UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI PERUGIA

AA. 2021-2022

DOTTORATO INTERNAZIONALE DI RICERCA IN

"DIRITTO DEI CONSUMI"

"XXXV CICLO"

Settore scientifico disciplinare "IUS/01"

ARBITRATO, ABF E CONSUMATORE

GIULIANO MATTACE

DIRETTORI:

PROF. EUGENIO LLAMAS POMBO

NOMBRE LLAMAS POMBO EUGENIO - NIF 07833470S

PROF. LUCA DI NELLA

COORDINATORE:

PROF. LORENZO MEZZASOMA

INDICE……..pag.

INTRODUCCIÓN…….1

SISTEMI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE E VESSATORIETA' DELLE CLAUSOLE COMPROMISSORIE

1. Premessa…….....5
2. L'ampiezza della nozione di consumatore……...6
3. La vessatorietà delle clausole compromissorie……...8
4. Proposte ricostruttive…….....11
5. Responsi dell'ABF e influenza sulla giurisprudenza……....13
6. L'educazione finanziaria e l'ABF……..16
7. Considerazioni conclusive in tema di vessatorietà della clausola compromissoria..17

CAPITOLO 1

SEZIONE 1

GLI STRUMENTI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE

1. Profili generali……...21
2. Cenni alle diverse tipologie di ADR……..23
3. I meccanismi di ADR in ambito bancario e finanziario……25
4. Il *Departamento* per la risoluzione delle *reclamaciones* (cenni)……..28

SEZIONE 2

L'EVOLUZIONE DELLA LEGISLAZIONE IN MATERIA DI ADR

1. Origini storiche del fenomeno conciliativo……...30
2. I primi interventi in ambito Europeo…….34
3. L'applicazione dei principi generali nelle Direttive europee…….35

4. Gli studi della Commissione europea……36
5. La direttiva ADR per i consumatori……..37
6. Il recepimento in Italia: il d.lg. n. 130 del 2015……39

SEZIONE 3

ADR E CONSUMATORE

1. Caratteri generali……...41
2. La risoluzione extragiudiziale delle controversie……..43
3. ADR consumeristici e mediazione civile……..45
4. La direttiva sulle clausole vessatorie……48
5. Gli ODR……50
6. Le diverse tipologie di ODR……..52
6.1. Il contributo delle Camere di commercio nello sviluppo degli ODR in Italia…...54
7. *Arbitraje* de consumo in Spagna……...56
7.1. Caratteristiche del sistema arbitrale di consumo……58
7.2. Il procedimento arbitrale……63
7.3. Il Collegio Arbitrale……63
7.4. Considerazioni conclusive sull'*Arbitraje de consumo*……...67
8. Considerazioni conclusive in materia dei ADR e ODR……72

SEZIONE 4

ADR: FINALITA', MODELLI E FIGURE AFFINI

1.Introduzione……74
2. Ricognizione dei modelli di ADR……78
3. Le fonti legislative in tema di ADR……...80
4. ADR e figure affini……81
4.1. La conciliazione *ex* art. 185 c.p.c……...81
4.2. Tipologie e modelli di arbitrato……..82
4.3. La mediazione finalizzata alla conciliazione……..87

4.4. La disciplina della mediazione civile e commerciale in Spagna……91
4.5. La negoziazione assistita……94
4.6. Giustizia sportiva e ADR……98
4.7. Le negoziazioni paritetiche……...100
4.8. Le crisi da sovraindebitamento……102

CAPITOLO 2

SEZIONE 1

L'ARBITRATO BANCARIO E FINANZIARIO

A. L'ABF IN ITALIA

1. L'ABF nell'ambito dei sistemi ADR. L'Ombudsman-Giurì Bancario (Cenni)…...106
2. Il quadro normativo……112
3. Il rapporto intercorrente tra Banca d'Italia e ABF……...115
4. L'Organismo e il suo regolamento/funzionamento. Le modifiche nell'ultimo decennio……...118
5. L'Organo giudicante e la Segreteria tecnica……126
6. Il codice deontologico dei componenti dell'ABF……...129
7. La legittimazione attiva e passiva davanti all'ABF. La nozione di cliente della banca……131
8. Il procedimento……135
9. Le fasi preliminare, istruttoria e decisoria……...141
10. La contumacia dell'intermediario……..144
11. Il regime della prova……..146
12. Il danno patrimoniale e non patrimoniale……..153
13. Le spese legali……...155
14. La natura del lodo……..156
15. La correzione delle decisioni……159
16. L'ABF e il Prefetto……160
17. ABF e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato……164

B. L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO IN SPAGNA

1. Brevi cenni alla procedura spagnola……172

SEZIONE 2

CENNI SU I RECENTI ORIENTAMENTI DELL'ABF

1. Premessa……..176

2. Usura bancaria e costi accessori……..178

3. Usura contrattualizzata……182

4. Discrasia tra il TAEG indicato in contratto e quello effettivo…….185

5. Riflessioni sui primi orientamenti analizzati……...188

6. Pagamento con carte di credito: l'ABF si pronuncia sul diritto di rimborso del cliente……..192

7. La richiesta della documentazione bancaria da parte del cliente……198

8. Legittimità della clausola di indicizzazione del capitale al Franco svizzero in caso di estinzione anticipata del mutuo……...202

9. Concessione del credito e violazione della buona fede nelle trattative……...203

10. L'ABF e il tema del preavviso di segnalazione in centrale rischi…….207

11. La cessione del quinto dello stipendio……...211

12. Truffe *online* con strumenti di pagamento…….213

CAPITOLO 3

L'USO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL GIUDIZIO

SEZIONE I - L'INTELLIGENZA ROBOTICA E LO "SMART JUDGE" ALLA PROVA DEI FATTI

1. Profili introduttivi……217

2. Processo come unione di fatto e di diritto……...221

3. Un primo esempio di decisione guidata da algoritmi……..223

4. Il concetto di decisione robotica……..225

5. Il software decisionale…….227
6. Gli aspetti critici della decisione robotica……...230
7. Diritto di difesa e intelligenza robotica……...233
7.1. La pubblicità degli algoritmi……234
7.2. Motivazione, mezzi di gravame nella decisione robotica……236
8. Sperimentazioni su possibili pronunce a Sezioni unite……...238
8.1. Sugli assegni…….238
8.2. La tesi della responsabilità oggettiva……...238
8.3. La tesi della responsabilità soggettiva……..239
8.4. Utilizzo del modello e previsione della sentenza…….239
8.5. Sull'usura sopravvenuta……...240
8.6. La tesi della rilevanza dell'usurarietà sopravvenuta……240
8.7. la tesi dell'irrilevanza dell'usurarietà sopravvenuta…….241
8.8. Applicazione del modello e previsione della sentenza…….242
9. *L'European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial System and their environment*……..242
10. Brevi considerazioni sul processo civile nell'era digitale…….244
11. Prove, argomentazioni e intelligenza artificiale……250
12. Conclusioni……252

SEZIONE 2 – L'EVOLUZIONE IN MATERIA E LE INTERFERENZE CON LA TUTELA DEI CONSUMATORI E CON L'ABF

1. Brevi cenni sulla conclusione automatizzata dei contratti…….256
2. Le banche e gli intermediari finanziari dinanzi alla *Fintech*……...260
3. La Direttiva europea sulla class action ……262

CONCLUSIONES…….266

BIBLIOGRAFIA……...271

INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista de las economías nacionales, uno de los indicadores de eficiencia más importantes del sistema judicial es, sin duda, la cuestión del acceso a la justicia: un sistema judicial eficiente puede tener un impacto sustancial en la inversión.

Sin embargo, muchas veces el sistema judicial se convierte en una verdadera limitación para el comercio entre distintos países: los costes, la duración y las incertidumbres sobre el resultado de los procedimientos judiciales representan un freno para los empresarios, los inversores y los consumidores.

Es necesario entonces recurrir a sistemas alternativos de resolución de conflictos.

Uno de los objetivos, como se demostrará, de los sistemas de resolución judicial de litigios es lograr la igualdad sustantiva entre las dos partes en litigio, al tiempo que se intenta reducir al mínimo la acumulación de trabajo en los tribunales civiles nacionales.

El estudio y la profundización de estos sistemas permitirán comprender si su implantación en los próximos años y su desarrollo podrán hacer frente a los numerosos problemas que aquejan al sistema judicial.

Antes de analizar el fenómeno de las ADR, será necesario partir brevemente de la observación de la casi omnipresencia de los métodos privados de resolución de conflictos en la historia del derecho.

Además, se destacará cómo la legislación de la UE ha prestado cada vez más atención a la protección del consumidor/asegurado, la parte más débil de la relación contractual.

En aplicación de estos principios, las intervenciones normativas establecidas a nivel europeo y especialmente en el ámbito bancario-financiero (Directiva de Servicios de Pago, Directiva MiFID, etc.) han logrado un considerable aumento de la protección del cliente, también a través de la difusión de los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos.

De hecho, garantizar un alto nivel de protección de los consumidores se considera un objetivo primordial que hay que perseguir, hasta el punto de que está incluido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El arbitraje es, entre los métodos alternativos de resolución de conflictos, el más conocido y antiguo, pues ya se reguló en el Código de Procedimiento Civil, aprobado en 1940.

Sin embargo, el objetivo de este documento es analizar todos los instrumentos de justicia alternativa que se han desarrollado desde entonces.

En particular, hay que empezar por tener en cuenta quiénes son los sujetos de la protección: el consumidor y el cliente bancario.

El punto de partida de este estudio será la Directiva ADR (fue transpuesta por el decreto legislativo nº 130 de 6 de agosto de 2015, que insertó el Título II *bis*, dentro del c. cons.)

A través de esta intervención legislativa nacional, se transponen íntegramente los principios básicos contenidos en la Directiva sobre ADR, garantizando que las entidades nacionales de ADR puedan tratar tanto los litigios nacionales como los transfronterizos, incluidos los litigios cubiertos por el Reglamento sobre RLL, también mediante el uso de redes de entidades de ADR.

Desde la introducción del procedimiento uniforme de mediación, el panorama de la mediación se ha enriquecido cada vez más para incluir nuevos instrumentos de ADR de carácter generalista (por ejemplo, el procedimiento de negociación asistida por abogado), u otros más específicos del sector (por ejemplo, los procedimientos de resolución de crisis de sobreendeudamiento).

Esta vía también incluye la introducción de un instrumento alternativo especial para los litigios entre profesionales y consumidores, regulado en los artículos 141 - 141decies del Código del Consumidor, en su versión modificada.

Se trata de vías esencialmente voluntarias que, además, no pueden privar al consumidor de su derecho a la tutela judicial, y que están muy simplificadas tanto en su activación como en relación con el desarrollo concreto de las distintas actividades, que deben prever modalidades capaces de satisfacer las necesidades expresadas por el consumidor en cada ocasión.

Dentro de nuestro estudio sobre los sistemas de ADR, gran parte de la atención se centrará en el contexto bancario y, en particular, en la ABF, como modelo virtuoso de

resolución alternativa de conflictos.

El sector bancario ha demostrado ser, desde hace tiempo, un "taller" en el que se pueden encontrar diferentes modelos de resolución extrajudicial de conflictos con los clientes.

En el sector bancario y financiero, la necesidad de proteger al cliente ahorrador es muy alta, ya que las peculiaridades de los servicios prestados caracterizan notablemente al cliente como la parte más débil en la relación de negociación.

En el capítulo dedicado a la ABF, la segunda parte se dedicará a analizar algunas decisiones especialmente interesantes dictadas por ésta.

Lo que se intentará demostrar es la existencia de un fuerte vínculo entre la jurisprudencia italiana y las decisiones del ABF.

Además, en el año de estudio en Salamanca, se exploró la institución del Arbitraje de consumo.

A lo largo de este documento, se intentará poner de relieve todos los puntos fuertes y débiles de esta institución.

La ambiciosa pretensión de esta parte del presente trabajo será precisamente poner de manifiesto algunos de los puntos fuertes de esta institución como punto de partida de nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, el tercer capítulo tratará, sin pretender ser exhaustivo, el tema de la inteligencia artificial, en especial su impacto y utilidad en las decisiones tomadas por el organismo adjudicador.

La dificultad para abordar esta investigación parte de considerar que se trata de una tesis doctoral en derecho privado desde un perfil sustantivo fundamentalmente y por consiguiente se intentan las excesivas referencias procesalistas.

En cuanto a las fuentes utilizadas, el punto de partida son sin duda las directivas europeas, seguidas de la legislación italiana y española.

Con respecto a esto último, *se* hace referencia, en particular, a toda la legislación que regula el arbitraje de consumo y a monografías específicas sobre esta institución.

En el ambito juridiccional, es dable destacar la importancia de consultar la jurisprudencia italiana y española, así como las decisiones del ABF.

En cualquier caso, esta obra examina en profundidad: tratados, manuales, comentarios de la mejor doctrina italiana y española.

La obra se dividió en tres grandes partes.

Una primera parte trata de las ADR: evolución, modelos, relación entre ellas y el consumidor, cifras relacionadas.

La segunda parte se refiere a la ABF y se divide a su vez en dos bloques: la institución de la ABF; las decisiones más relevantes de la ABF y la relación entre éstas y la jurisprudencia de los tribunales.

La tercera parte, como ya se ha mencionado, se refiere al uso de la IA y los algoritmos en la toma de decisiones judiciales (o de órganos alternativos de resolucion de controversias).

SISTEMI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE E

VESSATORIETA' DELLE CLAUSOLE COMPROMISSORIE

Sommario: 1. Premessa - 2. L'ampiezza della nozione di consumatore - 3. La vessatorietà delle clausole compromissorie - 4. Proposte ricostruttive - 5. Responsi dell'ABF e influenza sulla giurisprudenza - 6. L'educazione finanziaria e l'ABF - 7. Considerazioni conclusive in tema di vessatorietà della clausola compromissoria.

1. Premessa

All'interno della nostra indagine sui sistemi ADR, gran parte dell'attenzione sarà rivolta al contesto bancario ed in particolare all'ABF, quale modello virtuoso di risoluzione alternativa delle controversie

Il settore bancario si è da lungo tempo dimostrato una "officina" dove poter trovare diversi modelli di definizione stragiudiziale delle controversie con la clientela.

Questa tendenza ha trovato riscontro in ambito contrattuale, tramite il sistematico inserimento di apposite clausole che, nel derogare alla giurisdizione, necessitano tuttavia di una verifica di legittimità, per escludere la diffusione di condotte abusive.

La sentenza Cass., civ., 16 febbraio 2017, n. 3744, si innesta in tale contesto, pronunciandosi sulla validità delle clausole compromissorie con cui le parti scelgono di affidare, nell'ambito di un contratto di investimento, la risoluzione di un'eventuale controversia ad una procedura arbitrale.

Secondo l'orientamento sopra citato, il meccanismo di controllo di tali pattuizioni deve essere ricercato nella disciplina del c. cons. in tema di clausole vessatorie.

Il controllo di vessatorietà compiuto *ex* art. dell'art. 33 c. cons. sulle clausole compromissorie si atteggia come limite e garanzia della diffusione di sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e, necessita di essere calibrato sugli obiettivi da perseguire, al fine di evitare il prodursi di pregiudizi per gli interessi delle parti deboli.

2. L'ampiezza della nozione di consumatore

Il punto di partenza della nostra indagine è sicuramente rappresentato dalla nozione di

consumatore.

La definizione fornita dall'art. 3 c. cons., pur ponendo precisi limiti in merito alla qualificazione dei soggetti ricompresi nella categoria, pare essere proiettato verso l'inclusione, di un numero sempre maggiore di fattispecie in cui una persona fisica può trovarsi ad operare "per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"[1].

Per quello che ci riguarda, occorre evidenziare la presenza di un comune sostrato, da cui hanno tratto origine tanto la disciplina consumeristica quanto quella volta a tutela l'investitore.

In entrambe, riconosciuta una evidente asimmetria tra i soggetti contraenti, il legislatore è intervenuto apprestando una tutela a favore della parte "debole" del rapporto, rispetto all'apparato rimediale di matrice codicistica, al fine di garantire la correttezza e la stabilità del mercato.

Per questo motivo entrambe possono essere definite "discipline condizionali: esse creano le regole del gioco necessarie affinché ciascuno possa perseguire il proprio vantaggio individuale secondo il meccanismo del mercato"[2].

L'investitore è caratterizzato, al pari del consumatore, da una situazione di debolezza, da imputarsi ad una pressante carenza informativa, nonchè ad un potere di contrattazione anestetizzato dalle logiche di standardizzazione del contenuto dei contratti; ma questo non giustifica a mio avviso una automatica assimilazione delle due figure.

D'altronde ridefinire la soggettività dell'investitore in termini di consumatore di prodotti finanziari non può che dimostrarsi semplicistica e non appagante ricostruzione di una reale difformità tra le due figure, alla quale non si può cedere sulla base della mera comune "debolezza"[3].

---

[1] Pare il caso di osservare che la dottrina si è a lungo interrogata circa l'opportunità della scelta legislativa compiuta in merito all'individuazione dei parametri cui ancorare la figura del consumatore. Sul punto si segnala G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1998, p. 997 ss.; G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 414 ss.

[2] Così P. SIRENA, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 277 ss.

[3] G. ALPA, *Modificazioni del Codice Civile e nuove leggi speciali*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 789 ss.

Pertanto la qualifica di consumatore non può assorbire tutte le peculiarità proprie della molteplicità di soggetti che possono riconoscersi come investitori.

Non potrà essere accolta una ricostruzione tendente all'assimilazione delle due figure.

Occorre, invece, evidenziare la trasversalità della figura del consumatore che, in definitiva, conduce verso il riconoscimento di una "certa contiguità" tra le due posizioni[4].

A tale riguardo è stato rilevato che la normativa contenuta nel t.u.f. costituisce un "nucleo di disciplina generale dei contratti bancari e finanziari, a loro volta disciplinati nel c.c. in normative particolari, in schemi negoziali emersi o diffusi negli stessi settori interessati"[5]; laddove, invece la disciplina dettata nel c. cons. è idonea a tagliare "trasversalmente una pluralità indefinita di operazioni che vedano un consumatore individuale fronteggiare un operatore professionale"[6].

L'investitore e il consumatore in definitiva non sono sovrapponibili, non possono essere assimilati ma nemmeno contrapposti.

Al contrario, ogni qualvolta un soggetto che agisce nel mercato sia connotato da determinate peculiarità che gli consentono di assommare i profili che caratterizzano sia l'una che l'altra figura, allora egli dovrà considerarsi destinatario oltre che della normativa dettata dal t.u.f. anche della disciplina generale a tutela del consumatore.

Tali problematiche risultano però accresciute dalle peculiarità dei prodotti oggetto di scambio.

Si pensi che la effettiva qualità dei prodotti e degli strumenti finanziari oggetto di scambio potrà essere valutata solo laddove si sia disposti ad affrontare ingenti investimenti[7]: l'investitore medio si trova a concludere transazioni, pur non avendo a disposizione elementi sufficienti su cui fondare un giudizio ragionevolmente positivo sul mercato in cui opera.

---

[4] M. GORGONI, *Spigolature su luci e ombre della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 755 ss.

[5] U. SALANITRO, *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell'impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, I, p. 597 ss.

[6] V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive nei contratti tra professionisti e consumatori: artt. 1469-bis e segg. c.c.*, in *Dir. Priv.*, II, 1996, p. 100 ss.

[7] Cfr. M. TAGLIAMONTE, *Crisi finanziaria e cooperazione internazionale: globalizzazione dei mercati e circolazione dei modelli giuridici*, Roma, Ed. Polimata, 2010, p. 20 ss.

Tuttavia, in mancanza di specifiche disposizioni in materia, tali soggetti, essendo nello stesso tempo consumatori, devono considerarsi destinatari anche delle norme dettate dal c. cons.[8]

In tale ottica deve essere letta anche la pronuncia della Corte di Cassazione, sopra menzionata, che ha inteso postulare, l'inclusione dei contratti dell'intermediazione finanziaria nell'ambito della tutela consumeristica, ritenendo loro estendibile la disciplina dettata in materia di clausole vessatorie.

3.La vessatorietà delle clausole compromissorie

Nei contratti stipulati con i consumatori è possibile imbatterci, molto spesso, in clausole di tipo compromissorio: condizione che, sottrae alla cognizione del giudice ordinario le eventuali controversie che dovessero insorgere nel corso del rapporto, affidandone la risoluzione ad arbitri, clausole che deferiscono ad un terzo la determinazione dell'oggetto del contratto oppure che rinviano ad una perizia contrattuale.

Nel settore bancario e finanziario è maturata una significativa tradizione in tema di meccanismi di definizione delle liti con i clienti alternativi al ricorso al giudice ordinario[9].

La spinta verso il tentativo di sottrarre alla cognizione del giudice ordinario le controversie tra intermediari e clienti, non può prescindere dalla fragilità dell'investitore, dallo squilibrio delle posizioni contrattuali e dalla disciplina apprestata per fronteggiare tale condizione di asimmetria.

La stessa Corte di legittimità ha rilevato, in numerose occasioni, che "la disciplina del c. cons. è volta a garantire e tutelare il consumatore dalla predisposizione unilaterale e imposizione sostanziale del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibili fonti di abuso, precludendo al consumatore la possibilità di esplicare in pieno la propria autonomia contrattuale.

---

[8] E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, Esi, 2000, p. 44 ss.

[9] M. CARADONNA, *L'ABF quale strumento di gestione delle liti tra gli intermediari finanziari e la propria clientela*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2010, p. 283 ss.

Tutto ciò con conseguente alterazione della posizione paritaria delle parti contrattuali idonea a ridondare, mediante l'imposizione del regolamento negoziale unilateralmente predisposto, sul piano dell'abusivo assoggettamento di una di esse al potere anche solo di mero fatto dell'altra"[10].

Certamente tale circostanza si annida nelle pieghe di ogni rapporto intercorrente tra parte professionale e parte consumatrice, a prescinder dal numero di utilizzi che venga fatto dello stesso testo contrattuale.

Il presupposto della disciplina di protezione del consumatore, e, dunque anche di quella apprestata per il tramite di un rigoroso regime di vessatorietà delle clausole, è proprio la asimmetria informativa che caratterizza ogni singolo rapporto, per il solo fatto di contrapporre al consumatore un professionista informato[11].

D'altro canto, occorre rilevare come la disciplina delle clausole vessatorie rappresenti un rimedio di carattere individuale e successivo, finalizzato a rendere inefficace la specifica pattuizione contenuta nel contratto predisposto dal professionista, attraverso la previsione di una nullità di protezione delle clausole ritenute abusive, operante solo a vantaggio del consumatore.

Il c. cons., in numerose disposizioni (artt. 33 e art. 63 c. cons.), sancisce espressamente la vessatorietà delle clausole che derogano alla competenza territoriale del foro in cui risiede o è domiciliato il consumatore.

L'art. 33, comma 2, lett. t) va letto attraverso un'interpretazione estensiva: la Cassazione, anche nella sentenza sopra citata, ritiene che "nella specie non si tratta neppure di una deroga del foro del consumatore, ma di una limitazione ancora più gravosa, ossia della deroga alla competenza dell'autorità giudiziale, di cui all'art. 33, comma 2, lett. t), del c. cons., per essere competenti gli arbitri.

Pertanto si deve convenire sulla necessità di riconoscere un contenuto più esteso all'espressione "competenza dell'autorità giudiziaria", tale da negare legittimità alle

[10] Cass. civ., 20 agosto 2010, n. 18785, in *DeJure online.*

[11] Si veda sul punto A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 669 ss.

pattuizioni che precludono al consumatore il ricorso al giudice , o gli rendono maggiormente difficoltoso il ricorso a questo.

Occorre ora chiedersi se la legittimità della clausola compromissoria posa dipendere dal fatto che si demandi la risoluzione della controversia ad una procedura di arbitrato (rituale o irrituale).

Non può che ritenersi che il sindacato di vessatorietà debba essere condotto, indifferentemente, su tutte le clausole compromissorie, giacché, al di là degli elementi propri di ciascuna tipologia di arbitrato, non sussiste una differenza ontologica tra l'arbitrato rituale e irrituale.

Pare, non discutibile l'unitarietà del fenomeno arbitrale.

Tale interpretazione si impone di non svuotare di contenuto la disciplina apprestata a tutela del consumatore e, in definitiva, di scongiurare che quest'ultimo veda compromessi i propri diritti sulla base di esclusioni fondate su mere classificazioni che non garantiscono corrispondenza con procedure connotate da maggiori livelli di garanzia[12].

La compromettibilità di una controversia, in altri termini, non necessita di essere valutata sulla base della procedura arbitrale prescelta per la sua definizione, bensì avendo riguardo al fatto che solo in presenza di una concorde volontà si possa dare origine ad un procedimento arbitrale (sia rituale, che irrituale).

Da ciò discende che il nostro ordinamento non ammette procedimenti obbligatori di arbitrato e, al contempo, che l'arbitrato non può configurarsi senza una libera scelta delle parti.

Il procedimento arbitrale, dunque, si riconnette e non esorbita rispetto al dettato dell'art. 24 della Carta Costituzionale[13].

4. Proposte ricostruttive

In continuità con quanto osservato circa la rilevanza del consenso all'interno dello

[12] Cfr. M. BOVE, *Commento sub. art. 808ter*, in Menchini (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, Cedam, 2010, p. 71 ss.

[13] Interessante sul punto il contributo di A. SIROTTI GAUDENZI, *Procedimento arbitrale e rapporti con il processo civile dopo la legge 162/2014*, Milano, Maggioli, 2015.

schema della compromettibilità delle controversie bancarie, occorre ribadire che la disciplina relativa alla vessatorietà delle clausole contrattuali è ispirata alla necessità di assicurare l'effettiva conoscenza da parte di entrambe le parti delle condizioni pattuite, garantendo l'espressione di un consenso consapevole del consumatore.

Centrale si manifesta il tentativo di controbilanciare l'asimmetria informativa che caratterizza la posizione del consumatore evitando che il professionista approfitti della propria forza contrattuale per limitare il consumatore nell'esercizio dei diritti derivanti dal contratto, ivi compreso il diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Ne discende, allora, che privo di fondamento sarebbe ogni tentativo di escludere a priori il sindacato su quelle clausole compromissorie che devolvano la decisione ad un determinato tipo di arbitro (rituale o irrituale che sia).

Dunque, in tema di vessatorietà delle clausole nei contratti con i consumatori e, quindi, anche di clausole compromissorie deve riconoscersi che tutto ruota intorno al consenso della parte non professionale e a ciò che gli è immediatamente prodromico: la trattativa. L'inscindibile binomio trattativa-consenso, infatti, costituisce il limite delle richiamate previsioni: è il presupposto e il fattore di produzione di effetti giuridici vincolanti, laddove proprio la partecipazione del consumatore alla predisposizione del regolamento contrattuale preclude il perfezionamento della fattispecie vietata[14].

In verità, pare potersi ritenere che proprio l'intervento di una trattativa individuale costituisce il presupposto logico per il superamento dello squilibrio contrattuale esistente tra le parti.

Una clausola deve considerarsi vessatoria ogni qualvolta annulli le possibilità di esprimere un effettivo consenso contrattuale del consumatore e, al contrario, supera indenne il giudizio di vessatorietà quella pattuizione su cui il consenso risulti formato

[14] In merito al ruolo svolto dal consenso nell'ambito delle procedure arbitrali e, nello specifico della procedura innanzi all'ABF, la dottrina ha rilevato che "nel quadro dei tradizionali strumenti alternativi di composizione delle controversie, il consenso funge da fatto base per la produzione di effetti vincolanti, incidenti direttamente nella sfera giuridica dei paciscenti, e assimilabili a quelli della pronuncia giudiziale, che invece prescinde dal consenso, autoimponendosi, siccome attuazione della funzione giurisdizionale statale". Così S. RUPERTO, *L'arbitrato bancario finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, p. 325 ss.

attraverso l'esplicarsi di una trattativa individuale.

Ne discende che è sull'esistenza di una negoziazione individuale tra il professionista e il consumatore che deve appuntarsi l'interesse dell'interprete, in quanto tale verifica laddove conduca ad un esito positivo è idonea ad escludere, *ab* origine, la vessatorietà della clausola esaminata[15].

E', dunque questo il contenuto della prova liberatoria che il professionista deve essere in grado di fornire al fine di escludere la vessatorietà di clausole che, al pari di quelle compromissorie, siano inserite nella c.d. *grey list* di pattuizioni ritenute dal legislatore vessatorie fino a prova contraria.

Se il professionista non riesce a provare che la specifica pattuizione è stata oggetto di trattativa la clausola deve considerarsi vessatoria e, dunque, nulla ai sensi dell'art. 36 c. cons.

In considerazione del tenore delle disposizioni dettate in materia occorre soffermarsi brevemente sulla trattativa individuale, nella consapevolezza che non ogni tipo di trattativa è idonea a far cadere la presunzione di vessatorietà.

Qui è sufficiente dimostrare che il consumatore sia stato posto nelle condizioni di negoziare realmente le condizioni praticate "anche quando le abbia comunque accettate perché ne ha potuto adeguatamente valutare la conformità al proprio interesse"[16].

Ne consegue che al giudice ordinario spetterà andare oltre il nero o il bianco, addentrandosi nella zona grigia disegnata dal legislatore attraverso un accertamento che verifichi "in concreto, caso per caso, se la trattativa invocata dal professionista a scudo della sua clausola abbia effettivamente avuto quei caratteri di serietà sufficienti a garantire l'aderenza alla ratio della normativa consumeristica"[17].

Non oltre deve spingersi il sindacato del giudice circa la vessatorietà di una clausola: è sufficiente garantire la consapevole deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria.

---

[15] Cfr. G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 33 ss.

[16] Sul punto si rinvia alle riflessioni di A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1999, p. 480 ss.; V. ROPPO, *Clausole vessatorie*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, Treccani, p. 8 ss.

[17] Così V. ROPPO, *op. cit.*, p. 9.

In altri termini, nel momento stesso in cui si ammette che le clausole compromissorie debbano essere ricondotte all'inciso "deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria" di cui all'art. 33, comma 2, lett. t) e, dunque all'elenco di clausole che il legislatore ha ritenuto vessatorie fino a prova contraria, automaticamente si deve riconoscere che per escludere la vessatorietà di tali pattuizioni sia sufficiente fornire la prova dell'intercorsa trattativa individuale[18].

Per tali clausole deve ritenersi che il legislatore abbia già compiuto una valutazione sullo squilibrio e, avendone accertato la ricorrenza, abbia optato per un sistema di presunzioni, in grado di assicurare l'applicazione della disciplina di tutela.

In questo senso, è andata orientandosi anche la Cassazione nella sentenza sopra citata laddove la Suprema Corte ha inteso stabilire senza porre distinzioni tra arbitrato rituale e irrituale, che "in tema di arbitrato tra banca e consumatore, la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria in favore di arbitri, in forza di quanto previsto dal c. cons., è possibile a condizione che si dimostri l'esistenza di una specifica trattativa tra le parti, e la prova di tale circostanza costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola arbitrale di deroga, ponendosi l'esistenza della trattativa come *prius* logico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola.

5. Responsi dell'ABF e influenza sulla giurisprudenza

Nel discorrere di strumenti alternativi alla giurisdizione ordinaria, prendendo come modello virtuoso l'ABF, preme fino da subito evidenziare lo stretto contatto tra quest'ultimo e il giudice ordinario.

In particolare il riferimento è allo stretto collegamento tra la giurisprudenza del giudice ordinario e quella dell'ABF.

Il diritto bancario, come è noto, si caratterizza per il suo tecnicismo che si estrinseca non

[18] Sul punto si veda G. CESARO, *Relazione introduttiva*, in ID (a cura di), *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova, Cedam, 1996, p. 13 ss. In senso contrario R. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, c. 148, secondo il quale il giudizio di vessatorietà della clausola non potrebbe prescinder da una verifica circa l'effettivo squilibrio.

solo nella normativa primaria, ma anche in quella secondaria, che richiede un elevato grado di competenza.

Da qui prende le mosse il peculiare rapporto che si è instaurato tra la giurisprudenza e le decisioni dell'ABF[19].

Nel corso del presente lavoro si cercherà di evidenziare proprio come le sentenze dell'Autorità giudiziaria sempre più richiamano le decisioni dell'ABF e viceversa.

Ad esempio in tema di *ius variandi* appare significativa la sentenza del Tribunale di Rimini[20], ove si afferma con una formula presumibilmente troppo generica che "non costituisce giustificato motivo, ai sensi dell'art. 118 t.u.b. l'indicazione "dell'andamento del rapporto creditizio", formulata dalla banca nell'atto di comunicazione delle nuove condizioni economiche del rapporto" (tale formula non può comunque valere quando nel rapporto concreto nulla di nuovo sia intervenuto).

Il predetto principio è stato per la prima volta enunciato dall'ABF nella decisione del 4 marzo 2010, n. 98.

Tra le decisioni dell'ABF richiamate dall'Autorità giudiziaria figurano, altresì, quelle in tema di usura bancaria, con particolare riferimento agli interessi moratori[21].

Un richiamo agli orientamenti dell'arbitro è contenuto poi in un provvedimento del Tribunale di Cremona che, nel riprendere la decisione del Collegio di coordinamento ABF n. 3412 del 2014, ne evidenzia gli spunti critici rispetto alle conclusioni della Cassazione (sentenza 9 gennaio 2013, n. 350).

La giurisprudenza civile, nelle rare occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi in tema di cessione del quinto dello stipendio, ha mostrato di tener conto degli orientamenti dell'Arbitro.

Qui risulta di particolare interesse la sentenza del Trib. di Perugia 25 marzo 2014, nella

---

[19] Parla di idoneità dell'ABF a fare giurisprudenza: I. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati nei rapporti bancari: lo stato dell'arte e alcuni spunti sull'evoluzione tecnologica*, in *Codice europeo dei Contratti*, (a cura di) G. Gandolfi, Milano, Giuffrè, 2018, p. 8 ss.

[20] Trib. Rimini, 22 agosto 2011, in *ilcaso.it*, ove si afferma che non costituisce giustificato motivo, ai sensi dell'art. 118 t.u.b., la indicazione dell'"andamento del rapporto creditizio", formulata dalla banca nell'atto di comunicazione delle nuove condizioni economiche del rapporto.

[21] Per una trattazione approfondita si rinvia al capitolo del presente lavoro x.

quale il giudice ha dichiarato di "condividere e far propri i convincimenti e le determinazioni alle quali è giunto l'ABF nella decisione n. 4027 del 25 luglio 2013 del Collegio di Roma".

Nel rigettare l'appello proposto dall'intermediario il Tribunale ha quindi motivato facendo espresso riferimento alla pronuncia dell'ABF, nella quale si evidenzia che, ai fini della quantificazione della riduzione del costo del credito, assume primario rilievo la distinzione tra somme richieste dall'intermediario a fronte di prestazioni già rese, e somme che costituiscono il corrispettivo di attività non ancora eseguite, delle quali il cliente avrebbe dovuto fruire qualora non avesse esercitato la facoltà di estinzione anticipata.

La predetta distinzione è decisiva in quanto, stante la cessazione del rapporto il cliente può ottenere la restituzione solo dei costi *recurring* limitatamente alla quota non maturata degli stessi in ragione dell'estinzione anticipata[22].

Ulteriormente il Trib. di Asti si è occupato della materia degli utilizzi indebiti dei strumenti di pagamento (Trib. Asti, 3 settembre 2012).

Nel caso esaminato era stato effettuato da un soggetto diverso dai correntisti, mediante *home banking*, un bonifico estero non autorizzato, per effetto dell'utilizzo dei dati personali dei correntisti da parte di terze persone.

Il Tribunale ha richiamato l'orientamento consolidato dall'ABF secondo cui, in materia di servizi di *home banking*, si è in presenza di una responsabilità da *status* in capo all'intermediario che, in ragione della propria elevata professionalità, è tenuto ad adottare tutte le misure e gli standard di sicurezza più evoluti e idonei a garantire la clientela[23].

Il Tribunale di Palermo a sua volta ha richiamato il consolidato orientamento dell'ABF sulle conseguenze del difetto di impugnazione tempestiva dell'estratto conto nei rapporti

[22] Nello stesso senso Trib. Napoli, 9 gennaio 2015 in *DeJure online*, ove l'attore viene condannato per lite temeraria per aver ignorato l'orientamento precedentemente espresso dall'ABF.

[23] Trib. Napoli, 25 ottobre 2013 in *DeJure online*; ABF Collegio di Napoli, decisione del 21 gennaio 2011, n. 147, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

di conto corrente bancario[24].

In particolare il giudice civile ha confermato che la mancata contestazione dell'estratto conto entro il termine di legge rende inoppugnabili gli accrediti e gli addebiti sotto il profilo contabile; non è tuttavia preclusa la contestazione della validità e dell'efficacia dei rapporti obbligatori da cui gli stessi derivano.

Il Tribunale di Udine [25] si è pronunciato invece sul tema delle operazioni di finanziamento con piano di ammortamento alla francese[26].

Il giudice, in linea con linea con l'orientamento dell'arbitro in materia, ha escluso che tale piano possa considerarsi nullo per violazione del divieto di anatocismo: in base a questa modalità di ammortamento la quota interessi di ogni rata è infatti calcolata avendo riguardo al solo capitale residuo dopo il pagamento della precedente rata, non verificandosi alcun fenomeno di capitalizzazione di interessi.

Il Tribunale, inoltre ha precisato che, se da un lato nell'ammortamento alla francese l'ammontare degli interessi dovuti è maggiore rispetto a quello da corrispondere nel caso di piano di rimborso del capitale per quote costanti, dall'altro l'entità degli interessi dovuti può aumentare anche in ragione di una diversa periodicità delle rate, senza che possa ravvisarsi nessun fenomeno di anatocismo[27].

6. L'educazione finanziaria e l'ABF (cenni)

Aspetto collegato a quelli fin qui trattati è rappresentato poi dalla crescente complessità delle scelte finanziarie che i risparmiatori devono compiere, le quali richiedono livelli di alfabetizzazione finanziaria molto altri.

L'educazione finanziaria, pertanto, rappresenta il processo che dovrebbe consentire alle persone di accrescere le proprie competenze in materia.

Secondo l'OCSE l'educazione finanziaria è: quel processo mediante il quale i

[24] Trib. Palermo, 11 gennaio 2013 in *DeJure online*; ABF Collegio di Milano, decisione del 17 settembre 2011, n. 940, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[25] Trib. Udine, ord. 3 gennaio 2017, n. 28, rinvenibile in *DeJure online*.

[26] Per un'analisi approfondita si rinvia al capitolo x del presente lavoro.

