obiettivi – adeguatezza delle decisioni, contemperamento dei costi per il cittadino ed impiego delle risorse disponibili, nonché tempestività della tutela - che si è cercato di realizzare mediante diversi interventi: interventi di informatizzazione (PCT), nuove risorse per l'organizzazione dell'organico giudiziario (ufficio per il processo); degiurisdizionalizzazione; introduzione e, successivamente, riconsiderazione dei sistemi di *alternative dispute resolution*. In particolare, questi ultimi aspetti sono stati quelli maggiormente interessati dalle modifiche legislative degli ultimi anni, tanto da spingere oggi la dottrina ad affermare che “l'architettura della nuova giustizia civile delinea ora un sistema in cui i rapporti tra processo e *Adr* appaiono a ruoli invertiti: alla prima porta può bussarsi solo se si sia fatto tutto il possibile per evitarlo, ricorrendo ad altri accessi”³. Questo perché, specie grazie all'ultimo intervento riformatore del legislatore, in materia di processo civile, sempre più sono le materie controvertibili mediante gli ADR che si vanno ad aggiungere a quelle già esistenti, anche al di là delle fattispecie in cui le stesse rappresentano una condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Eppure, il percorso di accesso alle ADR del settore finanziario, un settore certamente molto variegato dal punto di vista legislativo nonché delle implicazioni economiche, appare, perlomeno agli occhi di chi scrive, tra i più eterogenei: conciliatore bancario, mediazione, arbitro Consob, arbitro assicurativo, arbitro bancario, sono solo alcuni dei modelli a cui gli utenti si possono rivolgere per la tutela dei propri diritti soggettivi.

Non poche sono poi le incertezze ed i dubbi che ruotano attorno al panorama di questi modelli, tanto che, specie negli ultimi anni, hanno vissuto una sostanziale diminuzione del numero delle domande proposte dinanzi a questi organismi, poiché la mancanza di effettività della tutela apprestata rende inevitabile il ricorso al processo giurisdizionale.

Percorso giurisdizionale però che, dal canto suo, manca di quella specializzazione del giudice necessaria ad incidere positivamente sulla gestione del contenzioso

il dato temporale; il giudice, nell'ambito della flessibilità propria del sistema processuale, deve adottare soluzioni adeguate alle esigenze proprie di ogni singolo procedimento”.

³ B. Ficarelli, *Istruzione stragiudiziale nella negoziazione assistita da avvocati. Nuova sfida culturale per il legislatore italiano e metodi complementari di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2023, 533.

finanziario, sulla competitività degli intermediari, sul corretto funzionamento del mercato e, più in particolare, che potrebbe porre un freno alla patologica lentezza dei processi.

Così, in generale, nel corso del primo capitolo, prendendo le mosse dalla degiurisdizionalizzazione della giustizia, si cercherà di analizzare, le diverse modifiche legislative che si sono occupate di ADR, quasi fossero una panacea di tutti i mali della giustizia nazionale, specie con riferimento all'eccessiva durata dei procedimenti.

Nel secondo capitolo, invece, si tenterà di condurre un'analisi comparata che toccherà da vicino il tema dell'arbitrato statunitense, sia federale che statale (avuto riguardo allo Stato della California), poiché è nell'ordinamento di *common law* qui in esame che lo strumento arbitrale trova le proprie radici ed in cui costituisce la soluzione prediletta da quel ordinamento per la risoluzione delle controversie di qualsiasi settore, anche quindi quello finanziario, e persino sotto forma di arbitrato obbligatorio, realizzando la forma per eccellenza di giustizia complementare alla giurisdizione ordinaria delle corti.

Nel terzo capitolo verranno invece trattati, nello specifico, gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie del mercato finanziario interno: un panorama certamente composito, che desta non poche perplessità in tema di certezza del diritto e di effettività della tutela, in cui il legislatore ha scelto di avvalersi, oltre che dei mezzi di risoluzione alternativa "ordinari" vigenti, anche di uno strumento dal carattere decisionale del tutto peculiare, ossia i c.d. "arbitri finanziari". Si tratta di strumenti che nulla pare abbiano a che condividere con l'arbitrato disciplinato dal codice di rito interno, né tantomeno condividono le caratteristiche individuate trattando il tema dello strumento arbitrale proprio negli Stati Uniti.

Nel quarto ed ultimo capitolo, con uno sguardo maggiormente indagatore, ciò che si vuole proporre, in una prospettiva *de iure condendo*, è la realizzazione di una sezione specializzata presso i tribunali di merito, che possa trattare con dovizia di cognizione il contenzioso scaturente dai settori finanziario, bancario e assicurativo. Del resto, si tratta da sempre di un settore in continua evoluzione, in cui non solo manca l'armonizzazione degli strumenti complementari alla giustizia ordinaria, ma in cui

persino i tribunali faticano ad accrescere le proprie competenze in ragione dell'elevata complessità tecnica.

CAPITOLO I

I PROCEDIMENTI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE NELL'ORDINAMENTO INTERNO

Sommario: § 1. Il panorama dei sistemi ADR e la degiurisdizionalizzazione della giustizia – § 2. La crisi della giustizia e il ruolo del sistema economico: l'azione delle politiche europee – § 3. La Direttiva ADR per i consumatori 2013/11/UE e l'intervento del legislatore interno. Considerazioni di principio – § 4. Un'ulteriore accelerata degli ADR nell'ambito della c.d. riforma della giustizia Cartabia (D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149)

§ 1. *Il panorama dei sistemi ADR e la degiurisdizionalizzazione della giustizia*

La composizione stragiudiziale delle liti ha da sempre occupato un posto di rilievo all'interno della società civile, finendo per costituire un'alternativa - “complementare” - al procedimento giurisdizionale ordinario⁴.

Tale tema è indubbiamente decisivo per quei paesi in cui la durata dei processi dinanzi al giudice statale ha assunto, in modo progressivo, dimensioni patologiche tali da determinare un sostanziale diniego di giustizia⁵. È questo, come noto, anche quello che è stato definito come il “caso italiano”⁶, poiché nel nostro ordinamento, in particolare negli ultimi anni, la maggior parte degli interventi normativi a carattere emergenziale ha riguardato il processo civile.

L'intento del legislatore è stato orientato verso un primo sforzo di riforma organica dei metodi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie che potesse

⁴ A cura di F. Danovi, F. Ferraris, *ADR una giustizia complementare*, Milano, 2018.

⁵ N. Trocker, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in *L'altra giustizia*, a cura di V. Varano, Milano, 2007, 319.

⁶ Si veda *supra* [nota 1], M. Sciacca, *Gli strumenti di efficienza del sistema giudiziario e l'incidenza della capacità organizzativa del giudice*, op. cit., 644, in cui l'a. afferma che “l'Italia è in effetti tristemente in coda nelle classifiche che la mettono a confronto non soltanto con altri paesi dell'Unione Europea, ma addirittura del mondo. Ci troviamo di fronte arretrati di milioni di cause e processi che durano anni”.

implementare proprio gli strumenti di “degiurisdizionalizzazione” della giustizia⁷, avuto particolare riguardo alla mediazione, alla conciliazione, alla negoziazione assistita e all’arbitrato.

La complessità che strutturalmente presuppone il processo civile, incardinato in binari di norme di diritto processuale ben circoscritti dal legislatore, ha difatti determinato la crisi della giustizia civile; costretta a barcamenarsi tra tempi di risposta eccessivamente lunghi ed una gestione della controversia retta da un eccessivo formalismo, in cui l’organo giudicante si trova quasi in una posizione di spettatore, ed in cui il *dictum* del giudice ha finito per perdere la propria forza attrattiva.

Di fronte a questa *impasse* del processo, da diversi lustri, il tema dei metodi alternativi di soluzione delle controversie, o ADR, secondo l’acronimo inglese “*Alternative Dispute Resolution*”, costituisce, ormai, uno dei grandi argomenti della letteratura giuridica internazionale⁸.

Si tratta di istituti a cui il legislatore affida il raggiungimento del medesimo risultato perseguito dal processo di cognizione, ovvero la pronuncia della sentenza⁹. Ciò rende opportuno qualche riferimento, in via preliminare, circa la possibilità di operare una *summa divisio* all’interno degli strumenti di risoluzione delle controversie, distinguendo tra strumenti autonomi e strumenti eteronomi. Fanno parte della prima categoria quei procedimenti finalizzati a comporre la controversia mediante il raggiungimento di un accordo tra le parti sul merito della lite. Si parla anche di mezzi ai “autocomposizione della lite”, in cui l’atto, frutto delle “reciproche concessioni” delle parti, prescinde dalla ragione o dal torto poiché si fonda su una valutazione di congruità di quell’accordo ad assolvere gli interessi delle parti rispetto al rapporto controverso. Rientrano nella seconda categoria, invece, quei procedimenti in cui si rende necessaria la determinazione di un soggetto terzo, il cui compito è quello di

⁷ Si veda, in tal senso, il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 – successivamente convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162-, recante “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile”.

⁸ Nel nostro ordinamento, hanno il pregio di aver coltivato la cultura delle tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie autori come Mauro Cappelletti e Michele Taruffo. Si vedano a tal proposito: M. Cappelletti e B. Garth, *Access to Justice: A World Survey*, Milano, 1978; M. Taruffo, *La composizione della lite: la conciliazione*, Relazione al convegno organizzato dalla Camera arbitrale di Milano, 7 febbraio 1997.

⁹ F. P. Luiso, *Diritto processuale civile V, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2022, 3 e ss.

dettare le concrete regole di condotta applicabili alla lite. In queste situazioni, il terzo impone alle parti una decisione vincolante, determinando quale tra esse ha ragione e quale, invece, avrà torto. Com'è evidente, nelle due fattispecie – che il legislatore interno cita indistintamente – il metodo di risoluzione della controversia risulta profondamente diverso: in particolare, attraverso i mezzi consensuali la lite cessa grazie al raggiungimento di un accordo di cui le parti stesse sono fautrici; mentre attraverso i mezzi aggiudicativi o eteronomi la lite è ricomposta da un soggetto – terzo ed imparziale - diverso dai destinatari degli effetti finali del provvedimento, ovvero della decisione che individua la corretta soluzione giuridica.

Si possono pertanto ricomprendere nella definizione di ADR¹⁰, in via generica, quei modelli che tendono alla gestione del conflitto ed alla risoluzione di una controversia senza il ricorso all'autorità giudiziaria, quali la mediazione e le altre procedure che prevedono l'intervento di un soggetto terzo nel ruolo di facilitatore dell'accordo; e seppur con alcuni limiti, si è soliti ricomprendere nell'acronimo ADR anche l'istituto dell'arbitrato, nonché il particolare caso rappresentato dagli “arbitrati” del settore finanziario.

È evidente che non si possa parlare compiutamente di ADR senza alcun cenno circa la loro origine e diffusione. Si tratta, infatti, di modelli che il nostro paese ha importato dagli Stati Uniti e che, come sostenuto dalla dottrina¹¹, dopo aver registrato il ruolo di “*new entry*” hanno raggiunto la vetta nella classifica delle c.d. “*top ten*”.

Com'è noto, convenzionalmente, lo sviluppo e la diffusione del *favor* verso i metodi alternativi di risoluzione delle controversie si è soliti ricondurli ad un evento specifico: la Conferenza¹² sul tema delle “[*The*] *Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*”, tenutasi a Minneapolis il 7 aprile 1976 in occasione del

¹⁰ Per una individuazione dei modelli ADR in cui si distingue tra ADR autodeterminati ed ADR eterodeterminati, tra ADR aggiudicativi e facilitativi, tra ADR extraprocessuali ed endoprocessuali, ovvero ancora tra ADR obbligatori e facoltativi, si veda *supra* [nota 4], F. Danovi, F. Ferraris, *ADR una giustizia complementare*, op. cit., 18 e ss.

¹¹ E. Silvestri, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1999, 321; cfr. anche O. G. Chase, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, a cura di V. Varano, in *L'altra giustizia*, Milano, 2007, 129 e ss.

¹² Si veda in merito L. Levin e R. R. Wheeler, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, St. Paul, Minnesota, 1979.

settantesimo anniversario dell'intervento di Rascoe Pound, padre fondatore del diritto statunitense e sostenitore della funzione sociale dei giudici¹³.

In quell'occasione era emersa l'inadeguatezza delle riforme sino ad allora intervenute, compresa l'entrata in vigore delle *Federal Rules of Civil Procedure* (1938), rispetto alla c.d. *litigation explosion* dinanzi all'apparato statale delle corti – statali e federali – che necessitava di risposte al crescente numero di controversie civili. Da qui, pertanto, le diverse relazioni presentate nel corso della conferenza fecero emergere la necessità di sottrarre alla giurisdizione delle corti alcune specifiche materie del contendere affinché fossero destinate ad organi decisionali privati, operanti al di fuori dell'apparato giurisdizionale e sulla base di procedimenti più flessibili ed informali¹⁴.

Nell'ambito di tali interventi si era fatta strada l'idea di diversificare le procedure di risoluzione delle controversie creando tanti modelli paralleli quanti potevano essere i tipi di causa che la rinnovata crescita economica e l'eccessiva litigiosità della società civile riusciva a creare¹⁵. Ecco, quindi, che da qui ha iniziato a diffondersi la concezione di una tutela “differenziata”¹⁶ adatta alle più controverse situazioni giuridiche soggettive, alternativa al processo e che, spesso, segue la strada privata.

Così, si può affermare che, negli Stati Uniti, gli ADR hanno conosciuto una crescita significativa sino ai primi anni novanta¹⁷: da un lato, infatti, questi modelli hanno rappresentato una soluzione alle criticità legate al tema dell'accesso alla giustizia e dei costi eccessivi, poiché caratterizzati da informalità e immediatezza; dall'altro lato, invece, hanno perseguito lo scopo di porre fine all'attivismo politico delle corti¹⁸

¹³ K. L. Hall, *The Magic Mirror: Law in Americana History*, Oxford, 1989, 223; si veda anche la relazione di F.E. A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, in *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*, St. Paul, Minnesota, 1979, 65.

¹⁴ Cfr. *supra* [nota 4], F. Danovi, F. Ferraris, *ADR una giustizia complementare*, op.cit., 15.

¹⁵ Cfr. *supra* [nota 11], O. G. Chase, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, op. cit., 141, l'a. afferma “che la quantità di casi stesse aumentando è dimostrabile chiaramente. Fra il 1962 e il 1974 il numero di cause civili iniziate ogni anno di fronte alle corti distrettuali federali è raddoppiato, passando da 50.000 a oltre 100.000. Ed è raddoppiato pure il rapporto fra casi iniziati e abitanti, passando da 260 per ogni milione di cittadini degli Stati Uniti a circa 500 per milione”.

¹⁶ A. Proto Pisani, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. di dir. proc.*, 1979, 537.

¹⁷ R. Danovi, *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. It.*, 1997, 1032.

¹⁸ Si veda a tal proposito l'analisi condotta da J. W. Stempel, *Reflections of Judicial ADR and Multi-doors Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood*, in *Ohio St J. Disp. Res.*, 1996, 297 e ss.; cfr. anche *supra* [nota 8], E. Silvestri, *Osservazioni*

sottraendo alla loro cognizione questioni di rilevanza sociale, quali ad esempio i diritti civili, per riporre nell'autodeterminazione dei singoli la scelta in ordine alla miglior tutela possibile. Tuttavia, non mancarono di certo critiche ad un sistema così delineato: molti, infatti, ritennero che l'esigenza di ridurre il carico di lavoro delle corti ad ogni costo, ed un irrefrenabile sviluppo degli strumenti di risoluzione non giurisdizionale delle controversie, avrebbe comportato l'emersione di altri problemi, quali – soprattutto- quelli legati alle garanzie del giusto processo del modello statunitense, tra cui l'indipendenza e l'imparzialità dell'organo giudicante, ovvero ancora la pubblicità delle decisioni.

Nonostante queste perplessità, il legislatore statunitense si fece portavoce della rivoluzione culturale portata avanti dalla diffusione del fenomeno degli ADR: anzitutto, nel 1980, venne adottato il *Dispute Resolution Act*, con cui, per il tramite delle risorse pubbliche, veniva incentivato il ricorso allo strumento della mediazione nonché ad altri modelli di ADR; successivamente, nel 1998, con l'adozione dell'*Alternative Dispute Resolution Act* venne, per la prima volta, fornita la definizione di ADR che, come dispone la *Section 3*, “*includes any process or procedure, other than an adjudication by presiding judge, in which a neutral third party participates to assist in the resolution of issues on controversy, through processes such as early neutral evaluation, mediation, and arbitration*”¹⁹.

Ciò detto, ancora oggi negli Stati Uniti, gli ADR rappresentano un binario parallelo di notevole suggestione rispetto al sistema ordinamentale costituito dalle corti, poiché

in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, op. cit., 324, in cui l'a. afferma che “[S]i trattava, appunto, di aspirazioni inconfessate, di cui (ovviamente) non si trova traccia nei numerosi contributi dottrinali che hanno accolto con favore le proposte scaturenti dalla conferenza e le raccomandazioni formulate da un'apposita «task force», che suggeriva un'ampia sperimentazione delle alternative al processo”.

¹⁹ Per un'analisi approfondita di quelli che sono stati individuati come modelli di risoluzione alternative delle controversie negli Stati Uniti degli anni Ottanta, si veda E. D. Green, *A Comprehensive Approach to the Theory and Practice of Dispute Resolution*, in *Legal Educ.*, 1984, 245-258. L'a. in particolare afferma che: “*Courts, of course, play an essential role in our system of dispute resolution. By articulating norms, creating a basis for the prediction of litigated outcomes, and by empowering weaker parties with the ability to enlist governmental force, adjudication creates a field in which other forms of dispute resolution can flower. But legal education's preoccupation with the process and results of adjudication to the near exclusion of arbitration, mediation negotiation, and others forms of dispute resolution, leaves students with a distorted view of the world beyond law school. It also results in a stunted conceptual framework with which to think about legal problems and a shortage of skills to achieve optimum results for clients seeking justice at reasonable cost*”.

è proprio a questi modelli che viene affidata la risoluzione delle controversie civili, restando il processo la via residuale.

Quanto riportato sino ad adesso si ripercuote in qualche misura anche nell'ordinamento nazionale e nelle scelte legislative degli ultimi decenni, poiché mette in evidenza l'emersione di due elementi chiave per comprendere la diffusione del fenomeno delle ADR²⁰. Da un lato, infatti, si deve certamente menzionare la funzione deflattiva di questi modelli che sorge per far fronte al sovraccarico dei tribunali, a cui fanno seguito processi molto lunghi e costosi; e, dall'altro lato, non si può non menzionare la possibilità, mediante questi strumenti, di addivenire ad una soluzione della lite che rifletta maggiormente gli interessi delle parti in causa, anziché limitarsi ad una mera applicazione delle norme di diritto applicabili alla fattispecie concreta da parte dell'autorità giudiziaria²¹.

Certo, è opinione comune che i vantaggi derivanti dal ricorso alle alternative al processo le rendano un "valore aggiunto" rispetto alla giustizia statale: l'autonomia delle parti nella scelta del soggetto a cui devolvere la controversia, la facoltà di scegliere tra varie possibili soluzioni alla lite e la riservatezza del procedimento sono elementi che – certamente - costituiscono gli aspetti positivi della disciplina delle ADR.

Così, gli "strumenti contrattuali" di risoluzione delle controversie sono diventati, non solo oggetto di approfondimenti dottrinali, ma anche motivo di intervento da parte del legislatore europeo (di cui si dirà)²² ed anche di quello interno²³.

Anzitutto, volendo condurre l'indagine a partire dall'ordinamento interno, non si possono trascurare i riferimenti relativi alla presenza di modelli alternativi di composizione delle controversie già in epoca pre – unitaria²⁴. Difatti, nel 1860, vigevano tre sistemi di conciliazione di matrice legislativa: un modello era

²⁰ E. Silvestri, *Risoluzione delle controversie e alternative al processo: un'introduzione teorica*, a cura di E. Silvestri, *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, Torino, 2020, 5.

²¹ Per maggiori approfondimenti si veda F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Pavia, 2008.

²² Cfr. Direttiva 21 maggio 2008, n. 52.

²³ F. P. Luiso, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2011, 325.

²⁴ C. A. Calcagno, *Profili storici*, a cura di E. Silvestri, *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, Torino, 2020, 11-19.

rappresentato dalla legislazione lombarda, il quale prevedeva l'obbligatorietà del tentativo preventivo di conciliazione; il legislatore del codice del Regno delle due Sicilie aveva previsto, invece, un tentativo preventivo facoltativo; e, infine, il modello Sardo prevedeva un tentativo giudiziale obbligatorio effettuato dal pretore. Il compito, poi, di uniformare le suddette legislazioni, venne compiuto dal legislatore post-unitario. Così, con regio decreto del 1865, n. 2626, venne istituito il conciliatore come soggetto preposto all'amministrazione della giustizia civile e penale; peraltro, persino il primo Codice dell'Italia unita, nel 1865, prevedeva la figura del giudice conciliatore con il compito di comporre le controversie. Tralasciando la disamina di tutti gli strumenti conciliativi esistenti tra il XX e gli inizi del XXI secolo per ragioni di spazio, sarebbe certamente ingeneroso considerare l'esperienza italiana degli ADR in quegli anni "tabula rasa"²⁵. Sicuramente, infatti, si può menzionare un esempio fra tutti costituito dalla legge di riforma delle camere di commercio avvenuta con la legge del 29 dicembre 1993, n. 580, emanata su impulso del legislatore comunitario (direttiva n. 93/13 Cee "concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori").

A tal proposito, sembra significativo riportare il contenuto dell'art. 2, intitolato "Attribuzioni", il quale fra le competenze o funzioni attribuite alle Camere di Commercio annovera la capacità di "promuovere la Costituzione di Commissioni arbitrali per le controversie, sia fra imprese, sia fra imprese e consumatori ed utenti" (*lett. a*)²⁶.

Dopo il 1993 sono state varate diverse leggi²⁷ volte ad incentivare il ricorso allo strumento della conciliazione, sebbene si dovrà attendere il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 per una riforma e riorganizzazione organica delle diverse fattispecie.

Ancor prima di passare in rassegna la normativa comunitaria e quella nazionale in tema di ADR, specie del settore finanziario (di cui si dirà), individuandone i

²⁵ G. Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Politica del diritto*, 1997, 415.

²⁶ Cfr. G. Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, op. cit., 417, in cui l'a. che "[L'] l'attuazione di tali competenze, compresa la facoltà di promuovere la Costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie, non solo tra imprese ma, proprio per la materia in esame, fra imprese e «consumatori ed utenti» (*lett. a del 4° comma*), consente alle Camere di Commercio un'ampia potestà di tutela del «consumatore» con l'attuazione della direttiva comunitaria concernente le clausole abusive".

²⁷ Un riferimento fra tutti potrà essere la conciliazione societaria, introdotta dagli artt. 38-40 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, mediante cui si forma la figura del conciliatore societario.

maggiormente significativi aspetti processuali, occorre ricordare che, malgrado gli sforzi perpetrati in materia, manca ancora una definizione univoca di ADR. Com'è noto non si tratta di una questione di poco conto poiché l'individuazione e la scelta del modello alternativo a cui affidare la risoluzione della controversia, tra i tanti modelli disponibili, potrebbe compromettere le ragioni delle parti in causa, nonché la certezza del diritto.

A tal proposito se, anzitutto, si guarda all'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998, come già accennato, l'art. 3 definisce come ADR “tutti i processi o procedure cui partecipa un terzo neutrale, anziché il giudice competente, per facilitare la risoluzione della controversia, mediante metodi come la mediazione, la conciliazione, il *minitrial* e l'arbitrato (*omissis*)”; le *Civil Procedure Rules* inglesi, invece, si riferiscono alle ADR come “*a collective description of methods of resolving disputes otherwise than through the normal trial process*”; dal canto suo, la nostra dottrina ha ricondotto le ADR a “modelli non contenziosi di composizione, ad opera di un terzo, di controversie tra privati, che si è affiancato (“in alternativa”) alle tradizionali corti di giustizia e arbitro”²⁸.

È bene ribadire ancora una volta, quindi, che il medesimo acronimo ADR non ricomprende un singolo modello di risoluzione alternativa delle liti, esistendo, piuttosto, vari strumenti. In merito, pare opportuno menzionarne alcuni: la mediazione, da non confondere con la conciliazione, la negoziazione assistita e l'arbitro²⁹.

Anzitutto, con il d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, il Governo, in attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha provveduto ad introdurre il procedimento di mediazione³⁰ con il dichiarato obiettivo di voler ridurre il fardello del contenzioso

²⁸ F. Benigni, F. Franzini, (a cura di), *Composizione delle controversie commerciali con le procedure di “ADR”*, Milano, 2004.

²⁹ Cfr. *supra* [nota 20] E. Silvestri, *Risoluzione delle controversie e alternative al processo: un'introduzione teorica*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, op. cit., 2.

³⁰ L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. di dir. proc.*, 2010, 575, in cui l'a. afferma che “è appena il caso di segnalare che «mediazione» è termine tradotto dall'inglese *mediation*, nulla a vando a che fare con il contratto di mediazione disciplinato dall'art. 1754 c.c.; l'ascendenza culturale dell'istituto spiega forse l'introduzione, *ex lege*, dell'ennesimo barbarismo di derivazione anglosassone, pur non dovendosi tacere che tale innovazione linguistica ha anche la finalità politica di marcare la differenza tra l'istituto che ci occupa e la «conciliazione» di italica matrice, della quale gli operatori del diritto hanno imparato a diffidare”.

civile e pertanto diminuire i tempi dei processi. Come sin qui riportato, infatti, la gravità della crisi della giustizia civile in Italia è stata (e forse è) una costante che ha percorso da anni le relazioni dei Presidenti della Corte di cassazione³¹, come denuncia del continuo e progressivo aumento della mole di lavoro degli uffici giudiziari, nonché dunque delle intollerabili lungaggini processuali a cui il legislatore ha cercato di porre rimedio mediante il ricorso ai modelli stragiudiziali di risoluzione delle controversie, di cui l'introduzione della mediazione ha costituito -certamente- un esempio.

Su di un piano generale, non potendo qui analizzare ogni aspetto della disciplina in oggetto, secondo il dettato dell'art. 1 per mediazione si intende "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"; diversamente, invece, intendendosi per conciliazione in senso stretto "la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione". I due termini si trovano quindi in un rapporto di "mezzo" a "fine", poiché la conciliazione costituisce il risultato a cui può giungere l'*iter* procedimentale della mediazione³², come specifica l'art. 2, infatti, "chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritto disponibili³³, secondo le disposizioni del presente decreto".

³¹ L. Rovelli, *La crisi della giustizia civile. Diagnosi e terapie*, in *Giur. It.*, 2009, 515, in cui l'a. riporta alcuni dati numerici sostenendo che "[L]e cause civili pendenti in Italia a fine 2006 erano circa cinque milioni, in Spagna 5700.000, in Francia 1.400.000 (comprese le cause commerciali pendenti davanti al *Tribunal de Commerce*, composto da "commercianti", e quelle di lavoro affidate a "*proud'hommes*"); in Germania, in cui il sistema processuale è assimilabile al nostro, 1.510.000 di cause di fronte peraltro di un organico della magistratura togata di circa 29.000 di unità (e dunque circa il triplo del nostro). Lo scorso anno il Presidente della C. A. di Genova poté documentare come, nell'arco temporale di 25 anni, l'incremento delle cause pervenute annualmente alla Corte è stato di circa 5 volte. Nel medesimo tempo l'organico dei magistrati della Corte non solo non è cresciuto in proporzione; non è cresciuto affatto, anzi è di minuito di qualche unità".

³² M.F. Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. di dir. proc.*, 2009, 357 e ss.

³³ Cfr. *supra* [nota 21] F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, op. cit., 459 e ss.

Com'è noto, il provvedimento in esame non introduce un solo modello di mediazione ma tre diverse tipologie³⁴, tutte soggette a presupposti alquanto differenti, ma aventi un unico comune denominatore, rappresentato dalla figura del mediatore, - terzo imparziale - che ha il compito di facilitare il raggiungimento dell'accordo frutto della volontà delle parti, le quali peraltro sono sempre libere di trovare un accordo e di determinarne il contenuto mediante il loro reciproco consenso³⁵. L'elemento della volontarietà costituisce da un lato il *know how* per il funzionamento della mediazione e, dall'altro lato, ciò che permette di distinguere questo modello di risoluzione delle liti da quelli di tipo eteronomo, come l'arbitrato, in cui le parti rimettono la soluzione della controversia alla decisione vincolante di un terzo.

Del resto, come sostenuto da autorevole dottrina³⁶, nel quadro degli strumenti alternativi delle controversie, mediazione e conciliazione si pongono in una posizione per così dire intermedia tra l'istituto della transazione, strumento tipico di autocomposizione delle controversie, e l'arbitrato, strumento tipico di eterocomposizione delle liti; in particolare, si presentano non solo e non tanto come strumenti deflattivi, ma come modelli "di civiltà e di pace" idonei a dipanare i conflitti mediante l'incontro di volontà delle parti, ben lontani quindi dai mezzi aggiudicativi.

Introdotta con il decreto legge n. 132 del 2014, la negoziazione assistita³⁷ rappresenta anch'essa uno strumento di risoluzione alternativa delle controversie non

³⁴ Per un approfondimento circa i modelli di mediazione oggi esperibili si veda il contributo di M. Dotti, *La mediazione*, in *ADR una giustizia complementare*, a cura di F. Danovi, F. Ferraris, Milano, 2018, 109 e ss.; v. anche *supra* [nota 30] L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, op. cit., 578 in cui l'a. afferma che "[R] riprendendo una classificazione proposta in dottrina, possiamo dire che ci troviamo qui di fronte: a) a un provvedimento di mediazione su base volontaria stragiudiziale ed extraprocessuale: le parti possono cioè esperire un tentativo di mediazione prima ed indipendentemente dalla proposizione di una controversia avanti al giudice civile; b) a un procedimento stragiudiziale ma endoprocessuale, con ciò intendendo che l'attività di mediazione viene svolta da un organismo non giudiziale (appunto, l'organismo di mediazione come definito dall'art. 1), ma su sollecitazione (non vincolante) del giudice statale, già attualmente adito della controversia; è il modello, ben noto nei paesi anglosassoni, della *court annexed mediation*; c) a una mediazione estraprocessuale ed extragiudiziale obbligatoria, prevista dall'art. 5 per una moltitudine di controversie, e qualificata come condizione di procedibilità della causa".

³⁵ F. Cuomo Ulloa, *Accesso alla mediazione*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, op. cit., 32.

³⁶ C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. di dir. proc.*, 2009, 845 e ss.

³⁷ Anche la disciplina della negoziazione assistita manca di una definizione dell'istituto poiché infatti la norma di cui al Capo II del d. l. 132/2014 (convertito in l. 162/2014), parla di

troppo dissimile dalla mediazione, poiché permette di raggiungere la definizione della lite per mezzo di un accordo raggiunto volontariamente dalle parti. Tuttavia, mentre nella mediazione le parti vengono “assistite” da un terzo nel procedimento che le porta a trovare una soluzione condivisa al conflitto, nella negoziazione assistita la figura del mediatore è sostituita dall'intervento prestato alle parti da uno o più avvocati. Com'è noto, infatti, la negoziazione assistita costituisce un chiaro esempio di “misura urgente di degiuridizzializzazione”³⁸ varate dal legislatore con l'intento di ridurre l'arretrato della giustizia civile. A tale riguardo, un rilievo va fatto con riferimento all'efficacia esecutiva della convenzione di negoziazione assistita, una volta raggiunto l'accordo tra le parti: in merito, infatti, il legislatore ha adottato una formula comune a quella prevista per la mediazione³⁹, prevedendo all'art. 5, – rubricato “Esecutività dell'accordo raggiunto a seguito della convenzione trascrizione” –, comma 1, che l'accordo sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo.

Si tratta senza dubbio di importanti implicazioni nel panorama delle ADR poiché, si rammenta, l'ordinamento italiano vigente sino ai primi anni del duemila non conosceva, allora, fattispecie procedurali che potessero essere ricondotte alla *mediation* del mondo anglosassone, ovvero alla negoziazione assistita, in quanto era da sempre rimasto fedele alle più tradizionali forme alternative di risoluzione delle liti: la conciliazione⁴⁰ e l'arbitrato.

“Procedimento di negoziazione assistita da uno o più avvocati e riferendosi alla convenzione di negoziazione assistita afferma che essa consiste in “un accordo mediante il quale le parti convengo di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati”.

³⁸ Intento perseguito anche dalla c.d. riforma Cartabia che ha avuto ad oggetto, tra gli altri, l'istituto in esame e di cui si darà qualche cenno del proseguo.

³⁹ Il riferimento è all'art. 12 del d.lgs. n. 28 del 2010, il quale nel prevedere l'efficacia esecutiva del verbale- accordo di mediazione, prevede due diverse ipotesi in cui l'accordo potrà essere speso come titolo esecutivo, a seconda che le parti siano o meno state assistite dai rispettivi legali; in un caso, infatti, sarà sufficiente che gli avvocati attestino e certifichino la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico; nel secondo caso, invece, l'accordo allegato al verbale deve essere omologato, dietro istanza di parte, “con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico”.

⁴⁰ Come già detto in precedenza, infatti, le prime disposizioni in materia di conciliazione giudiziaria erano contenute nel primo codice di procedura civile dell'Italia unita (1865). Diversi sono i richiami alla conciliazione all'interno del codice di procedura civile vigente. Anzitutto, il riferimento è all'art. 185 c.p.c., come riformato dalla novella del 2005. Ai sensi della disposizione in esame, il giudice istruttore, ove le parti ne facciano richiesta, può disporre

Lo strumento arbitrale, peraltro, da sempre vivo nelle controversie legate ai rapporti contrattuali, nazionali ed internazionali, ascrivibili a soggetti capaci di sfruttare i punti di forza dell'autonomia privata e di organizzare un procedimento alternativo al processo ordinario, ha ricevuto nuova linfa, anche con la recente riforma Cartabia. Tuttavia, lo stesso arbitrato stenta invece, ancora oggi, a conquistare nuove mete a causa dei limiti che il legislatore interno pone al suo utilizzo nelle controversie che riguardano i consumatori⁴¹.

Sebbene, l'istituto dell'arbitrato⁴² non si presenti sempre in maniera univoca, ma semmai polivalente, si possono comunque identificare alcuni modelli dai tratti peculiari, seppur non esaustivi. Così, dalla prospettiva degli effetti del lodo, si può distinguere tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, poiché nel primo caso il lodo sarà idoneo ad acquistare gli effetti proprio della sentenza resa dall' giudice statale, mentre nel secondo caso il lodo avrà efficacia negoziale vincolante per le parti. Dal panorama del procedimento arbitrale, invece, si è soliti distinguere tra arbitrato amministrato⁴³ ed arbitrato *ad hoc*, costituendo quest'ultimo la forma arbitrale maggiormente adoperata nella prassi. In merito, con l'espressione di arbitrato *ad hoc* ci si riferisce ad un procedimento che si svolge secondo criteri e precetti specificatamente individuati dalle parti nella convenzione arbitrale, secondo le regole stabilite dagli arbitri per risolvere quella determinata controversia, nonché da -eventuali- norme suppletive

la loro comparizione al fine di provocare la conciliazione, all'esito positivo della quale verrà redatto un processo verbale, idoneo a costituire titolo esecutivo. Del pari, l'art. 320 c.p.c., prevede la possibilità in capo al giudice di pace di interrogare liberamente le parti al fine di provarne la conciliazione. Ancora, con d. l. 21 giugno 2013, n. 69, è stato introdotto l'art. 185 -bis c.p.c., il quale prevede l'esperimento di una proposta conciliativa su iniziativa del giudice ove ciò sia possibile, alla prima udienza, ovvero sino a quando non è esaurita l'istruzione, avuto riguardo della natura del giudizio, del valore della controversia e all'esistenza di questioni di pronta soluzione. per maggiori approfondimenti in merito, si vedano F. Ferraris, M. Gozzi, *La conciliazione nel processo*, in *ADR una giustizia complementare*, op.cit., 25 e ss.; cfr. anche *supra* [nota 5] N. Trocker, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, op. cit., 318 e ss.

⁴¹ V. *supra* [nota 5] N. Trocker, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, op.cit., 318, in cui l'a. afferma che “[N] nel nostro sistema giuridico sono tre gli istituti in cui si manifesta tradizionalmente l'*Alternative dispute resolution*: la conciliazione, l'arbitrato ed i procedimenti amministrativi contenziosi”.

⁴² C. Cecchella, *L'arbitrato*, Torino, 1991.

⁴³ Cfr. A. Berlinguer, *L'arbitrato amministrato*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. Rubino-Sammartano, Bologna, 2009, 405 e ss.

individuabili nella *lex arbitri*. Diversamente, si intende per arbitrato amministrato, quell'arbitrato in cui le parti decidono di devolvere l'amministrazione dell'intera procedura arbitrale ad un ente o un'istituzione a ciò deputata, la quale si avvale di appositi regolamenti preventivamente approvati, con cui verranno disciplinati tutti gli aspetti del procedimento⁴⁴.

Ancora, dalla prospettiva dell'ordinamento ed in un'ottica di diritto interno puramente teorica, -poiché si vedrà come nell'ordinamento statunitense non sia solo una distinzione meramente teorica, ma semmai pratica- si può distinguere tra arbitrato obbligatorio⁴⁵ e arbitrato facoltativo; mentre con il primo ci riferisce ad arbitrati imposti alle parti aprioristicamente *ex lege*; nel secondo caso sono le parti a decidere liberamente di devolvere agli arbitri la risoluzione della controversia. Tuttavia, il nostro legislatore, sin dai lavori preparatori della Costituzione, ha sempre rifiutato la previsione di un arbitrato obbligatorio, per due ordini di motivi. Da un lato, infatti, l'obbligatorietà del mezzo arbitrale si porrebbe in contrasto con il divieto di creazione di giudici speciali di cui all'art. 102 della Costituzione e, dall'altro lato, con il carattere imperativo dell'art. 24 della Costituzione, il quale individua il diritto di azione "in giudizio" come diritto inviolabile, non suscettibile di essere compromesso da alcuna norma ordinaria.

È proprio all'interno di questa distinzione che ricade la questione relativa agli strumenti di risoluzione delle controversie del settore finanziario di cui si dirà, non senza aver prima analizzato il panorama legislativo europeo e nazionale in cui questi strumenti si collocano poiché, ancora una volta, l'esigenza di tutela del principio di ragionevole durata dei processi e di efficienza del sistema giustizia ha incontrato

⁴⁴M. V. Micale, *L'arbitrato*, in *ADR una giustizia complementare*, op. cit., 57 e ss., in cui l'a. ricorda che "il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ha infatti introdotto nel codice di procedura civile un nuovo art. 832, rubricato «Rinvio a regolamenti arbitrali». Tale norma, oltre a suggellare a livello legislativo la possibilità per le parti di «fare rinvio a un regolamento arbitrale preconstituito» detta innanzitutto una regola di portata generale volta a disciplinare le possibili ipotesi di contrasto tra convenzione di arbitrato e regolamenti arbitrali. Invero, con previsione certamente opportuna in quanto correttamente rappresentativa del fenomeno arbitrale qual espressione dell'autonomia privata, viene stabilito che – in caso di contrasto tra convenzione di arbitrato e regolamento- prevale la prima, sicché al regolamento pare doversi attribuire una posizione subordinata rispetto alla volontà specificamente espressa dalle parti nella convenzione di arbitrato”.

⁴⁵V. Andrioli, *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione*, nota a Corte cost. 14 luglio 1977, n. 127, in *Giur. cost.* 1997, 1103 e ss.

l'introduzione di nuovi (ibridi) modelli di risoluzione alternativa delle controversie, che tuttavia suscitano non pochi interrogativi in termini di certezza del diritto e di tutela delle ragioni dei consociati.

§ 2. *La crisi della giustizia e il ruolo del sistema economico: l'azione delle politiche europee*

Il tema delle *Alternative Dispute Resolutions* nonché, in particolare, il tema dell'accesso alla giustizia hanno assunto ormai da molti anni un ruolo di primo piano nelle politiche dell'Unione europea⁴⁶, specie per quei paesi in cui la durata dei processi dinanzi alla giurisdizione statale ha gradualmente raggiunto dimensioni anomale tali da tradursi in un sostanziale diniego di giustizia⁴⁷.

Alla base delle politiche europee, che si sono susseguite in materia, vi è certamente l'acquisita consapevolezza della inadeguatezza del processo giurisdizionale come unico rimedio a disposizione delle parti per ottenere giustizia: la necessità di avere procedure rapide, efficaci e poco costose ha difatti incentivato l'utilizzo di percorsi alternativi che possano condurre alla risoluzione della controversia, rendendo comunque effettiva la tutela apprestata alle parti, al pari delle procedure giudiziarie ordinarie⁴⁸.

⁴⁶ G. Tarzia, *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. di dir. proc.*, 2001, 902 e ss. In merito all'armonizzazione tra diritto processuale civile interno e diritto dell'Unione europea, l'a. afferma che “[U]na riflessione che voglia che voglia avere per oggetto lo stato attuale e le prospettive di sviluppo di quello, che chiamerò il diritto comune europeo del processo civile, non può neppure essere tentata se non di ci rende subito avvertiti della varietà e complessità delle fonti di questo diritto, della sua apparente disorganicità e ancora della varietà dei diritti e degli interessi, progressivamente presi in considerazione come oggetto di tutela: un diritto in espansione, nel quale si rivengono molteplici linee evolutive”.

⁴⁷ M. P. Gasperini, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2017, 136 e ss.

⁴⁸ Cfr. *supra* [nota 17] R. Danovi, *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione europea*, op. cit., 1032, ove secondo l'a. “[L]a giustizia è dunque in attesa (più materialmente in parcheggio), e l'inefficienza del processo è una costante che alimenta critiche e lamentale sempre più vivaci. Così, le alternative che si sono poste, e si pongono di volta in volta con maggiore o minore intensità sono sempre le stesse: introdurre nel sistema processuale meccanismi diretti a semplificare ed alleggerire le procedure, oppure, più radicalmente, sollecitare ed assicurare nuove forme di risoluzione delle controversie, rendendo comunque effettiva la protezione dei diritti”.

Senza entrare nel merito di tutti gli strumenti legislativi in materia di ADR adottati dalle istituzioni europee si può osservare che, in via preliminare, le misure in questione sono state espressamente menzionate nel Libro verde⁴⁹ della Commissione europea del 16 novembre 1993 circa l'accesso dei consumatori alla giustizia e "la risoluzione delle controversie in materia di consumo"⁵⁰. Questo documento ha rappresentato un primo importante contributo, in ambito comunitario, sulle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie: frutto di un precedente lavoro intrapreso dalla Comunità economica europea⁵¹, l'obiettivo dichiarato nel Libro verde era, da un lato, la razionalizzazione dei tempi e dei costi di risoluzione delle controversie e, dall'altro lato, una volta risolta la lite, l'incentivo per le parti di mantenere le relazioni commerciali (o di altra natura) già esistenti tra di esse.

Successivamente, conscio dei risultati raggiunti dai progetti c.d. "pilota"⁵² di cui si fa riferimento nello stesso Libro verde, il legislatore europeo tenta di definire i contorni del concetto di strumenti extragiudiziali di composizione delle controversie, dapprima nella Raccomandazione 98/257/CE⁵³ e, in un secondo momento, nella Raccomandazione 2001/310/CE⁵⁴. Tali strumenti di *soft law* del diritto unionale⁵⁵

⁴⁹ G. Gioia, *Il nuovo "pacchetto" della commissione europea sull'ADR*, in *Il Corr. Giur.*, 2012, 697 e ss.

⁵⁰ Libro verde della Commissione delle Comunità europee, *L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*, Bruxelles, 16 novembre, 1993, COM (93) 576, consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51993DC0576&from=ET>.

⁵¹ Il riferimento è alla relazione del presidente Peter Sutherland che, insieme ad un gruppo di esperti, nel 1992, venne incaricato dalla Commissione di redigere una relazione sul funzionamento del mercato interno, in cui venivano indagate le condizioni di accesso alla giustizia nella Comunità, ovvero le procedure non giurisdizionali presenti in alcuni ordinamenti nazionali europei. Si veda a tal proposito il *Secondo piano d'azione triennale della Commissione 1993-1995*, Bruxelles, 28 luglio 1993, COM (93), 378, disponibile anche in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51993DC0378&from=EN>

⁵² Per maggiori approfondimenti circa i c.d. "progetti – pilota" condotti nei vari Stati membri, tra cui il Belgio, la Francia, etc., si veda *supra* [nota 17], R. Danovi, *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione europea*, op. cit., 1034 e ss.

⁵³ In *G.u.c.e.*, 17 aprile 1998, L 115/31, 31-34, il cui testo è consultabile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.1998.115.01.0031.01.ITA&toc=OJ%3AL%3A1998%3A115%3ATOC.

⁵⁴ Si veda in *G.u.c.e.*, 19 aprile 2001, L 109/56, 56 e ss. disponibile in https://doc989.consiglioveneto.it/corecom/resources/raccomandazion_CE.pdf.

⁵⁵ M. Appiano, *Le raccomandazioni CE sugli organismi per la conciliazione delle controversie di consumo*, in AA.VV. *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2011.

mirano a disciplinare i livelli minimi di garanzia a cui ciascuno Stato membro dovrebbe tendere allorché si trova ad emanare una disciplina rivolta alla regolamentazione degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Com'è noto, con la Raccomandazione 98/257/CE, la Commissione si è preoccupata di fissare i principi cardine delle procedure c.d. aggiudicative, ovvero quelle in cui la figura del conciliatore/terzo possiede il potere, oltre che di proporre, persino di imporre la soluzione della lite, elencando una serie di regole minime⁵⁶ applicabili ai procedimenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. In particolare, agli artt. I -VII della predetta Raccomandazione, vengono indicati il principio di indipendenza dell'organo/terzo chiamato ad intervenire nel procedimento; il rispetto del principio di trasparenza durante tutte le fasi della procedura; la tutela del principio del contraddittorio; il principio dell'efficienza in termini di costi di accesso alla giustizia e di tempi della procedura; il rispetto del principio di legalità, declinato come tutela nei confronti del consumatore rispetto all'applicazione delle norme imperative di favore; la tutela della libertà di adesione alle procedure per il consumatore, nonché il divieto dell'applicazione di clausole ADR *ante causam* che abbiano “come effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire le giurisdizioni competenti per la risoluzione giudiziaria della controversia; e, da ultimo, il principio di rappresentanza, inteso come facoltà per le parti di farsi assistere “legalmente” durante ciascuna fase della procedura⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. in merito *supra* [nota 17] R. Danovi, *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione europea*, op. cit., 1033 e ss., in cui l'a. ricorda che “il primo «programma preliminare per una politica di *protezione* e di *informazione* del consumatore» è del 1975, e tende ad assicurare la protezione ed informazione del consumatore attraverso un programma dettagliato che individua cinque obiettivi o «diritti fondamentali» (e per ciascuno sono indicati i *principi e le azioni prioritarie*): ...*(omissis)* l'informazione e l'educazione del consumatore, la consulenza e la rappresentanza dei consumatori nelle decisioni che lo riguardano. ... *(omissis)* Successivamente tali principi sono stati riaffermati nel II Programma, approvato con la risoluzione del Consiglio del 19 maggio 1981, ove si ribadisce la necessità di assicurare le *condizioni* per l'esercizio e la difesa dei diritti fondamentali del consumatore”.

⁵⁷ “(I) Principio d'indipendenza. L'indipendenza dell'organo responsabile dell'adozione della decisione è garantita in modo tale da assicurare l'imparzialità della sua azione. Quando la decisione è adottata individualmente, questa indipendenza è garantita in particolare attraverso le seguenti misure: - la persona designata possiede la capacità, l'esperienza e la competenza, in particolare in materia giuridica, necessarie allo svolgimento delle sue funzioni; - la persona designata gode di un mandato irrevocabile di durata sufficiente e garantire l'indipendenza della sua azione e non può essere destituita senza giustificato motivo; - quando la persona designata è nominata o retribuita da un'associazione professionale o da un'impresa, essa non deve aver svolto attività lavorative, nel corso dei tre anni precedenti la sua entrata in funzione, per questa

A questi principi si aggiungono, poi, i riferimenti posti dalla Raccomandazione 2001/310/CE, la quale si occupa specificatamente delle procedure di conciliazione c.d. facilitative, in cui il compito del terzo è agevolare la risoluzione della controversia

associazione professionale o per uno dei suoi membri o per l'impresa in questione. Quando l'adozione della decisione è collegiale, l'indipendenza dell'organo responsabile dell'adozione della decisione può essere garantita attraverso la rappresentanza paritaria dei consumatori e dei professionisti o attraverso il rispetto dei criteri sopra enunciati. (II) Principio di trasparenza. Sono adottati mezzi adeguati a garantire la trasparenza della procedura. Tali mezzi comprendono: 1) la comunicazione scritta a qualunque soggetto che lo richieda, delle seguenti informazioni: - una descrizione precisa dei tipi di controversie che possono essere sottoposti all'organo, nonché gli eventuali limiti esistenti per quanto riguarda la copertura territoriale e il valore dell'oggetto delle controversie; - le norme relative alla presentazione del reclamo all'organo competente, compresi i passi previamente imposti al consumatore nonché altre regole procedurali, in particolare quelle relative al carattere scritto o orale della procedura, alla comparizione personale e alle lingue procedurali; - il costo eventuale della procedura per le parti, comprese le regole riguardanti la ripartizione delle spese al termine della procedura; - il tipo di regole sulle quali si fondano le decisioni dell'organo (disposizioni legali, equità, codici di condotta, ecc.); - le modalità di adozione delle decisioni nell'ambito dell'organo; - il valore giuridico della decisione, precisando chiaramente se ha o no natura vincolante per il professionista o per entrambe le parti. Se la decisione è di natura vincolante, devono essere precisate le sanzioni applicabili in caso di mancato rispetto della decisione. Devono inoltre essere indicate le vie di ricorso eventualmente esistenti per la parte che non ha ottenuto soddisfazione. 2) La pubblicazione, da parte dell'organo competente, di una relazione annuale relativa alle decisioni adottate, che consentirà di valutare i risultati ottenuti e d'identificare la natura delle controversie che gli sono state sottoposte. (III) Principio del contraddittorio. La procedura da seguire comporta la possibilità, per tutte le parti interessate, di far conoscere il proprio punto di vista all'organo competente e di prendere conoscenza di tutte le posizioni e di tutti i fatti avanzati dall'altra parte, nonché eventualmente delle dichiarazioni degli esperti. (IV) Principio di efficacia. L'efficacia della procedura è assicurata da misure che garantiscano: - l'accesso del consumatore alla procedura, senza essere obbligato a ricorrere ad un rappresentante legale; - la gratuità della procedura o la determinazione di costi moderati; - la fissazione di termini brevi tra la presentazione del reclamo all'organo e l'adozione della decisione; - l'attribuzione di un ruolo attivo all'organo competente che gli consenta di prendere in considerazione tutti gli elementi utili alla risoluzione della controversia. (V) Principio di legalità. La decisione dell'organo non può avere il risultato di privare il consumatore della protezione che gli garantiscono le disposizioni imperative della legge dello Stato sul territorio del quale l'organo è stabilito. Nel caso di controversie transfrontaliere, la decisione dell'organo non può avere il risultato di privare il consumatore della protezione che gli garantiscono le disposizioni imperative della legge dello Stato membro in cui il consumatore risiede abitualmente, nei casi previsti dall'articolo 5 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Qualunque decisione è motivata e comunicata quanto prima per iscritto o in qualunque altra forma adeguata alle parti interessate. (VI) Principio di libertà. La decisione dell'organo può essere vincolante nei confronti delle parti solo se esse ne sono state precedentemente informate e l'hanno accettato esplicitamente. L'adesione del consumatore alla procedura extragiudiziale non può derivare da un impegno che precede l'origine della vertenza, quando questo impegno ha come effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire le giurisdizioni competenti per la risoluzione giudiziaria della controversia. (VII) Principio di rappresentanza. La procedura non può privare le parti del diritto di farsi rappresentare o accompagnare da un terzo in qualunque fase della procedura stessa”.

“facendo incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo”⁵⁸. I principi fondamentali a cui qui si fa riferimento vengono racchiusi in una dimensione più circoscritta rispetto alla precedente: anzitutto, al requisito dell'imparzialità del soggetto deputato a condurre la procedura conciliativa; alla trasparenza come requisito imprescindibile, sia con riguardo alla procedura sia con riferimento agli esiti della stessa; all'efficacia della procedura, la quale deve essere contenuta nei costi, facilmente accessibile e tempestiva; infine, si impone che venga “assicurata l'equità della procedura”, per cui le parti avranno diritto di “rifiutare di partecipare alla procedura”, ovvero “di recedere da essa in qualsiasi momento, nonché “di adire il sistema giudiziario” (art. 2, comma 2, *lett. A-D*)⁵⁹.

Se il Libro verde del 1993 e le Raccomandazioni del 1998 e del 2001 hanno però interessato solo la materia relativa al settore dei consumi, con il Libro verde del 2002⁶⁰, la Commissione per la prima volta valuta l'opportunità di estendere gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie a tutte le liti scaturenti dall'applicazione del diritto civile e commerciale.

Tali scelte del legislatore europeo certamente mostrano l'abbandono di quell'idea che vede gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie come un modello per il componimento di liti di modico valore⁶¹, finendo invece per considerare tali rimedi come complementari alla giustizia statale, capaci di migliorare l'offerta di tutela e garantire il buon funzionamento della macchina giustizia.

A questo Libro verde fa seguito, qualche anno dopo, il Codice europeo di condotta dei mediatori e la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 52, approvata il 21 maggio 2008⁶². Quest'ultima, in particolare, si pone l'obiettivo dichiarato di

⁵⁸ Voce “Campo di applicazione”: “1. La presente raccomandazione si applica agli organi terzi responsabili delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo che si adoperano per risolvere una controversia facendo incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo”.

⁵⁹ Raccomandazione 2001/310/CE, art. II, comma 2°, consultabile integralmente in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310&from=DE>.

⁶⁰ Disponibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52002DC0196>.

⁶¹ F. Santagada, *La mediazione*, Torino, 2012, 10 e ss.; si veda anche *supra* [nota 18] F. Cuomo Ulloa, *Accesso alla mediazione*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, op. cit., 40 e ss.

⁶² Cfr. *supra* [nota 32] M. F. Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, op. cit., 357 e ss.; in merito si veda anche l'intervento di E. Zucconi

“facilitare l’accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un’equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario” (art. 1)⁶³.

Su queste premesse, va detto che la direttiva anzitutto si rivolge alle controversie transfrontaliere pur ammettendo che “nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni” (considerando 8). Appare chiaro l’intento del legislatore europeo nel voler dettare un *unicum* procedurale che possa armonizzare le legislazioni dei singoli stati membri.

Ebbene, nonostante il riferimento della Direttiva europea fosse rivolto alle liti transfrontaliere, il legislatore interno, in un’ottica di continuità tra il diritto interno e il diritto comunitario, con il d.lgs. 28/2010 ha provveduto ad un introdurre e disciplinare la “mediazione finalizzata alla conciliazione”⁶⁴, non solo con riguardo alle controversie transfrontaliere, ma anche a quelle nascenti dall’applicazione del solo diritto interno.

Il legislatore nazionale, infatti, alla luce delle inefficienze della giustizia civile e all’esigenza di ridurre l’elevato carico di lavoro dei tribunali, ha cercato di incentivare la promozione e l’accesso agli strumenti di risoluzione alternativa delle liti, introducendo la nuova disciplina della *Mediazione delle controversie civili e commerciali*⁶⁵, nonché promuovendone la funzione deflattiva⁶⁶.

Galli Fonseca, *La nuova mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2010, 653 e ss.

⁶³ In particolare la direttiva dispone che gli Stati membri sono tenuti a garantire la riservatezza della procedura (art. 7), l’esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione (art. 6) e devono – soprattutto- attribuire alla domanda di mediazione effetti analoghi a quelli della domanda giudiziale, per far sì che alle parti che scelgono la mediazione non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato per effetto della scadenza di termini di prescrizione o decadenza (art. 8).

⁶⁴ R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28). Quadro generale*, in *Il Foro It.*, 2010, 89 e ss.; L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, op. cit., 575 e ss.

⁶⁵ F. Cuomo Ulloa, *Accesso alla mediazione*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, op. cit., 36 e ss.

⁶⁶ Nonostante non si possa condurre un’analisi approfondita della disciplina in oggetto, poiché esula dai fini del presente lavoro, tuttavia, verrà riportato qualche riferimento relativo all’ambito di applicazione del d.lgs. 28/2010 allorquando si affronterà il tema degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie adottate dal legislatore interno per il settore finanziario.

Ma il tema della mediazione, e più in generale degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, assume in sede comunitaria nuovo spessore con l'emergere dell'idea di voler conseguire una possibile soluzione comune per migliorare l'accesso dei consumatori alla giustizia⁶⁷.

Per quanto rilevato sino a qui, in ambito europeo, i modelli di risoluzione alternativa delle controversie sono state più volte oggetto di una legislazione frammentaria, specie in materia consumeristica: in particolare, infatti, riferimenti alle ADR per i consumatori si rivengono nel Libro verde del 1993 sull'accesso dei consumatori alla giustizia; nella Direttiva 97/5/CE⁶⁸ “sui bonifici transfrontalieri”, nella Direttiva 97/7/CE “riguardante la protezione dei consumatori tutela dei consumatori in materia di contratti a distanza⁶⁹, nonché nelle due Raccomandazioni rispettivamente adottate dalla Commissione nel 1998 e nel 2001, di cui si è detto. Tuttavia, una legislazione così segmentata, unitamente ad una scarsa conoscenza di tali sistemi, da parte delle imprese e dei consumatori, ha fatto sì che, nel 2011⁷⁰, la Commissione avanzasse una proposta di intervento - questa volta una direttiva - sulle ADR per i consumatori, poiché gli interventi susseguitesisi in quegli anni non erano stati sufficienti a “conferire ai consumatori fiducia nel mercato unico”.

Per vero, l'Unione europea ha mostrato negli anni una particolare attenzione per la tutela dei consumatori prediligendo iniziative indirizzate all'adozione di norme di settore molto dettagliate, destinate ad assicurare proprio ai consumatori livelli di protezione molto elevati all'interno del mercato interno unionale⁷¹. Le istituzioni

⁶⁷ Cfr. *supra* [nota 32] M. F. Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, op. cit., 481 in cui l'a. fa riferimento ai vari tentativi messi appunto dal legislatore europeo per tutelare le ragioni dei consumatori.

⁶⁸ Cfr. il testo integrale in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:31997L0005>

⁶⁹ Disponibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A31997L0007>

⁷⁰ Cfr. G. Gioia, *Un nuovo “pacchetto” della Commissione europea sull'ADR*, op. cit., 700 e ss. Secondo l'a. l'obiettivo perseguito dal legislatore europeo “muove dalla consapevolezza che, nonostante le istituzioni europee nel corso di questi decenni abbiano adottato diversi strumenti legislativi in materia di ADR, allo stato attuale si evidenziano carenze sostanziali che ne compromettono l'efficacia. Si legge nella Relazione che esse consistono in «lacune nella copertura, scarsa consapevolezza dei consumatori e delle stesse imprese sulla possibilità di farvi ricorso, standard qualitativi delle relative procedure non omogenei».

⁷¹ Cfr. E. Silvestri, *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, op. cit., 86 e ss.

europee hanno così cercato, da un lato, di incentivare il ricorso ai modelli alternativi di risoluzione delle controversie, cercando di garantire, rapidità e semplificazione delle procedure, nonché costi irrisori e, dall'altro lato, hanno tentato di risolvere i problemi relativi alle controversie transfrontaliere, individuando dei meccanismi *ad hoc* per evitare i conflitti di giurisdizione tra Stati membri e permettere agli stessi di operare di concerto tra loro nell'attuazione delle tutele riservate, in particolare, ai consumatori.

Difatti, il diritto dell'Unione con il fine di rendere più agevole il ricorso alle procedure ADR e offrire un supporto ai consumatori coinvolti in una controversia – specie nelle controversie transfrontaliere cui la direttiva intende riferirsi –, mentre prevede la possibilità per i professionisti che operano all'interno di uno Stato membro di avvalersi di organismi ADR con sede in altri Stati membri, “impone” altresì agli stessi di potenziare i sistemi FIN-NET e ECC-NET⁷². Si tratta specificatamente di due reti di collaborazione europee, istituite su iniziativa della Commissione, di cui FIN-NET avente il compito precipuo di riunire le ADR nazionali⁷³ del settore finanziario (servizi bancari, finanziari ed assicurativi), onde facilitare l'accesso dei consumatori alle procedure di risoluzione non giurisdizionale delle controversie transfrontaliere: in particolare, infatti, si tratta di una rete di “organizzazioni nazionali competenti per risolvere i reclami dei consumatori nel settore dei servizi finanziari senza ricorrere ai tribunali”⁷⁴, di cui sono attualmente membri 60 sistemi di risoluzione alternativa delle controversie operanti in 27 paesi membri.

Non si può comprendere l'operatività della rete FIN-NET senza alcun riferimento ai ricorsi che dalla stessa vengono gestiti: si è passati da un totale di 335 ricorsi nel

⁷² Essa è frutto della fusione tra l'*European Extra-Judicial Network (EEJ-Net)* introdotta il 16 ottobre 2001, con il preciso scopo di favorire il “collegamento in rete di tali organismi in modo da consentire una collaborazione attiva nei casi concreti” ed il network dei Centri europei per i consumatori, da cui ECC-NET, il cui compito precipuo è quello di offrire al consumatore supporto ed assistenza nel caso di problematiche legate alle transazioni transfrontaliere. Per un approfondimento empirico si veda anche in http://ec.europa.eu/consumers/ecc/index_en.htm.

⁷³ Oltre ad Islanda, Liechtenstein e Norvegia, com'è dato riscontrare sul sito stesso https://finance.ec.europa.eu/consumer-finance-and-payments/retail-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/about-fin-net_it.

⁷⁴ Come sostenuto da N. Soldati, *La terza riforma dell'arbitrato bancario e finanziario (ABF)*, in *Contratto e impresa*, 2020, 1546, “[T] tale rete ha il grande pregio di consentire al cliente di rivolgersi al proprio sistema nazionale di ADR, il quale, avvalendosi del supporto informativo fornito dalla rete stessa, lo mette in collegamento con il sistema equivalente nel Paese in cui opera l'intermediario, laddove esistente”.

2001 ai 3759 nel 2019⁷⁵, di cui 1977 nel solo settore bancario. In sostanza, così facendo, le istituzioni europee, oltre ad aver manifestato una grande attenzione per il tema legato all'accesso alla giustizia e per quello, complementare, della risoluzione alternativa delle liti, hanno inteso dotare il consumatore di validi ed efficaci strumenti per tutelare l'esercizio dei loro diritti nel contesto transfrontaliero.

Alla luce della direzione tracciata con l'emananda direttiva – COMM (2011) 793- sarebbe stato lecito attendersi una progressiva attenzione del legislatore interno al tema delle ADR del settore finanziario, specie per quanto attiene il rispetto di quelle garanzie minime e indispensabili per incrementare la fiducia degli utenti in tali strumenti, che hanno conosciuto, almeno a livello europeo, un “nuovo” periodo con l'intervento normativo europeo del 2013, ovvero con la Direttiva 2013/11/UE.

⁷⁵ Anno dell'ultima rilevazione disponibile come dato riscontrare in https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-04/2019-activity-report_en_0.pdf. Con riferimento ai ricorsi ricevuti dalle singole ADR nazionali, l'Italia ne conta 22473.

§ 3. *La Direttiva ADR per i consumatori 2013/11/UE e l'intervento del legislatore interno. Considerazioni di principio*

Come ormai noto, la tematica dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie civili ha registrato anche nel nostro ordinamento una costante crescita, dettata non solo dall'esigenza di rendere più celere ed immediata la tutela apprestata ai consociati, ma anche dall'accresciuta convinzione della necessità di abbandonare le tradizionali frontiere nazionali, introducendo strumenti extraprocessuali, da tempo vigenti nei diversi ordinamenti, idonei a far fronte agli eccessivi formalismi del processo ordinario⁷⁶.

In particolare, tra i diversi obiettivi di volta in volta perseguiti attraverso la creazione di nuove forme di ADR, tra cui si ricorda anzitutto l'introduzione del procedimento uniforme di mediazione, avvenuta con il d.lgs. 28/2010, si evidenzia, oggi, l'arricchimento del panorama dei modelli ADR concernenti la gestione alternativa delle liti in materia finanziaria, specie ove le controversie che occorrono tra professionisti e consumatori⁷⁷.

A questo proposito, la direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, a cui l'Italia ha dato attuazione con il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, costituisce, come sostenuto da autorevole dottrina⁷⁸, l'attuale "stato dell'arte" in materia di metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

La predetta direttiva esprime a chiare lettere l'obiettivo a cui l'atto normativo vuole tendere, ovvero "contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno e di garantire che essi possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di

⁷⁶ F. Danovi, *Arbitrato online*, in *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, a cura di Mauro Rubino – Sammartano, Bologna, 2013, 441.

⁷⁷ Cfr. F. Ferraris, *ADR e consumatori*, in *ADR una giustizia ripartita*, op. cit., 323, il quale afferma che "[S]i tratta, in estrema sintesi, di percorsi dal carattere essenzialmente volontario, i quali peraltro non potrebbero in alcun modo privare il consumatore del proprio diritto alla tutela giurisdizionale (art. 1 direttiva 2013/11/UE e art. 141, comma 10 cod. cons.), estremamente semplificati sia per quanto concerne l'attivazione, possibile anche per via telematica, che in relazione al concreto svolgersi delle diverse attività, le quali dovranno prevedere modalità in grado di venire incontro alle esigenze di volta in volta manifestate dal consumatore".

⁷⁸ Cfr. E. Silvestri, *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia ripartita*, op. cit., 87.

professioni dinanzi ad organismi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie”⁷⁹. In questa logica, infatti, il legislatore europeo, come già prefigurato nei considerando della direttiva stessa⁸⁰, pone l’attenzione su un sistema di ADR fruibile per tutte le liti nazionali e transfrontaliere a cui consumatori e professionisti possano ricorrere secondo procedure che rispettino standard di qualità comunitari⁸¹. Particolare rilievo assume, in quest’ottica, il ruolo degli Stati membri, il cui compito è quello di incentivare l’adozione di questi meccanismi, mettendo a disposizione procedure ADR per ogni tipo di controversia che possa vedere coinvolti i diritti dei consumatori, prevedendo il conseguente dovere in capo agli Stati nazionali di predisporre un modello di risoluzione alternativa delle controversie c.d. “residuo”, idoneo a trattare le controversie per le quali non vi sia un organismo di ADR *ad hoc*, ovvero con una competenza specifica (art. 5, par. III)⁸².

⁷⁹ I riferimenti sono ai termini utilizzati dal legislatore europeo della direttiva 2013/11/UE, Capo I (Disposizioni generali), art. 1 in cui dispone quanto segue: “L’obiettivo della presente direttiva è di contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno garantendo che i consumatori 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. La presente direttiva non pregiudica la legislazione nazionale che prevede l’obbligatorietà di tali procedure, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario”.

⁸⁰ Si veda il Considerando (5), disponibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011>.

⁸¹ Cfr. *Considerando* (7) della direttiva 2013/11/UE in cui si riporta quanto segue: “Affinché i consumatori possano avvalersi di tutte le potenzialità del mercato interno, l’ADR dovrebbe essere disponibile per tutti i tipi di controversie, a livello nazionale e transfrontaliero, contemplati dalla presente direttiva, le procedure ADR dovrebbero rispettare i requisiti di qualità che si applicano in tutta l’Unione e i consumatori e i professionisti dovrebbero essere a conoscenza dell’esistenza di tali procedure. Tenuto conto dell’aumento del commercio transfrontaliero e della circolazione di persone, è altresì importante che gli organismi ADR trattino le controversie transfrontaliere in modo efficace”.

⁸² Si veda in proposito anche il dettato del *Considerando* (24) in cui si riporta “(omissis) La presente direttiva non dovrebbe obbligare gli Stati membri a creare organismi ADR specifici per ogni settore del commercio al dettaglio. Ove necessario, per assicurare una copertura settoriale e geografica totale e l’accesso all’ADR, gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di provvedere alla creazione di un organismo ADR residuo, che tratti le controversie per la risoluzione delle quali nessun organismo ADR specifico è competente. Gli organismi ADR residui costituiscono una garanzia per consumatori e professionisti che non sussistano lacune nell’accesso a un organismo ADR”.

Tra i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie delineati dalla direttiva ADR, merita un riferimento anche la risoluzione *online* delle controversie dei consumatori poiché il Regolamento n. 525/2013 del Parlamento e del Consiglio europeo, integra il quadro della direttiva, istituendo una piattaforma ODR⁸³ europea volta a garantire una tutela extragiudiziale per la risoluzione delle liti derivanti dal ricorso al commercio elettronico, dotata dei caratteri di uniformità previsti dalle istituzioni europee⁸⁴. Tuttavia, ciò che preme evidenziare in questa sede sono - certamente- alcuni dei principi che, secondo la direttiva, dovrebbero qualificare le procedure di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori: si tratta di principi che peraltro in parte esulano dal quadro della legislazione interna in tema di ADR, il cui compito ultimo viene spesso ricondotto ad una mera funzione deflattiva, per concentrarsi, invece, su principi che per il legislatore europeo attengo al piano relativo all'accesso al sistema giustizia, nonché all'efficacia e all'equità delle predette procedure.

La direttiva si preoccupa, in via principale, di garantire un'adeguata informazione sulle procedure di risoluzione delle controversie disponibili, imponendo agli Stati membri di garantire che gli organismi a ciò deputati possano mantenere siti web aggiornati, così da poter consentire ai consumatori di poter presentare il proprio reclamo anche *offline* (art. 5, par. 2°, lett. *a* e *c*).

Nelle disposizioni immediatamente successive, il principio dell'agevole accesso alla procedura, lascia il posto al principio di efficacia del procedimento (art. 8), di cui sono corollari necessari la gratuità dal lato dei consumatori, nonché la ragionevole durata della stessa che viene determinata nel termine di novanta giorni, fatti salvi i casi di proroga in caso di complessità della lite. Tra i requisiti che vale inoltre la pena menzionare, vanno richiamati la competenza, l'indipendenza e l'imparzialità degli organi giudicanti, i quali debbono possedere "le conoscenze e le capacità necessarie

⁸³ Si tratta di una piattaforma accessibile dal sito <http://ec.europa.eu/consumers/odr/>, disponibile dal 15 febbraio 2016.

⁸⁴ Secondo il considerando (8) del Regolamento, infatti, "l'ODR offre una soluzione extragiudiziale facile, efficace, rapida, e a basso costo per le controversie derivanti da operazioni online. Tuttavia, mancano meccanismi che consentano ai consumatori e ai professionisti di risolvere tali controversie con mezzi elettronici; tale mancanza comporta svantaggi per i consumatori, ostacola in particolare le operazioni transfrontaliere online, crea una situazione di squilibrio per i professionisti e, di conseguenza, frena lo sviluppo generale del mercato online".

nel settore della risoluzione alternativa o giudiziale delle controversie” (art. 6, lett. *a*); la trasparenza, circa le informazioni messe a disposizione del pubblico e relative al funzionamento degli organismi di ADR, “alle persone fisiche incaricate della ADR” ed alla loro nomina, ai tipi di controversia per le quali sono competenti, alle procedure che disciplinano la risoluzione di una controversia, e ad ogni altra informazione idonea a consentire alle parti di compiere una scelta ragionevole in merito all’organismo di ADR da attivare in ciascun caso di specie (art. 7); l’equità, intesa come tutela del contraddittorio sia tra le parti, sia rispetto alle opinioni espresse da esperti nominati dall’organismo ADR, nonché la possibilità per le parti di non farsi assistere da un avvocato o consulente legale (art. 8, lett. *b*).

A tal proposito, la direttiva prescrive non solo la gratuità in termini di costi di accesso alla procedura, ma persino che le parti possano ricorrere agli organismi ADR senza l’obbligo di avvalersi dell’ausilio di un avvocato, ovvero di un consulente legale. Tale principio, si pone come ulteriore requisito di efficacia della procedura, nonché di equità e trasparenza, poiché è compito dell’organismo ADR quello di informare le parti circa l’effettività della procedura, indipendentemente dalla necessità di ricorrere all’assistenza legale (art. 9, lett. *b*).