[27] Nell'iter argomentativo il Tribunale di Udine ha espressamente richiamato: ABF Collegio di Milano, decisione del 21 gennaio 2013, n. 429, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

consumatori/investitori migliorano le proprie cognizioni riguardo a prodotti, concetti e rischi in campo finanziario e, grazie a informazioni, istruzione, sviluppano le abilità a fare scelte informate e a prender iniziative efficaci per migliorare il loro benessere finanziario.

La presente tematica viene affrontata anche dall'ABF che in numerosi responsi evidenzia l'alto tasso di analfabetismo finanziario.

Ad esempio in tema di "centrale dei rischi" l'ABF ha precisato che se per un verso, è un dato pacifico che il debitore professionista abbia minor bisogno di tutela rispetto al consumatore, per altro verso, il semplice automatismo tra lo *status* di professionista e il possesso di un alto livello di educazione finanziaria non viene considerato soddisfacente. Basti pensare al caso frequentissimo nel quale il professionista sia persona fisica, per la quale può esser complesso governare un settore come quello bancario caratterizzato da un accentuato tecnicismo.

La tutela del preavviso, dunque, viene accordata in ragione della condizione di semi-analfabetismo finanziario in cui versa il cliente medio.

La tutela del preavviso è volta, inoltre, a colmare il *gap* informativo rispetto alle regole di un mercato caratterizzato da un elevato tasso di complessità e rischiosità[28].

L'ABF, quindi, ritiene assimilabile sul piano socio-culturale la posizione dell'imprenditore individuale a quella del consumatore, in quanto il diritto alla riservatezza è da considerarsi un diritto riconosciuto alla persona a prescindere dalla natura del rapporto creditizio oggetto di segnalazione[29].

7. Considerazioni conclusive in tema di vessatorietà della clausola compromissoria

Le conclusioni cui si è pervenuti nei precedenti paragrafi, circa la presunzione di vessatorietà di tutte le clausole compromissorie, indipendentemente dal tipo di arbitrato cui viene devoluta la risoluzione della controversia, potrebbero apparire ostative rispetto al generalizzato interesse all'incentivazione di procedure ADR.

---

[28] ABF Collegio di Roma, decisione del 9 marzo 2017, n. 2422, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[29] C. CALZECCHI ONESTI, *L'ABF e il tema dell'educazione finanziaria*, in *Contratti*, 2017, p. 409 ss.

E'legittimo chiedersi "se l'arbitrato non trova un *favor* neppure in ambito comunitario, come far sviluppare la conoscenza delle ADR, a cui la stessa Unione Europea si appella in tutte le direttive riguardanti la protezione dei consumatori"[30].

In verità, l'interrogativo deve ritenersi di tipo più apparente che reale, laddove la rigorosa disciplina dettata in tema di validità delle clausole di arbitrato, nonché l'eventuale controllo giurisdizionale, quale strumento di correzione di dinamiche contrattuali squilibrate, si ponga proprio come antecedente logico rispetto la diffusione di tali procedure.

Le plurime disfunzioni dell'amministrazione della giustizia determinano un'oggettiva difficoltà nel soddisfacimento delle istanze di tutela e necessitano di adeguate soluzioni, in parte rintracciabili proprio negli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Occorre, tuttavia, osservare come continuare a considerare gli strumenti ADR rimedi palliativi alla situazione di crisi in cui versa la giustizia statale mal pone i termini della questione, non potendosi avvallare una ricostruzione che contrapponga l'esercizio della funzione giurisdizionale statale alle forme di giustizia privata.

Queste ultime non possono sopperire al vuoto di tutela lasciato da una giustizia lenta e macchinosa, essendo chiamate a partecipare al sistema in funzione strumentale e complementare al complessivo innalzamento dei livelli di tutela.

Riconoscere che i problemi della giustizia ordinaria devono essere affrontati, innanzitutto attraverso una generale presa di coscienza dell'imponente domanda di tutela ad essa rivolta e, dunque, della necessità di introdurre correttivi in grado di aumentare l'efficienza del sistema processuale è il primo passo per ridefinire il rapporto con gli ADR, riconoscendo loro la dovuta dignità, che giustifica l'intenso sforzo di incentivazione compiuto a livello europeo[31].

La prospettiva con cui le istituzioni hanno, da sempre, affrontato la questione non è

---

[30] Così G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, in *Riv. Arb.*, 2006, p. 619 ss.

[31] Sul punto si segnala che l'Unione Europea, con la previsione inserita nell'art. 81 TFUE, attribuisce al Parlamento europeo e al Consiglio il compito di individuare misure idonee a garantire lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie.

quella di apprestare correttivi alle disfunzioni della giustizia statale, ma la consapevolezza della necessità di un'alternativa che meglio potrebbe conformarsi alle esigenze dei consumatori, fondata sul rilievo di una frequente sproporzione tra il valore economico della controversia e i costi di un eventuale giudizio[32].

In questo solco pare essersi innestata la felice esperienza dell'ABF.

Il sistema in questione, come si dimostrerà nella presente trattazione, appare conformato da una serie di disposizioni volte a garantire l'autorevolezza delle decisioni assunte nonché procedure snelle, rapide e con costi contenuti, per assicurare "l'effettività della tutela"[33].

L'esempio che si è inteso fornire richiamando l'esperienza positiva dell'ABF è funzionale a far comprendere come le considerazioni svolte in precedenza sulla presunzione di vessatorietà delle clausole compromissorie che non siano state oggetto di trattativa individuale non implica un giudizio negativo sulle procedure arbitrali.

L'arbitrato, infatti, rappresenta un'alternativa qualitativamente valida in quanto mostra indiscutibili pregi non riscontrabili nella giustizia statale e, tra l'altro tra tutti i sistemi di ADR si caratterizza per una formalità che consente di avvicinare maggiormente lo stesso al processo ordinario[34]: la necessità di rinvenire soluzioni percorribili non può condurre ad un'aprioristica rinuncia alla tutela giurisdizionale, né ad un affievolimento degli standard di protezione posti dall'ordinamento a tutela del consumatore.

Il delicato punto di equilibrio da ricercare, dunque, non potrà che tener conto del fatto che l'incentivazione delle procedure ADR non passa attraverso l'imposizione della deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria ma attraverso uno sforzo culturale volto a mettere in luce i punti di forza di tali procedure.

Per ottenere tali risultati occorre emanciparsi dall'idea che la giurisdizione statale

---

[32] In questi termini B. DE CAROLIS, *op.cit.*, p.10.

[33] Così art. 128*bis* t.u.b.

[34] Interessanti sul punto le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia*, in *Giusto proc. civ*., III, 2014, p. 657 ss.; ID, *Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia*, in *Giusto proc. civ*., III, 2014, p. 657 ss.; ID, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in *Rass. dir. civ.*, II, 2015, p. 583 ss.; ID, *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, in *Giusto proc. civ*., II, 2016, p. 291 ss.

ordinaria sia sempre la miglior scelta.

E’opportuno ripensare all'efficienza dell'apparato rimediale, riconoscendo la necessità di una sua composita strutturazione che assicuri una risposta dell'ordinamento più efficiente, potendo astrattamente contemplare differenti alternative, in grado di conformarsi alle peculiarità proprie della singola controversia, purché sia assicurato il rispetto di tutte le garanzie processuali riconosciute a livello costituzionale.

Non a caso il successo dell'ABF si connette alla previsione di un sistema concepito a legittimazione “disuguale” quale strumento di tutela del solo cliente rispondente alla differente protezione riconosciuta a quest'ultimo, funzionale a riequilibrare l'asimmetrica posizione di partenza dei paciscienti.

Qui, la libertà della scelta genera fiducia nel sistema alternativo di risoluzione della controversia e l'efficienza dell'organo adito propaga nel settore interessato effetti vantaggiosi, favorendo il perdurare di rapporti positivi con la clientela.

In tal senso, la strada da perseguire potrebbe essere quella dell'incremento del livello di trasparenza delle informazioni fornite al cliente al momento della stipulazione.

In definitiva non può che rilevarsi come l'arbitrato sia in grado di divenire, anche nel settore bancario e finanziario, una valida alternativa alla giustizia statale solo laddove riesca ad assurgere a scelta consapevole e non imposta della parte più debole, che a tale forma di tutela decide di affidarsi consapevolmente, verificato il rispetto delle garanzie processuali fondamentali.

CAPITOLO 1

SEZIONE 1

GLI STRUMENTI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE

Sommario: 1. Profili generali – 2. Cenni alle diverse tipologie di ADR – 3. I meccanismi di ADR in ambito bancario e finanziario – 4. Il *Departamento* per la risoluzione delle *reclamaciones* in Spagna (cenni).

1. Profili generali

Le esigenze di giustizia sostanziale e quelle collegate ai rapporti commerciali presentano fisiologicamente dei punti di frizione.

Il momento patologico di un rapporto commerciale è probabilmente ineliminabile e per tale motivo andrebbe razionalizzato.

La globalizzazione, l'evoluzione dell'informatica, nonché l'aumento delle transazioni tra soggetti residenti in Stati diversi, ha di fatto enfatizzato queste esigenze.

Dal punto di vista delle economie nazionali, uno dei maggiori indicatori di efficienza del sistema è rappresentato senz'altro dai dati sull'accesso alla giustizia: un efficiente sistema di giustizia può incidere in termini sostanziali sugli investimenti.

Tuttavia molte volte il sistema giudiziario diviene un vero e proprio limite ai traffici tra paesi differenti: costi, lunghezza ed incertezze sugli esiti dei procedimenti giudiziari rappresentano un freno per imprenditori, investitori, consumatori.

Uno degli obiettivi dei sistemi di risoluzione giudiziale delle controversie è quello di realizzare una parità sostanziale tra le due parti confliggenti, cercando altresì di minimizzare l'arretrato delle corti civili nazionali e dare[35].

[35] Storicamente tale obiettivo può risalire già al IV secolo quando ad Atene si istituì una sorta di arbitro pubblico che aveva quale compito quello di attenuare il carico di lavoro delle Corti e provvedere a

Le critiche maggiori a tali sistemi alternativi si fondano sul concetto di "pericolosa privatizzazione della giustizia", che, però, ha avuto nel tempo una evoluzione della sua interpretazione.

La giustizia è considerata sempre di più come una risorsa pubblica da utilizzare in modo razionale.

La maggior adeguatezza della risposta di giustizia assicurata dai meccanismi di ADR contribuisce a garantire un'adeguata tutela ai privati senza eliminare il ricorso, quale *extrema ratio*, alla tutela giudiziale pubblica[36].

La diffusione dei sistemi di ADR è stata lenta e laboriosa: solo negli ultimi anni l'adozione di tali sistemi è stata considerata come una priorità.

Si è, infatti, superato l'iniziale ostracismo, cosicchè anche le realtà giuridiche più evolute sono giunte ad un atteggiamento di favore nei confronti dell'ADR.

Come si cercherà di dimostrare i meccanismi di ADR non sono soltanto orientati ad esigenze di deflazione del contenzioso, ma sono degli strumenti indispensabili per rafforzare la tutela dei privati senza diminuire la fiducia nel sistema.

I sistemi di ADR sono delle valide e percorribili alternative, soprattutto nei settori che richiedono approfondite competenze tecniche per un'adeguata risoluzione delle controversie.

In primis, va sottolineato che tali sistemi si fondano sull'autodeterminazione privata[37]; pertanto appare intuitivo che quando le parti hanno intenzione di porre le basi di una negoziazione per definire i propri interessi, una soluzione di ADR appare la più opportuna.

---

risolvere quelle controversie che le parti volessero concludere al di fuori delle aule di giustizia.

[36] L'accesso alla giustizia è un diritto fondamentale consacrato dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

[37] Le parti legate da un rapporto contrattuale possono prevenire un'eventuale lite inserendo nel contratto che regola i loro rapporti una clausola che le obbliga a tentare, nel caso in cui dovesse insorgere una controversia, di risolverla tramite una procedura di ADR. In un'ottica di gradualità dell'onerosità dei rimedi per la risoluzione delle controversie, la clausola per l'utilizzo dei sistemi ADR potrebbe precedere la clausola di devoluzione ad un arbitrato, ulteriore misura da prendere in considerazione se l'approccio di ADR non avesse esito positivo. In mancanza di tali clausole, le parti rimangono comunque libere di addivenire ad un accordo di ADR dopo l'insorgenza di una controversia. Cfr. K.P. BERGER, *Law and Practice of escalation clauses, arbitration international*, Londra, Cambridge University Press, 2006.

Gli ADR sono inoltre consigliati laddove vada preservata una relazione commerciale tra le parti, che se interrotta produrrebbe conseguenze negative per entrambi le parti in conflitto.

Ulteriori elementi che tendono ad avvantaggiare una soluzione stragiudiziale di una controversia sono la necessità di riservatezza, l'esistenza di un limite di costo per la difesa, il valore spesso limitato della controversia, la volontà di una rapida soluzione della lite.

All'opposto, vi sono situazioni nelle quali un procedimento giudiziale sarebbe più consono di uno strumento di ADR, alla luce degli interessi perseguiti o delle finalità che si intende realizzare.

Si pensi al caso in cui sussiste la necessità di avere un precedente giurisprudenziale.

La cosiddetta parte contrattuale forte avrà, inoltre, interesse ad instaurare un procedimento giudiziale, poichè potrebbe sfruttare il fatto che la controparte si trovi in una situazione di inferiorità per quanto concerne la possibilità di sostenere i costi e i tempi di un giudizio ordinario.

2. Cenni alle diverse tipologie di ADR

La varietà dei sistemi di ADR rende difficile una classificazione degli stessi, consistendo tali meccanismi quali "fenomeni eterogenei con cui si promuovono iniziative dirette a risolvere i conflitti senza pervenire alla pronuncia della decisione da parte del giudice (ordinario) competente"[38].

L'elevato numero dei sistemi di ADR rende arduo ipotizzare delle classificazioni generali.

Una prima distinzione si impone tra le funzioni di ADR che sono esercitate da un giudice (o affidate da un giudice ad un terzo), e i metodi di ADR ai quali ricorrono le parti in conflitto al di fuori di qualsiasi procedura giudiziaria.

Sulla base della funzione assegnata a detti processi di ADR, questi possono essere

[38] In tal senso G. CASSANO, *ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in G. Cassano (a cura di), *Transazione, arbitrato e risoluzione alternative delle controversie*, Torino, Utet, 2006, p. 475 ss.

distinti, poi, in sistemi di natura facilitatoria e di natura aggiudicatoria[39].

In questi ultimi si affida la controversia ad un soggetto neutrale al quale è affidato il compito di prendere una decisione sulla lite, avente effetti giuridici (ad esempio il lodo arbitrale).

Anche tra gli arbitri vi sono delle differenze: la ripartizione di base è tra gli arbitrati ad hoc (le parti nella clausola compromissoria, o in un accordo separato, concordano in piena autonomia le regole che devono essere osservate nel corso del procedimento) e gli arbitrati amministrati[40] (le parti nella clausola compromissoria o nel compromesso, affidano la gestione della procedura arbitrale ad un organismo specializzato).

Per quanto riguarda gli altri strumenti di risoluzione stragiudiziale, occorre evidenziare che nella mediazione un terzo imparziale svolge un'attività volta a consentire che due o più parti raggiungano un accordo ovvero superino un contrasto già in essere tra loro.

La conciliazione è invece definita come un'attività effettuata da un soggetto esperto, maggiormente valutativa, finalizzata a far giungere le parti a una conciliazione.

Nei sistemi facilitatori, invece, non vi è un processo decisorio vero e proprio, poiché l'intento del soggetto preposto è quello di facilitare la comunicazione delle parti per addivenire ad un accordo che definisca la controversia[41].

Meccanismi aggiudicatori e facilitatori, possono anche combinarsi in soluzioni ibride: la banca mondiale ha cercato di riassumere tutti i processi di ADR, fornendo delle linee guida ai cittadini e schematizzando le principali caratteristiche di tali processi.

Ne emerge un quadro variegato con differenti applicazioni del ruolo di neutralità e dei poteri del soggetto deputato a risolvere la controversia.

Le esperienze applicative e la prassi hanno reso i diversi meccanismi di ADR adatti a determinati tipi di controversie.

---

[39] Nel caso di meccanismi con mera funzione raccomandatoria, il soggetto atto a dirimere la controversia si limita a suggerire alle parti delle ipotesi di soluzione.

[40] Sul tema, si rimanda a S. AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc*, in G. Alpa (a cura di), *L'arbitrato: profili sostanziali*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 807 ss.; F. CORSINI, *L'arbitrato amministrato secondo regolamenti precostituiti*, in *Riv. Arbitrato*, 2007, p. 310 ss.

[41] Quando vi è un numero elevato di parti interessate per facilitare il dialogo, soprattutto nei sistemi di common law, vengono utilizzati metodi facilitativi.

Da ultimo occorre evidenziare come la varietà degli ADR si manifesta anche nella natura pubblica o privata degli organismi destinati alla risoluzione delle controversie.
Nei diversi sistemi giuridici tali meccanismi sono variegati, seguendo dei modelli pubblicistici e privatistici, a volte autorizzati ed inseriti anche nei meccanismi giudiziari (è il caso in Italia della mediazione obbligatoria)[42].

3. I meccanismi di ADR in ambito bancario e finanziario

In ambito bancario e finanziario l'esigenza di tutela del cliente risparmiatore risulta molto elevata, in quanto le peculiarità dei servizi prestati caratterizzano in modo marcato il cliente quale parte debole del rapporto negoziale[43].
Le asimmetrie informative che permeano tale settore richiedono degli interventi rafforzativi della tutela del risparmiatore.
Occorre evidenziare come le caratteristiche dei suddetti mercati hanno provocato l'insorgere di un'enorme quantità di controversie: la mole di reclami presentati dai risparmiatori e la necessità di mantenere il rapporto contrattuale con la clientela mettono a dura prova la gestione del contenzioso derivante dalle attività di impresa nei settori sopra citati.
A ciò si aggiunge la necessità di colmare le lacune dei sistemi giurisdizionali, le lungaggini processuali e i costi legati alla tutela giudiziale, costi che spesso scoraggiano il risparmiatore dal tutelare i propri diritti, soprattutto nel caso in cui la controversia abbia un valore economico non particolarmente elevato.
Da qui il tentativo di offrire alla clientela un mezzo per risolvere in modo rapido e gratuito i conflitti generatisi, che altrimenti rischierebbero di restare irrisolti.
A tale scopo è rivolta l'istituzione di sistemi di *Alternative Dispute Resolution,*

[42] Va segnalato che la "coesistenza" tra mediazione e sistemi di ADR in Italia ha portato a sollevare la questione dinanzi alla Corte di Giustizia UE. Difatti, il Tribunale di Verona ha affermato che alla luce della normativa europea sorgano dubbi circa la compatibilità della mediazione obbligatoria *ex* d.lg. 28 del 4 marzo 2010 con le controversie dei consumatori, tanto da rendere opportuna un intervento interpretativo della Corte di Giustizia (Trib. Di Verona, Sezione III, Ord., 28 gennaio 2016, in *DeJure online*).
[43] Per tutti G. BERTI DE MARINIS, *La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti*, in *Resp. civ. e prev.,* IV, 2013, p. 1344 ss.

divenendo sempre più rilevanti in ambito bancario e finanziario, anche alla luce della crisi economica degli ultimi anni.

Quest'ultima, infatti, ha incrementato i dati di litigiosità in tali settori[44].

Col tempo, in ambito bancario l'evoluzione degli strumenti di tutela del consumatore ha richiesto che i poteri delle Autorità di Vigilanza di settore venissero affiancati da adeguati strumenti di *enforcement* tra i quali i citati sistemi di ADR: tali strumenti assicurano, infatti, in maniera rapida, economica ed efficace la soluzione delle controversie incorse con la clientela, distinguendosi altresì per una elevata professionalità a garanzia del contraente debole.

Questa è la *ratio* dei meccanismi di ADR.

L'essenza dell'introduzione di tali sistemi è riconducibile all'effetto deflativo del contenzioso, nonché alla finalità di favorire la soluzione rapida ed economica di numerosissime controversie.

Tutto ciò implica un miglioramento di accesso alla giustizia con un ampio riflesso soprattutto sulle fasce deboli: gli ADR sono infatti un ottimo strumento per tale fascia di clienti che in assenza di questi strumenti sarebbe scoraggiata ad intraprendere una costosissima istanza davanti ad un giudice ordinario.

D'altronde un adeguato sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie è ancora più necessario in Italia: il numero relativamente basso dei giudici e un altissimo tasso di litigiosità comportano un elevato arretrato in termini di contenziosi civili.

Non è un mistero che la lentezza del nostro sistema giudiziario[45] è un disincentivo agli investimenti esteri ed è un freno all'efficienza del sistema[46].

Da decenni si cerca di intervenire in via legislativa per accelerare i processi e assicurare in tempi ragionevoli i diritti dei cittadini.

Al riguardo, da ultimo va segnalato che secondo i dati della Commissione Europea l'Italia risulta ancora al quintultimo posto tra i Paesi europei per quello che riguarda la

---

[44] Cfr. M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, Cedam, 2007, *passim*.

[45] Interessante sul punto il contributo di P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, Esi, 2010, p. 30 ss.

[46] Cfr. 2016 *Annual Growth Survey* della Commissione Europea.

promozione di incentivi all'utilizzo dei sistemi di ADR.

L'approccio dei meccanismi ADR ha dimostrato che la fiducia e la legittimazione sui quali si fondano, hanno reso possibile un progressivo sviluppo degli stessi: è dimostrato che l'accettazione di decisioni (anche contrarie ai ricorrenti) tende ad essere molto alta nel caso in cui ci sia una percezione di correttezza ed imparzialità nelle procedure degli organi decidenti.

In altri termini si è più inclini a percepire l'esito di un risultato come giusto quando si ha la percezione che il modo in cui si sia arrivato a tale risultato sia corretto ed equilibrato.

Quanto sopra è tanto più utilizzabile nel settore bancario e finanziario, settore caratterizzato da un alto grado di tecnicismo e che potrebbero far sentire il consumatore/risparmiatore lontano dal processo decisionale nell'ambito giudiziale.

La crescita di tali settori negli ultimi decenni si è dunque accompagnata alla crescita dei meccanismi di ADR, volta a supportare una percezione dinamica delle regole che agevoli la soluzione delle controversie.

In sostanza, la promozione di sistemi di ADR è parte integrante di un processo tendente a favorire il mantenimento di buone relazioni con la clientela, potendosi considerare, seppur di riflesso, un'applicazione del principo di correttezza nelle relazioni contrattuali[47].

Un sistema di risoluzione alternativa delle controversie consente di dare rapida soluzione a vertenze di rilievo economico non particolarmente significativo, senza interrompere necessariamente il rapporto negoziale in essere tra le parti, migliorando la fiducia del pubblico nei confronti dei servizi bancari e finanziari.

In conclusione, l'introduzione di sistemi di ADR trova la sua ragion d'essere nella peculiarità dell'esigenze di tutela dei fruitori dei servizi bancari e dall'oggetto delle controversie, caratterizzate dalla difficoltà di ottenere un tempestivo rimedio giudiziale[48].

L'azione di stimolo svolta dall'Unione Europea ha concorso alla introduzione e alla

[47] V. LANCETTI, *Vicende e natura della conciliazione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., p. 844 ss.
[48] V. MIRRA, *Profili di criticità e prospettive degli strumenti di ADR in materia bancaria*, in *Riv. arbitrato*, 2, 2013, p. 515 ss.

diffusione dei citati sistemi.

4. Il *Departamento* per la risoluzione delle *reclamaciones* (cenni)

I ricorsi proposti della clientela degli intermediari operanti in Spagna possono essere presentati ad un apposito *Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones* istituito in seno alla Banca di Spagna.

Il regolamento di procedura, introdotto con decreto nel 2012, prevede che più ricorsi presentati da ricorrenti diversi contro lo stesso o contro diversi intermediari possano essere riuniti per essere decisi congiuntamente allorché presentino comunanza di questioni.

Il regolamento contempla anche la possibilità di ricorsi lisconsortili e finanche unitari sottoscritti da più ricorrenti, allorché tra le loro domande, distinte per titolo e *petitum*, sussista una connessione impropria per comunanza di questioni.

L'organismo decidente, precisa il regolamento non è competente a conoscere delle pretese risarcitorie dei clienti, né può imbarcarsi in valutazioni tecniche, esulanti dall'ambito della normativa di trasparenza e della tutela dei diritti della clientela.

Codificando gli orientamenti dell'organismo, il regolamento prevede altresì l'irricevibilità di ricorsi vertenti su astratte questioni di validità di clausole negoziali o condizioni generali di contratto[49].

L'organismo adito, nel termine di 4 mesi dal ricevimento del ricorso, pronuncia una *informe* motivata, non vincolante per le parti.

Il regolamento si premura di chiarire che la decisione resa dal dipartimento della Banca di Spagna non è un atto amministrativo e non è impugnabile avanti al giudice amministrativo.

Entro 1 mese dalla comunicazione della decisione favorevole al cliente l'intermediario resistente è tenuto a comunicare all'organismo se intende uniformarsi alla decisione.

In tale ultimo caso, deve documentare gli atti compiuti per dare attuazione alla decisione.

[49] Un orientamento, si vedrà, invalso anche nella prassi dei Collegi ABF, attenti a rilevare la inammissibilità di ricorsi non sorretti da un interesse concreto ad ottenere una pronuncia idonea a risolvere una lite e, pertanto, incompatibili con la finalità dell'organismo, non deputato a svolgere una funzione di consulenza.

Il tasso di accoglimento dei ricorsi della clientela sfiora il 46% cui deve aggiungersi un 36% di casi in cui la procedura si risolve anticipatamente attraverso un accordo tra cliente e intermediario[50].

[50] Per un approfondimento sui dati statistici di accoglimento dei ricorsi della clientela si veda: *bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones*.

SEZIONE 2

L'EVOLUZIONE DELLA LEGISLAZIONE IN MATERIA DI ADR

Sommario: 1. Origini storiche del fenomeno conciliativo - 2. I primi interventi in ambito Europeo - 3. L'applicazione dei principi generali nelle Direttive europee - 4. Gli studi della Commissione europea - 5. La direttiva ADR per i consumatori - 6. Il recepimento in Italia: il d.lg. n. 130 del 2015.

1. Origini storiche del fenomeno conciliativo

Prima di analizzare il fenomeno delle ADR, è necessario prendere le mosse dalla constatazione della quasi onnipresenza dei metodi privatistici di risoluzione delle controversie nella storia del diritto.

La nascita delle ADR viene fatta risalire alla *Pound Conference* svoltasi a Chicago nel 1976, data a partire dalla quale lo sviluppo delle stesse è stato incentivato anche dall'Unione Europea.

Le ricerche storiche hanno però dimostrato come le procedure conciliative siano un fenomeno risalente già al tempo degli antichi romani.

Si può ritenere che l'origine della cultura della conciliazione può essere fatta risalire addirittura al V secolo a.c.

Il riferimento alla necessità di comporre le controversie è una costante anche nell'ambito della tradizione giuridica orientale: con riferimento ai Paesi dell'estremo oriente[51] , si osserva come in tale contesto culturale, preoccuparsi unicamente del proprio utile

[51] Sulle origini della mediazione si rinvia al contributo di Cao Pei, richiamato da A. MIRANDA, *Le origini della mediazione nell'esperienza inglese*, in *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, a cura di A. Pera e G. M. Riccio, 2011, Milano, Cedam, p. 85 ss., il quale riferisce della storia di un funzionario imperiale che, difronte a situazioni di conflitto della popolazione a lui soggetta, si ritirava a meditare sulla negligenza e responsabilità poiché era convinto che, nonostante il suo potere di decidere, educando a monte la sua gente all'etica, essa non avrebbe più litigato. Riferisce ancora dell'epoca Ming (1368 d.C./1644 d.C.) durante la quale per ogni villaggio venne istituito il "padiglione della regione", inteso come luogo in cui gli anziani ascoltavano le controversie della gente del luogo e prima di decidere incentivavano le parti affinchè ricercassero una soluzione pacifica.

personale, senza tener conto degli interessi dell'altra parte è considerato, oggi come allora eticamente deplorevole, prima ancora che giuridicamente.

Ciò che interessa maggiormente dal punto di vista storico è capire come la necessità di metodi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie si imponga ogni qualvolta si verifichi una crisi delle istituzioni, che ingeneri sfiducia nelle stesse.

Partendo dal diritto romano, occorre accennare, in primo luogo, ai diversi sistemi procedurali dell'epoca per la tutela giuridica dei privati: al processo per *legis actiones* e da quello *per formulas*, quest'ultimo sviluppatasi come reazione alla rigidità delle forme del primo[52].

In generale, l'allontanamento dalla giurisdizione verso soluzioni giustiziali private, in epoca romana, fu prodotto dall'eccessivo formalismo delle procedure, in particolare delle *legis actiones*.

Il processo per *formulas* si sviluppa, infatti, in corrispondenza di una fase di maturazione economica della società romana che divenne sempre più sviluppata sotto il profilo degli scambi commerciali, al punto di doversi necessariamente sottrarre al rigore delle *legis actiones* tramite il ricorso alle formule (applicabili anche agli stranieri) e ricorrendo a decisioni arbitrali private.

Per un lungo periodo storico Roma conobbe un processo lasciato interamente ai privati: il rispetto delle regole di questo "processo"[53] era garantito dalla partecipazione corale della comunità e dall'influenza del fattore religioso.

Il processo privato romano, nelle due forme citate, si colloca a metà strada tra un processo vero e proprio e un processo arbitrale volontario.

A riguardo bisogna tener presente quanto affermato da Wlassak nella sua teoria sulle origini del processo privato romano.

---

[52] M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Utet, 1987, p. 27 ss.

[53] Solo nel periodo post -classico possiamo parlare di tutela statuale esclusiva. Questo poiché l'ordinamento giuridico romano è stato interessato da un fenomeno particolare che è quello del graduale passaggio da forme esclusive di autotutela, alla difesa del diritto operata con l'ausilio degli organi di giurisdizione statale. Pertanto, la giurisdizione del magistrato e quindi l'intervento dello Stato non può essere annoverato come elemento strutturale indefettibile del processo romano.

Egli riteneva che esso derivasse da forme primitive di arbitrato e che la genesi si sarebbe realizzata a seguito della sovrapposizione di una fase iniziale di controllo pubblico del procedimento alla primitiva procedura arbitrale; detta fase di controllo, che si sovrappose all'arbitrato, diede inizio alla fase cosiddetta *in iure.*

La fase *apud iudicem* rimase di competenza di un *iudex privatus* o di un arbitro: esso avrebbe mantenuto la sua struttura originaria di processo arbitrale, ma, da facoltativo, sarebbe divenuto obbligatorio. Questo procedimento sarebbe stato il frutto di quel processo di legalizzazione, per cui l'atto di accordo delle parti sarebbe ad un certo punto sottoposto a controllo del magistrato[54].

Un'altra delle tesi più accreditate sull'origine del procedimento formulare è quella di Emilio Betti, il quale ritiene che il Pretore abbia recepito nel proprio diritto una forma di autotutela privata che si concretizzava in un arbitrato[55].

In generale ciò che gli studi romanistici hanno evidenziato è una generale tendenza alla risoluzione extragiudiziale delle controversie[56].

Pratiche di questo genere erano ben viste sia dallo Stato, che, già da quell'epoca, individuava le procedure conciliative come strumenti atti ad evitare il sovraccarico della giurisdizione, si dai privati stessi che evitavano così le lungaggini del processo.

Tanto è vero che la presenza di forme di arbitrato per risolvere le controversie civili si rinviene anche in età medievale e in età moderna.

Il progressivo ricorso a forme giustiziali alternative, anche in questo caso, muoveva

---

[54] Il procedimento arbitrale volontario dell'età pre-civica si praticava per comporre le liti fra *gentes* o fra *familiae* oppure fra i membri di uno stesso gruppo. La decisione però non veniva affidata chiaramente ad un magistrato, bensì al capo del gruppo, il quale indicava alle parti i criteri da seguire. La fonte del processo romano privato non è dunque un atto di autorità, bensì un atto delle parti che esprime il loro accordo sull'impostazione della lite e sulla decisione di deferire la decisione a un terzo, l'arbitro appunto. Sul punto si veda L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in *Actio in rem e actio in personam*. *In ricordo di Mario Talamanca*, (a cura di) L. Garofalo, Padova, Cedam, 2011, p. 853 ss.

[55] G. CRIFO', voce *Arbitrato (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1958, p. 853 ss.

[56] I surrogati della giurisdizione furono principalmente tre: la transazione tra le parti in lite; il giuramento decisorio cioè la concorde rimessione della decisione ad un *iusiurandum voluntarium*; l'arbitrato, cioè la rimessione della decisione ad una *sententia* pronunciata da un *arbiter* di comune gradimento. Se la parte soccombente si fosse sottratta alla decisione stragiudiziale, la controparte poteva ricorrere agli organi giurisdizionali affinchè fosse eseguita tale decisione. Così A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 2004, p. 157.

dalla sfiducia nelle istituzioni e rappresentava uno degli strumenti ideali per sviare rispetto alla giustizia delle Corti imperiali[57].

In tutto ciò fondamentale fu anche l'opera della Chiesa, la quale fin dal Basso Impero, insistette particolarmente nell'invitare i credenti a rivolgersi alla giurisdizione del Vescovo e dei Tribunali ecclesiastici, anziché rivolgersi alle magistrature dello Stato: l'udientia episcopalis permarrà fino all'Alto Medioevo, come una forma di arbitrato, caratterizzata dalla facoltà delle parti di investire il Vescovo delle loro controversie e dalla natura arbitrale delle sentenze vescovili.

In epoca feudale, caratterizzata da una profonda crisi dello Stato, appariva naturale sfuggire alla giurisdizione pubblica per rifugiarsi in quella privata.

Anche in questo caso dunque il fenomeno va ricollegato alle nuove esigenze economiche e sociali fiorite con la rivoluzione dei Comuni: l'arbitrato rappresentava, infatti, una forma di giudizio più adatta alla risoluzione rapida delle controversie civili e mercantili[58].

Una grande attenzione nei confronti dell'istituto in esame continua per tutto il periodo del diritto comune e in particolare del diritto statutario, basti citare il capitolare *nauticum* e l'esperienza di Federico II di Sicilia, il quale, pur essendo un noto accentratore promulgò una legislazione speciale per garantire gli arbitri.

Successivamente i Commentatori passarono alla storia per essere gli autori della distinzione tra *arbiter* e *arbitrator*: nella prima figura la controversia veniva decisa secondo le norme del diritto positivo; la seconda *ex bono et aequo* senza possibilità di appello.

---

[57] La dottrina giuridica medievale, facendosi interprete di ciò che accadeva nella pratica, ha notato la presenza di questo istituto come ammortizzatore sociale in momenti storici particolari: esiste nel mondo medievale una sfrenata ricerca di metodi alternativi alla giustizia ufficiale amministrato dall'imperatore o dai suoi delegati. Così V. PIERGIOVANNI, *Profili storici dal diritto romano al diritto medievale moderno*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 5 ss.

[58] La normativa statutaria ha sviluppato l'arbitrato imposto dalla legge "necessario": la rilevanza sociale, militare ed economica delle organizzazioni familiari all'interno dei Comuni medievali determina il privilegio di sottrarre le proprie controversie al giudice ordinario e di portarle alla cognizione di un organismo arbitrale espresso dallo stesso gruppo.

In età moderna, il tentativo costante di comprimere e regolamentare le libertà personali non riesce a scalfire l'utilizzo delle procedure arbitrali.

Per tale ragione taluni studiosi hanno proposto una lettura della storia dell'arbitrato secondo un processo evolutivo interno agli ordinamenti, nei quali lo spazio riconosciuto all'istituto de quo viene considerato in relazione al grado maggiore o minore di autoritarismo.

2. I primi interventi in ambito Europeo

La legislazione comunitaria ha riservato una crescente attenzione alla tutela del consumatore/risparmiatore[59],parte debole del rapoorto contrattuale.

La garanzia di un livello elevato di protezione dei consumatori è considerato un obiettivo primario da perseguire tanto da essere incluso nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

A livello europeo, lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie costituisce una delle misure volte al raggiungimento dell'obiettivo di rafforzare la tutela per il consumatore[60].

Il rafforzamento della fiducia dei consumatori e il miglioramento della loro autonomia decisionale attraverso appositi programmi di educazione finanziaria sono annoverati tra gli obiettivi da raggiungere già dal Libro Verde sui servizi finanziari al dettaglio del mercato unico del 2007[61].

Qui si evidenzia come l'utilizzo dei meccanismi di ADR sia una priorità a livello politico: l'ADR si colloca in pieno nel contesto delle politiche volte al miglioramento dell'accesso alla giustizia.

L'ADR svolge, in effetti, un ruolo complementare rispetto ai procedimenti affidati al

---

[59] Per le varie teorie su convergenze e differenze de concetti di consumatore risparmiatore si rimanda a R. LENER, *Forma contrattuale di tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Milano, Giuffrè, 1996; E. CAPOBIANCO, *op.cit.*, Napoli, 2000.

[60] Interessante sul punto il contributo di P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. Giur. Molise e Sannio*, 1995, p. 185 ss.

[61] Sul tema si veda C. LICINI, *ADR: aspettative europee ed esperienza U.S.A., attraverso il Libro Verde della Commissione Europea, e la sapienza di un giurista mediator americano*, in *Riv. Not.*, 2003, I, p. 190 ss.

giudice ordinario.

La Commissione Europea ha successivamente emanato due raccomandazioni in tema di risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo[62].

La prima raccomandazione (98/257/CE) enumera i sette principi minimi per il funzionamento dei metodi di ADR: i principi di indipendenza, trasparenza della procedura, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza.

La seconda raccomandazione (2001/310/CE) si fonda sui principi di imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità[63].

In altri termini le ADR garantiscano costi proporzionati, un accesso più agevole alla giustizia (alternativa), il monitoraggio dell'iter della controversia e la regolare informazione delle parti.

3. L'applicazione dei principi generali nelle Direttive europee

In applicazione di siffatti principi, gli interventi normativi stabiliti in sede europea e soprattutto in ambito bancario-finanziario (Direttiva sui servizi di pagamento, Direttiva MiFID, ecc.) hanno realizzato un notevole accrescimento della tutela della clientela, anche attraverso la diffusione di sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie.

Si cita su tutti quanto disposto dalla direttiva 2014/75/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai mercati degli strumenti finanziari (c.d. MiFID II), la quale prevede che: "ai fini della protezione dei clienti e senza pregiudizio del loro diritto di adire le vie legali, è opportuno che gli Stati membri provvedano affinché organismi pubblici o privati siano istituiti ai fini della composizione extragiudiziale delle controversie a cooperare nella risoluzione delle vertenze transfrontaliere".

---

[62] La necessità di una raccomandazione è stata sottolineata nel corso della consultazione sul Libro Verde ed è stata confermata nel corso della consultazione sulla comunicazione "piano d'azione" (piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato interno, COM (96) 13 DEF. del 14 febbraio 1996) dalla grande maggioranza delle parti interessate.

[63] Tale raccomandazione sottolinea che la portata della precedente raccomandazione del '98 è limitata a procedure che portano alla composizione di una controversia mediante l'intervento attivo di terzi che propongono o impongono una soluzione. Essa non riguarda procedure che comportano un semplice tentativo di far incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione basata sul consenso. A queste procedure si rivolge la raccomandazione 2001/310/CE.

Occorre inoltre evidenziare come in ambito comunitario siano numerose le disposizioni che hanno imposto agli Stati membri l'istituzione di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in determinate materie, contribuendo a garantire l'effettività della tutela della clientela, attraverso il rispetto dei principi espressi dalla Raccomandazione 98/257/CE in tema di ADR[64].

4. Gli studi della Commissione europea

La varietà dei sistemi di ADR in Europa ha indotto la Commissione europea a studiare approfonditamente la tematica delle ADR cercando di intervenire per indirizzare i consumatori verso organismi di risoluzione delle controversie che assicurino caratteristi uniformi in tutti gli Stati membri.

Dall'analisi svolta è emerso come in Europa un terzo degli Stati membri abbia dei sistemi di ADR attivi per coprire tutte le controversie in materia di consumo; in alcuni Stati, invece, sussistono meccanismi di ADR in settori specifici ovvero in ambiti territoriali limitati.

La Commissione europea nel proprio studio sul fenomeno dell'ADR ha osservato come il 54% dei soggetti sia più propenso a risolvere le proprie controversie in ambito stragiudiziale piuttosto che giudizialmente; la percentuale sale all' 82% nel caso in cui i soggetti in questione abbiano già utilizzato dei sistemi di ADR; l'efficienza dei menzionati sistemi di ADR avrebbe quale conseguenza immediata l'aumento delle transazioni in ambito commerciale derivante da una maggiore liquidità.

L'utilizzo di sistemi di ADR trasparenti comporterebbe, infatti, un risparmio di circa 20 miliardi di euro.

Il primo passo da porre in essere è quello di aumentare la consapevolezza e la conoscenza che i consumatori hanno di tali meccanismi.

Come detto, gli ADR sono disomogenei e non coprono con efficienza interi settori o

[64] Nei Considerando della Raccomandazione 98/257/CE si sottolinea come la maggior parte delle controversie in materia di consumo è caratterizzata da una sproporzione tra la portata economica della controversia e i costi di un giudizio; per cui l'istituzione di meccanismi alternativi può offrire una valida tutela sia sotto il profilo dei costi, sia sotto quello dei tempi molto più celeri per addivenire alla risoluzione delle vertenze; si rimanda in particolare ai Considerando nn. 3, 5, 9.

territori, sono poco conosciuti e non vi è piena fiducia nell'efficacia degli stessi da parte dei consumatori.

Si pensi come già nel 2001 venivano individuati dalla Commissione europea 27 diversi sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie nei vari Paesi comunitari.

Tra questi si può agevolmente notare come il settore finanziario sia uno dei più variegati per quanto concerne la tipologia dei meccanismi di ADR presenti.

Va evidenziato, che tali sistemi si sono successivamente ampliati e sono ora pronti per essere razionalizzati alla luce del recepimento della direttiva ADR e del regolamento ODR.

In sostanza, tutto quanto sopra descritto conferma come la ratio da attuarsi in ambito europeo sia volta ad indirizzare i consumatori verso l'utilizzo di sistemi di ADR, rafforzando la fiducia degli stessi nel mercato.

5. La direttiva ADR per i consumatori

Le azioni intraprese in passato a livello europeo non hanno raggiunto i loro obiettivi, pertanto si è reso necessario intervenire per adottare un'armonizzazione massima nell'ambito dei rapporti tra i consumatori e i professionisti.

Il Parlamento europeo ha dovuto riconoscere come sia deplorevole che, nonostante le raccomandazioni della Commissione 98/257/CE e 20001/310/CE, i meccanismi di ADR non siano stati attuati correttamente e non funzionino in modo soddisfacente in tutti i paesi comunitari.

La varietà e la disomogeneità dei livelli qualitativi dei meccanismi di ADR nei vari Stati membri ne hanno minato l'efficacia; inoltre, gli acquisti transfrontalieri sono stati limitati dalla disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell'ADR tra i vari stati membri.

Nel 2013, poi, sempre con l'obiettivo primario di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori[65], è stato pubblicato il cosiddetto "pacchetto" ADR, formato da una Direttiva (Direttiva 2013/11/UE) e un Regolamento (Regolamento 2013/524/UE),

[65] Cfr. Art. 179 del TFUE e art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

strumenti interconnessi e complementari tra di loro.

Attraverso tali atti legislativi si è preso atto dell'importanza del commercio elettronico quale pilastro dell'attività economica dell'Unione, che necessita di una infrastruttura di ADR opportunamente funzionante per le controversie dei consumatori e un quadro opportunamente integrato di risoluzione delle controversie derivanti da operazioni effettuate *online* (ODR) al fine di conseguire l'obiettivo di rafforzare la fiducia dei cittadini nel mercato interno[66].

Occorre notare che l'intervento europeo uniforma i sistemi di ADR esistenti negli Stati membri a criteri prestabiliti, nel rispetto delle tradizioni giuridiche esistenti nei vari Paesi.

Le soluzioni nazionali che prevedono meccanismi obbligatori per i professionisti (ad esempio t.u.b. in Italia con riferimento agli intermediari finanziari) sono fatte salve: è infatti possibile rendere la soluzione dell'utilizzo di meccanismi di ADR vincolante per le parti, ma solo a condizione che queste siano state preventivamente informate del suo carattere vincolante e abbiano fornito il loro assenso.

La specifica accettazione del professionista non è richiesta se le norme nazionali vincolano in *tout court* i professionisti[67].

Nell'intervento del legislatore comunitario c'è la volontà di sviluppare tutti i principi individuati dalle precedenti raccomandazioni emanate a livello europeo, garantendo che i consumatori possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrono procedure indipendenti, efficaci, trasparenti, imparziali, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie.

In sostanza, con la Direttiva ADR si vuole agevolare la soluzione amichevole delle controversie derivanti da contratti di vendita[68] o di servizi[69] tra professionisti e

---

[66] Cfr. Considerando 11 della Direttiva 2013/11/UE.

[67] Cfr. art. 10, della Direttiva ADR.

[68] Per contratto di vendita si intende "qualsiasi contratto in base al quale il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, inclusi i contratti che hanno come oggetto sia beni che servizi" (art. 4, comma 1, lett. c) della Direttiva ADR.

[69] Per contratto di servizi si intende "qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore ne

consumatori stabiliti nell'Unione Europea, stabilendo dei requisiti armonizzati di qualità in materia di procedure di ADR, che devono essere posseduti da appositi organismi a livello nazionale.

Tali meccanismi devono avere delle caratteristiche essenziali ed ineliminabili, agevolando i consumatori, i quali devono essere informati adeguatamente in merito al meccanismo di ADR competente per le controversie che li coinvolgono, anche laddove si dovessero rivolgere ad un organismo situato in uno Stato membro diverso da quello di residenza.

Rilevanti in questo senso sono gli obblighi di trasparenza imposti, ma soprattutto le previsioni in materia di assistenza al consumatore e di cooperazione tra organismi ADR e autorità nazionali.

E' possibile ritenere che quanto sopra avrà effetti dirompenti sulle *policy* interne degli intermediari, sulla gestione dei reclami dei clienti.

L'emersione di problematiche significative avrà, infatti, l'effetto di puntare l'attenzione sulle stesse e, nell'ottica di una maggiore efficacia dell'intermediario, quest'ultimo sarà indotto a porre in essere tutte le azioni necessarie atte a minimizzare i possibili impatti negativi che dette problematiche potrebbero causargli in futuro.

Gli organismi di ADR possono considerarsi nuovi "alleati" per le Autorità di settore, per la tutela dei consumatori e per una maggior competitività del sistema bancario.

Si può pertanto concludere osservando che la Direttiva ADR, si fa carico di evidenziare le problematiche da risolvere per rendere più competitivi i mercati europei, migliorando le strutture e le attività degli intermediari, così da aumentare la fiducia nei risparmiatori.

6. Il recepimento in Italia: il d.lg. n. 130 del 2015

In Italia la Direttiva ADR è stata recepita con il d.lg. 6 agosto 2015, n. 130, il quale ha inserito il Titolo II *bis*, all'intrno del c. cons.

Attraverso tale intervento legislativo nazionale vengono recepiti per intero i principi cardine contenuti nella Direttiva ADR, facendo in modo che gli organismi di ADR

paga o si impegna a pagarne il prezzo" (art. 4, comma 1, lett. d) della Direttiva ADR).

nazionali possano trattare sia le controversie nazionali sia quelle transfrontaliere, comprese le controversie oggetto del regolamento ODR, anche attraverso il ricorso a reti di organismi di ADR.

In particolare, con riferimento all'accesso dei consumatori alle controversie transfrontaliere, salvo quanto previsto dalla normativa di settore, gli stessi possono rivolgersi al Centro nazionale della rete europea per i consumatori al fine di essere assistiti nell'accesso all'organismo ADR che opera in un altro Stato membro e sia competente a trattare la loro controversia transfrontaliera[70].

In Italia sono state designate differenti autorità competenti[71] e il Ministero dello sviluppo economico è stato designato quale punto di contatto unico con la Commissione europea.

Ogni autorità competente provvede all'iscrizione, sospensione, cancellazione degli iscritti e vigila sui singoli organismi di ADR.

[70] Cfr. art. 141*sexies*, comma 5, del c. cons.

[71] In particolare, sono designate le seguenti autorità competenti:
a) Ministero della giustizia unitamente al Ministero dello sviluppo economico, con riferimento al registro degli organismi di mediazione relativo alla materia del consumo, di cui all' art. 16, commi 2 e 4, del d.lg. 4 marzo 2010, n. 28;
b) Commissione nazionale per le società e la borsa, con riferimento ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinati ai sensi dell'art. 2 del d.lg. 8 ottobre 2007, n. 179, e dei regolamenti attuativi;
c) Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, per il settore di competenza;
d) Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, per il settore di competenza;
e) Banca d'Italia, con riferimento ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinati ai sensi dell'art. 128*bis* del d.lg. 1settembre 1993, n. 385;
f) Altre autorità amministrative indipendenti, di regolazione di specifici settori, ove disciplinino specifiche procedure ADR secondo le proprie competenze;
g) Ministero dello sviluppo economico con riferimento alle negoziazioni paritetiche relative ai settori non regolamentati.

SEZIONE 3

ADR E CONSUMATORE

Sommario: 1. Caratteri generali – 2. La risoluzione extragiudiziale delle controversie – 3. ADR consumeristici e mediazione civile – 4. La direttiva sulle clausole vessatorie – 5. Gli ODR – 6. Le diverse tipologie di ODR – 6.1. Il contributo delle Camere di commercio nello sviluppo degli ODR in Italia – 7. *Arbitraje de consumo* - 8. Considerazioni conclusive in materia dei ADR e ODR.

1. Caratteri generali

Il progressivo interesse manifestato negli ultimi anni dal legislatore verso la risoluzione alternativa delle liti è ormai un dato noto.

A partire dall'introduzione del procedimento uniforme di mediazione, il panorama si è sempre più arricchito sino a ricomprendere nuovi strumenti ADR dal carattere generalistico (ad esempio la procedura di negoziazione assistita da un avvocato), ovvero maggiormente di settore (si pensi alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento[72].

In questo percorso s'innesta altresì l'introduzione di uno strumento alternativo speciale per le controversie tra professionisti e consumatori, disciplinati all'interno del cod. cons. artt. 141 – 141*decies* e successive modifiche.

Si tratta di percorsi dal carattere essenzialmente volontario, i quali peraltro non potrebbero in alcun modo privare il consumatore del proprio diritto alla tutela giurisdizionale, estremamente semplificati sia per quanto concerne l'attivazione, che in relazione al concreto svolgersi delle diverse attività, le quali dovranno prevedere modalità in grado di venire incontro all'esigenze di volta in volta manifestate dal

[72] Si veda su tutti L. MEZZASOMA, *La colpa del consumatore nelle procedure di sovraindebitamento*, in *Rassegna di Diritto civile*, 4, 2017, p. 1378 ss.; L. MEZZASOMA, *Commento art. 6 (finalità e definizioni) - Disciplina sul sovraindebitamento*, in *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, (a cura di) E. Capobianco, L. Mezzasoma e G. Perlingieri, Napoli, Esi, 2018.

consumatore.

Sebbene la predisposizione delle norme regolamentari, così come la gestione del procedimento venga demandata ad appositi organismi certificati in possesso di specifici requisiti di competenza, professionalità e indipendenza, la legge si preoccupa di stabilire alcuni caratteri essenziali del procedimento cui tutti i percorsi ADR devono uniformarsi[73].

In caso di procedure ADR finalizzate a dirimere la controversia avanzando una soluzione, le stesse devono sempre dare alcune garanzie alle parti: assicurare che le parti, prima di accettare di dar seguito a una soluzione proposta siano messe al corrente che possono accettare o meno di seguire la soluzione proposta; il prendere parte alla procedura non osta alla richiesta di risarcimento mediante un normale procedimento giudiziario; gli interessati prima di accettare di dar seguito alla soluzione proposta, devono essere avvisati delle conseguenze giuridiche che ne derivano essendo consapevoli che la soluzione potrebbe risultare differente dall'esito della decisione di un organo giurisdizionale; le parti, prima di accogliere la soluzione presentata devono avere un periodo di riflessione ragionevole.

Interessante risulta poi la previsione di alcuni obblighi volti a garantire quella trasparenza più volte menzionata nelle fonti sovranazionali come uno dei capisaldi su cui si poggiano gli strumenti ADR[74].

---

[73] In particolare, secondo l'art. 141*quater* del c. cons. si prevede che : a) le parti devono poter manifestare la propria opinione, ricevere dall'organismo ADR le argomentazioni, le prove, i documenti e i fatti presentati dalla controparte; b) le parti devono essere rese edotte della circostanza che non sussiste l'obbligo di far ricorso ad un avvocato; c) alle parti deve esser notificato l'esito della procedura ADR per iscritto o su supporto durevole insieme ai motivi sui quali lo stesso è basato.

[74] A tale riguardo il primo comma dell'art 141*quater* del c. cons. richiede agli organismi ADR di pubblicare sui loro siti ovvero di rendere in altro modo note ai consociati: a) le modalità di contatto, l'indirizzo postale e quello di posta elettronica dell'organismo; b) il proprio inserimento nell'elenco degli organismi preventivamente accreditati a gestire procedimenti ADR; c) le persone fisiche incaricate della procedura ADR, i criteri seguiti per il conferimento dell'incarico nonché per la loro successiva designazione e la durata del loro incarico; d) la competenza, l'imparzialità, l'indipendenza delle persone fisiche preposte alla gestione della procedura nell'eventualità in cui le stesse siano assunte o retribuite unicamente dal professionista; e) l'eventuale associazione con reti di organismi ADR che facilitano la risoluzione delle controversie transfrontaliere; f) il settore di competenza specifica, ricompreso il limite di valore di competenza; g) le disposizioni giuridiche che regolano la procedura *de qua* e le ragioni per le quali l'organismo ADR incaricato può rifiutare di trattare una specifica lite *ex* art. 141*bis*, comma 2, c. cons.; h) le lingue in cui possono essere avanzati reclami all'organismo; i) se l'organismo procede al

In aggiunta, le predette procedure ADR si caratterizzano per i costi nulli o decisamente bassi anche rispetto ad un procedimento alternativo ordinario.

Un ulteriore aspetto da sottolineare concerne i brevi termini di definizione, i quali sono fissati in soli 90 giorni con un'eventuale appendice di ulteriori 90 giorni in caso di questioni particolarmente complesse.

Ulteriore caratteristica degna di nota è la garanzia di poter abbandonare in qualsiasi momento il procedimento senza sanzioni o conseguenze sfavorevoli in un eventuale procedimento giurisdizionale successivo.

2. La risoluzione extragiudiziale delle controversie

La Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e la Direttiva 2009/22/CE si inseriscono nell'ambito delle iniziative comunitarie volte a migliorare l'accesso alla giustizia quale diritto fondamentale consacrato nell'art. 6 della CEDU[75].

L'obiettivo dei provvedimenti europei è quello di "garantire 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"[76].

Alla direttiva sull'ADR è stata data attuazione in Italia con il d.lg. 6 agosto 2015, n. 130[77].

In particolare, con l'art. 1 della norma sopra citata è stato inserito, nel c. cons. il titolo

componimento della lite mediante previsioni normative, considerazioni di equità, codici di condotta o altri tipi di regole; j) eventuali attività che gli interessati devono compiere prima di avviare la procedura, compreso il tentativo di risoluzione della controversia attraverso una negoziazione diretta con il professionista; k) la possibilità o meno per gli interessati di ritirarsi dalla procedura; l) gli ipotetici costi che gli interessati dovranno sostenere, incluse le previsioni normative sulla ripartizione delle spese al termine della procedura; m) l durata media della procedura ADR; n) l'effetto giuridico connesso all'esito della procedura ADR; o) l'esecutività della determinazione raggiunta, nell'ambito delle fattispecie eventualmente previste dalle norme vigenti.

[75] F. P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *RTDPC*, 2014, p. 1299 ss.

[76] Art. 1 Dir. 2013/11/UE.

[77] Cfr. A. PALMIERI, *La nuova disciplina sulle procedure ADR avviate dai consumatori nei confronti dei professionisti*, in *quotidianogiuridico.it*.

II *bis* nella parte V, rubricato "risoluzione extragiudiziale delle controversie", e sono stati aggiunti gli articoli dal 141-*bis* al 141-*decies*[78].

I primi tre commi dell'art. 141 c. cons. contengono le definizioni su cosa si debba intendere per "procedura ADR".

L'organismo ADR, come noto, è un qualsiasi organismo, a prescindere dalla sua denominazione, istituito su base permanente, che offre la risoluzione di una controversia attraverso una procedura ADR ed è iscritto in un apposito elenco *ex* art. 141-*decies*.

Si tratta dunque di procedure affidate a soggetti terzi, neutrali, ed imparziali che siano appositamente abilitati da una delle autorità competenti, mediante iscrizione ad uno specifico elenco, e che gestiscano procedure di risoluzione della controversia su base permanente, dotati di soggettività giuridica propria, di autonomia regolamentare e patrimoniale[79].

Nel comma 4 dell'art. 141 c. cons. si stabilisce che le disposizioni del nuovo titolo si applicano "alle procedure volontarie di composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione Europea nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole".

Si tratta, pertanto, di procedure di natura volontaria, riferibili tanto ad una lite interna, quanto transfrontaliera, e la loro forma può essere convenzionale o telematica.

Il comma in esame, però, nel delimitare l'ambito di applicazione della nuova disciplina stabilisce anche l'applicazione delle nuove disposizioni agli organismi di mediazione

---

[78] Vale rammentare che con il d.lg. n. 130 del 2005 è stato modificato anche l'art. 33, comma 2, c. cons., con l'aggiunta di due ulteriori lettere: la v *bis*) secondo cui si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto o per effetto, di imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione extragiudiziale prevista dal titolo II *bis* della parte V, di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un unico organismo ADR; e la lettera v *ter*) secondo cui si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di rendere eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II *bis* della parte V.

[79] P. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo*, in *NLC*, 2016, p. 514 ss.

iscritti nella Sez. speciale in materia di consumo di cui all'art. 16 del d. lg. 4 marzo 2010 n. 28 (recante norme in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali), come pure agli organismi ADR iscritti presso gli elenchi dell'Autorità amministrative indipendenti, e alle procedure ADR della Banca d'Italia e della Consob nei rispettivi settori di competenza.

Il comma 8 dell'art. 141 c. cons. individua poi alcune fattispecie a cui non si applica la nuova disciplina.

Sono escluse dall'ambito di applicazione del nuovo titolo: le procedure presso sistemi di trattamento dei reclami offerti ai consumatori dai professionisti e gestiti da questi ultimi; la negoziazione diretta tra professionista e consumatore.

In ogni caso, occorre evidenziare, il consumatore[80] non può essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente, qualunque sia l'esito della procedura extragiudiziale.

3. ADR consumeristici e mediazione civile

Diversamente da altri strumenti alternativi, i quali spiegano la loro efficacia in relazione alle categorie di controversie per cui sono stati predisposti, la disciplina sopra citata ha una portata *ratione personae*.

Invero, il "doppio binario" che a rigore dovrebbe mantenersi nel caso in cui venga attivata una mediazione in materia commerciale fra consumatore e professionista – ovvero l'applicazione delle disposizioni contenute nel c. cons. in luogo di quelle fissate dal d.lg. n. 28 del 2010, innanzi ad un organismo accreditato a gestire procedimenti ADR in materia consumeristica – assume nella prassi contorni meno definiti.

Da una parte sono ancora pochi gli organismi certificati ad operare secondo le indicazioni del c. cons., così legittimando gli altri soggetti pubblici e privati (previamente accreditati *ex* d.lg. n. 28 del 2010) a occuparsi di tutte le vertenze loro

[80]Interessante sul punto il contributo di E. LLAMAS POMBO, *De la nocion consumidor a la tutela del contratante debil*, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2020, p. 150 ss.

sottoposte indipendentemente dal "carattere" dei litiganti; da altra parte, la normativa di derivazione comunitaria nel salvaguardare i procedimenti *ex* art. 5 d.lg. 28 del 2010 sembra richiamare non solo la diversa fonte ma anche le numerose peculiarità che caratterizzano la mediazione civile.

Una prima questione concerne la compatibilità dell'art. 8 d.lg. 28 del 2010, valevole per i casi di mediazione obbligatoria e relativo all'obbligo di assistenza legale, con le prescrizioni dettate dal d.lg. n. 130 del 2015 le quali come osservato consentono al consumatore di partecipare al procedimento senza l'ausilio di un avvocato.

Sul punto la Corte di Giustizia, con sentenza 14 giugno 2017, n. C75 ha ravvisato elementi tali da ritenere non conforme con la disciplina europea la mediazione uniforme qualora applicata ai rapporti professionista – consumatore.

Questo dovrebbe a rigore comportare la disapplicazione della normativa nazionale in materia in favore delle disposizioni contenute nel cod. cons.[81]

E' stata pertanto proposta una soluzione differenziata alla questione di cui si discute, a seconda che il procedimento alternativo accreditato *ex* art. 141*decies* del c. cons. ovvero soltanto *ex* art. 16 d.lg. n. 28 del 2010: nel primo caso l'assistenza tecnica non sarà necessaria; viceversa qualora il consumatore attivi una classica mediazione di fronte ad un organismo non ancora abilitato a trattare le controversie di cui al d.lg. n. 130 del 2015, opereranno le regole in vigore per la mediazione "uniforme", ivi compreso l'obbligo di assistenza legale per i casi obbligatori.

Ulteriore questione si ricollega al principio di libertà che caratterizza la procedura ADR consumeristica, nel senso che assicura al consumatore di poter liberamente decidere se proseguire nel percorso ADR ovvero ritirarsi senza pregiudizio in un successivo procedimento dinnanzi al giudice ordinario[82].

Ci si riferisce, in particolare al noto principio di effettività della mediazione (di

[81] Va peraltro segnalata in argomento la posizione del Consiglio Nazionale Forense il quale osserva come l'idea di ADR scaturente dalla disciplina europea appaia in realtà lontana dal concreto estrinsecarsi della mediazione uniforme in Italia.

[82] Interessanti sul punto le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Arbitrato e Costituzione*, Napoli, Esi, 2002, p. 33 ss.

elaborazione giurisprudenziale) secondo cui "affinchè la condizione di procedibilità risulti soddisfatta è necessario che le parti non soltanto si presentino al primo incontro ma consentano altresì al mediatore di iniziare a discutere le questioni oggetto della controversia, salvo il diritto di abbandonare il procedimento non appena ritengano non vi siano più spazi per un accordo condiviso".

Tale principio potrebbe in realtà ben coordinarsi anche nei casi di mediazioni obbligatorie attivate dai consumatori: invero, da una parte, l'esigenza di assicurare un tentativo stragiudiziale effettivo, sussisterebbe indipendentemente dalla qualità delle parti; dall'altra parte la direttiva 2013/11/UE, nello stabilire che le parti possano ritirarsi in qualsiasi momento se non sono soddisfatte del funzionamento della procedura, parrebbe richiedere una previa verifica sulle pregresse attività compiute dal mediatore; infine non va dimenticato che, ai sensi del d.lg. 28 del 2010 qualora il primo incontro si concluda senza l'accordo nulla è dovuto all'organismo, esonerando il consumatore da esborsi economici connessi ad attività rivelatesi poi infruttuose.

Un'ultima questione si pone infine con riferimento all'art. 13 d.lg. n. 28 del 2010 il quale dispone una diversa ripartizione delle spese processuali nel caso di rifiuto di una precedente proposta di conciliazione: invero la parte vittoriosa nel merito ma colpevole di non aver prestato il proprio assenso alla valutazione del mediatore (il cui contenuto è stato poi recepito nel provvedimento che ha definito il successivo giudizio) dovrà rifondere le spese legali della controparte (oltre il pagamento del contributo unificato e l'eventuale risarcimento per lite temeraria) non trascurabili nella prospettiva del consumatore.

Ebbene la possibilità per il consumatore di valutare l'opportunità di proseguire o meno la trattativa in ogni momento, la necessità di una rigida separazione dall'eventuale fase giudiziale successiva, dovrebbero a rigore orientare l'interprete verso una valutazione di incompatibilità con i principi fissati dalla direttiva consumeristica di ogni disposizione interna che istituisca oneri a carico dell'istante.

Al riguardo, tuttavia, tanto la direttiva europea che la disciplina interna affermano che "le parti prima di accettare di dar seguito a una soluzione proposta devono essere

informate dell'effetto giuridico che da ciò consegue"[83]: mentre la parte relativa all'accettazione della proposta e all'esecuzione dell'accordo così raggiunto si giustifica in relazione alla necessità che il consumatore venga informato di ciò che in concreto le specifiche pattuizioni comportano sulla propria posizione, qualche dubbio solleva la previsione dell'obbligo di comunicazione degli effetti giuridici scaturenti dalla mancata accettazione della proposta la quale sembrerebbe salvaguardare quanto stabilito dal d.lg. n. 28 del 2010[84].

Tutto ciò, peraltro, stupisce ancora di più se si considera che la stessa disciplina europea afferma che le parti prima di accettare di dar seguito a una soluzione proposta, siano informate del fatto che "la soluzione proposta potrebbe essere diversa dal risultato che potrebbe essere ottenuto con la decisione di un organo giurisdizionale che applichi norme giuridiche"[85]: pertanto risulterebbe forse più conforme all'intera disciplina non applicare ai rapporti consumatore – professionista la disposizione in tema di proposta e successive spese giudiziali.

4. La direttiva sulle clausole vessatorie

La Direttiva 93/13/CE riguarda le clausole arbitrali inserite nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore.

Nell'*addendum alla Direttiva*, che contiene un elenco indicativo di clausole che possono essere dichiarate abusive, si considerano tali quelle che hanno per oggetto o per effetto di "sopprimere o limitare l'esercizio di 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 o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra

[83] Art. 9, comma 2, lettera c), direttiva n. 2013/11/UE e art. 141*quater*, comma 5, lettera b) n. 3 c. cons.
[84] Imprescindibile sul punto la lettura di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Esi, 2006, p. 41 ss.
[85] Art. 9, comma 2, lettera b), direttiva n. 2013/11/UE e art. 141*quater*, comma 5, lettera b) n. 3 c. cons.

parte del contratto".

Lo scopo della Direttiva consiste nel prevenire e nel reprimere tentativi, da parte del professionista, di profittare del proprio potere contrattuale per imporre al consumatore limitazioni all'esercizio dei diritti derivatigli dal contratto e limitazioni alla difesa.

I profili considerati sono molteplici, e assai diversi tra loro, quali la regolamentazione negoziale dell'onere della prova e dei mezzi di prova, la giurisdizione e la competenza del giudice, la rinuncia a diritti, ad azioni e ad accezioni.

L'art. 1, comma 9, lett. a, d.lg. 6 agosto 2015, n. 130 ha introdotto all'art. 33 del c. cons. due ulteriori lettere, la v-*bis* e la v-*ter*, stabilendo la presunzione di vessatorietà di tutte quelle clausole che risultino in concreto limitative dell'esigenze di trasparenza e facilità di accesso alle ADR.

Occorre evidenziare che il vaglio del significativo squilibrio non prescindeva da una valutazione in concreto delle clausole in odore di abusività, come già auspicabile anteriormente alla riforma[86].

Tanto più oggi, che con l'introduzione delle nuove disposizioni che rendono passibili di scrutinio di vessatorietà non solo le clausole aventi ad oggetto "necessariamente ed esclusivamente la sede dell'organismo ADR, occorre valutare se il consumatore sia stato privato della possibilità di concorrere alla scelta dell'unico organismo indicato, o se la tipologia di organismi preselezionati dal professionista operi, soltanto in determinati ambiti di competenza con possibile rischio per le ragioni del consumatore stesso in ragione della diversa materia del contendere"[87].

Va segnalato che la Corte di Giustizia[88] ha stabilito che, per le controversie in cui è parte un consumatore, sia legittima la previsione da parte degli Stati membri del ricorso ad una procedura di mediazione come condizione di procedibilità della domanda

---

[86] Cfr. S. MONTICELLI, *Il c.d. foro del consumatore e la vessatorietà della clausola di predeterminazione dell'organismo di mediazione*, in *Cc*, 2011, p. 856 ss.

[87] G. RECINTO, *Foro del consumatore e clausole di predeterminazione dell'organismo ADR: le novità derivanti dal d. lgs 6 agosto 2015, n. 130, e l'occasione per ripensare la relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e giustizia, statale o privata, dall'altro*, in *NLCC*, 2016, p. 118 ss.

[88] Cfr. Corte Giust., 14 giugno 2017, c. 75 del 2016, in *curia.europa.eu*.

giudiziale purchè non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario.

Diversamente è sanzionata l'ipotesi di una normativa nazionale che preveda che, nell'ambito di una mediazione siffatta, i consumatori debbano essere assistiti da un avvocato e possano ritirarsi da una procedura di mediazione solo se dimostrano l'esistenza di un giustificato motivo.

5. Gli ODR

L'acronimo ODR[89] è utilizzato per identificare strumenti di risoluzione alternativa delle controversie tramite l'utilizzo della tecnologia quale elemento che semplifica il contatto fra le parti.

Si tratta di modalità autonome e peculiari del modello di ADR, le quali intendono rispondere a peculiari esigenze di flessibilità connessi a determinati settori delle relazioni commerciali[90].

Così come avvenuto per l'affermazione degli ADR, anche in questo caso la spinta propulsiva va ricercata nelle iniziative assunte negli scorsi anni dall'Unione Europea e nel suo intento di rafforzare il mercato interno, anche per il tramite di sistemi di risoluzione delle controversie rapidi ed efficienti nelle relazioni tra consumatore e

[89] ODR è un termine che può essere utilizzato nel senso di risoluzione delle controversie sia "di internet" che "con internet" e che può sottintendere una pluralità di significati in particolare, il termine ODR, inteso in senso stretto, non si riferisce a procedure costituite da una mera trasposizione nel web delle ADR, in quanto esse presentano caratteristiche loro proprie che si esplicano nella particolare tecnica utilizzata dall'organo deputato a risolvere la lite, il quale possiede ed applica specifiche conoscenze relative al mondo *online*. Le ODR in senso stretto permettono così di portare la controversia in rete, garantendo maggior speditezza ed efficacia nella risoluzione dei conflitti, in linea con la velocità delle transazioni che avvengono nel web. Alcune altre forme di ODR, invece, altro non sono che procedure ADR nate off-line e trasposte nel mondo *online*. Queste ultime, qualificabili come procedure ODR in senso lato invece anche quando applichino gli strumenti informatici nella risoluzione delle controversie o si svolgano in rete, scontano la difficoltà di richiedere una localizzazione nello spazio fisico: infatti, a seconda del luogo presso cui si localizza il provider, devono interfacciarsi con questioni legate alla competenza giurisdizionale, al diritto applicabile ed alla esecutività dell'accordo scaturito dal procedimento, il cui valore cambierà da Stato a Stato.

[90] Per una panoramica generale sull'istituto si vedano E. MINERVINI, *Le online dispute resolution (odr)*, Napoli, Esi, 2016, passim; A. DEL NINNO, *Le nuove regole UE per la risoluzione alternativa delle controversie: la direttiva ADR e il regolamento ODR sulle dispute e-commerce con i consumatori*, consultabile al sito *dirittoegiustizia.it*.

professionista.

In particolar modo già la Direttiva 2000/31/CE all'art. 17 rubricato "Composizione extragiudiziale delle controversie" stabiliva che in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, la legislazione degli Stati membri non avrebbe dovuto ostacolare l'uso "anche per vie elettroniche adeguate", di strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie previsti da altre normative nazionali.

Ulteriormente, la Raccomandazione 2001/310/CE nell'assicurare un facile accesso a mezzi efficaci e poco costosi di risoluzione delle controversie, ricomprendeva in tali strumenti anche quelli per via elettronica: il fine era evidentemente quello di creare un sistema telematico che permettesse di dirimere in modo agevole e rapido il conflitto ovviando così a possibili problematiche connesse al riparto di giurisdizione fra Stati.

La progressiva evoluzione dell'*e-commerce* ha infine sollevato la necessità di introdurre misure di tutela *ad hoc* per il consumatore volte ad incrementare la fiducia di questo negli acquisti *online*, ivi compresi meccanismi extragiudiziali facilmente accessibili: il Regolamento n. 524 del 21 maggio 2013 ha inteso istituire una piattaforma *online* per la risoluzione delle liti scaturenti dai rapporti commerciali.

Il citato Regolamento, dettato con riferimento alle controversie originatesi nell'ambito dell'e-*commerce* si occupa della risoluzione extragiudiziale di controversie derivanti da contratti di vendita o di servizi *online* tra consumatori e professionisti stabiliti nell'Unione Europea, trovando applicazione sia nel caso in cui la procedura venga avviata dal professionista che dal consumatore.

La piattaforma ivi prevista, in particolare, consiste in un sito *web* interattivo che costituisce un unico punto di accesso alla risoluzione extragiudiziale *online* delle controversie per tutti gli Stati dell'Unione europea.

Oltre a fornire informazioni generali sugli strumenti ODR, la piattaforma intende porsi quale tramite fra parti e gli ODR *providers* al fine di garantire una rapida individuazione, istruzione e conclusione dei procedimenti.

Si prevede espressamente che i consumatori e i professionisti, per utilizzare tale

procedura, compilino preventivamente un modulo di reclamo elettronico.

A questo punto sulla base delle informazioni ivi contenute, la parte convenuta viene informata e, al contempo, il sistema provvede ad identificare gli organismi competenti; il reclamo può poi venire immediatamente trasmesso all'organismo prescelto dalle parti qualora vi sia stata una previa condivisione sul punto[91].

Una volta pervenuto all'organismo, questi deve fornire alle parti tutte le informazioni necessarie relative alle regole procedimentali e ai costi del servizio, concludere le attività entro i termini dettati dall'art. 8 della direttiva 2013/11/UE, se del caso servendosi degli strumenti messi a disposizione dalla stessa piattaforma, e quindi comunicare alla medesima la data di conclusione ed esito della procedura (art. 10).

In ciascuno Stato membro devono infine essere creati appositi punti di contatto per gli ODR, al fine di prestare assistenza alle parti coinvolte in una controversia presentata tramite la piattaforma ODR e garantire lo scambio di informazioni tra i vari organismi iscritti alla piattaforma.

6. Le diverse tipologie di ODR

Sulla base di uno studio condotto dal Comitato Europeo di Normazione i principali strumenti ODR vengono individuati in quattro grandi categorie: negoziazione assistita *online*, negoziazione automatica, arbitrato e mediazione *online*[92].

La negoziazione assistita *online* permette alle parti di comunicare direttamente fra loro via *web* al fine di addivenire ad un accordo; lo strumento in esame è di norma utilizzato nelle controversie di natura commerciale fra professionisti e consumatori.

Questa procedura deve il suo nome al ruolo svolto dal *server*, il quale si occupa di

---

[91] Cfr. art. 9 regolamento n. 524 del 2013.

[92] Si veda M. GORGA, D. MULA, *Alternative dispute resolution ed online dispute resolution nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione n. 3*, 2016, p. 65 ss.; A. LISI, F. BERTONI, *Evoluzione elettronica del commercio e dei sistemi ADR*, in *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella società dell'informazione*, Milano, Cedam, 2016, p. 39 ss.; M. PIERANI, *Gli sviluppi dell'ODR nel settore consumeristico: l'esperienza statunitense, il quadro comunitario e le prospettive nell'ordinamento italiano*, in *Metodi online di risoluzione delle controversie. Arbitrato telematico e ODR. Atti del convegno*, Venezia, 10 ottobre 2003, a cura di C. CAMARDI, Padova, Cedam, 2006, p. 97 ss.

mettere a disposizione uno spazio virtuale *online*, e, al contempo, di aiutare le parti ad individuare i punti nodali della controversia e possibili soluzioni: compilando un *form online* il server elabora i dati fornendo una precisa qualificazione della controversia.
Il ricorso alla negoziazione assistita è spesso incentivato dagli stessi *e-marketplace provider*, i quali si occupano di costruire l'ambiente virtuale in cui il professionista e consumatore possono vendere ed acquistare via *web*: è il caso, ad esempio di *Ebay*.
La famosa piattaforma di vendite online, infatti, mette a disposizione dei propri utenti uno spazio dedicato per la risoluzione di eventuali questioni che sorgono nelle dinamiche di incontro fra domanda ed offerta.
La negoziazione automatica si utilizza invece quando le parti concordino sul *an debeatur* ma non ancora sul *quantum*: i litiganti formulano di volta in volta un'offerta, il cui ammontare è sconosciuto alla controparte; sarà il *server* tramite un algoritmo ad elaborare una soluzione condivisibile per entrambe le parti.
Per tali caratteristiche, la negoziazione automatica è utilizzata principalmente per dirimere controversie di carattere finanziario e, in particolare, per la determinazione dei risarcimenti assicurativi.
L'arbitrato *online* invece fa riferimento a quella particolare procedura arbitrale volta a dirimere le controversie attraverso modalità telematiche.
Il modello di *e-arbitration* più conosciuto è quello predisposto dal ICANN che, attraverso lo *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* ha inteso regolare i principali aspetti giuridici nella gestione delle liti relative ai nomi a dominio.
Quest'ultimo affida la risoluzione della controversia ad un singolo arbitro o ad un Collegio di tre arbitri e si conclude con un lodo che dispone il trasferimento o la cancellazione del nome a dominio.
Generalmente le parti che intendono avvalersi della procedura sottopongono l'oggetto del contendere ad un arbitro, chiamato a decidere la questione in maniera indipendente ed inparziale in via telematica.
In pratica nel corso del procedimento *online* le parti espongono i fatti e si avvalgono di prove che vengono valutate "a distanza" dall'arbitro.