La direttiva prosegue, infine, con altre disposizioni che tutelano la libertà e la legalità, intese come requisiti atti a garantire alle parti la possibilità di ritirarsi in qualsiasi momento dalla procedura, senza conseguenze pregiudizievoli, dinanzi alla proposta di risoluzione formulata dall’organismo ADR, ove questa sia frutto di una mancata consapevolezza in ordine agli effetti che la stessa comporta per la parte⁸⁵.

Ora, l’Italia ha dato attuazione alla Direttiva 2013/11/UE con il d.lgs. n. 130/2015 e, all’indomani dell’adozione della direttiva, non si è mancato di rilevare come la sua attuazione comportasse non poco “disordine” per il legislatore interno, specie avuto riguardo alla peculiare figura di ADR “generalista” rappresentata dalla mediazione civile e commerciale, disciplinata dal d.lgs. n. 28/2010 come novellato con l. n. 98/2013.

⁸⁵ Cfr. E. Silvestri, *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, op. cit., 89, la quale riporta, tra l’altro che “[L]a Direttiva prosegue con altre disposizioni, che prevedono la creazione in Stato Membro di «autorità competenti», sostanzialmente incaricate sia di certificare la rispondenza di ogni organismo ADR ai requisiti stabiliti dalla Direttiva, sia di operare come *trait d’union* tra gli organismi e la Commissione Europea”.

I predetti atti si presentano come due testi complessi: da un lato, le nuove norme sono state collocate nel Codice del consumo mediante l'introduzione di un nuovo titolo, il Titolo II *bis*, rubricato "Risoluzione extragiudiziale delle controversie", e sebbene l'intento del legislatore fosse quello dell'armonizzazione, non si può dire che tale obiettivo sia stato raggiunto, poiché non vi è stata alcuna semplificazione degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie a disposizione dei consumatori; dall'altro lato, invece, la c.d. "mediaconciliazione" si presenta anch'essa come una ADR consumeristica, con la possibilità degli organismi specializzati in materia di accreditarsi come organismi per la gestione dei procedimenti ADR, ma soprattutto, - come disposto dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010 -, con la previsione dell'obbligatorietà del previo esperimento del tentativo di mediazione nelle controversie relative a contratti bancari, finanziari ed assicurativi, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Va preliminarmente chiarito che, la linea adottata dalla politica delle istituzioni europee circa l'obbligatorietà del tentativo di mediazione *ex lege* si caratterizza per l'ampia libertà riconosciuta in capo agli Stati membri in ordine alla possibilità di legiferare in tal senso o meno. Invero, con specifico riferimento alla mediazione di cui alla Direttiva 52/2008/CE, l'art. 5, par. 2°, faceva salva la possibilità per le legislazioni nazionali di rendere "il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario", purché "questa non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario". Si tratta di concetto che trova una speculare disposizione anche all'interno della direttiva 2013/11/UE, poiché l'art. 1, afferma che "la presente direttiva non pregiudica la legislazione nazionale che prevede l'obbligatorietà di tali procedure, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario"⁸⁶.

Secondariamente, sul punto si è espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea che, nel corso del procedimento *Alassini e altri c. Telecom*⁸⁷, chiamata a

⁸⁶ In https://conciliatorebancario.it/images/allegati/direttiva_adr.pdf. Per maggiori approfondimenti circa la mediazione delle controversie di consumo si veda anche lo scritto di N. Scannicchio, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti, La mediazione delle controversie di consumo nella direttiva europea 2013-11*, Torino, 2015, 151 e ss.

⁸⁷Si veda in <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=0F84E52DB732C3533EB44>

pronunciarsi in ordine al carattere dell'obbligatorietà della mediazione, ha avuto modo di affermare che il tentativo obbligatorio di mediazione non viola il diritto a un equo processo di cui all'art. 6, comma 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁸⁸, e neppure il principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁸⁹, poiché secondo giurisprudenza costante “i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizioni che queste rispondono effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscono, rispetto allo scopo perseguiti, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti” (punto n. 63, sentenza del 18 marzo 2010)⁹⁰.

8AE0F4A40EC?text=&docid=79647&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=fir
st&part=1&cid=3575192.

⁸⁸ Cfr. art. 6, comma I, rubricato “Diritto a un equo processo”, il quale afferma: “1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia”; disponibile anche in https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ita.

⁸⁹ Cfr. la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Titolo VI (Giustizia), art. 47 “Diritto a un ricorso effettivo e a un giudizio imparziale, in cui si riporta quanto segue: “Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”.

⁹⁰ Cfr. in merito il contenuto del punto 63 della decisione in cui la Corte specifica che: “*Nevertheless, it is settled case-law that fundamental rights do not constitute unfettered prerogatives and may be restricted, provided that the restrictions in fact correspond to objectives of general interest pursued by the measure in question and that they do not involve, with regard to the objectives pursued, a disproportionate and intolerable interference which infringes upon the very substance of the rights guaranteed (see, to that effect, Case C-28/05 Doktor and Others [2006] ECR I-5431, paragraph 75 and the case-law cited, and the judgment of the ECHR in Fogarty v United Kingdom, no. 37112/97, §33, ECHR 2001-XI (extracts))*”.

Sebbene dalle parole del giudice europeo emerga certamente il *favor conciliationis*, specie ove si risolve in un passaggio obbligato di un *iter* doveroso da percorrere come condizione di accesso al giudizio ordinario, ciò nonostante, la stessa pronuncia non chiarisce in alcun modo la soluzione da prediligere ove le disposizioni di due direttive si pongano in contrasto l'una con l'altra, come nel caso della direttiva sulla mediazione e quella sugli ADR delle liti di consumo⁹¹.

Dal canto suo, con il d.lgs. n. 130/2015, il legislatore interno ha avuto modo di puntualizzare, con specifico riferimento alle controversie di consumo, i limiti entro cui le ADR di consumo non costituiscono ostacolo alle esigenze di rapida definizione delle controversie, prevedendo espressamente al novellato art. 141, comma 6, cod. cons.⁹², che “sono fatte salve le disposizioni che prevedono l'obbligatorietà della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie”, specie l'art. 5, comma 1 -*bis*, del d.lgs. n. 28/2010 relativo alla mediazione civile e commerciale nei casi in cui è prevista quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Tuttavia, nel rapporto tra il d.lgs. n. 28/2010 e la Direttiva 2013/11/UE, le cui disposizioni sono ora contenute nel Codice del consumo, permangono non poche problematiche.

In particolare, si deve qui rilevare il riferimento all'assistenza legale obbligatoria prevista dall'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, che caratterizza il procedimento di mediazione fin dal primo incontro delle parti, laddove invece la prescrizione relativa alle procedure ADR consumeristiche, di cui l'art. 141 - *quarter*, comma 3, lett. b), cod. cons., consente alle parti “la partecipazione senza l'obbligo di assistenza legale”. Come si è visto, per quanto concerne il profilo dei costi delle due procedure mentre, da un lato, nella struttura della Direttiva ADR, al consumatore deve poter essere

⁹¹ Cfr. E. Silvestri, *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, op.cit., 92 e ss.

⁹² Art. 141, comma 6, cod. cons.: “6. Sono fatte salve le seguenti disposizioni che prevedono l'obbligatorietà delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie: a) articolo 5, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, che disciplina i casi di condizione di procedibilità con riferimento alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali; b) articolo 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche; c) articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481, che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle materie di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, e le cui modalità di svolgimento sono regolamentate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico con propri provvedimenti”.

garantita una procedura preferibilmente gratuita o a costi meramente simbolici, per cui la mancata necessità di una difesa tecnica costituisce, in questo senso un'evidenza effettiva della minima onerosità a cui già la Direttiva faceva riferimento; dall'altro lato, invece, nella mediazione, il consumatore deve necessariamente ricorrere all'assistenza legale e in concreto affrontare i costi dell'ausilio legale, poiché questa sarà necessaria sin dal primo incontro tra le parti⁹³.

In merito, peraltro, è intervenuta la Corte di Giustizia che, con la sentenza *Menini c. Banco Popolare Società Cooperativa*⁹⁴, ha ritenuto la disciplina della c.d. mediazione interna sulla consulenza legale non conforme alla mediazione europea ove applicata ai rapporti che vedono coinvolti professionista -consumatore, precisando così la conseguente disapplicazione della normativa nazionale in materia, in favore delle norme contenute nel Codice del consumo, quale manifestazione della potestà legislativa sovranazionale in materia consumeristica. Ebbene, a seguito della sentenza *Menini*, il Consiglio Nazionale Forense⁹⁵ ha assunto una posizione decisiva sul punto; in particolare, infatti, è stata proposta una “soluzione differenziata” alla questione per l'ipotesi in cui il procedimento alternativo venga attivato dinanzi ad un organismo accreditato ai sensi dell'art. 141 – *decies* cod. cons.⁹⁶, ovvero venga azionato ai sensi

⁹³ Cfr. M. P. Gasperini, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, op. cit., 153 e ss.

⁹⁴ Per maggiori approfondimenti si veda meglio in <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187924&pageIndex=0&dclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3630965>. La corte ha affermato che “[P]oiché il procedimento di mediazione previsto dall'articolo 141, comma 4, del decreto legislativo n. 206/2005 è destinato a condurre alla proposta di una soluzione alle parti (v. paragrafo 84 delle presenti conclusioni), tale procedimento rientra effettivamente nella fattispecie di cui all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2013/11. Dal canto loro, le procedure ADR dall'esito vincolante per le parti sono previste dal paragrafo 3 di tale articolo, a norma del quale i diritti previsti dal paragrafo 2 di detto articolo, tra cui il diritto di ritiro, sono attribuiti soltanto al consumatore. Quest'ultimo dispone pertanto, in ogni caso, del diritto di ritirarsi dal procedimento in qualsiasi momento, se non è soddisfatto delle prestazioni o del funzionamento della procedura” (punto 46 della decisione).

⁹⁵ Cfr. sul punto il contributo di F. Ferraris, *ADR e consumatori*, in *ADR una giustizia complementare*, op.cit., 327; ma anche E. Silvestri, *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, op. cit., 92, in cui secondo l'a. “è evidente che questa soluzione sembra l'unica in grado di conciliare le disposizioni contenute nelle due direttive e nelle rispettive norme di attuazione; allo stesso tempo non si può affermare che si tratti della soluzione più corretta in termini assoluti”.

⁹⁶ Cfr. art. 141-*decies*, “Ruolo delle autorità competenti”, “1. Presso ciascuna autorità competente è istituito, rispettivamente con decreto ministeriale o con provvedimenti interni, l'elenco degli organismi ADR deputati a gestire le controversie nazionali e transfrontaliere che rientrano nell'ambito di applicazione del presente titolo e che rispettano i requisiti previsti.

dell'art. 16 del d.lgs. n. 28/2010⁹⁷, poiché nel primo caso l'assistenza legale sarà da ritenersi obbligatoria, mentre nel secondo caso non sarà necessaria.

Vi è poi la questione relativa al già accennato “principio di libertà” comunitario poiché la direttiva ADR permette al consumatore di abbandonare la procedura in ogni momento, senza alcuna conseguenza pregiudizievole per quest'ultimo; di contro, invece, il d.lgs. n. 28/2010 considera avverata la condizione di procedibilità della domanda solo ove le parti “effettivamente” consentano al mediatore di discutere le questioni oggetto di controversia, salvo il ricorso di giustificati motivi.

Tale principio si manifesta anche quale questione relativa alla libertà di accettare o rifiutare una proposta di conciliazione, la quale, con riferimento all'art. 13 d.lgs. n. 28/2010, prevede che la parte vittoriosa nel giudizio di merito ma “responsabile” di non aver accettato la proposta del mediatore, -successivamente recepita integralmente nel provvedimento definitivo-, oltre a dover rifondere alla controparte le spese legali del giudizio, sarà altresì assoggettata alle ulteriori conseguenze sanzionatorie previste dal legislatore sul piano delle spese processuali, oltre al risarcimento del danno per lite temeraria *ex art. 96 c.p.c.*⁹⁸.

Ciascuna autorità competente definisce il procedimento per l'iscrizione e verifica il rispetto dei requisiti di stabilità, efficienza, imparzialità, nonché il rispetto del principio di tendenziale non onerosità, per il consumatore, del servizio... (*omissis*)”.

⁹⁷ Art. 16, Organismi di mediazione e registro. Elenco dei formatori, “1. Gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione nelle materie di cui all'articolo 2 del presente decreto. Gli organismi devono essere iscritti nel registro...(*omissis*) 3. L'organismo, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e il codice etico, comunicando ogni successiva variazione. Nel regolamento devono essere previste, fermo quanto stabilito dal presente decreto, le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo, in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati. Al regolamento devono essere allegate le tabelle delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti privati, proposte per l'approvazione a norma dell'articolo 17. Ai fini dell'iscrizione nel registro il Ministero della giustizia valuta l'idoneità del regolamento...(*omissis*)”.

⁹⁸ Rubricato “Spese processuali” dispone che: “1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. 2. Quando il provvedimento

Si tratta di una norma che non trova alcun contraltare nella disciplina prescelta dal legislatore, comunitario prima e nazionale poi, per quanto attiene le controversie di consumo poiché entrambe le normative dispongono che: “ b) le parti, prima di accettare o meno o di dare seguito a una soluzione proposta, siano informate del fatto che: i) hanno la scelta se accettare o seguire la soluzione proposta o meno; ii) la partecipazione alla procedura non preclude la possibilità di chiedere un risarcimento attraverso un normale procedimento giudiziario; iii) che la soluzione proposta potrebbe essere diversa dal risultato che potrebbe essere ottenuto con la decisione di un organo giurisdizionale che applichi norme giuridiche” (art. 9, comma 2, lett. c)⁹⁹.

Alla luce di quanto esposto, colpisce molto la disposizione del legislatore comunitario, poi riportata anche nel Codice di consumo, in cui si afferma che le parti prima di accettare o meno di dar seguito alla soluzione proposta, vengano informate circa la possibilità che la risoluzione che si prefigura possa essere diversa da quella che avrebbero potuto ottenere dinanzi al giudice ordinario.

Certamente, si comprende come l’attuazione della Direttiva ADR, da parte del legislatore interno, sia stata colta con favore, giacché volta a mettere a disposizione del consumatore una molteplicità di modelli di risoluzione alternativa delle controversie rispetto al processo e -soprattutto- perché avrebbe dovuto condurre ad una rilettura della normativa interna in materia di mediazione civile e commerciale, sottraendo le controversie del consumo all’ambito operativo dell’obbligatorietà.

che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l’indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all’esperto di cui all’articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.³ Salvo diverso accordo, le disposizioni dei commi 1 e 2 non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri”.

⁹⁹ Il medesimo testo viene riportato anche all’art. 141 – *quarter*, comma 5, lett. b) n. 3 del cod. cons., in cui si riporta che: “5. Nell’ipotesi di procedure ADR volte a risolvere la controversia proponendo una soluzione, gli organismi ADR garantiscono che: (*omissis*) ... b) le parti, prima di accettare o meno o di dare seguito a una soluzione proposta, siano informate del fatto che: 1) hanno la scelta se accettare o seguire la soluzione proposta o meno; 2) la partecipazione alla procedura non preclude la possibilità di chiedere un risarcimento attraverso un normale procedimento giudiziario; 3) la soluzione proposta potrebbe essere diversa dal risultato che potrebbe essere ottenuto con la decisione di un organo giurisdizionale che applichi norme giuridiche; c) le parti, prima di accettare o meno o di dare seguito a una soluzione proposta, siano informate dell’effetto giuridico che da ciò consegue; d) le parti, prima di accogliere una soluzione proposta o acconsentire a una soluzione amichevole, dispongano di un periodo di riflessione ragionevole”.

Tuttavia, ciò non è accaduto: il d.lgs. n. 130/2015, infatti, ha scelto la coesistenza dei regimi normativi nell'area delle controversie di consumo, assoggettando le stesse ad un concorso di norme -tra ADR di consumo e mediazione civile- il cui contrasto andrebbe risolto nel senso della prevalenza dei principi di tutela rafforzata propri del diritto consumeristico.

Se quanto affermato potrebbe ritenersi ragionevole nel caso di un contrasto normativo, ciononostante non risolve il problema a monte, laddove i vari metodi di risoluzione alternativa delle controversie presuppongono in capo al consumatore una conoscenza approfondita di ciascuno di essi e, non sembra sussistere un grado di consapevolezza tale da indurre le parti ad individuare l'organismo di ADR più idoneo alle esigenze di quella specifica lite¹⁰⁰. Non si può tacere che questo rappresenti uno degli svantaggi maggiori delle procedure di ADR poiché, come evidenziato dalla dottrina¹⁰¹, qualora l'ordinamento ponga a disposizione delle parti una diversità di modelli alternativi al processo, può risultare problematico scegliere lo strumento più adatto al caso di specie, soprattutto quando la scelta viene compiuta in maniera autonoma, ovvero senza il supporto di un'assistenza legale.

Ma certamente lo svantaggio più grande da ricollegarsi all'uso delle procedure alternative, -specie nel settore finanziario che verrà analizzato nelle prossime pagine- è la assenza di una pronuncia finale, dotata dell'efficacia vincolante propria della sentenza, ovvero solo della forza cogente derivante da un accordo negoziale.

Certamente, infatti, in tutte quelle fattispecie in cui il legislatore non ha dettato norme specifiche destinate a regolare la fase decisoria, è divenuto necessario per le parti "ricominciare da capo", con innegabili conseguenze sul sistema giustizia di cui poco si parla: perdita di fiducia nei sistemi ADR da parte dei consociati, conflitti che diventano più accesi, inutili lungaggini processuali e violazione di quel principio di certezza del diritto che viene meno in tutte quelle situazioni in cui la controversia, dopo essere stata sottoposta ad un organismo ADR, viene riproposta dinanzi al giudice di merito, incerti di quelli che ne saranno gli esiti.

¹⁰⁰ Cfr. *supra* [nota 11] E. Silvestri, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, op. cit., 321 e ss.

¹⁰¹ E. Silvestri, *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, op. cit., 9.

Ecco che, quindi, la previsione sempre possibile di correre ai ripari potendo rivolgersi al giudice delle leggi, ricorda tanto un pendolo che oscilla tra il voler fare ricorso alle ADR e il dover azionare la giustizia ordinaria per avere una pronuncia definitiva, tra l'altro, spesso in conflitto con la decisione resa dallo strumento "complementare" di risoluzione delle controversie.

È evidente che il sistema, così ricostruito, non possiede una sua intrinseca coerenza, nella misura in cui non assicura al consumatore – e più in generale ai cittadini- anche in sede di risoluzione extragiudiziale delle controversie, un livello elevato di certezza del diritto indipendentemente dall'ADR prescelta, specie in un'ottica di efficientamento della macchina giudiziaria, laddove in capo a questi modelli di tutela si sostanzia una specializzazione dell'organo giudicante maggiore di quelle che è possibile pretendere, successivamente, nel processo dinanzi al giudice ordinario, il quale "naturalmente" manca dell'*expertise* necessaria, specie nel settore finanziario.

§ 4. *Un'ulteriore accelerata degli ADR nell'ambito della c.d. riforma della giustizia Cartabia (D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149)*

Occorre ora vedere, seppur senza alcuna presunzione di esaustività, come sia intervenuto di recente il legislatore per migliorare le criticità che negli anni hanno attanagliato il processo civile: lungaggini processuali, efficienza e giustizia della decisione, un contemperamento di interessi tutt'altro che agevole da ricomporre, spesso neppure con un intervento riformatore.

In primis, con la riforma del processo civile, legge delega 26 novembre 2021, n. 206, recante "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la previsione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e della famiglia nonché in materia di esecuzione forzata" e successivamente, in attuazione della legge delega, con d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149¹⁰² – c.d. "Riforma Cartabia" –, il legislatore ha ancora una volta puntato sulla riduzione dei tempi processuali della

¹⁰² Si veda in merito il contributo di C. Cecchella (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma. D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Bologna, 2023.

giustizia civile, concentrandosi sulla riorganizzazione degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, con l'obiettivo di raggiungere così l'efficienza procedimentale tanto auspicata. Invero, come riportato nella Relazione Illustrativa, il d.lgs. si propone di creare un riordino formale e sostanziale della disciplina del processo civile di cognizione¹⁰³, in attuazione degli obiettivi fissati dalla legge delega: semplificazione, speditezza e razionalizzazione, elementi idonei a perseguire "il valore dell'effettività della tutela giurisdizionale"¹⁰⁴.

La riforma ha riguardato questioni di particolare rilievo¹⁰⁵, non solo dal punto di vista sistematico, ma anche per gli effetti che le modifiche potranno produrre nella prassi applicativa dei prossimi anni; non solo previsioni sulla chiarezza e sinteticità degli atti processuali, sanzioni derivanti dall'abuso del processo, nuove varianti del processo di cognizione, ma soprattutto – per quanto qui di interesse- una nuova regolamentazione di alcuni tra gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie già di uso comune.

Così, con riferimento al giudizio di cognizione ordinario, in virtù del nuovo n. 3-*bis*), art. 163 c.p.c., comma 3, l'atto di citazione riformato deve contenere, seppur non a pena di nullità, "l'indicazione, nei casi in cui la domanda è soggetta a condizione di procedibilità, dell'assolvimento degli oneri previsti per il suo superamento": in particolare, si impone all'attore di porsi certamente la questione relativa alla procedibilità della domanda giudiziale, poiché oggi, con l'intervento del legislatore in tema di mediazione, sono state previste ulteriori ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione, inserendo all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010 anche le controversie aventi ad oggetto contratti di associazione in partecipazione, contratti di consorzio, contratti di franchising, contratti d'opera, contratti di rete, contratti di somministrazione, società di persone e contratti di subfornitura¹⁰⁶.

¹⁰³ Per un approfondimento completo circa le modifiche apportate dal d.lgs. 149/2022, si veda A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, 9 e ss.

¹⁰⁴ M. F. Ghirga, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Riv. di dir. proc.*, 2023, 390 e ss.

¹⁰⁵ R. Donzelli, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile: disposizioni generali, processo di cognizione, appello e cassazione*, in *Giust. civ.*, 2023, 413 e ss.;

¹⁰⁶ Sul punto cfr. G. Miccolis, *Le nuove norme in tema di mediazione e negoziazione assistita*, in *Riv. di dir. proc.*, 2023, 1059 e ss.; anche E. Dalmotto, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (II parte) – La negoziazione assistita nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Giur. It.*, 2023, 739 e ss.

Il legislatore ha previsto che il convenuto possa eccepire l'improcedibilità della domanda e il giudice possa rilevare il medesimo difetto d'ufficio, non oltre la prima udienza, intendendosi in tutti gli altri casi ammissibile la sanatoria, diversamente, ove la condizione non venga rispettata, nella medesima udienza, il giudice dichiarerà l'improcedibilità della domanda. La condizione di procedibilità si ritiene, peraltro, soddisfatta anche ove le parti esperiscano la procedura prevista dall'art. 128 – *bis* del d.lgs. n. 385/1993: nulla pertanto è cambiato in seno alla disciplina del settore finanziario che continua a trovare disposizioni confliggenti tra norme sulla “mediazione generalista” e norme sui sistemi alternativi di risoluzione delle controversie per i consumatori. Del resto, infatti, il legislatore della riforma non solo ha provveduto a rafforzare le misure premiali e gli incentivi alla mediazione, ma ha persino inasprito le sanzioni verso i comportamenti ostili alla mediazione stessa, consolidando anche l'obbligatorietà della difesa tecnica¹⁰⁷. Sarebbero molti gli spunti di intervento del legislatore in tema di mediazione da trattare, ma esulano dal perimetro del presente lavoro, in cui però si deve accennare anche solo in parte all'intervento della riforma Cartabia in tema di negoziazione assistita: si tratta, infatti, dei principali strumenti di ADR di cui si è parlato nelle pagine che precedono.

In tema di negoziazione, il legislatore ha cambiato il titolo dell'istituto che adesso viene denominato “convenzione di negoziazione assistita da avvocati”; ha previsto l'indicazione di valore della controversia all'interno dell'accordo che compone la stessa; esteso l'istituto anche alle controversie di lavoro, seppur non a pena di improcedibilità della domanda giudiziale; ha previsto che la convenzione possa consentire lo svolgimento di una circoscritta attività istruttoria all'interno del

¹⁰⁷ G. Miccolis, *Le nuove norme in tema di mediazione e negoziazione assistita*, op. cit., 1059 e ss., in cui l'a. afferma come la riforma abbia chiarito che “la presenza dell'avvocato è obbligatoria soltanto nel caso in cui il tentativo di conciliazione sia previsto a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, limitatamente alle ipotesi previste dall'art. 5, comma 1 e 5 –*quarter* (mediazione demandata dal giudice), d.lgs. n. 28/2010, mentre ha implicitamente escluso l'obbligatorietà nel caso previsto dall'art. 5 –*sexies* (mediazione su clausola contrattuale o statutaria) d.lgs. n. 28/2010 e quando il tentativo di conciliazione è facoltativo... (*omissis*). Questo chiarimento sulla obbligatorietà della difesa tecnica rende coerente la disposizione contenuta prima della riforma nella seconda parte del comma 1° dell'art. 12 d.lgs. n. 28/2010, ed oggi contenuta nel comma 1°bis sempre all'art. 12, d.lgs. n. 28/2010 in tema di efficacia esecutiva del verbale di conciliazione non sottoscritto con gli avvocati”.

procedimento di negoziazione, disciplinandone anche lo svolgimento; ed infine, ha previsto alcune semplificazioni nonché talune precisazioni¹⁰⁸.

La riforma ha voluto certamente dare un segnale che intende valorizzare gli strumenti di giustizia complementare, ovvero i metodi alternativi di risoluzione delle controversie, riconoscendone- come si è visto per la mediazione e la negoziazione assistita- l'esperibilità in aree prima precluse o mediante forme prima non consentite. Eppure la categoria dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie¹⁰⁹ rimane alquanto composita e incerta nei suoi confini: manca infatti, persino oggi, a seguito dell'intervento del legislatore, un unico comune denominatore a cui i meccanismi alternativi debbono tendere, emergendo nel nostro sistema un fenomeno ADR piuttosto composito. Come si è detto, infatti, accanto ai tradizionali ADR, tra cui nel nostro ordinamento, venivano ricompresi la conciliazione, l'arbitrato ed i procedimenti amministrativi contenziosi, a questi si è aggiunta dapprima la "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" (d.lgs. n. 28/2010) e poi la negoziazione assistita da avvocati (l. n. 162/2014); entrambe sono state oggetto del recente intervento normativo riformatore condotto dalla ministra Cartabia, che ne ha definito i nuovi confini sia in funzione deflattiva del contenzioso, sia in un'ottica di implementazione delle ADR.

Nell'attuale assetto normativo però vi è un grande escluso di questo ultimo intervento riformatore, ovvero il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, emanato in attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modificava il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE.

Effettivamente, il legislatore della riforma non interviene sul tema della risoluzione alternative delle controversie di consumo, -specie del settore finanziario- in cui vige

¹⁰⁸ Per maggiori approfondimenti si veda D. Dalfino, *Mediazione e negoziazione assistita*, in *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, a cura di G. Costantino, 2021, 37 e ss.; si veda anche l'analisi condotta da B. Ficarelli, *Istruzione stragiudiziale nella negoziazione assistita da avvocati. Nuova sfida culturale per il legislatore italiano e metodi complementari di risoluzione delle controversie*, op. cit., 503-535.

¹⁰⁹ Cfr. *supra* [nota 5] N. Trocker, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, op. cit., 317; si veda anche B. Ficarelli, *Istruzione stragiudiziale nella negoziazione assistita da avvocati. Nuova sfida culturale per il legislatore italiano e metodi complementari di risoluzione delle controversie*, op. cit., 535 e ss.

tutt'ora un variegato panorama di ADR, né il legislatore ha provveduto ad arginare i margini di incertezza e i conflitti di norme esistenti tra gli strumenti complementari al processo a disposizione delle parti, di cui si è dato conto: mediazione, arbitrati, conciliazione e così via.

Nell'ambito del richiamato intervento, tuttavia, non si può non menzionare la novità paventata dall'introduzione di un testo unico degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, c.d. TUSC, il quale seppur espressamente previsto tra i principi e le indicazioni dell'art. 1, comma 4, lett. b, della legge delega n. 206/2021¹¹⁰, tuttora rimasta lettera morta.

E allora, potrebbe essere ancora auspicabile nell'attuale architettura composita delle ADR, specie ove applicate alle controversie del settore finanziario – bancario, assicurativo e finanziario in senso stretto- una versione omogenea degli strumenti complementari alla giurisdizione, oppure no, dal momento che la norma esclude

¹¹⁰ Nella legge delega si riporta quanto segue: “4. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il decreto o i decreti legislativi recanti modifiche alle discipline della procedura di mediazione e della negoziazione assistita sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) riordinare e semplificare la disciplina degli incentivi fiscali relativi alle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie prevedendo: l'incremento della misura dell'esenzione dall'imposta di registro di cui all'articolo 17, comma 3, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28; la semplificazione della procedura prevista per la determinazione del credito d'imposta di cui all'articolo 20 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, e il riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al compenso dell'avvocato che assiste la parte nella procedura di mediazione, nei limiti previsti dai parametri professionali; l'ulteriore riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al contributo unificato versato dalle parti nel giudizio che risulti estinto a seguito della conclusione dell'accordo di mediazione; l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione e di negoziazione assistita; la previsione di un credito d'imposta in favore degli organismi di mediazione commisurato all'indennità non esigibile dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato; la riforma delle spese di avvio della procedura di mediazione e delle indennità spettanti agli organismi di mediazione; un monitoraggio del rispetto del limite di spesa destinato alle misure previste che, al verificarsi di eventuali scostamenti rispetto al predetto limite di spesa, preveda il corrispondente aumento del contributo unificato; b) eccezion fatta per l'arbitrato, armonizzare, all'esito del monitoraggio che dovrà essere effettuato sull'area di applicazione della mediazione obbligatoria, la normativa in materia di procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie previste dalla legge e, allo scopo, raccogliere tutte le discipline in un testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione (TUSC), anche con opportuna valorizzazione delle singole competenze in ragione delle materie nelle quali dette procedure possono intervenire; (*omissis*)”. Per maggiori approfondimenti di veda il contenuto della legge delega disponibile in <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/12/09/21G00229/sg>.

l'arbitrato? E quale arbitrato poi: quello disciplinato nel codice di procedura civile, ovvero quello che potremmo definire l'arbitrato amorfo delle controversie finanziarie?

Si tratta certamente di un quesito provocatorio, ma del resto non potrebbe essere altrimenti dato il panorama di strumenti che attualmente operano nel settore, e di cui si darà conto nel terzo capitolo, ma non senza prima aver chiarito, in una prospettiva comparatista, lo specifico ruolo dell'arbitrato negli Stati Uniti, quale modello cardine dei metodi ADR, anche in ragione della capillare diffusione di clausole arbitrali che, in quell'ordinamento, si estende ad ogni tipologia di controversia, senza eccezione alcuna.

CAPITOLO II

IL *FAVOR* VERSO L'ARBITRATO QUALE MODELLO IDEALE PER LA
RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE NEGLI STATI
UNITI: UNA PROSPETTIVA COMPARATA

Sommario: § 1. L'impianto normativo statunitense: tra il principio di effettività della tutela ed il ruolo della giustizia complementare resa dai giudici privati – § 2. Gli albori e lo sviluppo del procedimento arbitrale statunitense quale strumento ADR urgente – § 3. I presupposti del giudizio arbitrale e il paradigma dell'efficacia vincolante della decisione nel quadro del *Federal Arbitration Act* e delle leggi statali – § 4. La diffusione di un vincolo arbitrale forzato anche nelle *consumer's claims* – § 5. Un esemplare caso di arbitrato pubblico e privato "istituzionalizzato": l'*American Arbitration Association* e le sue norme procedurali – § 6. Brevi riflessioni

§ 1. *L'impianto normativo statunitense: tra il principio di effettività della tutela ed il ruolo della giustizia complementare resa dai giudici privati*

Sotto il profilo comparatistico, l'esperienza statunitense è molto rilevante, in quanto, come detto, è proprio negli Stati Uniti che si è tradizionalmente soliti ricollegare la nascita delle *Alternative Dispute Resolutions*. E sebbene, oggi, lo stato dell'arte degli ADR sia rappresentato da un quadro decisamente eterogeneo di modelli, in cui accanto alle norme federali occupano un posto numerose disposizioni legislative statali che, sovente, contraddistinguono il medesimo strumento di volta in volta esaminato: ciò che tuttavia colpisce il giurista di *civil law* è che, tra tutti questi modelli, l'arbitrato rappresenta, di fatto, quello alternativo per eccellenza, per la maggiore rispondenza al formalismo e alle conseguenti inefficienze dell'ordinamento giudiziale¹¹¹. Il sistema giurisdizionale arbitrale, infatti, costituisce forse il più efficace

¹¹¹ G. L. Corriero, *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contratto e impresa*, 2018, 35 e ss.

ed importante strumento di risoluzione delle controversie civili nel panorama normativo e nella prassi dominate negli Stati Uniti¹¹².

Del resto la trattazione dell'arbitrato vero e proprio si è resa necessaria, ai fini del presente lavoro, per due ordini di ragioni: da un lato, per mettere in luce l'infelice scelta del legislatore interno di denominare arbitri l'ABF, l'ACF e l'AAS, di cui si dirà¹¹³, e che di fatto arbitrati non sono, distinguendoli così dal panorama delle ADR generaliste; e, dall'altro lato, per porre l'accento sull'obbligatorietà dell'arbitrato statunitense che molto si discosta dalle disposizioni costituzionali interne, ma che non è da escludere possa cedere il passo alla giurisdizione delle corti- statali e federali- almeno per quando riguarda il contenzioso scaturente da talune tipologie contrattuali¹¹⁴, ovvero rimettendo in capo all'autonomia privata delle parti la scelta più appropriata per la tutela dei propri interessi. Ma si parta con ordine.

Non vi è dubbio alcuno nell'affermare che, come in ogni ordinamento, la congestione delle corti abbia rappresentato uno dei fattori determinanti dell'aumento del ricorso allo strumento arbitrale da parte del mercato economico-giuridico statunitense. Capita spesso, infatti, che le decisioni dei tribunali diventino definitive solo dopo una serie di lunghi ritardi; così la lentezza dei tribunali ordinari, spesso dovuta anche al regime delle impugnazioni, rende la stabilità della decisione incerta e finisce per violare i principi del giusto processo¹¹⁵. Tuttavia, lo scopo deflattivo e l'intento di alleggerire il carico di lavoro delle corti federali e statali portato avanti dal Congresso sin dal secolo scorso, di per sé non avrebbero potuto concedere all'arbitrato il ruolo da protagonista che tale strumento ricopre oggi nel panorama giurisdizionale di *common law* d'oltre oceano. Invero, al diffondersi della giustizia privata hanno contribuito in modo decisivo soprattutto gli orientamenti della Corte Suprema degli

¹¹² W.F. Burger, *Isn't There a Better Way?*, in *A.B.A. Journal*, 1982, 274.

¹¹³ Cfr. Capitolo III di questo stesso lavoro.

¹¹⁴ D. Rochelson, *Is this the end of mandatory arbitration?*, in *Fall Antitrust*, 2021, 63 e ss, disponibile in www.practicallaw.com.

¹¹⁵ M. Domke, *Commercial Arbitration*, in *Foundation of law in a business society series*, Prentice-Hall, Inc., Englewood, New Jersey, 1965. Secondo l'a. "In practice, departure from traditional courtroom procedure also offers lawyer representing the parties the opportunity to accelerate the decision of the arbitrator...the delay in the courts is also detrimental to the interests of the party seeking relief by preventing an early determination of the controversy. During a period of fluctuating markets, price shifts may make recovery from a debtor impossible because of bankruptcy. Even if bankruptcy does not occur, the capital would remain immobilized during a long litigation in court".

Stati Uniti¹¹⁶; in particolare, infatti, quelle sentenze hanno notevolmente concorso ad arricchire l'impianto legislativo di questo ordinamento¹¹⁷, rendendo controvertibili tutte le controversie civili, senza alcuna eccezione di inarbitrabilità legata ai limiti dell'ordine pubblico¹¹⁸.

Se da un lato, indubbiamente, il *Federal Arbitration Act* (§ 2)¹¹⁹ costituisce la disposizione normativa chiave dell'ordinamento statunitense in materia, sia dal punto di vista storico, che dottrinale, in quanto stabilisce che le parti possono rinunciare al diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria e possono ricorrere all'arbitrato come veicolo per ottenere il diritto alla reintegrazione e alla riparazione delle loro doglianze; dall'altro lato, dalle sentenze delle Corte Suprema è emerso chiaramente che gli accordi arbitrali non sono semplici contratti ma un procedimento giurisdizionale "ottimale"¹²⁰ per sottrarsi alla macchinosità del contezioso giudiziario ordinario: gli accordi arbitrali sono, infatti, applicabili e vincolanti persino nelle fattispecie contrattuali legate alla disciplina giuslavorista e alle controversie con i consumatori¹²¹.

È chiaro che nel quadro dello sviluppo del diritto arbitrale statunitense il FAA sia servito principalmente come strumento per l'elaborazione di una dottrina giuridica federale sull'arbitrato da parte della Corte, il cui ruolo è stato quello di arricchire il contenuto della legge che regola la giustizia complementare attraverso la c.d. "*federal preemption doctrine*", una dottrina divenuta strumento fondamentale per

¹¹⁶ v. *Shearson/Am. Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220, 1987; *Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc.*, 490 U.S. 1989, 477; *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 1991.

¹¹⁷ T. A. Carbounneau, *Toward a new federal law on arbitration*, Oxford University Press, 2014. L'a. afferma che la Corte Suprema ha dichiarato il *Federal Arbitration Act* (FAA) come lo strumento con cui il Congresso ha voluto stabilire il proprio intento di emanare una legge nazionale che fosse fortemente favorevole all'arbitrato.

¹¹⁸ Si veda *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler- Plymouth, Inc.*, 473 U.S., 1985, 614.

¹¹⁹ Esso dispone: "*A written provision in any maritime transaction or contract evidencing transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for revocation of any contract*".

¹²⁰ W. F. Burger, *The state of Justice, Report to the American Bar Association*, in *A.B.A. Journal*, 1984, 62 - 70.

¹²¹ *Gilmer v. Interstate/Johnson lane Corp.*, 500 U.S., 1991, 20; *AT&T Mobility LLC v. Conception*, 563 U.S., 2011, 333.

l'applicazione, a livello federale, di una politica tesa a privilegiare l'utilizzo dello strumento arbitrale.

La dottrina della presupposizione o della prevalenza della norma federale sul contenuto delle svariate norme statali ha permesso di garantire il *favor* verso una regolamentazione uniforme delle norme da applicarsi al giudizio arbitrale su due piani normativi: quello federale e quello statale.

Invero, attraverso la *preemption doctrine* la Corte ha provveduto a rendere il FAA uno strumento vincolante sia per le corti che per i legislatori statali, divulgando un vero e proprio diritto federale implicito ad arbitrare le controversie.

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha prediletto, da un lato, un'interpretazione estensiva del dato normativo riportato al § 2 del FAA, in cui si parla di "*interstate commerce*"¹²² e, dall'altro lato, ha sottoposto ad un vaglio restrittivo tutte quelle leggi statali le quali, in modo esplicito ovvero implicito, erano volte a restringere la validità e la vincolatività degli accordi arbitrali¹²³. Invero, l'intento della Corte di "federalizzare" la legge arbitrale è stato inteso a creare una legislazione uniforme, che andasse oltre le ambiguità statali, favorevole all'arbitrato, e che rendesse quest'ultimo persino un processo funzionalmente autoregolamentato, utile strumento per la gestione delle risorse giudiziarie.¹²⁴

Così, con il supporto garantito dall'oracolo delle leggi di quell'ordinamento, ovvero la Corte Suprema, il potere decisionale degli arbitrati è giunto a comprendere sia le questioni legate ai limiti di giurisdizione sia il merito delle liti: in particolare, sebbene caso per caso, gli arbitri diventano persino custodi delle norme di ordine pubblico; intese, in particolare, come norme di diritto pubblico e giurisprudenziale di *common*

¹²² Si veda *Citizens Bank v. Alafabco, Inc.*, 539 U.S., 2003, 52.

¹²³ In questo panorama si iniziano a delineare i contorni relativi alla controvertibilità in arbitrato delle controversie; si rende possibile, tra il 1964 e il 1991, sottoporre ad arbitrato le cause originate dalla violazione del *Civil Rights Act*, del pari, a seguito di sottoscrizione di una clausola arbitrale, saranno assoggettabili ad arbitrato tutte quelle liti aventi a riguardo le procedure fallimentari, cause di risarcimento danni da illecito civile, responsabilità medica extracontrattuale.

¹²⁴ Art. 3, Costituzione americana disponibile in <https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>. La Costituzione degli Stati Uniti proclama, infatti, che tutti i cittadini debbano avere accesso alla tutela giurisdizionale; tuttavia, dato l'ingente numero di controversie e l'inadeguatezza dei mezzi a disposizione delle corti, l'arbitrato è divenuto il sostituto perfetto per garantire tale diritto nel sistema politico e legale americano.

law ordinario che quindi cedono il passo di fronte alla scelta delle parti di preferire l'efficienza della procedura arbitrale rispetto a quella tipica del *trial* vero e proprio.

In un'ottica di sopravvivenza del sistema giuridico, quindi, la civiltà giuridica statunitense ha cercato di trasferire il mandato della tutela giurisdizionale ad un processo che in parte abiura i valori fondamentali che definiscono ogni sistema giuridico gestito da privati, a discapito di un giudice precostituito per legge e, soprattutto, in quell'ordinamento, custode della legge.

§ 2. *Gli albori e lo sviluppo del procedimento arbitrale statunitense quale strumento ADR urgente*

L'arbitrato è un processo privato extragiudiziale, generalmente informale, con cui le parti possono decidere di risolvere una controversia e la cui funzione risiede nel rappresentare un'alternativa alla giurisdizione ordinaria. Invero, le parti ricorrendo allo strumento arbitrale conferiscono in capo agli arbitri un potere legittimo e vincolante di decidere la lite, ovvero di rendere una decisione finale sulla questione controversa, che potrà essere resa esecutiva mediante le procedure di esecuzione forzata del lodo¹²⁵.

Il ricorso all'arbitrato si sostanzia solitamente in un incontro consensuale della volontà delle parti; tuttavia, nonostante il carattere generalmente bilaterale degli accordi, anche i contratti adesivi in cui sia contenuta una clausola arbitrale, sono validi e vincolanti: è questo il caso dei contratti conclusi dai consumatori¹²⁶, di cui si dirà nel

¹²⁵ I. S. Szalai, *Outsourcing Justice. The Rise of Modern Arbitration Law in America*, in *Carolina Academic Press*, 2013.

¹²⁶ D. Horton – A. C. Chandrashekar, *After the Revolution: an empirical study of consumer arbitration*, in *Georgetown Law Journal*, 2015. Gli autori precisano come: “*For decades, mandatory consumer arbitration has been ground zero in the war between the business community and the plaintiffs' bar. Some courts, scholars, and interest groups argue that the speed, informality, and accessibility of private dispute resolution create a conduit for everyday people to pursue claims. However, others object that arbitration's loose procedural and evidentiary rules dilute substantive rights, and that arbitrators favor the repeat-playing corporations that can influence their livelihood by selecting them in future matters. Since 2010, the stakes in this debate have soared, as the U.S. Supreme Court has expanded arbitral power and mandated that consumers resolve cases that once would have been class actions in two-party arbitration*”.

proseguo, anche al fine di metterne in evidenza le indubbie differenze con la normativa adottata dal legislatore interno.

Del resto in quel ordinamento, i principi della libertà contrattuale e del consenso informato hanno ceduto il passo di fronte alla necessità di salvaguardare il ricorso all'arbitrato, in quanto, questi stessi principi fondamentali del diritto contrattuale, sono stati declassati da una politica federale certamente tesa a prediligere un *favor* verso la giustizia privata. Raramente le sentenze della Corte Suprema intorno all'arbitrato, infatti, hanno sofferto dubbi in ordine all'applicazione delle politiche di incoraggiamento verso la giustizia privata, tanto che grazie a questa interpretazione estensiva circa l'arbitrabilità delle controversie, i tribunali si trovano ad intervenire solo alla fine del processo arbitrale, ovvero nella fase di esecuzione del lodo. In tal senso si può certamente affermare che la Corte è stata inequivoca nel sostenere la politica federale in materia di arbitrato; ciò è stato reso possibile grazie ad una vera e propria strategia volta a federalizzare la legge sull'arbitrato, così da creare un quadro normativo uniforme e privo di ambiguità tale da incoraggiare il ricorso allo strumento arbitrale.

Il sostegno della Corte ha esteso la portata e l'ambito di applicabilità dell'arbitrato a nuove aree di controversie. In effetti, l'ambito di applicazione dell'arbitrato è giunto persino a superare i limiti del contratto; in particolare, infatti, secondo quanto previsto dall'ordinamento statunitense in materia, anche le parti non firmatarie del negozio possono invocare l'estendibilità della clausola arbitrale, ovvero essere assoggettate ad accordi arbitrali ove la controversia sia assoggettabile ad arbitrato¹²⁷.

Invero, nello scenario processuale statunitense ciò che l'interpretazione "orientante" della Corte Suprema ha voluto far emergere è stata la necessità di tutelare al meglio il diritto sostanziale: difatti, i diritti, si sostiene, che si tutelino meglio mediante meccanismi giudiziari efficaci e funzionanti. Così, nel diritto dell'arbitrato, quando si suole affrontare la questione circa l'arbitrabilità dei diritti, la tutela di questi ultimi cede il passo rispetto all'imperativo di istituire un adeguato processo

¹²⁷ Si veda T. E. Carbonneau, *Toward a new federal law on arbitration*, Oxford University Press, 2014, 65, in cui l'autore sostiene la possibilità per i tribunali statunitensi di iniziare ad imporre alle parti lo strumento della clausola arbitrale, come questione di diritto, nelle controversie che ritengono idonee, ovvero in quelle controversie che potrebbero trovare un profitto da una decisione arbitrale.

aggiudicatario ordinamentale¹²⁸, poiché il contenzioso giudiziario si presume sfavorevole per la tutela sostanziale dei diritti fondamentali dei cittadini, a causa del protrarsi dei procedimenti e della complessa dinamica che caratterizza i processi ordinari.

Come detto prima, l'obiettivo della politica federale a sostegno dell'arbitrato portata avanti dalla Corte Suprema è stata volta a costruire un efficiente sistema giurisdizionale civile privato che potesse incontrare le esigenze della società americana. In effetti, il sistema giurisdizionale americano, scegliendo di elevare l'arbitrato al rango della giurisdizione ordinaria, ha voluto promuovere l'idea radicale secondo cui i meccanismi giudiziari non devono necessariamente fornire una protezione a prova di errore per i diritti ma, semmai, operare tenendo conto dei costi e dell'impatto del sistema giudiziario nel suo insieme¹²⁹. Una scelta tra il connubio giustizia della decisione e buon funzionamento del sistema giudiziario, in cui il contesto federale degli Stati Uniti ha finito per far prevalere il secondo dei due postulati, a scapito del primo.

Va detto, tuttavia, che lo scenario di riferimento in cui l'arbitrato si è trovato ad operare, persino negli Stati Uniti, non è sempre stato così "benevolo"¹³⁰.

Agli inizi del diciannovesimo secolo, le corti respingevano l'idea che individui non qualificati potessero svolgere un qualche compito giudicante, ritenendo l'arbitrato solo una sorta di processo giudiziario di tipo approssimativo, costringendo di rado le parti a ad arbitrare, anche in presenza di un accordo scritto in tal senso¹³¹. In poche parole, in quel momento storico, la convenzione arbitrale diventava vincolante solo una volta che fosse stata eseguita, ovvero solo a seguito della decisione dei tribunali sull'esito del contenzioso: la convenzione di arbitrato, infatti, non era ritenuta legalmente vincolante per le parti, poiché queste potevano sempre rivolgersi alle corti.

¹²⁸ I. R. Macneil, *American Arbitration Law*, in Oxford University Press, 1992.

¹²⁹ T. E. Carbonneau, *Arguments in Favor of the Triumph of Arbitration*, in *Cardozo J. Confl. Resol.*, 2009, 395.

¹³⁰ In questo senso, D. Horton – A. C. Chandrashekar, *After the Revolution: an empirical study of consumer arbitration*, in *Georgetown Law Journal*, 2015, 2.

¹³¹ Di seguito le parole del giudice Story nel caso *Tobey v. County of Bristol* del 1845, secondo cui: "when [courts] are asked to...compel the parties to appoint arbitrators whose award shall be final, they necessarily pause to consider whether such tribunals possess adequate means of giving redress, and whether they have a right to compel a reluctant party to submit to such a tribunal, and to close against him the doors of the common courts of justice, provided by the government to protect rights and redress wrongs".

Del resto, negli Stati Uniti, è stato necessario attendere sino all'adozione della legge sull'arbitrato, più comunemente nota come Legge federale sull'arbitrato o FAA perché questo strumento diventasse una pietra miliare della legislazione americana in materia di giustizia privata¹³², capace di rivoluzionare l'arbitrato delle cause civili nel sistema giuridico di quell'ordinamento.

Nella sua prima stesura, nel 1925, il risultato principale fu quello di porre fine all'ostilità giudiziaria delle corti statunitensi nei confronti dell'arbitrato, almeno tra i principali attori commerciali per i quali era stato emanato; in particolare, il FAA legittimava gli accordi di arbitrato e prevedeva un ruolo restrittivo per i tribunali nella supervisione dei lodi arbitrali, poiché l'obiettivo del FAA era quello di legittimare il ricorso all'arbitrato e di conferire allo stesso l'autonomia sistemica necessaria per operare efficacemente come meccanismo aggiudicativo.

Oggi, il FAA conserva gran parte delle disposizioni originarie¹³³ e si compone di soli tre capitoli. Il primo capitolo è costituito da sedici disposizioni che vogliono rappresentare il diritto interno degli Stati Uniti in materia di arbitrato. I due capitoli rimanenti incorporano due leggi internazionali sull'arbitrato, entrambi ratificati dagli Stati Uniti: la Convenzione per il riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere (o Convenzione di New York) del 10 giugno 1958, e l'*Inter -American Convention* sull'arbitrato commerciale internazionale del 30 gennaio 1975¹³⁴.

La storia legislativa della legge federale sull'arbitrato chiarisce come il FAA non intendeva essere una fonte di nuovi diritti sostanziali, ma semplicemente creare un mezzo per far rispettare il ricorso all'arbitrato ove stabilito dalle parti nei contratti

¹³² Secondo D. Horton – A. Chandrashekar, *After the Revolution: an empirical study of consumer arbitration*, op. cit., 3, “Congress passed the Federal Arbitration Act (FAA) to abolish common law rules that made it impossible to obtain specific performance of an agreement to arbitrate”.

¹³³ In merito, degno di nota è l'approfondimento di T. E. Carbonneau, *Toward a new federal law on arbitration*, op. cit., 88, in cui l'autore rendiconta le modifiche legislative apportate alla legge federale dell'arbitrato. In particolare, ivi indica: “title 9, U.S.C. §§ 1-4, was first enacted February 12, 1925 (43 Stat. 883), codified July 30, 1947 (61 Stat. 669), and amended September 3, 1954 (68 Stat. 1233). Chapter 2 was added July 31, 1970 (84 Stat. 629). Two new Sections were passed by the Congress in October 1988 and renumbered on December 1, 1990 (Pub. L. No. 669 and 702); Chapter 3 was added on August 15, 1990 (Pub. L. No. 101-369); and Section 10 was amended on November 15, 1990”.

¹³⁴ Disponibile integralmente in <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2019-title9/html/USCODE-2019-title9.htm>.

commerciali ordinari¹³⁵. Tuttavia, quella che era nata come l'approvazione di una procedura specializzata per risolvere controversie in settori commerciali poco conosciuti è diventata la tappa storica del contenzioso civile negli Stati Uniti.

In merito, infatti, il campo di applicazione del FAA si estende ora ben oltre le controversie commerciali di carattere particolare, poiché l'interpretazione delle corti – e principalmente da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti - hanno trasformato il contenuto e lo scopo della legge sull'arbitrato, conferendo al “diritto di arbitrare” le liti un vero e proprio valore sostanziale nonché una rilevanza costituzionale.

La prassi della legislazione derivante dalle decisioni delle corti che si è sviluppata nel tempo ha sancito la federalizzazione dell'arbitrato, attribuendo al FAA un ventaglio applicativo molto più ampio di quello che poteva sembrare a prima vista.

Il FAA è stato adottato dal Congresso all'epoca della prassi derivante dall'egemonia della c.d. regola *Swift v. Tyson*¹³⁶.

La decisione resa nella causa *Swift v. Tyson*, nel 1842, stabiliva che i tribunali federali investiti di cause relative a leggi statali, in base alla normativa sulla competenza, fossero vincolati dalle opinioni dei tribunali statali solo quando le cause in questione riguardavano l'interpretazione delle disposizioni costituzionali statali o delle leggi regolamentari statali. In assenza di tali norme, i tribunali federali erano liberi di ignorare la legge statale e le sentenze dei tribunali statali e di elaborare le proprie regole decisionali, ove la medesima controversia fosse radicata dinanzi a loro per competenza.

Eppure, nel 1938, la sentenza *Erie Railroad Co. v. Tompkins*¹³⁷ ha annullato l'efficacia la sentenza *Swift v. Tyson* nell'ordinamento di *common law* statunitense,

¹³⁵ Si veda a tal proposito quanto riportato negli atti del Congresso (1924), Statement of Rep. Graham, in cui si afferma che: “*this bill simply provides for one thing, and that is to give an opportunity to enforce an agreement in commercial contracts and admiralty contracts, an agreement to arbitrate, when voluntarily placed in document by the parties to it. It does not involve any new principle of law except to provide a simple method by which the parties may be brought before the court in order to give enforcement to that which they have already agreed to*”.

¹³⁶ Si veda *Swift v. Tyson*- 41 U.S. 1 (1842) in <http://constitutionallawreporter.com/2016/10/18/historical-swift-v.-tyson/> . In merito, si veda anche W. P. La Piana, *Swift v. Tyson and the Brooding Omni-presence in the Sky: An Investigation of the Idea of Law in Antebellam America*, in *Suffolk U. L. Rev.*, 1986,771.

¹³⁷ J. T. Cross, *The Erie Doctrine in Equity*, *LA. L. Rev.*, 1999, 173; G. Magliocca, *Justice Washington and the Erie Doctrine*, in <http://concurringopinion.com/archives/2017/05/justice-washington-and-the-erie->

affermando che “non esiste un diritto comune federale generale”¹³⁸ e che “il Congresso non ha il potere di dichiarare norme sostanziali di diritto comune applicabili in uno Stato, siano esse di natura locale o generale, siano esse di diritto commerciale o parte del diritto degli illeciti”¹³⁹. Tale *revirement*, tuttavia, non deve stupire ma deve permettere di analizzare il FAA nella prospettiva della dottrina seguita al caso *Erie*: la questione, infatti, era se la legge federale sull’arbitrato - che prevedeva l’esecutività degli accordi e dei lodi arbitrari - fosse solo un insieme di norme procedurali o una legislazione che creava diritti sostanziali federali vincolante, quindi, per i tribunali federali e statali in tutte le situazioni controverse.

Il caso *Erie* imponeva l’applicazione della legge statale in tutti i casi di conflitto di giurisdizione federale-statale, tranne qualora i diritti fossero stati garantiti dalla Costituzione degli Stati Uniti; ci si chiedeva quindi se il FAA creasse diritti sostanziali federali o meno, poiché l’esistenza di diritti federali avrebbe superato la protezione delle leggi statali prevista dalla “dottrina *Erie*”, secondo cui la legge federale non poteva sostituire la legge statale, a meno che la legislazione federale sull’arbitrato non fosse stata considerata una fonte di diritti federali¹⁴⁰.

I tribunali federali hanno quindi affrontato la questione del federalismo del diritto arbitrale in due primi casi. In *Bernhardt v. Polygraphic Co. of America*, dapprima, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha assunto una posizione “sensibile” alla dottrina del caso *Erie*, ritenendo che il FAA fosse un atto procedurale federale che non poteva escludere l’applicazione della legge statale nei casi di conflitto con la giurisdizione federale. Consentire ai tribunali federali in casi di conflitto di attribuzione di decidere in merito alle questioni relative all’arbitrabilità delle controversie sulla base del diritto federale, infatti, avrebbe comportato il raggiungimento di risultati altrimenti non

doctrine.html; G. C. Hazard Jr., *Has the Erie Doctrine Been Repealed by Congress?*, in *Univ. Penn. L. Rev.*, 2008, 1629.

¹³⁸ La sentenza è consultabile in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/64/>.

¹³⁹ In effetti, il caso *Erie* provvedeva a superare la dottrina precedente secondo la quale i tribunali federali erano obbligati, nei casi di conflitto di giurisdizione ad applicare la legge statale. L’unica eccezione veniva ora concessa rispetto a quelle controversie, ovvero materie, disciplinate dalla Costituzione degli Stati Uniti ovvero da un provvedimento legislativo del Congresso.

¹⁴⁰ M. R. Holden, *Arbitration of State Law Claims by Employees: An Argument for Containing Federal Arbitration Law*, in *Cornell L. Rev.*, 1995, 1695; S. K. Huber, *State Regulation of Arbitration Proceedings: Judicial Review of Arbitration Awards by State Courts*, in *Cardozo J. Confl. Resol.*, 2009, 509.

ottenibili con il ricorso al diritto statale: una tale dicotomia di risultati avrebbe finito per violare l'orientamento derivante dal caso *Erie*. Così, successivamente, nella causa *Robert Lawrence Co. v. Devonshire Fabrics, Inc.*¹⁴¹, il Secondo Circuito federale ha interpretato il conflitto federale tra il FAA e l'orientamento giurisprudenziale derivante dal caso *Erie v. Tayson* in termini più innovativi.

Le argomentazioni della corte d'appello federale hanno decretato la possibilità di conciliare l'esercizio della giurisdizione federale con la tutela di diritti statali. Secondo il secondo circuito, infatti, da un lato il FAA era nato dall'esercizio del potere del Congresso sul commercio interstatale e, dall'altro lato, si trattava di un provvedimento legislativo sia sostanziale che procedurale, in quanto creava diritti costituzionali nonché un procedimento *ad hoc* con cui questi stessi diritti venissero attuati al di fuori della giurisdizione ordinaria.

Sulla base di queste premesse, il Secondo Circuito ha quindi concluso che la legislazione federale ha un campo di applicazione assolutamente nazionale¹⁴². Qualsiasi altra conclusione, infatti, avrebbe privato il Congresso degli Stati Uniti del suo potere di disciplinare il commercio interstatale nonché privato la nazione - con i suoi cinquanta stati - di una legge nazionale uniforme sull'arbitrato¹⁴³.

Le corti federali non si sono limitate ad applicare il diritto esistente, queste hanno imposto nuovi principi e nuove norme di diritto di *common law*; invero le pronunce giurisprudenziali hanno finito per anticipare la storia futura dell'arbitrato statunitense. In effetti, le stesse dichiarazioni del Secondo Circuito hanno "federalizzato" la legge americana sull'arbitrato, mentre il commercio interstatale doveva ancora

¹⁴¹ Si veda in 271 F. d 402, Secondo Circuito, 1959; per un commento si veda invece T. L. Jones, *State Law of Contract Formation in the Shadow of the Federal Arbitration Act*, in *Duke Law Journal*, 1996, 651.

¹⁴² In particolare il secondo circuito ha ritenuto che il FAA fosse applicabile nei casi di conflitto di giurisdizione sia dai tribunali statali che da quelli federali, sostenendo che: "*The basic inquiry must be whether the validity and interpretation of the arbitration clause of the contract in this case is governed by Federal Law, i.e. the federal Arbitration Act, or by local Law... the exclusion of diversity cases would emasculate the federal Arbitration Act... we find a reasonably clear legislative intent to create a new body of substantive law relative to arbitration agreements affecting commerce or maritime transactions. Thus, we think we are here dealing not with state-created rights but with rights arising out of the exercise by the Congress of its constitutional power to regulate commerce and hence there is involved no difficult question of constitutional law under Erie*".

¹⁴³ È inoltre indiscutibile che la FAA abbia un carattere fondamentalmente procedurale, in quanto regola il funzionamento di un meccanismo giudiziario. In particolare, convalida le convenzioni arbitrali e stabilisce una procedura per l'esecuzione dei lodi arbitrali.

“nazionalizzare” la legge sull’arbitrato, eliminare l’applicazione delle leggi statali sull’arbitrato e rendere il FAA vincolante per i tribunali statali: del resto, il caso *Robert Lawrence* ha anticipato con precisione lo sviluppo del diritto arbitrale americano per i successivi sessanta anni circa, in altre parole, permettendo alla Corte Suprema degli Stati Uniti di adottare l’intuizione del secondo circuito sul destino dell’arbitrato per renderlo una vera e propria realtà giuridica.

Tuttavia, è solo la decisione *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.*¹⁴⁴, nel 1967, a costituire la prima pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti in merito all’effetto “federale” del *Federal Arbitration Act*¹⁴⁵, per come lo intendiamo oggi.

La Corte ha affermato che l’obiettivo primario della legislazione federale è quello di eliminare il pregiudizio dei giudici inferiori nei confronti dell’arbitrato, nonché supportare l’efficacia vincolante degli accordi arbitrali¹⁴⁶. La Corte Suprema degli Stati Uniti ha altresì espresso la volontà di dare pieno effetto allo scopo regolatore alla base della legislazione sull’arbitrato, affrontato la questione del federalismo, insita nei fatti del caso *Prima Paint Corp.*, attraverso il concetto del c.d. l’*understatement*¹⁴⁷. Invero, secondo la Corte non vi è alcun contrasto giurisdizionale tra le leggi federali e statali sull’arbitrato: in particolare, infatti, quando i tribunali federali esercitano la

¹⁴⁴ Si veda la decisione n. 388 U.S. 395 del 1967; disponibile anche in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/395/>

¹⁴⁵ *Prima Paint* ha anche introdotto la dottrina della separabilità nel diritto arbitrale statunitense. La separabilità impediva che il contratto di arbitrato fosse invalidato da vizi del contratto principale. La separabilità ha mantenuto l’efficacia della clausola arbitrale e ha preservato la giurisdizione dell’arbitro sulla risoluzione delle controversie derivanti dal contratto.

¹⁴⁶ Si veda la decisione *Prima Paint*, in 388 U.S. at 402, 404, secondo cui i giudici affermano che: “[A]rbitration clauses as a matter of federal law are “separable” from the contracts in which they are embedded, and... where no claim is made that fraud was directed to the arbitration clauses itself, a broad arbitration clause will be held to encompass arbitration of the claim that the contract itself was induced by fraud”.

¹⁴⁷ Secondo tale concetto, la Corte in *Prima Paint* ha voluto congiurare le inutili tattiche vessatorie contro l’arbitrato, appellandosi alla “dottrina della separabilità”. La dottrina in questione ha sancito, infatti, l’indipendenza della clausola arbitrale rispetto al contratto in cui la stessa è contenuta. La decisione della Corte è andata nel senso di ritenere efficaci le contestazioni di invalidità verso l’accordo arbitrale solo ove rivolte alla clausola stessa; le anomalie del contratto principale non influiscono necessariamente sulla possibilità di deferire la controversia ad arbitri. Così facendo, grazie alla dottrina della separabilità, vengono rese meno probabili le obiezioni pro forma e viene aggravato l’onere processuale in capo alla controparte.

propria giurisdizione su un caso il cui merito si trova ad essere regolato dalla legge statale, nonostante la presenza di un conflitto di attribuzioni con i giudici statali, risolvono comunque questioni relative all'arbitrato applicando il FAA. Del resto, diversamente, quando le leggi statali sull'arbitrato limitano l'applicazione degli accordi arbitrali, violano l'obiettivo principale del FAA e autorizzano pratiche giurisprudenziali dilatorie rispetto all'applicazione della procedura arbitrale, in violazione del potere costituzionalmente garantito al Congresso di creare la legislazione federale¹⁴⁸.

Le implicazioni della sentenza sul federalismo di *Prima Paint* sono diventate gradualmente più evidenti. A metà degli anni '80, difatti, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha deciso tre casi in cui ha chiarito gli obiettivi giurisprudenziali della propria dottrina sull'arbitrato. Le sentenze della Corte nei casi *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*¹⁴⁹, *Southland Corp. v. Keating*¹⁵⁰ e *Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd*¹⁵¹ dimostrarono che la Corte fosse certa che il FAA contenesse una scelta politica radicale del Congresso: stabilire un'efficace regolamentazione giuridica nazionale dell'arbitrato e porre così rimedio alla disfunzionalità del contenzioso civile statunitense.

In particolare, *Southland Corp. v. Keating*¹⁵², decisa un anno dopo *Moses H. Cone*, ha ulteriormente chiarito la motivazione e l'orientamento della giurisprudenza della Corte suprema in materia di arbitrato, portando il federalismo arbitrale ad estreme conseguenze.

La questione nel caso *Keating* era incentrata sulla legittimità costituzionale di una sezione del *California Franchise Investment Law*¹⁵³, che era stata interpretata in modo

¹⁴⁸ T. E. Carbonneau, *Arguments in Favor of the Triumph of Arbitration*, op.cit., 289. Secondo l'a. la Corte Suprema degli Stati Uniti "answered the federalism question while appearing to ignore it; Congress could create federal law in areas in which the Constitution granted it the power to act. Therefore, in diversity cases in which question arose regarding the validity of the recourse to arbitration, the federal courts applied the FAA. The only limitation to the application of the federal law was that the contracts containing the arbitration clauses had to effect (interstate) commerce".

¹⁴⁹ 460 U.S. 1, 103 S. Ct. 927, 74 L. Ed. 2d 765 del 1983.

¹⁵⁰ 465 U.S. 1, 104 S. Ct. 852, 79 L. Ed. 2d 1 del 1984.

¹⁵¹ 470 U.S. 213, 105 S. Ct. 1238, 84 L. Ed. 2d 158 del 1985.

¹⁵² L. R. Hirshman, *The Second Arbitration Trilogy: The Federalization of Arbitration Law*, in *Va. L. Rev.*, 1985, 1305.

¹⁵³ Maggiori approfondimenti sono disponibili nel Cal. Corp. Code § 31512 (West 1977).

tale da richiedere una competenza esclusiva in capo ai giudici ordinari per quanto riguardava le richieste di risarcimento presentate ai sensi della medesima legge.

Dopo una sentenza del tribunale statale di primo grado che riteneva valida la deroga della disposizione di rinuncia della legge sugli investimenti a qualsivoglia altra forma di giurisdizione oltre a quella statale, la corte d'appello della California ha ritenuto che, se la legge sugli investimenti in *franchising* rendeva inopponibili gli accordi arbitrari, questa stessa doveva considerarsi in conflitto con le disposizioni del FAA e, pertanto, non valida ai sensi della clausola di supremazia prevista dall'art. 5, § 2 della Costituzione degli Stati Uniti¹⁵⁴. Tuttavia, una volta istaurato il giudizio dinnanzi all'organo statale di ultimo grado, la corte suprema della California ha interpretato la disposizione della legge sugli investimenti in modo da richiedere una giurisdizione esclusiva dei giudici statali per le rivendicazioni presentate in base alla legge; ha ritenuto che le rivendicazioni fatte valere in base alla legge sugli investimenti fossero inarbitrabili ed ha concluso che la legge della California non contrastava con la legislazione federale sull'arbitrato.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, investita della questione in veste di giudice delle leggi, ha invece statuito che la legislazione federale ha creato un dovere non solo per i tribunali federali, ma anche per i tribunali statali di applicare la politica federale di favore verso l'arbitrato, come consolidato dall'introduzione del FAA.

Concordando con il ragionamento della corte d'appello californiana, la Corte Suprema federale ha ritenuto che: “creando una norma sostanziale applicabile sia nei tribunali statali che in quelli federali, il Congresso intendeva precludere i tentativi legislativi statali di ridurre l'applicabilità degli accordi arbitrari. Riteniamo che il §

¹⁵⁴ Secondo cui: “*All debts contracted and engagements entered into, before the adoption of this Constitution, shall be as valid against the United States under this Constitution, as under the Confederation. This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding. The Senators and Representatives before mentioned, and the members of the several state legislatures, and all executive and judicial officers, both of the United States and of the several states, shall be bound by oath or affirmation, to support this Constitution; but no religious test shall ever be required as a qualification to any office or public trust under the United States*”. In merito si veda anche *Keating v. Superior Court*, 167 Cal. Rptr. 481, 493-94 (Cal. Ct. App. 1980).

31512 della legge sugli investimenti in franchising della California violi la clausola di supremazia”¹⁵⁵.

Con la decisione del caso *Keating*, il FAA non solo diventava così inderogabile per i tribunali federali nei casi di conflitto di giurisdizione e vincolante per i tribunali statali nei casi che avrebbero coinvolto il commercio interstatale, come *Moses H. Cone*, ma veniva letteralmente invalidato il potere degli Stati di emanare leggi che potessero contraddire, direttamente o indirettamente, la politica federale sull’arbitrato¹⁵⁶.

Ebbene, l’interpretazione orientata della Corte Suprema ha finito per riconoscere nel FAA una fonte a sostegno di una “forte politica federale a sostegno dell’arbitrato” e nell’intervento legislativo del Congresso un monito ai tribunali federali di far rispettare tale politica.

La Corte, nel corso delle sue interpretazioni costituzionalmente orientate¹⁵⁷, ha fatto riferimento a tre concetti costituzionali per ampliare la portata del FAA ed ottenere una regolamentazione giuridica nazionale uniforme dell’arbitrato: una visione ampia del commercio interstatale ai sensi della c.d. *commerce clause*¹⁵⁸, l’egemonia della legge federale ai sensi della *supremacy clause*¹⁵⁹ e il potere costituzionale del

¹⁵⁵ *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S., 10.

¹⁵⁶ Nella sua opinione Justice O’Connor procede a delucidare la storia del FAA e di quale sia stato il suo contributo al dibattito attorno al federalismo. In particolare come riportato da T.E. Carbonneau, *Arguments in Favor of the Triumph of Arbitration*, op. cit., 300, “Prior to 1925, the federal courts were obligated under *Swift v. Tyson* to apply general federal common law in diversity cases. At that time, there were few state statutes on arbitration and no federal legislation. Only states with significant commercial activity, like New York, had enacted legislation in the area. Accordingly, in the absence of federal law, federal courts sitting in diversity cases refused to enforce agreements to arbitrate. The FAA was intended to remedy that problem within the context of *Swift v. Tyson*. By creating a statutory mechanism for the enforcement of arbitration agreements and awards, the FAA allowed the federal courts to uphold the contract reference to arbitration”.

¹⁵⁷ Si veda anche il caso *Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd*, 470 U.S. 213 del 1985; M. Durrer, *Enforcing arbitration of Federal Securities Law Claims: the effect of Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd*, in *WM & Mary L. Rev.*, 1987, 335.

¹⁵⁸ A tal proposito si veda l’art. 1, section 8, clause 3 of the *U.S. Constitution*, il quale concede al Congresso il potere “to regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes”.

¹⁵⁹ A cui si riferisce l’art. 6, paragrafo 2 della Costituzione americana e la quale stabilisce che “the federal constitution, and federal law generally, take precedence over state laws, and even state constitutions. It prohibits state from interfering with the federal government’s exercise of its constitutional powers, and from assuming any functions that are exclusively entrusted to the federal government”.

Congresso di indirizzare l'approccio dei tribunali federali in determinate aree tematiche.

Il FAA ha così finito per soverchiare anche l'autorità legislativa degli Stati di disciplinare la materia arbitrale e, data la supremazia del diritto federale, tutte le leggi e le controversie negli Stati Uniti che riguardavano l'arbitrato dovevano essere conformi alle disposizioni e alla politica di fondo del FAA.

Da *Prima Paint* alla c.d. trilogia del federalismo¹⁶⁰, la Corte ha sostenuto l'autonomia del processo arbitrale al prezzo di compromettere sostanzialmente, se non di sradicare, l'autorità dei giudici statali sul tema. Di fatti, la giurisprudenza della Corte ha sottolineato quale mandato del FAA, la necessità di eliminare l'ostilità giudiziaria nei confronti dell'arbitrato: in particolare, la stessa ha ritenuto esistere un dovere giudiziario di riconoscere e rendere effettivi gli accordi arbitrali e con le proprie pronunce ha conferito un contributo prezioso al contenuto del FAA, rafforzandone la posizione sistemica dell'intero ordinamento.