Infine fra i modelli di riferimento occorre richiamare la mediazione *online*, procedimento in cui le comunicazioni fra parti e fra queste e il mediatore si svolge tramite supporti informatici o telefonici.

Poiché la *e-mediation*[93] condivide con la mediazione *offline* tutti i caratteri peculiari dello strumento, anche qui la comunicazione tra le parti riveste un ruolo cruciale.

Questo impone all'organismo di mediazione *online* di dotarsi di un *server* o comunque di altra modalità efficiente che garantisca momenti effettivi di dialogo, pur mediato dal mezzo informatico.

Inoltre, la medesima tecnologia deve risultare in grado di garantire la confidenzialità del procedimento: il server deve assicurare alle parti l'utilizzo di sessioni separate con l'utilizzo di *chat* private che garantiscano un dialogo esclusivo tra parte e mediatore.

In sostanza la tecnologia deve essere idonea a proteggere le informazioni emerse nel corso del procedimento.

6.1. Il contributo delle Camere di commercio nello sviluppo degli ODR in Italia

Lo sviluppo degli ODR in Italia si deve soprattutto al contributo delle Camere di commercio.

A tale riguardo il primo servizio di *e-mediation* nel panorama italiano è stato attivato dalla Camera arbitrale di Milano nel novembre 2001, per la risoluzione telematica di controversie commerciali che vedono coinvolti consumatori ed imprese.

Il procedimento, "RisolviOnline", che costituisce ancora oggi un importante punto di riferimento per tutti gli organismi interessati ad elaborare a percorsi alternativi in un ambiente "virtuale", avviene interamente *online* e può essere avviato di spontanea volontà dal consumatore o conformemente alla clausola indicata dal professionista nelle condizioni di vendita *online*.

In un primo momento si prevede la compilazione di un apposito modulo di reclamo

[93] Un richiamo all'istituto *de quo* è presente già nel d.lgs 4 marzo 2010, n. 28, il quale oltre a disciplinare la mediazione tradizionale valorizza le procedure telematiche e ne estende l'utilizzo alla materia civile e commerciale.

elettronico, disponibile sul sito web di "RisolviOnline".

Oltre alla possibilità di allegare fino ad un massimo di cinque documenti, al ricorrente è richiesto di indicare lo strumento di comunicazione che desidera utilizzare tra *Skype* e *Forum*, la lingua nella quale intenda condurre la procedura ed infine la modalità con la quale si preferisce risolvere la lite, distinta fra "facilitazione" e "valutazione"[94].

Nella forma della valutazione il soggetto terzo formula una o più proposte transattive, elaborate secondo equità sulla base delle allegazioni delle parti. La valutazione s'intende conclusa nel momento in cui le proposte vengano messe a disposizione delle parti nell'area riservata della piattaforma. Qualora le parti convengano sull'adozione di una delle soluzioni prospettate, il suo contenuto verrà formalizzato e trasferito in un apposito documento contrattuale.

Il percorso "facilitativo" è inquadrabile invece nei binari della mediazione, richiedendo la partecipazione attiva dei litiganti, (pur nelle forme *online*), e adoperarsi attivamente nell'elaborazione di soluzioni al conflitto che le vede contrapposte.

Il percorso "facilitativo" è caratterizzato da ampia libertà di forme.

Oltre al servizio "RisolviOnline" va infine ricordato come numerose Camere di Commercio che offrono servizi di *e-mediation*, hanno aderito alla piattaforma "ConciliaOnline" supervisionata da InfoCamere, società che si occupa della gestione del sistema informatico che collega tutte le Camere di commercio sul territorio italiano. In altri termini, si tratta di un sistema di reti e di servizi messo a disposizione degli organismi di conciliazione e mediazione (non soltanto quelli creati dalle Camere di commercio ma anche providers privati) che intende facilitare, dal punto di vista informatico, ciascun organismo nella trasposizione in internet delle diverse attività in concreto amministrate.

Trattandosi di sistemi di rete, lo strumento consente anche la collaborazione tra gli organismi sia per l'elaborazione di modelli procedurali sia per la condivisione di percorsi di miglioramento dei servizi.

---

[94] Interessante sul punto, R. SALI, *RisolviOnline della Camera arbitrale di Milano: il modello e la procedura*, consultabile al sito *camera-arbitrale.it*.

7. *Arbitraje* de consumo in Spagna

L'arbitrato di consumo consiste in un meccanismo di risoluzione dei conflitti che gli interessati, di comune accordo, escludono dalla competenza dei Tribunali per ragioni di opportunità e rapidità della decisione.

L'arbitrato di consumo [95], necessariamente, richiede come requisito la comune designazione delle parti di sostituire la competenza degli organi di giurisdizione ordinaria, alla risoluzione diretta e immediata di arbitri che dettino una risoluzione sulla controversia esistente.

In questo modo, al posto di un decreto o una sentenza che ponga fine ad un procedimento giudiziale avremmo una risoluzione arbitrale, chiamata fin dall'antichità lodo.

Occorre ricordare che non solo la legislazione spagnola, ma anche gli accordi internazionali vogliono favorire il meccanismo arbitrale come istituto alternativo alla competenza dei giudici ordinari. Basta ricordare un solo dato: il Consiglio d'Europa raccomandazione n. 12 del 1986 riferendosi ad alcune misure tendenti a prevenire e ridurre il sovraccarico di lavoro dei Tribunali stabilì che i Governi dell'Unione Europea vadano ad adottare disposizioni adeguate al fine che "l'arbitrato possa costituire una

[95] In generale sull'Arbitrato di Consumo si vedano J. M. BADENAS CARPIO, *El fundamento constitucional del Arbitraje de Consumo*, *Revista Juridica Espanola de Doctrina*, *Jurisprudencia y Bibliografia*, 2, 1993, p. 964 ss.; A. BONET NAVARRO, *Fuentes y caracteres del arbitraje de consumo*, *El Sistema Arbitral de Consumo*, *Comentarios al Real Decreto 636 del 1993, de 3 de mayo*, I. Quintana Carlo (diretto da), Navarra, Aranzadi, 1997, p. 43 ss.; A. ALVAREZ ALARCON, *El sistema español de arbitraje de consumo*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1999; F. J. SAURA FERNANDEZ, *Curso sobre arbitraje de consumo*, Ayuntamiento de Alicante, Junta de Arbitraje, Alicante, 2001; L. ABELLAN TOLOSA, *El Sistema Arbitral de Consumo*, *Derecho de Consumo*, Valencia, La Ley-Actualidad, 2002, p. 365 ss.; R. BERCOVITZ RODRIGUEZ, *Arbitraje de Consumo*, *Revista Doctrinal Civil-Mercantil*, *22*, 2007, p. 11 ss.; S. SAN CRISTOBAL REALES, *El arbitraje de consumo*, *Anuario Juridico y Economico Escurialense*, 2007, p. 101 ss.; L. M. BUJOSA VADELL, *El arbitraje de consumo*, *Revista jurídica de Castilla y Leon*, *29*, 2013, p. 11 ss.; Y. AGUILAR OLIVARES, *El arbitraje de consumo: evolución y régimen actual*, *Revista de Derecho UNED*, 2014, p. 15 ss.; M. MADRINAN VAZQUEZ, *El Sistema Arbitral de Consumo*, Jurua Editorial, Lisboa, 2014, passim; M. A. DE LAS HERAS GARCIA, *Aspectos civiles de arbitraje de consumo y sus inminentes reformas*, *Revista de Derecho Privado*, *101*, 2017, p. 3 ss.

alternativa accessibile e più efficace rispetto alla giurisdizione ordinaria, nei casi che abbiano le caratteristiche".

Questa Raccomandazione fu il motore della legge spagnola applicabile con carattere generale all'arbitrato, approvata poco dopo l'ingresso della Spagna nell'Unione Europea: la *Ley* n. 36 del 1988, del 5 dicembre.

Occorre sottolineare come detta Raccomandazione sottolinei che "la convenzione arbitrale non implica rinuncia delle parti al diritto fondamentale di tutela giurisdizionale, dell'art. 24 della Carta Costituzionale spagnola".

La *Ley* n. 36 del 1988 fu successivamente derogata dalla *Ley n.* 60 del 23 dicembre 2003 il cui criterio ispiratore è basare il regime giuridico spagnolo dell'arbitrato nella legge modello elaborata dalla Commissione delle Nazioni Unite sul diritto commerciale internazionale, del 21 giugno del 1985.

Il legislatore spagnolo segue la Raccomandazione delle Nazioni Unite e prende come modello base la legge-modello UNCITRAL.

In seguito il riferimento normativo sarà la *Ley n.* 60 del 2003, regolazione vigente in materia.

L'arbitrato riveste una grande importanza come meccanismo di risoluzione delle controversie giuridiche nell'attuale società, nella quale i litigi patrimoniali e, soprattutto, le controversie generate dal commercio internazionale sono di frequente sottoposte ad arbitrato.

Attualmente l'Arbitrato di Consumo è disciplinato negli artt. 57 e 58 della *Ley n.* 60 del 2003.

L'art. 57 definisce il sistema arbitrale di consumo come "il sistema stragiudiziale di risoluzione delle controversie tra consumatori e professionisti attraverso il quale, senza formalità speciali e con carattere vincolante ed esecutivo per entrambe le parti, si risolvono i reclami dei consumatori e degli utenti, sempre che la controversia non riguardi intossicazioni, lesioni o morte o esistano indizi di un reato"[96].

[96] Imprescindibile sul punto, J. L. PEREZ SERRABONA GONZALEZ, *Estudio critico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo*, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, V, 2007, in *westlaw.es*,

L'organizzazione, la gestione e amministrazione del sistema arbitrale di consumo e il procedimento di risoluzione delle controversie è stabilito attraverso un regolamento[97] del governo.

Gli organi arbitrali sono formati da rappresentanti dei settori professionali interessati, dalle organizzazioni dei consumatori e utenti nonché dalle amministrazioni pubbliche.

Per i consumatori, occorre evidenziare, non è mai vincolante una convenzione di arbitrato[98] sottoscritta con un professionista prima che sorga la controversia: la stipula di questa convenzione avrà per il professionista il valore di accettazione dell'arbitrato per la risoluzione delle controversie derivanti dalla relazione giuridica a cui si riferisce, sempre che l'accordo abbia tutti i requisiti stabiliti dalla legge.

Sottoporre una controversia al sistema arbitrale di consumo dovrà essere sempre una scelta volontaria del consumatore[99] espressa in forma scritta, attraverso mezzi elettronici o in qualsiasi altra forma ammessa dalla legge.

Lo sviluppo regolamentare[100] dell'arbitrato di consumo fu portato a termine con il Real Decreto 231 del 15 febbraio 2008, con il quale si regola il sistema arbitrale di consumo, attualmente in vigore, nel quale vengono sviluppati gli aspetti di base dell'arbitrato di consumo[101].

---

pp. 1-32.

[97] L'art. 57 *Ley* 3 del 2014 stabilisce espressamente che in questo regolamento può stabilirsi la decisione delle controversie secondo equità, salvo che le parti scelgano espressamente per l'arbitrato secondo diritto. E'importante sottolineare il restante contenuto che può assumere il regolamento governativo.
Attraverso il regolamento viene stabilita anche la procedura di arbitrato elettronico, i casi nei quali potrà essere adita la giunta arbitrale nazionale difronte a una risoluzione della giunta arbitrale territoriale che ammetta o non ammetta una richiesta di arbitrato.
Da ultimo, il citato regolamento governativo stabilirà i casi in cui le controversie possano essere decise da un arbitro unico.

[98] Imprescindibile sul punto, E. LLAMAS POMBO, *El convenio arbitral como instrumento de prevencion, resolucion y solucion de conflictos*, *ADR, ODR y Justicia del Futuro: Propuestas y medidas que eviten la judicializacion de conflictos*, 2019, Cizur Menor, Aranzadi, p. 33 ss.

[99] F. TORRES SANCHEZ, *La conveniencia para el Sistema Arbitral de Consumo de ampliar el concepto de consumidor*, *El arbitraje de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 85 ss.; M. J. MARIN LOPEZ, *Objeto y limites del arbitraje de consumo, Curso mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*, Direccion General del Consumo del Gobierno de Aragon, 2005, p. 153 ss.

[100] Due novità vengono sviluppate nel presente regolamento: la regolamentazione dell'arbitrato di consumo elettronico e dell'arbitrato di consumo collettivo, pur non essendo oggetto del presente lavoro.

[101] A. J. PEREZ CRUZ MARTIN, *Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del arbitraje*, *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 87 ss.

7.1. Caratteristiche del sistema arbitrale di consumo

Dopo un'introduzione al tema e la sua regolazione normativa occorre evidenziare le note caratterizzanti del sistema arbitrale di consumo, che possiamo ricondurre alle seguenti:

I) Carattere volontario:

allo stesso modo che l'arbitrato in generale, nel caso speciale dell'arbitrato di consumo, sottoporre una controversia ad arbitrato è un atto di natura volontaria e, a garanzia di questo, il consenso deve essere espresso in forma scritta, evitando così ricorrenti problemi sulla prova dell'esistenza della volontà di sottoporre una controversia ad arbitrato di consumo.

II) Carattere vincolante ed esecutivo:

l'istituto *de quo* è disciplinato anche dalla normativa generale della *Ley de Arbitraje*.
L'art. 11 della *Ley n.* 60 del 2003 stabilisce che "la convenzione di arbitrato obbliga le parti ad eseguire quanto stabilito impedendo ai Tribunali ordinari di conoscere la controversia sottoposta ad arbitrato, sempre che le parti interessate lo eccepiscano mediante *declinatoria*".

III) Semplicità:

il sistema arbitrale di consumo è costruito sulla idea di avere a disposizione una procedura semplice e rapida: il lodo al massimo deve essere emesso nel termine di "90 giorni dal giorno in cui l'organo arbitrale ha ricevuto la documentazione necessaria per iniziare il procedimento", sebbene si prevede che "l'organo arbitrale, nei casi di speciale complessità potrà adottare in forma motivata, una proroga che non potrà essere superiore al termine previsto per la risoluzione della controversia" (art. 49 del Real Decreto 231 del 2008, nella sua nuova versione stabilità con l. n. 7 del 2017).

IV) Gratuità:

le disposizioni che regolano il sistema arbitrale di consumo di fronte alla necessità di incrementare la protezione e la difesa dei consumatori, hanno dato grande risalto a che l'arbitrato di consumo debba avere l'importante caratteristica di essere gratuito, tanto

per i prestatori di beni e servizi o professionisti, e naturalmente per i consumatori.
Non c'è alcun dubbio che tale caratteristica abbia incrementato enormemente l'utilizzo del sistema arbitrale di consumo[102].
Tuttavia, come vedremo, non ci si riferisce con il termine gratuità ai costi derivanti alle parti in fase probatoria.

V) Ambito di applicazione dell'arbitrato di consumo:

stabilisce testualmente l'art. 2 del Real Decreto n. 636 del 1993 che "non possono essere oggetto di arbitrato di consumo le seguenti controversie: a) le questioni sopra le quali sia intervenuta una risoluzione giudiziale definitiva, salvi gli aspetti che derivano dalla sua esecuzione; b) le materie connesse ad altre su cui le parti non hanno potere di disporre; c) le questioni sulle quali, secondo la legge, debba intervenire il pubblico ministero rappresentando e difendendo persone che non hanno capacità di agire o non abbiano rappresentanti legali non potendo intervenire per loro stessi; d) le questioni che riguardino intossicazione, lesione, morte o esistano indizi di reato".
Successivamente il Real Decreto n. 231 del 2008 mantenendo gli stessi principi regolatori stabilisce che possono essere "oggetto di arbitrato di consumo le controversie che riguardano materie di libera disposizione delle parte conformemente alla legge", salvo nei casi "di intossicazione, lesione o morte o esistenza di indizi di reato".

VI) Le giunte arbitrali di consumo:

occorre evidenziare che tra il 1986 e il 1993, in via sperimentale, si formarono alcune giunte arbitrali di consumo prima della pubblicazione del Real Decreto 636 del 1993 e la positiva esperienza di queste fu determinante nella successiva elaborazione del sistema arbitrale di consumo attualmente vigente.
I primi due commi del Real Decreto n. 636 del 1993 indicavano: "viene costituita una giunta arbitrale di consumo con carattere nazionale, annessa all'Istituto Nazionale di

[102] G. OROZCO PARDO y J. L. PEREZ-SERRABONA GONZALEZ, *Estudio critico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo*, *op. cit*, p. 10 ss., segnala che "si è cercato di ridefinire l'oggetto del diritto e della giustizia non come un mezzo di protezione dei diritti individuali, ma come modo di soddisfare gli interessi particolari e collettivi. Questo comporta una concezione più sociale del soggetto del diritto, in quanto portatore di valori e interessi individuali e collettivi che riguardano tutta la comunità; superando l'uguaglianza formale si vuole superare le disuguaglianze reali".

Consumo, avente competenza, esclusivamente, sulle richieste di arbitrato presentate attraverso le associazioni dei consumatori e utenti il cui ambito territoriale eccede quello di una comunità autonoma.

Le giunte arbitrali di consumo, di ambito comunale, provinciale o *autonomico*[103], vengono stabilite dall'amministrazione generale dello Stato tramite un accordo sottoscritto dall'Istituto Nazionale di Consumo con le corrispondenti amministrazioni pubbliche".

Si evince chiaramente dal primo comma di detta normativa che l'ambito di competenza dei due distinti tipi di giunte arbitrali deve stabilirsi dall'ambito territoriale della controversia: se la controversia si limita a un Comune, sarà competente la giunta arbitrale comunale; se si tratta di questioni regolate attraverso norme *autonomiche* la competenza corrisponderà alla giunta arbitrale della Comunità autonoma.

Il Real Decreto n. 231 del 2008 segue questa linea, contemplando espressamente (art. 5) la giunta arbitrale nazionale, e le giunte arbitrali territoriali, creando allo stesso tempo una Commissione delle Giunte Arbitrali di Consumo, regolata negli artt. 9, 10 e 11 del R.D., e che ha un chiaro intento unificatore, come già descritto nel preambolo del R.D.[104]

Le Giunte Arbitrali di Consumo sono organismi amministrativi di diversi ambiti territoriali, facenti parte della corrispondente amministrazione pubblica: queste come afferma il Real Decreto n. 231 del 2008 "sono formate da un presidente e un segretario" ed entrambi "saranno scelti dall'amministrazione da cui dipende la giunta, tra il personale al servizio dell'amministrazione pubblica, la cui nomina verrà pubblicata nel diario ufficiale corrispondente all'ambito territoriale di appartenenza".

In conformità all'art. 4 del R.D. 636 del 1993 e art. 6 R.D. 231 del 2008 le giunte arbitrali

---

[103] Si è preferito non riportare la traduzione in italiano del termine *autonomico* per la peculiarità dell'ordinamento costituzionale spagnolo.
Infatti, occorre ricordare, come la Spagna sia divisa in comunità autonome.
Il concetto di Comunità Autonoma nasce dal fatto che in Spagna convivono popoli e culture diversi; in ogni Comunità Autonoma esiste un organo di Governo, ed un Parlamento autonomo, che emana le leggi nelle materie che siano state trasferite dal Governo centrale a quello regionale.

[104] La Commissione delle Giunte Arbitrali di Consumo risolve ricorsi sull'ammissione delle richieste di arbitrato riguardanti la materia oggetto di arbitrato, l'emissione di pareri tecnici, raccomandazioni che facilitino il lavoro degli organismi arbitrali e evitino pronunciamenti contraddittori.

di consumo svolgono le seguenti funzioni: a) lo svolgimento di un'attività di mediazione rispetto alle controversie oggetto di arbitrato di consumo; b) la elaborazione e la messa a disposizione dei consumatori di modelli di convenzioni arbitrali, nelle quali si evidenzieranno le questioni che non possono essere oggetto di arbitrato di consumo; c) il censimento delle imprese che hanno realizzato offerte pubbliche di adesione al sistema arbitrale di consumo nel proprio ambito territoriale; d) la promozione e la formalizzazione di convenzioni arbitrali, tra consumatori e chi produca, importi o somministri beni e servizi.

I componenti della giunta arbitrale di consumo aventi la carica di presidente o segretario devono compiere inoltre le seguenti attività: ricevere istanze di arbitrato, stabilendo sull'ammissione di queste; concedere speciali riconoscimenti alle imprese che aderiscono al sistema arbitrale di consumo; designare il presidente e il rappresentante dei consumatori nel Collegio; occuparsi della segreteria del Collegio arbitrale compiendo i rispettivi atti.

VII) La formazione della convenzione arbitrale:

oggi la formazione della convenzione di arbitrato è espressamente regolata nell'art. 24 del R.D. 231 del 2008.

La convenzione arbitrale può adottare la forma di una clausola contrattuale o di un accordo indipendente delle parti, deve esprimere la volontà delle parti di risolvere attraverso il sistema arbitrale di consumo le controversie che possono sorgere in una relazione giuridica di consumo[105].

La convenzione arbitrale dovrà essere redatta in forma scritta, in un documento firmato dalle parti o tramite altri mezzi di comunicazione elettronica.

Nel caso in cui non esista una convenzione arbitrale[106], la giunta arbitrale di consumo,

---

[105] R. GARCIA GOMEZ, *El convenio arbitral de consumo. Arbitraje de consumo y justicia material*, *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Perez*, I, E. Llamas Pombo (coordinato da), *La Ley*, Madrid, 2006, p. 777 ss.

[106] Occorre ricordare un'altra possibilità, ossia la esistenza di un'offerta pubblica di adesione al sistema arbitrale di consumo: in questo caso la convenzione di arbitrato si intenderà validamente formalizzata con la mera presentazione della domanda di arbitrato, sempre che coincida con l'ambito dell'offerta pubblica di adesione.

Allo stesso modo si intenderà validamente formata la convenzione di arbitrato con la semplice

ricevuta una richiesta di arbitrato la trasmetterà alla parte convenuta affinché deliberi se accettare o meno.

7.2.Il procedimento arbitrale

Conformemente al Regolamento sull'arbitrato di consumo, il procedimento inizia con la designazione del Collegio o dell'organo arbitrale unipersonale, secondo i principi di uguaglianza tra le parti, gratuità, principio del contraddittorio.

Possiamo osservare che l'arbitrato di consumo si configura come uno strumento senza formalità specifiche, mantenendo fermi i principi processuali fondamentali sopra citati. In altri termini entrambe le parti, uguali di fronte alla legge, hanno facoltà di allegare tutta la documentazione che ritenga utile ad affermare le proprie ragioni nel rispetto del principio del contraddittorio.

In relazione con l'intervento degli interessati nel procedimento stabilisce l'art. 34 del RD 231 del 2008 che: "i consumatori e utenti che ritengono vulnerati i propri diritti riconosciuti dalla legge o da un contratto, possono presentare per iscritto, per via elettronica, o con qualunque altro mezzo che permetta di avere contezza della domanda di arbitrato e della sua autenticità, la domanda di arbitrato, che dovrà avere almeno i seguenti requisiti (…)".

Occorre aggiungere che ogni persona che voglia ricorrere ad un arbitrato di consumo può farsi assistere da un avvocato, se lo desidera; tuttavia l'arbitrato in materia di consumo si caratterizza per essere un arbitrato di equità e, in conseguenza, non è obbligatoria l'assistenza di un avvocato.

7.3.Il Collegio Arbitrale

Con carattere generale, il titolo III della legge sull'arbitrato, è dedicato per intero alla regolazione della disciplina degli arbitri: persone fisiche, nel pieno esercizio dei propri

presentazione della domanda se l'impresa o il professionista utilizzano il cosiddetto distintivo pubblico di adesione al sistema arbitrale di consumo.

diritti civili, sempre che la legislazione professionale di questi non lo vieti (ad esempio la legislazione notarile).

Inoltre ugualmente che nell'arbitrato di diritto comune è un requisito che gli arbitri siano avvocati in esercizio[107].

Ci riferiamo agli arbitri, al plurale, in quanto comunemente l'organo o Collegio Arbitrale è composto da 3 componenti, designate o proposte una per ogni una delle parti e la terza per consenso o accordo di entrambe.

Tuttavia ciò la legge richiede è che il numero di arbitri debba essere dispari.

Il Decreto Reale 231 del 2008 regola espressamente la composizione del Collegio Arbitrale di consumo. Questa norma con grande flessibilità e adeguandosi alle controversie presenti nel mercato, ammette tanto l'esistenza di un arbitro unico quanto di un Collegio Arbitrale.

Quello che denominiamo organo arbitrale unipersonale, può prevedersi quando le parti si accordino in tal senso o quando lo stabilisce il presidente della giunta arbitrale di consumo, sempre che il valore della controversia sia inferiore a euro trecento/00 e che sia una controversia di facile risoluzione.

In tal caso l'arbitro unico sarà designato tra gli arbitri accreditati proposti dall'amministrazione pubblica, salvo che le parti, di comune accordo, richiedano per speciali ragioni che questa designazione ricada su un altro arbitro accreditato.

Nei casi in cui, invece, sia competente un organo arbitrale collegiale questo sarà composto da tre arbitri accreditati scelti tra quelli proposti dall'Amministrazione, dalle associazioni dei consumatori e dalle organizzazioni dei professionisti, operando in forma collegiale, assumendo la presidenza l'arbitro scelto dall'amministrazione.

La designazione degli arbitri corrisponde al presidente della giunta arbitrale di consumo e negli arbitrati che devono decidersi secondo diritto, gli arbitri designati tra gli accreditati a proposta delle associazioni dei consumatori e delle organizzazioni di

[107] La vigente legge spagnola, ugualmente che la precedente del 1988, restringendo la competenza tecnica richiesta per essere arbitro, stabilisce che negli arbitrati interni che non debbano decidersi secondo equità, è richiesta la condizione di avvocato in esercizio, salvo accordo delle parti.

professionisti, dovranno essere laureati in giurisprudenza.

Nominati gli arbitri, il Collegio Arbitrale si completa con il segretario della Giunta arbitrale di consumo: segretario, componente del Collegio Arbitrale senza voto, organo volto a facilitare lo svolgimento di tutta l'amministrazione della procedura, nonchè responsabile delle notifiche.

Una volta costituito il Collegio Arbitrale, dopo l'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri inizierà il procedimento arbitrale propriamente detto, inizialmente caratterizzato da un'estrema semplicità.

L'audizione delle parti può realizzarsi oralmente (in presenza o attraverso la videoconferenza) o per iscritto, potendo le parti presentare i documenti e fare le allegazioni che ritengono necessarie per difendere i propri diritti, in modo tale che gli arbitri possano dopo un tentativo di conciliazione, cominciare l'analisi delle questioni controverse.

Dopo la fase delle allegazioni delle parti, si entra nel pieno della fase probatoria.

In relazione alla fase probatoria, il Collegio Arbitrale accorderà le prove pertinenti e d'ufficio tutte quelle prove necessarie e complementari: le prove possono essere accordate dal Collegio Arbitrale o praticate a istanza di parte, seguendo un regime distinto: i costi occasionati per le prove a istanza di parte sono sostenuti da chi le propone mentre quelle richieste da entrambe le parti per metà ciascuna, salvo che il Collegio Arbitrale riscontri malafede o temerarietà in alcuna delle parti, nel qual caso potrà distribuire diversamente il pagamento delle spese; le prove d'ufficio saranno a carico dell'amministrazione dalla quale dipende la giunta arbitrale di consumo.

Una volta conclusa la fase probatoria e la pratica delle prove inizia, la fase decisoria, che terminerà quando l'organo arbitrale emetterà il corrispondente lodo arbitrale, ma se gli arbitri lo considerano conveniente, prima di entrare nella fase di decisione possono convocare le parti per ascoltarle nuovamente.

Una volta concluso il procedimento arbitrale, gli arbitri pongono fine alla controversia sottoposta al loro giudizio tramite una decisione che, fin dall'antichità, viene denominato lodo, termine che è univoco nella lingua spagnola: ossia risoluzione adottata

da arbitri che, una volta cristallizzata, ha lo stesso valore ed efficacia di una sentenza, producendo pertanto effetti di cosa giudicata.

Il lodo[108] come le sentenze, deve essere emesso in forma scritta e contiene il luogo nel quale viene emesso, le questioni sottoposte ad arbitrato, una breve relazione delle prove praticate, le allegazioni delle parti e infine la decisione.

Una delle questioni più importanti in riferimento al lodo arbitrale è quella relativa al periodo di tempo di cui dispongono gli arbitri per adottarlo.

Attualmente, l'art. 49 del Decreto Reale 231 del 2008, come modificato dalla l. n. 7 del 2007, del 2 novembre, prevede che "il lodo sarà emesso e notificato alle parti in un termine di 90 giorni naturali da quando si stabilisca l'inizio del procedimento per aver ricevuto l'organo arbitrale la documentazione necessaria". E aggiunge che "l'organo arbitrale in casi di speciale complessità, può adottare in forma motivata, una proroga non superiore al termine previsto per la risoluzione della controversia, dandone comunicazione alle parti[109].

Una volta emesso, il lodo arbitrale questo vincola le parti alla propria decisione di aver sottoposto la propria controversia al procedimento arbitrale. Questo determina che la legge vada a restringere al massimo le possibilità di impugnare il lodo, lasciando alle parti unicamente due mezzi di gravame: il ricorso di annullamento del lodo difronte all'*auduencia provincial* e l'azione di revisione.

Da ultimo occorre precisare che una volta emesso il lodo, questo può essere oggetto di

---

[108] Il Decreto Reale 231 del 2008 all'art. 48 stabilisce che "la forma e il contenuto del lodo, sarà sempre motivato, e sarà soggetto a quanto disposto dalla legge spagnola 60 del 2003, del 23 dicembre, sull'arbitrato".

[109] S. BARONA VILAR, *El laudo en el arbitraje de consumo*, *Revista de la Corte Espanola de Arbitraje*, vol. XIII, 1997, p. 9 ss.; ID, *El aludo arbitral: motivación, plazos y causas de anulación, Resolucion de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, E. Gonzalez Pillado (coordinato da), Madrid, La Ley, 2010, p. 272 ss.; B. GESTO ALONSO, *La impugnación del laudo arbitral, Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, M. Richard Gonzalez, I. Riano Brun y J. M. Rifa Soler (coordinato da), Cizur Menor, Aranzadi, 2001, p. 249 ss.; J. FRANCO ARIAS, *La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003*, *Anuario de justicia alternativa*, *5*, 2004, p. 175 ss.; A. M. LORCA NAVARRETE, *La ejecución del laudo arbitral en los supuestos en que se ha ejercitado acción de anulación es definitiva o provisional?*, *La Ley, Revista Juridica Espanola de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografia*, 2, 2005, p. 1705 ss.; L. D. ESPINO HERNANDEZ, *La ejecución del laudo arbitral nacional*, *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 85 ss.

esecuzione volontaria delle parti senza l'intervento dell'autorità giurisdizionale.

Tuttavia, a volte, può rendersi necessario richiedere l'esecuzione forzata al giudice di *primera instancia* del luogo nel quale è stato emesso il lodo, secondo la normativa stabilita per l'esecuzione delle sentenze passate in giudicato, in quanto il lodo è un titolo esecutivo.

7.4.Considerazioni conclusive sull' *arbitraje de consumo*

Nell'ordinamento spagnolo l'esigenza di assicurare ai consumatori uno strumento di tutela dei loro interessi è espressamente riconosciuto nell'art. 51 della Costituzione[110].

E' in questo contesto che si colloca l'art. 31 della *Ley* 19 luglio 1984, n. 26 (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usurarios* – L.G.D.C.U.-), che prevede l'introduzione nell'ordinamento spagnolo del Sistema *Arbitral de Consumo*, il quale svolge il compito di esaminare e risolvere, "con carattere vincolante ed esecutivo" per le parti coinvolte, "le lagnanze ed i reclami di consumatori ed utenti".

In particolare il legislatore intende introdurre un metodo alternativo di risoluzione delle controversie idoneo ad assicurare ai consumatori la trasparenza e l'indipendenza dell'organo decidente.

A tal fine è previsto il diretto coinvolgimento delle amministrazioni pubbliche nella formazione e nel mantenimento degli organi arbitrali[111].

L'arbitrato di consumo spagnolo si configura come un procedimento gratuito, informale, che trova fondamento nella volontà delle parti, al fine di raggiungere una rapida soluzione delle controversie[112].

Tale meccanismo ha nel tempo registrato uno sviluppo notevole.

Gli iniziali ostacoli che gli interpreti incontravano nel dare esecuzione al procedimento

---

[110] M. T. QUINTELA GONCALVES, *La proccion de los consumidores y usuarios y la Constitucion espanola*, Madrid, La Ley, 1986, p. 92 ss.

[111] Occorre ricordare che, i membri della *Juntas arbitrales* e dei *Colegios arbitrales* sono, infatti, scelti tra le persone al servizio di un'amministrazione pubblica sulla quale ricade ogni costo dipendente dall'esercizio della loro attività.

[112] L. ABELLAN TOLOSA, *El sistema arbitral de consumo*, in M. J. Reyes Lopez (a cura di), *Derecho privado de consumo*, *op. cit.*, p. 575 ss.; C. MALUQUER DE MOTES, *Articulo 31*, in E. Llamas Pombo (a cura di), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usurarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte anos despues*, Madrid, La Ley 2005, p. 847 ss.

arbitrale citato, sono stati superati dalla *Ley* 5 dicembre 1988, n. 36 (*Ley de arbitraje*) – oggi sostituita dalla *Ley* 23 dicembre 2003, n. 60 – la quale, da un lato, affermò l'applicabilità sussidiaria della normativa generale in materia di arbitrato al sistema *arbitral de consumo* e, dall'altro, impose al Governo la predisposizione di un Regolamento che disciplini il medesimo.

Queste disposizioni hanno poi trovato attuazione nel Real Decreto 3 maggio 1993, n. 636 il quale definisce le caratteristiche dell'arbitrato di consumo.

Più in particolare, viene specificato il carattere volontario di questo procedimento: è necessario un accordo tra il professionista ed il consumatore, redatto per iscritto o per mezzo di strumenti elettronici, informatici o telematici (art. 5, Real Decreto).

In particolare al di fuori del caso in cui le parti inseriscano nel contratto una clausola compromissoria, la convenzione arbitrale potrà concludersi in due diversi modi, a seconda che sia stata formulata o meno, da parte del professionista un'offerta pubblica di adesione al sistema arbitrale di consumo.

Quest'ultima consiste in una dichiarazione nella quale il professionista manifesta la sua intenzione di risolvere, attraverso il procedimento arbitrale, i futuri ricorsi che verranno presentati dai consumatori contro di lui.

Egli è tenuto a definire l'ambito oggettivo dell'offerta ed il suo termine di efficacia, nonché a riconoscere espressamente l'applicabilità del Real Decreto ed a considerarsi obbligato ad eseguire il lodo arbitrale (art. 6, comma 2, Real Decreto).

In un'ottica di miglioramento del sistema assume, poi, rilevanza la soppressione del quarto comma dell'art. 10 L.G.D.C.U., operata dalla *Ley* 29 dicembre 2006, n. 44, la quale al fine di evitare che al consumatore fossero imposte procedure arbitrali diverse dall'arbitrato di consumo ha previsto che le uniche procedure possibili siano quelle di cui all'art. 31 L.G.D.C.U.

In ogni caso la serietà dell'offerta pubblica viene apprezzata dalle *Juntas arbitrales* de consumo, le quali, attribuiscono al professionista il diritto di esibire un distintivo speciale il quale consente ai consumatori stessi di avere consapevolezza che l'impresa con cui stanno contrattando si è obbligata a ricorrere all'arbitrato di consumo in caso di

controversie.

Ciò premesso, nell'ipotesi in cui l'imprenditore abbia aderito al sistema *arbitral* de consumo, per la formalizzazione della convenzione arbitrale occorre che il reclamo proposto dal consumatore alla *Junta arbitral* nei confronti dell'imprenditore coincida con la offerta di arbitrato di consumo da questi formulata (art. 6.1. del Real Decreto).

Invece nell'ipotesi in cui il consumatore presenti una richiesta di arbitrato contro un imprenditore non aderente al sistema, la *Junta arbitral* procederà a notificarla all'imprenditore il quale, entro 15 giorni decorrenti dalla data della notifica, dovrà comunicare se intende accettarla oppure respingerla (art. 9.1 del Real Decreto).

Nel primo caso, si costituirà una convenzione arbitrale ad hoc, mentre, nel secondo la *Junta arbitral* dovrà procedere all'archiviazione della richiesta di arbitrato inoltrata dal consumatore (art. 9.2. Real Decreto).

Occorre sottolineare come l'arbitrato di consumo rappresenta un sistema di risoluzione delle controversie unidirezionale[113], nel senso che legittimato a proporre il reclamo dinanzi alla *Junta arbitral* de consumo appare essere soltanto il consumatore, che potrà agire personalmente oppure attraverso le associazioni dei consumatori, le quali intervengono tuttavia, soltanto a tutela degli interessi individuali del singolo consumatore (artt. 3, 5 Real Decreto).

In questo contesto, un ruolo chiave è svolto dalle *Juntas arbitrales*[114]le quali, tra le diverse funzioni loro assegnate, sono tenute in prima battuta a verificare se l'offerta pubblica del professionista e la richiesta di arbitrato del consumatore rientrino nell'ambito di operatività dell'arbitrato di consumo sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo.

---

[113] Imprescindibile la lettura del contributo di L. MEZZASOMA, *La conciliazione stragiudiziale si cui all'art. 141 del codice del consumo e l'arbitraje de consumo*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzarese, A. Sassi, *Studi in onore di Antonio Palazzo, Diritto privato*, vol. 3, Milano, Utet, 2009, p. 541 ss.

[114] L'art. 3 Real Decreto contempla la costituzione della *Junta arbitral de consumo nazionale*, la quale si occupa esclusivamente delle richieste di arbitrato presentate dalle associazioni dei consumatori o da consumatori con riferimento a controversie il cui ambito eccede quello delle Comunità autonome. Acconto ad essa è prevista, inoltre, la costituzione, mediante un accordo tra l'*instituto nacional de consumo* e le varie amministrazioni pubbliche, delle *Juntas arbitrales de consumo* attive a livello decentrato.

Presupposto indispensabile affinchè possa essere attivato il sistema *arbitral* de consumo è che le parti coinvolte in una controversia siano un consumatore e un imprenditore.
Occorre fin da subito evidenziare che il Real Decreto non li definisce, pertanto va fatto riferimento all'art. 1 della L.G.D.C.U., secondo cui sono consumatori "le persone fisiche o giuridiche che acquistano, utilizzano o sfruttano, in qualità di destinatari finali, beni mobili o immobili, prodotti, servizi, attività o funzioni, di qualunque natura pubblica o privata, individuale o collettiva siano i soggetti che li producono, somministrano o forniscono", mentre non sono considerati tali coloro che "senza essere destinatari finali, acquistano, utilizzano o consumano beni o servizi con la finalità di inserirli in processi di produzione, trasformazione, commercializzazione o prestazioni a terzi".
Di volta in volta, assumono, poi, rilevanza le definizioni di consumatore previste nelle normative speciali che disciplinano i singoli atti di consumo e, questo, anche qualora esse si discostino dalla lettera dell'art. 1 della L.G.D.C.U.
Così, ad esempio, in materia di credito al consumo, una persona giuridica non potrà ricorrere all'arbitrato di consumo, per far valere la violazione dei diritti che le sono riconosciuti dalla *ley de credito al consumo*, dal momento che tale normativa non la ricomprende nel suo ambito di protezione.
Con riferimento all'ambito oggettivo di operatività dell'arbitrato di consumo occorre ricordare una regola di base: potrà essere deferita ad arbitri soltanto la soluzione di una lite relativa a diritti disponibili delle parti.
A questo limite di carattere generale vanno poi aggiunte le esclusioni previste espressamente dal Real Decreto.
Inoltre viene stabilito che le controversie riguardanti i casi di intossicazione, lesioni, morte ovvero le fattispecie in cui ricorrono ragionevoli indizi di reato non potranno essere decise con l'arbitrato di consumo.
Il sistema fin qui delineato è disciplinato anche dalla *Ley* 23 dicembre 2003, n. 60.
Tale norma, afferma il carattere suppletorio della disciplina generale dettata in materia di arbitrato, come del resto aveva fatto in precedenza la *Ley* n. 36 del 1988.

Così, più specificatamente, mentre non troverà applicazione la disposizione che attribuisce alle parti la facoltà di individuare liberamente gli arbitri – la cui nomina è riservata alle *Juntas arbitrales* – si applicheranno le norme che disciplinano l'astensione, la ricusazione e la sostituzione degli arbitri, nonché quelle che regolano la loro responsabilità.

In virtù di questa ultima disciplina, tenuto conto del carattere amministrato dell'arbitrato di consumo, viene attribuita al consumatore la possibilità di agire, in presenza di un danno, nei confronti dell'amministrazione pubblica da cui dipende l'arbitro che ha agito con malafede, temerarietà o dolo[115].

Inoltre tra le novità più rilevanti apportate dalle *Ley* n. 60 del 2003 al procedimento arbitrale, va segnalato che si prevede la operatività anche nell'arbitrato di consumo di quelle previsioni che attribuiscono agli arbitri il potere di adottare, ricorrendone i presupposti, provvedimenti cautelari; quelle che, su richiesta delle parti, ammettono la proroga del termine entro il quale gli arbitri dovranno emettere il lodo; quelle che regolano il procedimento di emissione, notifica, correzione, annullamento, esecuzione ed impugnazione del lodo (art. 25 ss., *ley de arbitraje*).

Avuto riguardo, poi, alle caratteristiche del sistema arbitrale di consumo, occorre evidenziare come in esso si riconosce all'equità carattere di elemento essenziale del procedimento. Tutto ciò trova giustificazione muovendo dal carattere suppletorio, sopra indicato, della *Ley* 60 del 2003.

Infatti mentre il Real Decreto non specifica nulla al riguardo, l'esplicito riconoscimento che l'arbitrato di consumo è un arbitrato di equità, salvo che le parti dispongano diversamente, vale ad escludere l'applicazione della regola generale secondo cui l'arbitrato è di diritto (art. 34 *ley de arbitraje*).

L'*arbitraje de consumo* spagnolo, sotto diversi aspetti, presenta interessanti spunti per lo sviluppo, anche nel nostro ordinamento, dell'istituto dell'arbitrato quale forma di tutela degli interessi dei consumatori, nonché di altre forme di risoluzione alternativa delle controversie. Appare evidente, infatti, come esso sia in grado di offrire protezione

[115] J.F. MERINO MERCHAN, *Estatuto y responsabilidad del arbitro*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 125 ss.

agli interessi dei consumatori in maniera molto più efficace di quanto riescano a fare in Italia i meccanismi predisposti dagli artt. 139, 140 e 141 del c. cons.[116]

E, più nello specifico, tra le varie peculiarità del *sistema arbitral de consumo*, il carattere gratuito ed il diretto coinvolgimento dell'amministrazione pubblica rappresentano i veri punti di forza e valgono a configurare tale strumento di tutela del consumatore come un importante servizio pubblico.

L'auspicio, quindi, è che anche il legislatore italiano al più presto recepisca soluzioni che facilitino ulteriormente la risoluzione di controversie in cui siano coinvolti i consumatori.

8. Considerazioni conclusive in materia di ADR e ODR

Come più volte rilevato, le differenze normative tra Stati membri dell'Unione Europea costituiscono possibili barriere allo sviluppo di un mercato unico, e disincentivano i professionisti ad offrire i propri beni o servizi a livello transfrontaliero.

A ciò si aggiunge il timore che le controversie, soprattutto quelle transfrontaliere, siano risolte con maggiore difficoltà quando vertono tra soggetti stabiliti in differenti Stati membri.

Per ovviare a questi problemi si è ritenuto che lo sviluppo di sistemi di ADR ed ODR possa rappresentare un importante fattore per l'ulteriore sviluppo del mercato unico, contribuendo a ridurre rischi e costi delle controversie transfrontaliere.

In tal senso si è ritenuto che l'esistenza di sistemi di risoluzione delle controversie alternativi al processo, disponibili in ogni Stato membro ed aventi ovunque le stesse caratteristiche, possa avere un significativo impatto sugli operatori del mercato[117].

Infatti, pur essendo stati approntati a livello europeo molti rimedi giurisdizionali per il consumatore, rimane il fatto che quest'ultimo concludendo contratti internazionali nel

---

[116] L. MEZZASOMA, *La conciliazione stragiudiziale si cui all'art. 141 del codice del consumo e l'arbitraje de consumo*, *op. cit.*, p. 548 ss.

[117] AA. VV., *Study on discrimination of Consumers, in The Digital Single Market. Studies requested by the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO)*, 2013, p. 51 ss.

mercato unico percepisce come un rischio il fatto di potersi trovare costretto a difendersi davanti a giudici di Stati membri diversi da quello del suo domicilio.

I sistemi ADR, occorre sottolineare, presentano invece il vantaggio di non essere necessariamente vincolati all'applicazione di norme di legge in materia contrattuale (nazionali o europee) né ad utilizzare procedure lunghe e dispendiose.

Tuttavia va evidenziato come le ADR presentano alcuni limiti.

In primo luogo, la disciplina approntata non elimina completamente il rischio che le parti trasferiscano le controversie in sede giudiziale.

Tutto ciò con la conseguenza che il procedimento alternativo rischia di divenire solo un ulteriore *step* prima di poter adire la giustizia ordinaria.

In secondo luogo, l'esigenza di non far venire meno nelle procedure alternative transfrontaliere le garanzie del giusto processo, comporta la perdita della flessibilità che dovrebbe caratterizzare le procedure in esame.

A ciò si aggiunga la scarsa consapevolezza degli operatori del mercato circa l'esistenza e il funzionamento di organismi ADR.

I consumatori potrebbero trovarsi, al momento della conclusione del contratto o successivamente, a non effettuare una scelta consapevole relativamente alla tutela giurisdiionale dei propri diritti.

Infatti, i consumatori non sono sempre in grado di comprendere le implicazioni dell'adesione o meno al procedimento alternativo o dell'opzione dell'uno o dell'altro tipo di organismo e del regime giuridico da questo applicabile.

E' doveroso sottolineare come, stante la scarsa applicazione, nonché la scarsità di giurisprudenza in materia di ADR, appare allo stato attuale molto difficile dare un giudizio sull'efficacia delle scelte effettuate; ogni valutazione non potrà che essere formulata alla luce delle modalità di attuazione della direttiva ADR nei singoli Stati membri nei prossimi anni.

Per quanto riguarda, invece, la piattaforma ODR questa non pare essere idonea a perseguire l'obiettivo con cui è stata creata, ovvero il potenziamento del mercato unico e del commercio transfrontaliero.

I motivi sono da rinvenirsi nel limitato ambito di applicazione, e nel fatto che le controversie interne sono assoggettate alla stessa disciplina delle controversie internazionali, con la conseguenza che non potrà essere attuata quella semplificazione delle liti transfrontaliere necessaria ad incentivare il consumatore alla conclusione di contratti internazionali *online*.

SEZIONE 4

ADR: FINALITA', MODELLI E FIGURE AFFINI

Sommario: 1. Introduzione – 2. Ricognizione dei modelli di ADR – 3. Le fonti legislative in tema di ADR – 4. ADR e figure affini – 4.1. La conciliazione *ex* art. 185 c.p.c. – 4.2. Tipologie e modelli di arbitrato – 4.3. La mediazione finalizzata alla conciliazione – 4.4. La disciplina della mediazione civile e commerciale in Spagna – 4.5. La negoziazione assistita – 4.6. Giustizia sportiva e ADR – 4.7. Le negoziazioni paritetiche – 4.8. Le crisi da sovraindebitamento.

1. Introduzione

Il conflitto e la controversia nel mondo giuridico non devono necessariamente essere valutati in termini negativi.

Essi sono semplicemente deimomenti di crisi, ma quest'ultima può sempre essere superata e risolta.

Per superare l'incertezza che consegue ad una controversia e per cercare un nuovo e soddisfacente assetto si pongono alle parti due alternative: il dialogo o il giudizio[118].

Il processo rappresenta ancora oggi uno strumento fondamentale nell'architettura di un ordinamento civile democratico, perché per suo tramite lo Stato mette a garanzia di tutti i cittadini un apparato capace di garantire il rispetto e l'attuazione della legge.

Il processo sposta la controversia dal terreno sostanziale a una diversa dimensione: le parti si fronteggiano, utilizzano tutte le armi a loro disposizione per avere la meglio sulla controparte e raggiungere il risultato voluto.

In definitiva, pertanto, per quanto fondamentali nel panorama di un ordinamento democratico la giurisdizione e il processo rappresentano pur sempre fenomeni fondati sulla logica dello scontro; esso presuppone una forte spendita di energie, in termini di tempo e di oneri.

---

[118] P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. Dir. Proc*., 1950, p. 23 ss.

E’ per questo motivo che il processo non sempre riesce a dare a tutti i cittadini quelle utilità che per sua funzione si prefiggerebbe.

Al giorno d’oggi si sente sempre più spesso parlare di crisi della giustizia.

Questo per una serie di criticità.

In primo luogo dette criticità attengono al fattore tempo: in Italia ci troviamo di fronte ad arretrati di milioni di cause civili e processi che durano anni.

E si dubita fortemente che la riforma dell’Ufficio del processo riuscirà a cambiare di molto la situazione.

Un ulteriore aspetto di criticità è poi legato alla gestione del processo, tutt’altro che lineare.

Come noto il processo segue per definizione regole precise individuate dalla legge.

Tuttavia qui si registrano una serie di difficoltà derivanti da una mancanza di visione organica del processo civile ben visibili nelle riforme avvenute nell’ultima decade: si cambiano alcune norme, si colmano lacune, si cercano di aggiustare le più evidenti disfunzioni attraverso continue riforme legislative.

Ancora, il processo è un fenomeno molto costoso: la difesa tecnica è un costo vivo per le parti che va ad aggiungersi a tutte le altre spese processuali.

Vi è infine un ulteriore fattore di criticità: la decisione giudiziale interviene sulla *res dubia* applicando la legge.

Il magistrato è in questo senso custode dell’ordinamento giuridico, e con esso della necessaria fissità della disciplina normativa.

Certo, vi è all’interno del processo un ambito nel quale può esprimersi la discrezionalità del giudice, ma come noto la stessa non vuol dire libera inventiva, ma prudente apprezzamento di una serie di dati in funzione di una sottostante logica di rispetto della legge.

In questo modo, la sentenza mostra due intrinseche limitazioni.

In *primis* essa interviene sulle conseguenze del conflitto, ma non sa agire sulle sue cause.

Da questo punto di vista la sentenza non apporta reali benefici al rapporto controverso.

In secondo luogo, la decisione giudiziale non può che esprimersi secondo schemi fissi e

rigorosamente ordinati.

Da quanto evidenziato dunque, è evidente che tanto il processo quanto la decisione autoritativa, soffrono di impliciti e fisiologici limiti, che ne attenuano la valenza immaginata dal legislatore[119].

Di fronte a questi limiti del processo, sempre più noto e apprezzato risulta il ricorso a strumenti diversi, non inquadrabili in termini rigorosi ma facenti parte di un fenomeno, che ormai da anni viene sinteticamente riportato utilizzando l'acronimo inglese ADR (*Alternative Dispute Resolutions*)[120].

Con tale formula si suole indicare un complesso di strumenti, di forme di giustizia, che si caratterizzano per essere alternativi rispetto alla giustizia ordinaria.

Essi non si basano necessariamente sulla sola applicazione della legge, ma cercano di

---

[119] S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione o risposte differenziate?*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1988, p. 752 ss.

[120] Il momento di svolta nell'affermazione di metodi alternativi di risoluzione delle liti, va senza dubbio ricollegato alla conferenza svoltasi a Chicago nel 1976 cosiddetta *Pound Conference*: tale convegno a sua volta riprendeva tematiche già discusse parecchi anni prima dall'avvocato e professo Roscoe Pound il quale aveva sollevato il tema dell'inadeguatezza del sistema giurisdizionale tradizionale, erogato dall'apparato statale pubblico, ad offrire risposte in termini adeguati alla gamma sempre più estesa e ai crescenti numeri di controversie tra privati. Sotto la guida dell'allora *Chief Justice* della Corte Suprema Warren Burger si sviluppò dunque l'idea di dirottare all'esterno del sistema giurisdizionale pubblico determinate categorie di controversie, affinchè fossero gestite da strutture private, sulla base di procedimenti più rapidi e maggiormente efficienti nella gestione del conflitto: nell'ambito di questi percorsi un particolare spazio veniva riconosciuto all'attività conciliativa in genere, ben rappresentato dall'istituto della *Mediation*.

Da qui, inizia ad affacciarsi nel linguaggio giuridico l'acronimo ADR ove la A di Alternative andrebbe intesa anche quale dinamica più aderente alle questioni oggetto di discussione oltre che come percorso "al di fuori del tradizionale processo".

In ogni caso, la fiammella accesa a Chicago nel 1976 attecchì ben presto in tutto il territorio nazionale, anche grazie all'appoggio dei modelli teorico-pratici dei modelli di mediazione elaborati dalla Scuola di Legge di Harward e dal suo *Program on Negotiation*: così, da una parte numerosi furono i centri privati di gestione alternativa delle controversie fondati nei diversi Stati membri; da altra parte le stesse Corti si dotarono di un sistema di ADR in grado di suggerire alle parti in lite un percorso più adatto alle loro esigenze (ma sovente di fornire altresì le competenze necessarie per un effettivo percorso stragiudiziale pur all'interno dei Tribunali). Dal canto suo il legislatore si fece interprete delle nuove forme di tutela: dapprima con il *Dispute Resolution Act* del 1980 e, successivamente, con l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998. Oggi, lo stato dell'arte dell'ADR negli Stati Uniti è rappresentato da un panorama estremamente variegato, in cui accanto a normative federali coesistono numerose disposizioni legislative statali che, spesso, caratterizzano fortemente il medesimo strumento di volta in volta considerato.

Quello che colpisce resta il fatto che negli Stati Uniti d'America è il processo ad essere ritenuto, di fatto, uno strumento "alternativo" agli ADR.

indagare più a fondo gli interessi sottesi al conflitto.
Si tratta di strumenti molto vari ed eterogenei, flessibili e modulabili.
Uno dei motivi di crescente successo degli ADR viene individuato proprio nell'intrinseca lacuna del processo civile dovuta ai fattori sopra descritti.
Come si cercherà di dimostrare nel corso del presente lavoro, occorre riconoscere che i modelli ADR svolgono una funzione di composizione e gestione delle controversie che si aggiunge alla tendenziale rigidità del sistema di diritto e del modello processuale tradizionale, andando in tal modo ad arricchirlo.
Quanto alla concreta identificazione del fenomeno non è pacifico se nei modelli ADR debbano essere ricompresi soltanto i mezzi *strictu senso* alternativi al processo o, tutti gli istituti che tendono alla gestione del conflitto e alla risoluzione di una controversia senza il ricorso al giudice ordinario.
Ad ogni modo la peculiarità degli ADR consiste nel saper sfruttare dinamiche lontane da quella avversariale, coltivando la logica della partecipazione e dell'integrazione: l'obiettivo degli ADR resta quello di risolvere la controversia, non già attribuendo ragioni e torti, quanto sfruttando il potenziale sempre insito nella relazione pur conflittuale, riportando così la situazione tra le parti da uno stadio di crisi a una ripresa della collaborazione.
L'apporto degli ADR non è quindi antagonista al processo, quanto di ulteriore appoggio.
Vi è un ulteriore fattore che rende il ricorso agli ADR particolarmente apprezzabile, ed è dato dalla circostanza che si tratta di strumenti rispondenti alle concrete esigenze del del singolo caso.
In questa prospettiva occorre operare affinchè le controversie possano essere non solo decise, ma più ampiamente amministrate e risolte anche in forme differenziate ed eterogenee.
Da questo punto di vista in particolare l'istituto della mediazione, che rappresenta forse l'archetipo degli strumenti alternativi, è per definizione vincente, perché racchiude in sé *atout* difficilmente surrogabili.
Nella sua forma più pura esso è rimesso alla libertà e alla personale iniziativa delle parti.

Ancora, esso risulta particolarmente adatto per alcune tipologie di controversie, quali ad esempio quelle seriali o di ridotto valore economico.
Ma soprattutto, la mediazione può soddisfare un complesso di bisogni, aspettative ed attese addirittura superiori a quello del processo e quando riesce ha una stabilità particolarmente salda, data dal fatto che entrambe le parti hanno raggiunto un obiettivo soddisfacente.
Inoltre, la mediazione ha costi e tempi molto più contenuti.
Ecco allora che la mediazione rappresenta uno strumento volto a realizzare il valore fondamentale dell'accesso alla giustizia, garanzia insopprimibile per ogni ordinamento democratico.
Anche in relazione alla particolarità dei soggetti la mediazione rivela la propria utilità ad esempio, laddove parti del procedimento di mediazione siano soggetti dotati di un forte potere economico (istituti bancari, imprese assicuratrici).
Lo scopo deve quindi essere quello di diffondere una nuova cultura della giustizia, tale da consentire un più ampio accesso ai cittadini, a misura del singolo e rispettosa dei suoi reali bisogni.
L'iniziale diffidenza verso gli ADR, frutto di una concezione ancora pubblicistica e autoritaria della giustizia si è ormai da tempo attenuata.
Si è compreso che nell'intervenire sulla patologia del diritto il processo è a sua volta per definizione un evento patologico, al quale è opportuno ricorrere solo quando il conflitto non possa trovare componimento per altra via.
Implementando la cultura degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie si potrà finalmente comprendere che la giustizia non ha necessariamente bisogno dei suoi apparati tradizionali.

2. Ricognizione dei modelli di ADR

L'acronimo ADR indica una figura per certi aspetti multiforme, la quale assume una diversa angolazione a seconda della prospettiva che di volta in volta si assume. L'unico dato che accomuna le sue numerose estrinsecazioni appare il fatto che tutti gli strumenti

predisposti negli ultimi anni dall'ordinamento intendono offrire al cittadino una risposta al conflitto, di cui egli è portatore, di diverso tipo, vuoi in termini di contenuti, di tempi necessari per concludere il procedimento, vuoi di efficacia delle soluzioni raggiunte.
La generalizzazione per cui sarebbero tutti strumenti alternativi al processo non sembra invece idonea a soddisfare alcuna esigenza di tipo classificatoria.
Tanto premesso, sono state proposte alcune classificazioni.
Una prima classificazione distingue tra strumenti alternativi eteronomi ed autonomi di risoluzione della controversia.
Con questi ultimi ci si riferisce a tutti quei procedimenti ove le parti si riappropriano del proprio ruolo di protagoniste "del" e "nel" conflitto: in altri termini l'accordo che (eventualmente) venga raggiunto tra le parti è frutto di una rinnovata cooperazione fra le parti, le quali riescono ad individuare, in totale autonomia, un percorso comune che soddisfi le aspettative di entrambe.
Gli strumenti eteronomi di risoluzione della controversia sono invece caratterizzati dalla partecipazione al procedimento di un soggetto terzo: questo è incaricato non soltanto di gestire le diverse fasi in cui esso si articola, ma altresì di sollecitare le stesse al raggiungimento di un accordo nel caso in cui il procedimento si venga a trovare in una situazione di stallo.
Il riferimento è ad esempio l'ABF.
Ulteriore criterio classificatorio attiene poi alla distinzione fra strumenti facilitativi ed aggiudicativi: tale classificazione si basa sulla particolare efficacia della sollecitazione proveniente dal terzo che intervenga nel procedimento; così, da una parte troviamo tutti quegli strumenti ove il percorso conduce ad una decisione vincolante per le parti che vi abbiano preventivamente aderito; laddove invece il terzo possa formulare una semplice proposta non vincolante di definizione della lite il procedimento ha natura facilitativa (ad es. ABF).
Ancora, vi è chi ha proposto una distinzione tra strumenti ADR in relazione al momento in cui le parti vi fanno ricorso: così, da un lato si trovano i procedimenti c.d. extraprocessuali, i quali vengono utilizzati in una fase antecedente al processo; dall'altra

vi sono invece quei momenti cosiddetti endoprocessuali che si innestano in un procedimento giudiziale già in corso.
Proprio a quest'ultimo riguardo si può proporre un'ulteriore classificazione riferendoci ai numerosi casi in cui lo strumento ADR si pone come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, quale ad esempio l'arbitrato bancario finanziario.

3. Le fonti legislative in tema di ADR

Un panorama così variegato di modelli non poteva che riflettersi sulle fonti che disciplinano i diversi strumenti ADR.
Talvolta indicazioni in merito sono rintracciabili nel codice civile (si pensi alla normativa sulla transazione) e, più spesso, nel codice di rito il quale dedica parte del libro IV all'arbitrato; ma è soprattutto la legislazione di settore a fissare caratteri, requisiti ed effetti riconducibili a tali percorsi "alternativi".
In particolare, occorre riferirsi: alla L. 17 ottobre 2003, n. 280, e alla deliberazione del Consiglio Nazionale del CONI 11 giugno 2014, n. 1512, aggiornata alla deliberazione del 9 novembre 2015, n. 1538, in relazione agli ADR in ambito sportivo; al d.lg. 4 marzo 2010, n. 28 per la disciplina della mediazione in materia civile e commerciale; alla l. 10 novembre 2014 n. 162, per quanto concerne i diversi casi di negoziazione assistita; al Testo Unico Bancario per le diverse previsioni in relazione agli ADR nel settore bancario; agli artt. 141-141*decies* del c. cons. in relazione ai procedimenti ADR in materia consumeristica; alla direttiva n. 2013/11/CE, ai regolamenti europei nn. 524 del 2013 e 1051 del 2015 e, al d.lg. n. 130 del 2015, relativamente ai requisiti dei c.d. ODR.
In altri casi il legislatore si è limitato a circoscrivere il solo confine entro cui il singolo strumento può effettivamente operare, demandando a soggetti diversi la determinazione delle modalità operative da seguire concretamente (ad esempio per la mediazione civile e commerciale).
Infine vi sono strumenti che fondano la propria legittimazione su di un insieme di prassi, talvolta importate da esperienze straniere, che nel tempo hanno dimostrato una grande efficacia nella risoluzione di particolari tipologie di conflitti si da sollecitare la

formazione di nuove figure e associazioni professionali: è il caso ad esempio del c.d. coordinatore genitoriale, figura di provenienza nordamericana e successivamente importata nel nostro Paese su impulso della magistratura[121].

4. ADR e figure affini

Sebbene l'odierno catalogo degli strumenti ADR si muova lungo direttrici parallele all'apparato giurisdizionale dello Stato, non va dimenticato come la primigenia elaborazione di percorsi alternativi debba ricondursi proprio alle numerose determinazioni in tal senso assunte dal giudice nella rituale progressione delle attività che a lui competono a norma di legge.

A questo punto è necessario soffermarsi sulle figure affini a quelle sopra richiamata al fine di tratteggiarne affinità e differenze.

4.1. La conciliazione *ex* art. 185 c.p.c.

Come noto *ex*. art. 185 c.p.c., il giudice istruttore, in caso di richiesta delle parti, ne dispone la comparizione al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione.

Occorre sottolineare come la sollecitazione all'esperimento del tentativo di conciliazione non sembra essere riservata alla sola iniziativa dei litiganti, ma anche alla discrezionalità del giudice.

Tanto premesso, la legge nulla prescrive in relazione alle modalità con cui il procedimento può essere espletato, lasciando così ampio spazio alle valutazioni del giudicante.

Qualora il tentativo di conciliazione si concluda negativamente, ne viene dato atto nel

[121] Per una approfondita trattazione delle possibili classificazioni di ADR si veda V. VARANO, *L'altra giustizia: i metodi alternativi di soluzione di controversie nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2007; AA. VV. *Decimo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, a cura di ISDACI, Milano, 2018; M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, Cedam, 2018; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, V, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, Giuffrè, 2015; *Relazione sulla amministrazione della giustizia nell'anno 2018*, a cura del Primo Presidente della Corte di Cassazione consultabile al sito *cortedicassazione.it.*; F. DANOVI (a cura di), *ADR una giustizia complementare*, Milano, 2018.

verbale di udienza e il processo proseguirà regolarmente seguendo il suo iter ordinario; nulla vieta che la conciliazione possa nuovamente essere disposta o sollecitata in qualunque momento dell'istruzione.

A tale riguardo è interessante notare che l'istituto di cui si discorre è utilizzabile anche in grado di appello.

Concludendo, nel caso in cui la conciliazione sortisca esito positivo si forma apposito processo verbale sottoscritto dalle parti e dal giudice: il processo verbale costituisce titolo esecutivo contrattuale.

Da ultimo si ricorda, senza pretesa di esaustività, il d.lg. 21 giugno 2013, n. 69 è intervenuto sul panorama descritto ampliando la possibilità di una conciliazione endoprocessuale: ai sensi dell'art 185*bis*, il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta di definizione della lite[122].

4.2. Tipologie e modelli di arbitrato

L'istituto dell'arbitrato[123] non si presenta sempre in maniera uguale: a seconda della prospettiva possiamo identificare modelli arbitrali differenti che trovano la propria fonte sia nella legge sia nella prassi applicativa.

Si può così distinguere, partendo dalla prospettiva degli effetti del lodo, tra arbitrato rituale e irrituale; dalla prospettiva dell'ordinamento tra arbitrato facoltativo e arbitrato obbligatorio; dalla prospettiva della sede territoriale, tra arbitrato interno[124] ed arbitrato

---

[122] Per una visione completa dei procedimenti conciliativi si veda D. PALIAGA, *Il ruolo della conciliazione giudiziale nell'attuale panorama di favore per la mediazione*, in *Giur. It.*, 2012, p. 10 ss.

[123] Per una panoramica generale si veda AA. VV., *Arbitrato-titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile-artt. 806-840*, (diretto da) F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2016; M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, Milano, Cedam, 2017; C. CECCHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991; I. ROVELLI, *Arbitrato e figure affini*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, p. 10 ss.; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, Cedam, 1994.

[124] L'arbitrato interno è quell'arbitrato la cui sede viene individuata dalla convenzione arbitrale all'interno del territorio italiano; tale arbitrato è pertanto integralmente regolato dalle norme dell'ordinamento nazionale, essendo del tutto irrilevante in proposito sia la nazionalità delle parti, sia eventuali elementi di internazionalità dell'oggetto della controversia.

esterno.

Peraltro, ciascuna prospettiva da cui osservare l'istituto non deve intendersi come esclusiva, nel senso che ai fini di identificare la disciplina applicabile a un particolare procedimento arbitrale è necessario combinare le conclusioni cui si è giunti per ogni ambito di tipizzazione.

La classificazione che è stata oggetto di più ampio dibattito in giurisprudenza e dottrina è sicuramente quella che distingue tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale[125].

Le ragioni sottese all'origine delle due differenti forme di arbitrato sembrano potersi rinvenire principalmente sul piano storico e politico nonchè nella diversa ampiezza riconosciuta dall'ordinamento all'autonomia privata.

Se infatti la devoluzione ad arbitri di una controversia rappresenta la massima espressione dell'autonomia privata nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, non bisogna tuttavia dimenticare che tale espressione si estrinseca in concreto entro i limiti posti dall'ordinamento giuridico statale.

Nel contesto ordinamentale quale quello risultante dalla codificazione del 1942, caratterizzato da un pervasivo intervento dello Stato anche nella regolamentazione dei rapporti privatistici, i confini entro cui poteva muoversi tale autonomia privata erano comunque ristretti e il lodo arbitrale finiva comunque per essere attratto nell'alveo della giurisdizione statale attraverso il controllo svolto dal giudice ordinario sul procedimento arbitrale[126].

Al fine di sottrarsi al controllo dello Stato era dunque inevitabile che si affermasse una tipologia di arbitrato diffusamente regolata dall'autonomia privata, che si risolveva in una pattuizione di tipo contrattuale.

Dalle iniziali manifestazioni dell'arbitrato irrituale attraverso il conferimento agli arbitri

---

[125] Su tutti si veda R. ALOISIO, *Voce arbitrato-rituale e irrituale*, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 5 ss.; A. BOSSI, *La prassi dell'arbitrato rituale*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 41 ss.; F. DANOVI, *Arbitrato ADR conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009 p. 10 ss.; ID, *Arbitrato rituale e irrituale: la qualificazione è finalmente più chiara*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, Jovene, 2010, p. 323 ss.

[126] Occorre ricordare che sino alla riforma del codice di rito del 1994 il lodo doveva essere sottoposto al vaglio giudiziale di regolarità, pena l'inefficacia della decisione arbitrale.

di un mandato a compilare un negozio lasciato in bianco, si è passati al primo limitato riconoscimento legislativo [127] di tale tipologia arbitrale, sino a giungere al riconoscimento del modello irrituale in via generale nell'art. 808*ter* c.p.c.

Le forme dell'arbitrato libero si sono dunque evolute, ma restano tutte accomunate dalla medesima natura negoziale.

Non sorprende, pertanto, che anche nel contesto normativo attuale, il principale elemento di differenziazione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale venga identificato sul piano degli effetti: nel primo il lodo può acquisire tutti gli effetti di una sentenza, nel secondo la portata del lodo rimane circoscritta all'ambito negoziale[128].

Si può dunque affermare che se l'arbitrato rituale costituisce un'alternativa alla giurisdizione, l'arbitrato irrituale rappresenta una rinuncia alla giurisdizione, in cui gli effetti della giustizia privata si esauriscono sul piano pattizio.

La riforma del codice di procedura civile del 2006 ha difatti confermato la dicotomia tra arbitrato rituale e irrituale, individuando proprio nei differenti effetti del lodo il criterio distintivo tra le due tipologie di arbitrato.

In particolare l'art. 808*ter* c.p.c., riconoscendo per la prima volta a livello codicistico una specifica dignità normativa di carattere generale all'arbitrato irrituale, ne delinea anche i confini rispetto all'arbitrato rituale.

Da una parte, infatti, la norma sopra citata precisa che l'arbitrato irrituale viene definito dagli arbitri "mediante determinazione contrattuale", a differenza del provvedimento decisorio assunto all'esito dell'arbitrato rituale.

Quest'ultimo ai sensi dell'art. 824*bis* c.p.c. "ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziale".

Inoltre l'art. 808*ter* c.p.c. introduce una relazione tra arbitrato rituale e irrituale come rapporto tra regola ed eccezione.

In sintesi se l'arbitrato rituale costituisce l'opzione generale del procedimento arbitrale,

---

[127] Il primo riconoscimento legislativo di tale tipologia arbitrale è tradizionalmente identificato nella l. 15 luglio 1966, n. 604 in tema di licenziamenti individuali.

[128] Cfr. Cass. 21 luglio 2010, n. 17114, in *DeJure online.*

quello irrituale rappresenta il carattere eccezionale di tale strumento.

Il legislatore pare quindi aver privilegiato la caratterizzazione giurisdizionale dell'arbitrato rituale a discapito di quella negoziale dell'arbitrato irrituale, quale espressione di una specifica opzione pattizia con riguardo sia agli effetti che alla fonte.

Non di meno, quello che si è rappresentato come rapporto tra regola (ritualità) ed eccezione (irritualità) non deve portare a conclusioni avventate nel processo di qualificazione della tipologia cui sia effettivamente ascrivibile un particolare tipo di arbitrato[129].

La soluzione sulla natura rituale o irrituale dell'arbitrato si deve in ogni caso risolvere in un procedimento ermeneutico volto ad accertare quale sia stata l'effettiva volontà delle parti.

L'elaborazione giurisprudenziale ha tentato di individuare una serie di indici presuntivi al fine di dirimere la natura dell'arbitrato[130].

Espressioni quale "processo", "decidere" ovvero quali "senza formalità di procedura", "con lodo non impugnabile" sono state ad esempio ritenute indice rispettivamente di ritualità o irritualità.

Un ulteriore indice di irritualità appare poi il conferimento agli arbitri del potere di comporre la lite "anche con reciproche concessioni" o l'indicazione di un numero pari di arbitri.

Peraltro, tali indici possono mancare o non essere sempre risolutivi.

Per lungo tempo la giurisprudenza ha affermato che la questione dei casi dubbi dovesse essere risolta in favore della natura irrituale dell'arbitrato (in questo senso v. Cass. 4 aprile 2002, n. 4841, in Giust. Civ. 2002, I, p. 1212).

Nel corso dell'ultimo decennio, si assiste, ad un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale.

Le più recenti pronunce individuano, infatti, nell'arbitrato rituale il modello applicabile

---

[129] V. BERTOLDI, *Osservazioni a margine del nuovo art. 808 ter c.p.c.*, in *Studi in onore di C. Punzi*, II, Torino, Giappichelli, 2008, p. 295 ss.

[130] Si veda su tutte Cass. civ., 2 luglio 2007, n. 14972, in *DeJure online.*

per risolvere i casi dubbi (Cass. 18 febbraio 2008 n. 3933, in Giust. Civ. 2009, I, p. 1405).
Alla luce di questo mutato orientamento giurisprudenziale si comprende, inoltre, perché i rapporti tra arbitri rituali e giudici ordinari siano stati da ultimo attratti dalla giurisprudenza nell'ambito della competenza e non del merito.
Come infatti osservato dalle Sezioni unite "l'attività degli arbitri rituali ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicchè lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come una questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, da luogo ad una questione di giurisdizione" (Cass. 25 ottobre 2016, n. 21523, in *Giur. It.*, 2016, 2700).
La propensione dell'ordinamento statale a ingerirsi nella sfera propria dell'autonomia privata si coglie perfettamente non solo in quegli interventi normativi volti a escludere talune materie dalle competenze degli arbitri, ma anche imponendo alle parti di ricorrere obbligatoriamente all'arbitro per giungere alla risoluzione di determinate controversie.
Invero, da una prospettiva teorica si può distinguere tra arbitrato facoltativo, ove sono le parti a decider liberamente di devolvere agli arbitri la risoluzione di una controversia, e arbitrato obbligatorio ove invece la devoluzione della controversia ad arbitri è imposta dalla legge.
Come detto, si tratta di una distinzione prettamente teorica sebbene, infatti, il riferimento a tale distinzione era già sorto in sede di lavori preparatori della Costituzione.
In concreto il giudice delle leggi ha in concreto sempre rifuggito l'idea di un arbitrato obbligatorio.
Così, i tentativi del legislatore di introdurre ipotesi in cui si imponeva normativamente alle parti di devolvere ad arbitri la risoluzione di una controversia sono stati sempre dichiarati costituzionalmente illegittimi.
Secondo la Corte Costituzionale, infatti, l'obbligatorietà del mezzo arbitrale si porrebbe in contrasto con gli artt. 102 e 24 della Costituzione.
In altri termini, la legge può solo disporre il ricorso all'arbitrato ma non "imporre" il

ricorso a tale strumento.

In questo senso, si comprende come la medesima ostilità dimostrata dalla Corte Costituzionale non si rinvenga anche nei confronti del c.d. arbitrato da legge.

Quest'ultimo è un arbitrato ove il legislatore rimette alla volontà delle parti di ricorrere ad esso ma impone, una volta manifestata tale volontà che l'arbitro soggiaccia ad una particolare disciplina procedimentale.

E' questo, ad esempio il modello arbitrale risultante in materia di controversie lavoristiche.

Secondo la Corte Costituzionale, dunque, il legislatore può limitare l'autonomia delle parti in materia di arbitrato, imponendo una determinata procedura arbitrale, purchè sia garantito alle parti di sottrarsi all'arbitrato in favore della giurisdizione ordinaria e sia rispettato il principio di uguaglianza nella nomina degli arbitri.

4.3. La mediazione finalizzata alla conciliazione

Sebbene di ADR si parlasse già da tempo nel nostro ordinamento è soltanto agli inizi del 2010 che, approfittando della normativa comunitaria il legislatore italiano decise di riordinare i diversi strumenti, talvolta denominati di conciliazione, talaltra di mediazione, all'epoca vigenti in relazione a numerosi procedimenti giudiziali, mettendo a punto una disciplina uniforme ed estesa a tutta la materia civile e commerciale.

Per la verità e in controtendenza rispetto alla predetta esigenza di *redutionem* le diverse fonti che disciplinano il procedimento di mediazione vigente sono molteplici.

Il nostro Paese ha formalmente recepito la normativa comunitaria in materia di mediazione con il d.lg. n. 28 del 2010.