Nella causa *Terminix v. Dobson*¹⁶¹, un proprietario di casa dell'Alabama aveva stipulato un contratto di protezione dalle termiti con un'agenzia *Terminix* locale. L'accordo conteneva una clausola di risoluzione delle controversie che stabiliva che "qualsiasi controversia o reclamo" derivante dal contratto "sarebbe stata risolta esclusivamente mediante arbitrato". Quando il proprietario vendette la casa a un altro residente dell'Alabama, le parti scoprirono che la casa pullulava di termiti, portando il nuovo proprietario a intentare una causa presso il tribunale statale contro il venditore e *Terminix*. Il contratto di protezione dalle termiti era stato trasferito al nuovo proprietario al momento della vendita. *Terminix* e il suo franchisee, tuttavia, si erano opposti alla giurisdizione del tribunale statale sulla base della clausola arbitrale del contratto e della Sez. 2 della FAA. In appello, la Corte Suprema dell'Alabama ha confermato il rifiuto del tribunale statale di sospendere l'azione giudiziaria in attesa della pronuncia arbitrale, affermando che la legge federale sull'arbitrato era inapplicabile all'accordo in questione poiché il collegamento della lite al concetto di

¹⁶⁰ I. S. Szalai, *Outsourcing Justice. The Rise of Modern Arbitration Law in America*, op. cit., 191 e ss.

¹⁶¹ Con la decisione *Allied -Bruce terminix Cos., Inc. v. Dobson*, 513 U.S. 265, resa nel 1995, la Corte Suprema degli Stati Uniti si è infine allineata pienamente alla trilogia del federalismo, riaffermando così la propria politica giurisprudenziale sulla federalizzazione.

commercio interstatale presente nel FAA era troppo tenue. Tuttavia, la pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti non è stata di questo stesso parere, tanto da aver proceduto ad invalidare la decisione. Difatti, nell'opinione di maggioranza, il giudice Breyer ha ribadito la tesi di fondo legata alle decisioni c.d. "hospitable" dei tribunali federali in materia di arbitrato, secondo cui lo scopo principale della promulgazione del FAA è stato quello di liberare il sistema giudiziario dai suoi pregiudizi nei confronti dell'arbitrato.

Lo sviluppo dello strumento arbitrale nell'ordinamento statunitense passa oltre che dalle pronunce della Corte Suprema anche dal *Federal Arbitration Act*, ecco perché l'importanza di dedicare una parte così consistente alla sua promulgazione nonché all'interpretazione che né è seguita, poiché come sostenuto: "la legge non lascia spazio all'esercizio della discrezionalità da parte dei tribunali distrettuali, ma impone invece ai tribunali distrettuali di obbligare le parti di rivolgersi all'arbitrato per tutte quelle questioni per le quali è stata firmata una convenzione arbitrale"¹⁶², in quanto l'arbitrato altro non è che una mera forma di processo¹⁶³.

Si tratta di concetti che, come si avrà modo di vedere, emergeranno con forza anche e soprattutto nell'applicazione di questi stessi principi ove l'arbitrato venga prediletto come strumento di risoluzione delle controversie in tutte quelle ipotesi in cui la clausola arbitrale sia contenuta all'interno di contratti adesivi, specie accordi con i consumatori, ovvero semplicemente ove vi sia una parte contrattuale a subire la necessaria deferibilità ad arbitrato della lite.

§ 3. *I presupposti del giudizio arbitrale e il paradigma dell'efficacia vincolante della decisione nel quadro del Federal Arbitration Act e delle leggi statali*

Come si è detto l'ascesa dell'arbitrato nell'ordinamento statunitense evidenzia i limiti del diritto sostanziale e l'impraticabilità del contenzioso giudiziario ordinario;

¹⁶² Si veda meglio *KPMG v. Cocchi*, 132 S. Ct. 23 del 2011 disponibile in http://now.inscotus.org/cases/2010-2019/2011_10_1521.

¹⁶³ *Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc.*, 490 U.S. del 1989, cita *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427, del 1953, 433.

dimostra, soprattutto, come il sistema giuridico di quell'ordinamento stesse soffocando sotto il peso dei tribunali nonché sotto il peso di principi e procedure immutabili¹⁶⁴.

A differenza della legge e della giurisdizione ordinaria, l'arbitrato e le norme che lo regolano dimostrano come la praticità e l'operatività del sistema giudiziario possano essere garantite e realizzate anche mediante il ricorso a quest'ultimo strumento. Così date le inefficienze del sistema del contraddittorio - o c.d. detto anche “*adversarial*” - il processo di metabolizzazione del FAA nell'ordinamento statunitense, complice anche il contenuto delle disposizioni racchiuse nella legge medesima, ha avuto una rapida ascesa.

Ecco quindi, l'importanza di analizzarne il significato nonché la portata con una lente di ingrandimento sulle norme più importanti e significative.

La prima sezione del FAA¹⁶⁵ definisce l'ambito di applicazione della legge ed individua le controversie e le fattispecie a cui si applica la legge federale sull'arbitrato; si tratta certamente di una definizione di importanza cruciale poiché stabilisce la portata della cosiddetta presunzione quasi assoluta di supremazia della legge federale rispetto al riconoscimento della validità degli accordi e dei lodi arbitrari.

Essa si applica alle questioni marittime e alle transazioni commerciali che fanno parte del commercio tra Stati o che coinvolgono il commercio estero. Ebbene, secondo la definizione data dal contenuto della legge stessa, per “transazione marittima”, si intendono i contratti di noleggio, le polizze di carico dei vettori marittimi, gli accordi relativi ai pontili, alle forniture di navi o alle riparazioni di navi, collisioni, o qualsiasi altra questione relativa al commercio estero che, se oggetto di controversia, rientrerebbe nella giurisdizione dell'ammiragliato; per “commercio”, la legge intende il commercio tra i vari Stati o con nazioni straniere, o in qualsiasi territorio degli Stati Uniti o nel distretto della Columbia, o tra uno di questi territori e un altro, o tra uno di

¹⁶⁴ I. Macneil, R. Speidel & T. Stipanowich, *Federal Arbitration Law: Agreements, awards and remedies under the Federal Arbitration Act*, 1994.

¹⁶⁵ Section 1: « “Maritime transactions” ad herein defined, means charter parties, bills of lading of water carriers, agreements relating to wharfage, supplies furnished vessels or repairs to vessels, collisions, or any other matters in foreign commerce which, if the subject of controversy, would be embraced within admiralty jurisdiction; “commerce”, as herein defined, means commerce among the several States or with foreign nations, or in any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between the District of Columbia and any State or Territory or foreign nation, but nothing herein contained shall apply to contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce».

questi territori e qualsiasi Stato o nazione straniera, o tra il distretto della Columbia e qualsiasi Stato o territorio o nazione straniera.

La definizione dell'ambito di applicazione della FAA sembra riferire ad uno scopo quasi modesto del suo ambito di applicazione oggettivo, in qualche modo limitato alle questioni marittime e alle transazioni commerciali che fanno parte del commercio interstatale o che coinvolgono il commercio estero. Tuttavia, l'esegesi orientata della Corte Suprema degli Stati Uniti è andata verso un'interpretazione a dir poco estensiva della portata di questa prima sezione¹⁶⁶.

Così, dapprima nel 2003¹⁶⁷, la Corte Suprema degli Stati Uniti, ribaltando una decisione della Corte Suprema dell'Alabama¹⁶⁸, ha ritenuto che un accordo di ristrutturazione del debito fosse un "contratto che evidenzia una transazione che coinvolge il commercio" e che, pertanto, la clausola arbitrale inclusa nell'accordo fosse applicabile ai sensi della legge federale¹⁶⁹. Invero, la Corte è giunta ad interpretare il termine di legge "che coinvolge il commercio" come l'equivalente

¹⁶⁶ T. E. Carbonneau, *Toward a new federal law on arbitration*, op. cit., 90. Secondo l'a., le norme contenute all'interno del FAA "are directed to federal courts ruling in cases governed by federal law. The legislative text nowhere mandates that state courts apply federal law on arbitration in matters governed by state law. The decisional rules that developed over time and federalized arbitration attribute a much greater range of application to the FAA".

¹⁶⁷ Disponibile in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/52/> .

¹⁶⁸ Si veda *Citizens Bank v. Alafabco, Inc.*, 539 U.S. 52 del 2003.

¹⁶⁹ Si tratta del caso *Citizens Bank v. Alafabco Inc.*, U.S., 2003, 539. In particolare, i fatti in causa furono i seguenti: «*Alafabco, Inc. an Alabama construction company, and Citizens Bank entered into a relationship in which the bank agreed to provide the necessary operating capital for Alafabco to secure and complete construction contracts. The relationship become strained two years later "when the bank allegedly encourages Alafabco to bid on a large construction contract...but then refused to provide the capital necessary to complete the project". Without this capital, Alafabco had to complete the "project with funds that would otherwise have been dedicated to repaying its existing obligations to the bank". As a result, Alafabco defaulted on its existing obligations and was forced to file for bankruptcy. After "the dismissal of Alafabco's bankruptcy petition, the bank agreed to renegotiate the outstanding loans in a ...debt-restructuring agreement", which included an arbitration clause. Shortly thereafter, Alafabco brought an action in the circuit of Lawrence County, Alabama, alleging breach of contract, fraud, breach of fiduciary duties, intentional infliction of emotional distress, and interference with a contractual or business relationship. Because the bank allegedly reneged on its agreement to provide the capital for Alafabco's project, Alafabco detrimentally incurred massive debt. In response, the bank invoked the arbitration agreement contained in the "renewal notes" and moved to compel arbitration of the dispute. A state circuit court ordered Alafabco to submit to arbitration in accordance with the arbitration agreements. The Supreme Court of Alabama reversed the circuit court decision, holding that the debt- restructuring agreements were the relevant transactions and proceeded to determine whether those transactions, by themselves, had a "substantial effect on interstate commerce" under the FAA's concept of interstate commerce* ».

funzionale del più comune termine “che interessa il commercio”; in particolare, quindi, il FAA si potrà applicare a tutti gli accordi arbitrari che rientrano nella portata costituzionale della “*commerce clause*”, non solo quelli che concretamente si trovino “*in commerce*” ovvero “*within the flow of interstate commerce*”.

Ancora poi, facendo riferimento proprio alla sentenza *Citizens Bank v. Alfabeco, Inc.*¹⁷⁰, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha concesso un *certiorari*¹⁷¹ ed ha annullato la sentenza della corte inferiore nel caso *Wien & Malkin, LLP v. Helmsley Spear, Inc.*¹⁷².

Nella causa *Wien*, il tribunale di primo grado aveva stabilito che il FAA non potesse ricoprire l’ambito di applicazione relativo al merito di una controversia riguardante il licenziamento che aveva visto coinvolto un amministratore di edifici locali. Poiché tutti gli edifici si trovavano nella città di New York e nessun aspetto sostanziale della lite andava oltre i confini del territorio, il tribunale statale di New York ha stabilito che la controversia non coinvolgeva il commercio interstatale; pertanto, nel caso di specie, il carattere locale della controversia avrebbe impedito l’applicazione del FAA.

Eppure, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha ritenuto che i prestiti commerciali hanno un ampio impatto sull’economia degli Stati Uniti e che i negozi giuridici del caso *Wien* erano legati ad altri Stati, come ad esempio i pegni a garanzia del debito e i contratti di scambio commerciali che si svolgevano al di fuori dello Stato di appartenenza o residenza dell’attore. Di conseguenza, secondo la Corte le clausole arbitrali incluse in questi accordi erano opponibili ai sensi del FAA¹⁷³, poiché tale legge non può non trovare applicazione anche in tutte quelle transazioni “nel commercio” e “nel flusso”¹⁷⁴ del commercio interstatale.

¹⁷⁰ *Citizens Bank v. Alfabeco, Inc.*, 539 U.S., 2003, 57-58.

¹⁷¹ Per maggiori approfondimenti in merito si vedano W. Burnham, S. F. Reed, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, in *West academic*, 2021, 259. Per quanto qui di interesse, si può affermare che il *certiorari* è “*an order to the lower court so send up the record of a particular case- the first step in an appellate court’s review of a case. By exercising its certiorari jurisdiction over cases involving issues of federal law coming from the federal and state courts, the Court maintains the supremacy and consistency of federal law*”.

¹⁷² 764 N.Y. S. 2d 402, (N.Y. App. Div. 2002) annullava la decisione n. 540 U.S. 801 del 2003.

¹⁷³ Si veda ancor prima M. W. Finkin, *Workers contracts under the United States Arbitration Act: an essay in historical clarification*, in *Berkley J. Emp & Lab. L.*, 1996, 282.

¹⁷⁴ Si veda meglio in <https://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/2006/2006-01246.html>.

Come si è avuto modo di riscontrare, le norme di matrice decisionale, o meglio di creazione giurisprudenziale, che si sono sviluppate nel tempo e che hanno “federalizzato” l’arbitrato hanno attribuito al FAA un campo di applicazione molto più ampio di quello previsto dalla Sezione 1, che si comprende perfettamente anche alla luce delle disposizioni successive contenute nella medesima legge ¹⁷⁵.

La *Section 2*, denominata “*Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate*”, dispone che: “[U]na clausola scritta in qualsiasi transazione marittima o in un contratto che attesti una transazione che coinvolge il commercio per risolvere mediante arbitrato una controversia successivamente sorta da tale contratto o transazione, o il rifiuto di eseguire l’intero contratto o parte di esso, o un accordo scritto per sottoporre ad arbitrato una controversia esistente derivante da tale contratto, transazione o rifiuto, saranno validi, irrevocabili e applicabili, salvo i motivi esistenti in diritto o in equità per la revoca di qualsiasi contratto”¹⁷⁶.

Ebbene, all’epoca della promulgazione della FAA, la sezione 2 costituiva la disposizione centrale, poiché suffragava il ricorso agli accordi arbitrali come una questione di diritto: in particolare, infatti, neppure le preoccupazioni circa l’ordine pubblico, relative alla rinuncia al diritto di adire le vie legali, avrebbero potuto invalidare gli accordi arbitrali.

Nel corso del tempo, la norma è diventata il deposito di due dottrine della Corte Suprema degli Stati Uniti: da un lato, la c. d. “*emphatic federal policy favoring arbitration*” e, dall’altro lato, il “*federal right to engage arbitration*”. Tale disposizione ha costituito, in effetti, la normativa centrale della legislazione

¹⁷⁵ Anche quando i tribunali federali esercitano la propria giurisdizione circa un conflitto di attribuzione, questi sono obbligati ad applicare il FAA e il suo imperativo politico di favore dell’arbitrato. Invero, anche ove la legge statale sui contratti possa disciplinare la questione della validità di un accordo arbitrale, tale legge deve essere conforme alla direttiva di fondo contenute nel FAA, secondo cui l’arbitrato è sempre uno strumento di risoluzione delle controversie che si presume valido e da favorire.

¹⁷⁶ La *Section 2*, così recita: “*A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or equity for the revocation of any contract*”.

sull'arbitrato sia in senso storico che contemporaneo, in quanto riconosce la legittimità contrattuale della clausola arbitrale nonché della sottoscrizione del relativo accordo¹⁷⁷.

Le convenzioni arbitrali sono “valide, irrevocabili ed esecutive” - una dichiarazione che sconfessa chiaramente la precedente prassi giudiziaria di rispettare le convenzioni arbitrali solo una volta che il tribunale arbitrale avesse emesso un lodo¹⁷⁸. Difatti, le convenzioni arbitrali venivano in un primo momento impugnate esclusivamente sulla base di vizi di formazione della volontà delle parti, come per ragioni di costrizione, per mancanza dei presupposti, per difetto di reciprocità ovvero illegittimità della stipula.

Sempre più decisioni giudiziarie hanno però reso inverosimili le impugnazioni arbitrali sulla base delle predette eccezioni, in quanto l'obiettivo fondamentale della *Section 2* è stato individuato nel far rispettare la volontà delle parti di arbitrare la controversia; così giungendo a stabilire che il FAA non richiede neppure che una convenzione arbitrale sia firmata per essere vincolante e suscettibile di esecuzione¹⁷⁹. Invero la libertà contrattuale è il concetto giuridico principale che regola la legge, la prassi e la regolamentazione dell'arbitrato negli Stati Uniti. Così infatti, nella causa *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior University*¹⁸⁰, la Corte Suprema degli Stati Uniti è giunta a descrivere il concetto nei seguenti termini: “il FAA non impone alle parti di arbitrare quando non hanno concordato di farlo (*omissis*) né impedisce alle parti che hanno concordato di arbitrare di escludere alcune richieste dall'ambito del loro accordo arbitrale (*omissis*) Semplicemente richiede ai tribunali di applicare gli accordi di arbitrato negoziati privatamente, come gli altri contratti, in conformità con i loro termini (*omissis*...) L'arbitrato ai sensi della Legge è una questione di consenso, non di coercizione, e le

¹⁷⁷ T. E. Carbonneau, *Toward a new federal law on arbitration* op. cit., 104, in cui l'a. ricorda il caso *Tillman v. Tillman*, 825 F. 3d 1069, 9th Circ., 2016.

¹⁷⁸ Si veda in merito *Tobey v. County of Bristol*, 23 F. Cas. 1313 (C.C. D. Mass. 1845, no. 14,065).

¹⁷⁹ *TRC Envtl. Corp v. Lvi facility Servs.*, 612 Fed. App. 759 (5th Cir. 2015), secondo cui: “*the presumption in favor of arbitration that arises from the liberal federal policy applies when a court evaluates the scope of arbitration agreement under the second step of the arbitration analysis, not when a court is determining whether a valid arbitration agreement exists at all*”.

¹⁸⁰ *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior University*, 489 U.S., 1989.

parti sono generalmente libere di strutturare i loro accordi arbitrari come meglio credono”¹⁸¹.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, facendo riferimento proprio alla libertà contrattuale, si è spinta sino a giustificare persino le situazioni di iniquità contrattuale, riducendo l’importanza dell’adesione nella formazione e nell’applicazione degli accordi arbitrari¹⁸². Per vero, secondo il ragionamento a favore dell’arbitrato portato avanti dalla Corte, poiché la parte c.d. debole del contratto ha accettato i termini contrattuali, la stessa deve intendersi vincolata rispetto a quell’accordo perché vincolata dal suo stesso consenso: in particolare, secondo la Corte la mera iniquità delle clausole contrattuali non può ostacolare la realizzazione degli obiettivi perseguiti con l’introduzione del FAA¹⁸³.

Del resto, di recente la Corte si è spinta persino oltre e, nella causa *AT&T Mobility v. Conception*¹⁸⁴, ha riconosciuto che sebbene l’accordo di arbitrato fosse stato imposto al consumatore unilateralmente e su una base non negoziabile, tale circostanza costituiva una caratteristica delle contrattualizzazioni con i consumatori e rappresentava da tempo una prassi abituale del sistema; in altre parole, la Corte ha ritenuto le clausole arbitrali adesive fossero legittime ed applicabili in tutte le situazioni di diritto sostanziale da esse derivanti, poiché queste riflettono le posizioni contrattuali di cui da tempo le parti erano consapevoli e di cui l’uso consolidato rende validi i relativi accordi unilaterali.

Riconoscendo la natura e la validità di tale pratica consuetudinaria¹⁸⁵, la Corte ha permesso all’ambito di operatività di tali clausole di esprimersi autonomamente,

¹⁸¹ In particolare, si veda pag. 478: “*The FAA does not require parties to arbitrate when they have not agreed to do so...[N] or does it prevent parties who do agree to arbitrate from excluding certain claims from the scope of their arbitration agreement...It simply requires courts to enforce privately negotiated agreements to arbitrate, like other contracts, in accordance with their terms... Arbitration under the Act is a matter of consent, not coercion, and parties are generally free to structure their arbitration agreements as they see fit...*”

¹⁸² Si veda ad esempio *Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am Express, Inc.*, 490 U.S. 477, del 1989, riportato anche da T.E. Carbonneau, *Arguments in Favor of the Triumph of Arbitration* op. cit., 353.

¹⁸³ Secondo T. E. Carbonneau, *Toward a new federal law on arbitration*, op. cit., 111, “*Even unfair advantages, carve -outs, or the tactics of unilateralism were insufficient to void an arbitration agreement in a consumer transaction*”.

¹⁸⁴ *AT&T Mobility LLC v. Conception*, 536 U.S., 2011.

¹⁸⁵ Si veda *Gilmer v. Interstate/Johson Lane Corp.*, 500 U.S. del 1991, 20, in cui la Corte afferma che: “*Mere inequality in bargaining power, however, is not a sufficient reason to hold that arbitration agreements are never enforceable in the employment context*”.

evitando così di essere “censurate” per l’imposizione di standard legali eccessivamente artificiosi, ovvero inadeguati, per quell’ordinamento, all’uso dell’arbitrato nelle controversie con i consumatori.

I precetti contenuti all’interno delle decisioni della Corte Suprema, perciò, nel corso del tempo, oltre ad aver federalizzato l’arbitrato, hanno contribuito ad attribuire al FAA un campo di applicazione molto più ampio di quello previsto dal testo normativo. Del resto non potrebbe essere molto diverso stante anche il contenuto della *Section 3*¹⁸⁶, la quale riporta gli effetti normativi di un accordo arbitrale “valido, irrevocabile ed esecutivo” ai sensi della *Section 2*, disponendo quanto segue: “[S] se in uno dei tribunali degli Stati Uniti viene intentata un’azione legale o un procedimento su una questione che può essere sottoposta ad arbitrato in base a un accordo scritto per tale arbitrato, il tribunale presso il quale è pendente l’azione legale, dopo aver accertato che la questione coinvolta in tale azione legale o procedimento è sottoposta ad arbitrato in base a tale accordo, su richiesta di una delle parti sospenderà il processo dell’azione fino a quando l’arbitrato non sarà stato effettuato in conformità con i termini dell’accordo, a condizione che il richiedente la sospensione non sia inadempiente nel procedere con tale arbitrato”.

Secondo il dettato della *Section 3* un accordo arbitrale valido impedisce la competenza dei tribunali nel giudicare le controversie soggette ad arbitrato; in particolare, infatti, dinnanzi ad un’istanza volta a contestare la giurisdizione del giudice ordinario sulla base di una convenzione arbitrale, il tribunale dovrà prendere in considerazione due questioni: se la convenzione di arbitrato è un contratto valido e se la controversia in questione è coperta dalla convenzione arbitrale o “referable” all’arbitrato ai sensi della convenzione¹⁸⁷. Qualora a queste domande dovesse seguire

¹⁸⁶ *Section 3*: “*Stay of proceedings where issue therein referable to arbitration*”, secondo cui: “*If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon, being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action until such arbitration has been had in accordance with the terms of the agreement, providing the applicant for the stay is not in default in proceeding with such arbitration*”.

¹⁸⁷ Si veda *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 26 n. 32 del 1983, in cui la corte affermava: “*The Arbitration Act is something of an anomaly in the field of federal – court jurisdiction. It creates a body of federal substantive law establishing*

una risposta in senso affermativo, allora la “giurisdizione” che verrà radicata sarà quella arbitrale.

Del resto, in forza delle leggi statali sull’arbitrato della maggior parte dei cinquanta Stati, le contestazioni della validità contrattuale della convenzione arbitrale o del suo ambito di applicazione vengono prima deferite agli arbitri, in ragione dell’applicazione delle dottrine della separabilità e della *Kompetenz - Kompetenz*¹⁸⁸.

Se da un lato, infatti, la dottrina della separabilità è stata concepita per proteggere il processo arbitrale da tali manovre poiché prevede che l’accordo di arbitrato sia indipendente dal contratto principale: in particolare, infatti, la parte che chiedeva l’annullamento del contratto avrebbe dovuto dimostrare che la presunta invalidità avesse un impatto diretto sulla clausola arbitrale stessa¹⁸⁹.

Tale dottrina, da un lato, ha potuto operare solo in parallelo rispetto alla dottrina della c.d. *kompetenz-kompetenz*, poiché “la separabilità” non ha avuto alcuna efficacia funzionale se non quella di promuovere l’applicazione della dottrina circa la *kompetenz-kompetenz*. Tuttavia, dall’altro lato, “la *kompetenz-kompetenz*”, o competenza a decidere su questioni di giurisdizione, ha certamente ampliato le maglie decisionale dei tribunali arbitrali, in quanto è stata concessa al tribunale arbitrale l’autorità di decidere su questioni che riguardano la validità o la portata della

and regulating the duty to honor an agreement to arbitrate, ye it does not create any independent federal-question jurisdiction”.

¹⁸⁸ M. Jalili, *Kompetenz-Kompetenz: Recent U.S. and U.K. Developments*, in *J. Int. Arb.*, 1966, 169 e ss.; in merito si veda anche A. Henke, *I conflitti di potestas iudicandi tra arbitrato e giudice statale nel diritto italiano e comparato*, Milano, 2022, 680 e ss., in cui l’a. conduce una lucida analisi con riferimento specifico all’ordinamento inglese, affermando che “prima della riforma del 1966, l’idea che l’arbitrato fosse legittimato a conoscere e decidere di tutte le obiezioni concernenti la propria *potestas iudicandi*, sollevate dalle parti nel corso del giudizio arbitrale, non era del tutto pacifica. Questo perché, nel vigore dei precedenti contesti normativi (dapprima *Arbitration Act* del 1950 e, poi quelli del 1975 e del 1979, nonché il successivo *Consumer Arbitration Agreement Act* del 1988), la declinazione pratica del principio *Kompetenz Kompetenz*, non espressamente codificato, ma ritenuto generalmente applicabile in arbitrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza inglesi, risultava disomogenea. L’opportunità del ricorso a (e dell’utilizzo di) tale principio discendeva dalla necessità di evitare le serie conseguenze che un suo rifiuto avrebbe comportato: la paralisi della procedura arbitrale, conseguentemente alla mera proposizione di un’eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell’arbitrato e dell’obbligato rinvio della causa al giudice statale, perché fosse lui a risolvere preliminarmente quella questione; ciò appariva in conflitto con la presunta aspettativa delle parti (confluita ed esplicitata nella stipula di un patto arbitrale) di evitare il coinvolgimento dell’autorità giudiziaria”.

¹⁸⁹ Si veda *Prima Paint Corp.*, cfr. *supra* [nota 170].

convenzione di arbitrato, potendo pronunciarsi anche in merito alle questioni attinenti ai vizi del contratto principale che avrebbero potuto inficiare la validità della clausola arbitrale stessa.

È chiaro che nel panorama giurisprudenziale attuale tale interpretazione estensiva è andata molto oltre il dettato del FAA e che, in applicazione di questa medesima dottrina, ai tribunali arbitrali è stata attribuita persino la competenza di decidere sulle domande relative all'estendibilità della clausola arbitrale alla questione oggetto di lite oltre i limiti della convenzione¹⁹⁰. Per vero, sebbene il FAA non riconosca espressamente nessuna delle due dottrine, a causa della sua relativamente recente entrata in vigore, per facilitare le domande arbitrali e incoraggiare il ricorso allo strumento arbitrale, la Corte ha adottato la dottrina del “*look through*”.

In altre parole, per il tramite della decisione resa nel caso *Vaden v. Discover Bank*¹⁹¹, la Corte ha affermato che i tribunali federali possono “guardare attraverso” gli atti del contenzioso per accertare se il diritto federale possa avere un ruolo influente nella decisione del merito del caso. In caso affermativo, il tribunale federale può dichiararsi competente a esaminare la richiesta di arbitrato. Diversamente, ove non dovesse essere trovato un collegamento con il diritto federale, la domanda “di coercizione” all’arbitrato dovrebbe essere decisa da un tribunale statale in base alla legge statale sull’arbitrato. Così facendo la Corte ha inteso il processo statale come un momento della più ampia giurisdizione federale, riconducendo la giurisdizione federale sull’arbitrato a equivalente di una giurisdizione di fatto¹⁹².

Seguendo l’*iter* del legislatore statunitense, troviamo disciplinato alla *Section 4*¹⁹³ il “*Failure to arbitrate under agreement; petition to United States court having*

¹⁹⁰ T.E. Carbonneau, *Toward a new federal law on arbitration*, op. cit., 19, affronta la questione secondo una visione internazionale suggerendo come esempio “*UNCITRAL model Law on International Commercial Arbitration art. 16; 1996 UK Arbitration Act sect. 30 (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction... as to – (a) whether is a valid arbitration agreement, (b) whether the tribunal is properly constituted, and (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement*”.

¹⁹¹ *Vaden v. Discover Bank*, 556 U.S. 49 del 2009.

¹⁹² R. C. Reuben, *First Options, Consent to Arbitration, and the Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions*, in *SMU L. Rev.*, 2013, 819.

¹⁹³ Così dispone: “*A party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States district court which, save for such agreement, would have jurisdiction under title 28, in a civil action*

jurisdiction for order to compel arbitration; notice and service thereof; hearing and determination". La norma prevede che "una parte lesa dalla presunta omissione, negligenza o rifiuto di un'altra parte di arbitrare in base a un accordo scritto di arbitrato può chiedere a qualsiasi corte distrettuale degli Stati Uniti che, se non fosse per tale accordo, avrebbe giurisdizione ai sensi del Titolo 28, (*omissis*) un'ordinanza che disponga che l'arbitrato si svolga secondo le modalità previste dall'accordo. Tale richiesta dovrà essere notificata per iscritto alla parte inadempiente con un preavviso di cinque giorni. La notifica dovrà essere effettuata secondo le modalità previste dal regolamento federale di procedura civile. Il tribunale ascolterà le parti e, una volta accertato che la stipula dell'accordo per l'arbitrato o la sua mancata osservanza non sono in discussione, emetterà un'ordinanza che ordina alle parti di procedere all'arbitrato in conformità ai termini dell'accordo. L'udienza e il procedimento, in base a tale accordo, si svolgeranno nel distretto in cui è stata presentata la richiesta di ordinanza che dispone l'arbitrato. Se la stipula dell'accordo arbitrale o l'omissione, la negligenza o il rifiuto di eseguirlo sono in discussione, il tribunale procederà sommariamente al processo. (*omissis*) Se tale questione viene sollevata, la parte presunta inadempiente può, tranne che nei casi di diritto amministrativo, richiedere, entro il giorno di restituzione dell'avviso di richiesta, un processo con giuria su tale

or in admiralty of the subject matter of a suit arising out of the controversy between the parties, for an order directing that such arbitration proceed in the manner provided for in such agreement. Five days' notice in writing of such application shall be served upon the party in default. Service thereof shall be made in the manner provided by the Federal Rules of Civil Procedure. The court shall hear the parties, and upon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement. The hearing and proceedings, under such agreement, shall be within the district in which the petition do an order directing such arbitration is filed. If the making of the arbitration agreement or the failure neglect, or refusal to perform the same be in issue, the court shall proceed summarily to the trial thereof. If no jury trial be demanded by the party alleged to be in default or if the matter in dispute is within admiralty jurisdiction, the court shall hear and determine such issue. Where such an issue is raised, the party alleged to be in default may, except in cases of admiralty, on or before the return day of the notice of application, demand a jury trial of such issue, and upon such demand the court shall make an order referring the issue to a jury in the manner provided by the Federal Rules of Civil Procedure, or may especially call a jury for that purpose. If the jury finds that no agreement in writing for arbitration was made or that there is no default in proceeding thereunder, the proceeding shall be dismissed. If the jury finds that an agreement for arbitration was made in writing and that there is a default in proceeding thereunder, the court shall make an order summarily directing the parties to proceed with arbitration in accordance with the terms thereof".

questione, e su tale richiesta il tribunale emetterà un'ordinanza che deferisce la questione o le questioni a una giuria secondo le modalità previste dalle Regole federali di procedura civile, o può convocare appositamente una giuria a tale scopo. Se la giuria constata che non è stato stipulato alcun accordo scritto per l'arbitrato o che non c'è inadempienza nel procedere in base ad esso, il procedimento sarà archiviato. Se la giuria ritiene che sia stato stipulato un accordo scritto per l'arbitrato e che vi sia un inadempimento, il tribunale emetterà un'ordinanza con cui ordina alle parti di procedere con l'arbitrato in conformità ai termini dello stesso”.

In buona sostanza, la quarta sezione autorizza i tribunali federali ad obbligare le parti contraenti a rispettare l'accordo di arbitrato. Ciò implica che i tribunali federali, in un'ottica funzionalistica, hanno il dovere di assistere il processo arbitrale allorché l'esercizio dell'autorità giurisdizionale pubblica è necessario per il buon funzionamento del processo privato¹⁹⁴. Insieme alla Sezione 2, quindi, la Sezione 4 inverte la precedente ostilità giudiziaria nei confronti dell'arbitrato ed impone ai tribunali di assumere un ruolo attivo per garantire il ricorso contrattuale all'arbitrato. Per invocare la giurisdizione del tribunale, una parte deve stabilire che esiste un accordo scritto¹⁹⁵ di arbitrato – che potrà anche non essere presente - e che la controparte non abbia rispettato l'accordo. Il tribunale competente a esaminare l'istanza è quello che avrebbe avuto giurisdizione sulla questione se le parti non avessero scelto di deferire la controversia ad arbitrato.

¹⁹⁴ *Messina v. North Cent. Distrib., Inc.*, 8th Circ. 2016, 1047; *Torres v. Simaptic, Inc.*, 781, (8th Circ.), 2015, 963, in cui la Corte di secondo grado ha affermato che le “*non signatory parties mentioned in the agreement and being third-party beneficiaries of the agreement can invoke the arbitration agreement*”.

¹⁹⁵ *Machado v. System, 4 LLC*, 28 N.E. 3d 401, *Supreme Justice Court Massachusetts*, 2015, in cui la corte ha affermato: “*lack of a written arbitration agreement is not an impediment to arbitration; “incorporation by refence”; “assumption” theory; “veil-piercing/alter ego theory”; “third party” “beneficiary theory”; “equitable estoppel governed by state contract law”; “while federal courts have been hesitant to estop a non – signatory seeking to avoid arbitration, they generally have been willing to estop a signatory from avoiding arbitration with non- signatory...”*”.

Tralasciando il contenuto delle Sezioni 5¹⁹⁶, 6¹⁹⁷, 7¹⁹⁸ e 8¹⁹⁹, va detto che la sezione certamente più significativa ai fini del presente lavoro, è la *Section 9*, intitolata “*Award of arbitrators; confirmation; jurisdiction; procedure*”. Secondo quest’ultima norma “Se le parti, nel loro accordo, hanno stabilito che il lodo emesso in seguito all’arbitrato sarà depositato presso il tribunale, specificando il tribunale, in qualsiasi momento, entro un anno dalla pronuncia del lodo, qualsiasi parte dell’arbitrato potrà richiedere, al tribunale così specificato, un’ordinanza di conferma del lodo, e il tribunale dovrà concedere tale ordinanza a meno che il lodo non venga annullato, modificato o corretto come previsto dagli articoli 10 e 11 del presente titolo. Se l’accordo delle parti non prevede alcun tribunale, la domanda può essere presentata al tribunale degli Stati Uniti

¹⁹⁶ *Section 5*, rubricata “*Appointment of arbitrators or umpire*”, in cui: “*If in the agreement provision be made for a method of naming or appointing an arbitrator or arbitrators or an umpire, such method shall be followed; but if no method be provided therein, or if a method be provided an any party thereto shall fail to avail himself of such method, or if any other reason there shall be a lapse in the naming of an arbitrator or arbitrators or umpire, of in filling a vacancy, then upon the application of either party to the controversy the court shall designate and appoint an arbitrator or arbitrators or umpire, as the case may require, who shall act under the said agreement with the same force and effect as if he or they had been specifically named therein; and unless otherwise provided in the agreement the arbitration shall be by a single arbitrator*”.

¹⁹⁷ *Section 6*, “*Application heard as motion*”, secondo cui: “*Any application to the court hereunder shall be made and heard in the manner provided by law for the making and hearing of motions, except as otherwise expressly provided*”.

¹⁹⁸ *Section 7*, “*Witnesses before arbitrators*”; fees; compelling attendance, secondo cui: “*The arbitrators selected either as prescribed in this title or otherwise, or a majority of them, may summon in writing any person to attend before them or any of them as a witness and in a proper case to bring with him or them any book, record, document, or paper which may be deemed material as evidence in the case. The fees for such attendance shall be the same as the fees of witnesses before masters of the United States courts. Said summons shall issue in the name of the arbitrator or arbitrators, or a majority of them, and shall be signed by the arbitrators, or a majority of them, and shall be directed to the said person and shall be served in the same manner as subpoenas to appear and testify before the court; if any person or persons so summoned to testify shall refuse or neglect to obey said summons, upon petition the United States district court for the district in which such arbitrators, or a majority of them, are sitting may compel the attendance of such person or persons before said arbitrator or arbitrators, or punish said person or persons for contempt in the same manner provided by law for securing the attendance of witnesses or their punishment for neglect or refusal to attend in the courts of the United States*”.

¹⁹⁹ *Section 8*: “*Proceedings begun libel in admiralty and seizure of vessel or property*”: “*If the basis of jurisdiction be a cause of action otherwise justiciable in admiralty, then, notwithstanding anything herein to the contrary, the party claiming to be aggrieved may begin his proceeding hereunder by seizure of the vessel or other property of the other party according to the usual course of admiralty proceedings, and the court shall then have jurisdiction to direct the parties to proceed with the arbitration and shall retain jurisdiction to enter its decree upon the award*”.

nel distretto in cui è stato emesso il lodo. L'istanza dovrà essere notificata alla parte avversaria e il tribunale sarà quindi competente nei suoi confronti come se fosse comparso in un procedimento ordinario. Se la parte resistente è residente nel distretto in cui è stato emesso il lodo, la notifica dovrà essere effettuata alla parte avversaria o al suo avvocato come previsto dalla legge per la notifica dell'istanza in un'azione presso lo stesso tribunale. Se la parte avversaria non è residente, la notifica dell'istanza sarà effettuata dall'ufficiale giudiziario di qualsiasi distretto in cui si trovi la parte avversa, come per gli altri processi del tribunale”²⁰⁰.

Vero è che nell'ordinamento statunitense, quando il tribunale arbitrale emette un lodo e l'istituzione arbitrale amministratrice lo consegna alle parti arbitrali, il procedimento arbitrale e l'arbitrato sono conclusi. Tuttavia, ove la parte soccombente soddisfi i termini del lodo entro il termine stabilito, *nulla questio*; dall'altro lato però ove si renda necessaria un'azione coercitiva, la domanda esecutiva dovrà essere portata davanti a un tribunale ordinario. La norma sopra cita prevede, infatti, che entro un anno²⁰¹ dalla pronuncia del lodo arbitrale, una parte possa, o meglio debba, chiedere un'ordinanza giudiziaria di conferma del lodo poiché questa stessa conferma consente l'esecuzione coercitiva del lodo.

La stessa sezione poi provvede ad elencare i requisiti standard per l'esercizio della giurisdizione del tribunale e per lo svolgimento del procedimento di annullamento

²⁰⁰Section 9, rubricata “*Award of arbitrators; confirmation; jurisdiction; procedure*”, in cui: “*If the parties in their agreement have agreed that a judgment of the court shall be entered upon the award made pursuant to the arbitration, and shall specify the court, then at any time within one year after the award is made any party to the arbitration may apply to the court so specified for an order confirming the award, and thereupon the court must grant such an order unless the award is vacated, modified, or corrected as prescribed in sections 10 and 11 of this title. If no court is specified in the agreement of the parties, then such application may be made to the United States court in and for the district within which such award was made. Notice of the application shall be served upon the adverse party, and thereupon the court shall have jurisdiction of such party as though he had appeared generally in the proceeding. If the adverse party is a resident of the district within which the award was made, such service shall be made upon the adverse party or his attorney as prescribed by law for service of notice of motion in an action in the same court. If the adverse party shall be a nonresident, then the notice of the application shall be served by the marshal of any district within which the adverse party may be found in like manner as other process of the court*”.

²⁰¹ I circuiti federali sono divisi sulla questione se il termine di un anno sia obbligatorio (un requisito) o condizionale (una linea guida). Nella causa *Photopaint Technologies, L.L. C. v. Smartlens Corp.*, 335 F. 3d 152, del 2003, il Secondo Circuito ha affermato che il FAA § 9 stabilisce una norma imperativa e un chiaro termine di prescrizione che trova applicazione in tutte le circostanze.

della conferma, non mancando di incorporare anche il principio della libertà contrattuale. Invero, le parti possono scegliere - prospetticamente nel loro accordo - il tribunale che emetterà l'ordinanza di conferma del lodo. Del resto, tale conferma dà inizio al processo di esecuzione forzata del lodo nei confronti della parte che si rifiuta volontariamente di rispettarlo; a seguito di ciò, va detto che né le parti né gli arbitri avranno alcun impatto sull'esecuzione del lodo, poiché la competenza per l'esecuzione spetta solo ai tribunali.

La prassi giudiziaria federale in materia di esecuzione dei lodi arbitrali nazionali è in linea con i dettami della “politica federale che favorisce l'arbitrato”, in quanto la maggior parte dei tribunali riconosce l'esistenza di una forte presunzione a favore dell'esecuzione dei lodi e di fatto, la presunzione risulta quasi inoppugnabile²⁰². D'altra parte, le condizioni in cui la presunzione può essere vinta sono solo circostanze eccezionali di fondamentale iniquità del giudizio: invero, l'annullamento del lodo potrà essere disposto solo se gli arbitri sono palesemente corrotti, se eccedono i loro poteri²⁰³, se ignorano i diritti fondamentali delle parti o, eventualmente, se violano i parametri della loro autorità decisionale modificando l'accordo delle parti.

Del resto, una parte che si oppone all'esecuzione di un lodo arbitrale non può utilizzare il procedimento di conferma-annullamento per introdurre nuove questioni nella controversia attraverso domande riconvenzionali, in quanto non è concesso di presentare “domande riconvenzionali che vadano oltre la questione della conferma o

²⁰² A ciò è dedicata la *Section 10*, “*Same; vacation; grounds; rehearing*”, secondo cui: “(a) *In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration – (1) where the award was procured by corruption, fraud, or undue means; (2) where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them; (3) where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced; (4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made; (5) where an award is vacated and the time within which the agreement required the award to be made has not expired the court may, in its discretion, direct a rehearing by the arbitrators. (b) The United States district for the district wherein an award was made that was issued pursuant to section 590 of title 5 may make an order vacating the award upon the application of a person, other than a party to the arbitration, who is adversely affected or aggrieved by the award, if the use of arbitration or the award is clearly inconsistent with the factors set forth in section 582 of Title 5”.*

²⁰³ Un caso sul tema potrebbe essere *Vold v. Broin & Asscocs., Inc.*, 669 N. W. 2d 482, S. D., 2005 in cui la Corte “*dismissed an arbitral award because the lack of reasoning constituted an excess of authority that violated the requirement that awards be mutual, final and definite*”.

meno del lodo” poiché una diversa e più ampia rivisitazione del procedimento finirebbe per violare l’obiettivo primario del FAA di ottenere un ricorso senza ostacoli all’arbitrato.

In materia di arbitrato, la Corte esige che i tribunali operino alla luce della politica federale sull’arbitrato, sugli stessi vige l’obbligo di rispettare l’autonomia arbitrale e l’autorevolezza del relativo giudizio di merito. Questo obiettivo si realizza al meglio attraverso un controllo deferente da parte delle corti, in capo alle quali, tuttavia, una certa discrezionalità giudiziaria in materia di esecuzione si rende necessaria per il corretto operare dell’arbitrato: in particolare, infatti, nel valutare l’esecutività del lodo, i tribunali hanno riconosciuto che la decisione arbitrale deve essere confermata “a meno che il lodo non venga revocato, modificato o corretto ai sensi delle §§ 10 ed 11²⁰⁴ del FAA.

Dall’altra parte anche i giudici inferiori hanno dimostrato di rispettare l’interpretazione orientante della Corte Suprema circa la portata del lodo contenuta nel FAA. Così, nel caso *Fine v. Bear, Stearns & Co., Inc.*²⁰⁵, il tribunale ha affermato che: “[È] è ormai assodato che il potere di un tribunale di revocare un lodo arbitrale deve essere estremamente limitato, perché un controllo giudiziario troppo esteso dei lodi arbitrali comprometterebbe l’efficienza del contenzioso che l’arbitrato cerca di raggiungere”.

²⁰⁴ Section 11, “Same; modification or correction; grounds; order”, in cui: “In either of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order modifying or correcting the award upon the application of any party to the arbitration (a) Where there was an evident material miscalculation of figures or an evident material mistake in the description of any person, thing, or property referred to in the award. (b) Where the arbitrators have awarded upon a matter not submitted to them, unless it is a matter not affecting the merits of the decision upon the matter submitted. (c) Where the award is imperfect in matter of form not affecting the merits of the controversy. The order may modify and correct the award, so as to effect the intent thereof and promote justice between the parties”.

²⁰⁵ *Fine v. Bear, Stearns & Co., Inc.*, 765 F. Supp. 824, 827, S. D. N. Y., 1991; si veda anche *Remmey v. Paine Webber, Inc.*, 32 F. 3d 143, (4th Circ.), 1994 (certiorari negato dalla decisione n. 513 U.S. 1112 del 1995), in cui la corte afferma quanto segue: “We must underscore at the outset the limited scope of review that courts are permitted to exercise over arbitral decisions. Limited judicial review is necessary to encourage the use of arbitration as an alternative to formal litigation. This policy is widely recognized, and the Supreme Court has often found occasion to approve it”.

In merito si è espressa anche la dottrina maggioritaria²⁰⁶, secondo cui una soluzione di certo radicale sarebbe quella di eliminare del tutto le azioni di annullamento²⁰⁷, istituendo un sistema di esecuzione dei lodi arbitrali automatico; “[U] *under such a procedure, the courts would automatically confirm and coercively enforce awards and only engage in a formalistic supervision of awards provided appeal to a second arbitral tribunal was available. Institutional rules or contract provisions could establish the internal appellate procedure. Access to the second tribunal could be made available on grounds similar or identical to those contained in the FAA § 10 or another statutory or treaty framework. The arbitral process would then yield a single award. A time - limit or other restrictions could also be imposed. This procedure would enhance the confidentiality of the arbitral process and reinforce its self- sufficiency and independence from the courts*”.

È chiaro, quindi, che come si è avuto modo di dire, per il diritto statunitense, l’arbitrato costituisce più di un valido strumento alternativo di risoluzione delle controversie rispetto alla giurisdizione ordinaria; infatti, il concetto di “*enforceability*” del processo arbitrale prima e del lodo poi, si applicano a tutti gli arbitrati, specie nelle controversie con i consumatori- anche ove scaturenti da contratti in serie- e in tutte quelle situazioni che non comportano una significativa disparità di posizione secondo il diritto di *common law*, in quanto le preoccupazioni relative al giusto processo possono facilmente cedere dinanzi alle esigenze di efficacia e funzionalità della giustizia.

²⁰⁶ T. E. Carbonneau, *Arguments in Favor of the Triumph of Arbitration*, op. cit., 500.

²⁰⁷ Nel caso *U.S. Claims, Inc. v. Dougherty*, 914 A. 2d 874, Pa. Superior Court, 2006, la Corte della Pennsylvania “*held that a pro se party should reimburse the other party for costs occasioned by his frivolous challenge to a valid arbitration award*”.

§ 4. *La diffusione di un vincolo arbitrale forzato anche nelle consumer's claims*

Come noto, quando la dottrina arbitrale della Corte suprema era in fase embrionale, le decisioni arbitrali erano appena consentite nel sistema giuridico statunitense e, come già considerato, potevano solo vantare una collocazione circoscritta.

Per molti aspetti, invece, l'arbitrato è ora l'equivalente di un processo al "bench" dei tribunali in cui, le parti hanno accettato di arbitrare, solo gli arbitri designati possono decidere le controversie delle parti ed i tribunali ordinari hanno solo una limitata autorità di controllo sul lodo. Invero, nel corso degli anni, la Corte Suprema, riconoscendo i numerosi vantaggi che derivano dal ricorso alla giustizia privata per la risoluzione dei conflitti, ha affermato che: il FAA si applica sia ove la competenza spetti ai tribunali statali che a quelli federali ove, tra l'altro, prevale sulle leggi statali incoerenti con i principi ordinamentali; l'arbitrato non può essere oggetto di discriminazioni ovvero di trattamenti di sfavore; la clausola arbitrale deve essere applicata così come è stata scritta, anche se l'arbitrato presente un carattere meno formale e non consente una *discovery* paragonabile a quella dei procedimenti giudiziari; l'esecuzione di una clausola arbitrale non può essere negata sulla base di mere valutazioni speculative; una clausola arbitrale deve essere eseguita anche se si sostiene che il contratto in cui è contenuta sia nullo *ab initio*²⁰⁸.

Oltre alle sentenze *Wilko*²⁰⁹, *Commonwealth Coatings*²¹⁰, *Vaden*²¹¹, *Hall Street*²¹² e *Stolt-Nielsen*²¹³, le decisioni della Corte Suprema hanno sostenuto con forza la funzione del processo arbitrale ed in effetti, come si è detto, tramite l'interpretazione del FAA, l'ambito di applicazione dell'arbitrato ha potuto superare i limiti del

²⁰⁸ Si veda A. S. Kaplinsky, M. J. Levin, *Consumer Financial services Arbitration: what does the future hold after conception?*, in *Journal of Business & Technology Law*, 2013, 345. Secondo gli autori: "The importance of arbitration as an alternative to court litigation for resolving disputes, including disputes between a consumer and a company, is reflected in hundreds of judicial opinions that define and refine the role played by arbitration in American society. The Supreme Court alone has issued that thirty significant opinions dealing with arbitration".

²⁰⁹ *Wilko v. Swan.*, 346 U. S. 427, 436 del 1953.

²¹⁰ *Commonwealth Coatings Corp. v. Cont'l Cas. Co.*, 393 U. S. 145, 146- 147 del 1968.

²¹¹ *Vaden v. Discover Bank*, 556 U. S. 49 del 2009.

²¹² *Hall St. Asscos., LLC v. Mattel, Inc.*, 552 U. S. 576 del 2008.

²¹³ *Stolt – Nielsen S. A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 130 S. Ct. 1758 del 2010.

contratto, nonché i limiti dello stesso FAA per quanto concerne le controversie arbitrabili.

Per vero, infatti, un settore in cui l'arbitrato è relativamente nuovo ed in cui sta facendo sempre maggiori proseliti è anche quello delle controversie con i consumatori²¹⁴ poiché, come sostenuto dalla dottrina²¹⁵, è praticamente impossibile evitare l'arbitrato nel mercato economico-giuridico americano, specie nel settore finanziario. Invero, nell'ordinamento d'oltre oceano, tutti i tipi di controversie con i consumatori – dall'uso di carte di credito, i servizi bancari, l'adesione ad un'organizzazione di assicurazione sanitaria, e tante altre attività “commerciali” - comportano la sottoscrizione di un arbitrato²¹⁶.

Come si è detto, l'ampliamento della portata dell'arbitrato è stato incoraggiato dalle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti che hanno reso gli accordi arbitrari quasi impossibili da impugnare come contratti. Nonostante il linguaggio del FAA § 2, la pronuncia emessa dal giudice della Corte Suprema, Scalia, nella causa *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*²¹⁷, ha realizzato un vero e proprio sistema di arbitrato diretto, offrendo una prospettiva fondamentalmente nuova sulle clausole di deroga della giurisdizione ordinaria a favore della giurisdizione arbitrale: la Corte, infatti non si è limitata a dare ragione a *Rent-A-Center*²¹⁸, al contrario, la stessa ha ampliato il

²¹⁴ *Consumer Financial Bureau (CFPB), Arbitration Study* (Report to Congress pursuant to Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act § 1028, 2015) disponibile in <https://www.consumerfinance.gov/data-research-reports/arbitration-study-report-to-congress-2015>.

²¹⁵ D. Horton, A. C. Chandrasekhar, *After the Revolution: an empirical study of consumer arbitration*, in *Georgetown Law Journal*, 2015, 57. Gli a. affermano quanto segue: “Consider three recent cases filed by consumers against large companies. John Feeney accused a computer manufacturer of charging tens of thousands of its customers an illegal \$13 sales tax. Elizabeth Dean brought a class action against a private, for profit vocational school for misleading its students about the costs and marketability of their degrees. Ernestine Hawkins sued a bank after she was injured by an accident in its lobby. Anyone who has tracked the evolution of the U.S. civil justice system can predict what happened next. The businesses did not deny the plaintiffs' allegations or debunk their legal theories. Instead, they moved to compel arbitration”.

²¹⁶ Per maggiori approfondimenti circa l'applicazione dell'arbitrato alle controversie con i consumatori si veda S. C. Bennet, *The Proposed Arbitration Fairness Act: Problems and Alternatives*, in *Disp. Res. J.*, 2012, 32; M. B. Farmer, *Mandatory and Fair? A better system of mandatory arbitration*, in *Yale L. J.*, 2012, 2346; D. Horton, *Unconscionability Wars*, 106 *Nw. L. Rev.*, 2012, 387.

²¹⁷ *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U. S., 2010, 63.

²¹⁸ Come riportato da D. Horton, *Unconscionability Wars*, op. cit., 389, «*Rent-A-Center made its workers sign an arbitration agreement that gave the arbitrator the “exclusive authority to*

contenuto della dottrina della separabilità. Di fatti, secondo quanto è dato apprendere dalla lettura della decisione, per invalidare una clausola di deroga della giurisdizione a favore della competenza arbitrale intesa in senso lato, un consumatore deve convincere l'organo giudicante del fatto che sia illegittimo arbitrare il merito di una causa, per due ordini di ragioni: una deve essere rappresentata dalla mancanza delle possibilità economiche, in quanto l'attore -consumatore potrebbe non essere in grado di affrontare le spese di un giudizio arbitrale che dovrà decidere in ordine all'applicabilità della clausola arbitrale alla controversia; l'altro aspetto, invece, deve essere legato alla parzialità dell'organo arbitrale, che potrebbe rigettare una controversia, in ragione del suo valore in termini di guadagno, prima del suo inizio²¹⁹. Si tratta però di eccezioni molto difficili da tutelare in giudizio poiché i giudici si sono dimostrati sempre più scettici nei confronti di queste doglianze, rifiutandosi di dare ai ricorrenti l'opportunità di dimostrare che le spese arbitrali impediscono loro di arbitrare le loro contestazioni di incostituzionalità e definendo le preoccupazioni relative alla parzialità dell'arbitro “nient'altro che una semplice questione di pregiudizi”²²⁰. L'autonomia arbitrale ha così raggiunto le sue conseguenze più incisive ed il dibattito suscitato dal caso *Rent-A-Center* è stato presto assorbito da una questione ancora più controversa, legata alle c.d. *class action waiver*, di cui di dirà.

Per vero poi, sebbene la maggior parte dei tribunali abbia aderito alla nota disciplina della “impetuosa politica federale a favore dell'arbitrato”, alcune corti, spesso statali, hanno cercato di discostarsi da questi modelli, impegnandosi in una valutazione rigorosa dei contratti di arbitrato stipulati per la risoluzione delle controversie con i consumatori.

Così il caso *Badie v. Bank of America*, deciso dalla Corte d'Appello della California, è stato uno dei primi casi a segnalare una certa prudenza giudiziaria sull'inclusione di accordi arbitrali nelle transazioni che coinvolgono i consumatori dei

resolve ... any claim that all or any part of this [a]greement is void or voidable.” Antonio Jackson, a former employee, sued the company for race discrimination, and argued that the arbitration clause was unconscionable because it limited discovery and saddled him with paying half of the arbitrator's fees. In response, Rent-A-Center asked a federal court to honor the delegation clause, contending that its bare text was “crystalline” proof that the parties wished “to have enforceability issues decided by the arbitrator».

²¹⁹ D. Horton, *The Shadow Terms: Contract Procedure and Unilateral Amendments*, in *UCLA L. rev.*, 2010, 605- 623.

²²⁰ Si veda *Dean v. Draughons Junior Coll., Inc.*, 917 f. Suppl. 2d 751, 763, M. D. Tenn, 2013.

servizi finanziari, nonché ad esprimere sospetti sulla loro vera funzione che, a detta della corte californiana, sarebbe quella di privare la parte più debole dei suoi diritti e della sua leva economica. Nel caso di specie, *Bank of America* aveva aggiunto, per l'insorgenza di eventuali contenziosi, una clausola di arbitrato e ADR negli estratti conto mensili dei clienti, informando questi ultimi dell'avvenuta modifica unilaterale²²¹. La corte d'appello ha invalidato l'utilizzo della clausola di deroga alla giurisdizione poiché questa veniva sostituita da clausola di arbitrato o ADR. In particolare, ritenendo che la pratica equivaleva ad una violazione del patto implicito di buona fede e correttezza, la corte ha sottolineato che i clienti-consumatori non avevano acconsentito alla rinuncia dei diritti del giusto processo²²², incluso il diritto costituzionalmente garantito di poter richiedere un processo con giuria; pertanto, secondo il giudicante, tale rinuncia ai diritti doveva essere chiara, inequivocabile e fondata sulla volontà delle parti e in quanto imposta unilateralmente doveva considerarsi illegittima.

Non si può tacere, a tal proposito, che l'applicabilità delle convenzioni arbitrali adesive ai consumatori abbia generato le maggiori divergenze e controversie in materia di arbitrato nel sistema statunitense. Invero, alcuni tribunali si sono opposti all'applicazione di queste convenzioni ritenendole fondamentalmente inique, poiché l'iniquità veniva fatta derivare non solo dal carattere unilaterale degli accordi, ma anche dalle limitazioni che essi potevano imporre a specifiche forme di assistenza legale, come le azioni collettive, i danni punitivi o gli onorari degli avvocati. L'avversione giudiziaria nei confronti di questi accordi è stata particolarmente evidente e manifesta nelle sentenze dei tribunali californiani.

I tribunali statali e federali della California hanno applicato la difesa dell'inconciliabilità tra gli accordi arbitrali ed il loro inserimento nei contratti con i consumatori, nonché nei rapporti di lavoro, in modo più prepotente rispetto ai tribunali della maggior parte delle altre giurisdizioni. Per vero, questi pareri si sono basati in particolare sulle sentenze della Corte Suprema della California nei casi *Armendariz v.*

²²¹ I contratti di conto corrente contenevano una clausola standard che consentiva alla banca di modificare unilateralmente qualsiasi aspetto dei termini e delle condizioni del conto, a condizione di avvisare i clienti.

²²² T.E. Carbonneau, *Arguments in Favor of the Triumph of Arbitration*, in *Cardozo J. Confl. Resol.*, 2009, 380.

Foundation Health Psychcare Services, Inc. ed *Discover Bank v. Superior Court*²²³. In quest'ultimo emblematico caso, sempre la Corte Suprema della California ha ritenuto che una rinuncia all'azione di classe non fosse consentita se applicata alle accuse che una società di carte di credito aveva truffato ciascuno dei suoi clienti per circa trenta dollari. La Corte ha argomentato che, poiché nessun singolo attore avrebbe perseguito una causa di così poco conto, la rinuncia all'arbitrato di classe serviva come misura per “*get out of jail free card*”²²⁴ per la responsabilità della società.

Tali orientamenti, tuttavia, non sono stati sufficienti a sopprimere il ricorso allo strumento arbitrale. Così, infatti, nello stesso periodo in cui le imprese hanno iniziato a sperimentare le clausole di delega della giurisdizione, queste stesse, come si diceva, hanno anche intensificato i loro sforzi per utilizzare l'arbitrato come strumento contro le azioni collettive. In numero sempre crescente, le imprese hanno inserito nei loro accordi arbitrali clausole che escludono il diritto di unirsi, consolidare ovvero aggregare le richieste di risarcimento.

La questione circa l'arbitrabilità, nonché in merito alla vincolatività dei suddetti accordi arbitrali, ha però presto subito un cambio di rotta poiché, nell'aprile del 2011, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito nella causa *AT&T Mobility LLC v. Concepcion* che il FAA prevale sulla regola della decisione *Discover Bank*.

Nel caso di specie, i ricorrenti avevano citato *AT&T Mobility* in base a una legge californiana sulla protezione dei consumatori per aver imposto una tassa di 30 dollari su telefoni cellulari apparentemente gratuita. In particolare, il tribunale distrettuale e il Nono Circuito, favorevoli ai consumatori, hanno rifiutato di applicare la rinuncia all'azione di classe predisposta da parte del colosso del wireless, ritenendo che solo pochi attori avrebbero speso il tempo e potuto sostenere gli sforzi necessari per sfruttare l'apparente gratuità del ricorso all'arbitrato. Eppure, la Corte Suprema ha ribaltato la sentenza della corte d'appello, sostenendo che l'arbitrato di classe è più lento e formale dell'arbitrato bilaterale, e quindi la decisione della causa *Discover Bank* di consentire ai ricorrenti di unire numerose richieste di risarcimento di piccolo

²²³ *Discover Bank v. Superior Court*, 113 P. 3d 1100, 1108-09, Cal. 2005.

²²⁴ *Discover Bank v. Superior Court*, 1108, in cui la Corte cita il caso *Szetela v. Discover Bank*, 118 Cal. Rptr. 2d 862, 868, Ct. App. 2002.

importo avrebbe violato l'obiettivo del FAA di "facilitare lo snellimento dei procedimenti".

Due anni dopo, la Corte ha esteso questa impostazione logica alla causa *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*; in particolare, una classe di commercianti accusava l'American Express di aver violato gli *Sherman Acts* e i *Clayton Acts*²²⁵.

I ricorrenti, in quell'occasione, avevano affermato che condurre una causa su base non collettiva sarebbe stato un "economic suicide"²²⁶, in quanto le sole spese peritali si aggiravano sul valore di un milione di dollari e di contro, invece, il potenziale risarcimento di ogni singolo attore, anche se triplicato, non sarebbe stato superiore al valore di quaranta mila dollari. Ebbene, mentre il Secondo Circuito respingeva la rinuncia all'arbitrato di classe, osservando che i commercianti avevano fatto valere rivendicazioni di carattere legislativo statale legate alla mancanza di consenso e non la dottrina relativa alla tutela dei diritti, di carattere federale, la Corte Suprema cassava la decisione del Secondo Circuito, affermando quanto segue: "We specifically reject the argument that class arbitration is necessary to persecute claims that might otherwise slip through the legal system"²²⁷.

Le contemporanee sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti nei casi *AT&T Mobility* e *Italian Colors Restaurant* hanno quindi sostanzialmente ridotto la capacità dei tribunali federali e statali di opporsi all'arbitrato adesivo. La Corte, nel caso *AT&T Mobility*, ha annullato la regola del caso *Discover Bank* portata avanti dalla prassi giurisprudenziale della corte Californiana, poiché "un consumatore in grado di risolvere con successo una controversia in pochi mesi e con una spesa minima si trova a dover preferire l'arbitrato- anche obbligatorio e pre-contenzioso- rispetto ad un'azione collettiva in cui, dopo anni di contenzioso, si troverebbe a ricevere un assegno da cinque dollari o un buono per un acquisto futuro"²²⁸.

²²⁵ Si veda in *American Express Merchs Litig.*, 554 F. 3d 300, 2d Circuit, 2009.

²²⁶ D. Horton, *The Shadow Terms: Contract Procedure and Unilateral Amendments*, op.cit., 610 e ss.

²²⁷ *Am. Express Co v. Italian Colors Rest.*, 570 U. S. 228, 2013.

²²⁸ A.S. Kaplinsky, M. J. Levin, *Some Thoughts on the St. John's School of Law's Analysis of Consumer Understanding of Arbitration Agreements*, CFPB Monitor, 2014, in <http://www.cfpbmonitor.com/2014/11/10/some-thoughts-on-the-st-johns-school-of-laws-analysis-of-consumer-understanding-of-arbitration-agreements>.

Ancora una volta, la legittimazione da parte della Corte delle rinunce alle azioni di classe presenti nei contratti adesivi ha soppresso l'efficacia delle obiezioni circa l'arbitrato dei consumatori, poiché nell'interpretazione data, la compressione dei diritti della parte più debole non è stata ritenuta una base sufficiente per l'annullamento giudiziario delle clausole arbitrali pre-contenzioso. Così, nonostante i casi di opposizione alla politica federale a favore dell'arbitrato, la validità delle clausole arbitrali pre-contenzioso nei contratti con i consumatori è stata ripetutamente affermata dalla Corte Suprema ed ha continuato a fare i suoi proseliti nello scenario giuridico dell'ordinamento statunitense, a livello federale e statale.

Questa condizione ormai consolidata nel panorama della risoluzione dei conflitti, ha fatto sì che la dottrina maggioritaria si interrogasse circa i pro e i contro scaturenti dalla vincolatività delle clausole arbitrali pre-contenzioso inserite nei contratti adesivi. Del resto, da molti è stato rilevato che i costi del contenzioso rispetto all'arbitrato per quanto riguarda l'accertamento, generalmente la componente più costosa di ogni causa, sono particolarmente eccessivi; che le regole federali consentono alle parti il diritto di "ottenere la discovery di qualsiasi questione non privilegiata che sia rilevante per la rivendicazione o la difesa di una parte [...] se la scoperta appare ragionevolmente calcolata per portare alla scoperta di prove ammissibili [...]", mentre l'arbitrato generalmente conferisce agli arbitri la discrezionalità di determinare la portata della fase istruttoria, riducendo così la probabilità che le parti dell'arbitrato debbano sostenere costi inutili per la ricerca di prove non correlate alle questioni effettivamente in discussione²²⁹. Questa distinzione è particolarmente importante nell'arbitrato in materia di consumo, dove l'ambito delle questioni controverse può essere particolarmente settoriale, specie se il riferimento è alle liti che coinvolgono i fornitori di servizi bancari e finanziari.

L'arbitrato offre poi altri vantaggi, poiché la natura meno formale dello strumento può eliminare la necessità di assumere un consulente esterno che abbia familiarità con le regole, gli usi e le pratiche giudiziarie locali, senza dimenticare la specializzazione stessa degli arbitri; in merito, infatti, si rietine che il ricorso allo strumento arbitrale possa rimuovere anche l'imprevedibilità spesso associata ai verdetti della giuria,

²²⁹ D. M. Bates, *A consumer dream or Pandora's box: is arbitration a viable option for cross-border consumer disputes?*, in *Fordham Int'l L. J.*, 2004, 823.

poiché gli arbitri professionisti sono quasi sempre avvocati o ex giudici e quindi probabilmente maggiormente esperti rispetto al giurato medio per interpretare e applicare la legge vigente ai fatti di una particolare controversia.

Del resto, il successo del ricorso allo strumento arbitrale in questa tipologia di controversie deve dirsi dovuto anche e soprattutto alla fase dell'impugnazione. Come si è detto, infatti, questa fase a dir poco meramente eventuale, come descritta dal FAA, si applica anche agli accordi vincolanti di arbitrato pre-contenzioso in materia di consumo e di controversie finanziarie. Invero, ai tribunali è concesso di annullare i lodi solo in circostanze molto limitate e applicando uno schema di riesame riconosciuto come “*among the narrowest known to the law*”²³⁰. In questo senso, infatti, una volta che il lodo sarà stato confermato in tribunale, qualsiasi parte insoddisfatta potrà impugnarlo ma, in sede di ricorso, la corte d'appello non potrà esaminare il lodo nel merito e non lo potrà annullare a meno che il lodo non soddisfi i motivi di nullità previsti dalla legge federale²³¹ ovvero i c.d. *common grounds*.

Vero è, dunque, che anche per quanto attiene il perimetro delle controversie tra consumatori e più in generale le imprese che erogano servizi, siano essi finanziari, bancari, assicurativi, ovvero di telecomunicazioni, sul piano interpretativo e legislativamente orientato, portato avanti dalla Corte Suprema, il FAA riflette una politica federale che favorisce l'arbitrato vero e proprio, vale a dire l'arbitrato come “metodo di risoluzione delle controversie” semplificato, non come un “modo infallibile di eliminare legittime richieste di risarcimento”.

§ 5. *Un esemplare caso di arbitrato pubblico e privato “istituzionalizzato”:
l'American Arbitration Association e le sue norme procedurali*

Va detto anzitutto che si è scelto di analizzare le controversie che coinvolgono i consumatori nel loro insieme, poiché l'ordinamento statunitense, come forse emerso in queste pagine, non distingue tra liti scaturenti dal settore finanziario, del lavoro,

²³⁰ C. L. Sabin, *The adjudicatory boat without a keel: private Arbitration and the need for public oversight of arbitrators*, in *Iowa L. Rev.*, 2002, 1337-1339.

²³¹ Si vedano *supra* le sezioni 9 e 10 del FAA [nota 200 e 202].

ovvero dell'energia o delle telecomunicazioni, come invece ha ritenuto di operare il legislatore interno, diversificando i diversi modelli di ADR ed il relativo approccio, in ragione della natura delle controversie: ciò tuttavia ha portato ad una diversificazione di tutela che, come detto, non sembra in grado di fornire le opportune garanzie di certezza del diritto, diversamente da quando accade nell'ordinamento statunitense ove, quantomeno, sussistono decisioni vincolanti per le parti.

Per vero, si è parlato sino ad adesso di una legislazione, quella statunitense, che riconosce l'arbitrato quale strumento per eccellenza nella risoluzione stragiudiziale delle controversie, che oltre a concorrere con l'autorità giudiziaria ordinaria- sia essa statale ovvero federale-, finisce per occupare un primato nella piramide del sistema giudiziale.

Del resto, infatti, seppur l'arbitrato nelle controversie del consumo nasca da una clausola pre-contenzioso, caratterizzata dalla condizione "*take it, or leave it*" relativa all'intero rapporto contrattuale, non per questo risulterà meno vincolante, anzi, esso presenta tutti gli elementi distintivi del giudizio arbitrale: in particolare, le parti scelgono di far decidere una controversia o più controversie ad un terzo imparziale, l'arbitro; le parti scelgono il giudicante o il criterio per la sua individuazione; l'arbitro dirime la controversia; l'arbitro emette un lodo vincolante; la decisione dell'arbitro sarà, salvo motivi di riesame molto limitati, definitiva ed esecutiva secondo la legge dello Stato alla stregua di quanto avviene per le sentenze dei giudici ordinari²³².

Tuttavia, non potendo qui trattare le singole forme di arbitrato in materia, si è preferito condurre un'analisi delle regole processuali adoperate dalle agenzie istituzionali che offrono arbitrati amministrati per la risoluzione dei conflitti che vedono coinvolti fornitori di servizi e fruitori di servizi.

Questi modelli arbitrali, tra l'altro, nulla hanno a che vedere con gli arbitrati domestici previsti dal legislatore interno per la risoluzione delle controversie scaturenti dal settore finanziario, ossia ABF, ACF e AAS, di cui si darà conto. Invero, nonostante l'applicazione delle norme dal punto di vista soggettivo, con riferimento alla categoria dei consumatori, possa essere agevolmente riconducibile ai soggetti individuati

²³² C. R. Drahozal & S. Zynotz, *An empirical study of AAA consumer arbitrations*, in *Ohio ST. J. on Dispute Resolution*, 2010, 919-927; K. Fisher, *Changing Mandatory arbitration to optional arbitration: a better business decision*, in *Creighton L. Rev.*, 2021, 497.

dall'ordinamento interno a presentare i propri ricorsi dinanzi agli organismi istituzionali anzidetti, tuttavia, si comprende che gli arbitrati statunitensi previsti in materia siano dei veri e propri arbitrati amministrati, in grado di emanare una decisione vincolante, ed a cui si applicano le norme del FAA.

Per vero, per rispondere agli interessi contrastanti che, da un lato, auspicano una risoluzione più efficiente delle controversie ma, dall'altro lato, chiedono trasparenza ed equità del processo, è stato prediletto l'approccio offerto dai fornitori di servizi quali l'*American Arbitration Association*, uno dei maggiori esponenti del settore²³³, dotatosi di regole specifiche per la risoluzione dei conflitti derivanti dai contratti di arbitrato obbligatorio per i consumatori²³⁴.

²³³ R. L. Lampley, *The CFPB proposed arbitration ban, the rule, the data, and some considerations for change*, in *Business Law today*, 2017, 3. L'a. riporta un'indagine condotta dal CFPB, secondo cui: "In 2015, the CFPB finished its multiyear study of consumer financial arbitration before the American Arbitration Association (AAA) and of class actions based on consumer financial services. Although the CFPB states that the study shows "that class actions provide a more effective means for consumers to challenge problematic practices" by financial services companies, the results are not quite so conclusive. The Arbitration Report showed: Over the three-year period of 2010-2012, consumers filed an average of 411 claims for arbitration in consumer financial services products. This is abysmally low. Of the 1,060 arbitration filings studied, about 60 percent settled or ended in a manner consistent with settlement. Only 32 percent were resolved on the merits. This settlement figure suggests that some sort of resolution is being achieved prior to a merits decision in consumer arbitration. Consumers had access to attorneys. Counsel represented consumers in nearly 60 percent of the cases. Companies, of course, nearly always had counsel. It appears that attorneys with arbitration experience are representing these consumers. Repeat player attorneys represented consumers in 50 percent of filings across all consumer financial services product markets. Forty-five percent of those filings were by "heavy" consumer repeat players, meaning the attorney appeared in four or more arbitration disputes in the three-year study period. For student loan disputes, heavy repeat player law firms represented 93 percent of consumers. Dispute resolution is not a primary concern for consumer choice. When asked about factors that are important in selecting a credit card, no consumer raised dispute resolution. When asked, in a telephone survey, what one would do if a credit card company charged an improper fee, most respondents commonsensically answered he or she would cancel the credit card. Less than 2 percent mentioned seeking legal advice or suing, but 10 percent said they would refer the issue to a governmental agency".