La mediazione è definita dalla legge come l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa[131].

[131] F. FERRARIS, *Ultime novità in materia di mediazione civile e commerciale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 779 ss.; ID, *Mediazione civile e giurisprudenz*a*: storia di un rapporto controverso*, in *Contratti*, 2017,

La mediazione prevista dal d.lg. n. 28 del 2010 è di due tipi: la mediazione compositiva, che ha lo scopo di aiutare le parti a ricercare un accordo amichevole per la composizione di una controversia; la mediazione propositiva, che si attua nella formulazione di una proposta per la risoluzione di una controversia.

Il d.lg. 28 del 2010 aveva previsto che la mediazione potesse essere facoltativa oppure obbligatoria quando essa costituiva condizione necessaria affinchè le parti potessero avviare un processo.

Tuttavia la Corte Costituzionale, con sentenza n. 272 del 2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, dell'art. 5, d.lg. 28 del 2010, che per le controversie ivi elencate sanciva l'obbligatorietà del procedimento di mediazione finalizzato alla conciliazione, configurando il previo esperimento come condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La declaratoria di incostituzionalità, peraltro, è stata estesa dalla Consulta a tutte le altre norme del d.lg. 28 del 2010 che presupponevano l'obbligatorietà del procedimento di mediazione.

Restavano ferme le altre disposizioni di legge che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, nonché le disposizioni concernenti i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie in materia di diritto del lavoro.

Per superare le censure della Corte Costituzionale il d.lg. 69 del 2013 ha nuovamente introdotto l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione per tutte le controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, ecc.

L'esperimento della mediazione è nuovamente previsto quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Rispetto alla formulazione originaria del d.lg. 28 del 2010, dunque, l'ambito applicativo della mediazione obbligatoria presenta due novità, ossia: l'esclusione della responsabilità da sinistri stradali; l'inclusione, accanto alla responsabilità medica di quella sanitaria.

E'comunque reintrodotta la previsione secondo cui lo svolgimento della mediazione non

p. 709 ss.

preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.

Una delle novità più significative è che le parti devono esser assistite da un avvocato durante le sessioni di mediazione.

Tutti gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di efficienza e serietà sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione.

Al procedimento di mediazione si applica il Regolamento dell'organismo scelto dalle parti, salvo però alcune regole generali dettate dal d.lg. sopra citato alle quali i singoli regolamenti devono uniformarsi (ad es. il procedimento deve avere una durata non superiore a 3 mesi; l'istanza va presentata presso un organismo del luogo del giudice territorialmente competente per la controversia; dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio; il mediatore si deve adoperare affinchè le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia).

Particolarmente importanti sono poi le disposizioni relative ai rapporti tra il procedimento di mediazione e l'eventuale processo civile avente ad oggetto, in tutto o in parte, la medesima controversia in ordine alla quale la procedura è stata tentata[132].

Affinchè l'obiettivo della deflazione del contenzioso possa essere perseguito è indispensabile che la mediazione, seppure entro certi limiti, possa spiegare effetti anche sul procedimento istaurato davanti all'autorità giudiziaria.

All'atto del conferimento dell'incarico, infatti, l'avvocato deve informare il proprio assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e delle agevolazioni fiscali che gli spettano. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda; il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve

[132] F. FERRARIS, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in *Riv. Dir. Proc*., 2013, p. 1454 ss.

essere allegato all'atto introduttivo[133] dell'eventuale giudizio civile[134].

Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio che ha per oggetto la medesima questione, salvo che vi sia il consenso della parte che ha reso le dichiarazioni o dalla quale provengono le informazioni.

Quando il provvedimento che definisce il giudizio civile 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.

Quando invece, 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[135].

In sintesi, è possibile individuare un quadro di riferimento nei diversi percorsi di mediazione: l'avvio si deve ad un'apposita istanza, indirizzata ad un organismo preventivamente accreditato presso il Ministero della Giustizia; successivamente, il responsabile dell'organismo provvede a nominare il mediatore incaricato a gestire la vertenza e a fissare la data del primo incontro tra le parti (la cui funzione principale consiste nel chiarire i termini delle reciproche pretese e a verificare i margini di trattativa).

Conclusa la fase introduttiva, il procedimento può proseguire con una o più sessioni separate tra il mediatore e le parti singolarmente, al fine di risalire ai reali interessi sottesi alle rispettive richieste (fase negoziale).

Segue, quindi, la fase conclusiva, che a sua volta si articola in diversi passaggi: nel caso

---

[133] Va ricordato come l'improcedibilità della domanda debba essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, ovvero rilevata dal giudice non oltre la prima udienza.

[134] Occorre ricordare che ove il giudice verifichi la mancata allegazione del documento deve informare immediatamente la parte della facoltà di chiedere la mediazione.

[135] C. MENICHINO, *Il nuovo ruolo e le competenze dell'avvocato in mediazione nell'ambito della giustizia privata*, in *Contratti*, 2015, p. 951 ss.

più semplice, in cui le parti abbiano raggiunto un accordo, si provvede alla stesura dello stesso; in caso contrario il mediatore ha facoltà di sollecitare un'ultima volta la condivisione di idee e soluzioni attraverso la formulazione di una proposta conciliativa.

4.4. La disciplina della mediazione civile e commerciale in Spagna

Con il Real Decreto n. 5 del 2012 del 5 marzo sulla mediazione civile e commerciale[136], trasformato in legge con la *Ley* n. 5 del 2012 *de* 6 *de julio*, *de mediaciòn en asuntos civiles y mercantiles*, la Spagna ha dato attuazione alla Direttiva 52/2008/CE sulla mediazione.

Sebbene lo strumento della mediazione fosse già presente in Spagna, questo non si è sviluppato in modo omogeneo.

Esistono infatti diverse leggi sulla mediazione prevalentemente in materia di diritto di famiglia, emanate dalle singole Comunità Autonome.

Finora era, quindi, assente una legislazione in materia, eccezione fatta per la Catalogna[137].

In un sistema giuridico così disorganico, il salto di qualità operato dalla *Ley* n. 5 del 2012 è stato quello di dare una definizione [138] che non riguardasse solo ed esclusivamente la materia familiare, ma anche di regolamentare tutta la materia della mediazione civile e commerciale.

La *Ley* n. 5 del 2012 segue una tecnica redazionale basata sulla presenza di un'ampia parte iniziale (preambolo) a modo di premessa ed esposizione dei motivi che hanno indotto all'emanazione della legge, nonché di esposizione della struttura del testo normativo a sua volta suddiviso in 5 titoli.

Dagli anni '70 sono stati creati nuovi strumenti alternativi di risoluzione dei conflitti, tra

---

[136] Prima del *Real Decreto* la mediazione non era disciplinata espressamente dalla legislazione civile di carattere generale, ma le parti potevano comunque farvi ricorso richiedendo la sospensione del procedimento civile (art. 19 del codice di procedura civile spagnolo); l'ambito applicativo contemplato dal codice di procedura limitava l'istituto soltanto alle cause matrimoniali.

[137] V. *Ley* 15 del 2009 *de julio*, *de mediaciòn en el ambito del derecho privado*.

[138] L'art. 2 della *Ley* 5 del 2012 definisce l'ambito operativo dell'istituto escludendo dall'applicazione della legge la mediazione penale, la mediazione con le amministrazioni pubbliche, la mediazione in materia di lavoro e la mediazione in materia di consumo.

cui si evidenzia la mediazione civile e commerciale, che sta svolgendo il ruolo di strumento complementare per l'amministrazione della giustizia come mezzo alternatvivo di soluzione dei conflitti.

Il modello di mediazione contenuto nella disciplina spagnola si basa su tre putni fondamentali: sulla volontarietà, sulla libera determinazione delle parti, sul rispetto dell'autonomia privata.

La disciplina contenuta nella *Ley* n. 5 del 2012 si fonda sull'intervento facilitatore di un mediatore e sulla valorizzazione della volontà delle parti, la quale si esprime nell'accordo che pone fine al conflitto, il quale potrà avere valore di titolo esecutivo, attraverso la sua elevazione a scrittura pubblica.

La figura del mediatore civile rappresenta l'aspetto peculiare del modello:questo deve avere, ai sensi della nuova disciplina, una formazione specifica nocnhè aver stipulato una assicurazione che gli permetta di offrire garanzie inequivoche alle parti riguardo alla responsabilità civile nella quale potrebbe incorrere nello svolgimento del suo incarico.

I principali punti in comune con la disciplina italiana sono sostanzialmente quelli che ricalcano le disposizioni della direttiva: la riservatezza e l'imparzialità del mediatore, la possibilità di ottenere il titolo esecutivo e la necessaria disponibilità in capo alle parti dei diritti oggetto di mediazione.

Le differenze non passano però inosservate.

Mentre in Italia è prevista l'obbligatorietà del tentativo di mediazione in alcune materie a pena di improcedibilità, nella disciplina spagnola non vi è una simile previsione dove la volontarietà del procedimento è preservata, con l'eccezione dei casi di obbligatorietà già previsti dalla legge processuale civile.

Anche i criteri di determinazione dei costi di mediazione sono differenti poichè in Italia è stata introdotta una disciplina molto precisa di natura proporzionale, mentre quella spagnola è lasciata alla discrezionalità delle istituzioni di mediazione.

La normativa spagnola si differenzia da quella italiana anche per la struttura del procedimento di mediazione.

Infatti, riguardo al procedimento questo si articola in due fasi.

La prima consiste in un incontro informativo, tra il mediatore e le parti, in cui è precisata la natura della mediazione e i doveri incombenti sul mediatore.

Terminato il primo incontro, se le parti decidono di aderire al procedimento, la mediazione entra nel vivo e si svolge seguendo un calendario stabilito tra le parti nella cosiddetta *sesion* costitutiva.

La figura del mediatore rappresenta l'aspetto peculiare del modello spagnolo: un facilitatore che aiuta a raggiungere una soluzione dialogica e volontariamente concordata tra le parti[139].

Al mediatore sono sostanzialmente riservate le medesime attività previste nell'ordinamento italiano, tra cui anche gli incontri separati.

In relazione al ruolo dell'avvocato, in Spagna, l'assistenza tecnica è facoltativa, mentre in Italia si ritiene sia obbligatoria e sul punto la legge impone al professionista uno specifico obbligo informativo.

Rilevante, in Italia, è la previsione che attribuisce efficacia esecutiva all'accordo sottoscritto dagli avvocati delle parti.

Nella normativa spagnola, raggiunto l'accordo massima, al di fuori dell'organismo le parti devono successivamente mettere a punto il contenuto dello stesso, ed entro i 10 giorni successivi presentarlo al mediatore.

Infine l'accordo per acquisire efficacia dovrà essere rogato con l'intervento del notaio[140].

Il legislatore italiano, invece, a differenza di quello spagnolo delega al giudice o all'avvocato il controllo sulla legittimità dell'accordo.

Altro punto divergente tra le due normative è quello della proposta: la legge spagnola non fa alcun riferimento alla proposta del mediatore, mentre la legge italiana prevede che il mediatore possa fare la proposta qualora non venga raggiunto l'accordo e che

---

[139] Nel titolo I del *Real Decreto Ley* n. 5 del 2012 si disciplina l'ambito applicativo della mediazione, la sua applicazione ai conflitti transfrontalieri, gli effetti della mediazione sui tempi di prescrizione e decadenza, nonché l'istituzione del mediatore. L'art. 1 esordisce con la definizione di mediazione: "per mediazione si intende quel rimedio di risoluzione delle controversie, qualunque sia la sua denominazione, in cui due o più parti vogliono volontariamente raggiungere un accordo tra loro con l'intervento di un mediatore.

[140] R. GARCIA ALVAREZ, *La mediacion civil y mercantil en el Real Decreto-Ley n. 5 de 2012*, *op. cit*.

debba farlo qualora sono le parti a chiederglielo.

In altri termini si può osservare che la mediazione spagnola [141] conserva le caratteristiche della forma classica, dove il tentativo è volontario e il mediatore ricopre solamente un ruolo coadiuvante e non invasivo delle scelte delle parti.

La normativa italiana prevede, al contrario, una serie di incentivi e di sanzioni volti a favorire l'utilizzo della mediazione.

La legge spagnola prevede poi nella *Disposicion adicional cuarta*, che le procedure di mediazione debbano garantire pari opportunità per le persone con disabilità.

A tal fine, devono essere conformi alle disposizioni del Decreto n. 366 del 2007, che fissa le condizioni di accessibilità e non discriminazione delle persone con disabilità nelle loro relazioni con l'Amministrazione Generale dello Stato.

Nonostante le innovazioni introdotte, la legge spagnola si presenta in parte lacunosa, specialmente in riferimento alle caratteristiche delle istituzioni di mediazione, ai costi della mediazione e ai criteri di formazione dei mediatori, di cui dà indicazioni di massima rinviando all'approvazione di uno successivo strumento legislativo.

4.5. La negoziazione assistita

Il d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modifiche in l. 10 novembre 2014 n. 162, ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della negoziazione assistita, ossia il procedimento attraverso il quale le parti "convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati".

La l. n. 162 del 2014 prevede diverse forme di negoziazione: la prima in materia di diritti disponibili (salvo che nella materia di lavoro) può essere di due tipi volontaria e

[141] Il titolo III della *Ley* n. 5 del 2012 contiene lo statuto minimo del mediatore con l'indicazione dei requisiti che deve avere e dei principi fondamentali per la loro attività. In particolare la legge individua i compiti del mediatore: egli dovrà facilitare la comunicazione tra le parti e preoccuparsi perché esse dispongano delle informazioni e delle consulenze sufficienti; il mediatore svilupperà una condotta attiva volta a favorire l'avvicinamento delle parti; il mediatore potrà rinunciare a sviluppare la mediazione, con l'obbligo di consegnare alle parti un atto che contenga le ragioni della scelta; il mediatore non potrà iniziare o dovrà abbandonare la mediazione quando concorrano circostanze che riguardino la sua imparzialità; prima d'iniziare il suo compito, il mediatore dovrà rivelare qualunque circostanza che possa riguardare la sua imparzialità o generare un conflitto di interessi.

obbligatoria.

La scelta di ricorrere al primo modello per la composizione della lite è libera e, dunque, rimessa ad una valutazione di opportunità delle parti; l'utilizzo del secondo, invece, è riservato ad ipotesi previste espressamente e funziona come condizione di procedibilità della domanda giudiziale[142].

Un'altra forma di negoziazione assistita è prevista "per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o divorzio"[143].

La procedura di negoziazione assistita deve essere preceduta dalla conclusione del relativo accordo. Ad esso, ovvero alla conclusione di una convenzione di negoziazione assistita, può giungersi tanto congiuntamente, quanto aderendo alla proposta della controparte.

Nel primo caso, essa deve esser stipulata per iscritto a pena di nullità, con l'assistenza degli avvocati, i quali certificano l'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione. Analoghi requisiti dovranno rivestire anche l'invito e la successiva adesione.

L'invito a stipulare la convenzione, anch'esso scritto, ha un analogo contenuto ma deve altresì contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro 30 giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio.

A norma dell'art. 2, comma 7 "è dovere deontologico degli avvocati informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di

---

[142]Il meccanismo ricalca quanto stabilito per la mediazione obbligatoria

I due strumenti, tuttavia, hanno ambiti di applicazione differenti. In particolare: a) controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti; b) pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti 50.000,00 euro fuori dai casi in cui è prevista la mediazione obbligatoria; c) controversie in materia di contratto di trasporto o di sub trasporto.

[143] Per approfondire si vedano: F. TIZI, *Negoziazione assistita e relazioni genitoriali per le coppie non coniugate. Negoziazione assistita in materia familiare e coppie di fatto*, in *Giur. It.*, 2016, p. 2643 ss.; A. TODESCHINI PREMUDA, *La trascrizione degli accordi tra coniugi nell'ambito della negoziazione assistita*, in *NGCC*., 2018, p. 124 ss.; F. TOMASSEO, *Libertà negoziale e principio dispositivo nei procedimenti in materia di famiglia*, in *Fam. e Dir.*, 2018, p. 419 ss.; A. TRINCHI, *Sulla trascrizione dei trasferimenti immobiliari nella negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2018, p. 124 ss.

negoziazione assistita".

Ai sensi dell'art. 8 la comunicazione dell'invito a concludere la convenzione ovvero la sottoscrizione della medesima (nel caso vi si addivenga congiuntamente) determina sia l'interruzione che la sospensione della prescrizione nonché è impedita la produzione della decadenza[144].

Le attività successive alla stipulazione della convenzione sono lasciate alla libera determinazione dei contendenti, ai quali è soltanto fatto obbligo di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia, con l'assistenza dei rispettivi avvocati.

Le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono esser utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto.

Nel caso in cui le trattative di composizione della lite non abbiano successo, ai sensi dell'art. 4 "gli avvocati devono certificare la dichiarazione di mancato accordo".

La formalizzazione del fallimento della procedura serve a documentare l'avvenuto espletamento del filtro di accesso alla giurisdizione: rappresenta un momento certo a partire dal quale computare l termine di decadenza ed inoltre definisce l'ambito delle attività che non possono esser utilizzate in giudizio.

Ove riesca, la procedura si conclude con un accordo giudiziale di soluzione della lite.

L'accordo[145] costituisce titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

L'idoneità a costituire titolo per iscrivere ipoteca giudiziale rappresenta un forte incentivo alla negoziazione assistita, poiché funziona come efficace garanzia per il creditore in caso di inadempimento delle obbligazioni dedotte nell'accordo.

Tutto ciò premesso si può rilevare che l'introduzione della negoziazione assistita riveste un ruolo peculiare nel sistema delle ADR ed è rivolta, anche nella spiegazione contenuta nei lavori parlamentari, a offrire in tempi rapidi una ulteriore forma di tutela dei diritti

---

[144] In tal caso se l'invito è rifiutato o non è accettato nel termine stabilito la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal rifiuto, dalla mancata accettazione nel termine ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo.

[145] Tale accordo, può esser trascritto, ma a tal fine è necessaria l'autentica della sottoscrizione da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

dei cittadini, confinando all'area giudiziale le sole liti irrisolvibili anche all'esito di un confronto formale e diretto dei difensori delle parti.

Sul punto si è pronunciata la Corte Costituzionale (Corte Cost. 7 luglio 2016, n. 162) la quale ha evidenziato in linea generale che detto istituto, pur affiancato alla messa in mora di cui agli artt. 145, 148 e 149 del d.lg. n. 209 del 2005 (codice delle assicurazioni private), non costituisce una duplicazione degli istituti e soprattutto "non vulnera irragionevolmente il diritto di difesa perché non rinvia *sine die* la tutela risarcitoria dei danneggiati, attesa la brevità del termine" e "i costi della procedura certamente inferiori ai costi del giudizio che l'interessato ha la possibilità di risparmiare, non sono comunque tali da rendere eccessivamente difficoltosa la tutela giurisdizionale. Pertanto, il meccanismo della negoziazione assistita riflette un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di tutela del danneggiato e quella, che il differimento all'accesso alla giurisdizione intende perseguire, di contenimento del contenzioso, anche in funzione degli obiettivi del giusto processo, per il profilo della ragionevole durata delle liti, oggettivamente pregiudicata dal volume eccessivo delle stesse".

Il significato principale della riforma può dunque rinvenirsi proprio nelle materie in cui l'istituto è configurato come obbligatorio ossia in relazione a quelle controversie che, per il carattere di ripetitività dell'oggetto della lite o per il valore contenuto sembrano più indicate per essere trattate al di fuori delle aule giudiziarie e, comunque, in modo ancora più rapido di quanto previsto dall'analogo istituto della mediazione civile[146].

Concludendo l'essenza della negoziazione assistita[147] nel sistema delle ADR va ravvisato nella rilevanza che la legge attribuisce al ruolo dell'avvocato e ai concetti di lealtà e buona fede che sono volti a delineare il compito che lo stesso è chiamato ad assolvere quale strumento per il corretto funzionamento dell'ordinamento giudiziario

[146] Rispetto alla mediazione civile nell'istituto in esame difetta la presenza di un mediatore e di un apposito regolamento disposto da terzi soggetti e ciò appare ispirato dalla logica di perseguire una trattazione che sia ancora più veloce e rapida delle problematiche coinvolte. Tutto ciò, peraltro, non esclude che possa verificarsi una sovrapposizione tra i due strumenti atteso il carattere volontario delle stesse e ferma restando la relativa infungibilità nelle ipotesi in cui la legge ne prescrive l'obbligatorietà.

[147] Cfr. P. FARINA, *La negoziazione assistita degli avvocati: da* preambolum ad litem *ad outsourcing della decisione del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 514 ss.

oltre che per la tutela delle singole parti.

4.6. Giustizia sportiva e ADR

L'ordinamento sportivo[148] pone il delicato problema di conciliare l'autonomia del suo ordinamento, con il principio della tutela giurisdizionale statale effettiva[149].

L'ordinamento sportivo, infatti, offre rimedi alternativi a quelli giurisdizionali per la risoluzione delle controversie che riguardino società sportive, atleti e federazioni.

E' da sempre al centro delle riflessioni sui mezzi per la risoluzione delle controversie sportive il problema della difficoltosa convivenza di tali strumenti con il ricorso alla giurisdizione ordinaria.

Il sistema della giustizia sportiva e dei rapporti tra i rimedi in essa presenti e la via giurisdizionale ha trovato assetto con la l. 17 ottobre 2003, n. 280.

La legge riserva all'autonomia dell'ordinamento sportivo ogni questione avente ad oggetto l'applicazione delle norme che mirano a garantire il corretto svolgimento delle attività sportive e i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione delle relative sanzioni disciplinari sportive[150].

---

[148] Per uno studio approfondito del diritto dello sport di veda su tutti, L. DI NELLA (a cura di), *Manuale di diritto dello sport*, Napoli, Esi 2021.

[149] Cfr. P. GROSSI, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Dir. Amm*., 2012, p. 13 ss.

[150] Le teorie della pluralità degli ordinamenti, piú volte utilizzate dalla dottrina per spiegare il sistema delle regole sportive, sono state di recente messe in discussione da una diversa lettura del fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico, unitariamente inteso alla luce del dettato costituzionale e composto da una pluralità di fonti. In tal senso, L. DI NELLA, *La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici: analisi critica dei profili teorici e delle applicazioni al fenomeno sportivo*, in *Riv. dir. sport*., 1998, p. 38 ss.; ID., *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Esi, 1999, p. 83 ss.; A. LEPORE, *L'illecito nell'attività sportiva: una nuova prospettiva,* in *Rass. dir. econ. sport*, 2006, p. 99 ss.; ID., *Sulla responsabilità degli organizzatori di manifestazioni sportive. Il ruolo dei giudici di gara*, nota a Cass., 27 ottobre 2005, n. 20908, *ivi*, p. 522 ss.; ID., *Responsabilità civile e tutela della «persona-atleta»*, Napoli, Esi, 2009, p. 46 ss.; P. FEMIA, *Due in uno. La prestazione sportiva tra pluralità e unitarietà della qualificazione*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico, Atti del III Convegno nazionale, della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*, Napoli, Esi 2009, p. 235 ss., spec. 282 ss.; P. PERLINGIERI, *Riflessioni conclusive*, *ivi*, p. 715 ss.; ID., *Conclusioni*, in *Atti del Convegno "Lo sport in tribuna"*, *Bologna, 28 settembre 2009*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2010, p. 367 ss.; ID., *Rilievi conclusivi*, in AA.VV., *Il Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport. Aspetti processuali e sostanziali*, Napoli, Esi, 2011, pp. 99 ss. Sull'unitarietà dell'ordinamento, in generale, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, Esi, 2006, p. 290 ss.; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 190 ss.,

In altri termini nessuna violazione di tali norme può considerarsi di alcun rilievo per l'ordinamento giuridico difettando il giudice dello Stato di giurisdizione in materia[151].

Nel riconoscere l'autonomia dell'ordinamento sportivo la legge precisa, però, che questa viene meno ogni qualvolta sussistano situazioni giuridiche soggettive che, pur connesse con l'ordinamento sportivo, siano rilevanti per l'ordinamento giuridico della Repubblica.

Tale precisazione ha il fine di dissipare dubbi di illegittimità costituzionale quanto alla non giustiziabilità di sanzioni disciplinari che comportino l'esclusione dall'ordinamento sportivo, violando il diritto al lavoro del singolo o l'iniziativa economica della società sportiva.

In sintesi, l'appartenenza ad un ordinamento particolare non può mai comportare la caducazione della tutela giurisdizionale statale costituzionalmente garantita.

In altri termini il diritto costituzionalmente garantito ad adire il giudice non può essere annullato in conseguenza dell'adesione alla federazione sportiva[152].

Molteplici e diversi sono i rimedi previsti nell'ordinamento delle federazioni sportive e presso il CONI.

In particolare, il sistema della giustizia sportiva sembra aver trovato un assetto definitivo

---

e ora in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, Esi, 2006, p. 6 ss., spec. p. 22; ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 164 ss.; ID., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 4, p. 20 ss. Propongono, invece, l'applicazione delle teorie pluralistico-ordinamentali, seppure con diverse argomentazioni e prospettive, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, Esi, 1917, p. 93 ss.; C. CAPOGRASSI, *Alcune osservazioni sopra le molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1935, p. 9 ss.; M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, I, p. 10 ss.; W. CESARINI, *La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici ed il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1381 ss.; M.S. GIANNINI, *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 671 ss.; Di recente, fra gli altri, G. FACCI, *Il contratto immeritevole di tutela nell'ordinamento sportivo*, in *Contr. impr.*, 2013 p. 645 ss.

[151] Il vincolo di giustizia, con cui, rispettivamente, l'atleta al momento del tesseramento e la società al momento dell'affiliazione alla federazione si impegnano a rivolgersi alla giustizia federale per la risoluzione di eventuali controversie, non appare il frutto di una reale scelta libera, ma la conseguenza della volontà di partecipare a un circuito di gare sportive organizzato dalle federazioni. Tale situazione da sempre comporta contrasti tra i due ordinamenti nel momento in cui gli organi di giustizia di entrambi gli ordinamenti siano impegnati per la risoluzione della medesima controversia.

[152] Interessanti sul punto le riflessioni di G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tu*tela *giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, Giappichelli, 2007.

con il nuovo codice[153] della giustizia sportiva[154].

Il nuovo sistema della giustizia sportiva mira a predisporre regole procedurali uniformi per l'esercizio dei poteri sanzionatori di tutte le Federazioni sportive nazionali e delle Discipline sportive associate prevedendo organi di giustizia omogenei presso tutte le Federazioni.

Il codice richiede che presso ogni Federazione siano presenti un Tribunale di primo grado e una Corte federale di appello: tali organi hanno una competenza residuale, ove non vi sia la competenza dei giudici sportivi, anch'essi presenti presso ogni Federazione e competenti per le questioni tecnico -sportive.

Lo Statuto del CONI prevede poi l'insediamento presso il CONI, in posizione di autonomia ed indipendenza del Collegio di Garanzia dello Sport e della Procura Generale dello Sport.

La Procura Generale ha la funzione di coordinare le attività svolte dalle Procure Federali.

Il Collegio è il supremo giudice di legittimità dell'ordinamento sportivo, che conosce delle controversie decise in via definitiva in ambito federale, ad esclusione di quelle in materia di doping e di quelle di minor rilievo.

In altri termini, ora l'ultimo grado di giustizia in materia sportiva è rappresentato dal Collegio di Garanzia dello Sport, cui è possibile proporre ricorso avverso tutte le decisioni non altrimenti impugnabili nell'ordinamento sportivo, emesse dagli organi di giustizia federale, lamentando la violazione di norme o l'omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia.

Quando il Collegio di Garanzia dello Sport[155] riforma la decisione impugnata, può decidere in tutto o in parte la controversia, oppure rinviarla all'organo di giustizia federale competente che, in diversa composizione, dovrà pronunciarsi entro 60 giorni, applicando il principio dichiarato dalla Corte. In tal caso non è ammesso nuovo ricorso

---

[153] Adottato con la deliberazione del Consiglio nazionale del CONI dell'11 giugno 2014, n. 1512 e successive modifiche.

[154] F. ORSO, *Il codice di giustizia del CONI tra omogeneizzazione procedurale e autonomia federale*, in *Riv. Dir. Sport.*, 2015, p. 15 ss.

[155] Il giudice amministrativo (TAR Lazio, Roma, Sezione I, 22 agosto 2017 n. 9385 in *DeJure online*) inquadra la decisione del Collegio di Garanzia nell'ambito dei ricorsi amministrativi gerarchici impropri.

salvo che per violazione del principio di diritto.

4.7. Le negoziazioni paritetiche

L'art. 141-*ter* c. cons. disciplina un modello di ADR fino al 2015 privo di regolamentazione organica, ma ampiamente in uso nella prassi[156].

L'art. 141-*ter* arricchisce il quadro normativo nel quale la negoziazione paritetica trova allocazione e detta previsioni normative aggiuntive rispetto a quelle che già regolano le altre procedure ADR e che restano vincolanti anche per il tale istituto[157].

Si tratta di procedure regolate da protocolli di intesa tra singoli professionisti o associazioni di professionisti e un numero non inferiore ad un terzo delle associazioni dei consumatori e degli utenti.

La gestione della lite è affidata a una commissione di conciliazione composta da una rappresentanza dell'impresa e un rappresentante delle associazioni dei consumatori, che ha il compito di favorire la soluzione bonaria tramite una negoziazione diretta tra i partecipanti, che operano in condizioni di sostanziale parità.

Condizione di procedibilità è il fallimento del previo esperimento della procedura di reclamo direttamente presso il professionista.

In altri termini la domanda può essere depositata dal consumatore presso l'organismo solo in caso di risposta insoddisfacente al reclamo da parte del professionista o in caso di mancata risposta[158].

La durata della procedura è particolarmente contenuta: da un minimo di trenta a un massimo di sessanta giorni.

All'esito della negoziazione, la commissione avanza una proposta di accordo, che

---

[156] I primi riconoscimenti dell'istituto si devono alle autorità amministrative indipendenti. In particolare l'Autorità per l'energia elettrica e il gas dirotta l'attenzione sulle utilità risolutive del Tavolo tra Enel e consumatori, reso operativo nel 2006 per le conciliazioni paritetiche, in aggiunta alle conciliazioni presso le Camere di Commercio.

[157] L'art. 141*ter* c. cons. disciplina l'istituto in osservanza di quanto nella direttiva ADR e in coerenza con quanto, prima ancora, nella Raccomandazione 98/257/CE.

[158] Sul tema cfr. G. AMENTA, *Conciliazione e altre forme di negoziazione volontarie e paritetiche*, in A. Pera (a cura di), *Mediazione e conciliazione. Diritto interno comparato internazionale*, Padova, Cedam, 2011, p. 38 ss.

vincola il professionista, ma lascia libero il consumatore di accettare o rifiutare[159].

Con la presentazione della domanda di accesso alla procedura, infatti, il consumatore rilascia al componente della commissione in rappresentanza dell'associazione dei consumatori "un mandato a trattare, e non un mandato a transigere, in quanto la proposta, per essere vincolante per il consumatore, deve essere accettata da questi"[160].

La commissione formula la proposta in base a quanto emerso in sede di reclamo e alle deduzioni delle parti, in prospettiva valutativa[161].

La negoziazione paritetica resta comunque una procedura su base volontaria e facoltativa: il consumatore può scegliere di promuoverla, restando comunque libero di optare per la procedura ADR che preferisce.

Se il consumatore sceglie di attivare la procedura, il professionista che abbia sottoscritto il protocollo d'intesa è chiamato a partecipare.

Le procedure vengono gestite, dal punto di vista amministrativo, da una segreteria tecnica, con compiti, tra gli altri, di comunicazione, di nomina dei componenti della commissione di conciliazione, e di conservazione dei verbali[162].

4.8. Le crisi da Sovraindebitamento

La situazione di perdurante crisi economico-finanziaria che ha riguardato ed in parte continua a riguardare la nostra economia, ha posto in evidenza l'esigenza di tutelare in maniera maggiormente attenta tutta quella serie di soggetti giuridici, che, pur non rientrando nella cerchia dei "fallibili" richiedevano la possibilità di accedere a forme di gestione della crisi che tentino una composizione della stessa[163].

---

[159] A. M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dopo la direttiva 2013/11/CE*, in *EuDP*, 2017, 3, p. 1110 ss.

[160] E. MINERVINI, *Le negoziazioni paritetiche tra prassi e norme*, in *NLCC.*, 2018, p. 316 ss.

[161] Secondo M. MARINARI, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, Roma, Maggioli, 2010, p. 109, si tratterebbe di una conciliazione "spuria".

[162] Perchè possano operare, gli organismi di negoziazione paritetica sono chiamati a rispettare specifici requisiti di indipendenza e trasparenza imponendo tra gli altri la pariteticità della commissione, che deve essere composta da un numero uguale di rappresentanti delle associazioni dei consumatori e di rappresentanti del professionista, e la trasparenza della procedura di nomina dei singoli componenti della commissione.

[163] P. FARINA, *Le procedure concorsuali di cui alla legge n. 3 del 2012 e la compatibilità con la legge*

Ciò che si è posto all'attenzione del legislatore è una sostanziale inadeguatezza del comune rapporto debitore-creditore.

Tale tendenza ha portato ad una sostanziale riarticolazione della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. andando a prevedere deroghe al principio, fino a qualche tempo fa granitico, per cui il debitore deve onorare tutti i suoi debiti con il proprio patrimonio presente e futuro[164].

Il fenomeno del sovraindebitamento, inteso nel senso dell'impossibilità a far fronte ai propri impegni debitori per ragioni di vita familiare da parte di persone fisiche o di famiglie[165], è stato oggetto di rilevazioni di mercato, analisi economiche e di normazione in numerose esperienze europee.

Nella nostra esperienza giuridica era stato esaminato solo di sfuggita, in connessione con la disciplina del credito al consumo e con la nuova disciplina dell'attività bancaria.

Il modello per introdurre una disciplina organica è stato tratto dall'esperienza francese, ove dal 1989 si è introdotto un provvedimento "rivolto a prevenire e a disciplinare le difficoltà collegate al sovraindebitamento dei privati e delle famiglie"[166].

In altri termini, si introduce una procedura di risanamento e di ripianamento della situazione debitoria, che si può articolare in due fasi, una convenzionale a istanza del debitore; l'altra giudiziale con cui si possono assumere provvedimenti per protrarre la scadenza dei rimborsi, consolidare i debiti, ridurre gli interessi.

Le finalità dell'intervento sono evidenti: si vuole rendere meno gravosa per il debitore la situazione in cui è coinvolto senza pregiudicare eccessivamente gli interessi dei creditori.

Il legislatore italiano ha provveduto con d.l. n. 212 del 2011, poi modificato con l. 27

---

fallimentare, in *DF*, 2017, p. 43 ss.

[164] Imprescindibile la consultazione di L. MEZZASOMA, *La colpa del consumatore nelle procedure di sovraindebitamento*, *op.cit*., p. 1378 ss.

[165] Più precisamente per "sovraindebitamento" si intende la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente.

[166] B. CAPPONI, *Verso una nuova prospettiva di disciplina del credito al consumo*, in *Foro It.*, 1990, IV, cc., 16 ss.

gennaio 2012, n. 3, e successive modifiche[167].

La disciplina non è riservata solo al consumatore e quindi non è stata inserita nel codice del consumo ma in una legge speciale.

Il consumatore inadempiente, che non riesce a soddisfare regolarmente i propri debiti può presentare una proposta di accordo al giudice competente, per la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti, attraverso qualsiasi forma anche mediante cessione dei crediti futuri[168].

L'idea fatta propria dal legislatore è quella, nel caso di comprovata situazione debitoria sproporzionata rispetto alle possibilità del debitore, di impedire una sorta di corsa al patrimonio del debitore che privilegerebbe il creditore più scaltro per agevolare, invece, una gestione più o meno controllata della crisi tale da tentare di garantire, nei limiti del possibile, il soddisfacimento parziale del ceto creditorio[169].

In questo senso, proprio ai sensi della legge sul sovraindebitamento, i soggetti non fallibili possono concludere un accordo con la maggioranza dei propri creditori volto a dettare una riarticolazione dei rapporti di credito/debito fra il soggetto sovraindebitato e la massa dei creditori con effetti che si ripercuotono anche sui creditori che non abbiano sottoscritto l'accordo.

Inoltre il piano del consumatore può prevedere una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

La proposta riguarda tutti i crediti e produce effetti solo con l'omologazione: l'accordo richiede l'adesione dei creditori, ma non di tutti, essendo sufficiente la maggioranza del 60 per cento[170].

---

[167] Per approfondire la tematica v., L. MEZZASOMA, *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento e la tutela del consumatore*, Napoli, Esi, 2021.

[168] L. MEZZASOMA, *Commento art. 6 (finalità e definizioni) – Disciplina sul sovraindebitamento*, *op. cit*., p. 905 ss.

[169] In giurisprudenza v. Trib. Treviso, 12 maggio 2016, in *ilcaso.it*.

[170] L. MEZZASOMA, *La tutela del sovraindebitato quale contraente* d*ebole*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori, II, Napoli, Esi, 2017.

Il piano deve prevedere le modalità di soddisfazione dei creditori, che possono essere divisi in classi, le eventuali garanzie e le modalità di liquidazione dei beni, con la possibilità di prevedere modalità differenziate di soddisfazione di alcune categorie di creditori.

La presentazione della proposta implica, da un lato, che siano sospese tutte le procedure esecutive promosse contro il debitore e ogni adempimento che questi sia tenuto ad effettuare e la perdita della disponibilità del patrimonio da parte del debitore. Ogni atto concluso in violazione di questi divieti è nullo[171].

L'esecuzione dell'accordo è rimessa dal giudice a un liquidatore.

Per presentare il piano il consumatore può rivolgersi a un organismo di composizione della crisi, che è un organismo di mediazione di natura privata costituito da enti pubblici o da ordini professionali: l'organismo verifica la veridicità dei dati contenuti nella proposta e la fattibilità del piano, tenendo conto anche del parere dei creditori.

Affianca tale procedura di "accordo del debitore" quella definita come "piano del consumatore".

Se anche tale procedura condivide le stesse finalità della precedente, risultano diversi i soggetti legittimati a proporre il piano nonché il rilievo che assume il ceto creditorio all'interno di tale procedura: legittimati a proporre il piano sono esclusivamente i consumatori; tale forma di gestione della crisi si concretizza in una proposta unilaterale formulata dal consumatore sovraindebitato che non coinvolge assolutamente le proprie controparti creditorie, sanata in quest'ultimo caso attraverso l'assegnazione di un ruolo centrale al giudice che è chiamato ad omologare il piano.