²³⁴ Per un'analisi più approfondita circa i fornitori di servizi di arbitrato si veda M. A. Satz, *Mandatory binding arbitration: our legal history demands balanced reform*, in *Idaho L. Rev.*, 2007, 19. L'a. afferma che: "Both the AAA and JAMS have rules specific to consumer mandatory arbitration agreements that are, ostensibly, designed to provide a certain level of fairness to the arbitration process. Notably, the NAF is the only one of the three main providers of arbitration services that has not adopted safeguards specific to consumers, although the NAF does provide an "Arbitration Bill of Rights".

L'AAA è un'agenzia istituzionale unica nel suo genere, fondata nel 1926 dalla collaborazione tra l'*Arbitration Society of America* e l'*Arbitration Foundation*²³⁵, è una delle poche organizzazioni del panorama mondiale ad occuparsi esclusivamente dell'arbitrato nei suoi molteplici aspetti, il cui compito è sempre stato quello di promuovere lo studio dell'arbitrato, di perfezionare le tecniche di tale metodo di risoluzione alternative delle controversie nonché, per quanto qui di interesse, di amministrare i procedimenti arbitrali, quali quelli che vedono coinvolti i consumatori, secondo dei regolamenti *ad hoc*.

Ebbene, secondo il dettato del Regolamento dell'AAA, l'ambito di applicazione delle c.d. *Consumer Arbitration Rules* “*applies to arbitration clauses in agreements between individual consumers and business where the business has a standardized, systematic application of arbitration clauses with customers and where the terms and conditions of the purchase of standardized, consumable goods or services are non-negotiable or primarily non-negotiable in most of all of its terms, conditions, features, or choices. The product or service must be for personal or household use*”²³⁶.

Si comprende che, secondo la disciplina regolamentata dall'AAA ed appena citata, un caso è classificato come caso dei consumatori quando soddisfa tre requisiti: in primo luogo, deve derivare da “un accordo tra un consumatore e un'azienda in cui l'azienda ha un'applicazione standardizzata e sistematica di clausole arbitrali con i clienti...”; termini e condizioni dell'acquisto di beni o servizi standardizzati e consumabili [devono essere] non negoziabili o principalmente non negoziabili nella maggior parte o nella totalità dei termini, delle condizioni, delle caratteristiche o delle

²³⁵ M. Domke, *Commercial Arbitration*, op. cit., 24-26.

²³⁶ *Consumer Arbitration Rules* disponibili presso AAA al sito www.adr.org/consumer. Il regolamento dell'AAA specifica poi cosa si intende per contratti con i consumatori affermando quanto segue: “*examples of contracts typically meet the criteria for application of these Rules, if the contract is for personal or household goods or services and has an arbitration provision, include, but are not limited to following: credit card agreements, telecommunications agreements (cell phone, ISP, cable TV), leases (residential, automobile); automobile and manufactured home purchase contracts, finance agreements (car loan, mortgages, bank accounts), home inspection contracts... (omissis), warranties, legal funding, insurance policies*”.

scelte; in terzo luogo, “il prodotto o il servizio deve essere per uso personale o domestico”²³⁷.

Va detto però che il punto di partenza per comprendere il procedimento arbitrale per la risoluzione delle controversie con i consumatori amministrati dalla AAA, è costituito dalle procedure integrative a cui la stessa agenzia fa riferimento per la gestione dei contenziosi.

Nel 1998, infatti, l’*American Arbitration Association* ha emanato il *Consumer Due Process Protocol*²³⁸ che ha guidato la conduzione dell’arbitrato dei consumatori presso l’AAA, il cui compito precipuo è “*to manage the administrative aspects of the arbitration, such as the appointment of the arbitrator, preliminary decisions about where hearings might take place, and handling the fees associated with arbitration. As administrator, however, the AAA does not decide the merits of the case or make any ruling on issues such as what documents must be shared with each side*”²³⁹.

Il protocollo richiede misure quali arbitri qualificati, indipendenti e imparziali scelti da un’amministrazione indipendente²⁴⁰, costi ragionevoli che possono essere a carico dell’azienda piuttosto che del consumatore, una sede ragionevolmente agevole²⁴¹, limiti di tempo contenuti, una comunicazione chiara delle disposizioni arbitrali e delle loro conseguenze, l’accesso alle informazioni per garantire un’istruttoria equa, la disponibilità di tutti i rimedi che sarebbero disponibili in tribunale, l’applicazione da parte dell’arbitro delle clausole contrattuali pertinenti, della normativa statale e dei precedenti di *common law* e, su richiesta, la motivazione del lodo²⁴².

²³⁷ Per maggiori approfondimenti, si veda l’analisi condotta da L. R. Pomerantz, *Consumer arbitration: pre-dispute resolution clauses and class action waivers*, *Dispute Resolution Journal*, JurisNet, LLC, 2016, 63 e ss.

²³⁸ Si veda Rule -1 (d) delle *Consumer Arbitration Rules*.

²³⁹ Cfr. *supra* [nota 236].

²⁴⁰ Secondo la *Rule -15* l’a AAA nomina l’arbitro dal suo panel per i consumatori, fermo restando il diritto delle parti “di presentare eventuali obiezioni di fatto alla nomina dell’arbitro”.

²⁴¹ Si veda meglio il contenuto della *Rule-11*, “*Fixing of locale (the city, county, state, territory and/or country where the arbitration will take place)*”, secondo cui: “*If an in-person hearing is to be held and if the parties do not agree to the locale where the hearing is to be held, the AAA initially determine the locale of the arbitration. If a party does not agree with the AAA’s decision, that party can ask the arbitrator, one appointed, to make a final determination. The locale determination will be made after considering the positions of the parties, the circumstances of the parties and the dispute, and the Consumer Due Process Protocol*”.

²⁴² Per maggiori approfondimenti, si veda in adr.org/consumers.

Dopo aver fatto riferimento alla gestione delle incombenze *ante causam*, le norme dell'AAA relative all'arbitrato nelle controversie con i consumatori, si occupano della questione relativa alla giurisdizione.

La *Rule-14*, denominata proprio "*Jurisdiction*", individua l'ambito di applicazione delle norme relative alla giurisdizione, riconoscendo in capo agli arbitri il potere di decidere sulla propria giurisdizione, comprese le obiezioni relative all'esistenza, alla portata o alla validità della convenzione arbitrale o all'arbitrabilità di qualsiasi richiesta o domanda riconvenzionale; il potere di determinare l'esistenza o la validità di un contratto di cui fa parte una clausola arbitrale, la quale sarà considerata come un accordo indipendente rispetto alle altre condizioni del contratto poiché una decisione dell'arbitro che dichiara la nullità del contratto non renderà, per questo solo, invalida la clausola arbitrale; ed infine la capacità della parte di opporsi alla giurisdizione dell'arbitro o all'arbitrabilità di una richiesta di risarcimento o di una domanda riconvenzionale entro e non oltre il deposito della comparsa di risposta o alla domanda riconvenzionale che ha dato origine all'obiezione.

In perfetta coerenza, poi, con l'interpretazione fornita dalla Corte Suprema delle norme contenute nel FAA a cui l'AAA guarda, la disciplina sulla giurisdizione specifica che spetta agli arbitri decidere in ordine a tali eccezioni in via preliminare o come parte del lodo finale²⁴³.

Agli arbitri spettano anche i poteri relativi alla gestione delle udienze preliminari poiché in questa fase potranno essere emessi i provvedimenti necessari alla prosecuzione della controversia; in particolare, durante l'udienza preliminare di gestione, le parti e l'arbitro dovranno discutere la futura conduzione del caso, compresi

²⁴³ *Rule -14: "The arbitrator shall have the power to rule on his or her own jurisdiction, including any objections with respect to the existence, scope, or validity of the arbitration agreement or to the arbitrability of any claim or counterclaim. (b) The arbitrator shall have the power to determine the existence or validity of a contract of which an arbitration clause forms a part. Such an arbitration clause shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitrator that the contract is null and void shall not for that reason alone render invalid the arbitration clause. (c) A party must object to the jurisdiction of the arbitrator or to the arbitrability of a claim or counterclaim no later than the filing of the answering statement to the claim or counterclaim that gives rise to the objection. The arbitrator may rule on such objections as a preliminary matter or as part of the final award".*

i chiarimenti sulle questioni e sulle richieste, la programmazione delle udienze e qualsiasi altra questione preliminare²⁴⁴.

I poteri riconosciuti agli arbitri dalle norme dell'AAA, tuttavia, non sono solo di gestione del contenzioso, ma semmai poteri esecutivi: infatti, viene individuata in capo agli arbitri la possibilità di emettere qualsiasi ordinanza che si renda necessaria al fine di ottenere una risoluzione equa, efficiente ed economica della lite.

Così, la *Rule -23*²⁴⁵ prevede, seppur non tassativamente, la possibilità di emettere ordinanze ordinatorie che stabiliscano le condizioni relative allo scambio e alla produzione dei documenti; di emanare qualsiasi provvedimento esecutivo; nonché, in caso di inosservanza dei provvedimenti ordinati, viene riconosciuta in capo agli arbitri la possibilità di trarre argomenti di prova, di escludere prove e altre comunicazioni riservate.

Alla fase istruttoria appartiene anche la possibilità concessa agli arbitri di emettere “*interim remedies*” che, volendole incardinare nelle nostre categorie processuali, potremmo definire misure cautelari. Invero, la *Rule-37*, intitolata “*Interim Measures (a preliminary decision made by the arbitrator involving part or all of the issue (s) in dispute in the arbitration)*”, prevede che l’arbitro possa concedere qualsivoglia misura

²⁴⁴ *Rule -21, “Preliminary Management Hearing with the Arbitrator”, in cui: “If any party asks for, or if the AAA or the arbitrator decides to hold one, the arbitrator will schedule a preliminary management hearing with the parties and/or their representatives as soon as possible. The preliminary management hearing will be conducted by telephone unless the arbitrator decides an in-person preliminary management hearing is necessary. (b) During the preliminary management hearing, the parties and the arbitrator should discuss the future conduct of the case, including clarification of issues and claims, scheduling of the hearings, and any other preliminary matters. (c) The arbitrator shall promptly issue written orders that state the arbitrator’s decisions made during or as a result of the preliminary management hearing. The arbitrator may also conduct additional preliminary management hearings if the need arises”.*

²⁴⁵ *Rule -23, “Enforcement Powers of the Arbitrator”, in cui: “The arbitrator may issue any orders necessary to enforce the provisions of rules R-21 and R-22 and to otherwise achieve a fair, efficient, and economical resolution of the case, including, but not limited to: (a) an order setting the conditions for any exchange or production of confidential documents and information, and the admission of confidential evidence at the hearing in order to preserve such confidentiality; (b) to the extent the exchange of information takes place pursuant to R-22, imposing reasonable search limitations for electronic and other documents if the parties are unable to agree; (c) allocating costs of producing documentation, including electronically-stored documentation; (d) in the case of willful non-compliance with any order issued by the arbitrator, drawing adverse inferences, excluding evidence and other submissions, and/or making special allocations of costs or an interim award of costs arising from such non-compliance; and (e) issuing any other enforcement orders that the arbitrator is empowered to issue under applicable law”.*

provvisoria che si renda necessaria, compresa la concessione di un'ingiunzione ovvero di un ordine cautelare; che tali misure possano assumere la forma del lodo provvisorio e che l'arbitro possa persino richiedere il pagamento di una cauzione per i costi resisi necessari ai fini dell'adozione di tali misure; e che, infine, una delle parti può adire un tribunale statale, ovvero federale, per ottenere la concessione di una misura provvisoria, poiché il ricorso alla giurisdizione ordinaria per questo tipo di provvedimenti, compresi gli ordini restrittivi temporanei, è considerata coerente con l'accordo arbitrale e non, invece, una rinuncia al diritto di arbitrato²⁴⁶.

Conclusasi la fase dell'udienza istruttoria, in assenza di ulteriori prove che le parti vorranno offrire, verrà tempestivamente emesso il lodo e, a meno che le parti o le norme di legge non indichino diversamente, questo sarà pronunciato non oltre trenta giorni dalla data di chiusura dell'udienza. Tuttavia, qualora la controversia sia stata condotta attraverso una procedura solo documentale, il termine sarà di quattordici giorni dalla data fissata per il ricevimento delle dichiarazioni e delle prove finali.

Le norme dell'AAA in materia di controversie con i consumatori si occupano infine anche di determinare lo scopo del lodo, nonché di regolamentare la fase successiva all'udienza dibattimentale.

Mentre, da un lato, la *Rule-44* individua tra le funzioni del lodo, la possibilità che con tale tutela possa essere concesso qualsiasi rimedio, risarcimento ovvero qualsiasi provvedimento che le parti avrebbero potuto ricevere dinanzi ad un tribunale ordinario, compresi gli onorari e le spese legali²⁴⁷; dall'altro lato, la *Rule- 49*, intitolata

²⁴⁶ *Rule -37*: “a) *The arbitrator may grant whatever interim measures he or she decides are necessary, including granting an injunction and ordering that property be protected. (b) Such interim measures may take the form of an interim award, and the arbitrator may require a security payment for the costs of such measures. (c) When making a decision on an interim measure, the arbitrator may grant any remedy, relief, or outcome that the parties could have received in court. (d) A party to an arbitration agreement under these Rules may instead file in state or federal court for interim relief. Applying to the court for this type of relief, including temporary restraining orders, is consistent with the agreement to arbitrate and will not be considered a waiver of the right to arbitrate*”.

²⁴⁷ Così recita la norma: “[T]he arbitrator may grant any remedy, relief, or outcome that the parties could have received in court, including awards of attorney’s fees and costs, in accordance with the law(s) that applies to the case. (b) In addition to a final award, the arbitrator may make other decisions, including interim, interlocutory, or partial rulings, orders, and awards. In any interim, interlocutory, or partial award, the arbitrator may assess and divide up the fees, expenses, and compensation related to such award as the arbitrator decides is appropriate, subject to the provisions and limitations contained in the Costs of Arbitration section. (c) The arbitrator may also allocate compensation, expenses as defined in

“*Applications to court and exclusion of liability*”, dispone che le parti di un arbitrato, condotto ai sensi del regolamento dell’AAA, abbiano acconsentito a che il giudizio sul lodo arbitrale possa essere depositato in qualsiasi tribunale federale o statale avente giurisdizione in materia, ai fini dell’esecuzione.

Va detto, poi, che i protocolli aggiuntivi includono requisiti che prevedono: che l’avvio dell’arbitrato avvenga in modo tale da fornire una sostanziale certezza che il debitore riceverà l’avviso; che tutte le comunicazioni siano redatte in modo facilmente comprensibile²⁴⁸, compresa la comunicazione nella lingua principale del consumatore, se nota; che le richieste siano accompagnate da una documentazione sufficiente a stabilire il *petitum* della causa *prima facie*; che la nomina dell’arbitro avvenga in modo da accrescere la percezione di neutralità; e che, infine, i partecipanti si avvalgano, ove opportuno, di tecnologie quali la posta elettronica, le udienze e i procedimenti telefonici o videoregistrati per risparmiare tempo e denaro. Specie in merito, infatti, una caratteristica centrale di tali procedure è il loro tariffario scontato, progettato per soddisfare il requisito del Protocollo sul giusto processo per i consumatori in cui si prevede che l’arbitrato sia disponibile per i consumatori a un costo ragionevole.

Così, è previsto che per i reclami dei consumatori amministrati dall’AAA, le tariffe si basino su una struttura a tre livelli²⁴⁹: anzitutto, per le richieste di risarcimento inferiori a 10.000 dollari, il consumatore paga fino a 125 dollari, il cui intero importo

sections (v) and (vii) of the Costs of Arbitration section, and administrative fees (which include Filing and Hearing Fees) to any party upon the arbitrator’s determination that the party’s claim or counterclaim was filed for purposes of harassment or is patently frivolous. (d) In the final award, the arbitrator shall assess the fees, expenses, and compensation provided in Sections R-4, R-5, and R-7 in favor of any party, subject to the provisions and limitations contained in the Costs of Arbitration section”.

²⁴⁸ E. Sussman, *The Dodd-Frank Act: seeking fairness and the public interest in consumer arbitration*, in *New York Dispute Resolution L.*, 2011, 14. L’a. spiega come: “*The examination of arbitration for consumers in the financial sector called for in the Dodd-Frank Act was first recommended in the Obama Administration’s white paper on financial reform. Adopting the recommendation, the Consumer Financial Protection Bureau established by Congress was directed to conduct a study and provide a report on the use of agreements providing for arbitration of future disputes between covered persons and consumers in connection with consumer financial products or services. The act further authorized the director of the bureau to prohibit or impose conditions or limitations on such arbitration agreements by regulation if it would be in the public interest, for the protection of consumers, and consistent with the study performed*”.

²⁴⁹ T. V. Buch, *Regulating Mandatory Arbitration*, in *Utah L. Rev.*, 2011, 1309 e ss.; K. Fisher, *Changing Mandatory arbitration to optional arbitration: a better business decision*, op.cit., si veda *supra* [nota 232].

è destinato agli onorari dell'arbitro e non alle spese amministrative della AAA; per le richieste di risarcimento comprese tra 10.000 e 75.000 dollari, il consumatore paga fino a 375 dollari ed anche in questo caso, la AAA applica l'intero importo alle spese dell'arbitro e non alle sue spese amministrative; infine, per le richieste di risarcimento superiori a 75.000 dollari, il consumatore paga le spese amministrative in base al normale tariffario delle regole commerciali dell'AAA e le spese dell'arbitro in base alle tariffe abituali dell'arbitro.

Va detto tuttavia che, in merito, il consumatore può chiedere sempre una proroga o l'esonero dalle spese amministrative, dimostrando di avere difficoltà finanziarie e richiedendo un arbitro disposto a prestare servizio *pro bono*. Per vero, secondo le regole dell'AAA²⁵⁰, l'impresa è responsabile del pagamento di tutte le spese amministrative e dei restanti onorari dell'arbitro per i piccoli reclami dei consumatori, sia per i reclami presentati dal consumatore che per quelli presentati dall'azienda. In particolare, per i reclami di valore pari o inferiore a 10.000 dollari, l'azienda paga 750 dollari di spese amministrative e altri 200 dollari se si tiene un'udienza²⁵¹, ed è anche responsabile dei restanti 125 dollari di onorari dell'arbitro²⁵².

Oltre alla struttura delle tariffe, vale la pena di notare anche altre caratteristiche del regolamento AAA per i consumatori che negli ultimi anni ha attuato numerosi cambiamenti volti a proteggere i consumatori dalla possibilità di subire pregiudizi, fuggendo così l'idea che l'arbitrato dei consumatori sia necessariamente iniquo e ingiusto²⁵³. Invero, nell'ambito del processo di valutazione dell'applicabilità delle convenzioni arbitrali precontenziose, l'AAA verifica la conformità delle convenzioni al Protocollo sul giusto processo e alle ragionevoli aspettative delle parti.

²⁵⁰ N. A. Welsh, *Class action-barring mandatory pre-dispute consumer arbitration clauses: an example of (and opportunity for) dispute system design?*, in *University of Saint Thomas Law Journal*, 2017, 381.

²⁵¹ Secondo le disposizioni del Protocollo, per le richieste di risarcimento superiori a 10.000 dollari, la regola generale prevede che l'arbitro tenga un'udienza telefonica o di persona, a meno che le parti non concordino diversamente.

²⁵² Ancora poi, per le richieste di risarcimento comprese tra 10.000 e 75.000 dollari, l'azienda paga 950 dollari di spese amministrative e 300 dollari se si tiene un'udienza. Inoltre, l'azienda è responsabile dei restanti 375 dollari di onorari dell'arbitro. Per le richieste di risarcimento superiori a 75.000 dollari, l'azienda paga le spese amministrative in base al normale tariffario del regolamento commerciale dell'AAA e gli onorari dell'arbitro in base alle tariffe abituali dell'arbitro.

²⁵³ T. Eisenberg, *Arbitration's Summer soldiers: an empirical study of arbitration clauses in consumer and non-consumer contracts*, in *U. Mich. J. L. Reform*, 2008, 871.

Anche il Protocollo sul giusto processo²⁵⁴ fornisce importanti indicazioni circa la conduzione dell'*iter* procedimentale, specie a tutela del consumatore: in particolare, esso tutela, tra le altre, il diritto di essere ascoltati in un luogo ragionevolmente funzionale e a un costo ragionevole; il diritto ad un'udienza fondamentalmente equa davanti a un arbitro neutrale, il diritto di ottenere informazioni rilevanti per la controversia, il diritto di essere rappresentati da un avvocato e il diritto di ottenere l'intero ventaglio di rimedi altrimenti disponibili in tribunale per legge o per equità nel caso in cui il consumatore vinca²⁵⁵.

Da quanto sino a qui riportato, è facile intuire una prima analogia tra la definitività e decisorietà del lodo dell'arbitrato AAA con il concetto di definitività delle sentenze di *common law*: ossia, l'assenza di un vero e proprio diritto ad un appello giudiziario nel merito²⁵⁶, come già previsto dalle norme del FAA per l'arbitrato generalista. Per vero, è consentita alle parti solo la possibilità di domandare la revisione giudiziaria di un lodo sulla base dei motivi procedurali già disciplinati del FAA, che trovano qui applicazione, quali ad esempio la corruzione²⁵⁷.

In secondo luogo, la celerità con cui il lodo arbitrale può essere eseguito: in particolare, infatti, ancora secondo le norme del FAA, la parte dovrà limitarsi a depositare presso il tribunale ordinario il lodo di cui chiede l'attuazione affinché questo possa essere eseguito seguendo il medesimo *iter* previsto per le decisioni giudiziarie.

Dal tenore della normativa di settore, si comprende bene ora che sebbene lo scopo originario del FAA fosse quello di fornire una legittimazione "legale" per superare gli ostacoli giudiziari nei confronti dell'arbitrato commerciale, la Suprema Corte ha

²⁵⁴ S. C. Bennet, D. A. Calloway, *A closer look at the raging consumer arbitration debate*, in *Dispute Resolution Journal*, 2010, 28.

²⁵⁵ D. Horton – A. C. Chandrasekhar, *After the Revolution: an empirical study of consumer arbitration*, op. cit., 10.

²⁵⁶ Si veda a tal proposito *Hall St. Assocs., LLC, Inc.*, 552 U.S., 2008, 585-586.

²⁵⁷ Si veda ancora una volta il § 10 del FAA, il quale permette alla corte di annullare un lodo arbitrale solo per i seguenti motivi: "(1) where the award was procured by corruption, fraud, or undue means; (2) where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them; (3) where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced; or (4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made". Si veda anche il commento di S.I. Strong, *Past as prologue: arbitration ad an early common law court?*, in *Houston L. Rev.*, 2020, 985.

successivamente interpretato tale legge in un'ottica di ampliamento del suo campo di applicazione, considerandola come una pietra miliare di una politica federale liberale a favore dell'arbitrato. Ebbene questa applicazione estensiva delle norme federali ha facilitato, se non incoraggiato, la diffusione dell'arbitrato che, da metodo di risoluzione delle controversie tra parti qualificabili come "professionisti" del commercio, è divenuto mezzo di risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori, del cui contenzioso si sono fatti carico agenzie private come l'AAA che hanno provveduto a fornire servizi di arbitrato *ad hoc* a quanti avrebbero dovuto ricorrere all'arbitrato per via della stipula di un accordo vincolante pre-contenzioso.

È innegabile, quindi, che l'attuazione della disciplina legislativa federale da parte delle agenzie private, come l'AAA, ha dimostrato come, nell'ordinamento statunitense, esista la possibilità di poter tutelare anche le ragioni della parte debole del rapporto, pronunciando decisioni vincolanti, oltre ogni ragionevole dubbio, inoppugnabili direttamente dinanzi ai giudici ordinari di secondo grado, sebbene questi stessi *diktat* non potranno in alcun caso costituire una vera e propria fonte di produzione del diritto nel panorama di *common law*.

§ 6. Brevi riflessioni

Negli Stati Uniti, gli anni '80 e '90 hanno portato grandi cambiamenti nelle politiche destinate a disciplinare gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie e, in particolare, quelle relative all'arbitrato.

Nel 1984, *Southland Corp. v. Keating* ha esteso l'applicazione della *Federal Arbitration Act* ai tribunali statali, vietando le leggi statali che interferissero con l'arbitrato contrattuale²⁵⁸: in particolare, infatti, l'estensione del FAA alla categoria delle liti con i consumatori ha portato ad una corrispondente espansione della politica "pro arbitrato" nel mercato americano e, con il progressivo aumento dell'uso

²⁵⁸ La Corte Suprema ha definito la FAA come legge sostanziale (e non procedurale) che "deve essere consultata per determinare se (o in che misura) un determinato contratto prevede l'arbitrato". Nel 1989, la Corte Suprema ha superato la sua stessa posizione del 1956, in merito all'arbitrato vincolante delle controversie future, riconoscendo che il nuovo orientamento doveva essere quello di "applicare rigorosamente" gli accordi arbitrali, comprese le clausole arbitrali vincolanti precontenziose relative alla tutela di diritti statutariamente garantiti.

dell'arbitrato vincolante, tutte le principali società bancarie, finanziarie ed assicurative includono oggi una clausola arbitrale per la risoluzione delle controversie scaturenti dai contratti bancari, ovvero dai contratti con i fornitori di servizi finanziari ed assicurativi.

Parte della dottrina statunitense²⁵⁹ ha però sostenuto che l'arbitrato obbligatorio viene spesso imposto a un individuo che non ha le conoscenze o la posizione negoziale per accettare consapevolmente di rinunciare al proprio diritto di ricorrere alla giurisdizione ordinaria, facendo emergere così i primi dubbi in ordine alla legittimità di un arbitrato obbligatorio, a discapito delle tutele offerte dalla giustizia civile ordinaria.

Per vero, in un sistema giudiziario come quello statunitense, in cui la tradizione di *common law* è una parte essenziale dello sviluppo e del mantenimento della protezione dei consumatori, ma più in generale della legge, in quanto è la legge a dover garantire che le parti mantengano il diritto di risolvere le controversie attraverso il sistema giurisdizionale ordinario, si comprende il bisogno che i precedenti di *common law* continuino ad essere una parte vitale di quel sistema ordinamentale.

Ed è qui forse che è emerso il problema più grave circa la possibilità di ricorrere ad un arbitrato quasi universale, ovvero diffuso: ossia la mancanza delle garanzie idonee derivanti dalla pubblicità delle decisioni, poiché a differenza di quanto accade dinanzi ai giudici ordinari, ove le udienze sono pubbliche ed i provvedimenti vengono pubblicati, per rendere edotti i consociati; la maggior parte delle decisioni rese a seguito di giudizi arbitrali sono coperte da vincoli di riservatezza e, spesso, non sono neppure accompagnate da una motivazione scritta.

D'altra parte, è chiaro che, anche qualora venga pubblicata, la decisione di un arbitro o di un collegio arbitrale non è in alcun modo vincolante per altri gli arbitri o i collegi arbitrali: infatti, gli arbitri in genere non sono obbligati a seguire la legge e le loro decisioni non sono appellabili – se non in presenza delle rare circostanze di cui si è dato conto – poiché i precedenti arbitrali e lo *stare decisis* “arbitrale” non possiedono un valore “giuridico” vero e proprio.

Del resto, invece, l'interpretazione degli statuti, lo sviluppo della *common law* e la capacità delle corti di stabilire e perfezionare continuamente i diritti soggettivi

²⁵⁹ D. Rochelson, *Is this the end of mandatory arbitration?*, op. cit., 65 e ss.

nell'ordinamento statunitense dipendono dalle controversie, dai casi, dalle sentenze, ma anche dalle *dissenting opinions*, nonché dai ricorsi in materia di diritto; finisce così quindi che l'arbitrato "abissa" il contenzioso, precludendo l'interpretazione delle leggi, i precedenti e lo *stare decisis*.

Da un punto di vista certamente empirico non si può negare che, come da molti sostenuto, possa essere necessario introdurre eccezioni alla legge attuale, volte a garantire che l'arbitrato sia volontario e offra una scelta complementare alla giurisdizione statale. Ciò sarebbe possibile, da un lato, precludendo l'inserimento di clausole arbitrali nei contratti stipulati con i consumatori e, dall'altro lato, consentendo alle parti di concordare la via arbitrale dopo che la controversia è sorta.

Tale possibilità, è stata considerata con favore, se non dalla Corte suprema, la quale ancora spinge verso politiche a favore dell'arbitrato, quantomeno dagli operatori del mercato che si trovano a stipulare contratti in serie con i propri consumatori, secondo un cambio di rotta che ha visto "*on july 19, 2021, Amazon sent an email to its customers (including the author) to announce a change in its terms and conditions. The email read, «One of our updates involves how disputes are resolved between you and Amazon. Previously, our Conditions of Use set out an arbitration process for those disputes. Our updated Conditions of Use provides for dispute resolution by the courts»*"²⁶⁰.

Che si tratti di un ravvedimento operoso o meno, non è dato sapere. Tuttavia, si può affermare che ciò che ne emerge è certamente un'idea di giustizia che vuole ancorarsi alle tutele offerte dal procedimento giudiziale ordinario, inteso come sede ottimale per la tutela degli interessi delle parti in conflitto, specie, in un ordinamento come quello di *common law* in cui i giudici sono investiti del compito di "*made the law*" e non meri "*bouche de la loi*".

Sebbene, tuttavia, non si possa affermare in maniera certa che potremmo essere di fronte alla c.d. stagione del "*winter arbitration*", molti sono i proseliti della dottrina verso un dispiego di maggiori tutele nei confronti del contraente debole, di cui probabilmente si coglieranno i frutti nei prossimi anni, anche alla luce del braccio di ferro tra Corti supreme statali e la Corte suprema federale.

²⁶⁰ S. Rochelson, *Is the end of mandatory arbitration?*, op. cit., 63.

In conclusione, non si è certi nel ritenere che la strada del ricorso obbligatorio alle procedure di *altenative dispute resolution*, specie con riferimento all'arbitrato, possa essere del tutto abbandonata dall'ordinamento statunitense, però si può senz'altro affermare che, soprattutto negli ultimi anni, la loro legittimità sia stata più volte messa in dubbio. Si tratta, per vero, di una strada che, ove venisse percorsa legislativamente, potrebbe portare ad un "ravvicinamento" tra la legislazione statunitense e quella interna, - specie quella derivante dalle politiche europee di tutela dei consumatori-, in cui la gestione del contenzioso potrebbe essere ri-portata sui binari della giurisdizione ordinaria delle corti, ovvero su quelli di una giustizia arbitrale maggiormente garantista, disposta a tutelare la corretta formazione della volontà delle parti.

CAPITOLO III

II CONTROVERSO QUADRO NORMATIVO DEGLI ADR DOMESTICI PER LA
RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE BANCARIE,
FINAZIARIE ED ASSICURATIVE: L'ABF, L'ACF e L'AAS

Sommario: § 1. Introduzione – § 2. L'incerta natura giuridica ed il capillare ambito di applicazione degli “Arbitri” nel settore finanziario: tra funzione decisoria e tutela effettiva – 2.1. (*segue*) Le disposizioni sul procedimento dinanzi all'Arbitro bancario finanziario (ABF) – 2.2. (*segue*) Le disposizioni sul procedimento dinanzi all'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF) – 2.3. (*segue*) Le disposizioni sul procedimento dinanzi all'Arbitro delle controversie assicurative (AAS) – § 3. L'ambigua efficacia dei provvedimenti decisionali emessi dai Collegi arbitrali. La questione del mancato adeguamento spontaneo da parte degli intermediari – § 4. Alcune considerazioni sull'ordinamento e la specializzazione degli Organi decidenti – § 5. Conclusioni

§ 1. *Introduzione*

Nella prospettiva di perseguire l'obiettivo di una giustizia “effettiva”, come si vedrà molto lontana dalla legislazione e dalla prassi in uso negli Stati Uniti, -di cui si è dato atto nel capitolo precedente-, e prima di passare ad una compiuta analisi degli arbitrati previsti dal legislatore per il settore finanziario, bisogna ricordare che una componente fondamentale del nostro ordinamento è certamente il diritto dell'economia: incentrato ad offrire una visione esemplare delle sfide poste dalla dimensione dei mercati finanziari nonché della loro complicità, mostra come il ruolo delle istituzioni- specie europee- negli anni sia andato verso il potenziamento degli strumenti di risoluzione delle controversie c.d. *out of court*²⁶¹. Invero, a seguito delle evoluzioni legislative susseguites in ambito civile, è possibile affermare che non

²⁶¹ Cfr. N. Soldati, *L'arbitro per le controversie finanziarie (ACF) tra ruolo di regolazione del mercato finanziario e di conformazione degli intermediari*, in *Contratto e impresa*, 2022, 449.

vi sia stata riforma che non abbia puntato a sottrarre al giudice la cognizione delle controversie civili, seppure con differenti accorgimenti, di volta in volta, caratterizzati da una diversa incisività²⁶². Tra gli ambiti di intervento che possono certamente essere qui menzionati, vanno ricordati: il settore dei rapporti di lavoro, dei rapporti di consumo, delle telecomunicazioni e, soprattutto, quello dei rapporti bancari e finanziari.

A questa tendenza, specie in ambito finanziario, ha contribuito la crescente complessità dei mercati, dei servizi finanziari, così come le politiche europee che hanno spinto i singoli Stati verso la necessità di individuare strumenti alternativi alla giurisdizione ordinaria, rendendo sempre più frequenti gli interventi legislativi che prevedono la composizione stragiudiziale dei conflitti tra operatori ed utenti.

Come si è avuto modo di dire, la diffusione di sistemi ADR efficaci, veloci ed affidati ad organi esperti è stata ritenuta fondamentale, non solo al fine di “incentivare” la fuga dalla giurisdizione, ispirata alla logica di ridurre l’arretrato del processo civile e la lunghezza dello stesso, ma anche dall’esigenza di preservare e migliorare i rapporti tra clientela e operatori dei mercati finanziari²⁶³: del resto, come già sostenuto, il procrastinarsi del conflitto non fa altro che incidere negativamente sul sistema finanziario nel suo complesso, ovvero sul mercato, finendo per minarne la stabilità.

Ancora però, prima di procedere ad un’analisi compiuta dei sistemi ADR a cui si può fare ricorso nel settore finanziario, devono essere compiute alcune considerazioni preliminari. Invero, la specificità della materia finanziaria ha comportato tradizionalmente una suddivisione del settore in tre c.d. comparti, i quali corrispondono all’oggetto dei prodotti e dei servizi offerti rispettivamente dal settore

²⁶² E. Capobianco, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra mediazione e procedura dinanzi all’Arbitro Bancario e Finanziario*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 571; F. Capriglione – M. Pellegrini (a cura di), *ABF e supervisione bancaria*, Milano, 2011.

²⁶³ D. Cerini, *ADR nel settore finanziario*, in *ADR una giustizia complementare*, op. cit., 307.

bancario²⁶⁴, da quello di investimento vero e proprio²⁶⁵ e, infine, da quello assicurativo²⁶⁶.

Come si vedrà, infatti, per ciascun settore è stato individuato, in tempi e con modalità differenti, un modello di ADR *ad hoc*: per il settore bancario, nel 2009, è stato costituito l'Arbitro Bancario Finanziario; per i servizi ed i prodotti di investimento, nel 2017, è stata la volta dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie; e, infine, per il settore assicurativo, nei prossimi mesi, dovrebbe ricevere attuazione l'Arbitrato per le controversie Assicurative. Eppure, il tema della soluzione stragiudiziale delle controversie in questi settori, si colloca nel solco di una tradizione di cui le prime esperienze degne di menzione si possono agevolmente far risalire tra gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso. In particolare, in tale periodo, le banche, non senza una certa previdenza, cercarono di favorire la gestione della fase preliminare delle controversie con i loro utenti mediante la costituzione di idonei uffici reclami interni, nonché tramite la creazione dell'*Ombudsman* Giurì bancario²⁶⁷; frutto di un accordo promosso dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI), compito del Giurì bancario era quello di risolvere le liti insorte tra banche e intermediari finanziari e la loro clientela²⁶⁸.

L'*Ombudsman* non fu però l'unica esperienza frutto dei sistemi ADR autoregolamentati degna di nota. Infatti, il Giurì bancario, nel 2005, venne affiancato

²⁶⁴ L'attività bancaria trova la propria disciplina all'art. 10 del d.lgs. n. 385/1993, ossia il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB); in particolare, con essa si intende quell'attività di "raccolta di risparmio tra il pubblico e di esercizio del credito", che vien posta in essere, di volta in volta, mediante i contratti tipici previsti, da un lato, agli artt. 1834 e ss. c.c. e, dall'altro, dalle disposizioni contenuto all'interno del TUB, al Capo VI.

²⁶⁵ L'attività finanziaria di investimento e dei contratti di intermediazione finanziaria, invece, si trova disciplinata nel Testo Unico delle Finanze (TUF), nonché dal Regolamento intermediari, adottato con delibera del 29 ottobre 2007, n. 16190

²⁶⁶ Con l'art. 1, comma 20, lett. b), del d.lgs., 30 dicembre 2020, n. 187, è stato abrogato l'art. 187 ter del d.lgs. n. 209/2005, ora sostituito dall'art. 187.1, il quale il quale contiene la medesima disposizione e prevede che le imprese assicurative, di riassicurazione e gli intermediari assicurativi siano assoggettati all'obbligo di adesione a sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie, ove relative alla prestazione e ai servizi assicurativi derivanti da ogni tipologia di contratto assicurativo.

²⁶⁷ Circolare ABI del 1° febbraio 1993. Per maggiori approfondimenti circa la competenza dell'*Ombudsman* si veda E. Mazzolli, *Contenzioso Bancario e soluzioni stragiudiziali. Strumenti obbligatori e facoltativi*, Rimini, 2017, 36 e ss.

²⁶⁸ Cfr. in merito, D. Cerini, *ADR nel settore finanziario*, in *ADR una giustizia complementare*, op.cit., 308; A. Scarpa, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratto e impresa*, 2013, 137 e ss.

dalla costituzione, in forma di associazione non riconosciuta, di un organismo autonomo denominato Conciliatore Bancario Finanziario²⁶⁹, avente come scopo precipuo la soluzione delle controversie bancarie, finanziarie e societarie. Si tratta di un ente che, dal 2007, ha preso in carico anche la gestione dell'*Ombudsman*- Giurì bancario – il quale ha così cessato la propria attività-, e che tuttora opera quale organismo di mediazione specializzato nella risoluzione delle controversie in materia bancaria, finanziaria e societaria, risultando altresì accreditato ai sensi del d.lgs. n. 28/2010.

Tuttavia, tali iniziative autoregolamentate con il tempo divennero inadeguate complici, da un lato, la percezione di una forte componente “pro banche”, cui spesso faceva seguito uno scarso successo delle soluzioni conciliative, e, dall’altro lato, i costi della procedura, spesso eccessivi persino al valore delle controversie stesse²⁷⁰. Nell’arco di poco più di un decennio, perciò, agli interventi su base volontaria, si sono poi sostituiti molteplici interventi di tipo “istituzionale”.

Così, nell’ambito della riforma della tutela del risparmio è il legislatore ad introdurre specifiche norme dedicate alla risoluzione stragiudiziale delle controversie. Anzitutto, per il comparto bancario, l’art. 29, d.lgs. n. 262/2005²⁷¹, rubricato “Risoluzione delle controversie in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi

²⁶⁹ M. Pellegrini, *Sistemi di ADR in ambito bancario e finanziario. Rilessi sulle dinamiche di mercato*, in *ABF e supervisione bancaria*, op. cit., 30, in cui l’a. afferma che il Conciliatore bancario finanziario- Associazione per la soluzione delle controversie bancarie, finanziarie e societarie, in base all’art. 2 dello statuto, promuove l’attività di: “a) conciliazione stragiudiziale, anche ai sensi degli articoli 38, 39 e 40 del d.lgs. n. 5/2003 (come successivamente modificati dai d.lgs. n. 37 e n. 310 del 2004), delle controversie in materia societaria, bancaria e finanziaria; b) soluzione in sede stragiudiziale delle controversie nelle materie di cui alla precedente lettera a) attraverso organismi collegiali, anche sul modello dell’*Ombudsman* bancario, istituiti nel rispetto dei principi di diritto comunitario e della normativa nazionale; c) soluzione in sede stragiudiziale delle controversie anche attraverso procedure arbitrali che garantiscono il rispetto del principio del contraddittorio e della parità di trattamento tra le parti”.

²⁷⁰ A seguito di tali doglianze, la struttura dell’*Ombudsman* venne notevolmente rinnovata: in particolare, nel 2005, l’ABI diede luogo ad un organismo autonomo, questa volta in forma di associazione non riconosciuta, denominato “Conciliatore Bancario Finanziario”, a cui vennero trasferite le funzioni precedentemente espletate dall’*Ombudsman*, venne elevata la competenza per valore e venne attribuita la possibilità di presentare ricorso anche ai clienti non rientranti nella categoria dei consumatori.

²⁷¹ D.lgs. 28 dicembre 2005, n. 262, in G.U., 28 dicembre 2005, n. 301, suppl. ord. n. 208, recante “Disposizioni a tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari”.

bancari”, ha introdotto all’interno del Testo Unico in materia bancaria l’art. 128- bis²⁷², rinviando al Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (CICR), d’intesa con la Banca d’Italia, l’emanazione di una delibera per la determinazione dei criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell’organo decidente.

Dapprima, allo scopo di facilitare la tutela dei diritti dei clienti nei confronti delle banche e degli intermediari finanziaria, la delibera CICR del 29 luglio 2008, n. 275, ha dettato la disciplina di un nuovo sistema stragiudiziale di settore, delineandone oltre agli aspetti legati all’ambito di applicazione ed alla composizione dell’organo giudicante, anche le regole di svolgimento della procedura. Successivamente, in attuazione dell’art. 7 della predetta delibera CICR, la Banca d’Italia ha emanato il proprio comunicato: infatti, alla stessa è stata affidata la regolamentazione degli aspetti relativi alla nomina dei membri dell’organo decidente, allo svolgimento delle attività di supporto tecnico ed organizzativo, nonché la regolamentazione degli aspetti applicativi. Ebbene, è nell’ambito dell’attività di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni bancarie, sotto l’egida della Banca d’Italia che nasce l’ABF, ovvero l’arbitro per le controversie bancarie e finanziarie²⁷³

Per quanto attiene le controversie finanziarie in senso stretto, invece, l’art. 27 del d.lgs. 28 dicembre 2005, n. 262, denominato “Procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori”, forniva delega al Governo con l’obiettivo principale di creare - come per le controversie bancarie- un organismo per la risoluzione delle liti finanziarie, ovvero una Camera di Conciliazione e un arbitrato presso la Consob²⁷⁴. Tuttavia, alla luce dell’esperienza maturata dalla Camera arbitrale che, pur avendo ottenuto discreti successi in termini

²⁷² M. Pellegrini, *Commento sub art. 128 bis*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2012, 2032; M. De Poli, *Commento sub art. 128 bis TUB*, in *Comm. breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2010, 1464; S. Forasassi, *La risoluzione delle controversie di cui all’art. 128 bis TUB*, in *Le regole del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano e F. A. Roversi Monaco, Padova, 2009, 569.

²⁷³ Cfr. N. Soldati, *L’arbitrato bancario finanziario della banca d’Italia*, in *I Contratti*, 2009, 583 e ss.; N. Soldati, *La terza riforma dell’arbitrato bancario e finanziario (ABF)*, in *Contratto e impresa*, 2020, 1541.

²⁷⁴ F. Cuomo Ulloa, *La Camera di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob*, in *I Contratti*, 2008, 12 e ss.; G. F. Colombo, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Le Società*, 2007, 8 e ss.

numerici rispetto alla conciliazione²⁷⁵, non aveva comunque ottenuto gli stessi risultati perseguiti con il ricorso alla procedura arbitrale gestita dalla Banca d'Italia, la Consob fu costretta ad intraprendere un percorso di analisi del proprio organismo di risoluzione delle controversie, per poter giungere ad una rivisitazione del modello allora impiegato. In merito, la volontà della Consob è stata recepita successivamente con la legge di stabilità del 2016; essa, ai sensi dell'art.1, comma 47, da un lato, ha provveduto ad abrogare gli articoli del d.lgs. n. 179/2007 relativi alla Camera arbitrale con effetto dalla data di avvio dell'operatività del nuovo organismo e, dall'altro, ha istituito l'arbitro per le controversie finanziarie della Consob, o ACF.

Va detto, viceversa, che in fase di avanzamento lavori si trova la costituzione, per il settore assicurativo, dell'arbitrato presso l'IVASS, sebbene anche qui vigano già diversi procedimenti che nel tempo hanno cercato di fare fronte al contenzioso scaturente dall'applicazione dei contratti di assicurazione: trovano applicazione, infatti, l'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 che impone la mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, nonché gli artt. 3 e ss. de d.l. n. 132/214 che, analogamente, ha previsto l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita quale condizione di procedibilità per l'accesso alla giurisdizione ordinaria, ove la domanda abbia ad oggetto il risarcimento del danno da circolazione dei veicoli natanti. Negli ultimi anni poi, il mondo assicurativo, di concerto con le associazioni di categoria, ha cercato di fornire soluzioni ADR adeguate all'elevato tecnicismo richiesto dalla materia, tra cui merita certamente di essere menzionato la conciliazione paritetica per le controversie r.c.a.²⁷⁶. Si tratta, nello specifico, di uno strumento

²⁷⁵ N. Soldati, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, in *I Contratti*, 2016, 1057, in cui l'a. afferma che la ragione dell'insuccesso dell'arbitro "è direttamente ascrivibile all'obbligatorietà del tentativo di mediazione per le controversie bancarie e finanziarie che, imponendo una pregiudizialità all'accesso all'autorità giudiziari ordinaria, ovvero agli arbitri, ha fatto lievitare, dalla sua entrata in vigore, il numero di procedure gestite, vuoi dall'ABF, vuoi dalla Camera di Conciliazione presso la Consob, a dispetto delle procedure arbitrali della Camera arbitrale della Consob. A ciò deve aggiungersi il costo della procedura di conciliazione e di arbitrato presso Consob, e, in particolare il costo della conciliazione, è risultato nettamente superiore sia a quello dell'ABF, sia a quello delle procedure di mediazione gestite dagli altri organismi di mediazione riconosciuti dal Ministero della giustizia".

²⁷⁶ Cfr. il sito <https://www.ania.it/procedura-di-conciliazione-rc-autoper> maggiori approfondimenti sul funzionamento della conciliazione paritetica, nonché le indicazioni fornite dall'IVASS in https://www.ivass.it/consumatori/rc-auto/sinistri/CONCILIAZIONE_PARITETICA.pdf

conciliativo, nato nel 2001, a seguito dell'accordo raggiunto tra ANIA (Associazione Nazionale delle Imprese di Assicurazione) ed alcune associazioni a tutela dei consumatori, il cui numero delle controversie che trovano soluzione attraverso il ricorso al tavolo di conciliazione, tuttavia resta molto circoscritto, a causa di una inadeguata conoscenza da parte degli utenti. In materia è peraltro intervenuta anche l'Unione europea, con la disposizione di cui all'art 15, rubricato "risoluzione stragiudiziale delle controversie, della direttiva 2016/97/UE²⁷⁷ in tema di distribuzione assicurativa la quale, in coerenza con le politiche volte ad incentivare l'adozione di modelli ADR che possano rappresentare una valida alternativa alla giurisdizione ordinaria, ha stabilito che gli Stati membri debbano garantire l'istituzione di procedure di reclamo e di risoluzione stragiudiziale delle controversie "adeguate, efficaci, imparziali e indipendenti, per la risoluzione delle controversie insorte tra i clienti e i distributori di prodotti assicurativi aventi ad oggetto i diritti e gli obblighi derivanti dalla presente direttiva, avvalendosi eventualmente di organi già esistenti"²⁷⁸. Ebbene, il legislatore interno ha provveduto a recepire la suddetta regola europea attraverso il d.lgs. n. 68/2018, che ha introdotto il Capo II *bis*- rubricato "Controversie" - al titolo

²⁷⁷ Disponibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0097> in cui all'art. 15 si riporta specificatamente quanto segue: "[G]li Stati membri garantiscono che siano istituite, in conformità dei pertinenti atti legislativi dell'Unione e del diritto nazionale, procedure di reclamo e di risoluzione stragiudiziale delle controversie adeguate, efficaci, imparziali e indipendenti, per la risoluzione delle controversie insorte fra i clienti e i distributori di prodotti assicurativi aventi come oggetto i diritti e gli obblighi derivanti dalla presente direttiva, avvalendosi eventualmente di organi già esistenti. Gli Stati membri garantiscono che tali procedure siano applicate ai distributori di prodotti assicurativi nei confronti dei quali sono state avviate le procedure e che agli stessi si estenda la competenza del pertinente organo".

²⁷⁸ L'art. 12, denominato "Autorità competenti", si preoccupa a tal proposito di individuare gli organismi che possono essere individuati per la risoluzione stragiudiziale delle controversie assicurative, riportando quanto segue: "1. Gli Stati membri designano le autorità competenti per l'attuazione della presente direttiva. Essi ne informano la Commissione indicando qualsiasi eventuale ripartizione di tali funzioni. 2. Le autorità di cui al presente articolo, paragrafo 1, possono essere sia pubbliche autorità sia enti riconosciuti dal diritto nazionale o da pubbliche autorità espressamente abilitate a tal fine dal diritto nazionale. Esse non comprendono le imprese di assicurazione o riassicurazione o le associazioni i cui membri includono direttamente o indirettamente imprese di assicurazione o riassicurazione o intermediari assicurativi o riassicurativi, ferma restando la possibilità di collaborazione tra le autorità competenti e altri organismi, laddove sia espressamente prevista dall'articolo 3, paragrafo 1. 3. Le autorità competenti devono disporre dei poteri necessari per l'esercizio delle loro funzioni ai sensi della presente direttiva. Qualora nel suo territorio esistano più autorità competenti, lo Stato membro provvede a far sì che queste operino in stretta collaborazione per garantire l'effettivo espletamento delle rispettive funzioni".

XIII del Codice delle assicurazioni private: in particolare, l'ormai abrogato art. 187 -*ter* prevedeva che le imprese assicurative degli intermediari assicurativi fossero assoggettati all'obbligo di adesione presso i sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie relative alla prestazione dei servizi assicurativi. Oggi, l'art. 187.1²⁷⁹ del Cod. Ass., denominato "Sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie", individua i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie²⁸⁰. Sebbene il testo, sia attualmente ancora privo di un riscontro pratico, esso anticipa la realizzazione di un organismo istituzionale per la risoluzione delle controversie assicurative presso l'istituto di vigilanza IVASS, secondo uno schema che segue, nelle sue specificità essenziali, il funzionamento dell'ABF e dell'ACF, adeguando dunque l'ambito assicurativo, agli altri ambiti del settore finanziario²⁸¹.

Sia ABF che ACF -e si presume, peraltro, anche l'AAS-, seppur con alcune differenziazioni di cui si darà conto nel proseguo, costituiscono nell'idea diffusa dell'utenza solo una valida alternativa rispetto ad ogni altro organismo ADR riconosciuto in base alla legge, cionondimeno però si distinguono dai modelli di mediazione e conciliazione per un ordine di ragioni del tutto peculiari.

²⁷⁹ L'articolo 1, comma 20, del D. lgs. 3 dicembre 2020, n. 187, ha provveduto ad abrogare il Capo II *bis* e l'art. 187 -*ter*, di cui al titolo XIV, come previsti dal d.lgs. n. 68/2018. Si veda meglio in <https://www.ivass.it/normativa/nazionale/primaria/Cap.pdf>.

²⁸⁰ L'art. 187-1, Cod. Ass., come riformato dall'art. 1, comma 20, del d.lgs. n. 187/2020, così dispone: "1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 32 -*ter* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, i soggetti di cui all'articolo 6, commi 1, lettere a) e d), nonché gli intermediari assicurativi a titolo accessorio, aderiscono ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela relative alle prestazioni e ai servizi assicurativi derivanti da tutti i contratti di assicurazione, senza alcuna esclusione. 2. Con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della giustizia, su proposta dell'IVASS, sono determinati, nel rispetto dei principi, delle procedure e dei requisiti di cui alla parte V, titolo 2-bis, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma 1, i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati, nonché la natura delle controversie, relative alle prestazioni e ai servizi assicurativi derivanti da un contratto di assicurazione, trattate dai sistemi di cui al presente articolo. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità e l'effettività della tutela. 3. Per le controversie definite dal decreto di cui al comma 2, il ricorso al sistema di risoluzione delle controversie di cui al comma 1 è alternativo all'esperienza delle procedure di mediazione e di negoziazione assistita previste, rispettivamente, dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, e dal decreto-legge 12 settembre 2010, n.132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n.162, e non pregiudica il ricorso ad ogni altro strumento di tutela previsto dall'ordinamento".

²⁸¹ Cfr. D. Cerini, *ADR nel settore finanziario*, in *ADR una giustizia complementare*, op. cit., 320-322.

Si tratta, infatti, di sistemi che, nell'attuale versione, ridisegnata ad opera del d.lgs. n. 130/2015 di attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, vantano una serie di caratteristiche comuni: in particolare, possiedono una natura decisoria in cui non è richiesta la presenza fisica delle parti, in ragione dell'elevato tecnicismo documentale del settore; prevedono la possibilità di presentare ricorso presso le competenti istituzioni ADR senza l'assistenza di un legale; tendono alla quasi gratuità di accesso alla procedura per gli utenti o, quantomeno, alla fissazione di costi irrisori, limitati alle spese di registrazione dei ricorsi; ed infine, aderiscono alla rete europea di risoluzione dei conflitti sovranazionali tra utenti ed operatori del settore finanziario, ovvero il c.d. sistema FIN-NET, a cui si è già fatto cenno.

Tuttavia, prima di passare all'analisi delle peculiarità che contraddistinguono gli arbitrati operanti nei diversi settori finanziari a cui si è fatto riferimento, pare opportuno sottolineare come tutt'oggi vigano non poche perplessità in ordine alla natura di questi strumenti: si discute infatti se si possa parlare di giurisdizione, ordinaria o arbitrale, ovvero di semplice attività amministrativa.

Ebbene, nelle prossime pagine si cercherà di ricomporre le orme di un dibattito dottrinale tuttora molto acceso, di dar conto di quali sono le ragioni che conducono verso una direzione, piuttosto che verso un'altra e, specialmente, si metterà in risalto il grado di specializzazione dei Collegi arbitrali, da cui probabilmente deriva una maggior effettività della tutela apprestata alla risoluzione delle controversie del settore finanziario, un settore connotato da una indubbia specialità della disciplina sostanziale.

§ 2. L'incerta natura giuridica ed il capillare ambito di applicazione degli "Arbitri" nel settore finanziario: tra funzione decisoria e tutela effettiva

La disciplina adottata dal legislatore per la regolazione dell'ABF, dell'ACF e, come è possibile immaginare, dell'AAS, fa emergere la necessità di far chiarezza sulla complessa problematica che si presenta all'interprete, nel tentativo di offrire un contributo al dibattito circa i procedimenti dinanzi agli arbitrati del settore

finanziario²⁸². Tale esigenza è da ricondurre, non solo, alla peculiare struttura che li caratterizza, o al tenore letterale della normativa del settore che li regola, ma anche, alla funzione svolta²⁸³, quali strumenti di semplificazione nella risoluzione delle controversie. Ebbene, a fronte di tali analogie, si rende necessaria un'analisi circa la natura dello strumento "arbitrale" adoperato per la risoluzione delle controversie del settore finanziario poiché, come anticipato, esso possiede una struttura peculiare che vale a distinguerlo dagli altri modelli di composizione dei conflitti, collocandosi a metà strada tra una forma di tutela stragiudiziale di tipo rimediabile e uno strumento, seppur sempre stragiudiziale, di composizione dei conflitti.

In primo luogo, a dispetto del proprio *nomen iuris* ABF, ACF e AAS, non condividono i tratti caratteristici dell'arbitrato rituale e, neppure, dell'arbitrato irrituale, o ancora dell'arbitraggio.

Con riferimento specifico all'arbitrato la prima ragione che impedisce una qualificazione del procedimento dinanzi agli arbitri "istituzionali" del settore finanziario all'arbitrato rituale è l'assenza di un accordo fra le parti nel devolvere la controversia a tale organo: in particolare, infatti non esiste alcuna pattuizione precedente, neppure successiva, all'insorgere della controversia che possa essere in qualche modo ricondotta ad una clausola compromissoria, o che possa equipararsi ad un compromesso²⁸⁴. Del resto, infatti, non sussista un accordo tra le parti, che possa considerarsi frutto di una reale estrinsecazione dell'autonomia negoziale privata poiché gli intermediari operanti nei tre settori del panorama finanziario sono obbligati ad aderire ai sistemi di arbitrato, integrando tale adesione la condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria (art. 128-*bis* del TUB), finanziaria (art. 3 del Regolamento Consob) ed assicurativa (art. 187.1 Cod. Ass.), con l'obbligo di comunicare l'intervenuta adesione agli organismi di vigilanza di ciascun settore²⁸⁵. Ciò

²⁸² F. Capriglione, M. Pellegrini, *ABF e supervisione bancaria*, op. cit., 7 e ss.

²⁸³ Cfr. D. Dalfino, *L'ABF e i principi del processo civile: contestazione, "contumacia", onere della prova*, in *Il processo*, 2019, 27 e ss., in cui l'a., circa il caso specifico dell'ABF, afferma che "[Q]ueste caratteristiche- alle quali si aggiungono rapidità, economicità, imparzialità, rappresentatività- ne complicano l'inquadramento sistematico e, dall'altra parte, costituiscono indispensabile guida per operazioni di eventuale etero- integrazione delle fonti (omissis) che lo disciplinano".

²⁸⁴ V. Sangiovanni, *Regole procedurali e poteri decisori dell'arbitro bancario e finanziario*, in *Comm. alla normativa*, 2012, 953 e ss.

²⁸⁵ Cfr. F. Auletta, *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Comm. alla normativa*, 2011, 83 e ss.

nondimeno, poi, secondo una concezione classica di arbitrato come regolato dalle norme del codice di procedura civile interno, entrambi i contraenti devono avere la possibilità di attivare il procedimento arbitrale: il rispetto di un simile requisito, tuttavia, non è previsto dinanzi agli arbitri finanziari, in quanto solo il cliente è legittimato attivo della domanda di tutela.

Colpisce ulteriormente la circostanza per cui la decisione di questi arbitri “istituzionali” sia insuscettibile di acquistare, una volta pronunciata, l’efficacia vincolante tipica del lodo rituale ai sensi dell’art. 825 c.p.c.: le parti, infatti, restano libere di adire l’autorità giudiziaria ordinaria per sottoporre alla stessa la medesima controversia già oggetto di accertamento da parte degli arbitri²⁸⁶. Proprio in considerazione della decisione resa dai Collegi giudicanti, la dottrina²⁸⁷ ha ritenuto che non possa neppure essere prefigurata l’efficacia di legge propria del contratto stipulato tra le parti al pari del lodo irrituale: il *decisum*, infatti, non produrrebbe alcun effetto giuridico vincolante tra le parti, non potendosi pertanto prefigurare alcun tipo di determinazione contrattuale ai sensi dell’art. 808 - *ter* c.p.c.

Alla decisione degli arbitri finanziari la legge riconosce solamente una conseguenza di tipo sanzionatorio di natura reputazionale, di cui si dirà meglio parlando di ciò che accade dopo la sua emanazione. Qui, per ora, basti precisare che al mancato adeguamento dell’intermediario alla decisione del Collegio è riconducibile la soggezione di quest’ultimo ai poteri sanzionatori in capo agli organi di vigilanza: infatti, Banca d’Italia, Consob e Ivass detengono i poteri di vigilanza e sanzionatori tipici della categoria delle *Authorities* amministrative, ciò rendendo impossibile collocare su questo stesso piano i poteri e la natura dei Collegi arbitrali, che restano pur sempre dei procedimenti di risoluzione delle controversie insorte tra le parti²⁸⁸.

²⁸⁶ V. Petrella, *L’arbitrato bancario Finanziario*, in *Disegno sistematico dell’arbitrato*, a cura di C. Punzi, Padova, 2012, 295, ove l’a. esclude la natura tanto rituale, quanto irrituale dell’ABF.

²⁸⁷ C. Consolo- M. Stella, *Il funzionamento dell’ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, 2; F. Auletta, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, op. cit., 88.

²⁸⁸ Cfr. C. Consolo – M. Stella, *Il funzionamento dell’ABF nel sistema delle ADR*, op. cit., 2 in cui gli a., con riferimento specifico all’arbitro per le controversie bancarie finanziarie, affermano che “A mente dell’art. 4 par. III, sez. VI, disp. att., infatti, non il Collegio autonomamente vigila affinché il suo *dictum* riceva regolare attuazione, bensì è la segreteria tecnica a svolgere questo compito e, quando essa rilevi un inadempimento o “nei casi dubbi” (verosimilmente, a fronte di *dicta* più complessi, che prevedono, ad es., l’adeguamento di

In terzo luogo, se il procedimento dinanzi agli arbitri finanziari, come si è detto, difetta dei requisiti propri della decisorietà e della definitività tipici della giurisdizione ordinaria ed arbitrale, nonché dell'autoritarità propria della funzione amministrativa, per definizione essi si distinguono dalla mediazione e dalle altre procedure ADR vigenti. Vero, infatti, che la mediazione si pone alla stregua di uno strumento alternativo al ricorso dinanzi all'ABF, all'ACF, o all'AAS, al fine di integrare la condizione di procedibilità della successiva – ed eventuale- domanda giudiziale (art. 5 d.lgs. n. 28/2010).

Non solo, l'arbitro preposto alla risoluzione delle controversie finanziarie è un organo che molto si differenzia dal mediatore, poiché esso non si frappone tra le parti quale terzo imparziale al fine tentare la conciliazione degli interessi delle parti, formulando una proposta non vincolante, frutto delle rispettive rinunce, cionondimeno destinata ad assumere efficacia di titolo esecutivo, se accettata dai litiganti²⁸⁹. I Collegi arbitrali, infatti, non possono discostarsi dalle richieste delle parti, proponendo una soluzione condivisa²⁹⁰, poiché attraverso l'esercizio di una funzione propriamente decisoria - pronunciata secondo norme di diritto-, si preoccupano di determinare dove risiede il torto e dove la ragione; a ciò aggiungasi poi che gli esiti di ciascuna decisione verranno resi disponibili nell'archivio elettronico pubblico di ciascun arbitro, al fine di favorirne la consultazione e di promuovere migliori pratiche di mercato²⁹¹.

clausole negoziali), a darne notizia al Collegio, Al cui accertamento, che avverrà senza nuovamente sentire le parti, potrebbe dunque ascrivere, a tutto concedere, valore di mero nullaosta endo-procedimentale (a volersi per forza esprimere in questi termini amministrativistici, ripetes) rispetto alla pubblicazione della notizia di inadempimento già constatato dalla Banca d'Italia a mezzo delle segreterie tecniche, e giammai valore ed efficacia di un autonomo atto sanzionatorio". In senso contrario si veda, invece, G. Finocchiaro, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano 2012, 333.

²⁸⁹ Cfr. V. Petrella, *L'arbitrato bancario Finanziario*, op. cit., 294, in cui l'a. sostiene che non possa ravvisarsi "una figura anche solo latamente assimilabile al conciliatore o mediatore nella fase del reclamo all'ufficio a ciò preposto dell'intermediario, mancando, in questa fase, un soggetto terzo che medi tra le parti. L'organo preposto a statuire sul reclamo, infatti, è per definizione interno all'intermediario finanziario".

²⁹⁰ F. P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2004, 1201 e ss.

²⁹¹ P. Sirena, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1370 e ss. In particolare, l'a. evidenzia come la riservatezza costituisca un caposaldo irrinunciabile dei lodi arbitrali, ma che non sia un requisito necessario delle decisioni dei sistemi ADR del settore bancario, poiché queste, omettendo i nomi delle parti, dovrebbero essere rese facilmente disponibili da parte degli intermediari e dei loro clienti, così dando "agli

Certamente, in ragione di quanto si è detto, non si può fare a meno di collocare gli arbitri del settore finanziario nel più ampio panorama delle *Alternative Dispute Resolutions*, intesi in senso lato quali modelli procedurali, che rappresentano un'alternativa alla giurisdizione statale, con la quale condividono il medesimo scopo ultimo, ossia quella di risolvere un conflitto “originatosi tra privati in relazione all'attuazione di un determinato rapporto giuridico”²⁹².

Ebbene, una parte della dottrina²⁹³, si è espressa in merito alla natura di tali strumenti, riconducendoli a strumenti di tutela dei diritti: in particolare, si è sostenuto che seppur questi modelli non si presentino né indifferenti rispetto al metodo, poiché tendendo a ricomporre il conflitto attraverso un procedimento regolato mediante norme formulate *ad hoc*, in cui vige la regola del rispetto del contraddittorio tra le parti; allo stesso tempo non sono neppure indifferenti rispetto al risultato in quanto, come si è detto, la composizione del conflitto avviene attraverso l'applicazione di norme di diritto, le quali conducono ad una soluzione che sia sperabilmente giusta, ossia in grado di stabilire i motivi per cui una delle parti abbia ragione e l'altra torto²⁹⁴.

Ciononostante, di contro, si è autorevolmente sostenuto che questi arbitri debbano essere considerati quali procedimenti *sui generis*²⁹⁵, il cui obiettivo sarebbe quello di

intermediari la possibilità di migliorare ulteriormente il proprio grado di *compliance* e ai clienti di minimizzare il rischio di selezione avversa nelle loro scelte di mercato”.

²⁹² In questo senso G. Guizzi, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le Società*, 2011, 1216, in cui l'a. prendendo le mosse da un articolo del prof. Michele Taruffo, afferma che “nell'ambito degli strumenti preordinati alla definizione di una controversia tra contrapposte pretese è sempre possibile- ed anzi necessario- operare una distinzione tra «strumenti che hanno per obiettivo la mera risoluzione del conflitto» e quelli che, viceversa, «mirano a tutelare un diritto». Una distinzione, questa, estremamente importante – come segnalava sempre Taruffo- perché mentre rispetto ai primi quello che conta è principalmente il risultato- ossia che il conflitto venga superato- potendo anche restare irrilevanti i metodi a cui tale obiettivo si consegue, gli strumenti preordinati a realizzare la tutela di diritti non sono mai indifferenti né al metodo né al risultato”.

²⁹³ Si veda sul punto le considerazioni di G. Guizzi, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, op.cit., 1217; si veda altresì quanto sostenuto da C. Consolo- M. Stella, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, op. cit., 3 e ss., i quali ritengo che l'ABF debba piuttosto essere considerato come un procedimento *sui generis* che come un procedimento contenzioso vero e proprio.

²⁹⁴ A. Tucci, *L'arbitro bancario finanziario tra trasparenza bancaria e giurisdizione*, in *Banca e Borsa*, 2019, 623 e ss.

²⁹⁵ Si veda G. Conte, *Arbitro Bancario e Finanziario*, a cura di L. Balestra, R. Di Raimo, D. Maffei, M. Maggiolo, M. Marinaro, R. Natoli, S. Pagliantini, G. Recinto, con il coordinamento di L. Vigoriti, N. Rumine, Milano, 2021, 14 e ss.; cfr. anche C. Consolo- M. Stella, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, op. cit., 3 e ss.

prevenire l'insorgere di una controversia, mostrando alle parti, in una fase anche pre-giurisdizionale, quale potrebbe essere il possibile esito della causa una volta proposta la domanda dinanzi al giudice ordinario. Da un lato, infatti, è evidente che una valutazione *ex ante* sull'esito finale della lite condotta da un organo tanto specializzato, dovrebbe costituire un deterrente circa l'opportunità di investire un giudice della medesima lite. Dall'altro, la stessa Corte costituzionale, con sentenza del 21 luglio 2011, n. 218, ha espressamente negato il carattere giurisdizionale di tali forme arbitrali, escludendone la natura di procedimenti contenziosi, in assenza di un valore imperativo delle decisioni per le parti coinvolte²⁹⁶.

Non è mancato, tuttavia, neppure chi sin dal principio abbia ricondotto in capo a questi arbitri il compito di dirimere un conflitto, fornendo una soluzione autoritativa²⁹⁷ alla controversia, piuttosto che di mediazione degli interessi in gioco, in una logica di prosecuzione del rapporto esistente tra cliente ed intermediario²⁹⁸.

Ad ogni buon conto, si ritiene che gli arbitri del settore finanziario possano di fatto rappresentare delle peculiarità rispetto alla giurisdizione del giudice ordinario, ai meccanismi ADR presenti nel nostro ordinamento e, nondimeno, rispetto sia all'arbitrato rituale che irrituale, tali da renderli un *unicum* nel quadro procedimentale interno.

Dunque, ad oggi, si ritiene di poter guardare all'ABF, all'ACF e all'AAS come strumenti che svolgono, anche solo indirettamente, dapprima una funzione preventiva, rispetto all'insorgere del conflitto, poiché in ragione della specializzazione dell'organo giudicante, tali collegi sono in grado di anticipare quello che dovrebbe

²⁹⁶ Cfr. sul punto G. Costantino, *L'istituzione dell'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in studi offerti a Giovanni Verde, in *Il Foro It.*, 2010, 278 e ss., in cui l'autore ritiene che le decisioni dell'arbitro non possiedano nessuno dei c.d. "ammennicoli" della pronuncia idonea a passare in giudicato. Si affronterà più nel dettaglio la pronuncia della Consulta parlando del ruolo della decisione degli arbitri e di ciò che accade una volta emessa la pronuncia da parte dei Collegi (§§ 3 e 4, cap. II).

²⁹⁷ A. V. Guccione, C. A. Russo, *L'arbitro Bancario Finanziario*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2010, 475 e ss., citata anche in nota da V. Petrella, *L'arbitrato bancario Finanziario*, op. cit., 297.

²⁹⁸ Secondo V. Petrella, *L'arbitrato bancario Finanziario*, op. cit., 296 e ss., tale impostazione è sorretta dall'idea per cui "il cliente, all'atto della iscrizione del ricorso, deve aver proposto già un reclamo al competente ufficio o comunque alla preposta struttura messa a disposizione dall'intermediario, con la conseguenza che, come è evidente, solo in caso di mancato accoglimento del reclamo il cliente avrà motivo di rivolgersi all'ABF. In altre parole, la controversia è già insorta al momento in cui il cliente si rivolge all'ABF e le parti da sole non sono state in grado di trovare una soluzione concordata".

essere il contenuto della sentenza di merito; e, solo successivamente, anche una funzione deflattiva, ove l'intermediario adempia spontaneamente, ovvero il cliente si "accontenti" della statuizione resa dai collegi giudicanti. Con la differenza, tuttavia, che, laddove ciò non accada, quella decisione non avrà alcuna efficacia confermativa delle situazioni giuridiche sostanziali facenti capo alle parti dinanzi alla giurisdizione statale, ove certamente però manca la presenza di un giudice adeguatamente specializzato.

Ma prima di parlare della specializzazione dell'organo giudicante, che con ogni probabilità costituisce la ragione di una tutela più marcata, ovvero il *quid pluris* di tali strumenti, nonché del provvedimento degli organi collegiali arbitrali, giova ripercorrere la struttura procedimentale di ciascun arbitro, rispettivamente ABF, ACF e AAS.

2.1. (segue) *Le disposizioni sul procedimento dinanzi all'Arbitro bancario finanziario (ABF)*

Come noto, nell'ambito della riforma della tutela del risparmio, l'art. 29, d.lgs. n. 262/2005, ha introdotto l'art. 128- *bis* all'interno del TUB, aprendo così la strada alla creazione di un nuovo strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie che, attraverso l'*iter* di cui si è dato conto nelle pagine che precedono, ha preso il nome di Arbitro bancario finanziario²⁹⁹.

In particolare, l'art. 29 stabilisce che i soggetti di cui all'art. 115 TUB – ovvero i soggetti sottoposti alla disciplina in materia di trasparenza, ossia gli intermediari finanziari e le banche- aderiscono ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela, rimettendo, invece, ad una delibera del Comitato Interministeriale per il credito e il risparmio (CICR), su proposta della Banca d'Italia, il compito di regolare i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie che possano garantire rapidità, economicità ed effettività.

²⁹⁹ G. Costantino, *La istituzione dell'«Arbitro Bancario Finanziario»* op. cit., 301 e ss.; G. Finocchiaro, *L'arbitro bancario finanziario tra funzione di tutela e di vigilanza*, op. cit., 11; F. Auletta, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, op. cit., 85 e ss.; F. Capriglione, M. Pellegrini, *ABF e supervisione bancaria*, ultm. op. cit., 7.

È certamente alla delibera CICR n. 275 del 2008³⁰⁰, a cui si deve fare menzione per determinare, da un lato, i presupposti oggettivi di operatività dell'ABF che, peraltro, rimangono immutati nonostante l'intervento riformatore del 2020³⁰¹ - frutto della c.d. terza riforma dell'arbitrato³⁰² - e, dall'altro lato, i presupposti relativi all'ambito di applicazione soggettivo.

Anzitutto, dal punto di vista soggettivo, mentre l'art. 128 – *bis* TUB³⁰³, circoscrive la cognizione dell'ABF alle controversie insorte tra “cliente” e “intermediario”, l'art. 1, lett. a) della delibera, individua nel “cliente”, il soggetto che ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale³⁰⁴ avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento: l'espressione volutamente generica, ricomprende nel novero dei legittimati attivi a ricorre all'ABF, sia le persone fisiche sia quelle giuridiche³⁰⁵. Il regolamento, tra l'altro, non pone nemmeno particolari limitazioni in ordine alla categoria di appartenenza del cliente, potendo questi rivestire la qualifica sia di “consumatore” quanto di “professionista”; esso

³⁰⁰ Disponibile in <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/delibere-cicr/delibera-20080729-275/D-275-290708.pdf>.

³⁰¹ In G. U., 20 luglio 2020, n. 181, recante: “Modifiche della delibera CICR n. 275, del 29 luglio 2008- Risoluzione stragiudiziale delle controversie; G.U., 29 agosto 2020, n. 215, recante “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari”.

³⁰² N. Soldati, *La terza riforma dell'arbitro bancario finanziario*, op. cit., 1548, in cui l'a. spiega che “Il CICR, con decreto del 10 luglio 2020, ha provveduto, su proposta della Banca d'Italia, formulata d'intesa con la Consob, ai sensi dell'art. 127, comma 3, TUB, a modificare la precedente delibera CICR, fornendo le linee guida per la novellazione dell'ABF, considerata la necessità di accrescere l'efficienza e la funzionalità dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie per offrire una soluzione trasparente, semplice, rapida ed equa alle controversie tra clienti e intermediari. A questo punto la Banca d'Italia, con proprio provvedimento in data 12 agosto 2020, ha provveduto ad emanare le nuove disposizioni sui sistemi di risoluzione alternativa delle controversie in materia di operazioni e servizi finanziari, realizzando l'allineamento con le previsioni della direttiva 2013/11/UE e del relativo d.lgs. di trasposizione n. 130 del 2015, con l'obiettivo di ridurre i tempi di risposta alla clientela e migliorare l'organizzazione dei lavori dei Collegi territoriali”.

³⁰³ La normativa di riferimento dell'ABF, tra cui l'art. 128 –*bis* TUB, è disponibile sulla piattaforma dell'arbitro ed è agevolmente consultabile in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/normativa/index.html>.

³⁰⁴ La disposizione di legge non prevede solo l'ipotesi in cui il rapporto possa essere in atto («ha» un rapporto contrattuale) ma anche quella in cui questo rapporto si possa essere esaurito («ha avuto» un rapporto contrattuale): in questo senso, infatti, la delibera vuole tutelare anche quelle situazioni in cui il rapporto contrattuale non sia più esistente, non impedendo ciò solo al cliente di arrivare la procedura nei confronti della banca, ferma restando naturalmente l'eventuale prescrizione del diritto che si fa valere.

³⁰⁵ V. Sangiovanni, *Regole procedurali e poteri decisori dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Le Società*, 2012, 953 e ss.

specifica, invece, che non rientrano nella definizione di cliente: i soggetti che svolgono, in via professionale, l'attività di intermediazione finanziaria nei settori bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale, fatto salvo il caso in cui agiscano per scopi estranei all'attività professionale.

Sempre sul piano dei soggetti legittimati attivi, merita di essere segnalato il potere di intervento riconosciuto dalle recenti disposizioni normative³⁰⁶ della disciplina sul funzionamento dell'ABF in capo al Prefetto. Tale intervento, si applica qualora “la contestazione alla banca tragga origine dalla mancata erogazione, dal mancato incremento o dalla revoca di un finanziamento, dall'inasprimento delle condizioni applicate a un rapporto di finanziamento o da altri comportamenti della banca conseguenti alla valutazione del merito di credito del cliente”³⁰⁷. In questi casi, a seguito di un'istanza presentata al cliente secondo la procedura prevista dall'art. 27 – *bis*, comma 1 – *quinqüies*³⁰⁸, -decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1-sarà il Prefetto³⁰⁹ stesso ad avviare la procedura di presentazione del ricorso, mediante la trasmissione della documentazione necessaria, alla segreteria tecnica del Collegio competente secondo quando previsto dalle disposizioni di cui alla Sezione VI – *bis*³¹⁰.

³⁰⁶ Tale disciplina è attualmente contenuta nelle Sezione VI - *bis* delle disposizioni sul funzionamento dell'ABF, pag. 23, ovvero in https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/disp_mod_ABF_021116.pdf. La modifica si riferisce all'intervento riformatore apportato dall'art. 1, comma 1 – *quinqüies* della l. 18 maggio 2012, n. 62 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 24 marzo 2012, n. 29, concernente disposizioni urgenti recante integrazioni al decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 e al decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214”, disponibile nella G. U. del 21 maggio 2012, n. 117.

³⁰⁷ Per maggiori chiarimenti, si veda in proposito la decisione del Collegio ABF di Milano del 22 novembre 2013, n. 6026, ove si afferma che la segnalazione avveniva grazie all'intervento prefettizio. Disponibile in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2013/11/Dec-20131122-6026.PDF>

³⁰⁸ G. Finocchiaro, *L'arbitro bancario finanziario tra funzione di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012, 441, secondo cui tale intervento legislativo “permette ai risparmiatori di venire a conoscenza dei casi in cui le banche presso cui hanno depositato i propri risparmi, hanno negato il credito a soggetti meritevoli ovvero hanno concesso credito a soggetto immeritevoli, mettendoli così nella condizione di poter scegliere di affidare i risparmi alla banca che non dissipa i capitali ricevuti dalla clientela, facendo credito a chi non lo merita e negandolo a chi lo merita”.

³⁰⁹ Si veda a tal proposito l'approfondimento condotto da A. Pierucci, *L'arbitro bancario e finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. comm.*, 2014, 831 e ss.

³¹⁰ In particolare, così dispone “La procedura di ricorso all'ABF è avviata dal prefetto, che a tal fine trasmette alla segreteria tecnica del Collegio competente una segnalazione contenente

Quanto alla nozione di “intermediari”, invece, per essi devono intendersi le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell’elenco di cui all’art. 106 TUB³¹¹ che operano nei

la seguente documentazione: a) l’istanza con la quale il cliente, secondo le modalità stabilite dall’Amministrazione degli Interni, chiede al prefetto di avviare la procedura prevista dall’articolo 27-bis, comma 1-*quinquies*, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1; b) l’invito a fornire una risposta argomentata sulla meritevolezza del credito che il prefetto ha formulato alla banca ai sensi dell’articolo 27-bis, comma 1-*quinquies*, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1; c) la risposta della banca all’invito indicato alla lettera b), nella quale essa è tenuta a formulare osservazioni anche sugli eventuali rilievi sollevati dal cliente o dal prefetto; d) una relazione con la quale il prefetto motiva le ragioni per le quali ritiene necessario sottoporre la questione all’ABF e riporta l’oggetto del ricorso. Qualora il prefetto intenda formulare richieste o indicare fatti sui quali la banca non ha avuto modo di esprimere le proprie difese nella risposta di cui al punto c), il prefetto acquisisce le controdeduzioni della banca su tali aspetti, ne tiene conto ai fini della relazione e le invia alla segreteria tecnica, unitamente alla documentazione indicata ai punti precedenti. Il prefetto può effettuare la segnalazione all’ABF anche se la banca non fornisce la risposta prevista al punto c) o le controdeduzioni indicate al punto d) entro 30 giorni dalla ricezione della relativa richiesta ovvero entro il diverso termine fissato dall’Amministrazione degli Interni. La segnalazione del prefetto è inviata contestualmente al cliente e alla banca. Ai ricorsi proposti ai sensi della presente sezione non si applicano: - la sezione V, paragrafo 2, limitatamente al contributo alle spese di procedura a carico del cliente; - le disposizioni sul reclamo e sulle modalità di presentazione del ricorso contenute nella sezione VI, paragrafo 1”.

³¹¹ La norma prevede: 1. L’esercizio nei confronti del pubblico dell’attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d’Italia. 2. Oltre alle attività di cui al comma 1 gli intermediari finanziari possono: 1. a) emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell’articolo 114 -*quinquies*, comma 4, e iscritti nel relativo albo, oppure prestare solo servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell’articolo 114 -*novies*, comma 4, e iscritti nel relativo albo; 2. b) prestare servizi di investimento se autorizzati ai sensi dell’articolo 18, comma 3, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; 3. c) esercitare le altre attività a loro eventualmente consentite dalla legge nonché attività connesse o strumentali, nel rispetto delle disposizioni dettate dalla Banca d’Italia. 3. Il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita la Banca d’Italia, specifica il contenuto delle attività indicate nel comma 1, nonché in quali circostanze ricorra l’esercizio nei confronti del pubblico. In particolare, il d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141, nell’ottica del recepimento della Direttiva comunitaria n. 48/2008/CE, ha rivisitato completamente la normativa relativa agli intermediari finanziari del Titolo V del TUB. Invero, la nuova formulazione dell’art. 106 ha attribuito al Ministro dell’Economia e delle Finanze, sentita la Banca d’Italia, il compito di specificare “il contenuto delle attività indicate nel comma 1, nonché in quali circostanze ricorra l’esercizio nei confronti del pubblico”. Con il Decreto MEF del 2 aprile 2015 n. 53 si è provveduto a definire l’attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma (art. 2) ed il suo esercizio nei confronti del pubblico (art. 3). La concessione di credito, il rilascio di garanzie sostitutive del credito e gli impegni di firma, rappresentano ad oggi le attività che un intermediario di cui all’art. 106 può esercitare (oltre ad attività di *servicing* ed ulteriori attività definite come connesse e strumentali rispetto a quella principale). In particolare poi, l’art. 3 del Decreto Ministeriale ha definito quali siano le condizioni che debbano ricorrere affinché l’attività di concessione di finanziamenti sia da considerarsi esercitata “nei confronti del pubblico” e quando, invece, la stessa non sia da ritenersi tale: così, qualora l’attività sia svolta “nei confronti di terzi” e “con carattere di

confronti del pubblico, gli istituti di moneta elettronica, Poste italiane S.p.A. (in merito ai servizi di bancoposta), le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal titolo VI del TUB, nonché gli istituti di pagamento.

Dal punto di vista definitorio, la delibera poi provvede ad individuare anche l'ambito di applicazione oggettivo; in particolare, dispone che possano essere sottoposte all'ABF "tutte le controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti obblighi e facoltà", relative a operazioni e servizi bancari e finanziari, con l'esclusione di quelli non assoggettati al titolo VI TUB ai sensi dell'art. 23, comma 4, decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, recante "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria"³¹² che concernono "l'accertamento di diritti, obblighi, facoltà, purché l'eventuale somma oggetto di contestazione tra le parti non sia superiore a 100.00 euro o al maggior valore previsto dalla Banca d'Italia"³¹³.

Al contrario, si può affermare che rimangono escluse dalla cognizione dell'organo decidente "le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario", nonché "le questioni relative a beni materiali o servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati"³¹⁴. Del

professionalità" ricorrono i presupposti perché il soggetto che la esercita debba iscriversi nell'Albo degli intermediari finanziari di cui all'art. 106.

³¹² Il riferimento è al TUF, come riportato all'art. 1, lett. b, della delibera CICR n. 275/2008.

³¹³ Cfr. V. Sangiovanni, *Regole procedurali e poteri decisori dell'Arbitro Bancario Finanziario*, op. cit., 957, in cui l'a. afferma che "[C] con riferimento alla distinzione fra contratti «bancari» e contratti «d'intermediazione finanziaria», la terminologia usata nella deliberazione CICR può risultare fuorviante: in tale sede si distingue difatti, letteralmente, fra servizi «bancari» e «finanziari». Mentre non sussistono particolari problemi in ordine all'individuazione dei servizi di tipo bancario, più complessa appare l'esatta definizione dei servizi «finanziari». Il termine «finanziario» può in effetti fare riferimento sia a fattispecie di finanziamento in senso stretto come avviene ad esempio nel contratto di mutuo (situazioni caratteristiche del diritto bancario) sia a rapporti d'intermediazione finanziaria. In quest'ultimo ambito esiste tuttavia un apposito e separato procedimento di conciliazione davanti alla Consob. L'art. 23, comma 4, TUF consente di distinguere fra le controversie assoggettate al procedimento davanti all'ABF e quelle escluse (e pertanto rientranti in altre tipologie di *alternative dispute resolution*, ADR, di natura generale oppure concernenti l'intermediazione finanziaria davanti alla Consob). Il suo contenuto precettivo consiste nell'affermazione che le disposizioni del titolo VI TUB. non si applicano ai servizi e attività d'investimento. In definitiva l'area dei contratti d'intermediazione finanziaria rimane esclusa dall'ambito di operatività dell'ABF", poiché oggi essa è devoluta alla competenza dell'ACF.

³¹⁴ Cfr. A.V. Guccione, C. A. Russo, *L'arbitro Bancario Finanziario*, op. cit., 482.

resto, non possono essere proposti neppure i ricorsi relativi a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, rimesse a decisione arbitrale, ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione o mediazione³¹⁵; sebbene, in quest'ultimo caso, è prevista, per l'ipotesi di fallimento di una procedura già intrapresa, la possibilità di ricorrere comunque all'ABF, con ricorso da proporsi entro il termine di dodici mesi dalla mancata di riuscita della procedura.

Non solo, come si è visto la norma, con riferimento alla competenza, contempla anche un limite di valore, prevedendo però che la Banca d'Italia possa indicare un differente valore rispetto ai centomila euro, originariamente previsti dalla delibera. Invero, tale limite, è stato oggi elevato a duecentomila³¹⁶ euro e si riferisce soltanto alla quantificazione fatta dal ricorrente in fase di proposizione della domanda, in merito alle controversie aventi ad oggetto la corresponsione di somme di denaro, poiché invece possono essere assoggettate alla competenza dell'ABF tutte quelle controversie relative all'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale ineriscono³¹⁷.

Certamente la *ratio* della norma, nella precedente versione, in cui prevedeva un limite di competenza per valore di centomila euro³¹⁸, aveva risentito dell'influsso delle

³¹⁵ Cfr. N. Soldati, *La terza riforma dell'arbitro bancario finanziario*, op. cit., 1553, il quale ricorda anche che “nel caso di azione collettiva risarcitoria, di cui all'articolo 140 -bis del Codice del Consumo, la controversia si intende sottoposta all'autorità giudiziaria dal momento in cui il consumatore o utente aderisce all'azione collettiva; in ogni caso, non possono essere sottoposte all'ABF le controversie per le quali sia intervenuta la prescrizione ai sensi della disciplina generale”.

³¹⁶ N. Soldati, *La terza riforma dell'arbitro bancario finanziario*, op. cit., 1554, secondo cui “risulta assolutamente condivisibile l'innalzamento del limite di competenza per valore che consente, quindi, di ampliare la tutela offerta dall'ABF ed è previsto sia per i consumatori, sia per i non consumatori, in modo da permettere a tutti i clienti di banche e intermediari finanziari di ricorrere all'ABF per importi superiori a quelli originariamente previsti”.

³¹⁷ Cfr. sul punto Ruperto, *L'arbitro bancario finanziario*, op.cit., 342 in nota N. Soldati, *La terza riforma dell'arbitro bancario finanziario*, op. cit., 1554, ove afferma che “soggiacciono pertanto al limite di valore le ipotesi in cui, ad esempio, oggetto della controversia siano titoli o altri valori diversi dal denaro, oppure il calcolo di interessi. Non vi soggiacciono invece le liti non riferibili a una «attribuzione», come nel caso in cui il cliente pretenda l'accesso a una cassetta di sicurezza, o la conclusione (o modificazione) di un contratto a determinate condizioni”.

³¹⁸ Il riferimento alla soglia di valore di centomila euro è stato ritenuto applicabile ai ricorsi presentati fino al 3 settembre 2020. Ciò aveva ingenerato diversi dubbi circa la possibilità, per il creditore, di chiedere l'adempimento frazionato del credito. Tale possibilità è stata negata dai Collegi territoriali, come illustrato anche nelle “Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario”. Sul punto, in senso favorevole invece si veda G. Costantino, *La istituzione dell'«Arbitro Bancario Finanziario»*, op. cit., 301.

politiche europee sulla risoluzione stragiudiziale delle controversie rientranti nell'ambito delle c.d. *small claims*. Tuttavia, nel corso degli anni, tale vizio d'origine ha necessitato di una modifica soprattutto in ragione dell'elevato numero di controversie non consumeristiche istaurate dinanzi all'ABF, quale strumento apprestato dal legislatore per la risoluzione stragiudiziale delle controversie nel settore bancario.

La delibera CICR e le disposizioni della Banca d'Italia prevedono poi una duplice ulteriore limitazione nella presentazione del ricorso da parte del cliente legata alla competenza temporale: da un lato, infatti, la delibera CICR dispone che il termine massimo intercorrente tra il reclamo proposto innanzi l'ufficio reclami dell'intermediario convenuto e il ricorso all'ABF debba essere di dodici mesi³¹⁹ e, dall'altro lato, le Disposizioni di funzionamento dell'ABF prevedono un limite temporale entro cui collocare le operazioni ed i comportamenti della banca che si intendono censurare con il ricorso. Con riferimento specifico al secondo limite, le norme prevedevano che non potessero essere sottoposto all'ABF le controversie sorte anteriormente al gennaio 2009; tuttavia, tale limite è stato oggi superato con la previsione di un termine c. d. mobile di sei anni³²⁰ antecedente al deposito al ricorso.

Va detto ancora che, in attuazione della normativa di riferimento, l'Arbitro bancario Finanziario è costituito da un organo decidente e da una segreteria tecnica la cui attività, svolta mediante risorse proprie della Banca d'Italia, consiste nella gestione della ricezione dei ricorsi, nella predisposizione dei fascicoli istruttori di ciascun ricorso, nonché nell'ausilio ai Collegi giudicanti nello svolgimento di quelle attività prodromiche alla decisione del ricorso.

³¹⁹ Cfr. N. Soldati, *La terza riforma dell'arbitro bancario finanziario*, op. cit., 1558, in cui l'a. sostiene che "Il primo termine ha carattere eminentemente ordinatorio e non comporta alcuna decadenza in capo al cliente: infatti, laddove sia già trascorso più di un anno dall'esito del reclamo, il cliente al fine di evitare l'irricevibilità del proprio ricorso, potrà presentare un nuovo reclamo. Risulta pienamente condivisibile la posizione della Banca d'Italia che ha ritenuto tale termine idoneo a consentire un'adeguata interlocuzione tra l'intermediario e il cliente e l'eventuale esplorazione di strade alternative che permettano di raggiungere un accordo transattivo".

³²⁰ Cfr. Sez. I, par. 4 in https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/Disposizioni_ABF.pdf.

Quanto all'organo decidente esso si compone di sette Collegi arbitrali³²¹ istituiti su base territoriale, aventi sede rispettivamente a Milano, Torino, Bologna, Roma, Napoli, Bari e Palermo, la cui competenza per territorio è determinata dal domicilio del cliente dichiarato nel ricorso. Ciascun Collegio decide con la partecipazione di cinque membri³²², tra cui un presidente e due arbitri nominati da Banca d'Italia, uno scelto dalle associazioni di categoria volta in volta coinvolte nella seduta (es. associazione consumatori) e uno individuato dagli intermediari di settore, in modo tale da garantire che la composizione di ciascun Collegio possa assicurare un'equa rappresentatività degli interessi coinvolti a livello collettivo³²³. Proprio in tal senso,

³²¹ Il Collegio con sede in Milano è competente per la decisione dei ricorsi proposti dai clienti aventi il proprio domicilio in Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Trentino Alto-Adige e Veneto; il Collegio con sede in Roma è competente per la decisione dei ricorsi presentati dai clienti aventi il proprio domicilio in Abruzzo, Lazio, Marche ed Umbria, nonché per i clienti aventi il proprio domicilio in uno Stato estero; il Collegio di Napoli è competente per la decisione dei ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in Campania e in Molise; il Collegio di Torino è competente per la decisione dei ricorsi avanzati da clienti aventi il proprio domicilio in Liguria, Piemonte e Valle D'Aosta; quello con sede in Bologna è competente per la decisione dei ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in Emilia Romagna e Toscana; il Collegio di Bari è competente per la decisione dei ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Basilicata, Calabria e Puglia; infine, il Collegio di Palermo è competente per la decisione dei ricorsi proposti da clienti aventi il proprio domicilio nelle isole di Sardegna e Sicilia.

³²² Cfr. Sezione II, par. 2 delle Disposizioni di funzionamento dell'ABF, in cui si riporta quanto segue "Ciascun Collegio dell'organo decidente è costituito da cinque membri: a) il Presidente e due membri scelti dalla Banca d'Italia; b) un membro designato dalle associazioni degli intermediari; c) un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti. I criteri di imparzialità e di rappresentatività dell'organo decidente fissati dalla legge richiedono, secondo le indicazioni formulate dal CICR, che la composizione dei Collegi sia tale da assicurare effettiva rappresentanza ai soggetti portatori dei diversi interessi coinvolti. Per quanto riguarda il componente di cui alla lettera b), la designazione è rimessa a organismi associativi che presentino requisiti di ampia diffusione territoriale e di adeguata rappresentatività degli intermediari. La Banca d'Italia procede al riconoscimento degli organismi associativi che possono partecipare alla designazione del componente espresso dagli intermediari su istanza degli organismi stessi, verificando la sussistenza dei predetti requisiti (2). La designazione del componente espresso dalle associazioni rappresentative dei clienti (lettera c) è effettuata: — per i consumatori, dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti (CNCU) di cui all'articolo 136 del Codice del Consumo; — per le altre categorie di clienti, da associazioni di categoria che raccolgono, anche attraverso accordi con altre associazioni di categoria, un significativo numero di clienti distribuiti sull'intero territorio nazionale e che hanno svolto attività continuativa nei tre anni precedenti. Nell'effettuare la designazione le associazioni degli intermediari e quelle rappresentative dei clienti attestano di aver verificato la sussistenza dei requisiti previsti nel successivo paragrafo 3 (3). Ai fini degli adempimenti di competenza, la Banca d'Italia può chiedere l'esibizione della relativa documentazione. I componenti dell'organo sono nominati con provvedimento della Banca d'Italia".

³²³ Le Disposizioni, alla Sezione 2, par. 3 individuano i requisiti che ciascun componente l'organo decidente deve possedere, in particolare "I componenti dell'organo debbono

degno di nota è anche il fatto che i Collegi territoriali siano affiancati da un Collegio di coordinamento, con sede in Roma: quest'ultimo non riceve direttamente i ricorsi dalla clientela, ma vengono ad esso demandati da ciascuno dei setti Collegi territoriali quei ricorsi aventi ad oggetto questioni di particolare importanza, ovvero che hanno originato – o da cui possono originare- orientamenti differenti tra gli stessi Collegi. Mentre da un lato, in veste quasi di giudice di legittimità, il Collegio di coordinamento, nel decidere il ricorso oggetto di rimessione, anzitutto stabilisce il principio di diritto che i Collegi territoriali saranno tenuti a seguire per decidere i ricorsi futuri, ed ove intendano discostarsi, questi dovranno indicarne le ragioni; dall'altro lato, in veste quasi nomofilattica³²⁴, si propone di dirimere eventuali contrasti interpretativi, così assicurando una coerenza delle decisioni tale da garantire certezza e stabilità al mercato, nonché agli operatori.

Come detto più volte, il ricorso all'ABF quale sistema di risoluzione delle controversie non sostituisce il ricorso alla giustizia ordinaria, ma presuppone un effettivo dialogo tra l'intermediario e il cliente, volto ad incentivare una composizione bonaria della controversia che, per questo, deve essere necessariamente preceduto dall'avvio della fase di reclamo³²⁵ avanti all'ufficio reclami dell'intermediario, poiché condizione di procedibilità del ricorso stesso: sarebbe altrimenti irragionevole, per

possedere requisiti di esperienza, professionalità, integrità e indipendenza. Essi sono scelti tra docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno dodici anni, magistrati in quiescenza, ovvero altri soggetti con idonea formazione giuridica o economica e adeguata esperienza (1); tutti i componenti devono essere in possesso di una significativa e comprovata competenza in materia bancaria, finanziaria o di tutela dei consumatori. In considerazione della necessità di garantire un impegno attivo e costante dei componenti dell'organo decidente sono valutati, tra l'altro: i) il numero e la gravosità di altri incarichi già ricoperti; ii) l'età anagrafica del componente; iii) la prossimità del luogo di residenza o domicilio con la sede del Collegio”.

³²⁴ Cfr. in questo senso, G. Conte, *Arbitro Bancario e Finanziario*, op. cit., 35 e ss.

³²⁵ Si veda Sezione VI, par. 1, Disposizioni ABF, rubricato “Avvio del procedimento” in cui si porta quanto segue: “Il ricorso all'ABF è preceduto da un reclamo preventivo all'intermediario (1). Il reclamo è effettuato secondo le modalità previste dalla disciplina di trasparenza dei servizi bancari e finanziari. Inoltre, le procedure interne adottate dall'intermediario devono assicurare che l'ufficio o il responsabile della gestione dei reclami: — si mantenga costantemente aggiornato in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, attraverso la consultazione dell'archivio elettronico delle decisioni dei Collegi pubblicato su internet ai sensi della sezione IV, paragrafo 2; — valuti i reclami pervenuti anche alla luce dei predetti orientamenti, verificando se la questione sottoposta dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise dai Collegi e considerando le soluzioni adottate in tali casi”.

ragioni di economia processuale, attivare la procedura ABF qualora non ve ne sia realmente il bisogno.

Diversamente, in forza dell'art. 5 delibera CICR n. 275/2008, ove il cliente sia rimasto insoddisfatto della procedura di reclamo, ovvero lo stesso non abbia avuto alcun riscontro nel termine di sessanta giorni, questi potrà legittimamente avviare il procedimento dinanzi all'ABF, presentando il proprio ricorso in forma telematica, anche senza l'assistenza di un avvocato³²⁶.

La segreteria tecnica invia tempestivamente il ricorso all'intermediario, il quale entro il termine perentorio di trenta giorni dovrà trasmettere le proprie controdeduzioni unitamente a tutta la documentazione utile ai fini della valutazione del ricorso; ancora, entro il termine perentorio di venticinque giorni dalla ricezione delle controdeduzioni, il cliente potrà far pervenire una memoria di replica, su cui l'intermediario potrà prendere posizione con una memoria di controreplica entro l'ulteriore termine perentorio di quindici giorni dalla ricezione delle repliche del ricorrente³²⁷.

Si tratta certamente di una scansione temporale che non solo permette di ripartire il termine complessivo di novanta giorni previsto per il completamento del fascicolo, ma anche di instaurare un efficace contraddittorio tra le parti e di allegare la documentazione necessaria ai fini della decisione; non si dimentichi, infatti, che il sistema, in assenza di poteri istruttori riconosciuti all'Organo decidente, questi non può pronunciarsi se non sulla base dei documenti e degli atti prodotti dalle parti. Del resto, nella sua ormai pluriennale operatività, nel rispetto delle norme di legge nonché dei principi di funzionamento, si può affermare che l'ABF abbia elaborato dei principi ed una prassi atti a garantire l'efficienza del procedimento³²⁸.

Certamente, in questo contesto, porsi il problema dell'applicabilità delle disposizioni e dei principi che regolano il diritto processuale civile può avere un senso solo nella misura in cui questi principi si vogliano applicare ai momenti sostanziali del procedimento, il quale, seppur non possieda una natura giurisdizionale, è suscettibile di produrre effetti che possono essere considerati rilevanti per gli interessi delle

³²⁶ Cfr. D. Dalfino, *L'ABF e i principi del processo civile: contestazione, "contumacia", onere della prova*, op. cit., 32.

³²⁷ Per maggiori approfondimenti si veda in https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/Disposizioni_ABf.pdf.

³²⁸ D. Cerini, *ADR nel settore finanziario*, in *ADR una giustizia complementare*, op. cit., 316.

parti³²⁹; in particolare, perciò, si ritengono applicabili il principio della domanda, il principio di imparzialità, il principio dispositivo, nonché il principio del contraddittorio³³⁰. Invero, le disposizioni espressamente prevedono che il cliente-ricorrente non possa ampliare il contenuto della domanda proposta e che, allo stesso modo, resta preclusa all'intermediario la possibilità di proporre ulteriori eccezioni processuali e di merito relative alle circostanze già esposte nell'atto introduttivo che non siano state oggetto di contestazione nelle controdeduzioni³³¹; del pari all'arbitro non è concesso neppure l'esame di questioni su cui non sia stato sollecitato il contraddittorio tra le parti.

Al termine di questo *iter* in contraddittorio cartolare, la segreteria tecnica, dopo aver svolto un preliminare esame delle questioni sottese al ricorso, o dopo aver individuato eventuali cause di inammissibilità – spesso legate a vizi procedurali quali l'incompetenza *ratione materiae*, *ratione temporis*, ovvero per valore - comunica alle parti la data in cui il fascicolo si considera completo e predisporre altresì una relazione istruttoria, corredata di ogni documento utile per la decisione da inviare al Collegio.

L'Organo decidente, sulla base del novellato art. 6 della delibera CICR, si pronuncia entro il termine di novanta giorni dal momento in cui è stato completato il fascicolo del ricorso; sebbene, in caso di controversie particolarmente complesse, tale termine potrà essere prorogato, di ulteriori novanta giorni, per un periodo complessivamente non superiore a centottanta giorni³³².

³²⁹ Cfr. G. Liace, *L'arbitro bancario e finanziario*, Torino, 2018, 109 e ss.

³³⁰ Per maggiori approfondimenti in merito si veda D. Dalfino, *L'ABF e i principi del processo civile: contestazione, "contumacia", onere della prova*, op. cit., 36 e ss.

³³¹ N. Soldati, *La terza riforma dell'arbitro bancario finanziario*, op. cit., 1567, in cui l'a. precisa che "in base alle nuove previsioni, il Collegio non tiene in alcun caso conto della documentazione pervenuta oltre i termini perentori previsti ai fini della decisione, ad eccezione delle comunicazioni di intervenuto accordo transattivo o conciliativo, della dichiarazione con cui il ricorrente attesta l'intervenuto soddisfacimento della propria pretesa, della rinuncia al ricorso, ovvero della comunicazione della sottoposizione dell'intermediario a liquidazione coatta amministrativa".

³³² Cfr. Sezione VI, par. 2, in cui si legge "Nei casi in cui la trattazione del ricorso prosegue davanti al Collegio il Presidente non prende parte alla decisione e le funzioni del Presidente sono svolte dal Vice Presidente. L'esito della controversia è comunicato alle parti entro 90 giorni dalla data di completamento del fascicolo. L'esito può essere comunicato mediante il solo invio del dispositivo; in tal caso, entro i successivi 30 giorni la segreteria tecnica trasmette alle parti la decisione corredata dalla relativa motivazione. Il termine di 90 giorni può essere prorogato per un periodo complessivamente non superiore a 90 giorni se la controversia riveste carattere di particolare complessità. Rientrano tra gli indici di particolare complessità, tra l'altro, la specificità della materia trattata, la rimessione del ricorso, o di altro ricorso pendente

In caso di accoglimento totale o parziale del ricorso da parte del Collegio, lo stesso fissa nei confronti dell'intermediario un termine di trenta dalla comunicazione per l'adempimento della decisione; qualora a ciò segua un inadempimento³³³, ovvero un ritardo nell'adempiere la decisione, l'inadempienza viene resa pubblica secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia³³⁴. Peraltro, le nuove disposizioni statuiscano che nei confronti dell'intermediario risultato inadempiente alle decisioni del Collegio giudicante, oppure che non abbia cooperato al buon funzionamento della procedura, siano applicate le sanzioni reputazionali tramite la pubblicazione dell'inadempimento alla decisione resa oltre che sul sito dell'arbitro³³⁵, perfino sulla pagina iniziale del sito internet dell'intermediario stesso, per la durata di sei mesi.

Le disposizioni che regolano il funzionamento della procedura prevedono, inoltre, un'importante novità a livello pratico, introdotta dalle recenti modifiche che, alla Sez. VI, par. 2, hanno provveduto ad ampliare i poteri dei presidenti dei collegi³³⁶; in particolare, infatti, in presenza di controversie sulle quali insistono orientamenti consolidati dei collegi, che comportino l'accoglimento della domanda, il presidente, visti gli atti, se ritiene di non sottoporre la controversia al Collegio, può decidere il ricorso con proprio provvedimento. In questo caso, l'intermediario, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione della pronuncia può chiedere che la questione

sulla stessa questione, al Collegio di coordinamento o la richiesta da parte del Collegio (incluso il Collegio di coordinamento) di ulteriori elementi istruttori alle parti. Le parti sono informate di tale proroga e del nuovo termine previsto per la conclusione della procedura”.

³³³ In ogni caso, si ricorda che resta ferma la facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per la tutela dei propri diritti, tra l'altro, non rappresentando la decisione dell'Arbitro alcun rilievo formale nel procedimento ordinario. Si veda sul punto anche lo scritto di Tavormina V., *L'arbitrato bancario finanziario (un altro episodio de “i nuovi mostri”)*, in *Il Corr. Giur.*, 2011, 1021 e ss.

³³⁴ F. R. Fantetti, *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore ed intermediario*, in *La responsabilità civile*, 2010, 855 e ss.

³³⁵ Cfr. G. Finocchiaro, *ABF: scatta il sistema della sanzione reputazionale*, in *Guida al diritto*, 2013, 26; A. Berlinguer, *L'ABF tra giudizio e media- conciliazione*, in *Riv. dell'arb.*, 2013, 28 e ss.

³³⁶ Le Disposizioni sul funzionamento dell'ABF prevedono, inoltre, la possibilità di ricorrere al meccanismo della correzione della pronuncia emessa; invero, dettata dalla medesima necessità di speditezza a cui si sono dedicate le recenti modifiche, le norme prevedono che la parte interessata, entro un termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione dell'esito della decisione, possa richiedere la correzione della stessa, ove sussistano omissioni, errori materiali o di calcolo. Sulla correzione si pronuncia, in via generale, il Presidente o, se questi lo ritiene necessario, il Collegio e ove la richiesta venga accolta, si avrà una integrazione della decisione emessa.

venga rimessa all'Organo decidente, specificandone le ragioni per cui non condivide la decisione del Presidente. Tra l'altro, va detto che la trattazione prosegue dinanzi al Collegio anche in caso di mancata adesione alla soluzione alla proposta o in assenza di comunicazioni delle parti entro il medesimo termine di trenta giorni, diversamente, ove le parti aderiscano alla soluzione proposta dal Presidente³³⁷, ne conseguirà la declaratoria della cessazione della materia del contendere.

Alla luce dei rilievi svolti, la disposizione certamente più insolita dell'intera struttura normativa dell'ABF sembra essere quella che riconduce all'inadempimento della banca, o dell'intermediario, l'irrogazione di una sanzione reputazionale, la cui legittimazione trova la propria ragion di essere nel "consenso"³³⁸ che l'intermediario manifesta con l'atto di adesione all'ABF.

In effetti, come si anticipava, sebbene l'ABF decida sul merito della controversia sottoposta al suo esame, tuttavia la decisione resa dal Collegio non attribuisce alle parti alcun diritto suscettibile di tutela dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria e neppure alcun corrispondente obbligo di adempimento poiché, qualora l'intermediario si renda inadempiente rispetto alla delibera dell'organo giudicante, il cliente non potrà far valer quel inadempimento, ma dovrà riporre la domanda originaria, avendo rispettato quanto previsto dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010 in ordine alla condizione di procedibilità dell'azione.

Ebbene, il punto è proprio questo, come si vedrà anche per l'ACF e l'AAS, manca in questi strumenti di tutela apprestati dal legislatore per il settore finanziario una effettività della tutela: l'effetto prodotto della sanzione reputazionale di per sé non ha costituito negli anni un valido deterrente ai comportamenti illegittimi posti in essere dagli intermediari; l'assenza di uno strumento di coazione esterna poi a cui poter

³³⁷ Si tratta di una previsione normativa che, ampliando i poteri del presidente, punta a rappresentare un bilanciamento tra le esigenze di speditezza del procedimento e quelle di garanzia dell'imparzialità, poiché poste in capo ad un soggetto *super partes* quale è la figura del presidente.

³³⁸ Cfr. V. Tavormina, *L'arbitrato bancario finanziario (un altro episodio de "i nuovi mostri")*, op. cit., 1025, in cui l'a. ritiene si tratti di un onere più che di una scelta volontaria poiché "nella specie gli intermediari aderiscono volontariamente all'ABF; poco importa che l'abbiano fatto o lo facciano perché la sezione II, primo alinea delle Disposizioni Bankitalia, fondata (come s'è visto) in modo assai incerto sull'art. 128 bis TUB, minacciosamente recita «gli intermediari sono tenuti ad aderire all'ABF. L'adempimento di questo obbligo costituisce una condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria; la Banca d'Italia ne valuta l'eventuale violazione nell'ambito della sua azione di controllo»".

ricorrere ha costretto le parti a ricorrere a meccanismi maggiormente efficaci come il giudice ordinario, così finendo per vanificare l'intento perseguito dal legislatore con le norme sugli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, specie quelle adotta per il settore finanziario.

2.2. (segue) *Le disposizioni sul procedimento dinanzi all'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF)*

Le considerazioni sino ad ora svolta in ordine all'ABF, seppur con qualche attenzione, è facile che vengano richiamate anche per quanto concerne l'attività di risoluzione delle controversie finanziarie gestite dalla Consob, ovvero dall'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF).

Come detto, infatti, l'arbitro per le controversie finanziarie ha visto la luce grazie alla medesima fonte normativa, la quale aveva introdotto nel nostro ordinamento l'arbitro bancario finanziario nel panorama degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie – a tutela dei diritti dei risparmiatori e degli investitori nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari-, ovvero gli artt. 27 e 29 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. legge sul risparmio).

Tuttavia, diversamente da quanto accaduto per l'ABF³³⁹, per le controversie relative ai servizi finanziari ed alle attività di investimento, la summenzionata legge aveva delegato il Governo dell'istituzione, da un lato, della *Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob*³⁴⁰, con il compito di amministrare i procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione delle controversie riguardanti i

³³⁹ Ricordiamo, infatti, che l'ABF è stato istituito mediante la previsione di una modifica normativa del TUB, in cui è stata aggiunto l'art. 128 - bis, nonché grazie ad una serie di successive integrazioni avvenute ad opera delle leggi secondarie, come la Delibera del CICCR 29 luglio 2008, n. 275; cfr. in merito M. Massera, *La ripartizione delle competenze tra ABF e ACF*, in *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, a cura di R. Lener, F. Pozzolo, Roma, 2017, 91 e ss.

³⁴⁰ Per maggiori approfondimenti relative all'istituto in esame si veda L. Bergamini, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli – R. Lener, Torino, 2010, 429 e ss.; R. Rordorf, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Le Società*, 2008, 269 e ss.; cfr. anche S. Forasassi, *La risoluzione delle controversie di cui all'art. 128 bis TUB*, op. cit., 521 e ss.

conflitti intervenuti tra investitori e intermediari per la violazione, da parte di questi ultimi, degli obblighi di informazione, di correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con l'utenza; e, dall'altro lato, un *Fondo di garanzia per i risparmiatori e investitori gestito dalla Consob*³⁴¹ e diretto ad indennizzare i danni patrimoniali subiti dai risparmiatori non professionisti a causa della violazione – da accertarsi con sentenza passata in giudicato ovvero con lodo arbitrale non più impugnabile- delle disposizioni relativi ai servizi ed alle attività di investimento, da parte di intermediari finanziari e banche.

Con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008, la Consob, con proprio regolamento di attuazione del d.lgs. 179/2007, ha provveduto a regolamentare le caratteristiche delle procedure arbitrali e conciliative, emanando una disciplina di dettaglio, poi sostituita da un nuovo regolamento adottato con delibera n. 18275 del 18 luglio 2012. Tale sistema resti oggi ancora in operativo esclusivamente con riferimento all'amministrazione delle controversie di cui non si è ancora concluso il procedimento, tuttavia, non è mai giunto ad essere una soluzione ADR davvero alternativa alla

³⁴¹ Cfr. art. 27 l. 262/2005, rubricato "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari", pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 301 del 28 dicembre 2005, in cui si riporta quanto segue: "Il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per l'istituzione di un Fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, secondo i seguenti principi e criteri direttivi: a) destinazione del Fondo all'indennizzo, nei limiti delle disponibilità del fondo medesimo, dei danni patrimoniali, causati dalla violazione, accertata con sentenza passata in giudicato, delle norme che disciplinano le attività di cui alla parte II del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, detratti l'ammontare dell'indennizzo di cui al comma 1 eventualmente erogato al soggetto danneggiato e gli importi dallo stesso comunque percepiti a titolo di risarcimento; b) previsione della surrogazione del Fondo nei diritti dell'indennizzato, limitatamente all'ammontare dell'indennizzo erogato, e facoltà di rivalsa del fondo stesso nei riguardi della banca o dell'intermediario responsabile; c) legittimazione della CONSOB ad agire in giudizio, in rappresentanza del Fondo, per la tutela dei diritti e l'esercizio della rivalsa ai sensi della lettera b), con la facoltà di farsi rappresentare in giudizio a norma dell'articolo 1, decimo comma, del decreto-legge 8 aprile 1974, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 giugno 1974, n. 216, e successive modificazioni, ovvero anche da propri funzionari; d) finanziamento del Fondo esclusivamente con il versamento della metà degli importi delle sanzioni irrogate per la violazione delle norme di cui alla lettera a); e) attribuzione della gestione del Fondo alla CONSOB; f) individuazione dei soggetti che possono fruire dell'indennizzo da parte del Fondo, escludendo comunque gli investitori professionali, e determinazione della sua misura massima; g) attribuzione del potere di emanare disposizioni di attuazione alla CONSOB".

giustizia ordinaria³⁴²: come si è detto infatti, da un lato, complici i costi della procedura; e, dall'altro lato, la mancanza di un obbligo in capo agli intermediari di aderire ai procedimenti di conciliazione.

Così, *in primis*, grazie ad un parere espresso dal Consiglio di Stato nell'Adunanza Generale³⁴³ in cui si dichiarava la Camera di conciliazione e arbitrato come un *organismo tecnico, strumentale alla Consob, ma non distinto da questa*; e, successivamente sulla spinta europea di cui alla direttiva 2013/11/UE, con cui si demandava alla Consob l'adozione di una displica di attuazione per l'istituzione di un nuovo organismo alternativo di risoluzione delle controversie³⁴⁴ -caratterizzato dall'adesione obbligatoria degli intermediari e dalla natura decisoria-, con d.lgs. 130/2015, il legislatore delegato accoglie la proposta di istituzione di un nuovo organano, introducendo all'interno dell' art. 2 del d.lgs. 179/2007 due nuovi commi, il 5 -bis e il 5 -ter.

In particolare, mentre, l'art. 5 -bis³⁴⁵ prevedeva l'obbligo in capo a tutti i soggetti vigilati dalla Consob di aderire ad un sistema stragiudiziale di risoluzione delle controversie con gli investitori e dispone, in caso di inosservanza, la sanzione

³⁴² In merito, M. A. Lupoi, *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie: la decisione, gli effetti e l'esecuzione*, in *Le controversie bancarie finanziarie* a cura di D. Mantucci, Napoli, 2020, 393 e ss., in cui l'a. afferma che "L'arbitro creato dal decreto legislativo del 2007 si è rivelato un sostanziale fallimento, con un suo irrilevante utilizzo nella prassi".

³⁴³ Il riferimento è all'Adunanza Generale del Consiglio di Stato del 20 ottobre 2011, disponibile in www.ildirittoamministrativo.it

³⁴⁴ Cfr. N. Soldati, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la Consob (ACF)*, in *I Contratti*, 2016, 1056 e ss.

³⁴⁵ Art. 2, comma 5 -bis, riporta quanto segue: "I soggetti nei cui confronti la CONSOB esercita la propria attività di vigilanza, da individuarsi con il regolamento di cui al comma 5-ter, devono aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'art. 6, commi 2 -quinquies e 2 -sexies di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. In caso di mancata adesione, alle società e agli enti si applicano le sanzioni di cui all'art. 190, comma 1, del citato decreto legislativo n. 58 del 1998 e alle persone fisiche di cui all'articolo 18 -bis del predetto decreto legislativo n. 58 del 1998 si applicano le sanzioni di cui all'articolo 190 -ter del medesimo decreto legislativo".

pecuniaria di cui agli artt. 190, comma 1³⁴⁶, e 190 *-ter*³⁴⁷, rispettivamente previste per gli intermediari e per i consulenti. Di contro, l'art. 5 *-ter*³⁴⁸ affidava alla potestà regolatoria della Consob la disciplina delle procedure e della composizione dell'organo decidente³⁴⁹.

Per vero, è solo con delibera del 4 maggio 2016, n. 19602³⁵⁰ che la Consob provvede ad istituire, sulla falsariga dell'ABF, il nuovo sistema di risoluzione stragiudiziale

³⁴⁶ Art. 190, comma 1, d.lgs. 58/1998: “Salvo il fatto che costituisca reato ai sensi dell'art.166, nei confronti dei soggetti abilitati, dei depositari e dei soggetti ai quali sono state esternalizzate funzioni operative essenziali o importanti si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro trentamila fino a cinque milioni di euro, ovvero al dieci per cento del fatturato, quando tale importo è superiore a cinque milioni di euro e il fatturato è disponibile e determinabile, per la mancata osservanza degli articoli 6, 7, commi 2, 2 *-bis* e 3, 8, commi 1 e 1 *-ter*; 9, 10, 12, 13, comma 3, 21, 22, 24, comma 1, 25, 25 *-bis*, commi 1 e 2, 27, commi 3 e 4, 28, comma 3, 30, commi 3, 4 e 5, 31, commi 1, 2, 5, 6 e 7, 32, comma 2, 33, comma 4, 35 *-bis*, comma 6, 35 *-novies*, 35 *-decies*, 36, commi 2, 3 e 4, 37, commi 1, 2 e 3, 39, 40, commi 2, 4 e 5, 40 *-bis*, comma 4, 40 *-ter*, comma 4, 41, commi 2, 3 e 4, 41 *-bis*; 41 *-ter*, 41 *-quater*; 42, commi 1, 3 e 4, 43, commi 2, 3, 4, 7, 8 e 9, 44, commi 1, 2, 3 e 5, 45, 46, commi 1, 3 e 4, 47, 48, 49, commi 3 e 4, 55 *-ter*, 55 *-quater*, 55 *-quinqüies*, 65, 79 *-bis*, 187 *-novies*, ovvero le disposizioni generali o particolari emanate dalla Banca d'Italia o dalla Consob in base ai medesimi articoli. La stessa sanzione si applica nei confronti di società o enti in caso inosservanza delle disposizioni dell'articolo 18, comma 2, ovvero in caso di esercizio dell'attività di gestore di portale in assenza dell'iscrizione nel registro di cui all'articolo 50 *-quinqüies*”.

³⁴⁷ Art. 190 *-ter*, comma 1, d.lgs. 58/1998, ora abrogato dal d.lgs. 129/2017, disponeva quanto segue: “Si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquemila fino a cinque milioni di euro: a) in caso di esercizio dell'attività di consulente finanziario o di promotore finanziario in assenza dell'iscrizione negli albi prevista, rispettivamente, agli articoli 18 *-bis* e 31; b) ai membri dell'organismo dei consulenti finanziari in caso di inosservanza delle disposizioni previste dall'articolo 18 *-bis* e di quelle emanate in base ad esso c) ai membri dell'organismo dei promotori finanziari in caso di inosservanza delle disposizioni previste dall'articolo 31 e di quelle emanate in base ad esso; d) alle persone fisiche, in caso di inosservanza dell'articolo 32 *-quater*, commi 1 e 3, ovvero in caso di esercizio dell'attività di gestore di portale in assenza dell'iscrizione nel registro di cui all'articolo 50 *-quinqüies*”.

³⁴⁸ Art. 2, comma 5 *-ter* “La CONSOB determina, con proprio regolamento, nel rispetto dei principi, delle procedure e dei requisiti di cui alla parte V, Titolo II *-bis* del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma 5 *-bis* nonché i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello steso e la rappresentatività dei soggetti interessati”.

³⁴⁹ In attuazione dei summenzionati commi 5 *-bis* e 5 *-ter* dell'art 2 d.lgs. 179/2007- istitutivo della Camera di conciliazione e arbitrato-, poi abrogato unitamente agli artt. 3, 4, 5 e 6 con la legge di stabilità 2016 del 28 dicembre 2015, n. 208, recante “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”, venne affidato alla Consob il compito precipuo di dettare le nuove disposizioni transitorie per la definizione delle procedure conciliative avviate e da concludersi unitamente all'avvio dell'operatività dell'arbitrato per le controversie finanziarie.

³⁵⁰ Cfr. N. Soldati, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, op. cit., 1058.

delle controversie, ossia l'Arbitro per controversie finanziarie³⁵¹. In particolare, in analogia all'Arbitro bancario finanziario della Banca d'Italia, tale nuovo strumento si caratterizza per l'adesione obbligatoria degli intermediari e per la natura decisoria della procedura, ed inoltre si pone come obiettivo quello di rendere più efficaci e vasta la tutela apprestata agli interessi degli investitori.

Per quanto attiene l'ambito di applicazione oggettivo, l'ACF gestisce i procedimenti per la risoluzione alternativa delle controversie, insorte tra gli investitori e gli intermediari, relative alla violazione da parte di questi ultimi degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori nell'esercizio delle attività disciplinate nella parte II del TUF, incluse le controversie transfrontaliere e le controversie oggetto del Regolamento UE n. 524/2013³⁵² del Parlamento e del Consiglio, circa la risoluzione delle controversie *online* dei consumatori. Analogamente a quanto si è detto in merito all'ABF, restano escluse dalla competenza dell'ACF le controversie che non sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione da parte dell'intermediario degli obblighi suindicati, nonché quelle che non hanno natura patrimoniale; fermo restando per tutte le controversie sottoposte alla cognizione dell'ACF il limite della competenza per valore ad un importo non superiore ad euro cinquecentomila³⁵³. Del resto, tale soglia di valore sembra coerente con la competenza per materia dell'arbitro finanziario poiché, diversamente da quanto accade per l'arbitro bancario, le controversie che verranno sottoposte alla cognizione dell'organo decidente -per la maggior parte- avranno ad oggetto perdite legate ad investimenti finanziari, che ben si

³⁵¹ Cfr. F. Luongo, *Il nuovo arbitro per le controversie finanziarie ed il sistema di tutela effettiva dei risparmiatori nella crisi del sistema bancario*, in *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, a cura R. Lener, A.F. Pozzolo, Roma, 2017, 77 e ss.

³⁵² Esso modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/CE (Regolamento sull'ODR per i consumatori) e trova applicazione in merito alla risoluzione stragiudiziale delle controversie riguardanti le obbligazioni contrattuali derivanti dai contratti di vendita e servizi on line tra consumatori residenti nell'Unione europea e un professionista stabilito nell'Unione attraverso il ricorso ad un organismo ADR, inserito in un elenco a norma dell'art. 20, par. 2, della Direttiva 2013/11/UE e che comporta l'utilizzo della piattaforma ODR, ovvero un isto web interattivo che offre un'unica soluzione di accesso per i consumatori ed i professionisti che desiderano risolvere le controversie derivanti dalle operazioni on line mediante uno strumento alternativo alla giurisdizione ordinaria.

³⁵³ Cfr. N. Soldati, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, op. cit., 1059, in cui l'a. afferma che tale scelta è avvenuta per espressa dichiarazione della Consob contenuta nel Documento di Consultazione.

distinguono per valore dalle controversie aventi ad oggetto strumenti di pagamento, conti correnti, ovvero mutui deferiti alla cognizione dell'arbitro bancario.

Va detto, poi, sempre con riferimento all'ambito di applicazione oggettivo della competenza dell'ACF che, il recente intervento riformatore ad opera della l. 21 settembre 2018, n. 108³⁵⁴ - ha previsto la possibilità anche per i risparmiatori che abbiano ottenuto una pronuncia favorevole da parte dell'Arbitro per le controversie finanziarie di poter attivare la procedura per la richiesta di ristoro³⁵⁵ ove abbiano perso i propri risparmi investendo in titoli emessi dalle banche poste in risoluzione a fine 2015, ovvero in liquidazione coatta amministrativa nel giugno 2017³⁵⁶. Si è così andato ben oltre il precedente dettato dell'art. 1, comma 1106, l. 27 dicembre 2017, n. 205, ove veniva richiesto che il danno ingiusto subito dai risparmiatori, potesse essere oggetto di domanda solo se “riconosciuto con sentenza del giudice”³⁵⁷, giungendo a riconoscere una sorta di corrispondenza³⁵⁸ tra pronunce dell'autorità giudiziaria e la pronuncia del Collegio ACF, quanto meno limitatamente alla predetta tipologia di questioni.

³⁵⁴ Che con modificazioni ha convertito in legge il d. l. 25 luglio 2018, n. 91, - c. d. decreto “mille proroghe” il quale ha inserito nell'art. 11, il nuovo comma 1- *bis*, con cui sono stati modificati i commi 1106 e 1107 dell'art. 1 della l. n. 2015 del 27 dicembre 2017.

³⁵⁵ A tal proposito si veda le FAQ sulla procedura di ristoro presente sul sito internet dell'ACF, disponibile in <https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/Faq+procedura+ristoro/343ba1f1-8218-4763-aeb3-80cbe4ce9cac>.

³⁵⁶ Il riferimento è ai seguenti istituti di credito: Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Ferrara e Cassa di Risparmio di Chieti, ed altresì Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca.

³⁵⁷ Così al successivo comma 1107 è stato altresì aggiunto: “Nelle more dell'adozione del decreto di cui al presente comma, i risparmiatori di cui al comma 1106 già destinatari di pronuncia favorevole adottata dall'ACF nonché i risparmiatori di cui al medesimo comma 1106, i cui ricorsi, già presentati, saranno decisi con pronuncia favorevole entro il 30 novembre 2018 dall'ACF, possono avanzare istanza alla CONSOB, secondo modalità dalla stessa stabilite entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione e pubblicate nel sito internet istituzionale della medesima Autorità, al fine di ottenere tempestivamente l'erogazione, nella misura del 30 per cento e con il limite massimo di 100.000 euro, dell'importo liquidato”.

³⁵⁸ Cfr. sul punto capitolo II, § 2, nonché capitolo IV, §§ 2- 4, in ordine alla questione delle problematiche legate al valore delle decisioni emesse dal Collegio ACF, ma anche ABF e, in futuro, dall'AAS.

Al fine di individuare l'ambito di applicazione soggettivo del nuovo organo, invece, occorre avere riguardo alla Direttiva MiFID³⁵⁹ ed al Regolamento Intermediari³⁶⁰.

In particolare, la direttiva MiFID, individua quali clienti degli intermediari, ogni persona fisica o giuridica alla quale un'impresa di investimento presta servizi di investimento e/o servizi accessori, distinguendo poi tra: clienti al dettaglio, ossia clienti non professionali, c.d. *retail*; clienti professionali, ossia clienti con conoscenze e competenze idonea a valutare correttamente i rischi; e, infine, controparti qualificate, ossia le imprese di investimento, enti creditizi, le banche centrali, nonché i governi nazionali.

Si tratta di una distinzione particolarmente importante poiché sottende la volontà di adottare misure di protezione coerenti con la figura dell'investitore e di individuare così i legittimati³⁶¹ alla proposizione dei ricorsi dinanzi all'ACF, senza tener conto dello status assunto dalla legislazione di protezione in cui si distingue tra consumatore e professionista. Invero, potranno rivolgersi all'arbitro finanziario non solo quegli gli investitori intesi come persone fisiche e consumatori, ma anche le imprese e le società, ovvero gli enti che non siano in possesso dei requisiti di competenza, esperienza e conoscenza individuati all'art. 2, comma 1, lett. g) del Regolamento 2016.

³⁵⁹ Il riferimento è alla Direttiva 2004/39/CE del Parlamento e del Consiglio del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari: si veda in merito L. Frumento, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella Direttiva MIFID*, in *I Contratti*, 2007, 583 e ss.; V. Sangiovanni, *Gli obblighi informativi delle imprese di investimento nella più recente normativa comunitaria*, in *Dir. com. scambi int.*, 2007, 363 e ss.

³⁶⁰ Si tratta del Regolamento Consob adottato con delibera del 29 ottobre 2007, n. 16190; in merito cfr. V. Sangiovanni, *Informazioni e comunicazioni pubblicitarie nella nuova disciplina dell'intermediazione finanziaria dopo l'attuazione della direttiva MiFID*, in *Giur. It.*, 2008, 785 e ss.

³⁶¹ Si veda in merito anche la Decisione ACF del 18 gennaio 2018, n. 207, in cui l'arbitro ha precisato che per poter riconoscere la legittimazione attiva in capo al risparmiatore, si ritiene sufficiente che questi sia titolare del diritto vantato, come risultante dalla domanda. La decisione è disponibile in https://www.acf.consob.it/web/guest/decisioni-del-collegio/ricerca-per-oggetto-del-ricorso?p_p_id=ricercadecisionioggetto_WAR_acfClientPortlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_resource_id=downloadFile&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&ricercadecisionioggetto_WAR_acfClientPortlet_param=goToResults&ricercadecisionioggetto_WAR_acfClientPortlet_implicitModel=true&uid=7f7eff2d-2802-4f5c-b5ae-f91a6d0c673d

Il medesimo regolamento, all'art. 2, lett. *h*), facendo riferimento all'attività svolta, individua la categoria degli intermediari contro i quali è possibile fare ricorso, ossia "i soggetti abilitati di cui all'articolo 1, comma 1, lettera *r*) del TUF anche con riguardo all'attività svolta per loro conto da parte di consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede di cui all'articolo 31 del TUF; - la società Poste Italiane- Divisione Servizi Banco Posta- autorizzata ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 2001, n. 144, anche con riguardo all'attività svolta per suo conto da parte di consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede; i consulenti finanziari autonomi e le società di consulenza finanziaria, di cui, rispettivamente, agli articoli 18 *-bis* e 18 *-ter* del TUF; i gestori di portali per la raccolta di capitali per start-up innovative e PMI innovative di cui all'articolo 50 *-quinqües* del TUF; le imprese di assicurazione limitatamente all'offerta in sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari di cui all'articolo 1, comma 1, lettera *w -bis*) del TUF dalle stesse emesse"³⁶².

Si tratta, dunque, di tutti i soggetti che svolgono attività nel settore finanziario a titolo professionale, quali banche, società di intermediazione mobiliare – s.i.m., sgr, sicav e sicaf³⁶³;- le società di consulenza finanziaria, nonché i consulenti finanziari autonomi; e, infine, i soggetti abilitati alla distribuzione assicurativa, limitatamente alla distribuzione di prodotti finanziario-assicurativi. Va detto che gli investitori sono altresì legittimati a chiamare dinanzi all'ACF anche le imprese di investimento estere: in particolare, ove si tratti di analoghi intermediari europei, questi dovranno avere una succursale in Italia; qualora, invece, si tratti di intermediari extracomunitari, questi dovranno essere stati autorizzati ad operare nel nostro Paese.

Per quanto riguarda, infine, la competenza *ratione temporis*, è stato previsto che possono essere devolute alla cognizione dell'arbitro solo quelle controversie relative alle operazioni e ai servizi, ovvero ai comportamenti ascrivibili agli intermediari entro

³⁶²Cfr. D. Cerini, *ADR nel settore finanziario*, in *ADR una giustizia complementare*, op. cit., 319.

³⁶³ Art. 1, comma 1, lettera *r*) del TUF individua tra i soggetti abilitati: "le Sim, le imprese di investimento UE con succursale in Italia, le imprese di paesi terzi autorizzate in Italia, le Sgr, le società di gestione UE con succursale in Italia, le Sicav, le Sicaf, i GEFIA UE con succursale in Italia, i GEFIA non UE autorizzati in Italia, i GEFIA non UE autorizzati in uno Stato dell'UE diverso dall'Italia con succursale in Italia, nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del T.U. bancario, le banche italiane e le banche UE con succursale in Italia autorizzate all'esercizio dei servizi o delle attività di investimento".

il decimo anno precedente alla proposizione del ricorso. Da questo punto di vista, si coglie l'esigenza di circoscrivere l'ambito delle controversie deferibili all'ACF, specie se posta in relazione all'esigenza di avere un *decisum* frutto di un'istruttoria esclusivamente documentale, in cui si deve necessariamente tenere conto delle regole sulla conservazione dei documenti a cui sono sottoposti gli intermediari.

Una volta identificato l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione dell'arbitro, appare quanto mai opportuno, analizzare la composizione ed il funzionamento dell'arbitro Consob.

Al pari di quanto già riferito in merito all'ABF, anche l'ACF si presenta come un organo collegiale composto da cinque membri³⁶⁴ che sono, ai sensi degli artt. 5 e 6 del regolamento 2016, un presidente e quattro membri, di cui il presidente e due membri scelti dalla Consob; un membro designato congiuntamente dalle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentative a livello nazionale; ed un membro nominato dal Consiglio nazionale dei Consumatori e degli Utenti³⁶⁵.

È evidente come le norme sulla nomina dei membri del Collegio, nonché quelle relative alla loro eleggibilità³⁶⁶, siano state poste a presidio dei canoni

³⁶⁴ Al fine di garantire l'autorevolezza e le competenze tecniche necessarie per l'esercizio delle funzioni loro affidati, le norme espressamente prevedono, in particolare l'art. 6 del Regolamento 2016, che i componenti del Collegio debbano essere individuati tra: "a) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori; dottori commercialisti iscritti nella Sezione A) dell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili da almeno dodici anni; b) notai con almeno sei anni di anzianità di servizio; magistrati ordinari, in servizio da almeno dodici anni o in quiescenza; magistrati amministrativi e contabili con almeno sei anni di anzianità di servizio o in quiescenza; c) professori universitari di ruolo in materie giuridiche o economiche in servizio o in quiescenza; dirigenti dello Stato o di Autorità indipendenti con almeno venti anni di anzianità di servizio laureati in discipline giuridiche o economiche, in servizio o in quiescenza".

³⁶⁵ Cfr. N. Soldati, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, op. cit., 1060 ove l'a. specifica poi che "tutti i membri devono essere scelti tra persone di specifica e comprovata competenza ed esperienza, indiscussa indipendenza e onorabilità. Con le stesse modalità vengano designati anche uno o più arbitri supplenti per ciascun membro effettivo in moda da garantire la piena e costante operatività dell'ACF anche a fronte di possibili assenze o astensioni, o per far fronte a flussi di ricorsi di tale rilevanza da imporre una più serrata attività del collegio, incompatibile con la sola attività dei membri effettivi".

³⁶⁶ Art. 6 del Regolamento 2016, dispone in merito: "2. Non possono essere nominati componenti del collegio i dipendenti in servizio della Consob che nei precedenti due anni sono stati preposti o assegnati a unità organizzative con funzioni di vigilanza ovvero sanzionatorie nelle materie di competenza dell'Arbitro. Ove sia nominato componente un dipendente della Consob, questi opera con piena autonomia funzionale. 3. Ai fini della nomina i componenti del collegio non devono, salvi gli effetti della riabilitazione: a) trovarsi in condizione di interdizione, inabilitazione ovvero aver subito una condanna ad una pena che comporti

dell'indipendenza, neutralità e terzietà rispetto agli interessi in conflitto. In particolare, a garanzia del rispetto dei predetti principi è posto in capo ai membri del Collegio il rispetto delle norme stabilite dalle fonti superiori, verificando di volta l'insussistenza di qualsivoglia situazione di interesse personale, diretta o indiretta, ovvero ogni situazione- anche sopravvenuta- tale da incidere sulla loro indipendenza o imparzialità³⁶⁷.

Attualmente la Consob ha ritenuto di accentrare presso di sé la gestione diretta di tutte le procedure arbitrali, prevedendo l'istituzione di un unico Collegio decidente con

l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici ovvero l'incapacità ad esercitare uffici direttivi; b) essere stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza; c) essere stati condannati, anche con sentenza non definitiva, per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati, di valori mobiliari, di antiriciclaggio, di usura e di strumenti di pagamento nonché per uno dei reati previsti nel titolo XI del libro V del codice civile, nel regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e nel decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 1420; d) aver riportato, nei cinque anni precedenti, un provvedimento di radiazione e cancellazione o di sospensione dagli ordini professionali; d -bis) essere stati, nei cinque anni precedenti, destinatari di sanzioni o di provvedimenti di rimozione irrogati da Autorità di vigilanza; d -ter) trovarsi in stato di interdizione o incapacità temporanea o permanente a svolgere funzioni di amministrazione, direzione e controllo ovvero trovarsi in stato di perdita temporanea dei requisiti di onorabilità a seguito di provvedimenti adottati dalle Autorità di vigilanza; d -quater) essere stati condannati in via definitiva per delitti non colposi; d -quinquies) essere stati condannati in via definitiva a pena detentiva per delitti colposi e contravvenzioni. 3 -bis. Il divieto di cui al comma 3 opera anche qualora la pena sia stata applicata su richiesta delle parti ovvero nel caso in cui sia stata comminata una sanzione sostitutiva della pena detentiva. 4. La originaria inesistenza o la sopravvenuta perdita dei requisiti indicati nel presente articolo importa la decadenza dalla carica. La decadenza è pronunziata dalla Consob, sentiti gli interessati, entro sessanta giorni dalla conoscenza della mancanza o della sopravvenuta perdita dei requisiti”.

³⁶⁷ Art. 7, rubricato “Funzionamento del collegio ed obblighi dei componenti”: “1. I componenti dell'organo decidente assolvono alle proprie funzioni decisorie con imparzialità e indipendenza di giudizio, osservano le disposizioni del codice deontologico deliberato dalla Consob, dedicano il tempo necessario all'efficace espletamento dell'incarico. 2. Ai fini del rispetto dei principi di cui al comma 1 e all'articolo 141 -bis, comma 5, del codice del consumo, i componenti del collegio verificano, una volta investiti di una specifica controversia, l'inesistenza di: a) rapporti con le parti o con i loro rappresentanti, tali da incidere sulla loro imparzialità e indipendenza; b) personali interessi, diretti o indiretti, relativi all'oggetto della controversia. 3. I membri del collegio comunicano senza indugio al Presidente e alla segreteria tecnica tutte le circostanze, anche sopravvenute nel corso del procedimento, idonee a incidere sulla loro indipendenza o imparzialità, ai fini della loro sostituzione con i membri supplenti. Ove tali circostanze riguardino il Presidente, questi le comunica al membro che lo sostituisce ai sensi dell'articolo 5, comma 7, e alla segreteria tecnica. 4. I componenti del Collegio mantengono il segreto su tutti i dati e le informazioni in ogni modo acquisite in ragione dello svolgimento delle proprie funzioni. 5. Le deliberazioni con cui sono decise le controversie sono adottate collegialmente, con la presenza di tutti i componenti, eventualmente sostituiti dai supplenti, a maggioranza dei voti espressi da tutti i componenti”.

sede in Roma, affiancato nello svolgimento delle proprie prerogative da una segreteria tecnica, la quale: “a) fornisce assistenza al Presidente e al Collegio nello svolgimento delle attività di competenza; b) cura gli adempimenti necessari per la costituzione e il funzionamento del Collegio e per l’ordinato e corretto svolgimento dei procedimenti; c) effettua le comunicazioni previste dal Regolamento (UE) n. 524/2013; d) definisce i contenuti del sito web dell’Arbitro nel rispetto delle previsioni dell’articolo 141 -*quater*, comma 1, del codice del consumo e ne cura l’aggiornamento; e) cura le attività connesse alla redazione della relazione annuale sull’attività dell’Arbitro, nel rispetto delle previsioni dell’articolo 141 -*quater*, comma 2, del codice del consumo; f) espleta tutti gli altri compiti previsti dal presente regolamento”³⁶⁸. In particolare, alla segreteria- così come nel caso della segreteria dell’ABF- spetta il compito di vagliare la ricevibilità e l’ammissibilità dei ricorsi presentati dagli investitori, avendo altresì la facoltà di domandare al ricorrente l’integrazione dei documenti già allegati, di fornire ulteriori informazioni, ovvero ancora di predisporre il fascicolo e redigere la relazione istruttoria di cui il Collegio si avvarrà ai fini della decisione.

Ecco quindi, che si è arrivati ad analizzare la concreta dinamica di funzionamento dell’arbitrato Consob, ove la disciplina, -lo si ricorda ancora una volta-, ricalca grosso modo quella già prevista per l’ABF.

Anzitutto, in forza degli artt. 10 e ss. del regolamento ACF, l’investitore può presentare gratuitamente³⁶⁹ ricorso all’arbitro sia personalmente, sia mediante un’associazione di categoria, e sia pure per il tramite di un avvocato, solo qualora, ai fini della procedibilità della domanda: sui medesimi fatti oggetto del ricorso “a) non siano pendenti, anche su iniziativa dell’intermediario a cui l’investitore ha aderito,

³⁶⁸ Cfr. art. 9 del regolamento 2016, disponibile in <https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/Nuovo+regolamento+ACF/4c2f9cbe-ae15-40de-a640-5d34c4412900>

³⁶⁹ Il riferimento è all’art. 18 del regolamento Consob, il quale così dispone: “L’accesso al procedimento è gratuito per il ricorrente. Le spese per l’avvio del procedimento sono poste a carico del fondo di cui all’art. 32 -*ter* del TUF. Nel caso di temporanea incapienza del predetto fondo, la Consob provvede alla copertura delle spese di avvio del procedimento con risorse di cui all’articolo 40, comma 3, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni. 2. Le spese indicate al comma 1 ammontano a:

- a) euro cento per le controversie in cui l’importo richiesto non superi euro cinquantamila;
- b) euro duecento per le controversie in cui l’importo richiesto sia superiore a euro cinquantamila e fino ad euro centomila;
- c) euro quattrocento per le controversie in cui l’importo richiesto sia superiore a euro centomila”.

altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie ovvero arbitrali o giurisdizionali e non risulti la dichiarazione di improcedibilità o l'adozione del provvedimento previsto dall'articolo 5, comma 1 *-bis*, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28; b) è stato preventivamente presentato reclamo all'intermediario al quale è stata fornita espressa risposta, ovvero decorsi più di sessanta giorni dalla sua presentazione, senza che l'intermediario abbia comunicato all'investitore le proprie determinazioni; b *-bis*) l'Arbitro non si è già espresso con decisione di merito³⁷⁰; b-*ter*) non vi sia una decisione di merito, che non passata in giudicato, assunta all'esito di un procedimento giurisdizionale o una decisione di merito assunta all'esito di un procedimento arbitrale³⁷¹". In ogni caso poi, il ricorso all'Arbitro deve essere proposto entro un anno dalla data di presentazione del reclamo all'intermediario³⁷².

Il ricorso è preceduto anche in questo caso dall'invio preventivo di una comunicazione verso l'intermediario, sotto forma di reclamo, al fine di permettere un primo incontro della volontà delle parti, che potrebbe condurre ad una composizione della controversia sin dagli albori dell'insorgere del conflitto.