In altri termini la procedura in parola si concretizza in una proposta fatta dal consumatore sovraindebitato contenente non solo una riorganizzazione temporale delle scadenze di pagamento dei propri debiti ma anche, normalmente, una falcidia parziale dei debiti potendo anche recare la cessione dei beni ai creditori al fine di soddisfarne,

[171] Imprescindibile lo studio di L. MEZZASOMA, *Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole*, in *Le corti umbre*, 3, 2014, p. 919 ss.

pur se parzialmente, le pretese[172].

[172] R. BOCCHINI, *Sovraindebitamento del consumatore. Profili civilistici della disciplina del sovraindebitamento del consumatore*, in *GI*, 2016, p. 2129 ss.

CAPITOLO 2

SEZIONE 1

ARBITRATO BANCARIO E FINANZIARIO: IL PROCEDIMENTO

Sommario: 1. L'ABF nell'ambito dei sistemi ADR. L'Ombudsman-Giurì Bancario (Cenni) – 2. Il quadro normativo – 3. Il rapporto intercorrente tra Banca d'Italia e ABF – 4. L'organismo e il suo regolamento. Le modifiche nell'ultimo decennio – 5. L'organo giudicante e la Segreteria tecnica – 6. Il codice deontologico dei componenti dell'ABF – 7. La legittimazione attiva e passiva davanti all'ABF – 8. Il procedimento – 9. Le fasi preliminare, istruttoria e decisoria – 10. La contumacia dell'intermediario – 11. Il regime della prova – 12. Il danno patrimoniale e non patrimoniale – 13. Le spese legali – 14. La natura del lodo – 15. La correzione delle decisioni – 16. L'ABF e il Prefetto. – 17. ABF e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

1. L'ABF nell'ambito dei sistemi ADR. L'Ombudsman-Giurì Bancario (Cenni)

L'esame del quadro normativo vigente delle procedure ADR e la sua evoluzione in materia bancaria lascia trasparire un sistema articolato [173] che appare unico nel panorama legislativo.

E'da sottolineare come il legislatore sembra aver posto in competizione i diversi strumenti di risoluzione[174], con il rischio di disincentivare il ricorso ai procedimenti ADR.

Tuttavia non vi è ragione di dubitare che l'introduzione della condizione di procedibilità

[173] Lo rileva E. MINERVINI, *L'arbitrato bancario finanziario*. *Una nuova forma di A.D.R.*, Esi, Napoli, 2013, p. 7 ss.; ID., *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in E. Capobianco (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 660 ss.

[174] E. CAPOBIANCO, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra mediazione e procedura dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 571 ss.

della domanda giudiziale anche per le liti derivanti dai contratti bancari sia riuscita a canalizzare l'interesse verso quei procedimenti idonei all'esperimento di tale obbligo portando così l'attenzione sulla mediazione e sull'ABF.

Invero, dal punto di vista sistematico l'analisi deve essere condotta sulla efficacia dei diversi sistemi ADR previsti per le liti bancarie.

In particolare la lettura dei dati statistici del Ministero della Giustizia e della Banca d'Italia sembra indurre a conclusioni che si palesano come inevitabili tanto è vero che, da una parte, si elogia il successo dell'ABF e, dall'altra, si prende atto di un insuccesso della mediazione[175].

E queste conclusioni conseguono ad un approccio che mal si presta ad un sistema articolato di ADR, in un settore altamente specialistico nel quale le implicazioni economiche non possono essere relegate a meri incidenti occasionali del percorso risolutivo.

Ad un'analisi delle diverse discipline dell'ABF, da un lato, e della mediazione civile, dall'altro, emerge con immediatezza l'alternatività asimmetrica tra gli stessi[176].

Numerose sono infatti le differenze tra i due sistemi ad esempio, per quanto attiene ai costi posti a carico degli utenti: se nella mediazione occorre attenersi alle tariffe ministeriali che prevedono per il solo primo incontro il costo di 40,00 euro (oltre iva e spese vive) per ciascuna delle parti per le liti del valore fino a 250.000,00 euro e di 80,00 euro per quelle di valore superiore, nell'ABF il costo[177] per il ricorrente è di soli 20,00 euro.

Si attende peraltro da qualche anno l'adeguamento della regolamentazione della mediazione in materia di consumo che dovrebbe condurre ad un ulteriore revisione dei costi[178].

---

[175] M. MARINARO, *Il Paese dove tutto finisce in tribunale. Riflessioni sparse sulle prospettive di riforma della giustizia civile*, in *Judicium,* 12 dicembre 2018, p. 31 ss.

[176] Si rileva in dottrina come l'alternativa tra i due procedimenti non appaia piena. Cfr. P. BARTOLOMUCCI, *L'arbitrato bancario finanziario: il procedimento*, Napoli, Esi, 2020, p. 73 ss.

[177] La sostanziale gratuità e la carenza dell'obbligo di assistenza legale consente di fatto l'accesso all'ABF anche ai cittadini non abbienti. Il tema è invece oggetto di discussione, anche in sede di riforma, in materia di mediazione civile e di negoziazione assistita.

[178] In relazione ai costi della procedura di mediazione, si segnala che le spese di mediazione che

D'altronde, mentre per l'ABF è la Banca d'Italia che ne sostiene i costi, per la mediazione il legislatore ha ritenuto che gli stessi dovessero gravare direttamente sulle parti facendo salve quelle agevolazioni ed incentivi utili a renderla sostanzialmente gratuita.

Ma la più profonda asimmetria tra i due sistemi in ordine all'efficacia degli stessi attiene alla condotta tenuta dalle banche nei due procedimenti.

Occorre evidenziare che gli intermediari (che non possono avviare la procedura) sono obbligati ad aderire al sistema ABF, ma non si ritiene che allo stesso modo gli intermediari debbano partecipare e cooperare attivamente alla mediazione.

Ed è tanto più singolare rilevare come nell'esperienza operativa dei due sistemi i comportamenti adottati dalle banche siano profondamente diversi[179].

Seguendo queste argomentazioni si fa strada l'idea che si possa affidare al solo sistema ABF (e alla sua natura decisoria non vincolante) la gestione del filtro preventivo in materia bancaria senza tener conto dei suoi limiti normativi, funzionali e strutturali[180].

Invero, nessuno studio ha ancora affrontato in modo approfondito le complesse questioni che sia agitano nel contenzioso bancario dovendosi focalizzare l'attenzione anche sulla sua diretta incidenza sul sistema economico italiano.

Se è indubbio che l'ABF costituisca una *best practice* anche nel panorama ADR a livello europeo tuttavia sussistono limiti per cui questo procedimento non possa esaurire ogni spazio destinato alla composizione extragiudiziale delle liti bancarie[181].

---

costituiscono il compenso per l'attività svolta dall'organismo, i cui importi con i relativi scaglioni di riferimento sono indicati in una tabella allegata al d.m. 18 ottobre 2010 n. 180, non sono stati mai aggiornati pur essendo trascorsi ormai 10 anni dall'entrata in vigore della normativa.

[179] Occorre sottolineare come la mediazione, a differenza dell'ABF, consente anche lo svolgimento di attività peritali tecnico-contabili che in questa tipologia di liti diviene uno snodo necessario anche per la composizione amichevole in sede conciliativa (cfr. G. LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 21 ss.).

[180] Ci si riferisce in primo luogo alle notizie apparse sulla stampa tra ottobre e novembre del 2018 circa l'imminente riforma del processo civile che avrebbe contemplato anche talune modifiche per i sistemi ADR. In particolare, si profilava una riforma nella quale alla mediazione obbligatoria sarebbero state sottratte le controversie bancarie e assicurative che sarebbero passate rispettivamente sotto la competenza dell'arbitro bancario e della Consob. (G. NEGRI, *La riforma del processo civile punta sulla negoziazione*, in *Quotidiano del diritto*, 27 novembre 2018; ma già ID, *La mediazione inciampa sulle liti bancarie*, in *Il Sole 24 Ore,* 28 ottobre 2018.

[181] Appare oltremodo irragionevole rinunciare alla funzione del filtro in questa materia proprio in

La possibilità di un utilizzo alternativo di strumenti diversi consente un approccio utile a rendere efficace la risposta in una chiave di ricomposizione della relazione e dell'affermazione di buone prassi nei rapporti con la clientela[182].

Talune auspicabili modifiche legislative in tal senso potrebbero migliorare sensibilmente l'efficacia anche della mediazione consentendo, ad esempio, un più esteso utilizzo delle attività peritali in relazione all'utilizzabilità anche in sede processuale dei relativi esiti in caso di mancato accordo.

Ma al di là dei pur possibili interventi normativi, nella prospettiva di un sistema di *Dispute Resolution* integrato e complementare, un ruolo centrale potrebbe essere assunto dalla Banca d'Italia.

In questa logica mediazione e ABF sono più efficaci nell'incidere sulle condotte virtuose degli intermediari rispetto alla giurisdizione ordinaria e sull'effettività della regolazione del mercato.

Pertanto, la mediazione ben può concorre con altri sistemi di tipo diverso quale è l'ABF, a creare un circolo virtuoso e, la partecipazione degli intermediari ai tavoli di mediazione dovrebbe essere assicurata normativamente e vigilata dalla Banca d'Italia.

Si può delineare così un sistema sinergico ed integrato di procedure ADR per le liti derivanti dai contratti bancari e finanziari che, senza ritardare l'accesso alla giurisdizione ordinaria, possa rafforzare la tutela per i consumatori e, allo stesso tempo, offrire agli intermediari strumenti utili a migliorare i rapporti con la clientela.

In conclusione emerge una lettura in termini di complementarietà tra i due sistemi: l'ABF appare complementare alla giustizia ordinaria e alla stessa mediazione, soddisfacendo una domanda che probabilmente non accederebbe alla giustizia ordinaria.

Un breve cenno merita, da ultimo, l'Ombudsman-Giurì Bancario.

---

considerazione dei risultati positivi ottenuti complessivamente dal meccanismo alternativo composto dalla mediazione e dall'ABF. Dall'esame dei dati statistici emerge una lettura in termini di complementarietà tra i due sistemi e non di sostituzione: l'ABF appare complementare alla giustizia ordinaria e alla stessa mediazione, soddisfacendo una domanda che probabilmente non accederebbe alla giustizia ordinaria.

[182]Cfr. M. BIANCO, *Audizione nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 1662*, del 27 ottobre 2020, in *senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/52664_documenti.htm*.

Questo ultimo ha rappresentato uno dei primi metodi alternativi di risoluzione delle controversie nel sistema bancario[183]:il predetto organismo è stato importato in Italia nel 1993, sulla scorta dell'esperienza maturata nel mondo anglosassone.

Il predetto sistema di risoluzione delle controversie fin dalla sua costituzione ha rappresentato un valido sistema alternativo al ricorso all'autorità giudiziaria, così come previsto dal Commissione Europea attraverso il Libro Verde.

La Direttiva 87/102/CE già prevedeva che gli Stati membri incoraggiassero la creazione di organismi atti a ricevere i reclami inerenti ai contratti di credito e a fornire ai consumatori informazioni al riguardo.

L'attività dell'Ombudsman è cessata nel 2017 quando ha preso avvio l'Arbitro per le Controversie Finanziarie gestito dalla Consob.

L'Ombudsman non costituiva un organo alternativo al giudice e pertanto non svolgeva le finalità dell'arbitro, bensì si caratterizzava per essere un organo garante della regolarità dell'attività bancaria.

L'Ombudsman bancario assolveva, inoltre, la funzione di ridurre i costi della contrattazione e l'onerosità degli strumenti di tutela dei diritti della clientela.

La procedura poteva essere attivata dal solo cliente della banca.

Il cliente doveva presentare un reclamo alla banca o all'intermediario finanziario, che nel termine previsto dalla banca doveva far sapere se avrebbe accolto o meno il reclamo.

Qualora il cliente non fosse stato soddisfatto della risposta dell'ufficio reclami, o non avesse ricevuto risposta nei termini previsti, avrebbe potuto ricorrere all'Ombudsman.

Il procedimento era di tipo documentale: il Collegio assumeva le proprie decisioni solo sulla scorta delle prove depositate.

Qualora entrambe le parti avessero fornito prove documentali a sostegno delle rispettive tesi, le quali risultavano in contrasto fra loro, l'Ombudsman accertava i fatti avvenuti mediante un procedimento deduttivo che teneva conto, alla luce di tutte le circostanze

[183] Il termine compare per la prima volta con una connotazione di tipo pubblicistico nella Costituzione svedese del 1809. La funzione era quella di vigilare su eventuali abusi del sovrano. Cfr. G. CARRIERO, *L'Ombudsman garante della correttezza bancaria*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 481 ss.; G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. comm.*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, Giappichelli, 2005, p. 85.

della fattispecie nonché delle prove documentali indiziarie, della verosimiglianza delle rispettive ricostruzioni[184].

Il ricorso aveva ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferivano; se, invece, era richiesta la corresponsione di una somma di denaro la questione rientrava nella competenza dell'Ombudsman, purché il valore fosse contenuto nell'importo massimo di euro 100.000,00.

Oltre ad una competenza per valore vi era anche una competenza per materia, nel senso che potevano essere sottoposti all'Ombudsman solo le controversie aventi ad oggetto servizi ed attività di investimento.

Sotto un profilo soggettivo occorre evidenziare che la legittimazione passiva dell'intermediario si determinava in base alla sua adesione all'Ombudsman[185].

Il ricorso all'Ombudsman era totalmente gratuito e non privava il cliente del diritto di rivolgersi in qualsiasi momento all'autorità giudiziaria.

Tuttavia non potevano essere sottoposti al vaglio di detto organo le controversie che avessero già formato oggetto di pronuncia di un Collegio Arbitrale o, di pronuncia da parte dell'autorità giudiziaria.

Il cliente prima di rivolgersi all'Ombudsman doveva preventivamente presentare ricorso all'ufficio reclami dell'intermediario.

L'ufficio reclami forniva risposta al cliente, inviandone copia all'Ombudsman.

Entro 30 giorni dal ricevimento della risposta dell'ufficio reclami il cliente comunicava all'Ombudsman se si riteneva soddisfatto della risposta dell'intermediario, ovvero se intendeva ottenere la decisione dell'Ombudsman.

L'Ombudsman era investito della controversia mediante formale richiesta scritta del cliente, da inviarsi per posta ordinaria o utilizzando strumenti informatici; inoltre, l'organismo doveva provvedere ad informare tempestivamente per iscritto l'intermediario interessato.

---

[184] Cfr. Decisione del 29 gennaio 2015, ricorso n. 491 del 2014.

[185] Va dichiarato inammissibile il ricorso diretto nei confronti di un intermediario non aderente all'Ombudsman (decisione del 19 luglio 2016, ricorso n. 462 del 2016).

La richiesta formulata dal cliente dell'intermediario doveva specificare il contenuto della controversia ed essere supportata da ogni altra documentazione utile ai fini della verifica della sussistenza delle condizioni di ammissibilità del ricorso.

L'Ombudsman qualora rilevava dall'esame degli atti il coinvolgimento nella vicenda di una banca diversa da quella convenuta, doveva sospendere la procedura e inviare gli atti all'ufficio reclami della seconda banca, poiché esso poteva conoscere solo di questioni già esaminate dall'ufficio reclami competente[186].

Le decisioni dell'Ombudsman-Giurì Bancario erano vincolanti solo per la banca o l'intermediario finanziario.

L'organismo ai fini del suo corretto funzionamento prevedeva una Segreteria tecnica incaricata di istruire ricorsi da sottoporre all'esame dell'organismo collegiale.

La decisione dell'Ombudsman era sempre motivata e doveva essere resa entro 90 giorni dal ricevimento della richiesta d'intervento.

Una sua peculiarità era data dalla natura vincolante per il solo intermediario.

L'Ombudsman, qualora fosse venuto a conoscenza che l'intermediario non si era conformato alla decisione, assegnava un termine per provvedere, decorso il quale rendeva nota l'inadempienza dandone pubblicità a mezzo stampa, a spese dell'intermediario inadempiente[187].

La decisione dell'Ombudsman non era una sentenza ed era sprovvista del carattere dell'esecutività.

2. Il quadro normativo

La regolamentazione dell'istituto e della procedura sull'arbitro bancario e finanziario[188]

---

[186] G. CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'Ombudsman bancario*, in *Econ. e dir. priv.*, 2003, p. 129 ss.

[187] Cfr. G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato al consumo*, in *Trattato Bessone*, vol. XXX, Torino, Giappichelli, 2007, p. 199 ss.

[188] Per una disamina sull'istituto de quo V., *ex multis*, con varietà d'opinioni, G. CARRIERO, *Arbitro bancario finanziario: morfologia e funzioni*, in *Foro.it*, 2012, p. 213 ss.; V. PETRELLA, *L'arbitro bancario finanziario*, in (a cura di) A. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. III, Padova, Cedam, 2012, p. 287 ss.; C. CONSOLO, G. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1, 2011, p. 121 ss.; G. FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzione di tutela e di vigilanza*, Milano, Giuffrè, 2012, *passim*; E. MINERVINI, *L'arbitro bancario*

si inserisce nel complesso quadro normativo dell'*Alternative Dispute Resolution*, quale mezzo di risoluzione alternativa stragiudiziale delle controversie insorte tra gli intermediari bancari e finanziari e i loro clienti.

L'ABF è stato predisposto dal legislatore come un organismo a tutela della clientela bancaria e finanziaria, per ottenere in modo rapido e poco dispendioso, una decisione imparziale e autorevole, su controversie che non hanno trovato soluzione nel rapporto diretto con l'intermediario bancario e finanziario.

L'Arbitrato Bancario Finanziario[189] trova il proprio fondamento normativo, nell'art. 128-*bis* del t.u.b.[190] introdotto dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262, successivamente più volte modificato.

Preliminarmente, si rileva che la cornice normativa di riferimento è la seguente: l'art. 29 della l. 28 dicembre 2005, n. 262, che ha introdotto nel t.u.b. l'art. 128-*bis*, prevede l'adesione di banche e intermediari finanziari a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie insorte con la clientela, la cui disciplina organizzativa viene affidata al CICR.

Quest'ultimo ha assunto la delibera 29 luglio 2008 n. 275, in attuazione della delega.

---

finanziario. Una nuova forma di ADR, *op. cit.*, p. 21 ss.; v. anche le informazioni sull'ABF pubblicate nella *Relazione sull'attività dell'arbitro bancario finanziario*. Anno 2019, in *arbitrobancariofinanziario.it;* in generale sugli arbitrati amministrati, v. S. AZZALI, *Arbitrato amministrato ed arbitrato ad hoc*, in G. Iudica (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 101 ss.

[189] Con espresso riguardo all'ordinamento bancario finanziario F. CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. Comm*., 2008, I, p. 1049 ss.; E. MINERVINI, *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in E. Capobianco (a cura di), *Contratti bancari*, in *Trattato Contr*., (a cura di) Rescigno e Gabrielli, Torino, Giappichelli, 2017, p. 663 il quale sottolinea che "il legislatore ha avviato in materia bancaria e finanziaria un processo finalizzato all'introduzione nell'ordinamento italiano di organismi stragiudiziali, ritenendo che si tratti di un settore nel quale si avvertono, con maggiore intensità, rispetto ad altrove, le ragioni poste alla base della tendenza, tanto nazionale quanto comunitaria, a favorire sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie". Sui rapporti tra strumenti stragiudiziali e meccanismi di tutela *ex ante*, propri della regolamentazione bancaria, G. BOCCUZZI e A. VALSECCHI, *Tutela della clientela e regolamentazione bancaria e finanziaria*, in *Id.* (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in *Quad. giur. Banca d'Italia*, n. 68, Roma, p. 17 ss.

[190] Sul punto, vedi E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e arbitrato bancario e finanziario*, in *Contratto e Impresa*, n. 1, 2011, p. 134 ss.; sulla mediazione nel settore creditizio si vedano anche N. SOLDATI, *La mediazione nelle controversie societarie, bancarie e finanziarie*, in *La nuova mediazione e conciliazione*, *Il Sole24ore*, 2010, p. 41 ss.; M. TAMPONI, *Le clausole contrattuali per la mediazione delle controversie in materia di servizi bancari e finanziari*, in *Bancaria*, n. 9, 2010, p. 48 ss.

Da ricordare è poi il d.lg. 8 ottobre 2007 n. 179 che ha istituito, presso la Consob, una Camera di Conciliazione e Arbitrato, investita della gestione di procedimenti di conciliazione e arbitrato, relativi a controversie tra investitori e intermediari finanziari, generate dalla violazione, da parte di questi ultimi, degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza.

E'da tale quadro normativo che ha tratto origine un sistema assai articolato alla stregua del quale è possibile individuare distinti modelli procedimentali tra i quali si distingue il sistema di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie, cui è dedicato il presente lavoro.

Svolte queste brevi osservazioni si deve sottolineare che l'attività rimessa all'ABF non consiste di certo nell'assistere le parti nella ricerca di una composizione amichevole della controversia: esiste un profilo di marcata specificità che separa irrimediabilmente l'ABF dal sistema della mediazione.

E' possibile anticipare fin da ora come le decisioni dell'ABF sembrino dover essere collocate, quanto alla loro natura, alla categoria degli atti amministrativi.

Queste decisioni sono pertanto dotate di forza vincolante verso l'intermediario, mentre al contrario il mediatore è privo in ogni caso del potere di rendere decisioni vincolanti.

Ruolo fondamentale nella disciplina dell'ABF hanno le disposizioni amministrative di attuazione e, precisamente, dalla delega legislativa al CICR e, di conseguenza, alla stessa Banca d'Italia che ha emanato le Disposizioni Applicative destinate a regolare la determinazione dei criteri di svolgimento delle procedure e la composizione del Collegio.

L'istituto dell'arbitro bancario finanziario è divenuto operativo in Italia dal 15 ottobre 2009.

L'obbligo di adesione al sistema rappresenta quindi una condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria.

Le disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 sono poi state diffusamente riviste con il d.lg. n. 28 del 2010, tenendo anche conto dell'esigenze emerse nella prima fase operativa dell'ABF.

Segnatamente, l'art. 128-*bis* del t.u.b. è stato attuato dalla delibera del CICR del 29 luglio

2008 n. 275[191], seguita dalle disposizioni adottate dalla Banca d'Italia il 18 giugno 2009, e modificate dalla stessa il 15 febbraio 2010, il 12 dicembre 2011, ed il 13 novembre 2012: viene così istituito l'ABF.

Nel corso del tempo, l'ABF, con la notevole produzione giurisprudenziale di autorevoli decisioni in materia bancaria si è confermato, come uno strumento risolutivo delle liti altamente utilizzato.

In sintesi, l'ABF è stato strutturato originariamente in tre collegi (Milano, Roma e Napoli) competenti per le corrispondenti aree territoriali[192].

E' abilitato a conoscere e a decidere controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, nonché di servizi di pagamento per l'accertamento dei relativi diritti (competenza per materia) e per il risarcimento del danno fino a 100.000 mila euro (competenza per valore).

Rientra tra i poteri dell'ABF, l'adozione di pronunce di accertamento e di condanna.

Per poter adire l'ABF è necessario il previo reclamo all' intermediario, che ne costituisce condizione di procedibilità.

La sua adozione è riservata alla clientela bancaria e finanziaria, oltre che agli utilizzatori degli strumenti di pagamento e non necessita à di assistenza legale.

Va detto, in sostanza, che l'ABF si è lentamente affermato e consolidato nella prassi divenendo punto di riferimento per gli operatori del diritto nella materia in questione.

3. Il rapporto intercorrente tra Banca d'Italia e ABF

La Banca d'Italia, quale autorità di regolazione cui è affidato il controllo di stabilità del rischio finanziario, della trasparenza e della concorrenza sulle banche italiane, rappresenta un referente di notevole importanza nello svolgimento delle funzioni

[191] Nel preambolo delle suddette disposizioni regolamentari si precisa che l'adesione degli operatori al sistema costituisce "un utile strumento per migliorare i rapporti con la clientela e la fiducia del pubblico nei prestatori di servizi bancari e finanziari, con effetti positivi anche sul piano del contenimento dei rischi legali e reputazionali delle banche e degli intermediari bancari e finanziari".

[192] Oggi i collegi territoriali sono stati implementati: 1) Collegio di Bari. 2) Collegio di Bologna. 3) Collegio di Milano. 4) Collegio di Napoli. 5) Collegio di Palermo. 6) Collegio di Roma. 7) Collegio di Torino.

affidate all'ABF: ne sostiene il funzionamento preservando, allo stesso tempo, la sua posizione di organismo indipendente e imparziale nei compiti esercitati e nelle decisioni prese[193].

La Banca d'Italia risponde al bisogno di attuare una disciplina adeguata alla tutela del risparmio in tutte le sue forme, regolando l'insieme dei comportamenti capaci di alterare il corretto equilibrio negoziale tra le parti, regolando l'accesso ai mercati e il comportamento degli operatori.

In questa prospettiva anche la costituzione, all'art. 47, riconosce la tutela al risparmio[194]: essa riconosce la tutela al risparmio attraverso l'azionabilità del relativo diritto, eleva al rango costituzionale l'interesse che ne è l'oggetto e, per tal via, si pone al centro dell'impianto normativo che mira a garantire il corretto funzionamento del sistema finanziario, in generale, e del risparmio, in particolare, assicurando l'adozione di una disciplina volta ad incentivare il libero scambio dei prodotti finanziari, e, evitare abusi e distorsioni dal corretto svolgimento delle transazioni.

Nella descritta ottica, la recente storia italiana ha visto il tema della responsabilità delle autorità di vigilanza del mercato assurgere a una progressiva rilevanza anche agli occhi del grande pubblico, specie a seguito degli scandali finanziari che si sono susseguiti negli ultimi anni[195].

Il caso *Tercas* come il caso delle quattro banche in crisi[196], implicando il coinvolgimento della Banca d'Italia hanno, di certo, accentuato la necessità di trovare delle idonee forme di responsabilizzazione delle autorità di sorveglianza per le irregolarità funzionali loro

---

193 Cfr., M. PERASSI, *Ruolo della Banca d'Italia e dell'autorità giudiziaria nel preservare l'integrità del sistema economico finanziario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2014, p. 349 ss., ove l'autore evidenzia che "l'ordinamento assegna alla Banca d'Italia una pluralità di finalità istituzionali, un complesso di attività da svolgere in un quadro di riferimento del tutto particolare, dove vengono in considerazione sia le norme dei trattati europei, sia le previsioni del legislatore nazionale, tanto che l'assetto istituzionale della Banca d'Italia non ha eguali nel ostro ordinamento".

194 Cfr., F. FIORDIPINTI, *Tutela del risparmio: principi costituzionali e rimedi civilistici*, Napoli, Esi, 2012, p. 9 ss.

195 Cfr., F. CAPRIGLIONE, *I prodotti di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche?,* in *Banca borsa e tit. cred*., 2008, p. 20 ss.

196 Il riferimento è all'avvio, da parte della Banca d'Italia, nel 2015 di un programma di risoluzione di Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Ferrara, Cassa di Risparmio di Chieti, che dal febbraio 2015 erano state sottoposte ad amministrazione straordinaria.

ascrivibili.

Movendo un passo indietro, è indiscutibile che gli ultimi anni sono stati fondamentali nel segnare, nel nostro Paese, una radicale trasformazione della idea di responsabilità degli organismi pubblici, e che ha comportato alla sostanziale equiparazione delle autorità pubbliche ai privati cittadini.

Il punto di partenza di questa fase è, come noto, la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 500 del 1999, con cui si è segnata una svolta nel rapporto esistente tra privati ed organismi amministrativi[197].

L'imputabilità civile delle *Authorities* per il proprio operato è stata, quindi, solo in tempi recenti oggetto di una pacifica accettazione, specie in un settore, quale quello creditizio, ove gli oneri gravanti possono essere giustificati nella misura in cui si dimostrino adeguati a garantire una tutela concreta contro fenomeni distorsivi.

Come risaputo, fino alla sentenza a Sezioni unite n. 500 del 1999 era esclusa la possibilità di invocare la responsabilità degli organi pubblici per mancato o insufficiente esercizio delle funzioni di sorveglianza, poiché le posizioni giuridiche dei cittadini-vittime venivano inquadrate nella categoria irrisarcibile degli interessi legittimi[198].

Le Sezioni unite con la pronuncia n. 500 del 1999 hanno ammesso con chiarezza la possibilità di condannare la P.A. al risarcimento del danno a favore dei cittadini a seguito della lesione di posizioni soggettive loro riferibili che pur non assurgendo alla posizione di diritti soggettivi, restino inquadrabili nella categoria degli interessi giuridicamente rilevanti e tutelati.

La citata sentenza, traendo spunto dalla natura atipica della ipotesi contemplata dall'art.

---

[197] La sentenza n. 500 del 1999 ha sostanzialmente affermato tre principi di diritto, costruendo in primo luogo, una nozione ampia di danno ingiusto, secondo cui va risarcito il danno arrecato a qualunque interesse meritevole di tutela, benchè non identificantesi con un diritto soggettivo, sostenendo, in secondo luogo, che la responsabilità della P. A. è da riportare al modello della responsabilità aquiliana, e, in fine, affermando la necessaria esistenza di una effettiva lesione arrecata al diritto del privato al conseguimento del bene vita cui aspira non essendo sufficiente a ottenere il risarcimento del danno, e pur nel rispetto della distinzione tra interessi legittimi pretensivi e oppositivi la violazione delle regole formali dell'agire amministrativo.

[198] La risarcibilità dell'interesse legittimo si presentava formalmente preclusa, sebbene il risarcimento del danno venisse sostanzialmente disposto anche in assenza di un pregiudizio effettivamente arrecato a diritti soggettivi assoluti.

2043 c.c., ha evidenziato che il perfezionamento di una ipotesi di responsabilità civile è subordinata alla presenza di un danno ingiusto, che si realizza tramite la lesione di un interesse giuridicamente rilevante, considerato che "(…) ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione all'ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante"[199].

La previsione di una responsabilità giuridica in capo ai pubblici poteri, pertanto, è stata profondamente condizionata dalla tesi secondo cui la domanda risarcitoria presentata avverso la pubblica amministrazione può essere accolta ove quest'ultima abbia agito in modo illegittimo quantomeno colposamente, ovvero in violazione di norme e principi dell'ordinamento, e si sia verificato un evento dannoso, ascrivibile alla stessa condotta amministrativa, in conseguenza della violazione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante.

La espansione della nozione di danno ingiusto, che è derivata dalla citata sentenza del 1999, ben si inquadra, così, nella attuazione del principio di analogia della tutela che si pone a completamento del principio di effettività della garanzia giurisdizionale[200], oggi sancito anche dall'art. 1 c.p.a.[201]

Il carattere innovatore che può essere colto nella citata sentenza rivela tutto il suo potenziale a realizzare una decisiva svolta nella definizione dei relativi ambiti di responsabilità, una volta trasferito alla responsabilità degli organi di controllo nei mercati finanziari, e della Banca d'Italia.

Le tappe che hanno segnato la responsabilità degli organismi pubblici, rappresentano, in definitiva, il perimetro in cui leggere il dato normativo nazionale, per trarvi delle stabili soluzioni non solo in merito al rapporto, incentrato sulla reciproca autonomia,

---

[199] Cass. civ., Sez. un., 22 luglio 1999 n. 500, in *DeJure online*.

[200] La tutela offerta dai ricorsi esperibili nel diritto nazionale deve essere analoga alla protezione conseguibile mediante i corrispondenti ricorsi garantiti dal diritto comunitario.

[201] Secondo l'art. 1 c.p.a. "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

che lega Banca d'Italia e ABF, ma anche in merito al problema della responsabilità delle autorità di supervisione finanziaria.

4. L'Organismo e il suo regolamento. Le modifiche nell'ultimo decennio

Il modello organizzativo dell'ABF presenta delle specifiche caratteristiche che lo distinguono da tutti gli altri strumenti di risoluzione alternativi delle liti.

L'ABF ha di certo l'obiettivo di migliorare la stabilità[202] del sistema bancario e finanziario, essendo un meccanismo di "definizione delle liti tra intermediari e clienti, incentivando il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela, migliorando la fiducia del pubblico nel sistema bancario e finanziario, nella sua capacità di proteggere il risparmio, contribuendo a rafforzare e stabilizzare il sistema stesso, rendendolo più efficiente e meno sensibile agli shock determinati da improvvise situazioni di crisi"[203].

L'ABF si compone di un organo decidente, articolato in Collegi composti da 5 membri[204] dislocati territorialmente nelle sedi di Milano, Roma, Napoli, Bari, Bologna, Palermo, Torino; ogni Collegio si compone di una Segreteria tecnica, la cui attività è svolta dalla Banca d'Italia.

E'previsto in casi eccezionali che la Banca d'Italia permetta a un organismo associativo di designare più componenti dell'organo decidente, che si alternino in funzione delle caratteristiche del ricorso.

A tal proposito si rileva che le associazioni degli intermediari hanno deputato due distinti rappresentanti che sia alternano a seconda che i ricorsi siano proposti dai consumatori oppure da non consumatori.

---

[202] F. AULETTA, *ABF e sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Le società*, 2011, p. 89, rileva che "il procedimento innanzi all'ABF è strumentale a un'attività di vigilanza della Banca d'Italia e solo indirettamente a prevenire l'insorgere della controversia innanzi al giudice o all'arbitro, ai quali può essere comunque deferita".

[203] A. PIERUCCI, *L'arbitrato bancario e finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. Comm*., fasc. 4, 2014, p. 811 ss.

[204] Cfr. art. 3, delibera CICR e Sezione III, disp. appl. dispongono che l'arbitro si compone di un organo decidente, articolato in collegi composti da 5 membri, tra i quali un presidente e due membri scelti dalla Banca d'Italia, un membro designato dalle associazioni degli intermediari e un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti.

La designazione del componente espresso dalle associazioni rappresentative dei clienti è effettuata per i consumatori dal Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti; mentre, per le altre categorie di clienti, la designazione è fatta da associazioni di categoria che raccolgono un significativo numero di clienti distribuiti sull'intero territorio nazionale e che hanno svolto attività in modo continuativo nei tre anni precedenti.

Per promuovere la procedura innanzi all'ABF è preliminare inviare un reclamo davanti all'intermediario a pena di improcedibilità del ricorso.

L'ufficio reclami dell'intermediario si pronuncia entro 30 giorni dalla ricezione del reclamo e, qualora lo accolga, indica le iniziative che l'intermediario si impegna ad assumere e i tempi entro i quali le stesse verranno realizzate.

Se, invece, il reclamo è ritenuto infondato, l'intermediario esporrà i motivi di rigetto fornendo al cliente tutte le indicazioni per adire l'ABF.

Gli uffici reclami degli intermediari devono valutare nuovi reclami pervenuti proprio alla luce dei precedenti orientamenti espressi dall'ABF considerando le soluzioni adottate in tali casi; per cui se il medesimo caso ha già formato oggetto di una o più pronunce dello stesso tenore da parte del medesimo Collegio è opportuno che l'intermediario si attenga a tali decisioni, proprio per evitare di soccombere a seguito dell'accoglimento del successivo ricorso del cliente.

In ogni caso la decisione dell'ABF non è di per sé idonea a produrre effetti giuridici vincolanti in capo alle parti, tuttavia la sua forza nei confronti del solo intermediario è legata ad un sistema sanzionatorio di carattere reputazionale.

Al fine di favorire l'effetto deflattivo dell'istituto è stata prevista, come già accennato una sanzione “reputazionale”, attraverso la pubblicazione dell'inottemperanza dell'intermediario alla decisione.

Di grande rilievo, ha l'azione dell'organismo arbitrale, quando assume le vesti e le finalità di vigilanza sul sistema bancario.

A tal proposito si rileva che il mancato adempimento dell'intermediario alla decisione assunta dall'ABF determina, per l'intermediario sia l'irrogazione di sanzioni

reputazionali da parte della Banca d'Italia, sia ulteriori sanzioni che la stessa Banca d'Italia può applicare all'intermediario nell'esercizio delle proprie attività di controllo sulla conformità dei comportamenti degli intermediari alle prescrizioni del t.u.b.

Anche lo stesso *nomen iuris* "arbitro" è utilizzato in senso tecnico, non essendo l'ABF riconducibile né all'arbitrato, né all'arbitraggio.

Non può essere l'uno, né costituisce una variante speciale di arbitrato rituale o di arbitrato irrituale.

Nè tantomeno si tratta di arbitraggio, giacché sia il cliente che l'intermediario demandano all'ABF non di colmare una lacuna di carattere tecnico, ma di assumere un parere *pro veritate* di natura giuridica, non vincolante per le parti, all'inosservanza del quale fa seguito al massimo, e per il solo intermediario bancario la predetta sanzione reputazionale.

In conclusione, la qualificazione dell'ABF come forma di arbitraggio non pare una tesi convincente.

Altri studiosi della materia, ritengono, invece, che l'intero meccanismo, oggetto del presente lavoro, faccia capo alla funzione di vigilanza di cui è investita la Banca d'Italia, con il che l'ABF costituirebbe un *sub* procedimento che si inserisce all'interno di una più estesa attività di natura amministrativa finalizzata all'efficienza del sistema finanziario.

Altri ancora ritengono l'ABF un metodo di risoluzione delle controversie *sui generis* fondato sul prestigio della Banca d'Italia.

Sta nei fatti che la Corte Costituzionale ha negato natura giurisdizionale all'ABF, pur riconoscendo carattere giudiziale.

Da un punto di vista soggettivo l'art. 128-*bis* t.u.b. circoscrive la cognizione dell'ABF alle controversie insorte tra "cliente"[205] e l'"intermediario"[206].

---

[205] Quando si parla di cliente (deliberazione CICR 29 luglio 2008 n. 275) si intende il soggetto, (persona fisica o giuridica tanto il consumatore, quanto il professionista o l'imprenditore, con esclusione dei soggetti che svolgono professionalmente l'attività nei settori bancario, finanziario, assicurativo, previdenziale, a meno che gli stessi agiscano per scopi estranei all'attività professionale) che ha o ha avuto un rapporto contrattuale o è entrato in relazione con un intermediario, per la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento.

[206] Per la definizione di intermediario si rinvia all'art. 1, lett. c) della delibera del CICR 29 luglio 2008 n. 275 e alle disp. appl. emanate dalla Banca d'Italia.

L'adesione all'ABF costituisce una condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione di servizi di pagamento.

Sotto il profilo oggettivo, la delibera del CICR e le disp. appl. di Banca d'Italia identificano l'ambito di applicazione dell'ABF con le controversie riguardanti operazioni e servizi bancari e finanziari ivi compresi i servizi di pagamento.