Ove ciò non dovesse avvenire, l'investitore potrà procedere con la presentazione del ricorso e della relativa documentazione, trasmettendolo attraverso il sito web dell'Arbitro il relativo modulo, "secondo le istruzioni operative disponibili sul medesimo sito"³⁷³. Ai sensi dell'art. 11, la segreteria tecnica, entro 10 giorni valuta la ricevibilità e l'ammissibilità del ricorso, e ne cura la trasmissione all'intermediario. Nello stesso termine di dieci giorni, peraltro, la segreteria ha facoltà di invitare il ricorrente a trasmettere eventuali integrazioni o chiarimenti; tuttavia, nei casi in cui la segreteria ritenga il ricorso manifestamente irricevibile o inammissibile, ovvero qualora sia decorso inutilmente il termine concesso al ricorrente per la trasmissione delle integrazioni o dei chiarimenti la segreteria informa il presidente, il quale ove non

³⁷⁰ La lettera è stata aggiunta con delibera n. 21867 del 26 maggio 2021.

³⁷¹ La lettera è stata aggiunta con delibera n. 21867 del 26 maggio 2021.

³⁷² Comma 3, art. 10, sostituito con delibera n. 21867 del 26 maggio 2021, il quale in precedenza disponeva: "Il ricorso all'Arbitro deve essere proposto entro un anno dalla presentazione del reclamo all'intermediario ovvero, se il reclamo è stato presentato anteriormente alla data di avvio dell'operatività dell'Arbitro, entro un anno da tale data".

³⁷³ Il comma 1, art.11, è stato sostituito anch'esso con la delibera n. 21867 del 26 maggio 2021. Il comma sostituito prevedeva: "Il ricorso è predisposto e trasmesso all'Arbitro secondo le modalità da quest'ultimo rese note attraverso il proprio sito web ed è corredato della documentazione attestante la condizione di ricevibilità di cui all'art.10, comma 2, lettera b)".

dichiarare la inammissibilità o l'irricevibilità del ricorso ai sensi dell'art. 12, darà incarico alla segretaria tecnica di proseguire con l'istruttoria del procedimento mediante la trasmissione del ricorso all'intermediario.

A sua volta, l'intermediario, entro il termine di trenta giorni “dalla data in cui ha ricevuto il ricorso, trasmette all'Arbitro, anche per il tramite di un procuratore e con le modalità previste al comma 1 -bis, le proprie deduzioni, corredate di tutta la documentazione afferente il rapporto controverso”.

Anche il procedimento dinanzi all'ACF è improntato ad un contraddittorio documentale attenuato; in particolare, infatti, spetta all'intermediario, ai sensi dell'art. 15, comma 2, del regolamento ACF la prova circa l'assolvimento degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori, poiché la mancata produzione integrale della documentazione, la documentazione parziale, ovvero incompleta, da parte dell'intermediario, comporterà la soccombenza di quest'ultimo. Ricade sull'investitore, invece, l'onere di determinare la cosa oggetto della domanda (*petitum*), l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda (*causa petendi*), nonché le relative conclusioni.

Ancora, ai sensi dell'art. 11, comma 5 del regolamento, il ricorrente può presentare le proprie deduzioni integrative, in risposta alle deduzioni dell'intermediario entro il termine di 15 giorni dalla scadenza del termine concesso all'intermediario. A sua volta, il comma successivo, concede all'intermediario la possibilità di replicare alle deduzioni integrative del ricorrente, nell'ulteriore termine di quindici giorni, concludendosi così l'*iter* procedimentale della fase istruttoria.

Si apre, perciò, la fase decisoria: il Collegio è tenuto a pronunciarsi entro il termine di 90 giorni decorrenti dal completamento del fascicolo; tale termine, tuttavia, può essere prorogato dal presidente, ovvero dal Collegio, per ulteriori novanta giorni, qualora la questione trattata sia di particolare complessità o richieda la trattazione di nuove questioni.

Ai sensi dell'art. 15 del regolamento, sulla base di un'istruttoria esclusivamente documentale, ove il Collegio ritenga di dover accogliere la domanda, ossia qualora ritenga sussistenti i fatti posti a fondamento del ricorso, pronuncia una decisione motivata, ed indica altresì il termine entro il quale l'intermediario dovrà provvedere alla sua esecuzione. Diversamente, in caso di mancata indicazione di un termine, le

norme prevedono che l'esecuzione debba avvenire entro il termine di trenta giorni dalla ricezione della decisione motivata³⁷⁴.

Per vero, anche in questo caso così come avveniva presso l'ABF, l'eventuale inadempimento sarà sanzionato con la pubblicazione della notizia sul sito *web* dell'ACF, oltre che sul sito internet dell'intermediario inadempiente, nonché su due quotidiani a diffusione nazionale: si evince, quindi, come le decisioni rese dell'ACF possiedano un impatto reputazionale e non siano suscettibili di acquistare efficacia di giudicato. Del resto, infatti, a prescindere dall'esito del procedimento, qualora le parti³⁷⁵ non si ritengano pienamente soddisfatte, potranno sempre ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria.

Da quanto detto sinora, si comprende chiaramente come le decisioni adottate dall'ACF, come già osservato anche in merito all'ABF, non siano suscettibili di acquistare efficacia di giudicato, ovvero quell'effettività tipica della tutela aggiudicativa (decisoria), ma si limitano ad avere un impatto reputazionale.

Ebbene, dopo aver analizzato le norme relative all'AAS, si cercherà di comprendere se, stante l'incoercibilità che deriva dalle decisioni assunte dagli arbitri del settore finanziario, siano degli strumenti di per sé idonei alla tutela delle posizioni soggettive, ovvero se sia necessario un intervento normativo riformatore in un settore per l'intero sistema finanziario, onde evitare le gravi conseguenze pregiudizievoli per gli utenti, ma anche per gli stessi intermediari.

³⁷⁴ Art. 15, comma 3, “La decisione di accoglimento, totale o parziale, del ricorso contiene l'indicazione del termine entro il quale l'intermediario deve provvedere alla sua esecuzione. In caso di mancata indicazione del termine l'intermediario si conforma alla decisione entro trenta giorni dalla ricezione della decisione corredata della motivazione”. Le disposizioni, peraltro, pongono in capo all'intermediario l'onere di comunicare, mediante la piattaforma, gli atti e le attività da questi poste in essere per conformarsi alla decisione, allegando la prova documentale dell'avvenuto versamento del c.d. “contributo di soccombenza”.

³⁷⁵ Ove sia l'intermediario a proporre domanda dinanzi all'autorità giudiziaria, è fatto onere per l'ACF di pubblicare sul proprio sito l'avvio del procedimento ordinario e del relativo esito, provvedendo, ove l'intermediario ottenga una pronuncia a sé favore, alla cancellazione della notizia di mancato adempimento.

2.3. (segue) *Le disposizioni sul procedimento dinanzi all'Arbitro delle controversie assicurative (AAS)*

Anche per il settore assicurativo, così come si è visto in merito al settore bancario e finanziario puro, si è fatta strada la necessità dell'attivazione di un sistema ADR *ad hoc*, in cui una componente principale fosse data dalla presenza di soggetti specializzati e particolarmente competenti in materia: ossia l'arbitrato presso l'Ivass, o AAS³⁷⁶.

Tale soluzione dovrebbe ripercorrere nei suoi tratti caratterizzanti le linee guide seguite per la costituzione e il funzionamento dell'ABF e dell'ACF, allineando così il settore assicurativo a quello bancario ed a quello finanziario puro.

Come detto, la spinta rivoluzionare per il settore è assicurativo è arrivata dalle politiche europee e, in particolare, dell'emanazione della direttiva 2016/97/UE, o *Insurance distribution directive* (nota anche come IDD). Essa all'art. 15, reca infatti disposizioni "sulla risoluzione stragiudiziale delle controversie", sancendo espressamente in capo agli Stati membri l'onere di dotarsi di procedure di reclamo e di risoluzione delle controversie insorte tra i clienti ed i distributori di prodotti assicurativi, che abbiano ad oggetto i diritti e gli obblighi derivanti dalla direttiva stessa.

Tale direttiva è stata poi recepita dal nostro legislatore, dapprima con il d.lgs. 21 maggio 2018, che ha introdotto l'art. 187 ter nel Codice delle assicurazioni private, prevedendo l'obbligo per le imprese di assicurazione e riassicurazione di aderire ai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie; e successivamente con l'abrogazione dell'art. 187 ad opera del d.lgs. 30 dicembre 2020, n. 187, e la contestuale introduzione dell'art. 187. 1 del Cod. Ass., il quale oltre all'obbligo di adesione per gli intermediari, sancisce altresì i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie relative alla prestazione e ai servizi assicurativi, i criteri di composizione dell'organo giudicante, nonché la natura delle controversie assicurative trattate dal sistema, dovendo in ogni caso le procedure assicurare la rapidità, l'economicità e l'effettività della tutela.

³⁷⁶ Cfr. A. Candian, *L'Arbitro per le Controversie Assicurative*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, a cura di D. Mantucci, Napoli, 2020, 497 ss.

Ad oggi, va detto che la costituzione dell'arbitro assicurativo è stata affidata dalla legge ad un decreto interministeriale, da emanarsi ad opera del Ministro dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministro delle Giustizie, su proposta dell'Ivass, ovvero l'Istituto di vigilanza che si occuperà della "realizzazione" in concreto dell'arbitrato. Tuttavia, molte informazioni sono state già rese note nel corso dell'intervento del Segretario generale dell'Ivass, in data 24 ottobre 2022³⁷⁷. Anzitutto, l'AAS si presenta come un procedimento informatizzato, attivabile dal cliente autonomamente online ed a costi contenuti; come già per l'ABF e l'ACF, il ricorso dovrà essere preceduto dalla presentazione di un reclamo all'impresa o all'intermediario, e potrà essere presentato solo ove non abbia ricevuto riscontro ovvero non abbia ricevuto un riscontro adeguato. La gestione della fase istruttoria, anche qui esclusivamente documentale, è demandata alla segreteria tecnica, la quale avrà il compito di verificare l'ammissibilità e la ricevibilità del ricorso, di curarne la trasmissione all'intermediario, nonché al termine della fase istruttoria, si trasmettere la relazione istruttoria all'organo decidente. In merito non è chiaro se si tratterà di un unico Collegio, come nel caso dell'ACF, ovvero di più collegi, come in uso per l'ABF. Ad ogni modo, il Collegio dovrà far pervenire la propria decisione entro il termine di novanta giorni, prorogabili di altri novanta giorni per le controversie particolarmente complesse. La summenzionata relazione del segretario generale, specifica poi che "il procedimento si chiuderà con una decisione, non vincolante ma il cui inadempimento sarà soggetto a pubblicazione sul sito dell'Arbitro e su quello dell'operatore inadempiente".

Tuttavia, sono previste alcune specifiche derivanti dalle peculiarità proprie del settore assicurativo. Invero, contrariamente a quanto avviene per l'ABF e l'ACF, per i quali l'adesione -obbligatoria- avviene su richiesta degli intermediari, per l'AAS l'adesione sarà automatica, poiché collegata all'iscrizione dei soggetti vigilati all'albo delle imprese e al registro degli intermediari³⁷⁸ e ciò, in ragione dell'elevato numero di operatori operanti nel settore.

³⁷⁷ Disponibile per la consultazione integrale in https://www.ivass.it/media/interviste/documenti/interventi/2022/24-10-sdp-consob/SDP_Consob_24_10_22.pdf

³⁷⁸ Il segretario generale presso l'Ivass, specifica che tale esigenza si rende necessaria "in considerazione dell'elevato numero di soggetti che operano sul mercato assicurativo (94 tra imprese italiane e rappresentanze di imprese extra SEE, 975 tra rappresentanze e imprese SEE abilitate ad operare in libera prestazione di servizi, 230.000 intermediari iscritti nel RUI)".

Ancora con riferimento all'ambito di applicazione soggettivo, rispetto all'ABF e all'ACF, in cui il soggetto legittimato a proporre ricorso coincide, rispettivamente, con il cliente delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e con l'investitore c.d. *retail*, in ragione della complessità delle varianti che caratterizzano il settore assicurativo, il rapporto assicurativo necessita di un'ampia definizione di "clientela" in cui dovranno essere ricompresi non solo l'assicurato e il contraente, ma anche il beneficiario o il danneggiato³⁷⁹. Ciò naturalmente complica in qualche modo anche l'ambito di applicazione oggettivo dell'AAS poiché la bozza di decreto e la relazione illustrativa non prevedono un limite di valore del rapporto al quale la controversia inerisce, dovendo l'arbitro decidere non solo in ordine all'accertamento delle pretese dell'assicurato inerenti a prestazioni e servizi assicurativi, ma anche a quelle che fossero avanzate dal danneggiato. Sebbene vada ricordato che, in ogni caso, la conoscibilità dell'AAS resta pur sempre limitata a quelle controversie per cui l'accertamento dei fatti – ossia in ordine all'*an debeatur*-, ovvero la quantificazione del danno – ossia il *quantum debeatur*- in cui non è richiesto di svolgere ulteriore attività istruttoria, se non quella che potremmo definire attenuata poiché meramente documentale.

Ebbene, questo embrione di arbitro assicurativo testimonia, ancora una volta, l'intento del legislatore di promuovere gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie nell'ottica di poter così porre un argine al tema dei tempi della giustizia civile, offrendo alle parti uno strumento del tutto identico agli altri due arbitri già sperimentati del settore finanziario, l'ABF e l'ACF.

Stante la peculiare natura di questi sistemi, chiamati ad adottare "decisioni" di natura non vincolante e, neppure, suscettibili in alcun modo di esecuzione coattiva, si rende necessario uno scrutinio circa l'effettiva portata dei provvedimenti resi dai

³⁷⁹ Del resto, lo stesso considerando 8 della Direttiva IDD dispone che " Al fine di garantire ai clienti lo stesso livello di tutela indipendentemente dal canale attraverso il quale acquistano un prodotto assicurativo, direttamente da un'impresa di assicurazione o indirettamente tramite un intermediario, è necessario che l'ambito di applicazione della presente direttiva si estenda non soltanto alle imprese di assicurazione o agli intermediari assicurativi, ma anche ad altri partecipanti al mercato che vendono prodotti assicurativi a titolo accessorio, ad esempio agenzie di viaggio e autonoleggi, a meno che non soddisfino le condizioni di esenzione".
Disponibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0097>

collegi arbitrali. Appare evidente, infatti, che le caratteristiche di cui si è detto valgono a contraddistinguerli non solo dal sistema giurisdizionale – ordinario o arbitrale-, ma anche dagli altri sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

§ 3. *L'ambigua efficacia dei provvedimenti decisionali emessi dai Collegi arbitrali. La questione del mancato adeguamento spontaneo da parte degli intermediari*

Quanto esposto sino a qui, sia pur sinteticamente, in ordine alla funzione ed alle caratteristiche procedurali degli istituti in esame, cede il passo ora ad un nodo cruciale della materia che ci occupa, ovvero quello dell'efficacia della pronuncia dei collegi arbitrali – rispettivamente ABF, ACF e, per quanto possibile immaginare, AAS.

Come visto, risulta molto agevole una trattazione unitaria della questione poiché, pur nella diversità delle sfumature di cui si è dato conto, la natura delle decisioni rese dagli arbitri finanziari e, più in generale, dei procedimenti che davanti ad essi si instaurano, sono questioni che trovano la dottrina – unanimemente- orientata nel riconoscere ai modelli in questione, caratteri peculiari e diversi rispetto ai “tipici” modelli ADR presenti nel nostro sistema procedurale³⁸⁰, distinguendo così tra: procedimenti conciliativi, che si contraddistinguono per la volontà di far incontrare le parti affinché queste trovino un accordo; procedimenti di mediazione, caratterizzati per la formulazione da parte di un terzo di una proposta di mediazione; e infine, procedimenti arbitrali in senso stretto, aventi una vera e propria natura decisoria della controversia, il cui esito risulta vincolante per parti.

Seppur di difficile inquadramento all'interno della categoria dei tradizionali istituti della giustizia civile, si è formata l'opinione, ormai consolidata, che le pronunce rese dai collegi degli arbitri finanziari, seppur rese secondo diritto e non in funzione “conciliativa”, oltre a non possedere le caratteristiche proprie di una decisione giurisdizionale, non possiedono neppure alcun carattere vincolante, in quanto da esse

³⁸⁰ Cfr. M. Sepe, *Brevi note sulla natura delle decisioni dell'ABF*, in *ABF e supervisione bancaria*, a cura di F. Capriglione e M. Pellegrini, Milano, 2011, 119.

non scaturisce alcun obbligo suscettibile di coercizione tra le parti, ovvero suscettibile di coercizione dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria³⁸¹.

In tal senso si è avuto conferma anche con l'ordinanza di manifesta inammissibilità emessa dalla Corte Costituzionale³⁸², la quale, a seguito della questione rilevata dal Collegio ABF di Napoli, ha avuto modo di pronunciarsi sulla carenza di legittimazione dell'ABF a sollevare una questione di legittimità costituzionale, fornendo così una interpretazione autorevole circa la natura dell'ABF, applicabile in via generale anche all'ACF e all'AAS.

In particolare, il Collegio partenopeo, con ordinanza di remissione del 6 luglio 2010³⁸³, ritenuto “che l'Arbitro Bancario Finanziario, nell'ambito dei sistemi di

³⁸¹ A. Antonucci, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. di dir. dell'economia*, 2011, 132.

³⁸² Corte cost., 22 luglio 2011, n. 218.

³⁸³ L'ABF di Napoli, “con provvedimento del 6 luglio 2010, ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, 41 e 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 1, della legge della Regione Siciliana 14 maggio 2009, n. 6 (Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2009), che prevede la proroga, da parte degli istituti di credito, della scadenza dei termini delle esposizioni agrarie; che il Collegio rimettente premette di essere stato investito da un reclamo, proposto a norma delle disposizioni attuative dell'art. 128 -bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), con il quale la titolare di una azienda agricola siciliana, debitrice nei confronti del Banco di Sicilia per un credito agrario già scaduto, aveva richiesto all'istituto di credito l'applicazione della norma oggetto di impugnativa ricevendo risposta negativa da parte dello stesso istituto; che, a fronte delle contrapposte tesi sostenute dalle parti, il Collegio ha rilevato come l'unica interpretazione plausibile della norma in discussione, avuto riguardo all'univoco significato testuale, è che la disposizione stessa abbia inteso introdurre un vero e proprio diritto potestativo del debitore, con un corrispettivo obbligo per l'intermediario bancario, non rilevando che il debito della azienda ricorrente fosse già stato prorogato; che la disposizione denunciata risulterebbe in contrasto con gli artt. 3, 41 e 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, il quale, nell'individuare tra i limiti della potestà legislativa regionale quello dell'“ordinamento civile”, «certamente sottrae alle Regioni il potere di dettare prescrizioni che incidono sull'autonomia privata, oltretutto nell'ambito di rapporti contrattuali già in essere»; che il Collegio reputa pregiudizialmente necessario svolgere una approfondita disamina delle circostanze alla stregua delle quali ravvisa la propria legittimazione a sollevare il quesito incidentale di legittimità costituzionale; che l'Arbitro Bancario Finanziario, nell'ambito dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, avrebbe un ruolo «autenticamente decisorio», atteso che le sue decisioni risulterebbero per vari aspetti vincolanti, specie per gli intermediari, la cui “reputazione” sarebbe messa in gioco in caso di inottemperanza; che il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario risulterebbe, pertanto, «in qualche modo contiguo» a quello degli arbitri, oggi abilitati a promuovere questioni di legittimità costituzionale in forza dell'art. 819 -bis del codice di procedura civile, apparendo essenziale, in forza anche della giurisprudenza costituzionale, che l'organo rimettente sia chiamato a risolvere una controversia nel rispetto delle garanzie del contraddittorio e facendo applicazione obiettiva del diritto; che la questione sollevata sarebbe rilevante atteso che, ove la norma censurata, sicuramente applicabile al contenzioso insorto fra le parti, fosse

risoluzione stragiudiziale delle controversie, avrebbe un ruolo «autenticamente decisorio», atteso che le sue decisioni risulterebbero per vari aspetti vincolanti, specie per gli intermediari, la cui “reputazione” sarebbe messa in gioco in caso di inottemperanza; che il ruolo dell’Arbitro Bancario Finanziario risulterebbe, pertanto, «in qualche modo contiguo» a quello degli arbitri, oggi abilitati a promuovere questioni di legittimità costituzionale in forza dell’art. 819 -*bis* del codice di procedura civile”, l’ABF risulterebbe quindi uno strumento analogo all’arbitrato vero e proprio “apparendo essenziale, in forza anche della giurisprudenza costituzionale, che l’organo rimettente sia chiamato a risolvere una controversia nel rispetto delle garanzie del contraddittorio e facendo applicazione obiettiva del diritto”. Invero, secondo l’ordinanza di rimessione, l’ABF al pari dell’arbitro rituale, per il quale opera l’art. 819 -*bis*, c.p.c., sarebbe organo legittimato a promuovere la questione di legittimità costituzionale di una norma di legge.

Di contrario avviso, tuttavia, le argomentazioni della Corte costituzionale, secondo cui: anzitutto, il carattere delle disposizioni – nello specifico l’art. 128 -*bis* del TUB e la delibera del CICR 275/2008- impedirebbe di far rientrare l’ABF nell’alveo dei procedimenti giurisdizionali i quali sono inscindibilmente legati al fondamento costituzionale ed alla riserva di legge; i membri dei collegi, poi, secondo la Corte non sono investiti dei requisiti di *status* previsti in capo ai soggetti chiamati a svolgere la funzione giurisdizionale. Del resto, secondo la Consulta varrebbero ad escludere la natura giurisdizionale dell’ABF, sia la circostanza secondo cui il ricorso all’arbitro sarebbe vanificato ove nel corso dello stesso la controversia venisse deferita all’autorità giudiziaria o arbitrale³⁸⁴, sia in quanto la stessa Banca d’Italia, con comunicato del 26 ottobre 2010, aveva avuto modo di precisare che “per gli intermediari, così come per i clienti, quale che sia l’esito della procedura, resta ferma la facoltà di ricorrere all’autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto

riconosciuta costituzionalmente legittima, la stessa imporrebbe al Collegio di accogliere la domanda della azienda agricola ricorrente, non essendo possibile procedere ad una interpretazione adeguatrice tale da scongiurare il prospettato vizio di legittimità; che la disposizione impugnata contrasterebbe con l’art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., che esclude la competenza legislativa delle Regioni in materia di “ordinamento civile”, in connessione all’esigenza di garantire l’uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali che disciplinano i rapporti fra privati”. Disponibile integralmente in <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2011&numero=218>

³⁸⁴ V. Ruperto, *L’arbitro bancario finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 332.

dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti ed interessi", e ciò sul presupposto che "le decisioni dell'ABF non incidono sulle situazioni giuridiche delle parti"³⁸⁵.

Per vero, la decisione dell'ABF non vincola per definizione le parti, restando queste sempre libere di adire l'autorità giudiziaria ordinaria, ovvero gli altri strumenti di risoluzione alternativa delle controversie previsti dall'ordinamento. Come già visto, invece, solo l'intermediario, in caso di inottemperanza alla decisione dell'ABF di accoglimento del ricorso del cliente, rimarrà esposto all'applicazione della sanzione reputazionale della pubblicazione dell'inadempimento sul proprio sito, su quello ABF e su due quotidiani a diffusione nazionale.

Tali considerazioni, del resto, come già visto, trovano applicazione anche con riferimento all'ACF³⁸⁶ e all'AAS³⁸⁷. Le rispettive pronunce, infatti, da una parte, mancano del valore imperativo, in quanto non possiedono la forza di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive delle parti; e, dall'altra parte, prevedono solo nei confronti dell'intermediario inadempiente una sanzione meramente reputazionale, che deriva dall'esercizio diretto del potere di vigilanza in capo alle autorità di vigilanza istituite presso la Consob³⁸⁸ e presso l'Ivass.

³⁸⁵ Cfr., F. Auletta, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, op. cit., 85; ma anche V. Petrella, *L'arbitro bancario finanziario*, op. cit., 308 e ss.

³⁸⁶ ACF disponibile in <https://www.acf.consob.it/web/guest/arbitro-bancario-finanziario>: "Qualora l'investitore non sia soddisfatto della decisione, può comunque rivolgersi all'Autorità giudiziaria. Presentare ricorso all'ACF o ad altro sistema alternativo di risoluzione delle controversie è condizione di procedibilità per avviare un procedimento giudiziario".

³⁸⁷ Come si può leggere nella relazione del Segretario generale presso l'Ivass: "È chiaro che il nuovo organismo [l'AAS] si ispira alla struttura degli altri due arbitri del settore finanziario, nel solco dei criteri qualitativi della direttiva 2013/11 sui sistemi ADR, recepiti nel Codice del consumo. L'ABF e l'ACF (*omissis*) per questo rappresentano un esempio e una guida autorevole per l'Arbitro Assicurativo. L'AAS sarà, dunque, un sistema agile e diretto, attivabile dal cliente autonomamente, on line e a costi contenuti. (*omissis*) Il procedimento si chiuderà con una decisione, non vincolante ma il cui inadempimento sarà soggetto a pubblicazione sul sito dell'Arbitro e su quello dell'operatore inadempiente".

³⁸⁸ Con sentenza n. 3654 dell'8 marzo 2022, il Tribunale di Roma ha avuto modo di affermare che le decisioni dell'ACF non possono ritenersi vincolanti per le parti, non potendo né assumere autorità di giudicato come sentenza civile e nemmeno costituire un titolo esecutivo su cui fondare un'azione di recupero coatto del credito. Infatti, secondo il tribunale di Roma, nonostante il nome "fuorviante", l'ACF avrebbe caratteristiche che lo rendono unico rispetto ai tradizionali sistemi ADR, poiché l'iniziativa ad adire tale strumento spetta ai soli investitori e si conclude con una decisione e "non un accordo tra le parti"; le decisioni dell'ACF non prevedono ipotesi di condanna del risparmiatore/investitore ma solo dell'intermediario e, quindi, "non sono vincolanti né hanno idoneità a passare in giudicato o costituire titolo esecutivo"; la "conformazione da parte degli intermediari ai *dicta* del Collegio dovrebbe essere

In tal senso le decisioni degli arbitri finanziari avrebbero un più limitato valore di “giudizio prognostico”³⁸⁹ del possibile esito giudiziario delle controversie, fondato, non solo sull’autorevolezza dei propri componenti, nonché su una cognizione procedimentalizzata ma snella della lite, prossima secondo autorevole dottrina³⁹⁰ all’*Early Neutral Evaluation* tipica degli ordinamenti di *common law*, consistente in una valutazione neutrale anticipata del *merit of the case*, ossia circa la fondatezza in diritto della domanda. Tuttavia, mentre l’istituto di *common law* menzionato, fonda la sua prognosi all’esito di un giudizio di sussistenza o meno del diritto oggetto del giudizio, compiuta dal giudice stesso- seppur in via preliminare- a seguito della proposizione della domanda giudiziale³⁹¹; gli arbitri del settore finanziario, al contrario si presentano come meccanismi, operanti prima del giudizio e di per sé idonei solo ad integrare la condizione di procedibilità della domanda giudiziale, in alternativa alla mediazione.

Se ciò è vero, occorrerà adesso chiedersi quale efficacia potrebbero spiegare le decisioni dei collegi ABF, del Collegio ACF e, in prospettiva futura, del Collegio AAS nel caso concreto in cui il giudice del processo civile si trovasse a decidere una domanda avente ad oggetto la medesima controversia, già avanzata con ricorso in sede stragiudiziale.

Anzitutto, è doveroso ribadire che è esclusa da decisorietà con efficacia di giudicato delle determinazioni dei collegi arbitrali in questione; in particolare infatti, la dottrina³⁹², ha ritenuto di qualificare come “decisori” quei provvedimenti che, nel diritto processuale civile, sono idonei ad incidere sui diritti soggettivi delle parti, nonché quei provvedimenti – quale ne sia la loro forma, sentenza, ordinanza ovvero

assicurata tramite la c.d. ‘sanzione reputazionale’, vale a dire la pubblicazione della notizia dell’eventuale inadempimento”.

³⁸⁹ C. Consolo, M. Stella, *Il funzionamento dell’ABF nel sistema delle ADR*, op. cit., 9 e ss.

³⁹⁰ Cfr. C. Consolo, M. Stella, *Il funzionamento dell’ABF nel sistema delle ADR*, op. cit., 4.; in senso contrario, V. Petrella, *L’arbitro bancario finanziario*, op. cit., 298.

³⁹¹ V. Petrella, *L’arbitro bancario finanziario*, op. cit., 298, in cui l’a. ricorda come “tale valutazione, peraltro, nell’ordinamento inglese è compiuta in prima persona dal giudice della stessa Commercial Court investita della controversia, su proposta del giudice direttamente incaricato della causa. Tale istituto, vigente, lo si precisa, nell’ambito delle controversie commerciali, consente alle parti di valutare i costi ed i benefici della causa quando la stessa è già insorta e pendente dinanzi alla giurisdizione statale”.

³⁹² C. Consolo, M. Stella, *L’“arbitro bancario finanziario” e la sua “giurisprudenza precognitrice”*, op. cit., 187.

decreto- a cui merita di essere estesa la garanzia del ricorso dinanzi alla corte di cassazione per violazione di legge, ai sensi dell'art. 111, comma 7 Cost. Del resto, sulla scorta di queste considerazioni, nonché in ragione del fatto che le decisioni arbitrali di cui trattasi non contengano la prova in ordine alla sussistenza di uno o più fatti costitutivi del diritto vantato, si ritiene inammissibile il ricorso per decreto ingiuntivo fondato su una pronuncia favorevole dei collegi arbitrali finanziari; invero, si ritiene che la decisione arbitrale non possa essere impiegata quale prova scritta per ottenere la tutela monitoria.

La dottrina più estensiva³⁹³, invece, dal canto suo, ha ritenuto che le pronunce rese dai collegi arbitrali possano essere largamente utilizzate dalle parti in causa sia come allegazione liberamente valutabile dal giudice, ovvero come prova privilegiata con conseguente inversione dell'onere probatorio in capo alle parti.

Sembra apparire al riguardo maggiormente indicata la possibilità³⁹⁴ di proporre, in forza di una pronuncia favorevole per il cliente e di mancato adeguamento spontaneo dell'intermediario finanziario, un ricorso al giudice ordinario³⁹⁵ ai sensi del novellato art. 281 -*decies*, c.p.c., in cui certamente si svolgerà, seppur nelle forme del procedimento semplificato, un accertamento in contraddittorio tra le parti. Tuttavia, allo stato attuale³⁹⁶, in assenza di una specializzazione adeguata in capo all'autorità giudiziaria ordinaria, sembra preferibile la strada percorsa da tanti, secondo cui il rapporto tra le suddette procedure arbitrali ed il processo dinanzi al giudice statale, potrebbe essere valutato facendo riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 92 e 96 c.p.c., in materia di ripartizione delle spese processuali.

³⁹³ F. Auletta, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, op. cit., 90.

³⁹⁴ Questa soluzione, con riferimento espresso all'art. 702 -*bis* c.p.c., è stata paventata da G. Costantino, *La istituzione dell'«Arbitro bancario finanziario»*, op. cit., 297 e ss.

³⁹⁵ Anche in questo caso, tuttavia, agli occhi di scrive non pare tanto un problema di efficacia della decisione arbitrale, ma semmai di sufficiente specializzazione in capo al giudice nel dirimere una controversia con un così elevato grado di tecnicismo, esclusivamente basandosi sui documenti allegati dalle parti.

³⁹⁶ Si evidenzieranno nel capitolo conclusivo di questo lavoro le relazioni annuali sul lavoro dell'ABF messe a disposizione sul sito dell'arbitro, in cui – lo si anticipa già- il numero dei ricorsi presentati è diminuito nell'ultimo anno del 30% e, rispetto agli ultimi tre anni, si è passati dai circa trentamila ricorsi per l'anno 2020 ai quindicimila ricorsi del 2022, sintomatico del fatto che, una volta trascorsa la fase di entusiasmo, gli utenti sono giunti a quella della consapevolezza.

Al pari di quanto già avviene per la proposta di mediazione³⁹⁷ ex art 13 d.lgs. 28/2010, nulla impedisce di considerare rilevante, ai fini della condanna alle spese processuali, il giudizio prognostico favorevole condotto in seno alle procedure arbitrali esaminate³⁹⁸; in particolare, infatti, qualora la soluzione offerta dal giudice ordinario dovesse essere conferme a quella resa dai collegi, nulla impedisce di ritenere che la parte che ha dato comunque corso alla causa, lo abbia fatto con la consapevolezza di gravare l'ordinamento di un ingiustificato dispendio di risorse processuali.

Il ricorso a tali strumenti, infine, non esclude che le parti decidano di aderire spontaneamente alle decisioni dei collegi arbitrali finanziari, sebbene ciò non comporti in alcun modo un'efficacia maggiore delle pronunce rese³⁹⁹. Al riguardo appare rilevante ricordare che, per l'intermediario, l'efficacia di monito che assume la possibile irrogazione di una sanzione disciplinare da parte delle autorità di vigilanza-Banca d'Italia, Consob e Ivass- promanando la decisione da una fonte autorevole e competente, quali sono i collegi arbitrali, potrebbe fungere da deterrente per future

³⁹⁷ Art. 13, come modificato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, rubricato “Spese processuali”: “1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96, commi primo, secondo, e terzo del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. 2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.”

³⁹⁸ V. Petrella, *L'arbitro bancario finanziario*, op. cit., 310, in cui l'a. sostiene che “il ricorso a tali strumenti non implica, infatti, la necessaria accettazione di una diretta efficacia dell'ABF, sia pure in termini di prova; piuttosto il cliente, confortato dall'esito prognostico favorevole della procedura presso l'ABF reso allo stato degli atti, sulle medesime ragioni ed argomentazioni ritenute sufficienti all'ottenimento della vittoria «virtuale» dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario.

³⁹⁹ Cfr. G. Finocchiaro, *ABF: scatta il sistema della sanzione reputazionale*, in *Guida al dir.*, 2013, 26 e ss.

condanne⁴⁰⁰, o accertamenti sul piano amministrativo⁴⁰¹, sebbene ciò di fatto non accada allo stato attuale delle cose.

§ 4. *Alcune considerazioni sull'ordinamento e la specializzazione degli Organi decidenti*

Un aspetto importante che caratterizza i ricorsi agli arbitri finanziari – ABF, ACF e AAS- è certamente legato all'esame dell'attività dei collegi, le cui decisioni vengono assunte sulla base della documentazione prodotta dalle parti secondo diritto, facendo quindi applicazione delle norme legislative e regolamentari, nonché dei codici di condotta.

Per vero, il sistema delineato nei precedenti paragrafi, presenta una struttura certamente peculiare e, come sostenuto, “funzionale all'obiettivo di improntare a sostanziale correttezza i rapporti tra banche e clienti”⁴⁰², in cui un ruolo centrale è svolto dall'ufficio degli arbitri che presiedono i collegi. Del resto, ben lontano dalla natura privata⁴⁰³ del rapporto parti- arbitro tipico dell'arbitrato rituale, per effetto dell'atto di nomina posto in essere dalle parti o dal soggetto cui spetta la relativa legittimazione, l'ufficio dei collegi arbitrali del settore finanziario presenta delle caratteristiche del tutto peculiari.

La difficoltà di trasporre agli arbitri finanziari la dimensione privatistica dell'arbitrato puro, nonché i principi e le regole operanti nel sistema della giurisdizione arbitrale, ha reso comunque necessaria la previsione di un variegato insieme di norme che, come già visto, è quello individuato dalle disposizioni di funzionamento dei

⁴⁰⁰ Un esempio di ciò è dato dalle Disposizioni applicative dell'ABF, Sez. VI, par. 4 in cui si afferma specificatamente che “gli esiti dei ricorsi sono valutati dalla Banca d'Italia per i profili di rilievo che essi possono avere per l'attività di vigilanza”.

⁴⁰¹ M. Sepe, *Brevi note sulla natura delle decisioni dell'ABF*, op. cit., 131, in cui a. sostiene “e questo, si badi bene, anche quando l'intermediario abbia ragioni spendibili nel caso specifico, non potendosi escludere che comportamenti «civilisticamente difendibili» per l'intermediario nei rapporti con la clientela, possano risultare sindacabili sotto un profilo di vigilanza, soprattutto quando reiterati nel tempo”.

⁴⁰² A. Antonucci, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, op. cit., 135.

⁴⁰³ Cfr. C. Punzi, *Gli arbitri*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012, 479.

singoli arbitri finanziari, in grado di garantire, perlomeno, i requisiti di esperienza, professionalità, integrità e indipendenza⁴⁰⁴.

Anzitutto però, volendo tradurre parte delle norme del codice di rito, individuate agli artt. 809 – 815 c.p.c., alla composizione dei collegi arbitrali del settore finanziario si potranno osservare certamente taluni tentativi di emulazione, ferma restando l'impossibilità di ricondurre in capo all'ABF, all'ACF e all'AAS, qualunque tipo di funzione giurisdizionale, ma semmai solo "giustiziale"⁴⁰⁵.

Alla stregua del dettato di cui all'art. 809 c.p.c., le disposizioni dell'ABF, nonché le disposizioni Consob – ma anche la relazione sull'AAS-, prevedono quale fondamentale connotato della funzione dell'organo giudicante la necessaria disparità della composizione dei collegi, entrambi composti da cinque membri, di cui uno facente funzioni di Presidente. Si tratta certamente di una regola, quella della disparità del numero degli arbitri posta a presidio della funzione decisoria, poiché la decisione viene assunta a maggioranza⁴⁰⁶; invero, il predetto principio potrebbe essere ostacolato in caso di arbitri in numero pari. Tuttavia, in merito, sebbene da un lato, le disposizioni sul funzionamento dell'ABF e dell'ACF non prevedano alcuna conseguenza per le ipotesi di violazione del principio in oggetto, dall'altro lato, queste individuano una disciplina sostitutiva *ad hoc* "qualora i componenti dell'Organo decidente si trovino in situazioni di conflitto di interessi rispetto alle parti o alle questioni oggetto della controversia" per cui è prevista espressamente la convocazione di membri supplenti, precisando poi che "ove la situazione di conflitto di interessi emerga nel corso della

⁴⁰⁴ Così le Disposizioni ABF, sez. III, par. 3 rubricato "Requisiti", "I componenti dell'organo debbono possedere requisiti di esperienza, professionalità, integrità e indipendenza"; si veda anche con riferimento all'ACF, la Delibera Consob n. 10602, Capo II, art. 5, rubricato "Composizione del collegio", il quale così recita "Il collegio è composto da un Presidente e da quattro membri, scelti tra persone di specifica e comprovata competenza ed esperienza, di indiscussa indipendenza e onorabilità, nominati dalla Consob", ed ancora art. 7, "Funzionamento del collegio ed obblighi dei componenti", in cui si afferma che "I componenti dell'organo giudicante assolvono alle proprie funzioni con imparzialità e indipendenza di giudizio, osservano le disposizioni del codice deontologico deliberato dalla Consob, dedicano il tempo necessario all'efficace espletamento dell'incarico".

⁴⁰⁵ F. Capriglione, *Il ruolo dell'ABF tra funzione giustiziale e supervisione bancaria*, in *ABF e supervisione bancaria*, op. cit., 7 e ss.

⁴⁰⁶ Art. 7, Delibera Consob, "Funzionamento del collegio ed obblighi dei componenti", comma 5 così recita "Le deliberazioni con cui sono decise le controversie sono adottate collegialmente, con la presenza di tutti i componenti, eventualmente sostituiti dai supplenti, a maggioranza dei voti espressi da tutti i componenti"; del pari le disposizioni ABF, sez. II, par. 4, comma 4, dispone semplicemente che "la decisione sui ricorsi è assunta a maggioranza".

riunione, la trattazione del ricorso viene rinviata⁴⁰⁷. A tal proposito, è poi espressamente anticipato che al procedimento di nomina suppletiva provvede naturalmente il Presidente, essendo preclusa alle parti qualunque possibilità di nomina⁴⁰⁸.

Ancora, visto il richiamo indiretto⁴⁰⁹ alla previsione generale di cui all'art. 812 c.p.c. sulla capacità di agire degli arbitri, occorre analizzare i requisiti legati all'incarico dell'ufficio di arbitro, poiché le disposizioni circa i Collegi ABF e il Collegio ACF prevedono espressamente delle ipotesi di incompatibilità. In *primis*, per

⁴⁰⁷ Disposizioni ABF, sez. II, par. 4, comma 3. Altrettanto prevedono le disposizioni sul funzionamento dell'ACF, art. 7, comma 3 "I membri del collegio comunicano senza indugio al Presidente e alla segreteria tecnica tutte le circostanze, anche sopravvenute nel corso del procedimento, idonee a incidere sulla loro indipendenza o imparzialità, ai fini della loro sostituzioni con i membri supplenti".

⁴⁰⁸ Nell'arbitrato puro, la nomina può essere contenuta direttamente nella convenzione di arbitrato, può essere devoluta ad un soggetto terzo, quale potrebbe essere il tribunale in cui ha sede l'arbitrato, ovvero ancora porrebbe essere racchiusa nella c.d. clausola binaria, in forza della quale ogni parte provvede alla nomina di un arbitro e, successivamente, gli arbitri procedono alla nomina del terzo arbitro.

⁴⁰⁹ Per quanto riguarda l'ACF, il riferimento è all'art. 6, comma 3, in cui si afferma che "Ai fini della nomina i componenti del Collegio non devono, salvi gli effetti della riabilitazione: a) trovarsi in condizione di interdizione, inabilitazione ovvero aver subito una condanna ad una pena che comporti l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici ovvero l'incapacità ad esercitare uffici direttivi; b) essere stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; c) essere stati condannati con sentenza irrevocabile: 1) a pena detentiva per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati, di valori mobiliari e di strumenti di pagamento; 2) a pena detentiva per uno dei reati previsti nel titolo XI del libro V del codice civile e nel regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; 3) alla reclusione per un tempo non inferiore a un anno per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica ovvero per un delitto in materia tributaria; 4) alla reclusione per un tempo non inferiore a due anni per un qualunque delitto non colposo; d) essere stati condannati a una delle pene indicate alla lettera c) con sentenza che applica la pena su richiesta delle parti, salvo il caso di estinzione del reato".

4. La originaria inesistenza o la sopravvenuta perdita dei requisiti indicati nel presente articolo importa la decadenza dalla carica. La decadenza è pronunciata dalla Consob, sentiti gli interessati, entro sessanta giorni dalla conoscenza della mancanza o della sopravvenuta perdita dei requisiti". Per l'ABF è invece previsto "Non possono essere nominati componenti dell'organo decidente coloro i quali: — siano stati condannati per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa, dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari e di strumenti di pagamento, ovvero per i reati di riciclaggio e di usura; — abbiano riportato condanne definitive per altri delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione; — abbiano riportato condanne a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi; — siano incorsi nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; — siano stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza" (Sez. II, par. 3).

quanto riguarda i membri dei collegi ABF, le norme dispongono che non possano ricoprire l'incarico coloro che, nei due anni precedenti, "abbiano ricoperto cariche sociali o svolto attività di lavoro subordinato ovvero di lavoro autonomo avente carattere di collaborazione coordinata e continuativa presso gli intermediari e le loro associazioni o presso le associazioni dei consumatori o delle altre categorie di clienti" e che non possano essere nominati componenti neppure coloro che ricoprono cariche politiche. In secondo luogo, invece, con riferimento all'ACF, le disposizioni si limitano a prevedere che non possono essere nominati componenti del Collegio i dipendenti in servizio della Consob che nei precedenti due anni sono stati preposti o assegnati a unità organizzative con funzioni di vigilanza ovvero sanzionatorie nelle materie di competenza dell'Arbitro".

Tale discrepanza si coglie anche alla luce delle considerazioni a suo tempo fatte in ordine alle differenze, seppur poche, tra ABF ed ACF: invero, come si è detto, mentre l'arbitro per le controversie finanziarie si presenta come un'unica struttura centralizzata⁴¹⁰ operante all'interno della stessa Consob; l'arbitro bancario finanziario, invece, si connota per una struttura organizzativa decentrata su base nazionale con sette diversi collegi, che pure si avvalgono dell'organizzazione e risorse della Banca d'Italia.

Va precisato poi che, sulla base delle regole attualmente vigenti, una volta perfezionato il normale percorso di formazione dell'Organo giudicante, sia esso ACF o ABF, non insorge tra le parti e tutti gli arbitri alcun rapporto contrattuale unitario, come invece avviene nell'arbitrato vero e proprio, consistente nell'obbligo principale di pronunciare il lodo, e neppure sussiste, come disposto agli artt. 813- *ter* e 814 c.p.c. alcuna responsabilità degli arbitri per danni cagionati a una delle parti nel caso di rinuncia all'incarico per senza giustificato motivo, omissione o ritardo di atti dovuti con dolo o colpa grave, e così via.

Invero come anticipato all'inizio di questa disamina intorno alla figura degli arbitri finanziari, se è vero che questi procedimenti arbitrali sono stati costituiti essenzialmente per far fronte ad un settore, quello finanziario, particolarmente ricco e specializzato dal punto di vista del diritto sostanziale, è anche vero che per potersi

⁴¹⁰ N. Soldati, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, op. cit., 1060.

porre come valida alternativa alla giurisdizione ordinaria- in cui manca una tale specializzazione dell'autorità giudiziaria-, le disposizioni legislative in materia hanno assunto quale corollario dell'effettività della tutela norme che garantissero un elevato livello di competenza in capo ai collegi arbitrali, a scapito di previsioni – quali quelle sulla ricusazione- disciplinate nel codice di rito per l'arbitrato vero e proprio⁴¹¹.

In merito, infatti, a riprova delle peculiari competenze attribuite all'ufficio degli arbitri nella gestione del contenzioso nei tre comparti del diritto finanziario, sono stati supposti specifici requisiti di professionalità in capo ai componenti dei diversi collegi giudicanti. Così, mentre, le norme di funzionamento dell'Arbitro bancario richiedono collegi composti da “docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno dodici anni, magistrati in quiescenza, ovvero altri soggetti in possesso di una significativa e comprovata competenza in materia bancaria, finanziaria o di tutela dei consumatori”; le disposizioni sull'Arbitro per le controversie finanziarie individuano i componenti del Collegio tra “a) avvocati iscritti agli albi ordinari e

⁴¹¹ Così l'art. 815 c.p.c. rubricato “Ricusazione degli arbitri”, “Un arbitro può essere ricusato: 1) se non ha le qualifiche espressamente convenute dalle parti; 2) se egli stesso, o un ente, associazione o società di cui sia amministratore, ha interesse nella causa; 3) se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori; 4) se egli stesso o il coniuge ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori; 5) se è legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza; inoltre, se è tutore o curatore di una delle parti; 6) se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone; 6-bis) se sussistono altre gravi ragioni di convenienza, tali da incidere sull'indipendenza o sull'imparzialità dell'arbitro. Una parte non può ricusare l'arbitro che essa ha nominato o contribuito a nominare se non per motivi conosciuti dopo la nomina. La ricusazione è proposta mediante ricorso al presidente del tribunale indicato nell'articolo 810, secondo comma, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione della nomina o dalla sopravvenuta conoscenza della causa di ricusazione. Il presidente pronuncia con ordinanza non impugnabile, sentito l'arbitro ricusato e le parti e assunte, quando occorre, sommarie informazioni. Con ordinanza il presidente provvede sulle spese. Nel caso di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza dell'istanza di ricusazione condanna la parte che l'ha proposta al pagamento, in favore dell'altra parte, di una somma equitativamente determinata non superiore al triplo del massimo del compenso spettante all'arbitro singolo in base alla tariffa forense. La proposizione dell'istanza di ricusazione non sospende il procedimento arbitrale, salvo diversa determinazione degli arbitri. Tuttavia, se l'istanza è accolta, l'attività compiuta dall'arbitro ricusato o con il suo concorso è inefficace”.

speciali abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori; dottori commercialisti iscritti nella Sezione A) dell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili da almeno dodici anni; b) notai con almeno sei anni di anzianità di servizio; magistrati ordinari, in servizio da almeno dodici anni o in quiescenza; magistrati amministrativi e contabili con almeno sei anni di anzianità di servizio o in quiescenza; c) professori universitari di ruolo in materie giuridiche o economiche in servizio o in quiescenza; dirigenti dello Stato o di Autorità indipendenti con almeno venti anni di anzianità di servizio laureati in discipline giuridiche o economiche, in servizio o in quiescenza”. Si tratta di requisiti che si prevede possano essere rispettati anche per l’istituzione dell’arbitro per le controversie assicurative, in quanto, il comunicato del segretario generale presso l’Ivass ribadisce che le controversie del settore “saranno sottoposte alla cognizione di uno o più collegi, ognuno costituito da 5 membri effettivi, più i supplenti, scelti tra soggetti con elevata professionalità, competenza, integrità e indipendenza”.

Per vero, tali requisiti si sono resi necessari proprio in relazione allo specifico settore in cui tali procedure sono chiamate ad operare, rendendo i suddetti meccanismi arbitrali maggiormente funzionali rispetto alle meno frequenti procedure alternative generaliste, quali la mediazione.

Tuttavia, se si considera che tali strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie assumono rilievo, non tanto quanto strumenti di definizione delle controversie, alla stregua della giurisdizione ordinaria, ma semmai per le finalità di vigilanza e, più in generale, per l’efficienza del sistema finanziario; si comprende perché l’esperienza negli anni di questi arbitri, abbia portato verso un *trend* negativo di ricorsi: dai circa trentamila del 2020, si è giunti all’incirca a quindicimila nel 2022.

Trascorsa, infatti, la fase di entusiasmo è emerso un vuoto normativo- ma anche una quasi inconsistente prassi- legato alla capacità di metabolizzazione degli orientamenti espressi dai collegi arbitrali di settore in seno ai provvedimenti giurisdizionali, non di poco conto.

E sebbene con riferimento alle decisioni ABF, parte della dottrina abbia parlato di “giurisprudenza precognitrice”⁴¹², oggi, in realtà sopravvivono più dubbi che certezze

⁴¹² C. Consolo, M. Stella, *L’ «arbitrato bancario finanziario» e la sua «giurisprudenza precognitrice»*, op. cit., 185 e ss.

in ordine all'effettività di tutela a cui tali strumenti sembrano aspirare in materia di risoluzione delle controversie bancarie, finanziarie ed assicurative.

§ 5. Conclusioni

Un aspetto importante che è emerso nel corso di queste pagine è certamente legato alla complessità delle fonti del diritto finanziario, sia esso bancario, assicurativo o finanziario in senso stretto. Di fatti, si tratta di una disciplina in cui bisogna tenere conto non solo degli strumenti di cui si avvalgono le autorità di vigilanza, le associazioni di categoria, o del ruolo dei singoli utenti, ma anche di “una dottrina realistica delle fonti delle diritto [che] si fonda sull'esperienza ma riconosce che non tutto il diritto è positivo nel senso del «formalmente stabilito»”⁴¹³. Questo compito “avrebbe potrebbe” dirsi realizzato dagli orientamenti interpretativi condotti dai collegi arbitrali a cui “avrebbe potuto” essere attribuita una funzione quasi regolatoria, stante non solo la vicinanza alle singole Autorità di Regolamentazione del settore, ma anche la credibilità e l'esperienza dei collegi stessi.

In tal senso, le decisioni rese, dal punto di vista della risoluzione delle questioni eminentemente di diritto sostanziale e, soprattutto della rilevanza general- processuale delle stesse, si è ritenuto che “avrebbero potuto” dare adito ad una giurisprudenza precorritrice, idonea contribuire al deflazionamento del contenzioso civile. Tuttavia, ciò, a distanza di oltre dieci anni dall'operatività di questi strumenti, -o perlomeno dall'entrata in vigore della Direttiva 2013/11/UE- non può dirsi realizzato.

Per vero, come già rilevato, seppur nell'ottica di costituire delle *c.d. best practice*, le decisioni assunte dagli arbitri del settore finanziario, non si può sostenere che abbiano giovato alla tutela effettiva delle parti coinvolte nella controversia e, neppure, che abbiano contribuito ad influenzare la giurisprudenza ordinaria. Mentre da un lato, infatti, i ricorrenti hanno perso fiducia verso questi strumenti, come dimostrano le indagini empiriche condotte dagli organi di vigilanza, di anno in anno, sul numero della presentazione dei ricorsi; dall'altro lato, invece, come si avrà modo di dire meglio

⁴¹³ G. Alpa, *A proposito delle fonti del diritto bancario (con riguardo alle intersezioni con il diritto civile)*, in *Contratto e impresa*, 2020, 1007 e ss.

nel proseguo, i giudici ordinari, non solo si sono spesso interrogati circa la valenza da attribuire alle pronunce emesse dai collegi arbitrali, ma si sono anche discostati da quegli stessi provvedimenti, ribaltando gli esiti delle decisioni, finendo per contribuire – negativamente- al fenomeno dell’incertezza del diritto.

A tal proposito, autorevole dottrina, con riferimento alla disciplina finanziaria, si è chiesta se fosse ancora possibile isolare questo settore “dal resto dell’ordinamento quasi che fosse dotato di una sua autonomia, (*omissis*) mostrando caratteristiche sue proprie, tali da poterlo considerare come un complesso unitario organicamente strutturato”⁴¹⁴; e la risposta, come si avrà modo di dire, dovrebbe essere forse positiva.

Per vero, dal punto di vista del diritto processuale, queste pagine sono state dedicate proprio ad organismi istituzionali, quali l’ABF, l’ACF e l’AAS, specificatamente legati al panorama dei conflitti derivanti dal mercato finanziario, previsti dal legislatore per l’esercizio di una funzione peculiare all’interno dei generali sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, il cui compito avrebbe dovuto contribuire al deflazionamento del contenzioso civile.

Come però si è ricordato più volte, e volendo andare oltre le discussioni in merito alla natura di tali strumenti, nonché al risultato sotteso da ciascun procedimento, si può sinteticamente affermare che questi arbitri possono essere inseriti all’interno del vasto panorama delle *Alternative Dispute Resolutions*, intesi dal legislatore interno quali procedimenti, più o meno eterogenei, che si auspica possano rappresentare un’alternativa alla giurisdizione statale, con la quale condividono l’obiettivo di risolvere una controversia insorta tra le parti.

Ad ogni buon conto, come sostenuto in queste pagine, peculiare degli arbitri finanziari è certamente la natura meramente dichiarativa della decisione emessa, come previsto dalla normativa più volte richiamata, secondo cui l’adempimento viene

⁴¹⁴ G. Alpa, *A proposito delle fonti del diritto bancario (con riguardo alle intersezioni con il diritto civile)*, op.cit., 1008, in cui l’a. afferma che “è questo un interrogativo che si pone la dottrina, a quasi ottant’anni dalla formulazione della tesi di Massimo Severo Giannini, risolvendo però il problema o con una soluzione storicistica- nel senso che quella teoria fu formulata a pochi anni di distanza dalla legge bancaria del 1936, ed aveva lo scopo di salvaguardare il potere delle Banca d’Italia, la sua autonomia normativa, e quindi il mercato monetario e finanziario dall’influenza e dalle interferenze del potere governativo- o con una soluzione evolutiva, che ne coglie nuove finalità essendo cambiato il contesto in cui essa fu concepita e proposta”.

ottenuto soltanto in via di coazione indiretta, con la minaccia di una pubblicità negativa.

Alla luce di ciò, si può pertanto affermare che la decisione non può essere assoggettata ad esecuzione forzata e non è neppure previsto, anche nel caso in cui abbia un contenuto di condanna in senso proprio, alcun procedimento di riconoscimento assimilabile all'*exequatur* del lodo arbitrale, a norma dell'art. 825 c.p.c.

Tuttavia, occorre analizzare più da vicino l'effettiva portata dei c.d. responsi emessi dagli Organi decidenti in seno ai suddetti procedimenti "arbitrali", poiché dalla ricostruzione che si cercherà di compiere in ordine alle delibere emesse dai Collegi ABF, ACF e AAS, più come mero atto interno ai procedimenti di vigilanza spettanti alle rispettive Autorità – Banca d'Italia, Consob e Ivass- che come mezzo idoneo a produrre effetti nei confronti dei clienti e degli intermediari deriva, in primo luogo, l'impossibilità delle parti di dolersi direttamente dei responsi resi dagli Organi decidenti innanzi all'autorità giudiziaria e, dall'altro lato, l'indifferenza dei giudici di merito nel seguire i precedenti dei Collegi arbitrali, con esiti rilevanti in ordine all'effettività della tutela sul piano giuridico formale.

CAPITOLO IV

PROBLEMI E PROSPETTIVE: GLI “ARBITRI” INTERNI E L’URGENZA DI UN GIUDICE SPECIALIZZATO PER UNA TUTELA EFFETTIVA DELLE LITI DERIVANTI DAL SETTORE FINANZIARIO

Sommario: § 1. Un’infelice scelta terminologica del legislatore interno e gli ancora attuali vizi di incostituzionalità di un arbitrato obbligatorio – § 2. Il difficile connubio tra la forza cogente delle decisioni emesse dagli Organi decidenti degli Arbitri finanziari (ovvero ABF, ACF e AAS) e il principio di effettività della tutela – § 3. L’inconciliabile rapporto tra le statuizioni rese nei procedimenti stragiudiziali ed il giudizio ordinario di merito nel dirimere le liti del comparto finanziario nel recente panorama giurisprudenziale. Alcuni esempi pratici – § 4. Il corrente precario riflesso dei c.d. responsi emanati dai Collegi arbitrali: tra comuni esperienze di funzioni di tutela ed efficacia tipica processuale – § 5. La specializzazione del giudice ordinario di merito: una prospettiva solutoria per una “tutela differenziata” delle controversie scaturenti dal mercato bancario, finanziario ed assicurativo – § 6. Considerazioni conclusive

§ 1. Un’infelice scelta terminologica del legislatore interno e gli ancora attuali vizi di incostituzionalità di un arbitrato obbligatorio

Diversamente da quanto abbiamo visto accadere negli Stati Uniti, nel nostro ordinamento l’art. 24 della Costituzione, nel garantire a tutti i consociati la tutela giurisdizionale⁴¹⁵ dei diritti, ha da sempre sancito il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità del monopolio statale della giurisdizione, quale mezzo ideale per la realizzazione del diritto sostanziale. Ciò, tuttavia, ha trascinato con sé una serie di problemi riguardanti le modalità di svolgimento e la durata dei processi, il

⁴¹⁵ L. Salvaneschi, *Lo scopo dell’arbitrato*, in *L’arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi e Graziosi A., Milano, 2020, 3 e ss.

ruolo del giudice e l'efficacia dei provvedimenti giudiziari⁴¹⁶ poiché le prescrizioni ed i divieti della nostra carta costituzionale hanno reso assai complicate, negli anni, le soluzioni percorribili dal legislatore ordinario per garantire un modello processuale "giusto". La precisazione che segue, quindi, si rende necessaria al fine di comprendere l'infelice scelta del legislatore, laddove ha preferito denominare come "arbitri" i procedimenti innanzi all'ABF, all'ACF e all'AAS che, come si vedrà, poche caratteristiche condividono con la funzione giurisdizionale, ormai pacificamente riconosciuta all'arbitrato rituale dal codice di rito.

Per vero, l'annosa questione circa la natura giurisdizionale ovvero privata dell'arbitrato rituale è stata alimentata, *in primis*, proprio dalla presenza nella carta fondamentale di una disposizione quale l'art. 102 Cost, secondo cui non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali poiché la funzione giurisdizionale è esercitata, salve le ipotesi di cui all'art. 103 Cost., da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme dell'ordinamento giudiziario.

Tale norma, infatti, è stata lungo ritenuta espressione del principio del monopolio statale della giurisdizione, -intesa come una funzione sovrana ed esclusiva dello Stato- la cui portata spiegava i suoi effetti anche con riferimento alla legittimità delle norme sull'arbitrato rituale, in ragione del fatto che, secondo la nota sentenza n. 2 del 12 febbraio 1963 della Corte costituzionale⁴¹⁷, il lodo acquistava l'efficacia della sentenza pur sempre attraverso il provvedimento del giudice statale.

Nel corso degli anni però, sia gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità⁴¹⁸, tesi ad affermare la natura giurisdizionale dello strumento arbitrale, sia le più recenti riforme legislative sono andate nella direzione di ritenere ammissibile una compiuta assimilazione tra il processo arbitrale ed il processo giurisdizionale⁴¹⁹.

⁴¹⁶ G. Verde, *Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile*, in *Riv. di dir. proc.*, 2000, 299 e ss.

⁴¹⁷ Nota di P. Barile, *L'arbitrato e la costituzione*, in *Giur. cost.*, 1963, 20 e ss.

⁴¹⁸ Va detto che, tuttavia, secondo un filone giurisprudenziale, - in particolare, Corte di cassazione a Sezioni Unite del 3 agosto 2000, n. 527- al lodo doveva essere attribuita efficacia negoziale e non giurisdizionale. In questo senso si veda meglio E. F. Ricci, *La "natura" dell'arbitrato e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. di dir. proc.*, 2001, 259 e ss.

⁴¹⁹ L. Salvaneschi, *Lo scopo dell'arbitrato*, op. cit., 3, in cui l'a. afferma che "La conclusione dell'equivalenza tra lodo e sentenza ha trovato piena conferma normativa con l'introduzione nel nostro sistema dell'art. 824 - bis c.p.c., figlio dell'ultima riforma dell'arbitrato operata dal legislatore del 2006".

Sebbene le considerazioni compiute in ordine al procedimento arbitrale abbiano ricondotto quest'ultimo alla stregua di un vero e proprio processo, alternativo alla giurisdizione ordinaria e destinato a concludersi con una pronuncia a cui la legge attribuisce “gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”, ai fini del presente lavoro, non si può prescindere da alcune considerazioni in ordine ai limiti intrinseci dello strumento arbitrale⁴²⁰: ossia, l'ordine pubblico di direzione e l'ordine pubblico di protezione. Specie quest'ultimo, infatti, rappresenta il limite posto dal nostro legislatore alla controvertibilità delle controversie consumeristiche.

Mentre l'ordine pubblico di direzione costituisce l'insieme dei principi fondamentali che identificano la prevalenza dell'interesse pubblico generale su quello del singolo consociato, a cui consegue l'esigenza di garantire che determinati diritti inviolabili vengano sottratti ad un processo arbitrale privato: in particolare, da esso deriva la non compromettibilità⁴²¹ in arbitrato – per indisponibilità di tali diritti *ex art.* 806, comma 1, c.p.c.- nonché la consequenziale inesistenza del lodo arbitrale, sottratta persino alla conversione delle nullità in vizi di gravame⁴²².

Diversamente il secondo, invece, non implica la prevalenza dell'interesse generale sugli interessi individuali, pertanto, non preclude per determinati la possibilità di ricorrere alla via arbitrale *tout court*, ma postula la predisposizione di idonee garanzie di tutela atta a tradursi in “*un iter processuale che permetta il realizzarsi della tutela «rafforzata»*”⁴²³.

L'ordine pubblico di protezione si spiegherebbe, quindi, sul piano esclusivamente processuale e non sul piano della tutela sostanziale del diritto controverso: in altre parole, non implicherebbe la non arbitrabilità in assoluto del diritto, ma solo la necessità di far ricorso a delle regole processuali che realizzino una tutela rafforzata idonea a garantire un arbitrato giusto⁴²⁴. Invero, emerge, in determinate tipologie di

⁴²⁰ F. P. Luiso, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, op. cit., 113 e ss.

⁴²¹ E. Zucconi Galli Fonseca, *Arbitrato e famiglia; una via possibile?*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, 151 e ss.

⁴²² E. Zucconi Galli Fonseca, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2014, 1000 e ss.

⁴²³ E. Zucconi Galli Fonseca, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, op. cit., 1000.

⁴²⁴ In questo senso si veda L. P. Comoglio, *Approccio comunitario e garanzie di tutela del consumatore*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde* a cura di F. Auletta, G.P. Califano, D. Della Pietra, N. Rascio, Napoli, 2010, 240 e ss.; cfr. anche R. Caponi, «*Natura*»

controversie, la necessità di bilanciare l'autonomia privata, intesa come libertà per le parti di determinare le norme che gli arbitri dovranno osservare nel procedimento, e la tutela c.d. "rafforzata" degli interessi dei consumatori quali categoria istituzionalmente protetta, poiché parte debole del rapporto negoziale⁴²⁵.

Ebbene, nel nostro ordinamento, quel convincimento che percepisce il ricorso all'arbitrato alla stregua di una forma di discriminazione a carico di una parte è possibile desumerlo dalla portata dell'art. 1341, co. 2, c.c., il quale espressamente ricomprende la clausola compromissoria nel novero di quelle clausole che, proprio in ragione dello squilibrio economico che comportano, vengono ritenute vessatorie nei contratti per adesione.

Tipicamente l'esempio addotto riguarda la posizione del consumatore, ma il riferimento ben può estendersi anche altre categorie strutturalmente deboli, tra cui, si possono ricordare anche gli investitori, o meglio quelle tipologie di controversie riferibili al settore finanziario di cui si è dato conto ai fini della presente trattazione.

Invero, in un primo momento si è dubitato dell'arbitrabilità in ragione del dettato dell'art. 141 cod. cons., il quale, mentre sembrerebbe ammettere la possibilità della devoluzione ad arbitri ove "nei rapporti tra consumatore e professionista, le parti possano avviare procedure di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo, anche in via telematica"; tuttavia, poi precisa che "il consumatore non può essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale", il che significa che la decisione resa dall'organismo non potrà avere mai l'efficacia di un lodo arbitrale⁴²⁶.

Il riferimento è evidentemente al ruolo degli arbitrati *sui generis* di cui si è dato conto nelle pagine che precedono, non potendo tale previsione riferirsi alle ipotesi arbitrate *ad hoc*. Invero, come autorevolmente sostenuto⁴²⁷, l'arbitrabilità delle liti consumeristiche può comunque essere ricavata, per via generale, dall'applicazione

dell'arbitrato e controversie arbitrali, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde* a cura di F. Auletta, G.P. Califano, D. Della Pietra, N. Rascio, Napoli, 2010, 123 e ss.

⁴²⁵ R. Martuscelli, *Mutualità e unilateralità della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, in www.comparzionediritto.civile.

⁴²⁶ E. Zucconi Galli Fonseca, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, op. cit., 998 e ss.

⁴²⁷ L. Salvaneschi, *Lo scopo dell'arbitrato*, op.cit., 12 e ss.

dell'unico principio concernente l'indisponibilità dei diritti: ovvero, se il diritto vantato dal consumatore è un diritto disponibile, nulla osta alla devoluzione della controversia ad arbitrato; se, viceversa, non si tratta di un diritto disponibile, la cognizione e la decisione della lite non potranno che competere al giudice ordinario. Si è ritenuto, infatti, che i due concetti, quello della inderogabilità della normativa a tutela del consumatore e quello della disponibilità dei diritti, operino su due piani differenti⁴²⁸.

Invero, se da un lato, la disponibilità preclude all'autonomia privata di compiere attività negoziali su un diritto, dall'altro lato l'inderogabilità rappresenta uno strumento attraverso cui l'ordinamento tenta di correggere lo squilibrio contrattuale, obbligando il giudicante a rispettare la normativa a tutela della parte più debole.

Come rilevato da dottrina e giurisprudenza⁴²⁹, in linea di principio, ove le parti deferiscono agli arbitri la risoluzione delle controversie derivanti dal rapporto contrattuale, non vi sarebbero ostacoli alla compromettibilità in arbitrato delle liti consumeristiche, in quanto tutte le controversie derivanti dal contratto arbitrale rientrano nella competenza del giudice privato.

Tuttavia, nel corso degli anni, la questione circa l'arbitrabilità o meno di questa tipologia di controversie è stata in qualche modo assorbita dal tema centrale della vessatorietà o meno della stessa clausola arbitrale, qualora inserita nei contratti tra professioni e consumatori.

Anzitutto, dal punto di vista della disciplina europea in materia di clausole vessatorie si deve evidenziare come la Direttiva 93/13/CEE, all'art. 3, n. 1, dispone che: "una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto. Non solo, l'allegato alla direttiva, contenente un'elencazione non tassativa delle clausole che possono essere dichiarate abusive, annovera tra queste quelle aventi per oggetto o per effetto quello di "sopprimere o limitare l'esercizio di

⁴²⁸ M. Bove, *Giustizia privata*, op. cit., 9 e ss.

⁴²⁹ Cass. civ., 10 settembre 2012, n. 15068, che ha ricompreso all'interno dell'ambito di applicazione della clausola compromissoria riguardante le liti derivanti dall'interpretazione e dall'applicazione del contratto anche l'azione di risoluzione per inadempimento; cfr., più di recente, anche Cass. civ., 15 febbraio 2017, n. 4035.

azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto”⁴³⁰. Tale indicazione del legislatore comunitario ha posto non pochi dubbi interpretativi, specie avuto riguardo del dato normativo interno di cui all'art. 33 del cod. cons.

Invero, la disposizione di cui all'art. 33, comma 2, lett. t), del Codice del consumo riproduce integralmente il contenuto dell'abrogato art. 1469 *-bis*, n. 18, c.c., che considerava abusiva la clausola che stabiliva “deroghe alla competenza dell'Autorità Giudiziaria”, e ne prevedeva la conseguente nullità, -c.d. di protezione-, rilevabile d'ufficio dal giudice al solo vantaggio del consumatore. Si osserva che la definizione normativa, oltre ad essere rimasta immutata, per cui si reputano nulle tutte quelle clausole che comportano una “deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria”, ha ricevuta una nuova linfa anche per via delle recenti pronunce giurisprudenziali⁴³¹.

Secondo i recenti orientamenti, tutte le clausole compromissorie, siano esse rituali o irrituali, sono da considerarsi abusive⁴³²; si tratta di una conclusione che poggia sulla necessità di una interpretazione conforme con i principi ispiratori della direttiva 93/117CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, poiché i principi ivi contenuti indurrebbero a ritenere comunque presuntivamente abusive tutte le clausole compromissorie in quanto potenzialmente pregiudizievoli⁴³³ per il contraente debole, ove qualificate alla stregua di patti di deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria⁴³⁴.

⁴³⁰ Cfr. T. Galletto, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, in *Riv. dell'arb.*, 2011, 132 e ss.

⁴³¹ Il riferimento è alla decisione della Corte di cassazione a sezioni unite del 6 aprile 2023, n. 9479, la quale prende le mosse dai principi di diritto enunciati dalla Corte di Giustizia nelle quattro decisioni rese il 17 maggio 2022 tra cui in particolare, quella emessa nel caso *SPV/Banco di Desio*.

⁴³² E. D'Alessandro, *Clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azioni inibitoria nei contratti con dei consumatori*, in *Giust. civ.*, 1999, 1211 e ss.

⁴³³ S. La China, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, op. cit., 2011, 38 e ss.

⁴³⁴ T. Galletto, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, op. cit., 133 e ss.

Proprio in tema di arbitrato tra banca e consumatore il giudice di legittimità con ordinanza del 2017⁴³⁵ ha precisato che la validità della clausola compromissoria deve intendersi subordinata alla specifica negoziazione ed approvazione per iscritto, e laddove essa sia inserita in contratti in serie (ossia contenete condizioni generali predisposte dal solo professionista), la stessa deve essere dichiarata nulla perché, in ragione di quanto previsto dall'art. 33, co. 2, lettera t), del cod. cons., la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria al di fuori di tali presupposti – quale una trattativa specifica volta a superare la presunzione di abusività- è da considerarsi vessatoria e contraria alla disciplina di protezione del consumatore. Secondo i giudici, infatti, la clausola compromissoria inserita nel contratto deve essere qualificata come presuntivamente abusiva *ex art. 33, co. 2, lett. t), cod. cons.*, poiché non si tratta di una mera deroga del foro del consumatore di cui all'art. 33, co. 2, lett u), cod. cons., ma piuttosto di una “ancor più gravosa” limitazione alla competenza dell'autorità giudiziaria *ex art 33, co. 2, lett. t)*.

In merito, è poi intervenuta più di recente la Corte di cassazione con pronuncia del 2021⁴³⁶; in quell'occasione la corte ha avuto modo di precisare che la clausola compromissoria inserita nei contratti del consumatore è da ritenersi valida ed efficace solo ove sia il frutto di una trattativa contraddistinta dai requisiti della serietà, della effettività e della individualità, il cui relativo onere della prova deve intendersi in capo al contraente professionista. Da ciò conseguirebbe che l'ipotesi arbitrale sarebbe precorribile solo qualora il consumatore la accetti consapevolmente in una fase posteriore all'insorgere della controversia; soltanto la stipulazione di un compromesso arbitrale *ex post* per la risoluzione di una controversia insorta tra professionista e consumatore potrebbe ritenersi ammissibile, purché il contraente debole abbia avuto modo di valutare ed accettare esplicitamente ed individualmente il patto arbitrale.

In tutti gli altri casi, ove sussista la stipula di accordi *ante causam* derogatori alla competenza ordinaria del giudice statale, in cui si prescinde da una corretta informazione della parte debole del rapporto del rapporto negoziale, la relativa

⁴³⁵ Il riferimento è Cass. Civ., sez. VI del 13 febbraio 2017, n. 3744, con nota di C. Mancuso, *La Clausola compromissoria nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e consenso*, op. cit., 1213 e ss.

⁴³⁶ Cass. civ., sez. VI, 14 gennaio 2021, n. 497, con nota di M. Lascialfari, *Osservazioni sulla “trattativa individuale” avente ad oggetto clausole vessatorie di un contratto preliminare immobiliare*, in *Giustiziacivile.com*, 2021.

clausola compromissoria inserita nel contratto tra professionista e consumatore è da considerarsi vessatoria, poiché inidonea a fornire sufficienti garanzie di tutela⁴³⁷.

Tuttavia, tale impostazione, pur avendo il pregio di voler tutelare l'effettiva conoscenza e l'effettiva informazione al consumatore, sul piano pratico, l'esclusione delle convenzioni arbitrali *ex ante litem*, finisce per censurare automaticamente tutte le convenzioni arbitrali già in essere, per il solo fatto di essere precedenti all'insorgere della lite, senza verificare se via sia stata una trattativa individuale, ovvero se siano stati assolti i doveri di informativa precontrattuale.

Del resto, non si può non ricordare che dalla celebre sentenza resa nel caso *Mostaza Claro*⁴³⁸, si è affermato che la questione della tutela del consumatore attiene all'ordine pubblico comunitario, riconoscendo la facoltà (ora l'obbligo) per il giudice di esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola, quale presupposto per assicurare al consumatore una tutela effettiva; in particolare, infatti, spetta al giudice il compito di rilevare *ex officio* la nullità dell'accordo compromissorio ove non eccepito nelle prime difese del procedimento arbitrale. Viene così riconosciuto non solo il superamento delle regole processuali interne relative alle preclusioni processuali derivanti dall'impossibilità di far valere nei motivi di impugnazione del lodo il vizio di nullità del patto arbitrale non tempestivamente eccepito, ma si afferma di recente anche il superamento delle regole processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata al lodo arbitrale⁴³⁹. Del resto, in forza di tale decisione, ove un giudice nazionale venga investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo, secondo le regole procedurali interne, non solo dovrà valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali di

⁴³⁷ Una soluzione era stata quella prevista dall'art. 6 del d.lgs. n. 179 del 2007, per l'arbitrato Consob, il quale prevedeva che "la clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati dagli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che non provi che sia frutto di una trattativa privata".

⁴³⁸ Cfr. CGUE del 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza – Claro* con nota di G. Alpa, *Le clausole arbitrali nei contratti con i consumatori*, in *Riv. dell'arb.*, 2006, 619 e ss.; cfr. anche E. D'Alessandro, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza- Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. dell'arb.*, 2006, 673 e ss.

⁴³⁹ CGUE del 6 ottobre 2009, C- 40/08, *Asturcom*, con nota di E. D'Alessandro, *La corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra professioni ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *Judicium.it*, 2010.

ordine pubblico, ma sarà tenuto persino a valutare *ex officio* il carattere abusivo di detta clausola alla luce dell'art. 6 della direttiva 93/13.

In questa prospettiva, anche le soluzioni offerte di recente dalla Corte di giustizia dell'unione europea⁴⁴⁰ rafforzano la tutela del consumatore nei confronti delle clausole abusive, sottolineando la rilevanza che, in *primis* a livello comunitario e successivamente sul piano del diritto interno⁴⁴¹, deve essere dedicata alla posizione delle parti nelle controversie dei consumatori, avuto riguardo soprattutto dello stato del contraente debole.

Alla luce delle seppur brevi considerazioni sino a qui svolte, la concessione dell'arbitrato quale mero procedimento può dirsi certamente superata a favore di quella che vede lo strumento arbitrale come un vero e proprio processo, dinanzi a ad un terzo imparziale, in cui vige il rispetto delle garanzie del contraddittorio, con i vantaggi di celerità, competenza tecnica e speditezza, e che oggi riveste un primato indiscusso tra gli strumenti di risoluzione alternativa alla giustizia statale ordinaria. Tuttavia, la sua operatività ha dovuto fare i conti con le tutele derivanti dall'ordine pubblico di protezione con riferimento alle fattispecie contrattuali in cui vige un rapporto asimmetrico alla base, come è il caso delle controversie del consumo.

Sebbene, infatti, si possono accogliere le posizioni di chi ritiene oggi ammissibile un pieno riconoscimento dell'arbitrabilità delle liti consumeristiche, qualora la clausola compromissoria sia frutto di una libera scelta manifestata dall'autonoma volontà della parte debole, incentivata da una relazione costi- benefici più favorevole rispetto al processo ordinario, tuttavia sul piano pratico, il nostro ordinamento non sembra essere pronto a quel salto di qualità, da tempo in vigore negli Stati Uniti, e di cui si è dato conto.

La previsione nel nostro ordinamento di un arbitrato di massa *ex ante litem*, infatti, sebbene potrebbe superare i limiti posti dal principio dell'ordine pubblico di direzione, relativo come si è detto al tema dell'arbitrabilità delle controversie, mal si concilia con le maglie del principio dell'ordine pubblico di protezione: sono indubbie le tutele

⁴⁴⁰ Il riferimento è ancora una volta alle recenti decisioni resa della CGUE il 27 maggio 2022: C-600/19 *Ibercaja Banco*; C-693/19 *SPV Project 1503* e C-831/19 *Banco di Desio e della Brianza*; C-725/19 *Impuls Leasing Romania*; e infine, C-869/19 *Unicaja Banco*.

⁴⁴¹ Cass. sez. un. del 6 aprile 2023, n. 9474 con nota di M. A. Lupoi, *Di decreti ingiuntivi e clausole abusive nei contratti dei consumatori: così parlarono le Sezioni Unite della Cassazione (6 aprile 2023, n. 9479, in Newsletter di processo civile e ADR.it, 2023.*

apprestate nel panorama domestico (ed europeo) dinanzi alle singole fattispecie che coinvolgono rapporti di informazione asimmetrica che ricade sui rapporti del consumo avuto riguardo della qualificazione del patto compromissorio come un accordo di deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria; della vincolatività (o meno) della clausola compromissoria introdotta nei contratti standard sottoscritti per adesione dai consumatori; nonché delle conseguenze della vessatorietà della relativa clausola, a cui consegue l'applicazione del regime della nullità ed il relativo potere di rilievo officioso da parte del giudice ordinario.

Per questi motivi, l'arbitrato non si è trasformato, almeno nel settore di cui si è trattato sino ad adesso, in una vera e propria alternativa percorribile. Di contro, infatti, come si è dato atto nelle pagine che precedono, il legislatore interno, dietro impulso delle politiche europee, ha cercato di porre rimedio ai problemi del giusto processo, cercando di bilanciare la sproporzione tra una modesta entità economica delle controversie in materia di consumo ed i tempi necessari per la risoluzione della lite, facendo ricorso all'adozione di strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie, in grado di offrire un procedimento a costi contenuti e in tempi ridotti che solo in parte riproducono le garanzie tipiche del processo ordinario, mancando di contro l'effettività della tutela, specie avuto riguardo dei casi di arbitrato c.d. *sui generis*, quali ABF, ACF e AAS.

§ 2. Il difficile connubio tra la forza cogente delle decisioni emesse dagli Organi decidenti degli Arbitri finanziari (ovvero ABF, ACF e AAS) e il principio di effettività della tutela

Ora, come si è avuto modo di dire, la diffusione degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie ha assunto negli anni un rilievo di primo piano, non solo nelle politiche dell'Unione europea, ma anche a livello di legislazione nazionale, in quanto si è cercato di promuovere lo sviluppo di tali mezzi in vista del buon funzionamento del sistema giustizia e di conseguenza del mercato interno, facilitando la risoluzione delle liti, grazie ad una riduzione dei costi e dei tempi processuali.

Si è ricordato che solitamente gli strumenti ADR si distinguono in due categorie: gli strumenti autonomi o facilitativi da un lato (come la mediazione), e gli strumenti eteronomi, ovvero determinativi (quale l'arbitrato), dall'altro lato.

La principale differenza tra i due modelli risiede non solo rispetto al ruolo svolto dal soggetto terzo, ma soprattutto anche con riferimento alle modalità di determinazione del contenuto dell'atto risolutivo della lite⁴⁴²; in particolare, infatti, come ricordato, fanno parte della seconda categoria quei modelli in cui la soluzione della controversia viene affidata ad un terzo che assume una decisione imparziale rispetto alle contrapposte posizioni delle parti. In questi casi la certezza della decisione, spesso commisurata all'*expertise* del "giudicante", costituisce il principale incentivo alle parti rispetto alla scelta del ricorso alla giustizia ordinaria. Del resto, questi tratti caratteristici delle ADR aggiudicative- decisorie ne hanno determinato la maggiore vicinanza alla giurisdizione ordinaria, - tanto che autorevole dottrina li ha qualificati come "equivalenti giurisdizionali"⁴⁴³-, e sebbene sia possibile riscontrarli nell'arbitrato rituale, lo stesso non può dirsi in merito agli arbitrati del settore finanziario- ABF, ACF e AAS, in cui molte delle peculiarità di cui si darà conto risultano assenti.

Ebbene, nel contesto delle ADR, la giustizia arbitrale ha trovato una sua collocazione peculiare, poiché caratterizzata da taluni tratti ricorrenti, sia avuto riguardo del fondamento giuridico sia degli effetti del procedimento, prima, e della decisione, poi.

Anzitutto, la prima caratteristica è rappresentata dalla natura consensuale dell'arbitrato; in particolare, infatti, la giustizia arbitrale sarà percorribile solo qualora le parti scelgano (scientemente) di devolvere la controversia agli arbitri, mediante la stipula di un contratto abitualmente denominato patto compromissorio o convenzione

⁴⁴² F. P. Luiso, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in *Judicium.it*, 2012, 8, ha sostenuto che per entrambi i modelli, ovvero eteronomi ed autonomi, l'atto finale abbia sempre forza di legge tra le parti, sebbene i mezzi di impugnazione dell'atto medesimo possano essere differenti, come diverso risulta essere il regime sostanziale e processuale, nonché i motivi di impugnazione.

⁴⁴³ F. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1951. L'a. già autorevolmente distingueva tra strumenti di "autocomposizione" o "composizione diretta" della controversia, e strumenti di "eterocomposizione"; in particolare nei primi rientravano mezzi come la rinuncia e la transazione, mentre tra i secondi, il più emblematico veniva ritenuto l'arbitrato.

di arbitrato, ovvero includendo una clausola compromissoria (o arbitrale) *ad hoc* all'interno di un contratto affinché possono regolamentare quel rapporto giuridico, in cui le parti si impegnano a devolvere in arbitrato tutte le questioni che dovessero insorgere dallo stesso⁴⁴⁴. Emerge, quindi, quale imprescindibile presupposto della giustizia privata arbitrale, il concetto cardine del consenso delle parti coinvolte; tale consenso poi si intende che debba sussistere non solo nel momento della devoluzione della lite agli arbitri, ma anche con riferimento alla nomina del collegio arbitrale o dell'arbitro unico⁴⁴⁵.

La seconda imprescindibile particolarità attiene al rapporto con il giudizio statale, poiché si è soliti affermare che l'arbitrato, rispetto al giudizio ordinario, produce due ordini di conseguenze: mentre da un lato, infatti, possiede come “effetto negativo”⁴⁴⁶ quello di impedire l'intervento del giudice statale su una data controversia, dall'altro, viceversa, possiede anche un “effetto positivo” che si esplica nell'assoggettamento alla decisione arbitrale. Corollario di questo effetto è certamente la terza ed ultima caratteristica: ovvero, la vincolatività per le parti della decisione finale, il lodo. Proprio tale elemento costituisce il *discrimen* maggiore che fa dubitare della riconducibilità alla giustizia arbitrale dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) e dell'Arbitro per le Controversie Assicurative (AAS).

Nel nostro ordinamento, tuttavia, mentre l'arbitrato nelle controversie dei consumatori veniva battezzato come “un'anatra zoppa”⁴⁴⁷ poiché, secondo l'opinione più diffusa, la clausola compromissoria inserita nei contratti con il consumatore è una clausola potenzialmente vessatoria e, quindi, come tale inefficace giacché, come si è detto, colpita dalla c.d. nullità di protezione che presidia il contraente debole dall'asimmetria sostanziale rispetto al professionista. Dall'altro lato, il ricorso allo strumento “arbitrale”, quale alternativa per la gestione delle controversie dei

⁴⁴⁴ Cfr. sul punto E. Zucconi Galli Fonseca, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, 123 e ss.

⁴⁴⁵ Tale accordo può sorgere anche in un momento successivo, ovvero una volta insorta la controversia. In merito cfr. C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000.

⁴⁴⁶ M. Bove, *La giustizia privata*, Milano, 2021, 4 e ss.

⁴⁴⁷ T. Galletto, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, op. cit., 127. Secondo l'a. “la previsione di una clausola compromissoria nella materia considerata confliggerebbe con il c.d. principio di libertà che presidia il diritto di adire la giurisdizione competente per la risoluzione delle controversie, garantito senza eccezioni dall'art. 6 CEDU”.

consumatori, è sembrata la soluzione preferibile in grado di garantire una efficace tutela dinanzi agli ostacoli derivanti dalla durata dei processi ordinari, specie nel delicato settore dei servizi finanziari.

Per le ragioni ampiamente esaminate in precedenza, il percorso che ha portato il nostro legislatore verso un sistema arbitrale, -seppur c.d. *sui generis*-, di risoluzione alternativa delle controversie nel settore finanziario è stato oggetto di molti interventi normativi, che hanno visto il susseguirsi di diversi strumenti stragiudiziali, sino a giungere agli arbitri oggi istituiti presso le autorità di vigilanza, quali Banca d'Italia, Consob e, un domani, Ivass.

Si è parlato dei procedimenti che si svolgono dinanzi a questi arbitri come processi che in parte mirano a ricalcare per grandi linee il modello della giustizia arbitrale i cui tratti tipici, in via di prima approssimazione, possono essere ricondotti ad alcune delle caratteristiche che rendono l'arbitrato tale; si tratta del minor formalismo delle regole procedurali; della tutela del principio del contraddittorio⁴⁴⁸ di cui sono corollari il principio di parità delle armi⁴⁴⁹ ma anche la terzietà e l'indipendenza degli organi giudicanti; della volontarietà della devoluzione della controversia ai collegi arbitrali, anche se sotto forma di condizione di procedibilità dell'eventuale domanda giudiziale.

Ciò che non è, tuttavia, sfuggito agli interpreti del diritto è l'assenza di vincolatività per le parti delle decisioni finali rese dai vari collegi di cui si è esaminata l'attività.

Se da un lato, infatti, l'arbitrato rituale interno offre tutte le garanzie derivanti dal *fair trial* di cui all'art. 6 CEDU⁴⁵⁰, tra cui l'effettività della tutela, lo stesso non può dirsi perseguibile mediante il ricorso agli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie del settore finanziario, denominati – forse impropriamente- arbitri.

Com'è noto, infatti, questi strumenti, non impongono una soluzione vincolante per le parti, ma ciononostante formulano una decisione, sotto forma di provvedimento

⁴⁴⁸ Cfr. sul punto L. Salvaneschi, *Arbitrato*, op.cit., 389 e ss.; ma anche M. F. Ghirga, *Sub art. 816 -bis*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, 2010, 196 e ss.

⁴⁴⁹ G. Tarzia, *Sub art. 829, Legge 5 gennaio 1994*, in G. Tarzia – R. Luzzatto – E. F. Ricci, Padova, 1995, 172 e ss.

⁴⁵⁰ A livello sovranazionale, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha da tempo ribadito che il diritto ad un giusto processo garantito dall'art. 6 della CEDU include, oltre alle tutele apprestate dall'accesso alla giustizia, anche l'effettività della tutela e il diritto all'esecuzione del giudicato senza ritardo alcuno, altrimenti lo stesso sarebbe illusorio. Così, in particolare, CEDU, 18 novembre 2004, nel caso *Zazanis v Grèce*, in www.echr.coe.int.

definitivo, in cui determinano la materia del contendere, facendo applicazione delle norme di legge.

Del resto, anche ove si volesse attribuire una qualche forma di vincolatività del provvedimento, questa dispiegherebbe i suoi effetti soltanto nei confronti dell'intermediario finanziario poiché, come già affermato, il ricorrente è sempre libero di adire l'autorità giudiziaria affinché pronunci nel merito; di contro, l'intermediario inadempiente sarà soggetto solo ad una sanzione reputazionale, di per sé insufficiente a scoraggiare quei comportamenti illegittimi posti in essere in violazione delle disposizioni di legge che sono alla base del regolare funzionamento dell'ordinamento⁴⁵¹. Ciò, ha posto come tema cruciale della materia quello dell'efficacia della pronuncia dei collegi arbitrali specie, come vedremo, in ragione del difficile rapporto tra le decisioni di questi arbitri e quelle dei giudici di merito.

Per vero, il panorama così delineato, destinato a concludersi con una pronuncia a cui la legge non riconosce “gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”, tipicamente attribuiti al lodo emesso a conclusione del procedimento arbitrale, presenta diverse incertezze che vedono contrapporsi tra loro principi come la “certezza del diritto” e l’“effettività della tutela”.

A tal proposito, occorre premettere una considerazione di carattere generale in ordine alla funzione ed alle caratteristiche procedurali degli istituti arbitrali sino ad ora presi in esame. A ben guardare, infatti, questi modelli in buona parte realizzano le garanzie strutturali del giusto processo⁴⁵² civile “regolato dalla legge”⁴⁵³ (art. 111 Cost.) poiché, come si è visto, si tratta di processi che presuppongono necessariamente un ordine di attività, con cadenze e preclusioni, che si svolgono nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, di fronte ad un soggetto, il collegio arbitrale, terzo ed imparziale.

⁴⁵¹ Il riferimento è “ai comportamenti corretti, trasparenti ispirati alla tutela dell'investitore”, modalità dell'*agere* finanziario di cui parla M. Pellegrini, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, op. cit., 318.

⁴⁵² Per maggiori approfondimenti in ordine ai principi cardine del giusto processo, si veda L. P. Comoglio, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del “giusto processo”*, in *Riv. di dir. proc.*, 2001, 633 e ss.

⁴⁵³ F. De Sanctis, *Valori costituzionali ed effettività delle tutele nel pensiero di Luigi Montesano*, op cit., 2019, 773 e ss.

Si tratta certamente di garanzie minime, necessarie ma tuttavia, a ben guardare, insufficienti dal punto di vista dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti⁴⁵⁴, specie se avuto riguardo dell'esame della decisione resa, questa resta a margine del tema trattato in termini di garanzie di efficacia concreta.

Il filo conduttore di questo lavoro consisterebbe, quindi, nella rilevanza che assumono le decisioni dei collegi arbitrali in ordine all'individuazione del senso effettivo delle disposizioni in materia di risoluzione alternativa delle controversie attraverso questi modelli e del rapporto tra queste delibazioni e le pronunce, eventualmente, rese dai giudici ordinari. Tale situazione, infatti, sembra porre almeno due ordini di questioni: da un lato, ci si domanda in che misura le decisioni dei collegi arbitrali possano contribuire a dare spessore al principio di effettività; e dall'altro lato, se a tale decisione debba riconoscersi un valore che travalichi la mera definizione del giudizio cui afferisce, sino a giungere ad "influenzare" la soluzione del giudice ordinario in un successivo giudizio.

Una prima osservazione relativa al rapporto tra effettività della tutela e decisione si coglie nelle parole autorevolmente espresse dalla Banca d'Italia la quale afferma che "per gli intermediari, così come per i clienti, quale che sia l'esito della procedura, resta ferma la facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti ed interessi. Le decisioni (*omissis*), infatti, non incidono sulle situazioni giuridiche delle parti"⁴⁵⁵; si tratta di un assunto che a ben vedere non assume alcun rilievo nell'ordinamento se non quello di costituire una condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Per vero, la disposizione, ossia il comando contenuto all'interno della decisione resa dei collegi arbitrali non assume alcun valore effettivo, non opera quale comando e non riceve neppure alcuna concreta applicazione, poiché l'intermediario è lasciato libero di adempiere

⁴⁵⁴ G. Costantino, *Le riforme della giustizia civile nella XIV legislatura*, in *Riv. di dir. proc.*, 2005, 15 e ss., in cui l'a. afferma: "[L]a tutela giurisdizionale è complementare al principio di legalità; ha la funzione di realizzare gli interessi selezionati quali meritevoli dal legislatore sostanziale; in nessun caso, la selezione degli interessi meritevoli di tutela è compiuta dal giudice nel processo, ma, in ogni sistema, quale che sia la tecnica adoperata, preesiste a questo; è uno strumento per la effettiva soddisfazione delle situazioni subiettive, indipendentemente dalle condizioni di fatto e prescindendo da ogni logica di appartenenze".

⁴⁵⁵ Banca d'Italia, comunicato del 26 ottobre 2010, già citato in tema di efficacia della pronuncia dei collegi ABF da V. Petrella, *L'arbitrato bancario Finanziario*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., 305.

spontaneamente, ovvero di riservarsi il diritto di adire l'autorità giudiziaria per l'accertamento del reale stato di fatto e diritto della situazione di cui il cliente chiede tutela; il quale, peraltro, resta in ogni caso libero di adire il giudice statale laddove si ritenga insoddisfatto della decisione resa dai collegi.

A ben guardare, quindi, queste ipotesi escludono l'attribuzione di un'efficacia precettiva delle decisioni emesse dai collegi, poiché attendersi che un procedimento debba assicurare tutti i risultati astrattamente conseguibili con l'attuazione spontanea del dispositivo della decisione indica un'indubbia ambivalenza del concetto di effettività, specie perché si ritiene “vano affermare la pienezza del diritto ove non accompagnato all'adeguatezza del mezzo processuale che lo assiste”⁴⁵⁶.

L'effettività della tutela, infatti, altro non significa se non la concretizzazione dell'individuale bisogno di tutela giurisdizionale, ovvero la certezza che quanto stabilito dall'organo decidente possa essere realizzato in un arco temporale ragionevole⁴⁵⁷. Per vero, diversamente, a nulla varrebbe promuovere l'intervento di un'autorità definita “giudicante”, se poi l'esecuzione della decisione assunta da quest'ultima fosse rimessa alla libera determinazione della parte soccombente: eppure, questo è ciò che accade dinanzi ai collegi arbitrali, le cui decisioni sono in grado di produrre effetti giuridici solo astrattamente predicati, poiché incapaci di incidere sul bene della vita tutelato.

Una volta escluso quindi, dal profilo formale, che le decisioni dei collegi arbitrali in materia di controversie del settore finanziario possano produrre una qualche efficacia effettiva al di fuori di quella attribuita dal legislatore ai fini della corretta instaurazione di un procedimento di merito – art. 5 - *sexies*, d.lgs. 28/2010, bisognerebbe ritenere che tali strumenti abbiano così esaurito la propria funzione; senonché tra le

⁴⁵⁶ A. Zoppini, *L'effettività in-vece del processo*, in *Riv. di dir. proc.*, 2019, 677. L' a. afferma che “l'effettività postula, infatti, una valutazione- *ab externo*- dell'effetto materiale alla luce del portato teleologico della norma e del fatto produttivo di effetti. Una valutazione che, proprio perché invoca il confronto tra un fatto e un valore, sottende una scelta, un'assunzione assiologica che va oltre il singolo comando imperativo. Solo in questa prospettiva si può predicare ed effettivamente comprendere il «diritto ad un ricorso effettivo» (art. 47.1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) o a «una tutela giurisdizionale effettiva» (art. 19. 1 TUE)”.

⁴⁵⁷ E. Traversa, *Esecuzione del giudicato – Il principio del one shot temperato tra effettività della tutela e inesauribilità del potere amministrativo*, in *Giur. It.*, 2017, 1672 e ss.

aspettative dell'attore- cliente rientra certamente la prevedibilità del giudizio nel processo ordinario nell'ipotesi esso venga instaurato.

Per vero, la certezza del diritto nel nostro ordinamento, -di cui è corollario il principio di parità di trattamento dei casi uguali⁴⁵⁸-, non rappresenta soltanto il semplice obiettivo a cui gli operatori del diritto devono tendere, ma costituisce piuttosto quel risultato necessario dell'esercizio della giurisdizione⁴⁵⁹.

Occorre, perciò, domandarsi se la decisione resa dai collegi arbitrali possa assurgere ad indice di certezza del diritto al di fuori della lite che definisce, laddove il giudice di merito fosse motivato a seguire le orme di quella pronuncia in ragione della particolare capacità persuasiva dei collegi per effetto della specializzazione dei loro componenti. Peraltro, non si tratta di un'analisi peregrina perché se guardiamo alla tutela giurisdizionale, il principio di effettività⁴⁶⁰, oltre ad essere un principio di diritto immanente del nostro ordinamento, esso individua altresì un'esigenza di coerenza di tutto il sistema⁴⁶¹. In questa prospettiva, infatti, tanto più validi saranno i mezzi apprestati dall'ordinamento processuale per tutelare gli interessi sottesi alle singole situazioni soggettive, tanto più potrà dirsi effettivo il sistema giuridico in quanto tale.

Nel quadro appena descritto, il ripetersi di decisioni arbitrali che enunciano il medesimo principio – facendo applicazione delle norme di legge in modo costante- crea l'aspettativa di una continuità in tutti coloro che attendono la medesima risposta dai tribunali statali, nelle cui sentenze tuttavia non è dato riscontrare, ad oggi, alcuna relazione tra il valore “stabile” da attribuirsi alla pronuncia arbitrale e la certezza del diritto. Per vero, come si è ampiamente ricordato, persistono molte incertezze in ordine alla valenza ed alla efficacia da attribuire alle decisioni dei collegi arbitrali; esse, infatti, godono di una scarsa considerazione dinanzi ai giudici ordinari, la cui tendenza

⁴⁵⁸ F. Galgano, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, in *Contratto e impresa*, 1985, 37 e ss.

⁴⁵⁹ G. Sicchiero, *Il principio di effettività ed il diritto vivente*, in *Giur. It.*, 1995, 1002 e ss. L'a. si sofferma sull'importanza del rapporto tra enunciato e decisione dei giudici ed afferma “come il testo di legge, nella sua pura formulazione, appaia imperfetto: «la norma astratta ha un modo di essere incompleta: essa attende la sua integrazione dall'interprete chiamato ad applicarla ad un caso concreto, in vista del quale essa viene interrogata per trarne la regola di decisione»; tesi che a ben vedere assume maggior rilievo se riferita al giudice quale interprete la cui applicazione ha valore cogente”.

⁴⁶⁰ G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912.

⁴⁶¹ P. Biavati, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003.

è quella di modificare ovvero ribaltare, dandone una nuova interpretazione, gli esiti della controversia.

Per vero, esclusa l'efficacia di *effective remedy* – data dall'inidoneità a costituire efficacia di cosa giudicata della pronuncia- nonché l'ammissibilità di un ricorso per decreto ingiuntivo fondato su una decisione favorevole, poiché le decisioni dei collegi arbitrali non contengono la prova della sussistenza di uno o più fatti costitutivi del diritto fatto valere, resta da verificare il valore assegnato, caso per caso, a tali statuizioni dinanzi ai giudici ordinari nel corso di questi anni.

§ 3. *L'inconciliabile rapporto tra le statuizioni rese nei procedimenti stragiudiziali ed il giudizio ordinario di merito nel dirimere le liti del comparto finanziario nel recente panorama giurisprudenziale. Alcuni esempi pratici*

Come si è in parte in parte anticipato, nell'assumere le loro decisioni secondo diritto, -in linea con le previsioni processuali generali valevoli per l'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 113, comma 1, c.p.c.-, l'ABF e l'ACF⁴⁶² applicano le previsioni normative ed i regolamenti che displicano la materia tenendo conto degli eventuali codici di condotta cui l'intermediario aderisce, nonché degli atti di carattere generale emanati dalle rispettive autorità di vigilanza, ossia la Banca d'Italia e la Consob: tuttavia, il provvedimento non ha un valore vincolante per le parti, né costituisce un titolo esecutivo⁴⁶³. In questo senso, infatti, come già sostenuto in precedenza, tali statuizioni non possiedono le caratteristiche tipiche del lodo dell'arbitrato rituale o della sentenza del giudice ordinario, non potendo acquisire l'autorità del giudicato, né i requisiti minimi idonei a garantirne l'esecutività.

È stato poi ulteriormente asserito che dalle decisioni degli “arbitri” del settore finanziario non possa derivare alcun diritto suscettibile di tutela dinanzi al giudice

⁴⁶² Lo stesso varrà anche per l'Arbitrato delle controversie assicurative come risulta dalla comunicazione IVASS dello scorso 13 aprile 2021 in https://www.ivass.it/media/interviste/documenti/interventi/2021/13-04-sdp-arbitro/SDP_Arbitro_13_04_21.pdf

⁴⁶³ F. Auletta, *Arbitro bancario e finanziario e “sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie”*, op. cit., 87 e ss., ritiene il procedimento ABF alla stregua di un procedimento di vigilanza della Banca d'Italia.

statale e neppure alcun obbligo di adempimento in capo agli intermediari, con la conseguenza che, il provvedimento assunto costituisce solo un atto a conclusione di un procedimento intriso dei caratteri della decisorietà, ma di cui il titolare del diritto subiettivo non potrà far valere l'inadempimento in quanto tale dinanzi ad alcun giudice.

L'obiettivo, allora, perseguito da questi strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, adottati dal nostro legislatore per il settore finanziario, potrebbe essere solo quello di orientare la soluzione della lite: le decisioni verrebbero in questo modo assimilate ad un mero parere avente i caratteri di un giudizio prognostico rispetto ai successivi orientamenti della giurisprudenza di merito⁴⁶⁴, ove investita delle suddette controversie, a seguito del mancato adempimento spontaneo da parte dell'intermediario.

La prassi sviluppata negli anni in seno all'autorità giudiziaria, tuttavia, ha spesso mostrato una scarsa propensione da parte dei giudici ordinari di "conformarsi" ai provvedimenti emanati dall'ABF o dall'ACF, assumendo spesso, con riferimento alla medesima controversia, decisioni in senso diametralmente opposto.

Anzitutto, però, va fatto riferimento al *trend* negativo che ha caratterizzato la proposizione dei ricorsi dinanzi all'ABF e all'ACF negli ultimi cinque anni; da un lato, infatti, per quanto riguarda l'Arbitro bancario finanziario, la proposizione delle domande da parte dei ricorrenti è passata da 30.644 ricorsi nel 2017, a 15.475 per il 2022⁴⁶⁵; dall'altro lato, anche l'Arbitro per le controversie finanziarie ha registrato un significativo calo nei dati della propria attività, giacché nel 2022⁴⁶⁶ sono stati registrati solo 1.116 ricorsi ricevuti, di contro ai 1.839 del 2017.

In questo senso, ben si può cogliere come questi strumenti, di per sé inizialmente preminenti nel sistema delle tutele nel settore finanziario, abbiano dovuto fare i conti con la sfiducia dei titolari delle posizioni soggettive da tutelare. Per vero, sebbene le

⁴⁶⁴ C. Consolo – M. Stella, *L' "arbitro bancario finanziario" e la sua "giurisprudenza precognitrice"*, op. cit., 187 e ss.; a tal proposito, si veda anche I. Pagni, *L'arbitro bancario finanziario: natura e funzioni di uno strumento particolare per la risoluzione delle controversie*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. Balestra, R. Di Raimo, D. Maffei, M. Maggiolo, M. Marinaro, R. Natoli, S. Paliantini e G. Recinto, Milano, 2021, 6 e ss.

⁴⁶⁵ Anno dell'ultima relazione disponibile in file:///Users/ermelindahepaj/Downloads/Relazione_ABF_2022.pdf

⁴⁶⁶ La relazione annuale è disponibile in <https://www.acf.consob.it/documents/20184/0/ACF+-+Relazione+annuale+2022/165f4d9f-2dc9-44df-a1d4-57d5811f298a>

caratteristiche riconosciute all'ABF e all'ACF nel panorama dei modelli di risoluzione alternativa delle controversie, consentano di inquadrare questi mezzi tra quelli in grado di giungere ad una definizione eteronoma della lite – alla stregua dell'arbitrato rituale – tuttavia, essi non permettono la composizione del conflitto, se non in presenza di un adempimento spontaneo da parte dell'operatore finanziario; in ogni caso, peraltro, rimanendo impregiudicato il diritto del ricorrente-cliente di adire l'autorità giudiziaria qualora insoddisfatto dell'esito del procedimento.

Ebbene, proprio con riferimento al rapporto tra gli esiti di questi procedimenti e l'eventuale giudizio promosso dinanzi ai tribunali, vanno fatte alcune dovute considerazioni. Invero, dall'analisi condotta sulle decisioni assunte negli ultimi anni in seno alle autorità di cui trattasi va segnalato che molte sono le perplessità che coinvolgono il rapporto tra le decisioni assunte dall'ABF (o ACF) e i tribunali di merito.

Così non si possono non segnalare alcuni esempi.

In primo luogo, il riferimento va alle controversie aventi ad oggetto la presenza in una fideiussione *omnibus* di una clausola “a prima richiesta”; in particolare, infatti, con la previsione di una fideiussione *omnibus* “il fideiussore garantisce, con il proprio patrimonio, il pagamento dei debiti presenti e futuri che il cliente ha assunto o assumerà nei confronti dell'intermediario in relazione a qualsiasi operazione bancaria, nei limiti di un importo massimo garantito”⁴⁶⁷.

Ebbene, si tratta di una particolare categoria di controversie che ha destato non poche perplessità poiché -con proprio provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005-, la Banca d'Italia ha ritenuto che la disposizione contrattuale che ricalcasse lo schema negoziale della *fideiussione omnibus* predisposto dall'ABI (Associazione bancaria italiana) fosse lesiva della concorrenza ove applicata in modo uniforme dal sistema bancario⁴⁶⁸, data la natura anticoncorrenziale della predetta clausola. Ma non solo, in

⁴⁶⁷ Si esprime in questi termini la relazione annuale sull'attività dell'ABF per il 2022, pag. 42.

⁴⁶⁸ Cfr. decisione del Collegio di Coordinamento, n. 16511/2022, come riportato nella Relazione sull'attività annuale dell'ABF: “Il Collegio di coordinamento è tornato a pronunciarsi sulla validità delle fideiussioni che ripropongono lo schema contrattuale ABI per chiarire se la nullità parziale del contratto operi anche per le fideiussioni stipulate dopo il 2005. Secondo il Collegio di coordinamento, per le fideiussioni stipulate dopo il 2005 il ricorrente deve dimostrare la persistenza dell'intesa anticoncorrenziale anche negli anni successivi: non è quindi sufficiente che nella fideiussione vi siano le medesime clausole già dichiarate illegittime dalla Banca d'Italia. In particolare, il cliente deve provare la diffusione seriale, al

presenza della clausola “a prima richiesta” è stata più volte posta in discussione la questione afferente alla qualificazione del contratto come fideiussione, ovvero come contratto autonomo di garanzia. A tal proposito, mentre il Collegio di coordinamento dell’ABF, a cui spetta l’interpretazione *lato sensu* nomofilattica degli orientamenti dei singoli collegi arbitrali, con decisione n. 16511/2022⁴⁶⁹ ha sostenuto che “l’inserimento della clausola con cui il garante si obbliga a rimborsare il creditore «a semplice richiesta» non è sufficiente a riqualificare la fideiussione come contratto autonomo di garanzia; di tutt’altro avviso è stata invece l’interpretazione recente della Corte di cassazione⁴⁷⁰. Essa, infatti, intervenuta in un caso del tutto speculare, ha ricordato “che mentre la fideiussione è volta a tutelare l’esatto adempimento della stessa obbligazione principale del debitore garantito, il contratto autonomo di garanzia pone a carico del garante un’obbligazione autonoma e diversa (che indennizza il creditore insoddisfatto con il versamento di una somma di denaro predeterminata)”.

In questo senso la Corte, richiamando anche il precedente orientamento espresso dalle Sezioni Unite⁴⁷¹, ha sostenuto che la sola presenza nell’accordo negoziale stipulato tra le parti di una clausola “a prima richiesta e senza eccezioni” deve orientare l’interprete nel senso di ritenere che si tratti di un contratto autonomo di garanzia e non di una fideiussione⁴⁷². Ecco, quindi, che dalla qualificazione in un senso o nell’altro si dipanano conseguenze differenti in ordine all’ammissibilità dell’opposizione del fideiussore al decreto ingiuntivo richiesto dalla banca nonché in ordine alle eccezioni opponibili dal creditore

Non potendo in questa sede analizzare tutte le complesse dinamiche civilistiche sottese alle questioni afferenti il settore bancario dal punto di vista del diritto

momento della stipula della propria fideiussione, del modello ABI dichiarato illegittimo producendo in giudizio più contratti proposti alla clientela successivi al 2005 da parte di banche differenti”. Ha certamente contribuito alla definizione del dibattito in materia la pronuncia della Corte di cassazione a sezioni unite del 30 dicembre 2021, n. 41994, affermando il principio della nullità parziale quale conseguenza della sottoscrizione di una fideiussione omnibus stipulata in conformità di intese anticoncorrenziali censurate dalla normativa Antitrust.

⁴⁶⁹ Disponibile in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2022/12/Dec-20221229-16511.PDF>

⁴⁷⁰ Cfr. Corte di cassazione, sentenza del 3 novembre 2021, n. 31313.

⁴⁷¹ Così Cass. sez. un., sentenza del 18 febbraio 2010, n. 3947.

⁴⁷² V. Sangiovanni, *Le caratteristiche delle garanzie personali autonome*, in *I Contratti*, 2023, 567 e ss.

sostanziale, cionondimeno si vuole mettere in luce la difformità di soluzioni proposte da un lato dai collegi arbitrali e dall'altro lato dalle decisioni dei giudici di merito e di legittimità. Tali incoerenze del “sistema giustizia” inteso nel suo insieme, infatti, non fanno altro che accrescere l'assenza di certezza del diritto nel nostro ordinamento sul piano della tutela processuale dei diritti, di cui casi emblematici sono le fattispecie che seguono.

Il tribunale di Roma con sentenza n. 3654 dell'8 marzo 2022⁴⁷³, nell'ambito di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, ottenuto sulla base di una decisione dell'ACF non adempiuta spontaneamente dall'intermediario⁴⁷⁴, ha escluso la possibilità di ricondurre le decisioni del Collegio arbitrale Consob nel novero dei titoli esecutivi idonei ad ottenere il pagamento di quanto liquidato dalla pronuncia favorevole del Collegio, per il tramite del procedimento monitorio⁴⁷⁵. In particolare, nel rigettare la domanda, il tribunale ha “escluso che l'ACF dia luogo a un lodo arbitrale e costituisca un contratto stipulato *ex art. 1372 c.c.* avente forza di legge tra le parti”.

⁴⁷³ Disponibile in <https://onelegale.wolterskluwer.it>

⁴⁷⁴ Con riferimento ai fattisi riporta quanto segue: “Con atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo ritualmente notificato, I.S. conveniva in giudizio (...) per sentire accogliere le seguenti conclusioni: «Voglia l'Ill.mo Tribunale, *contrariis reiectis*, così giudicare: In via preliminare di rito accertare e dichiarare l'incompetenza territoriale del Tribunale di Roma essendo, viceversa, competente *ex art. 19 c.p.c.* il Tribunale di Torino, quale foro del generale del convenuto persona giuridica, ovvero in via alternativa *ex art. 20 c.p.c.* il Tribunale di Enna, quale foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazione, e conseguentemente revoca il Decreto Ingiuntivo in quanto emanato da un Giudice territorialmente incompetente; In via pregiudiziale in accoglimento dei motivi di cui sopra, revocare o sospendere inaudita altera parte e de plano o, in subordine, a seguito del contraddittorio tra le parti, la provvisoria esecutività del Decreto Ingiuntivo opposto, fissando in tal caso all'uopo specifica udienza; Nel merito revocare il decreto ingiuntivo opposto per le motivazioni di cui in narrativa e, in accoglimento della presente opposizione, ritenere del tutto insussistente il diritto del Sig. (...) ad ottenere la somma richiesta ad I.S. dal Decreto Ingiuntivo opposto»”.

⁴⁷⁵ In particolare “[N] narra l'opponente che con decisione n. 887 del 2 ottobre 2018, l'Arbitro delle Controverse Finanziarie aveva dichiarato la I.S. s.p.a. tenuta a corrispondere al (...) l'importo di Euro 15.264,13 a fronte di inadempimenti posti in essere da B.N. S.p.A., oggi fusa per incorporazione da I.S., in occasione di taluni acquisti di titoli azionari emessi da B.P. S.p.A. posti in essere dal (...) costui aveva presentato ricorso per decreto ingiuntivo, sostenendo che la suddetta decisione dell'ACF «integra la fattispecie di lodo arbitrale e costituisce, pertanto, contratto stipulato *ex art. 1372 c.c.*, avente forza di legge tra le parti», e che pertanto il credito dallo stesso vantato «risulta inconfutabilmente dalla documentazione prodotta come certo liquido ed esigibile, nonché meritevole del riconoscimento di provvisoria esecutorietà *ex art. 642 c.p.c.*»”

Questa ricostruzione assume una certa rilevanza per due ordini di motivi: in primo luogo, viene esclusa in modo incontrovertibile la possibilità di valersi delle pronunce non adempite per ottenere un decreto ingiuntivo, negando la possibilità di costringere l'intermediario ad eseguire la decisione dell'ACF (o dell'ABF). Secondo il tribunale, infatti, appaiono poco convincenti quelle teorie che tentano di assimilare l'ABF e l'ACF alla conciliazione⁴⁷⁶, stante la diversa natura dei due strumenti, così pure non colgono nel segno, secondo il giudice di merito, quelle dottrine che tentano un assimilazione tra l'ABF, ACF e arbitrato, tanto rituale quanto irrituale, poiché “non è ravvisabile tra le parti alcun accordo vagamente assimilabile ad un compromesso, né una volontà devolutiva dell'intermediario, per cui, al contrario, l'obbligatorietà di adesione costituisce pre-condizione per lo svolgimento di attività bancaria e finanziaria senza contare che, ferma l'assenza di pregiudizio in ordine alla possibilità di instaurare un ordinario di cognizione, non si ravvisa alcun meccanismo di tipo impugnatorio rispetto alla fase arbitrale, sussistendo piuttosto la possibilità per il giudice adito di esaminare *ex novo* la controversia; da ultimo, se il procedimento può essere instaurato unicamente su iniziativa del cliente, non si registrano quella simmetrica e compiuta attribuzione di prerogative, poteri di reazione e controlli che ne costituisce la peculiarità, in quanto le sanzioni irrogabili sono a carico del solo intermediario, a dispetto dell'atteggiarsi dell'arbitrato ove iniziativa ed esposizione a conseguenze giuridiche non discriminano le due parti coinvolte; inoltre la decisione del Collegio non è vincolante”.

In questo senso, il giudice di merito nel riconosce le difficoltà di ricondurre gli arbitri del settore finanziario entro le categorie tipiche del diritto processuale, nega

⁴⁷⁶ Il Tribunale, in particolare, si esprimeva in questi termini: “Non convince la conciliazione in quanto la procedura dinanzi all'ABF culmina in una decisione secondo diritto che definisce, sia pure in modo non vincolante, regole di condotta valevoli tra le parti in ordine alla situazione sostanziale dedotta, preconizzando il risultato di un giudizio ordinario; la pronuncia si intende rigidamente ancorata al principio di rispondenza tra chiesto e pronunciato; sicché è la domanda a definire l'invalidabile limite della cognizione e decisione, precludendo soluzioni atipiche concretizzandosi la decisione dell'ABF/ACF nella capacità di imporsi all'interno di un sistema che non va oltre l'irrogazione di sanzioni reputazionali o il possibile dispiego di poteri ispettivi da parte dell'organo di vigilanza, quale la B.I.; la conciliazione, diversamente, rientra in quel novero di procedure che rendono prioritaria la ricerca di una composizione bonaria della lite, anche grazie all'intervento di un terzo mediatore, potendo dirsi di successo allorché conduca ad un accordo, variamente ricercato attraverso metodi non aprioristicamente definibili”.

l'idoneità per le decisioni dei collegi arbitrali ABF e ACF a passare in giudicato o costituire titolo esecutivo, stante la loro natura non vincolante, nonché l'opportunità di ricorrere ad ogni altro mezzo di tutela apprestato dall'ordinamento, sia nel caso "di accoglimento quanto di rigetto della pretesa". Dall'altro lato, viceversa, non si può non sottolineare il secondo, e forse ancor più cruciale, aspetto poiché il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo a favore del sig. P. S. nei confronti di I.S. S.p.a., veniva emesso dallo stesso tribunale di Roma in data 6 marzo 2019.

Ora, quest'ultimo caso, relativo alla concessione di un decreto ingiuntivo in forza della pronuncia resa dai collegi ABF e ACF, e non adempiuta da parte dell'intermediario, non è un caso isolato.

Per vero, lo scorso 20 luglio 2022⁴⁷⁷, il giudice di pace di Varallo ha accolto la domanda proposta da un cliente contro un intermediario finanziario ponendo fondamento della decisione di condanna il solo inadempimento della decisione resa dall'ABF, con la quale veniva riconosciuto il diritto al rimborso in capo alla parte attrice. In particolare, il giudicante ha affermato quanto segue: "senza entrare nel merito della questione sulla validità dei timbri correttivi, ciò che rileva secondo questo giudice è soltanto l'inadempimento da parte convenuta nella decisione dell'Arbitro Bancario di Torino con la quale quest'ultima veniva condannata al rimborso di quanto non corrisposto al momento dell'incasso del buono fruttifero". In merito, purtroppo, non si è in grado oggi di condurre delle considerazioni sulla sorte di questa decisione poiché non se ne conosco gli esiti neppure rispetto ad un eventuale giudizio di opposizione, malgrado ciò la questione afferente all'interpretazione della normativa sui buoni fruttiferi postali ha più volte visto contrapporsi i membri tecnici dei collegi arbitrali ed i giudici di merito. Invero, i buoni fruttiferi postali a scadenza trentennale appartenenti alla serie Q, venivano emessi sui moduli della precedente serie P; si è soliti fare riferimento a questi buoni come Q/P. Come rileva la relazione annuale sull'attività dell'ABF⁴⁷⁸, su questi buoni, emessi tra il settembre 1986 e il marzo 1987, "era stato apposto nella parte anteriore un timbro con l'indicazione della serie Q di

⁴⁷⁷ Cfr. Giudice di Pace di Varallo, sentenza del 20 luglio 2022, n. 36 disponibile in <https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/2022/07/Giudice-di-Pace-di-Varallo-20-luglio-2022-n.-36.pdf>

⁴⁷⁸ Per una consultazione integrale del testo, pag. 38 <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2022/11/Dec-20221118-14788.PDF>

appartenenza; un ulteriore timbro sul retro indicava i nuovi tassi di interesse della serie Q limitatamente ai primi vent'anni di fruttuosità dei buoni, senza però aggiornare o cancellare, con riferimento agli ultimi dieci anni, i rendimenti della precedente serie P indicati sul titolo (più elevati di quelli della serie Q)". In considerazione di ciò, secondo l'orientamento dei collegi ABF, il titolare in possesso di un buono della serie Q/P "ha diritto di ottenere i rendimenti più favorevoli previsti per la serie P per gli ultimi dieci anni di fruttuosità del titolo, in quanto il timbro della nuova serie Q modifica solamente gli interessi dal primo al ventesimo anno, inducendo il cliente a fare legittimo affidamento sulle condizioni di rimborso indicate nel buono per l'ultimo decennio"⁴⁷⁹.

Coerentemente con l'interpretazione offerta dall'ABF, la Corte d'appello di Firenze⁴⁸⁰, con sentenza dello scorso giugno 2022⁴⁸¹, richiamando i principi espressi in materia dalla Corte di cassazione a sezioni unite nel 2007⁴⁸², che tutelano il legittimi affidamento del sottoscrittore in ordine alla validità dei tassi di interesse riportati sul retro del titolo, ha affermato che in presenza di una divergenza "tra i tassi di interesse stampigliati sul retro del BFP e quelli previsti dal previgente decreto ministeriale, l'ente emittente è vincolato, ai fini della quantificazione dell'importo spettante al titolare del buono, alle indicazioni riportate su quest'ultimo. Ciò in quanto con l'emissione del buono postale si realizza un'operazione finanziaria, connotata nei termini specificamente indicati nei buoni, compilati, firmati e bollati e consegnati al titolare"; rigettando, peraltro, il ricorso avanzato dall'intermediario avverso l'ordinanza decisoria del tribunale di Pisa, di accoglimento della domanda proposta dal cliente "volta ad ottenere dal giudice la corretta liquidazione in suo favore del controvalore di 3 vecchi buoni postali in suo possesso, che egli aveva tentato invano di ottenere in via stragiudiziale".

⁴⁷⁹ Si veda da ultimo la decisione del Collegio ABF di Torino del 18 novembre 2022, n. 14788, reperibile in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2022/11/Dec-20221118-14788.PDF>

⁴⁸⁰ Corte d'appello di Firenze, sentenza del 21 giugno 2022, n. 1308 in <https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/2022/07/Corte-di-Appello-di-Firenze-Sez.-II-21-giugno-2022-n.-1308-Pres.-Monti-Rel.-Mori.pdf>

⁴⁸¹ Cfr. il commento di L. S. Lentini, *Buoni Postali «Q/P»: la giurisprudenza di merito continua ad opporsi alla Cassazione*, in *dirittobancario.it*, 2022.

⁴⁸² Il riferimento è a Cass. Sez. un., sentenza del 15 giugno 2007, 13979 in <https://onelegale.wolterskluwer.it>

Tale pronuncia della corte d'appello fiorentina, tuttavia, si discosta dalla posizione della giurisprudenza della Corte di cassazione degli ultimi anni⁴⁸³. Specie, di recente, con ordinanza del 10 febbraio 2022 n. 4384 e ordinanze del 14 febbraio 2022, nn. 4748, 4751 e 4763, nonché da ultimo con ordinanza del 3 gennaio 2023, n. 87, il giudice di legittimità ha ribadito impossibilità di accogliere le richieste avanzate dai titolari dei buoni della serie Q/P di ottenere il rendimento più favorevole della serie P per quanto concerne l'ultimo decennio di fruttuosità dei buoni⁴⁸⁴, poiché “una mera imperfezione materiale nell'apposizione dei timbri” non deve essere considerata come espressione di una “manifestazione di volontà concludente, rilevante sul piano negoziale”⁴⁸⁵.

La corte ha specificamente sostenuto che, in tutti i casi in esame, “non si è in presenza di un errore sulla dichiarazione, ossia di una manifestazione di volontà, che l'ordinamento impone di considerare nella sua oggettività, quale estremo limite cui si spinge il principio di tutela dell'affidamento sull'altrui dichiarazione, tanto da far prevalere la volontà dichiarata o la dichiarazione trasmessa sulla reale volontà del dichiarante, qualora, per ipotesi, l'errore manchi del requisito della riconoscibilità (art. 1433 in relazione all'art. 1428 c.c.): qui non solo non c'è la volontà dell'ente di pattuire la misura degli interessi che oggi il sottoscrittore richiede, ma non c'è neppure la univoca dichiarazione che il sottoscrittore invoca, giacché egli la fa discendere dalla forzata giustapposizione, dal collage, di due clausole che stanno invece ognuna per proprio conto: l'una, apposta a timbro, concernente i buoni della serie «(OMISSIS)», l'altra, preesistente, quelli della serie «(OMISSIS)»”.

Questo lavoro non ha certamente la presunzione di analizzare tutte le controversie insorte negli anni in applicazione della normativa del settore finanziario – bancario, assicurativo e finanziario in senso stretto- tuttavia, si comprenderà bene che è attualmente in atto un braccio di ferro tra la Corte di legittimità ed i giudici di merito, nonché tra i collegi arbitrali ed i successivi giudizi instaurati dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria che, caso per caso, affidano alle pronunce stragiudiziali una

⁴⁸³ Cfr. L. S. Lentini, *La partita sulla serie «Q/P»: ABF vs Cassazione*, in *dirittobancario.it*, 2022.

⁴⁸⁴ Cfr. F. Sangermano, *Buoni fruttiferi postali ed integrazione del contratto: le Poste non sono state il Leviatano del risparmiatore*, in *Giur. It.*, 2019, 2369 e ss.

⁴⁸⁵ Il riferimento è alla decisione della Corte di cassazione, ordinanza del 10 febbraio 2022 (data ud. 4 febbraio 2022), disponibile in <https://onelegale.wolterskluwer.it>

diverso grado di *enforcement*: da giudizio pieno, idoneo ad escludere una nuova analisi del merito, a mero parere, privo di qualsiasi efficacia.

È indubbio che lo scenario così descritto non faccia altro se non alimentare le sfide per quanti vogliono far valere la tutela delle loro ragioni nel nostro ordinamento, non solo in termini di coerenza del sistema, ma anche di certezza del diritto, che si ripercuotono negli ormai annosi problemi che attanagliano il nostro cantiere della giustizia.

§ 4. *Il corrente precario riflesso dei c.d. responsi emanati dai Collegi arbitrali: tra comuni esperienze di funzioni di tutela ed efficacia tipica processuale*

Nel quadro appena descritto è allora inevitabile passare ad un'analisi approfondita circa l'efficacia riconosciuta ai c.d. responsi dei collegi arbitrali, riprendendo in parte quanto già sostenuto in ordine alla fase decisionale⁴⁸⁶. In proposito, infatti, vale la pena sottolineare alcune ulteriori questioni rilevanti, in ordine all'effettività della tutela da riconoscersi alle decisioni arbitrali⁴⁸⁷, rimandando, invece, al terzo capitolo di questo lavoro per un compiuto approfondimento in ordine alle disposizioni di funzionamento ed al contenuto della deliberazione dei Collegi ABF, ACF e AAS per cui valgono le medesime considerazioni.

Innanzitutto, com'è certamente emerso nel corso di queste pagine, i procedimenti dinnanzi agli Arbitri finanziari devono essere considerati alla stregua di un punto di incontro tra gli strumenti aggiudicativi e gli strumenti facilitativi di risoluzione extragiudiziale delle controversie diffusamente conosciuti (ossia arbitrato, conciliazione e mediazione), aventi il pregio di rispettare le raccomandazioni ed i principi europei imposti in materia di ADR come: il principio del contraddittorio, il principio di libertà; il principio di trasparenza; il principio di indipendenza e imparzialità del terzo nonché il principio di rappresentanza. Tuttavia, occorre ulteriormente chiarire che, con specifico riferimento agli Arbitri analizzati in questo

⁴⁸⁶ Cfr. cap. III, § 3.

⁴⁸⁷ Per un'analisi approfondita in ordine alle diverse tipologie di decisioni che possono essere assunti dai Collegi arbitrali, in particolare dall'ABF, si veda G. Finocchiaro, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, op. cit., 256 e ss.

studio, questi possono essere altresì classificati come “procedimenti”, ma non è in alcun mondo ascrivibile in capo all’ABF, all’ACF o all’AAS la funzione di “processo”, o meglio una veste giurisdizionale, ormai propriamente riconosciuta all’arbitrato del codice di rito, in ragione di una molteplicità di considerazioni.

Per vero, come evidenziato da parte della dottrina, effettivamente, mancherebbe in primo luogo un accordo tra le parti, nella forma della convenzione arbitrale, per la devoluzione della lite ai Collegi arbitrali. Diversamente, da quanto abbiamo visto accadere nell’universo di *common law* statunitense, per la tipologia di controversie sottoposte alla “cognizione” degli Arbitri finanziari interni, non è dato riscontrare nel nostro ordinamento alcuna clausola compromissoria stipulata tra le parti contraenti *ex ante* – nemmeno nella forma *take it o leave it*- probabilmente, per le ragioni di cui si è dato ampiamente conto⁴⁸⁸; e neppure sotto forma di compromesso *ex post litem* poiché la decisione del ricorrente di adire l’Arbitro delle liti finanziarie – qui intese in senso lato- è vincolante *ex lege*⁴⁸⁹ solo per l’intermediario, il quale non presta alcun libero consenso ad aderire ai predetti sistemi stragiudiziali, subendo unicamente l’iniziativa processuale del cliente.

In secondo luogo, ancora, maggiormente rilevante è la considerazione secondo cui il provvedimento con cui si conclude il procedimento dinnanzi all’ABF, all’ACF e all’AAS, non abbia alcun carattere vincolante per le parti. Del resto, sebbene per molti aspetti di cui si è detto, i procedimenti in questione si avvicinino al modello processuale arbitrale delineato dal codice di procedura civile, tuttavia manca nel nostro ordinamento l’equiparazione alla sentenza, propria del lodo, di cui all’art. 824 – *bis* c.p.c., anche per i responsi degli Arbitri. In effetti, tale circostanza sembra deporre unicamente nel senso che il “procedimento” arbitrale che trova la sua disciplina all’interno del codice di procedura civile è un vero e proprio processo, la cui peculiarità risiede nel solo fatto di essere gestito da privati, secondo regole autodeterminate nel rispetto dei limiti consentiti nell’ordinamento. Peraltro, tale impostazione è stata accolta persino dalla recente pronuncia a Sezioni Unite della Corte di cassazione,

⁴⁸⁸ Cfr. questo stesso cap., § 1.

⁴⁸⁹ Si è già avuto modo di dire, infatti, che l’adesione dell’intermediario all’ABF, all’ACF e, come vi vedrà anche all’AAS, costituisce una condizione essenziale per lo svolgimento dell’attività bancaria e finanziaria e per la prestazione dei servizi bancari, finanziari ed assicurativi all’interno del sistema.

poiché con ordinanza n. 24153/2013, la stessa ha avuto modo di confermare che la normativa introdotta dapprima con la riforma del 1994 e, successivamente, con la riforma del 2006, - e dovremmo aggiungere anche alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla riforma Cartabia nel 2022-, contiene indici significativi per riconoscerne la natura giurisdizionale e giustificare la possibilità di attribuire al lodo l'efficacia di sentenza, tra cui: le regole sull'impugnazione del lodo rituale, la capacità di risolvere questioni pregiudiziali, talora con decisioni aventi efficacia di giudicato (art. 819, comma 2, c.p.c.) nonché, infine, la possibilità per gli arbitri (rituali) di sollevare questioni di legittimità costituzionale (art. 819 – *bis*, comma 1, n. 3 c.p.c.),

Quanto agli Arbitri finanziari, invece, si rende opportuno ricordare ancora una volta l'intervento della Corte costituzionale che, con sentenza del 21 luglio 2011, n. 218, ha escluso, in quel caso specifico, la natura giurisdizionale del procedimento dinnanzi all'ABF sull'assunto che non solo, la natura amministrativa delle disposizioni che ne regolano il funzionamento, specie della fase decisoria, vale ad escluderne la riconducibilità tra gli organi giurisdizionali che per loro natura sono ancorati al fondamento costituzionale alla riserva di legge, ma che soprattutto la mancanza di connotati giurisdizionali si rileva dalla natura delle decisioni non aventi "alcun valore cogente per nessuna delle parti «in causa», svolgendo essa solo una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla reputazione dell'intermediario, in particolare se non ottemperante, secondo connotazioni che possono riecheggiare gli interventi di organi amministrativi in autotutela". Del resto, continua ancora la Consulta, il rilievo secondo cui "il responso" dell'ABF debba essere assunto "secondo diritto" "non può ritenersi in sé un argomento probante, giacché è tipico di qualsiasi funzione giustiziale procedere e adottare le proprie determinazioni *secundum ius*, al pari di qualsiasi organismo della pubblica amministrazione". In conseguenza di ciò appare chiaro che non solo dal responso dell'ABF, ma in via analogica, anche dalle delibere di ACF e AAS, non possa derivare alcun obbligo giuridico suscettibile di tutela di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria, nel caso di inadempimento dell'intermediario alla decisione assunta dal collegio giudicante.

In merito, alla luce delle considerazioni precedentemente svolte, in ordine alle previsioni di legge in forza delle quali sia il cliente sia l'intermediario possono comunque intentare qualsiasi mezzo di tutela apprestato loro dall'ordinamento,

anche dopo l’emanazione del responso dei Collegi arbitrali, è chiaro che all’atto conclusivo dei predetti procedimenti arbitrali non possa essere riconosciuta l’efficacia di accertamento propria del giudicato sostanziale di cui all’art. 2909 c.c.⁴⁹⁰; né l’efficacia vincolante propria dei contratti di cui all’art. 1372 c.c.⁴⁹¹; né tantomeno l’efficacia esecutiva stabilita dall’art. 464 c.p.c.⁴⁹², essendo necessaria una previsione di legge che attribuisca loro tale efficacia; e, infine neppure, pare configurabile una ipotesi accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 – bis c.p.c.*, poiché la decisione dei Collegi contiene unicamente un giudizio in ordine alla legittimità della pretesa, e non un accertamento dei fatti⁴⁹³. Peraltro, parte della dottrina ha affermato che non possa riconoscersi ai responsi alcun effetto probatorio⁴⁹⁴; in particolare, infatti, le decisioni emesse dai Collegi arbitrali non avrebbero alcuna efficacia dimostrativa dei fatti controversi, non potendo costituire né elemento né principio di prova⁴⁹⁵.

Tuttavia, al di là dell’annosa *querelle* sulla natura giuridica dell’atto conclusivo dei procedimenti innanzi all’ABF, all’ACF o all’AAS, che è valsa ad escludere la presenza di qualsivoglia efficacia giuridica, specie avuto riguardo degli effetti diretti tra clienti ed intermediari, è oggi indubbio che, ai fini di una piena comprensione di tali sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie, occorre muovere nell’area pubblicistica dei sistemi di vigilanza in cui rispettivamente operano, al fine di poterne cogliere quantomeno degli effetti indiretti tra le parti. Invero, il rapporto privato intercorrente

⁴⁹⁰ Si veda a tal proposito G. Finocchiaro, *L’arbitrato bancario e finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, op. cit., 239, il quale esclude che il provvedimento conclusivo del procedimento dinnanzi all’ABF possa acquisire l’efficacia propria del giudicato a causa del carattere sommario della cognizione.

⁴⁹¹ Sebbene, non sia mancato in dottrina chi abbia cercato di ricondurre tali procedimenti nell’alveo dell’arbitrato irrituale; in questo senso cfr. G. Guizzi, *L’Arbitro Bancario Finanziario nell’ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell’ABF*, op. cit., 1221 e ss.; in senso contrario C. Consolo, M. Stella, *Il funzionamento dell’ABF nel sistema delle ADR*, in *An. Giur. dell’economia*, 2011, 123.

⁴⁹² Cfr. G. Finocchiaro, *L’arbitro bancario e finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, op. cit., 285, il quale afferma: “come ben noto, i titoli esecutivi sono un *numerus clausus*”, negando così ogni qualsivoglia efficacia esecutiva al responso emesso dai Collegi arbitrali.

⁴⁹³ Cfr. F. Cuomo Ulloa, *Quando il consulente fa il conciliatore*, in *I Contratti*, 2005, 1182 e ss.

⁴⁹⁴ Circa l’incapacità dei responsi ABF di pregiudicare anche solo i rapporti cliente-intermediario si veda V. Tavormina *L’arbitro bancario finanziario (un altro episodio de “i nuovi mostri”)*, op. cit., 123 e ss.

⁴⁹⁵ C. Consolo, M. Stella, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell’arbitrato, del nuovo ABF, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, op. cit., 1652 e ss.

tra intermediari e clienti in virtù del contratto tra gli stessi stipulato deve essere coordinato con il rapporto pubblico che sorge invece tra le autorità di vigilanza, Banca d'Italia, Consob ed Ivass, ed i singoli intermediari bancari, finanziari ed assicurativi quali soggetti vigilati. A tal proposito, è stato osservato da più voci che modelli come l'ABF, l'ACF, e l'AAS, possano rivestire un ruolo determinante nel sistema delle funzioni di tutele e di vigilanza nel comparto finanziario, inteso in senso ampio.

Come si è detto, infatti, i Collegi giudicanti, oltre ad emettere un responso relativo alla contestazione delle parti in lite, sono chiamati a svolgere un ruolo ulteriore, ovvero ad accertare se l'intermediario si sia effettivamente uniformato alla decisione degli Organi decidenti o meno poiché, in caso contrario, si darà seguito all'applicazione della c.d. sanzione reputazionale⁴⁹⁶. Si tratta, della pubblicità-notizia dell'inadempimento volta ad incidere sulla reputazione degli intermediari all'interno del mercato economico, onde evitare che il mancato rispetto delle disposizioni normative e regolamentari in tema di trasparenza e correttezza dei rapporti con gli utenti, da parte di alcuni intermediari, possa non solo diffondersi in "modo incontrollato e indiscriminato", ma giunga persino a minare la fiducia nei confronti dell'intero comparto finanziario⁴⁹⁷.

Secondo parte della dottrina⁴⁹⁸, accanto ad una prima funzione che può dirsi volta a supplire l'inadeguatezza strutturale della macchina della giustizia civile, decidendo in ordine a controversie che necessitano di una competenza tecnica adeguata in ragione del tecnicismo indissolubilmente legato alla materia che da sempre regola il comparto finanziario; si deve, tener conto di una seconda funzione, forse più significativa, consistente nella delega della funzione di vigilanza sugli intermediari, affidata all'ABF, all'ACF e all'AAS da parte delle rispettive Autorità chiamate a vigilare *ex parte* sul rispetto da parte degli operatori bancari, finanziari ed assicurativi della

⁴⁹⁶ Tale sanzione, precisa G. Finocchiaro, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, op. cit., 269, trova applicazione "non soltanto per il caso di mancato tempestivo ed esatto adempimento della decisione, ma altresì per l'ipotesi «di mancata cooperazione al funzionamento della procedura da parte dell'intermediario» (tra le quali «rientrano, ad esempio, l'omissione o il ritardo nell'invio della documentazione richiesta che abbiano reso impossibile una pronuncia sul merito della controversia, o il mancato versamento dei contributi previsti dalla Sezione V, paragrafo I)»".

⁴⁹⁷ Cfr. a tal proposito, F. Auletta, *Arbitrato bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, op. cit., 89 e ss.

⁴⁹⁸ N. Soldati, *La terza riforma dell'arbitrato bancario finanziario (ABF)*, op. cit., 1572 e ss.

particolare disciplina relativa alla trasparenza dei rapporti contrattuali ed alla correttezza delle relazioni con la clientela. Per molti aspetti, infatti, non si può dubitare che i responsi emessi dagli Organi decidenti abbiano la valenza di un parere, in un certo qual modo vincolante, idoneo a costituire il fondamento di una decisione da parte delle Autorità di vigilanza nell'applicare la sanzione reputazionale nei loro confronti, quale frutto del potere discrezionale legato all'attività amministrativa di vigilanza a cui sono soggetti gli intermediari⁴⁹⁹.

In tal senso, infatti, potrebbe avere un senso rilevare come sussista un particolare legame tra le Autorità di vigilanza del sistema finanziario e gli intermediari in capo ai quali corre una vasta serie di obblighi che necessariamente contraddistinguono l'*iter* procedimentale avanti agli Arbitri finanziari ed, in qualche maniera, la concretezza delle misure previste a garanzia dello "spintanea"⁵⁰⁰ adempimento della decisione, se non nei confronti dei ricorrenti, quantomeno a presidio della trasparenza e della correttezza dei mercati finanziari. Ebbene, tra questi obblighi, rientrano sicuramente la previsione di un'adesione ai sistemi ABF, ACF e AAS -con le dovute specifiche di cui si è dato atto-, che si è visto costituire un presupposto indefettibile per la concessione dell'autorizzazione allo svolgimento delle stessa attività bancaria, finanziaria ed assicurativa; la produzione di tutta la documentazione necessaria ai fini della valutazione dei ricorsi dei clienti, compresa quella sfavorevole agli intermediari, ove utile ai fini della pronuncia in ordine all'accoglimento della domanda, nonché quella idonea a verificare, di volta in volta, l'avvenuto adempimento: sia con riferimento alla decisione, sia in ordine al pagamento della quota di spese incombente sugli intermediari a titolo di compensi previsti da ciascuna procedura⁵⁰¹; ed, infine, quello che per lungo tempo è stato considerato un obbligo di attenersi ai precedenti dei Collegi arbitrali in sede di reclami interni, sanzionato esclusivamente dalla pubblicazione nelle relazioni annuali del numero di decisioni di accoglimento dei

⁴⁹⁹ Sebben vada chiarito che le Autorità di vigilanza non abbiano alcun potere di sindacare il merito dei responsi emessi dagli Organi decidenti a seguito dei procedimenti "arbitrali", tuttavia, hanno altresì il potere – dovere di disattendere le decisioni assunte dai Collegi, non applicando la sanzione reputazionale.

⁵⁰⁰ Cfr. G. Finocchiaro, *L'arbitrato bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, op. cit., 372.

⁵⁰¹ Si veda in merito V. Tavormina, *L'arbitrato bancario finanziario, (un altro episodio de "i nuovi mostri")*, op. cit., 1026 e ss.

ricorsi nei confronti del medesimo intermediario. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, non può tacersi che la c.d. "terza riforma dell'arbitrato", relativa specificatamente all'ambito di operatività dell'ABF, abbia ampliato a sessanta giorni⁵⁰² il termine di risposta ai reclami dei clienti proprio al fine di incentivare la composizione bonaria delle controversie già nella fase di reclamo, -momento quest'ultimo che potrebbe dirsi nevralgico per la risoluzione stragiudiziale della lite-, favorendo così un'interlocuzione maggiormente significativa tra le parti, specie alla luce dei consolidati orientamenti dei Collegi territoriali sulle tematiche oggetto di contestazione⁵⁰³, anche in veste di un utile presidio dei rischi legati alle sanzioni reputazionali.

Lo scopo, quindi, sembrerebbe risiedere nella creazione di un circolo virtuoso idoneo a definire la fase patologica delle controversie tra clienti ed intermediari al di fuori delle aule giudiziarie⁵⁰⁴, con maggiore soddisfazione e tutela dei rapporti che vedono coinvolte le parti.

Eppure, se nei primi anni della loro attività, specialmente ABF ed ACF, vedevano riconosciuto un elevato tasso "spintaneo di adempimenti"⁵⁰⁵ delle decisioni assunte dai Collegi arbitrali, oggi la situazione appare fortemente mutata, non fosse altro che a carico di intermediari che hanno un'indiscussa credibilità tra i consumatori- clienti, si registra un tasso di pubblicazione pari a tremilatrecentocinquantaquattro (3.354)⁵⁰⁶ decisioni inadempite, la gran parte delle quali risulta successivamente devoluta alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria. Ciò, non lo si può negare rappresenta a tutti gli effetti un problema, proprio in tema di effettività della tutela di cui più volte si

⁵⁰² Per maggiori approfondimenti, si veda cap. II, § 2.1.

⁵⁰³ Cfr. N. Soldati, *La terza riforma dell'arbitrato bancario finanziario (ABF)*, 1577, ove l'a. precisa altresì che "secondo il disegno della Banca d'Italia, a fronte di un orientamento consolidato dei Collegi, non si vede alcuna utilità per l'intermediario di non trovare un componimento della lite proprio nell'ambito della discussione tra le parti dopo la proposizione del reclamo e prima della presentazione del ricorso, che, infatti, avrebbe un destino praticamente segnato dal consolidarsi degli orientamenti".

⁵⁰⁴ Cfr. I. A. Caggiano, *L'arbitro bancario finanziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *La nuov. giur. civ. comm.*, 2015, 20442 e ss.

⁵⁰⁵ Cfr. *supra* [nota 499].

⁵⁰⁶ Il riferimento è a Poste Italiane S.p.A., come risulta dalla consultazione della pagina ABF al <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/intermediari-inadempienti/elenco-intermediari/index.html>; ove, peraltro occorre segnalare altri gruppi bancari come ad esempio Santander Consumer Bank S.p.A. che registra 2598 inadempimenti negli ultimi cinque anni, ovvero Intesa San Paolo S.p.A. che ne registra negli stessi anni 899.

è detto nel corso di queste pagine. In particolare, infatti, si rischia che il compito seppur lodevole di natura pubblicistica e, quindi, regolatore del sistema nel suo complesso, certamente da riconoscersi in capo agli Arbitri finanziari, nasconda il rovescio della medaglia, laddove anche alla luce dei pochi esempi condotti nelle pagine che precedono, i responsi emessi dai Collegi arbitrali vadano a costituire realmente una brutta copia dell'attività giurisdizionale: invero, è innegabile l'inidoneità delle decisioni emesse dai Collegi ABF, dal Collegio ACF e, ove vedrà la luce, del Collegio AAS, da un lato, a produrre effetti diretti nella sfera giuridica delle parti e, dall'altro lato, a creare quella "giurisprudenza precognitrice", da molti auspicata, di cui si sarebbero potuti (o dovuti) avvelenare i giudici ordinari, qualora investiti della medesima controversia, ovvero dovendo trattare la stessa questione "finanziaria" per la prima volta.

Ebbene, è innegabile che questo avvicinamento di pronunce non ci sia stato e che, ad oggi, permangano più dubbi che certezze in ordine alla sussistenza di un valore dei responsi e, ove sussistente, quale sia questo valore, poiché in merito le attuali disposizioni legislative nulla dicono, lasciando una vena scoperta, che è quella dell'effettività della tutela.

In proposito, vale la pena avvertire che, in ragione della sua portata, questo lavoro non ha la presunzione di indagare il principio dell'effettività nel suo complesso, ma solo per quanto attiene il risvolto processuale, ossia l'idoneità di incidere sulla realtà concreta e fattuale, dal punto di vista giuridico⁵⁰⁷. Per vero, come si è detto, sebbene alle decisioni rese dai Collegi ABF, ACF (e AAS) possa essere riconosciuta una qualche rilevanza ed efficacia "sul piano (non giuridico, ma) meramente fattuale, consistente nella loro idoneità di conformare le scelte di ciascun cliente", poiché queste "dipendono direttamente dalla generale valutazione che l'universalità della clientela

⁵⁰⁷ Cfr. G. Finocchiaro, *L'arbitro bancario finanziario tra funzione di tutela e di vigilanza*, op. cit., 381, nota 441 ove cita in questo senso "M. Taruffo, *Il processo civile*, in L. P. Comoglio, C. Ferri e M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione*, cit., 15., ove, partendo dalla constatazione secondo cui, al pari di «ogni fenomeno giuridico complesso, il processo civile è difficilmente definibile in modo semplice ed unitario», si chiarisce che «Il punto di partenza per un'analisi attendibile del processo civile può essere costituito da una definizione secondo la quale *il processo civile è un metodo per la soluzione di conflitti*»; ciò, tuttavia, prendendo in prestito le parole di V. Tavormina, *L'arbitrato bancario finanziario, (un altro episodio de "i nuovi mostri")*, op. cit., 1027, non può valere per qualsiasi altro "organo decidente", qualora non possa rispettare le garanzie costituzionali del processo.

ha delle medesime rilevanza ed efficacia”⁵⁰⁸, tuttavia questo riscontro non si è manifestato a livello giuridico formale.

Nonostante l’indiscussa valenza nell’ordinamento settoriale in cui si trovano ad operare i diversi Collegi arbitrali, l’indiscussa preparazione e professionalità degli stessi componenti i Collegi arbitrali, ad oggi, con i propri responsi non sono stati in grado di influenzare le decisioni dei giudici statali, diversamente da quanto, peraltro, auspicato da autorevole dottrina.

Ecco, quindi, che, alla luce delle considerazioni svolte nel corso di questo lavoro, nonché dei singolari esempi⁵⁰⁹ emersi in ordine alla discontinuità di pronunce tra responsi degli arbitri finanziari e sentenze dei giudici ordinari, non si possa dire raggiunto l’obiettivo da molti paventato nei primi anni di operatività di questi modelli, poiché i precedenti degli organi decidenti più che essere seguiti dalla magistratura ordinaria di merito e di legittimità stanno giungendo ad incrinare i rapporti sul piano giuridico formale tra intermediari e clientela, nonché in termini generali di effettività della tutela non solo per i consociati, ma anche per l’intero sistema giustizia.

§ 5. La specializzazione del giudice ordinario di merito: una prospettiva solutoria per una “tutela differenziata” delle controversie scaturenti dal mercato bancario, finanziario ed assicurativo

Si è visto essere indubbiamente un luogo comune il fatto che il nostro processo civile sia uno strumento esageratamente complesso da cui deriva con ogni probabilità la percezione diffusa di inefficienza della giustizia, che spesso penalizza il sistema economico, disincentivando quelli che sono gli investimenti⁵¹⁰.

Tale percezione si fonda per lo più sul rapporto tra i giudizi promossi e i tempi della giustizia per la definizione di quei giudizi; in quest’ottica, infatti, anche il legislatore della recente riforma civile ha creduto che la soluzione potesse risiedere

⁵⁰⁸ Cfr. G. Finocchiaro, *L’arbitro bancario finanziario tra funzione di tutela e di vigilanza*, op. cit., 382.

⁵⁰⁹ Cfr. questo capitolo, § 3.

⁵¹⁰ A. Giussani, *Sull’accelerazione del processo civile di cognizione*, in *Riv. di dir. proc.*, 2015, 468 e ss.

principalmente nella ricerca di formule processuali alternative, realizzabili mediante vari modelli di selezione dell'accesso alla giustizia⁵¹¹ quali: tentativi obbligatori di mediazione come condizione di procedibilità della domanda, favore generalizzato per le ADR, aumento dei contributi, e così via. Sebbene gli esiti di questa riforma siano ancora da verificare, tuttavia, non sembra peregrino immaginare di poter valutare l'efficienza della giustizia, sulla base delle considerazioni sino ad ora fatte, con riferimento ad un ulteriore parametro: ossia, il rapporto tra l'accesso alla giustizia e le liti risolte in applicazione del diritto sostanziale, specie in un settore come quello finanziario⁵¹², ove è in continua crescita la complessità del sistema delle fonti del diritto, nonché quello dei fenomeni che il diritto mira a regolare⁵¹³.

In un contesto del genere, dove i progressi delle scienze e delle tecnologie, la proliferazione di discipline di settore, la c.d. globalizzazione, la commistione tra la normativa interna e quella europea, e molti altri fattori quasi impossibili da enumerare, concorrono a rendere sempre più difficile il ruolo del giudice.

È sempre più pregnante l'esigenza che i giudici – tutti i giudici, di ogni ordine e grado - accrescano gradualmente ed aggiornino costantemente le loro conoscenze⁵¹⁴, non solo quelle giuridiche, così da essere in grado di fornire una risposta celere ed adeguata ai conflitti generati dall'interazione sociale. Invero, una corretta applicazione delle norme – e la conseguente certezza del diritto che ne deriva- potrebbe innescare un circolo virtuoso deflativo proprio perché capace di rendere più consueta una composizione bonaria delle liti, specie in un comparto del diritto, come quello finanziario, in cui le parti possono sentire la necessità di preservare e migliorare i rapporti scaturenti tra clientela e operatori del mercato finanziario.

⁵¹¹ M Pellegrini, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, op. cit., 359 e ss.

⁵¹² G. Marmo, *Proposte di riforma per il mercato dei valori mobiliari*, in *Il Corr. Giur.*, 1989, 95 e ss.

⁵¹³ Il riferimento è ad esempio alla Direttiva 2023/2673/UE di modifica della Direttiva 2011/83/UE per quanto attiene i contratti di servizi finanziari conclusi a distanza disponibile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202302673.

⁵¹⁴ C. Paolo, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa – Il commento*, in *Le Società*, 2012, 805 e ss., in cui secondo l'a. “un inarrestabile andamento pendolare sembra caratterizzare anche il dibattito sui pregi e i difetti della c.d. specializzazione dei giudici; formula, questa, che invero può essere utilizzata per indicare sia la ripartizione della funzione giurisdizionale tra più articolazioni organizzative ciascuna delle quali destinata ad occuparsi soltanto di una o più specifiche materie, sia il processo di acquisizione da parte dei singoli magistrati di conoscenze e capacità particolarmente elevate in una o più determinate materie”.

D'altra parte, è indubbio che il giudice generalista, seppur *peritus peritorum*, sia una figura, che per quanto auspicabile, non può trovare un riscontro nella realtà empirica e “che l'esigenza di avere giudici professionalmente all'altezza di svolgere con efficienza ed efficacia i compiti loro affidati può essere tanto più facilmente soddisfatta quanto minore è l'ambito delle conoscenze che lo svolgimento di tali compiti richiede”⁵¹⁵.

Se si accolgono queste premesse, la soluzione che meglio potrebbe coniugare l'efficienza e la qualità, secondo le ricerche comparatistiche, dovrebbe dipendere in buona parte da due fattori: da un lato, l'attuazione in concreto del principio di proporzionalità, secondo cui le forme ed i tempi del processo debbono dipendere dalla valutazione discrezionale e revocabile del giudice in ragione del grado di complessità della fattispecie in causa⁵¹⁶; dall'altro lato, e certamente di conseguenza, l'istituzione di una sezione specializzata in materia finanziaria, per la trattazione di quelle liti in cui – in ragione dell'elevato tecnicismo della disciplina- è maggiormente sentita l'esigenza della specializzazione del giudice, valorizzando così lo *ius dicere*.

Ebbene, l'idea di un giudice specializzato in materia finanziaria, potrebbe non essere considerata proprio di nuovo conio, specie laddove si guardi, in particolare, all'art. 2, del d. l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla l. 24 marzo 2012 n. 27, che ha allora riformato le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale mutandone la denominazione in “sezioni specializzate in materia

⁵¹⁵ C. Paolo, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa- Il commento*, op. cit., 805 e ss.

⁵¹⁶ F. Santagata, *Sezioni specializzare per l'impresa, accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, in *Riv. di dir. proc.*, 2012, 1269, in cui l'a. con riferimento alle sezioni specializzate per l'impresa afferma che “al fine dichiarato di porre un freno alla patologica lentezza dei processi, che incide negativamente sulla competitività delle imprese ed ostacola il corretto funzionamento del mercato, si iscrive l'istituzione delle «sezioni specializzate in materia di impresa», per la «trattazione di quelle controversie in cui- tenuto conto dell'elevato tasso tecnico della materia- è maggiormente sentita l'esigenza della specializzazione del giudice», valorizzano a tal proposito la «positiva esperienza delle sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale»”.

d'impresa"⁵¹⁷. Peraltro, nel panorama legislativo interno non si trattò, in quel caso⁵¹⁸, di un intervento davvero rivoluzionario⁵¹⁹, poiché esso nasceva dalla possibilità di ricorrere ad un modello già sperimentato in materia di proprietà intellettuale ed industriale, al fine di individuare un giudice specializzato, al quale devolvere tutte quelle controversie caratterizzate da un'elevata complessità tecnica: l'obiettivo era stato quello di realizzare, non solo un acceleramento nell'assumere le decisioni, ma soprattutto una qualità maggiormente concreta e significativa in termini di risposta giudiziaria⁵²⁰.

Oggi, ancora si discute del rapporto tra le liti societarie e il processo⁵²¹, ciononostante non è mai stata posta in discussione l'importanza di aver previsto un giudice non già speciale, bensì specializzato, ossia dotato di un'ampia e solida esperienza generalista, ma anche di una progressiva specializzazione, nella trattazione di quei procedimenti che richiedono un elevato grado di conoscenza del settore.

⁵¹⁷ Per un approfondimento in ordine alla competenza per materia del tribunale delle imprese si veda meglio in https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaArticolo?art.progressivo=0&art.idArticolo=2&art.versione=1&art.codiceRedazionale=12A03524&art.dataPubblicazioneGazze=2012-03-24&art.idGruppo=1&art.idSottoArticolo1=10&art.idSottoArticolo=1&art.flagTipoArticolo=0

⁵¹⁸ Il riferimento va, infatti, ai Tribunali di Commercio (1865-1888), ma anche ai disegni di legge delega per la riforma del diritto societario elaborati dalla Commissione Mirone e dalla Commissione Rivelli tra il 1999 e il 2000. Per maggiori approfondimenti, in merito si veda meglio C. Consolo, *Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?*, in *Il Corr. Giur.*, 2000, 565 e ss.

⁵¹⁹ L. Rovelli, *Alcune riflessioni sul processo di riforma delle società*, in *Le Società*, 2000, 662 e ss.

⁵²⁰ Si veda in senso marcatamente critico P. Farina, *Contributo allo studio del principio di specializzazione del giudice*, Torino, 2020, 301 e ss. ove l'a. afferma, con riferimento specifico alla "creazione" delle sezioni specializzate che "ci sembra sia stato, almeno in linea di principio, incrinato il principio della c.d. equiordinazione materie del giudice...Basti al riguardo considerare che, per alcune materie caratterizzate da un linguaggio e da una preparazione tecnico-giuridica peculiare... le istanze delle parti non possano trovare un'adeguata risposta indistintamente in tutti i giudici ordinari; di contro è ragionevole presumere che depositario delle più adeguate preparazioni specialistiche sia un numero ristretto di giudici, direttamente commisurato al peculiare fabbisogno di giustizia, concentrato in alcune sedi giudiziarie".

⁵²¹ Si veda a tal proposito I. Pagni, *Liti societarie e processo: strumenti di lavoro per un rapporto non semplice*, in *Le Società*, 2021, 341 e ss.

A tal proposito, va detto che, prima ancora del d. l. n. 1/2012, il progetto di riforma della disciplina delle società elaborato dall'allora Commissione Mirone⁵²², e varato dal governo nel 2000, conteneva la proposta di istituire presso i tribunali delle sedi di Corte d'appello «sezioni specializzate nella trattazione dei procedimenti che richiedono un elevato grado di conoscenza dei settori economico e finanziario», ossia quelli concernenti non solo le materie del diritto societario, ma anche dell'intermediazione finanziaria⁵²³. Eppure, proprio a quest'ultima, toccò un'infausta sorte, poiché l'idea di includere nella competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale le controversie, rientranti nella giurisdizione ordinaria, regolate dalle leggi speciali in materia di intermediazione bancaria e finanziaria⁵²⁴, non venne ripresa nell'ambito del successivo d.lgs. 168/2003. Dall'altro canto, neppure il successivo tribunale delle imprese – istituito dall'art. 2, d. l. n. 1/2012, come modificato dalla legge di conversione n. 27/2012-, ha visto un ampliamento della competenza per materia delle sezioni specializzate, sebbene gli auspici allora fossero di includervi oltre alle controversie finanziarie, anche le azioni di classe⁵²⁵, tuttora di competenza del tribunale ordinario⁵²⁶.

In questo modo, l'obiettivo di dare una risposta rapida, qualificata ed efficace alle istanze di tutela di un settore, quale quello finanziario, dagli importanti risvolti pratici, è rimasto sino ad ora privo di idonee grazie in termini di certezza dei giudizi⁵²⁷.

È difficile, tuttavia, resistere per molto tempo ancora di fronte ad un'evidente esigenza di specializzazione che possa condurre ad una più agevole composizione delle controversie che insorgono tra gli operatori del mercato finanziario, e tra operatori del mercato finanziario e clientela. Per vero, la necessità di una

⁵²² P. Celentano, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa – Il commento*, in *Le Società*, 2012, 807.

⁵²³ Cfr. M. Tavassi, *Dalle Sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa*, in *Il Corr. Giur.*, 2012, 1115 e ss.

⁵²⁴ M. Pellegrini, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, op. cit., 368 e ss.

⁵²⁵ Allora disciplinate dall'art. 140 -bis del Codice del consumo, di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

⁵²⁶ Ai sensi dell'art. 840 – *sexies*, 1° comma, lett. a) e b), c.p.c., il tribunale “a) provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie proposte dal ricorrente, quando l'azione è stata proposta da un soggetto diverso da un'organizzazione o da un'associazione inserita nell'elenco di cui all'art. 840 -bis; b) accerta che il resistente con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei”.

⁵²⁷ B. Capponi, *La crisi della giurisdizione civile*, in *Il Corr. Giur.*, 2014, 1277 e ss.

specializzazione dell'organo giudicante è stata considerata da una parte della dottrina⁵²⁸ come una delle premesse necessarie “per poter avere decisioni mediamente più corrette, precise, affidabili e, per quanto possibile, presagibili (il che non è di poco rilievo in questa materia), ma anche e soprattutto decisioni più rapide”.

Del resto, celerità e concentrazioni sono requisiti che possono ridurre i tempi di trattazioni delle cause, ma solo un'adeguata specializzazione potrà servire a garantire un corretto funzionamento della giustizia; in particolare, infatti, il concetto stesso di specializzazione non deve mirare a rendere secondario il ruolo del consulente tecnico⁵²⁹, che continuerà ad essere indispensabile nell'analisi dei profili fattuali della lite, ma semmai diventare uno strumento indispensabile per una corretta interpretazione delle norme da applicarsi al caso concreto.

Per vero, vi sono settori in cui la specializzazione del giudice appare particolarmente necessaria e l'esperienza delle sezioni specializzate in materia di impresa, potrebbe fornire un valido esempio di come realizzare in concreto questo modello per le esigenze derivanti dallo sviluppo dell'attività finanziaria, valutando, nel caso di specie oggetto del presente studio la possibilità di prevedere anche una componente laica, oltre a quella togata come, del resto, sostenuto da autorevole dottrina⁵³⁰.

Bene si potrebbe, quindi, tenuto conto del contenuto del progetto delega della vecchia riforma delle attuali sezioni specializzate, dettare un dettagliato intervento che possa riguardare tanto le sedi giurisdizionali, in via interpretativa, quanto quelle parlamentari, in via legislativa.

Il quadro di riferimento potrebbe essere, dunque, il seguente: anzitutto, l'istituzione presso le città sedi dei Collegi ABF, di sezioni specializzate dotate di un elevato grado

⁵²⁸ C. Consolo, *Le liti societarie e finanziarie: progetti processuali e tipologie di tutela al di là del «favoloso» art. 11*, in *Il Corr. Giur.*, 2002, 684 e ss., in cui l'a. apre alla possibilità di realizzare “sei/otto branche di un unico «portale» del servizio giustizia”.

⁵²⁹ R. Rordorf, *La professionalità dei magistrati: specializzazione ed avvicendamento*, in *Il Foro It.*, 2000, 269 e ss.

⁵³⁰ P. Farina, *Contributo allo studio del principio di specializzazione del giudice*, op. cit., 304, ove l'a. afferma quanto segue: “possiamo affermare che la specializzazione del giudice rileva in maniera diversa in base alla composizione: quando la specializzazione del collegio non coincide con quella tecnica del membro laico, ma è (come nel caso delle sezioni per l'impresa e per l'immigrazione) acquisita sul campo dai giudici togati, la specializzazione può definirsi debole, risultando inidonea a tutelare il diritto del cittadino ad una risposta di qualità alla domanda di giustizia invocata”.

di conoscenza del settore *lato sensu* finanziario; l'attribuzione a dette sezioni di vaste competenze non solo nel settore del diritto dei mercati finanziari e creditizi, ma anche in quello di crescente risalto legato all'emergere di nuovi asset finanziari (quali le c.d. cripto-attività)⁵³¹; l'istituzione di analoghe sezioni specializzate⁵³² presso le Corti d'appello e, persino, presso la Corte di Cassazione, così da garantire le medesime tutele nei tre consueti gradi di giudizio; la possibilità che, dinanzi a dette sezioni, il processo possa essere improntato secondo una pluralità di riti – ovvero un rito ordinario di cognizione ed un procedimento riferibile alla tipologia dei processi semplificati/esecutivi⁵³³- onde assicurarne la celerità in tutti quei casi in cui parte dell'attività istruttoria sia stata già svolta grazie al ricorso agli arbitri finanziari previsti dall'ordinamento, ossia dall'ABF, dall'ACF e, un domani, anche dall'AAS.

È proprio su questo aspetto che si vogliono concentrare, in questa sede, alcune brevi osservazioni, riservando alla parte finale gli ultimi apprezzamenti di carattere critico.

Per vero, le caratteristiche delle liti del comparto finanziario, in generale, richiedono una risposta dell'ordinamento differenziata che tenga conto, non solo, della specificità di queste controversie ma anche dell'innovazione dei processi di crescita economica, nonché della globalizzazione sempre più crescente delle relazioni economiche. Si riscontra, infatti, la necessità di prevedere per questa categoria di liti un giudizio monocratico, salve eventuali riserve di collegialità, ispirato al modello del procedimento cautelare, piuttosto che al giudizio di cui all'art. 281-*decies* c.p.c.. Del resto, ciò si renderebbe necessario, avuto riguardo del criterio della “complessità della lite e dell'istruttoria”, per poter provvedere “in via cautelare” su tutte quelle domande

⁵³¹ Il riferimento è in particolare al recente Regolamento MICA, Regolamento UE 2023/114, pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 9 giugno 2023, e relativo ai mercati delle cripto-attività disponibile in <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-54-2022-INIT/it/pdf>.

⁵³² Si veda in questo senso, il commento di C. Consolo, *Un giudice specializzato e vari riti per le liti societarie?*, in *Il Corr. Giur.*, 2000, 566, in cui l'a. evoca l'importanza di un giudice specializzato per le controversie societarie in un'ottica di riforma della disciplina processuale e ordinamentale giudiziaria.

⁵³³ I. Pagni, *Liti societarie e processo: strumenti di lavoro per un rapporto non semplice*, op. cit., 349, in cui l'a. afferma, in merito alle liti societarie, quanto segue: “Il legislatore, dal canto suo dovrebbe riuscire a ideare un processo rapido come quello cautelare, ma, diversamente da quello, non necessariamente correlato ad un processo a cognizione piena che sfoci in una pronuncia atta alla cosa giudicata. Servirebbe probabilmente un tipo di processo ascrivibile alla categoria dei procedimenti semplificati- esecutivi”. In merito si veda, anche C. Consolo, *Un giudice specializzato e vari riti per le liti societarie?*, op. cit., 567.

volte ad ottenere l'adempimento da parte dell'intermediario, nei casi di condanna da parte dei collegi arbitrali, onde consentire l'emanazione di un provvedimento esecutivo, anche se privo dell'efficacia di giudicato, rispetto al quale la successiva instaurazione del giudizio di merito sarebbe puramente eventuale⁵³⁴. Dall'altro canto, ferma restando la possibilità di addivenire ad giudizio ordinario in presenza di una particolare complessità della causa; scelta, questa, che dovrebbe essere demandata al giudice stesso, cui compete il compito di assicurare il raggiungimento degli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione dei processi, attraverso la ricerca di soluzioni funzionali alla effettiva tutela delle situazioni subietive, tale essendo il dovere di un giudice specializzato, specialmente nell'ottica di temperare l'annosa questione dell'inadeguatezza della giustizia.

A tal proposito, sembra quasi inutile dire che i soggetti che operano nel mercato finanziario, nonché la clientela (siano essi consumatori o non consumatori), guardano con particolare interesse alla previsione di un giudice specializzato, cui possa seguire l'introduzione di un nuovo rito, per la gestione delle liti finanziarie, con l'aspettativa che l'*expertise* giudiziaria possa costituire un rimedio adeguato non solo a supporto delle innovazioni finanziarie, ma anche a tutela delle posizioni controverse che nascono dall'applicazione del diritto sostanziale scaturente dalle leggi speciali.

Appare molto significativo, infatti, come in altri ordinamenti⁵³⁵, la possibilità di prevedere riti che lasciano ampi margini di elasticità e discrezionalità al giudice nell'organizzazione delle scansioni endoprocessuali abbiano condotto questi sistemi a prediligere la presenza di sezioni specializzate— spesso create anche *ad hoc*⁵³⁶— per la gestione del contenzioso civile.

Invero, se il processo può essere considerato il luogo in cui si uniscono l'iniziativa assunta dalla parte e la risposta dell'organo che esercita la funzione giurisdizionale,

⁵³⁴ C. Consolo, *Un giudice specializzato e vari riti per le liti societarie?*, op. cit., 570.

⁵³⁵ E. Hepaj, *Il processo civile inglese visto da un civilista*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2022, 1018, e ss., in cui questo stesso a. riporta, tra le altre, la decisione assunta dalla Commercial Court di Londra in ordine alla natura degli NTF. Aspetti del diritto finanziario che necessiterebbero per l'appunto di un giudice specializzato anche nel nostro ordinamento, dato l'elevato tecnicismo della disciplina.

⁵³⁶ Cfr. per maggiori approfondimenti G. Montedoro, *L'ABF tra amministrazione e giurisdizione*, op. cit., 106 e sss, in cui l'a. afferma che i "Paesi più pragmatici nell'istituire organi giurisdizionali pluralistici affrontino meglio i problemi della crisi della giustizia. Per esempio, gli inglesi, quando hanno problemi antitrust istituiscono un giudice *ad hoc*".

questi dovrà essere il garante dell'equilibrio tra speditezza e rispetto del contraddittorio; viceversa, modelli troppo rigidi di giudizio non riescono a tenere il passo rispetto alla dinamiche della nostra realtà sociale, e non riescono neppure a dare risposte in termini più efficienti alle tutte esigenze descritte nelle pagine che precedono: ovvero certezza del diritto ed effettività della tutela nel contesto delle liti finanziarie, specie alla luce del complicato rapporto tra statuizioni rese nell'ambito delle ADR finanziarie interne e giudizi di merito, dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

Noi, pertanto, “senza cambiare regole costituzionali vogliamo pensare alla istituzione di giudici sempre più specializzati? Facciamolo”⁵³⁷.

§ 6. *Considerazioni conclusive*

Le considerazioni espresse nella prima parte dello studio compiuto in questo elaborato hanno dimostrato che le norme sui sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nelle liti insorte in materia bancaria, finanziaria e assicurativa, mancano di un'effettività di tutela sufficientemente valida da garantire un'alternativa alla giustizia ordinaria: questa lacuna, in termini di efficacia della decisione, ha condotto verso un'indiscussa incertezza dei rapporti derivanti dall'applicazione, in ambito procedurale, del diritto positivo sostanziale di quel settore.

L'obiettivo perseguito è stato certamente quello di fornire spunti di riflessione sulla specializzazione del giudice, quale componente necessaria della sua professionalità poiché, come autorevolmente sostenuto, “non è possibile stabilire se è stato o meno rispettato il principio di chiarezza nella redazione di un bilancio di società per azioni, ovvero se vi sia stata o meno violazione dell'obbligo di correttezza da parte di un intermediario operante in derivati finanziari, se non si abbia una qualche conoscenza delle tecniche espositive proprie dei bilanci d'impresa o delle modalità di funzionamento del mercato dei derivati” (R. Rordorf). E sebbene, obiezioni a parte, un certo risultato può dirsi raggiunto, in termini di effettività della tutela “societaria”, da parte delle sezioni specializzate per l'impresa, lo stesso non può dirsi con riferimento ai conflitti economici scaturenti dalle controversie tra professioni e clienti/investitori

⁵³⁷ G. Montedoro, *L'ABF tra amministrazione e giurisdizione*, op. cit., 107.

che operano all'interno del comparto finanziario. In merito, infatti, come dimostrato, esistono sia difformità in ordine al valore da attribuire alle decisioni degli "arbitri" domestici individuati dal legislatore per la risoluzione delle controversie bancarie, finanziarie ed assicurative, dal momento che queste non sono vincolanti per i successivi giudici di merito (ove instaurati); sia notevoli divergenze laddove i giudici ordinari vengano chiamati a partecipare alla determinazione dei concetti "finanziari", e così, alla definizione delle relative regole.

Certamente, e nel complesso, si potrebbe obiettare che la tutela differenziata possa mettere in discussione le garanzie derivanti dal principio dell'accesso paritario alla giustizia da parte di tutti i cittadini, ovvero che la creazione di un doppio binario, possa condurre ad una disparità di trattamento, tra una giustizia di serie A ed una giustizia di serie B, per coloro le cui controversie esulino dall'ambito di applicazione di quelle devolute al giudice specializzato. Eppure, chi scrive ritiene che tali tesi non meritano di essere coltivate.

Le ragioni sarebbero più d'una, perlomeno con riferimento al settore del contenzioso finanziario: da un lato, negli ultimi anni, il nostro ordinamento, a seguito di nutrite spinte europee, ha previsto ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 28/2010, l'obbligo di esperire preventivamente un tentativo di mediazione ovvero, in alternativa, di rivolgersi all'ABF, all'ACF - e presto all'AAS- competenti per materia, al fine di risolvere la controversia e porre un freno alla questione della durata dei processi. Peraltro, come si è avuto modo di affermare, il panorama degli ADR c.d. facilitativi, ha ricevuto una nuova spinta anche grazie all'intervento del legislatore della riforma Cartabia, che si è posto come obiettivo quello di ridurre la durata media del processo, anche incentivando l'uso dei mezzi di risoluzione alternativa delle controversie e prevedendo specifiche ipotesi sanzionatorie qualora ad esempio la parte, senza giustificato motivo, non partecipi alla mediazione.

Tuttavia, le esigenze di "degiurisdizionalizzazione" e l'importanza crescente assunta dalle ADR hanno fatto emergere i primi dubbi in merito agli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie di natura aggiudicativa-decisoria: ossia gli "arbitri" del contenzioso finanziario. Tali modelli stragiudiziali, infatti, si presentano come un *tertium genus* rispetto alla mediazione o alla negoziazione assistita, le cui caratteristiche li rendono un *unicum* nel quadro delle fattispecie ADR, sia avuto

riguardo del procedimento, sia degli effetti delle decisioni rese dai rispettivi collegi arbitrali.

A prescindere dalla natura giuridica attribuibile alle decisioni rese dall'ABF, dall'ACF e dall'AAS, si è reso necessario negare una qualsiasi possibilità di ricondurre tali modelli negli schemi della giurisdizione arbitrale, stante l'assenza di vincolatività della pronuncia, nonché l'inidoneità della stessa a costituire cosa giudicata, ovvero titolo esecutivo, alla stregua del lodo.

Del resto, anche l'approfondimento in chiave comparatista dell'istituto arbitrale statunitense ha indubbiamente condotto a "ridimensionare" le considerazioni intorno al ruolo dell'arbitrato rituale nel nostro sistema ordinamentale, poiché le esigenze derivanti dalla necessità di tutelare l'ordine pubblico di protezione, non permettono di ricorrere ad un arbitrato c.d. obbligatorio per le controversie finanziarie, specie se consumeristiche come, di contro, accade negli Stati Uniti, ove vige un vero e proprio *favor* verso lo strumento arbitrale, a prescindere da qualsiasi questione in ordine all'arbitrabilità dei diritti.

Tuttavia, l'infelice scelta terminologica del legislatore non ha solo posto dei dubbi in ordine alla natura dei provvedimenti emessi dagli Arbitri finanziari interni ma non ha neppure contribuito ad implementare la forza cogente delle decisioni rese in seno ai procedimenti ABF ed ACF (e presumibilmente lo stesso avverrà anche con riferimento all'AAS). Infatti, non si è potuto fare a meno di notare che, da una parte, nel corso dell'attività offerta dall'ABF e dell'ACF, gli ultimi anni hanno abbiano effettivamente registrato un *trend* negativo in termini di fiducia da parte degli utenti, poiché il numero dei ricorsi ha subito un decremento significativo, dimezzandosi; e che, dall'altra parte, come emerso nel corso di questo studio, non si sia registrato alcun cospicuo recepimento, da parte della giurisprudenza di merito, delle argomentazioni rese nei provvedimenti conclusivi dei procedimenti dinanzi ai diversi collegi arbitrali. Ciò ha creato dubbi in termini di certezza del diritto, laddove questi modelli, oltre a non anticipare in alcun modo il risultato di un'azione giudiziale, spesso assunta in una direzione diametralmente opposta nei giudizi di merito, non hanno neppure contribuito a ridurre i tempi dei processi ordinari, spesso instaurati dai ricorrenti in conseguenza dell'inadempimento spontaneo da parte degli intermediari, a seguito di condanna, di cui si è dato conto.

Dall'altro lato, si ritiene invece che le ragioni, che militano a favore di una previsione legislativa votata all'istituzione di giudici specializzati per la risoluzione delle controversie finanziarie, possano ricondursi non solo alla complessità delle stesse, ma anche agli sviluppi della digitalizzazione del mercato economico-finanziario, che rendono questo settore tra quelli più specialistici.

Per vero, seppur il circoscritto ambito di approfondimento di questo elaborato abbia indotto ad escludere l'analisi di un'ampia serie di aspetti legati al diritto sostanziale speciale del settore, si è cercato di mettere a fuoco alcune delle problematiche sottese alle controversie relative ai rapporti negoziali *lato sensu* finanziari, tipici ed atipici, nel tentativo di offrire una accurata analisi dell'*agere* finanziario, la cui complessità è emersa dalla composita realtà delle decisioni sottoposte a verifica.

Nel delineato contesto, si è così cercato di dare spazio a quelle posizioni degli interpreti, anche in una prospettiva comparatista, che vedono nella specializzazione del giudice un'occasione nella difficile ricerca di possibili soluzioni allo stato di crisi della giustizia civile.

Si tratta di un'iniziativa che non ha ricevuto ancora il giusto approfondimento da parte degli studiosi del processo civile, ma che in poco tempo, con l'entrata in vigore del Regolamento MiCA, con l'evolversi della digitalizzazione, nonché con l'incrementarsi della regolazione normativa nazionale ed europea in materia, potrebbe occupare un posto di rilievo, laddove si scegliesse di devolvere alla cognizione di un giudice specializzato la risoluzione delle fattispecie finanziarie, sia ove investito della lite in prima istanza, sia a seguito del preventivo ricorso agli arbitri del settore, per rispondere a quelle esigenze di certezza del diritto e di tutela effettiva, che tutti gli utenti si auspicano – interpreti compresi – , ed a cui la giustizia dovrebbe tendere.

Bibliografia

A.

AA. VV., *Arbitro bancario e finanziario*, diretto da G. Conte ed a cura di L. Balestra, R. Di Raimo, D. Maffei, M. Maggiolo, M. Marinaro, R. Natoli, S. Pagliantini e G. Recinto, Milano, 2021.

AA. VV. *La situazione della giustizia in Italia. Analisi e prospettive*, a cura di C. Crocetta, Roma, 2014.

ALPA G., *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Polita del diritto*, 1997.

ACHILLE D., *Contratto d'intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi d'informazione: tra nullità del contratto e responsabilità dell'intermediario*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2008.

ALPA G., *Le clausole arbitrali nei contratti con i consumatori*, in *Riv. dell'arb.*, 2006.

ALPA G., *A proposito delle fonti del diritto bancario (con riguardo alle intersezioni con il diritto civile)*, in *Contratto e impresa*, 2020.

AMBROSI I., *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie: creazione di una rete giudiziaria europea per la tutela dei consumatori e la risoluzione delle controversie transfrontaliere*, in *Giur. It.*, 2005.

AMBROSINI G., *Giudice onorario*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989.

ANDREWS N., *La "doppia elica" nella giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2010.

ANDRIOLI V., *Le Giurisdizioni speciali nella Costituzione delle Repubblica*, in *Le giurisdizioni speciali amministrative*, AA. VV., Milano, 1956.

ANDRIOLI V., *Rilevanza costituzionale della nozione di sezioni specializzate*, in *Giur. cost.*, 1961.

ANDRIOLI V., *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione, nota a Corte cost. 14 luglio 1977, n. 127*, in *Giur. cost.* 1997.

ANTONUCCI A., *Diritto delle banche*, Milano, 2009.

ANTONUCCI A., *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. di dir. dell'economia*, 2011.

APPIANO E. M., *ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE*, in *Contr. impr. eur.*, 2013.

AULETTA F., *Le specialità del processo civile davanti al giudice monocratico di tribunale*, in *Riv. di dir. proc.*, 2001.

AULETTA F., *L'arbitro giudice a quo rispetto alla Corte costituzionale?*, in *Riv. dell'arb.*, 2000.

AULETTA F., *Banche e mercato mobiliare*, in *La giurisdizione. Dizionario del riparto*, a cura di G. Verde, Bologna, 2010.

AULETTA F., *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Le Società*, 2011.

B.

BACCAGLINI L., *Sezioni specializzate per l'impresa e competenza per materia*, in *Riv. di dir. proc.*, 2016.

BAGNI F., *La gestione del rapporto banca- cliente: un'analisi (anche) empirica del contenzioso bancario fra modalità di gestione e competenze*, in *Judicium.it*, 2019.

BAIONA S., *I confini tra regolazione pubblica e privata nel sistema bancario e finanziario italiano*, in *Giur. It.*, 2010.

BALENA G., *La riforma del processo civile*, Napoli, 1994.

BALENA G., *La delega per la riduzione e semplificazione dei riti*, in *Il Foro It.*, 2009.

BALENA G., *L'istituzione del tribunale delle imprese*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2012.

BARBUZZI G., *ACF primi passi e prospettive*, in *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie: primi passi e prospettive*, a cura di R. Lener e A. F. Pozzolo, Roma, 2017.

BARILE P., *L'arbitrato e la costituzione*, in *Giur. cost.*, 1963.

BARTOLOMUCCI P., *L'Arbitro Bancario Finanziario: il procedimento*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, Napoli, 2020.

BARTOLOMUCCI P., *L'art. 187 ter c. ass. e l'istituzione di un organismo di risoluzione alternativa delle controversie assicurative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021.

BATES D. M., *A consumer dream or Pandora's box: is arbitration a viable option for cross-border consumer disputes?*, in *Fordham Int'l Law Journal*, 2004.

BENNET S. C., D. A. CALLOWAY, *A closer look at the raging consumer arbitration debate*, in *Dispute Resolution Journal*, 2010.

BENIGNI F., FRANZINI F. (a cura di), *Composizione delle controversie commerciale con le procedure di "ADR"*, Milano, 2004.

BERGAMINI L., *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, Torino, 2010.

BERLINGUER A., *L'ABF tra giudizio e media-conciliazione*, in *Riv. dell'arb.*, 2013.

BERLINGUER A., *L'arbitrato amministrato*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. Rubino-Sammartano, Bologna, 2009.

BENNET S. C., *The Proposed Arbitration Fairness Act: Problems and Alternatives*, in *Disp. Res. Journal*, 2012.

BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997.

BIAVATI P., *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003.

BIAVATI P., *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2007.

BINDI E., LUCCARELLI P., PISANESCHI A., *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, in *Giur. comm.*, 2021.

BINDI E., PISANESCHI A., *Sanzioni Consob e Banca d'Italia*, Torino, 2018.

BONATO G., *La nozione e gli effetti della sentenza arbitrale nel diritto*, in *Riv. di dir. proc.*, 2006.

BORN G. B., RUTLEDGE P. B., *International civil litigation in United States courts*, New York, 2007.

BORRIELLO G., GUADAGNO I., *Rapporto tra sezione delle imprese e altre sezioni dello stesso ufficio giudiziario – Il commento*, in *Le Società*, 2017.

BOSCHETTI B.L., *Sanzioni della Banca d'Italia e giurisdizione del g.o.: una storia (in)finita?*, nota a Cass., sez. un., 2 ottobre 2019, n. 24609, in *Giur. It.*, 2020.

BOTTINO M., *La nuova normativa europea in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Contratto e Impresa*, 2014.

BOVE M., *Giustizia privata*, Milano, 2021.

BRIGUGLIO A., *Class Action Arbitration in Italia: spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini*, in *Judicium.it*, 2015.

BRUNETTI L., *La procedura sanzionatoria Consob ai sensi dei nuovi artt. 187-bis e 195 t.u.f. e l'opposizione alle sanzioni avanti il giudice ordinario ex artt. 195 e 196 t.u.f.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006.

BUCH T. V., *Regulating Mandatory Arbitration*, in *Utah L. Rev.*, 2011.

BURGER W.F., *Isn't There a Better Way?*, in *A.B.A. Journal*, 274, 1982.

BURNHAM W., S. F. REED, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, in *West academic*, 2021.

C.

CAGGIANO I. A., *L'arbitro bancario finanziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *La nuov. giur. civ. comm.*, 2015.

CALCAGNO C. A., *Profili storici*, in a cura di E. Silvestri, *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, Torino, 2020.

CALAMANDREI P., *Il concetto di «lite» nel pensiero di F. Carnelutti*, in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1928.

CALAMANDREI P., *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1932.

CARBONNEAU T. E., *Arguments in Favor of the Triumph of Arbitration*, in *Cardozo J. Confl. Resol.*, 2009.

CARBONNEAU T. E., *Toward a new federal law on arbitration*, Oxford, 2014.

CAMILLI E.L., *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2009.

CANDIAN A., *L'Arbitro per le Controversie Assicurative*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, a cura di D. Mantucci, Napoli, 2020.

CAPOBIANCO E., *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Judicium.it*, 2011.

CAPOBIANCO E., *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra mediazione e procedura dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, a cura di M. Pennasilico, Napoli, 2012.

CAPOBIANCO E., voce *Arbitro bancario finanziario*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., Agg., Torino, 2012.

CAPPONI B., *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702 bis seg. c.p.c.)*, in *Judicium.it*, 2010.

CAPONI R., *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*, in *Riv. dell'arb.*, 2000.

CAPONI R., *Il giudicato civile dimensionato*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2009.

CAPONI R., «*Natura*» dell'arbitrato e controversie arbitrali, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di F. Auletta, G.P. Califano, D. Della Pietra e N. Rascio, Napoli, 2010.

CAPONI R., *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28). Quadro generale*, in *Il Foro It.*, 2010.

CAPPELLETTI M., GARTH B., *Access to Justice: A World Survey*, Milano, 1978.

CAPPELLETTI M., WEISNER J., *Access to Justice: Promising Institutions*, Milano, 1979.

CAPPELLETTI M., GARTH B., *Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives*, Milano, 1979.

CAPPONI B., *La crisi della giurisdizione civile*, in *Il Corr. Giur.*, 2014.

CAPONI R., *Giudicato civile e diritto costituzionale: incontri e scontri*, in *Giur. It.*, 2009.

CAPRIGLIONE F., voce *Banca d'Italia*, in *Enc. diritto*, agg. I, Milano, 1997.

CAPRIGLIONE F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010.

CAPRIGLIONE F., MONTEDORO G., voce *Società e Borsa (CONSOB)*, in *Enc. diritto*, agg. VI, Milano, 2002.

CARLEO R., *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in *Riv. dell'arb.*, 2017.

CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1926.

CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946.

CARNELUTTI F., *La prova civile*, Milano, 1947 (ristampa 1992).

CARPI F., *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2016.

CARRATTA A., *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, in *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, a cura di L. Lupària, L. Marafioti e G. Paolozzi, Torino, 2020.

CARRATTA A., *La lezione chiovendiana sulla tutela sommaria e il IV libro del codice del 1942*, in *Riv. di dir. proc.*, 2023.

CARRIERO G., *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2014.

CARRIERO G.L., *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contratto e impresa*, 2018.

CARRIERO G.L., *L'Arbitro Bancario Finanziario presso la Banca d'Italia: genesi, struttura e funzioni*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, Napoli, 2020.

CARPI F., *È sempre tempo di riforme urgenti del processo civile*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1989.

CARPI F., *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2008.

CARPI F., *La specializzazione del giudice come fattore di efficienza della giustizia civile*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2013.

CASONI G., *Recenti sviluppi sulla class action arbitration*, in *Riv. dell'arb.*, 2011.

CECHELLA C., *L'arbitrato*, Torino, 1991.

CECHELLA C. (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma. D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Bologna, 2023.

CELENTANO P., *Le sezioni specializzate in materia d'impresa- Il commento*, in *Le Società*, 2012.

CERINI D., *ADR nel settore finanziario*, in *ADR una giustizia complementare* a cura di F. Danovi e F. Ferraris, Milano, 2018.

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1923.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936.

CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, in *Il Foro It.*, 1930.

COLOMBO A., *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi d'investimento*, in *Le Società*, 2007.

COMOGLIO L. P., *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. di dir. proc.*, 2000.

COMOGLIO L. P., *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del “giusto processo”*, in *Riv. di dir. proc.*, 2001.

COMOGLIO L. P., *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. di dir. proc.*, 2005.

COMOGLIO L. P., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. di dir. proc.*, 2007.

COMOGLIO L. P., *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. di dir. proc.*, 2008.

COMOGLIO L. P., *Il giudice tributario come giudice speciale: corsi e ricorsi di un antico problema*, in *Riv. di dir. proc.*, 2009.

COMOGLIO L. P., *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. di dir. proc.*, 2010.

COMOGLIO L.P., *Le prove civili*, Milanofiori Assago, 2010.

COMOGLIO L. P., *Approccio comunitario e garanzie di tutela del consumatore*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde* a cura di F. Auletta, G.P. Califano, D. Della Pietra e N. Rascio, Napoli, 2010.

COMOGLIO P., *Il giudice specializzato in materia d'impresa. Problemi e prospettive*, Torino, 2014.

CONSOLO C., *Un giudice specializzato e vari riti per le liti societarie?*, in *Il Corr. Giur.*, 2000.

CONSOLO C., *Le liti societarie e finanziarie: progetti processuali e tipologie di tutela al di là del «favoloso» art. 11*, in *Il Corr. Giur.*, 2002.

CONSOLO C., *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino a intaccare la “ferrea” forza del giudicato sostanziale?*, in *Il Corr. Giur.*, 2007.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019.

CONSOLO C., STELLA M., *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitrato, del nuovo ABF, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Il Corr. Giur.*, 2011.

CONSOLO C., STELLA M., *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi giur. econ.*, 2011.

CONSOLO C., STELLA M., *L' "arbitro bancario finanziario" e la sua "giurisprudenza precognitrice"*, in *Le Società*, 2013.

CONSOLO C., STELLA M., *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitrato, del nuovo ABF, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria, commento a Corte cost., (ord.) 21 luglio 2011, n. 218*, in *Il Corr. Giur.*, 2011.

CORRIERO G. L., *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contratto e impresa*, 2018.

COSTANTINO G., *Le riforme della giustizia civile nella XIV legislatura*, in *Riv. di dir. proc.*, 2005.

COSTANTINO G., *La istituzione dell'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *Aa.Vv., Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010.

COSTANTINO G., *La revisione delle circoscrizioni giudiziarie*, in *Riv. di dir. proc.*, 2012.

COSTANTINO G., *Note su Authorities e giurisdizione*, in *Riv. di dir. proc.*, 2019.

COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007.

COSTI R., *Il mercato mobiliare*, Torino, 2020.

CROSS J. T., *The Erie Doctrine in Equity*, in *LA. L. Rev.*, 1999.

CUOMO ULLOA F., *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Pavia, 2008.

CUOMO ULLOA F., *La Camera di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob*, in *I Contratti*, 2008.

CUOMO ULLOA F., *Accesso alla mediazione*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, a cura di E. Silvestri, Torino, 2020.

D.

DALFINO D., *L'ABF e i principi del processo civile: contestazione, "contumacia", onere della prova*, in *Il Processo*, 2019.

DALFINO D., *Forme di tutela e oggetto del processo, in Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021.

DALFINO D., *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, Napoli, 2022.

DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2022.

D'ALESSANDRO E., *Clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azioni inibitoria nei contratti con dei consumatori*, in *Giust. civ.*, 1999

D'ALESSANDRO E., *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza- Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. dell'arb.*, 2006.

D'ALESSANDRO E., *La corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra professioni ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *Judicium.it*, 2010.

DALMOTTO E., *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (II parte) – La negoziazione assistita nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Giur. It.* 2023.

DANOVI F., FERRARIS F., *ADR una giustizia complementare*, Milano, 2018.

DANOVI R., *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. It.*, 1997.

DANOVI F., *Arbitrato online*, in *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, a cura di Mauro Rubino – Sammartano, Bologna, 2013.

DANOVI F., *Competenza o competenze? (Verso una riforma del giudice di famiglia)*, in *Il Dir. di fam. e delle pers.*, 2016.

DE CAROLIS B., *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Ed. Banca d'Italia, 2011.

DE CRISTOFARO M., *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. di dir. proc.*, 2010.

- DELLE MONACHE S., *Arbitro bancario finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013.
- DE MARI M., *Prime riflessioni intorno alla competenza dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Giur. comm.*, 2018.
- DE NOVA G., *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996.
- DE NOVA G., *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. dell'arb.*, 2006.
- DE POLI M., *Commento sub art. 128 bis TUB*, in *Comm. breve al diritto dei consumatori*, a cura di de Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010.
- DE SANCTIS F., *Valori costituzionali ed effettività delle tutele nel pensiero di Luigi Montesano*, in *Riv. di dir. proc.*, 2019.
- DESARIO M.S., *Profili di impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in *Banca e tit. cred.*, 2011.
- DESIDERIO G., *L'Attività bancaria. Fattispecie ed evoluzione*, Milano, 2004.
- DIDONE A., *Le priorità nella giustizia civile*, in *Riv. di dir. proc.*, 2001.
- DIDONE A., *Nuovo processo societario, mutamento del rito e regolamento di competenza*, in *Giust. civ.*, 2007.
- DI MARZIO F., *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2005.
- DI RAIMO R., *L'Arbitro per le controversie finanziarie; i primi orientamenti*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, Napoli, 2020.
- DITTRICH L., *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. di dir. proc.*, 2010.
- DOMKE M., *Commercial Arbitration. Foundation of law in a business society series*, Englewood, New Jersey, 1965.
- DONZELLI R., *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile: disposizioni generali, processo di cognizione, appello e cassazione*, in *Giust. civ.*, 2023.

DRAHOZAL C. R., S. ZYNOTZ, *An empirical study of AAA consumer arbitrations*, in *Ohio ST. Journal on Dispute Resolution*, 2010.

DURRER M., *Enforcing arbitration of Federal Securities Law Claims: the effect of Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd*, in *WM & Mary L. Rev.*, 1987.

E.

EISENBERG T., *Arbitration's Summer soldiers: an empirical study of arbitration clauses in consumer and non-consumer contracts*, in *U. Mich. J. L. Reform*, 2008.

ENRIQUES L., *Il ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2009.

F.

FABIANI M., *La partecipazione del giudice al processo societario*, in *Riv. di dir. proc.*, 2004.

FABIANI M., *Giurisdizione e competenza nella riforma organica della legge fallimentare*, in *Judicium.it*, 2018.

FANTETTI F. R., *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore ed intermediario*, in *La responsabilità civile*, 2010.

FARINA P., *Contributo allo studio del principio di specializzazione del giudice. Profili evolutivi, nodi critici e prospettive future*, Torino, 2020.

FARMER M. B., *Mandatory and Fair? A better system of mandatory arbitration*, in *Yale Law Journal*, 2012.

FEDERICO A., *L'Arbitro Bancario Finanziario: gli orientamenti e i dialoghi con la giurisprudenza*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, Napoli, 2020.

FERRARI F., *Il rito societario e le controversie di diritto industriale*, in *Riv. di dir. proc.*, 2008.

FERRARIS F., *ADR e consumatori*, in *ADR una giustizia complementare*, a cura di F. Danovi e F. Ferraris, Milano, 2018.

FICCARELLI B., *Istruzione stragiudiziale nella negoziazione assistita da avvocati. Nuova sfida culturale per il legislatore italiano e metodi complementari di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2023.

FINKIN M. W., *Workers contracts under the United States Arbitration Act: an essay in historical clarification*, in *Berkley J. Emp & Lab. L.*, 1996.

FINOCCHIARO G., *L'Arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012.

FINOCCHIARO G., *La divulgazione delle prove nella Direttiva antitrust private enforcement*, in *Dir. ind.*, 2016.

FINOCCHIARO G., *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie: il procedimento*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, Napoli, 2020.

FISHER K., *Changing Mandatory arbitration to optional arbitration: a better business decision*, in *Creighton L. Rev.*, 2021.

FORASASSI S., *La risoluzione delle controversie di cui all'art. 128 bis TUB*, in *Le regole del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano e F. A. Roversi Monaco, Padova, 2009.

FRUMENTO L., *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella Direttiva MIFID*, in *I Contratti*, 2007.

G.

GABOARDI M., *Arbitrato e azione di classe*, in *Riv. di dir. proc.*, 2014.

GALGANO F., *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, in *Contratto e impresa*, 1985.

GALGANO F., *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contratto e impresa*, 2006.

GALGANO F., *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contratto e impresa*, 2012.

GALLETTO T., *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, in *Riv. dell'arb.*, 2011.

GASPERINI M. P., *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2017.

GHIRGA M. F., *Riflessioni sul significato di giudice naturale nel processo*, in *Riv. di dir. proc.*, 2002.

GHIRGA M. F., *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. di dir. proc.*, 2006.

GHIRGA M. F., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto*, in *Riv. di dir. proc.*, 2009.

GHIRGA M. F., *Sub art. 816 bis*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, 2010.

GHIRGA M. F., *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Riv. di dir. proc.*, 2023.

GIACALONE G., *Il concetto di banca: da pubblico servizio ad attività d'impresa*, in *Il Corr. Giur.*, 1987.

GIACCARDI MARMO L., *Proposte di riforma per il mercato dei valori mobiliari*, in *Il Corr. Giur.*, 1989.

GIOIA G., *Il nuovo "pacchetto" della commissione europea sull'ADR*, in *Il Corr. Giur.*, 2012.

GIORGIANNI F., *Definizione di attività bancaria e analisi del linguaggio*, in *Riv. dir. comm.*, 2005.

GIUSSANI A., *L'edizione definitiva dei principles of the law of aggregate litigation dell'America Law Institute*, in *Riv. di dir. proc.*, 2012.

GIUSSANI A., *Sull'accelerazione del processo civile di cognizione*, in *Riv. di dir. proc.*, 2015.

GRAZIOSI A., *Dall'arbitrato societario al tribunale delle imprese: a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2014.

GUCCIONE A.V., RUSSO C.A., *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010.

GUERINONI E., *Le controversie in tema di contratti di investimento: forma, informazione, ripensamento e operatore qualificato*, in *Il Corr. Giur.*, 2011.

GUIZZI G., *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'adr")*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010.

GUIZZI G., *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le Società*, 2011.

H.

HAYDOCK R. S., HERR D. F., STEMPEL J. W., *Fundamentals of pretrial litigation*, St. Paul, Minnesota, 2000.

HALL K. L., *The Magic Mirror: Law in Americana History*, Oxford, 1989.

HAZARD G. C. JR., *Has the Erie Doctrine Been Repealed by Congress?*, in *Univ. Penn. L. Rev.*, 2008.

HEPAJ E., *Il caso Pasquini v San Marino: quando il giudice detiene un ruolo decisivo nel processo*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020.

HEPAJ E., *Il processo civile inglese visto da un civilista*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2022.

HENKE A., *I conflitti di potestas iudicandi tra arbitrato e giudice statale nel diritto italiano e comparato*, Milano, 2022.

HIRSHMAN L. R., *The Second Arbitration Trilogy: The Federalization of Arbitration Law*, in *Va. L. Rev.*, 1985.

HOLDEN M. R., *Arbitration of State Law Claims by Employees: An Argument for Containing Federal Arbitration Law*, in *Cornell L. Rev.*, 1995.

HORTON D., *The Shadow Terms: Contract Procedure and Unilateral Amendments*, in *UCLA L. Rev.*, 2010.

HORTON D., *Unconscionability Wars*, in *Nw. L. Rev.*, 2012.

HORTON D. –CHANDRASEKHAR A. C., *After the Revolution: an empirical study of consumer arbitration*, in *Georgetown Law Journal*, 2015.

HUBER S. K., *State Regulation of Arbitration Proceedings: Judicial Review of Arbitration Awards by State Courts*, in *Cardozo J. Confl. Resol.*, 2009.

I.

IMPAGNATIELLO G., *La mediazione civile nella cornice europea*, in *Giur. It.*, 2012.

IDES A., MAY C. N., GROSSI S., *Civil procedure. Case and problems*, Livonia, Michigan, 2022.

J.

JALILI M., *Kompetenz-Kompetenz: Recent U.S. and U.K. Developments*, in *J. Int. Arb.*, 1966, 169.

JONES T. L., *State Law of Contract Formation in the Shadow of the Federal Arbitration Act*, in *Duke Law Journal.*, 1996.

K.

KAPLINSKY A. S., LEVIN M. J., *Consumer Financial services Arbitration: what does the future hold after conception?*, in *Journal of Business & Technology Law*, 2013.

L.

LA CHINA S., Sub. art. 33. *Competenza giurisdizionale*, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al Decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, a cura di V. Alfèrni, Padova, 1994.

LA CHINA S., *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011.

LAMPLEY R. L., *The CFB proposed arbitration ban, the rule, the data, and some considerations for chance*, in *Business Law today*, 2017.

LA PIANA W. P., *Swift v. Tyson and the Brooding Omni-presence in the Sky: An Investigation of the Idea of Law in Antebellam America*, in *Suffolk U. L. Rev.*, 1986.

LASCIALFARI M., *Osservazioni sulla "trattativa individuale" avente ad oggetto clausole vessatorie di un contratto preliminare immobiliare*, in *Giustiziacivile.com*, 2021.

LA TORRE M. R., *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Trattato di diritto dell'economia*, di E. Picozza ed E. Gabrielli, Padova, 2010.

LENER R., *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie presso la Consob: genesi struttura e funzione. Differenze rispetto al modello dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, Napoli, 2020.

LENTINI L. S., *La partita sulla serie «Q/P»: ABF vs Cassazione*, in *dirittobancario.it*, 2022.

LENTINI L. S., *Buoni Postali «Q/P»: la giurisprudenza di merito continua ad opporsi alla Cassazione*, in *dirittobancario.it*, 2022.

LEVIN L., WHEELER R. R., *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, St. Paul, Minnesota, 1979.

LIACE G., *L'arbitro bancario e finanziario*, Torino, 2018.

LUISO F. P., *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza sui terzi*, Milano, 1981.

LUISO F.P., *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. dell'arb.*, 1996.

LUISO F. P., *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2011.

LUISO F. P., *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Le società*, 2013.

LUISO F. P., *La direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2014.

LUONGO F., *Il nuovo arbitro per le controversie finanziarie ed il sistema di tutela effettiva dei risparmiatori nella crisi del sistema bancario*, in *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, a cura R. Lener e A.F. Pozzolo, Roma, 2017.

LUPOI M.A., *Antisuit injunction e arbitrato: l'esperienza inglese*, in *Riv. dell'arb.*, 2006.

LUPOI M.A., *L'Arbitro per le controversie finanziarie: la decisione, gli effetti e l'esecuzione*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, Napoli, 2020.

M.

MACNEIL I. R., *American Arbitration Law*, Oxford, 1992.

MAIONE M., *Forma e sostanza delle delibere dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *Le Società*, 2012.

MANCINI T., *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, in *Riv. dell'arb.*, 2007.

MANCINI T., *L'arbitrato amministrato presso la Consob*, in *Il diritto dell'arbitrato*, a cura di M. Rubino A. Sammartano, Padova, 2010.

MANCUSO C., *La clausola compromissoria nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e consenso*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2018.

MARAGNO R., *L'orientamento del Tribunale di Venezia in tema di sanzioni degli inadempimenti ai doveri informativi a carico degli intermediari finanziari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008.

MARINARI M., *La motivazione della sentenza ed il confronto con la giurisprudenza inglese, tra requisiti sostanziali e struttura*, in *Il Corr. Giur.*, 2006.

MARINARO M., *Il Paese dove tutto finisce in tribunale. Riflessioni sparse sulle prospettive di riforma della giustizia civile*, in *Judicium.it*, 2018.

MARINARO M., *Il ricorso all'ABF quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale*, in *Arbitro bancario e finanziario*, diretto da G. Conte ed a cura di L. Balestra, R. Di Raimo, D. Maffei, M. Maggiolo, M. Marinaro, R. Natoli, S. Pagliantini e G. Recinto, Milano, 2021.

MARMO G., *Proposte di riforma per il mercato dei valori mobiliari*, in *Il Corr. Giur.*, 1989.

MARTINO R., *Decisione equitativa e "principi informatori della materia"*, in *Riv. di dir. proc.*, 2005.

MARZIALE G., *L'arbitro bancario finanziario: luci e ombre*, in *I Contratti*, 2016.

MASSERA M., *La ripartizione delle competenze tra ABF e ACF*, in *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie*, a cura di R. Lener e F. Pozzolo, Roma, 2017.

MAUGERI M. R., *ABF e legittimazione a sollevare quesiti costituzionali*, in *Arbitro bancario e finanziario*, diretto da G. Conte ed a cura di L. Balestra, R. Di Raimo, D.

Maffeis, M. Maggiolo, M. Marinaro, R. Natoli, S. Pagliantini e G. Recinto, Milano, 2021.

MAZZOLLI E., *Contenzioso Bancario e soluzioni stragiudiziali. Strumenti obbligatori e facoltativi*, Rimini, 2017.

MENCHINI S., *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. di dir. proc.*, 2006.

MERLIN E., *Il "declaratory judgment" del diritto inglese e il punto di vista del giurista continentale (a proposito del classico studio di Itzhak Zamir)*, in *Riv. di dir. proc.*, 2012.

MICCOLIS G., *Le nuove norme in tema di mediazione e negoziazione assistita*, in *Riv. di dir. proc.*, 2023.

MICHIELI N., *Principi generali del contratto di attività di intermediazione finanziaria: limiti alla risarcibilità del danno non prevedibile*, in *Giur. comm.*, 2009.

MINERVINI E., *L'arbitro bancario finanziario. Una nuova "forma" di ADR*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014.

MIRRA V., *I sistemi di "Alternative Dispute Resolution" trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l'introduzione del nuovo "Arbitro per le Controversie Finanziarie"*, in *Riv. dell'arb.*, 2016.

MIRRA V., *Il nuovo sistema ADR in ambito Consob: l'Arbitro per le Controversie Finanziarie, tra alte aspettative e primi riscontri operativi*, in *Riv. dell'arb.*, 2018.

MONTEDORO G., *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.

MONTEDORO G., *L'ABF tra amministrazione e giurisdizione*, in *ABF e supervisione bancaria* a cura di F. Capriglione e M. Pellegrini, Milano, 2011.

N.

NAZZINI R., *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, in *Riv. di dir. proc.*, 2002.

NIGRO A., *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011.

P.

PAGNI I., *L'arbitro bancario finanziario: natura e funzioni di uno strumento particolare per la risoluzione delle controversie*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. Balestra, R. Di Raimo, D. Maffei, M. Maggiolo, M. Marinaro, R. Natoli, S. Paliantini e G. Recinto, Milano, 2021.

PAGNI I., *Liti societarie e processo: strumenti di lavoro per un rapporto non semplice*, in *Le Società*, 2021.

PAOLO C., *Le sezioni specializzate in materia d'impresa – Il commento*, in *Le Società*, 2012.

PASSANANTE L., *Il diritto processuale civile tra positivismo e comparazione*, in *Riv. di dir. proc.*, 2020.

PASQUARIELLO C., *Le misure anti-crisi del governo: gli interventi pubblici a sostegno delle famiglie e dell'economia (d. l. 29 novembre 2008, n. 185)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009.

PELLEGRINI M., *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007.

PELLEGRINI M., *Sistemi di ADR in ambito bancario e finanziario. Rilessi sulle dinamiche di mercato*, in *ABF e supervisione bancaria*, a cura di F. Capriglione e M. Pellegrini, Milano, 2011.

PELLEGRINI M., *Commento sub art. 128 bis*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2012.

PERCOCO G., *Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob all'Arbitrato per le Controversie Finanziarie*, in *Riv. dell'arb.*, 2017.

PETRELLA V., *L'arbitrato bancario Finanziario*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, a cura di C. Punzi, Padova, 2012.

PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela. Asimmetria e condotte abusive*, Padova, 2008.

PIERUCCI A., *L'arbitro bancario e finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. comm.*, 2014.

POMERANTZ L. R., *Consumer arbitration: pre-dispute resolution clauses and class action waivers*, in *Dispute Resolution Journal*, 2016.

PROTO PISANI A., *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2014.

PUNZI C., *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. di dir. proc.*, 2005.

PUNZI C., *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. di dir. proc.*, 2009.

PUNZI C., *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. di dir. proc.*, 2009.

PUNZI C., *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, in *Riv. di dir. proc.*, 2011.

PUNZI C., *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. di dir. proc.*, 2014.

PURPURA L., *Strumenti finanziari e dovere di informazione degli intermediari: un "moderno" approccio giurisprudenziale a confronto con la normativa post Mifid*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010.

Q.

QUADRI E., *L'«arbitro bancario finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *La nuov. giur. civ. comm.*, 2010.

QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016.

R.

RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010.

RASIA C., *Il nuovo Regolamento UE n. 1215/2012 e l'arbitrato: a storm in tea-cup*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2014

RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998.

REDENTI E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938.

RESCIGNO M., *La conciliazione e l'arbitrato in materia finanziaria amministrati dalla Consob fra regole procedurali e diritto sostanziale*, in *Analisi giur. econ.*, 2011.

REUBEN R. C., *First Options, Consent to Arbitration, and the Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions*, in *SMU L. Rev.*, 2013.

RICCI E.F., voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987.

RICCI E. F., *La "natura" dell'arbitrato e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. di dir. proc.*, 2001.

RICCI G. F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999.

ROCHELSON D., *Is this the end of mandatory arbitration?*, in *Fall Antitrust*, 2021.

ROMBOLI R., *Teoria e prassi del principio di precostituzione del giudice*, in *Giur. cost.*, 1992.

ROMEO F., *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010.

ROPPO V., *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MiFID*, in *Riv. di dir. priv.*, 2008.

RORDORF R., *La professionalità dei magistrati: specializzazione ed avvicendamento*, in *Il Foro It.*, 2000.

RORDORF R., *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Le Società*, 2008.

ROVELLI L., *La crisi della giustizia civile. Diagnosi e terapie*, *Giur. It.*, 2009.

ROVELLI L., *Alcune riflessioni sul processo di riforma delle società*, in *Le Società*, 2000.

RUPERTO V., *L'arbitro bancario finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010.

S.

SABIN C. L., *The adjudicatory boat without a keel: private Arbitration and the need for public oversight of arbitrators*, in *Iowa L. Rev.*, 2002.

SALETTI A., *La tutela giurisdizionale nella legge fallimentare novellata*, in *Riv. di dir. proc.*, 2006.

SALETTI A., *La semplificazione dei riti*, in *Riv. di dir. proc.*, 2012.

SALVANESCHI L., *La domanda d'arbitrato*, in *Riv. di dir. proc.*, 1995.

SALVANESCHI L., *Arbitrato*, in *Commentario al Codice di Procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014.

SALVANESCHI L., GRAZIOSI A. (a cura di), *L'arbitrato*, Milano, 2020.

SANDER F.E.A., *Varieties of Dispute Processing*, in *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*, Minnesota, 1979.

SANDULLI P., *Processo civile: funzionalità e riforme*, in *Riv. di dir. proc.*, 2012.

SANGERMANO F., *Buoni fruttiferi postali ed integrazione del contratto: le Poste non sono state il Leviatano del risparmiatore*, in *Giur. It.*, 2019.

SANGIOVANNI V., *Gli obblighi informativi delle imprese di investimento nella più recente normativa comunitaria*, in *Dir. com. scambi int.*, 2007.

SANGIOVANNI V., *Informazioni e comunicazioni pubblicitarie nella nuova disciplina dell'intermediazione finanziaria dopo l'attuazione della direttiva MiFID*, in *Giur. It.*, 2008.

SANGIOVANNI V., *Regole procedurali e poteri decisorii dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Le Società*, 2012.

SANGIOVANNI V., *Le caratteristiche delle garanzie personali autonome*, in *I Contratti*, 2023.

SANTAGATA F., *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008.

SANTAGATA F., *Sezioni specializzate per l'impresa, accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, in *Riv. di dir. proc.*, 2012.

SASSANI B., *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. di dir. proc.*, 2012.

SATZ M. A., *Mandatory binding arbitration: our legal history demands balanced reform*, in *Idaho L. Rev.*, 2007.

SCANNICCHIO N., *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti, La mediazione delle controversie di consumo nella direttiva europea 2013-11*, Torino, 2015.

SCARPA A., G. FORTUNATO, *Banca e responsabilità civile*, Milano, 2008.

SCARPA A., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratto e impresa*, 2013.

SEPE M., *Brevi note sulla natura delle decisioni dell'ABF*, in *ABF e supervisione bancaria* a cura di F. Capriglione e M. Pellegrini, Milano, 2011.

SERGES G., *Il "valore" del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. It.*, 2009.

SICCHIERO G., *Il principio di effettività ed il diritto vivente*, in *Giur. It.*, 1995.

SILVESTRI E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1999.

SILVESTRI E., *Risoluzione delle controversie e alternative al processo: un'introduzione teorica*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, a cura di E. Silvestri, Torino, 2020.

SIRENA P., *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.

SOLDATI N., *La Camera arbitrale presso la CONSOB per le controversie tra investitori e intermediari*, in *I Contratti*, 2009.

SOLDATI N., *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, in *I Contratti*, 2016.

SOLDATI N., *La Insurance Distribution Directive: verso un ulteriore sistema di risoluzione delle controversie presso l'IVASS*, in *Federalismi*, 2019.

SOLDATI N., *L'Arbitro Bancario Finanziario: la decisione, gli effetti e l'esecuzione*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, Napoli, 2020.

SOLDATI N., *La terza riforma dell'Arbitro bancario finanziario*, in *Contratto e impresa*, 2020.

SOLDATI N., *L'arbitro per le controversie finanziarie (ACF) tra ruolo di regolazione del mercato finanziario e di conformazione degli intermediari*, in *Contratto e impresa*, 2022.

STELLA P., *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008.

STELLA M., *Lineamenti degli arbitri bancari e finanziari in Italia e in Europa*, Padova, 2016.

STRONG S.I., *Past as prologue: arbitration ad an early common law court?*, in *Houston L. Rev.*, 2020.

SZALAI I. S., *Outsourcing Justice. The Rise of Modern Arbitration Law in America*, Carolina, 2013.

SUSSMAN E., *The Dodd-Frank Act: seeking fairness and the public interest in consumer arbitration*, in *New York Dispute Resolution L.*, 2011.

T.

TARUFFO M., *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1992.

TARZIA G., *Sub art. 829, Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, in G. Tazia, R. Luzzatto ed E. F. Ricci, Padova, 1995.

TARZIA G., *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. di dir. proc.*, 2003.

TAVASSI M., *Dalle Sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa*, in *Il Corr. Giur.*, 2012.

TAVORMINA V., *Processo civile: quale riforma?*, in *Il Corr. Giur.*, 1986.

TAVORMINA V., *L'arbitro bancario finanziario (un altro episodio de "i nuovi mostri")*, in *Il Corr. Giur.*, 2011.

TEDOLDI A., *Processo civile e giudicato "alla deriva"*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2013.

TISCINI R., *La giurisdizione esclusiva tra (vecchi e nuovi) sospetti di illegittimità costituzionale*, in *Riv di dir. proc.* 2001.

TISICINI R., *I provvedimenti de potestate e la giurisprudenza della corte di cassazione. Dalla protezione di interessi alla tutela dei diritti*, in *Judicium.it*, 2019.

TRAVERSA E., *Esecuzione del giudicato – Il principio del one shot temperato tra effettività della tutela e inesauribilità del potere amministrativo*, in *Giur. It.*, 2017.

TRAVI A., *La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002.

TROCKER N., *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in *L'altra giustizia*, a cura di V. Varano, Milano, 2007.

TUCCI A., *L'arbitro bancario finanziario tra trasparenza bancaria e giurisdizione*, in *Banca e Borsa*, 2019.

U.

URBANI A., *Attività bancaria, finanziaria e d'investimento: caratteri, contenuti e tecniche di prevenzione degli abusi*, in *Diritto delle banche degli intermediari finanziari e dei mercati*, a cura di F. Capriglione, Bari, 2003.

V.

VANZ M. C., *(1) Overruling, preclusioni e certezze delle regole processuali*, in *Riv. di dir. proc.*, 2012.

VERDE G., *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1992.

VERDE G., *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2000.

VERDE G., *Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile*, in *Riv. di dir. proc.*, 2000.

VERDE G., *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. di dir. proc.*, 2011.

VERDE G., *Il giudice tra specializzazione diritto tabellare*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2013.

VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015.

VIDIRI G., *Giusto processo, accertamento della verità materiale e “imparzialità” del giudice*, in *Riv. di dir. proc.*, 2012.

VIGORITI V., *Il «trasferimento» in arbitrato: l'inizio di un'inversione di tendenza?*, in *Judicium.it*, 2014.

VIGORITI V., *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012.

W.

WELSH N. A., *Class action-barring mandatory pre-dispute consumer arbitration clauses: an example of (and opportunity for) dispute system design?*, in *University of Saint Thomas Law Journal*, 2017.

Z.

ZOPPINI A., *L'effettività in-vece del processo*”, in *Riv. di dir. proc.*, 2019.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La nuova mediazione civile nella prospettiva europea: note a una prima lettura*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2010.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2010.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *L'efficacia ultra partes del lodo arbitrale*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Tutela arbitrale e tecnica del processo; la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2014.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da F. Carpi, Bologna, 2016.