Occorre rilevare che il *petitum* delle domande formulate dai clienti può comporsi: nella richiesta di accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto cui si riferiscono; o nella richiesta di corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, a condizione che l'importo richiesto non sia superiore ad euro 100.000,00 mila.

Restano invece escluse le richieste aventi ad oggetto: risarcimento danni che non siano conseguenza diretta dell'inadempimento o della violazione posta in essere dall'intermediario e fattispecie riguardanti beni materiali o servizi diversi da quelli bancari e finanziari, oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati.

Dopo un'esperienza operativa di un decennio, si è avvertita l'esigenza di introdurre modifiche volte ad accrescere la funzionalità dei Collegi decidenti, garantire l'uniformità degli orientamenti e snellire la procedura, anche al fine di rispettare i requisiti previsti dalla Direttiva 2013/11/UE per gli organismi di risoluzione alternativa delle controversie rivolte ai consumatori.

Sono così state emanate da Banca d'Italia le nuove disposizioni[207] che regolano il funzionamento dell'ABF, entrate in vigore il 1° ottobre 2020.

Il provvedimento realizza l'allineamento con le previsioni della Direttiva ADR e del d.lg. n. 130 del 2015 di recepimento e accresce l'efficienza e la funzionalità dell'Arbitrato Bancario e Finanziario, con l'obiettivo di ridurre i tempi di risposta alla clientela e

[207] Con decreto d'urgenza 10 luglio 2020 si è prevista la "*Modifica della delibera CICR n. 275 del 29 luglio 2008 – risoluzione stragiudiziale delle controversie*". In data 27 agosto 2020 sono state adottate dalla Banca d'Italia le nuove "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari", in attuazione della delibera CICR, come modificata con il decreto d'urgenza, destinate ad applicarsi a far data dal 1° ottobre 2020.

migliorare l'organizzazione del lavoro dei collegi[208].

Con le nuove disposizioni dell'agosto 2020 il procedimento dinanzi a all'ABF ha assunto un carattere più marcatamente processuale che ne accentua la funzione decisoria. Si prevede che il ricorso, presentato dal cliente oppure, per conto di questi, da un'associazione di categoria alla quale il cliente aderisca, dal rappresentante legale o da un soggetto munito di procura, sia trasmesso tempestivamente all'intermediario, il quale, entro il termine perentorio di 30 giorni dalla ricezione, trasmette alla competente Segreteria tecnica le proprie controdeduzioni unitamente a tutta la documentazione utile ai fini della valutazione del ricorso.

In precedenza, il procedimento si fermava qui: oggi è previsto espressamente che entro il termine perentorio di 25 giorni dalla ricezione delle controdeduzioni, il cliente possa trasmettere, a propria volta, una memoria di replica, nella quale, non potrà tuttavia ampliare la domanda iniziale.

L'intermediario potrà a propria volta trasmettere una memoria di controreplica entro il termine perentorio di 15 giorni dalla ricezione delle repliche del ricorrente, ma non potrà proporre ulteriori eccezioni processuali e di merito relative alle circostanze, già esposte nell'atto introduttivo, che non siano state oggetto di contestazione nelle controdeduzioni.

Il Collegio può formulare richieste di integrazione della documentazione, ma non terrà conto della documentazione pervenuta oltre i termini perentori previsti; una volta che il fascicolo si sia definitivamente formato decorrerà il termine di 90 giorni per la comunicazione dell'esito della controversia.

Il procedimento segue una cadenza scandita in modo puntuale, con preclusioni assai maggiori di quelle di un qualsiasi procedimento arbitrale nel quale c'è una notevole elasticità nelle memorie e nelle produzioni, fermo il rispetto del principio del contraddittorio.

Quanto al potenziamento dell'efficienza dell'ABF, nell'ottica di una più rapida

[208] Le nuove disposizioni danno attuazione alla delibera del CICR, n. 275 del 29 luglio 2008, come modificata con decreto d'urgenza del Ministro dell'economia e delle finanze – Presidente del CICR, n. 127 del 10 luglio 2020.

definizione del giudizio, una prima novità trae spunto dalla constatazione che per alcuni filoni di contenzioso i ricorsi sono contraddistinti da una sostanziale ripetitività dei presupposti di fatto e di diritto.

In relazione a tali ipotesi vengono attribuiti al Presidente del Collegio decidente rilevanti poteri e in particolare la possibilità, laddove sulla questione oggetto del ricorso sussista un consolidato orientamento dei Collegi che comporta l'accoglimento della domanda del ricorrente, di adottare un percorso alternativo e più celere rispetto alla remissione della controversia al Collegio.

In particolare il Presidente del Collegio: se l'orientamento comporta l'accoglimento integrale della domanda, può decidere con proprio provvedimento monocratico (ferma la possibilità, concessa al soccombente, di chiedere entro 30 giorni che la questione venga rimessa al Collegio); se l'orientamento comporta l'accoglimento non integrale della domanda, può invitare le parti ad addivenire ad una soluzione conciliativa da lui prospettata[209], entro il termine di 30 giorni, decorso inutilmente il quale la trattazione del ricorso proseguirà davanti al Collegio per la decisione.

Quale strumento per incentivare l'adesione dell'intermediario alla decisione presidenziale o alla proposta conciliativa si prevede poi una diversa modulazione delle spese di procedura per l'intermediario.

Il contributo standard a carico dell'intermediario infatti: è ridotto a euro 100,00 nei casi di adesione dell'intermediario al provvedimento presidenziale, esito positivo del tentativo di conciliazione o accoglimento da parte del Collegio del ricorso nei termini prospettati dal Presidente qualora il fallimento della risoluzione anticipata della lite prospettata dal Presidente sia riconducibile al rifiuto del solo ricorrente; il contributo è aumentato a 400,00 euro in caso di mancata adesione dell'intermediario al provvedimento presidenziale e successivo accoglimento da parte del Collegio del ricorso con conferma della decisione presidenziale, oppure, in caso di accoglimento del

[209] L'istituto della proposta del Presidente nel procedimento ABF appare quindi caratterizzato in modo peculiare, non inquadrabile non solo nell'ambito della disciplina generale della mediazione, ma neppure, in relazione ai modelli sviluppatesi in campo ADR.

ricorso nei termini prospettati dal Presidente qualora il fallimento della soluzione anticipata della lite prospettata dal Presidente sia riconducibile al rifiuto del solo ricorrente.

Quanto agli aspetti procedurali sono previsti termini perentori per lo scambio dei vari scritti difensivi delle parti: l'intermediario ha 30 giorni di tempo per predisporre le proprie controdeduzioni e inviarle alla Segreteria tecnica; entro 25 giorni dalla ricezione delle controdeduzioni il cliente può presentare una memoria di replica, senza peraltro poter ampliare la domanda, cui l'intermediario può replicare nei successivi 15 giorni; la decisione deve essere resa entro 90 giorni dal completamento del fascicolo (prorogabili di altri 90 giorni se la controversia riveste particolare complessità).

Resta confermato il carattere non vincolante della decisione dell'ABF e quindi la facoltà per l'intermediario di non adempiere, ferme le conseguenze reputazionali date dalla pubblicazione della notizia dell'inadempimento.

A riguardo le nuove disposizioni prevedono che la notizia dell'inadempimento dell'intermediario venga pubblicata sul sito internet dell'ABF per 5 anni e sulla pagina del sito internet dell'intermediario per 6 mesi.

E' prevista però la possibilità di ottenere la cancellazione immediata nel caso l'intermediario ottenga sulla stessa controversia una sentenza favorevole dell'autorità giudiziaria.

Tra le molteplici novità volte a incidere sui profili organizzativi dell'ABF da accrescerne efficienza e produttività si segnala: a) la possibilità di derogare temporaneamente la competenza territoriale dei Collegi per accentrare, presso un unico Collegio territoriale, per un periodo non superiore a 18 mesi, la trattazione dei ricorsi inerenti materie omogenee sulle quali vi sono orientamenti consolidati; b) viene valorizzato maggiormente il ruolo del Collegio di Coordinamento cui ora viene attribuito espressamente il compito, nel decidere un ricorso che gli sia stato rimesso, di individuare il principio di diritto e farne applicazione al caso concreto; c) all'ABF possono essere sottoposte tutte le controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà indipendentemente dal valore al quale si riferiscono.

Se la richiesta del ricorrente ha ad oggetto la corresponsione di una somma a qualunque titolo, la controversia rientra nella cognizione dell'ABF a condizione che l'importo richiesto non sia superiore a 200.000,00 euro, con un aumento del limite di valore fissato originariamente a 100.000,00 euro.

5. L'Organo giudicante e la Segreteria tecnica

L'Organo decidente è composto da soggetti di comprovata professionalità ed esperienza, il che rappresenta una garanzia per le parti sull'autorevolezza e sulla qualità della decisione.

In tal senso una parte della dottrina[210]ritiene che l'ABF, svolga una valutazione di tipo prognostico sull'esito finale della lite in quanto, simulando le fasi del processo, mostra subito alle parti quale sarebbe l'esito verosimile della lite una volta che un giudice fosse investito della domanda giudiziale, bloccando per tale via il possibile approdo giudiziario della lite stessa.

Possiamo affermare dunque che l'ABF svolge una funzione di risoluzione anticipata delle controversie bancarie e finanziarie secondo lo schema degli ADR.

L'ABF viene definito, come uno strumento di ADR di tipo "dichiarativo", che non ricerca la soluzione consensuale di un conflitto tra le parti, ma si muove verso la sua aggiudicazione.

In merito al funzionamento e al regolamento, ciascun Collegio è validamente costituito con la presenza di tutti i suoi membri; eventuali impedimenti alla partecipazione alla riunione sono comunicati senza indugio dal componente interessato alla Segreteria tecnica[211] che provvede a convocare il componente supplente.

---

[210] Così C. CONSOLO, G. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema dell'ADR*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2011, p. 125 ss.

[211] D. ROSSANO, *Mediazione, Camera di conciliazione, Arbitrato Bancario Finanziario*, Napoli, Esi, 2012, p. 140 ss. L'autore da ultimo citato attribuisce alla Segreteria tecnica la capacità, anche se solo potenzialmente, di influenzare il Collegio mediante la propria relazione. La presente posizione non può essere certamente condivisa, dato che la relazione ha una funzione meramente informativa, dunque è difficile comprendere come possa influenzare il Collegio.

Il presidente, viene nominato tra i componenti designati dalla Banca d'Italia, verifica la regolare costituzione del Collegio, e ne coordina la relativa attività.

Orbene, un primo dato da sottolineare è che la scelta della maggioranza dei componenti di ogni Collegio spetta alla Banca d'Italia.

Il presidente coordina i lavori, approvando il calendario delle riunioni, inoltre, per ogni ricorso nomina un relatore tra i componenti del Collegio che avrà la funzione di analizzare e studiare la causa ed esporre agli altri membri del Collegio gli elementi della controversia, nonché di prospettare le possibili soluzioni della stessa.

Il Collegio assume la decisione a maggioranza e il presidente vota per ultimo, accerta i risultati della votazione e sottoscrive la decisione.

Come già accennato per lo svolgimento della propria attività decisionale i collegi dell'ABF sono supportati da una Segreteria tecnica gestita e organizzata dalla Banca d'Italia presso ciascuna delle sedi dei collegi territoriali.

Il compito di ciascuna Segreteria tecnica è offrire al Collegio una ricostruzione documentata degli elementi di fatto che sono oggetto della controversia.

Nello specifico la Segreteria[212] si occupa dell'attività istruttoria preliminare che termina con una relazione tecnica ove è riportata la ricostruzione dei fatti esposta dalle parti, con l'allegazione dei documenti acquisiti.

Le competenze sono molto importanti, agevolano l'attività del Collegio, per un immediato inquadramento della questione giuridica, favorendo, così una rapida decisione del caso oggetto del ricorso.

In altri termini, l'attività della Segreteria si sostanzia nel ricevere i ricorsi presentati dalla clientela ed i relativi documenti dagli intermediari; nel preparare i fascicoli delle controversie; nel trasmettere la copia del ricorso; nel sottoporre al presidente il calendario[213] delle riunioni del Collegio; nel convocare singoli membri, informandoli

---

[212] B. DE CAROLIS, *L'arbitrato bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica,* (a cura di) Banca d'Italia, 2011, p. 15 ss. L'autore da ultimo citato pur evidenziando il ruolo della Segreteria tecnica e dell'elevato grado di competenza e professionalità, però precisa che trattasi di una mera attività di Segreteria, ovvero di ricezione di atti e documenti, a cui non spetta la gestione della procedura né tantomeno lo svolgimento dell'istruttoria.

[213] In relazione alla predisposizione del calendario delle riunioni si riconosce alla Segreteria tecnica la

sull'agenda dei ricorsi da trattare; nel curare le comunicazioni alle parti nel corso della procedura; nell'assistere alle riunioni del Collegio e nel redigere il verbale; nell'alimentare l'archivio elettronico delle decisioni adottate.

La Segreteria tecnica [214] ha inoltre limitati poteri valutativi, in quanto accerta la completezza e la regolarità della documentazione presentata dalle parti, chiedendo, se necessario, eventuali integrazioni.

Stabilita la manifesta irricevibilità o inammissibilità del ricorso, la Segreteria tecnica lo sottopone al presidente del Collegio per la eventuale dichiarazione di inammissibilità.

Va evidenziato che, infine, la Segreteria svolge attività istruttoria per l'organo decidente, preparando per ogni singolo componente una relazione sulla questione che dovrà essere trattata nel corso della riunione del Collegio.

Il collegamento tra le Segreterie tecniche e la Banca d'Italia è reso ancora più manifesto dal rilievo che le attività delle prime sono coordinate da un'apposita struttura di coordinamento istituita presso la Banca d'Italia, apprestando un supporto specialistico alle Segreterie tecniche, specie su questioni relative all'applicazione delle disposizioni applicative della Banca d'Italia e ad apprestare l'assistenza tecnico-operativa ai diversi collegi.

A far data dal 1° gennaio 2012 è entrato in vigore un "Collegio di Coordinamento", ossia un Collegio costituito dai presidenti dei collegi territoriali, da un membro designato dalle associazioni degli intermediari e da un membro designato dalle associazioni dei clienti appartenenti ai singoli collegi territoriali, a cui ciascun Collegio territorialmente competente sul ricorso o il suo presidente può sottoporre la decisione quando ritiene che ricorrano questioni di particolare rilievo o comunque idonee a generare orientamenti non uniformi tra i singoli collegi.

---

funzione di cancelleria. V. A. SCOTTI, *ABF e rapporti bancari*, in *Dig. comm*., Torino, Utet, 2012, p. 3 ss.; P. BARTOLOMUCCI, *L'ABF: il procedimento*, in D. MANTUCCI, (diretto da) *Trattato di diritto dell'arbitrato, XV*, *Le controversie bancarie e finanziarie*, Napoli, Esi, 2020, p. 119 ss.

[214] E. MINERVINI, *L'arbitro bancario finanziario*, Napoli, Esi, 2014, p. 696 ss., afferma che "la Segreteria tecnica è l'unico canale di comunicazione tra le parti e l'organo decidente: le parti non hanno alcun contatto con *l'organo* decidente"; nello stesso senso C. CONSOLO, M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF*, *op. cit*., p. 135ss.; V. PETRELLA, *L'arbitro bancario finanziario*, *op. cit*., p. 303 ss.

Va precisato, che il Collegio di Coordinamento, non va inteso come una sorta di secondo grado di giudizio, esso consiste "di una particolare composizione dell'ABF cui si è inteso attribuire una vera e propria funzione nomofilattica, particolarmente importante in materia bancaria, perché contribuisce a dare certezza ai rapporti tra intermediari e clienti e, al contempo, garantisce maggior autorevolezza al sistema dell'ABF nel suo complesso. In tal modo le decisioni dell'ABF sembrano con più forza costituire precedenti (non giuridicamente vincolanti) idonei a condizionare la giurisprudenza dei Tribunali.
Da un punto di vista procedimentale il Collegio di Coordinamento decide sulla controversia e, al contempo, fissa il principio di diritto che i collegi territoriali sono tenuti a seguire per decidere i ricorsi futuri sulla stessa materia, salvo che ritengano di discostarsene, dovendo in tal caso motivare le ragioni del loro disallineamento[215].

6. Il codice deontologico dei componenti dell'ABF

I comportamenti dei componenti dell'ABF sono regolati da un codice deontologico[216] suddiviso in 4 sezioni, predisposto dalla Banca d'Italia[217].
A riguardo: la prima sezione, individua l'ambito applicativo delle regole deontologiche, i valori e i principi fondamentali cui i componenti dei Collegi si devono ispirare.
La seconda sezione delinea le caratteristiche principali dei componenti dei Collegi i quali devono essere indipendenti[218], imparziali e corretti[219].
Per quanto concerne la terza sezione essa è di sicuro la più interessante, in quanto le disposizioni che contiene vanno a regolare il comportamento dei componenti del Collegio nello svolgimento delle proprie funzioni.

---

[215] A. PIERUCCI, *L'arbitrato bancario e finanziario: l'esperienza applicativa*, *op. cit*., p. 811.
[216] In materia di codici deontologici, E. QUADRI, *Il Codice deontologico medico e i rapporti fra etica e diritto*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 925 ss.
[217] Sulla relazione fra ABF e Banca d'Italia, v., G. FINOCCHIARO, *L'arbitrato bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, *op.cit*., p. 124 ss.
[218] Su indipendenza e imparzialità in materia arbitrale cfr., di recente, F. CARPI, *L'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità*, in *Riv. Arb*., 2018, p. 187 ss.
[219] Con riferimento alla correttezza degli arbitri, sulla base di quanto disposto dall'art. 10 del codice deontologico, "non si avvalgono del proprio ruolo per ottenere benefici o privilegi e non accettano, per sé o per altri, vantaggi, regali o altre utilità da parte di soggetti in qualsiasi modo interessati all'attività svolta".

Nell'esercizio delle funzioni i componenti dei Collegi svolgono il proprio ruolo con pieno rispetto di quello altrui, anche assicurando la puntuale partecipazione alle riunioni e l'osservanza degli orari prefissati; ciascuno ascolta le opinioni degli altri componenti del Collegio, agisce con il massimo scrupolo e cura di raggiungere, nel rispetto della legge e dei termini fissati per la procedura, esiti di giustizia per tutte le parti della controversia.

La quarta sezione, sebbene intitolata genericamente Disposizioni finali, riveste una notevole importanza nell'interpretazione globale del codice deontologico in questione.

L'art. 12, infatti, nel rimettere alla Banca d'Italia il potere di dichiarare la decadenza dall'ufficio dei componenti del Collegio che abbiano violato le disposizioni del codice deontologico, rappresenta indice della valenza giuridica delle regole deontologiche rivolte all'arbitro bancario finanziario.

Come per altri codici deontologici, anche per questo strumento si pone il problema più generale del valore giuridico da attribuire alle cosiddette norme deontologiche.

Dottrina e giurisprudenza non hanno, come noto, sul punto una posizione unitaria: lo testimoniano le differenti risposte che si è tentato di dare al quesito relativo alla giuridicità o meno delle cosiddette norme deontologiche.

Le prime più intransigenti posizioni negano il rango della giuridicità alle regole deontologiche.

L'adesione ad una concezione più moderna di deontologia induce a proporre un'altra forma di ragionamento: sulla base di un tale tipo di impostazione questo settore rappresenterebbe "un apparato di norme non rilevante esclusivamente nel chiuso recinto della professione, ma in grado di fondare aspettative di comportamento tutelabili anche in capo alla collettività"[220].

Questa chiave di lettura è condivisa da parte della giurisprudenza che si sofferma sul peculiare processo di formazione legislativa nel fenomeno in esame e soprattutto nel contesto della deontologia forense[221].

---

[220] Cfr. U. PERFETTI, *Ordinamento e deontologia forense*, Padova, Cedam, 2011, p. 90 ss.

[221] Cass. civ., Sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810, in *Foro it.*, 2009, c. 3167.

La tematica della natura giuridica delle norme deontologiche si mostra quale questione strettamente connessa a quella della possibile rilevanza esterna di tale tipologia di regole.
A riguardo il rilievo meramente endo-associativo delle norme deontologiche induce parte della dottrina ad argomentare l'assenza di una tutelabilità diretta in capo ai terzi i quali potrebbero considerarsi meri titolari di una situazione di interesse legittimo.
Da una diversa prospettiva, la giuridicità delle regole deontologiche è stata affermata sul presupposto dell'idoneità di tali tipologie di precetti a realizzare il completamento di contenuto delle cosiddette clausole generali.
Naturalmente, una tale conclusione potrebbe trarsi soltanto rispetto a quelle regole deontologiche il cui contenuto sia già sufficientemente specificato e che siano, pertanto, in grado, esse stesse, di procedere a una sorta di concretizzazione del contenuto precettivo generico presente nelle clausole generali.
A questo argomento può aggiungersi quello della possibile configurazione della regola deontologica e dell'ordinamento professionale più in generale in funzione della protezione di interessi che potremmo definire collettivi.
Tale forma di protezione assumerebbe i tratti di una sorta di vocazione pubblicistica che caratterizzerebbe alcuni ordinamenti professionali e, quindi, anche le diverse norme deontologiche che regolano questi ultimi.
Questa tipologia di vocazione sarebbe confermata poi dalle disposizioni della Banca d'Italia che si riferiscono all'attività dell'ABF e alle decisioni di questo organismo.
Quanto alla prima essa è stata dichiarata rilevante per il conseguimento di obiettivi di efficienza e competitività del sistema finanziario; quanto alle seconde esse sono state qualificate come elementi di un più ampio quadro informativo da utilizzare nello svolgimento della propria funzione regolatrice e di controllo.
Il codice deontologico, ponendosi quale strumento regolatore dei comportamenti dei componenti dell'ABF nello svolgimento delle proprie funzioni, non può che considerarsi quale mezzo per realizzare gli obiettivi di efficienza e la funzione regolatrice e di controllo.
Questi obiettivi e questa funzione possono considerarsi espressione di interessi collettivi

che si tramutano in funzione pubblica e che sono in grado di attribuire anche alle regole deontologiche il connotato della piena giuridicità.

7. La legittimazione attiva e passiva davanti all'ABF. La nozione di cliente della Banca

Nel corso del presente lavoro si è indicato il cliente della banca come unico soggetto legittimato attivamente a instaurare il procedimento davanti all'ABF.

Nell'analizzare alcune decisioni dell'ABF notiamo come vi siano ulteriori specificazioni sul soggetto avente la legittimazione attiva[222].

---

[222] V. G. L. CARRIERO, *Il decreto legislativo di coordinamento con la legge sulla tutela del risparmio*, in *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, Utet, 2010, p. 262 ss., dove l'autore osserva che la previgente limitazione soggettiva confliggesse con le evoluzioni della stessa disciplina dell'Ombudsman bancario nella parte in cui aveva esteso la legittimazione attiva al ricorso a favore dell'intera clientela delle banche e dei soggetti finanziari aderenti all'accordo istitutivo. Sulla nozione di cliente v. U. MORERA, *Sulla nozione di cliente della banca*, in *Vita not.*, 1995, p. 590 ss.; G. AULETTA, Voce *Clientela*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 202 ss.; G. TRAPANI, *Ancora sulla nozione di cliente del banchiere*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1955, p. 363 ss.; M. RABITTI, *La qualità di consumatore-cliente nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contr. Impr*., 2014, p. 201 ss. Quanto alle relazioni tra la disciplina sostanziale di riferimento e quella del codice civile è facile osservare che la disciplina dei contratti bancari contenuta nel codice civile ha un perimetro per un verso più ampio, per altro verso più ristretto rispetto alle regole di trasparenza bancaria. E' più ampia in quanto applicabile anche a contratti occasionalmente conclusi con soggetti che, pur non rivestendo la qualità di banchiere, facciano ricorso ai tipi negoziali codicistici, laddove invece l'intero titolo VI del t.u.b. ha una più circoscritta sfera di operatività; più ristretta perché riguarda i soli contratti tipici del codice, mentre queste discipline sono di valenza generale con riguardo a tutte le operazioni e servizi bancari e finanziari, ovvero a tutti i contratti di credito ai consumatori. Aggiungasi che l'originario ricorso alla novellazione del codice civile in materia di clausole vessatorie risultava giustificato da un'esigenza nella specie insussistente: quella di introdurre regole che pur riguardando categorie di soggetti determinati (i consumatori, i professionisti), assumono una valenza più estesa in quanto dirette a conformare le regole generali sulla disciplina del contratto e i principi generali sui quali l'ordinamento si fonda, così G. ALPA, *I contratti dei consumatori,* Torino, 1999, p. 502 ss. Né sembrano ricorrere dirimenti argomenti idonei a giustificare l'adozione di leggi speciali tese a regolare le materie in esame. Se è vero che il carattere settoriale degli interessi tutelati e la riferibilità delle disposizioni a singoli insiemi di rapporti possono rappresentare indici rilevanti a favore dell'adozione di tale tecnica legislativa, non può negarsi che le regole di trasparenza bancaria non costituiscono una disciplina unitaria e onnicomprensiva del fenomeno, dovendosi coordinare con quelle che, in diversi ambiti normativi, disciplinano le condizioni generali di contratto, le clausole vessatorie, le pratiche commerciali scorrette.

La stessa disciplina sul credito ai consumatori non ha introdotto alcun nuovo tipo contrattuale, avendo anzi di recente lo stesso legislatore confermato la vocazione trans tipica del relativo contratto. Rileva opportunamente M. MAUGERI, *Il credito ai consumatori*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 9, che, anche dopo la novella portata dal D.Lg. n. 141 del 2010, il legislatore ha mantenuto la vocazione trans tipica della disciplina del credito al consumo. E infatti l'ampia definizione di contratto di credito adottata fa ritenere che la disciplina sia applicabile in presenza di un'ampia categoria di fattispecie negoziali, tipiche ed

Qualora il ricorso sia presentato dal cointestatario di un conto corrente su cui poggia una carta di pagamento intestata all'altro titolare del conto, sussiste la carenza di legittimazione attiva.

Il ricorso riguardava la restituzione delle somme sottratte fraudolentemente a seguito di furto della carta bancomat, di cui il ricorrente era il solo utilizzatore.

Sul punto l'ABF ha precisato che il d.lg. n. 11 del 2010 è applicabile esclusivamente nei confronti del soggetto titolare dello strumento di pagamento[223].

In caso di morte del ricorrente, il soggetto che intende intervenire nel procedimento deve provare la propria qualità di erede e di conseguenza la legittimazione attiva davanti all'ABF[224].

Per quanto riguarda la legittimazione passiva l'ABF ha precisato che la cancellazione dell'intermediario dagli elenchi tenuti dalla Banca d'Italia dopo la presentazione del ricorso non impedisce al Collegio di pronunciarsi nel merito della controversia[225].

L'ABF ha riconosciuto la legittimazione passiva dell'intermediario, nella qualità di cedente nell'ambito di una operazione di cartolarizzazione avvenuta in epoca anteriore alla richiesta di estinzione anticipata da parte del ricorrente.

L'ABF ha sottolineato che con le operazioni di cartolarizzazione vengono ceduti i crediti nascenti da operazioni di finanziamento ma non i contratti stessi.

Di conseguenza il ricorrente può far valere i diritti nascenti dal contratto di finanziamento nei confronti dell'intermediario cedente.

Di notevole interesse è la decisione dell'ABF che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto nei confronti di un intermediario estero operante in Italia. L'intermediario, esercitando la facoltà riconosciuta dalla sezione III delle Disposizioni ABF non aveva infatti aderito all'ABF, in quanto partecipava nel proprio Paese ad un sistema di composizione stragiudiziale delle controversie aderente alla rete Fin-Net.

---

atipiche.

[223] ABF Collegio di Milano, decisione del 28 ottobre 2016, n. 9711, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[224] ABF Collegio di Napoli, decisione del 3 maggio 2016, n. 4038, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[225] ABF Collegio di Coordinamento, decisione del 16 settembre 2016, n. 1875, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

In merito l'arbitro ha segnalato la possibilità per il cliente di riproporre il ricorso davanti al Collegio Arbitrale estero[226].

In altri termini, e volendo trarre delle conclusioni motivate: nei rapporti tra banca e cliente vi è una fase che possiamo definire "*patologica*", che sorge nel momento in cui si ha una violazione dei diritti del cliente.

Prima della eventuale fase contenziosa vi è la proposizione del reclamo, con il quale vengono ad essere illustrati i comportamenti dell'intermediario che violano i diritti del cliente. In merito occorre avere una definizione di cliente della banca.

Tale nozione non può che essere ampia, tanto che essa deve ricomprendere anche colui che ha avuto un rapporto non contrattuale, si pensi al soggetto che presta una garanzia reale o personale.

Il codice civile utilizza, riferendosi ai singoli contratti, un termine diverso come: correntista, depositante, o espressioni generiche come utente[227].

Il t.u.b., invece, fa riferimento alla parola cliente, ovvero al soggetto titolare di specifici diritti e doveri. In dottrina è stato osservato che fino al 1992 non esistevano disposizioni normative di tutela del cliente della banca[228].

Tale impostazione fa presupporre che prima della legge sulla trasparenza il cliente della banca non ricevesse nessuna tutela, ma è chiaro che così non può essere, poiché molte disposizioni del codice civile tutelano il cliente della banca come contraente debole.

Pertanto nella nozione di cliente rientra anche colui che ha rapporti occasionali con l'intermediario.

Da detta impostazione ne discende che la nozione di cliente deve ricomprendere anche colui che presta una garanzia, a prescindere da quelli che sono i riflessi che il

---

[226] ABF Collegio di Roma, decisione del 26 febbraio 2016, n. 1875, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[227] M. PORZIO, *Il cliente della banca*, in *I contratti delle banche*, (a cura di) C. Angelici, 2002, Torino, Giappichelli, p. 34 ss. Cfr. anche Cass., 29 luglio 1997, n. 7076, in *DeJure online.* Sulla nozione di cliente nei responsi dell'ABF si veda M. RABITTI, *La qualità di consumatore-cliente nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, *op. cit*., p. 201 ss.

[228] U. MORERA, *Sulla nozione di cliente della banca*, *op. cit*., p. 590 ss.; assume posizione contraria P. GAGGERO, *A proposito della definizione di cliente della banca*, in AA. VV., *Il testo unico bancario: esperienze e prospettive*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 368, il quale ritiene che già prima del 1991 esistessero articolate regole in funzione della tutela del cliente.

collegamento negoziale può determinare tra le diverse posizioni giuridiche dei due soggetti.

Oggi la stessa Banca d'Italia precisa che la disciplina sulla trasparenza tutela tutti i clienti. Occorre notare però che alcune previsioni normative sono rivolte esclusivamente per i rapporti con i consumatori o con i clienti al dettaglio.

Il cliente al dettaglio è il cliente a cui viene garantito il massimo livello di tutela e di informativa[229].

La normativa MiFID stabilisce che tali clienti sono rappresentati da tutti coloro che non sono *"clienti professionali"* né *"controparti qualificate"*.

L'art. 26, lett. c) del Regolamento Intermediari definisce il *"cliente"* come la persona fisica o giuridica alla quale l'intermediario presta servizi di investimento o servizi accessori.

Per identificare le diverse classi in cui possono essere raggruppati i clienti della banca, occorre ricorrere all'accostamento fra le definizioni contenute nell'art. 6, comma 2 del t.u.f. e quelle dell'art. 26, lett. d) ed e) del Regolamento Intermediari.

La nozione di *"clienti al dettaglio"* la si ricava per differenza dei soggetti che non rientrano nelle altre due classi, che sono i clienti professionali e le controparti qualificate.

Anche nel diritto dei mercati finanziari abbiamo una diversificazione del cliente in base alle sue caratteristiche.

8. Il procedimento

Come già accennato, per poter accedere all'ABF risulta preliminare a pena di improcedibilità, l'espletamento, da parte del cliente dell'invio del reclamo all'intermediario, (senza l'assistenza di un legale) ossia un atto scritto con cui si contesta a quest'ultimo un suo comportamento o una sua omissione[230].

---

[229] La clientela al dettaglio è rappresentata dai consumatori, dalle persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale, dagli enti senza scopo di lucro, dalle imprese che occupano meno di dieci addetti e realizzano un fatturato annuo non superiore a 2 milioni di euro.

[230] Sul punto si può richiamare quanto osservato dal Collegio di Coordinamento: "il ricorso, con il quale è formulata la domanda all'Arbitro bancario, è preceduto necessariamente da una fase interlocutoria diretta tra le parti, attivata da un atto di contestazione denominato reclamo, che integra una vera e propria

L'ufficio reclami dell'intermediario è tenuto a riscontrare il reclamo entro 30 giorni dalla ricezione e, qualora l'accolga, indica le iniziative che l'intermediario si impegna ad assumere e i tempi entro i quali le stesse verranno realizzate[231].

L'intermediario deve indicare i termini per l'adempimento decorsi i quali il cliente può rivolgersi all'ABF.

Se, invece, il reclamo[232] è ritenuto infondato, l'intermediario illustra i motivi di rigetto e fornisce al cliente tutte le indicazioni per adire l'ADF.

Quando il cliente[233] è insoddisfatto dell'esito della procedura di reclamo, entro i

---

condizione di procedibilità" inoltre "tale fase preliminare non condiziona solo formalmente l'avvio del procedimento avanti all'ABF, ma refluisce e influisce anche sulla decisione del merito della controversia essendo il procedimento ABF a contraddittorio "contratto", articolato cioè nello scambio del ricorso e delle controdeduzioni, ha importanza speciale l'esame degli atti e dei documenti acquisiti anche nella necessaria sede propedeutica giacchè il ricorso deve avere ad oggetto la stessa questione esposta nel reclamo il quale dunque diventa utile strumento interpretativo della domanda presentata col ricorso e flessibilmente qualificata dal Collegio" e "inoltre ai fini della valutazione del ricorso è considerata rilevante anche la documentazione relativa alla fase del reclamo, che l'intermediario ha il dovere di trasmettere alla Segreteria unitamente alle proprie controdeduzioni nei 30 giorni successivi alla comunicazione del ricorso, unitamente a tutta la documentazione utile ai fini della valutazione del ricorso, compresa quella relativa alla fase del reclamo".

[231] V. art. 4, comma 3, Delibera CICR del 29 luglio 2008, n. 275.

[232] C. CONSOLO, M. STELLA, *L'arbitrato bancario e finanziario*, in *Società*, 2013, p. 194 rilevano che il termine sia "tarato in considerazione della necessità per gli intermediari di poter archiviare le posizioni aperte a seguito del ricevimento di ciascun reclamo, sì da non compromettere la funzionalità degli appositi uffici reclami, di cui gli operatori bancari devono obbligatoriamente dotarsi". Termine che non è sottoposto alla sospensione feriale, di cui alle Disposizioni (Sezione VII), al riguardo, il Collegio di Coordinamento (ABF, 29 novembre 2013, n. 6169, in *arbitrobancariofinanziario.it*) ha precisato che "la consecuzione cronologica tra reclamo e ricorso ha una valenza speciale, non interamente riconducibile alla scansione dei termini procedimentali, perché il trascorrere del periodo di un anno ha il senso di acquiescenza all'esito del reclamo e quindi comporta un effetto analogo alla decadenza, la cui operatività non può essere impedita se non dall'atto previsto specificatamente dalla disciplina dell'ABF".

[233] Cfr. V. GUCCIONE, C. RUSSO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *NLCC*., 2010, p. 483 ove si legge "un altro profilo meritevole di attenzione riguarda i soggetti esclusi dalla definizione di cliente. La nozione di cliente utilizzata dall'art. 128*bis* è molto generica, potendo da essa desumersi la sola necessità che controparte dell'intermediario nella controversia sia un soggetto che abbia fruito di un servizio dell'intermediario, e che quindi debba intrattenere con questo un rapporto contrattuale. Anche se il Cicr non aveva ricevuto alcuna specifica delega per l'individuazione delle controparti di banche e intermediari finanziari nelle controversie, la scelta di escludere i professionisti del mercato finanziario può giustificarsi per la necessità di assicurare la rapidità delle procedure, ottenuta limitandone l'utilizzo da parte di soggetti in capo ai quali è ragionevole presumere il possesso delle competenze, del potere negoziale e delle risorse necessarie a tutela altrimenti le proprie ragioni. Quanto alle modifiche apportate dalla Banca d'Italia all'elenco dei soggetti esclusi dalla definizione di cliente, è molto difficile stabilire se esse costituiscano una reale deroga alla previsione Cicr o si limitino, come sembrerebbe, solo a specificarla". I collegi territoriali hanno negato la legittimazione attiva da un soggetto che aveva

successivi dodici mesi può presentare il ricorso alla segreteria tecnica del Collegio competente o a qualsiasi filiale della Banca d'Italia che provvede ad inoltrarlo alla segreteria tecnica del Collegio competente.

In questo senso, si è affermato che il ricorso all'ABF assumerebbe la funzione di gravame contro il silenzio o le decisioni di rigetto, anche parziale, dell'intermediario.

Possiamo osservare di come la legittimazione attiva appartenga esclusivamente al cliente insoddisfatto, il quale può presentare il ricorso anche senza l'assistenza tecnica di un avvocato.

Il cliente che abbia proposto un ricorso ne da immediata comunicazione all'intermediario; entro 30 giorni dalla ricezione della comunicazione l'intermediario trasmette alla competente segreteria tecnica le proprie controdeduzioni unitamente a tutta la documentazione utile ai fini della valutazione del ricorso.

Il ricorso deve essere corredato, a pena di irricevibilità, dalla documentazione attestante l'avvenuto versamento dell'importo di euro 20,00 di spese di procedura.

Il diritto del cliente di ricorrere all'ABF non può formare oggetto di rinuncia, pena la nullità dell'eventuale dichiarazione di rinuncia formulata dal cliente.

La segreteria tecnica trasmette al ricorrente copia delle controdeduzioni dell'intermediario, benchè poi la procedura non prevede nessuna possibilità per il cliente di replicare alle controdeduzioni avversarie o modificare la domanda formulata nel proprio ricorso introduttivo.

Possiamo affermare come il procedimento avanti all'ABF sia caratterizzato da un contraddittorio molto attenuato: a fronte del ricorso del cliente l'intermediario tramite le controdeduzioni può far valere le proprie ragioni ma, al cliente non è riconosciuta alcuna possibilità di controreplicare all'intermediario.

Il ricorso all'ABF deve avere ad oggetto la stessa contestazione formulata dal cliente nel

---

garantito le obbligazioni di un consorzio di imprese, al tempo stesso socio del presidente *pro tempore* dello stesso consorzio (ABF Torino, 16 gennaio 2019, n. 1168, in *arbitrobancariofinanziario.it*); al titolare di una ditta individuale (ABF Torino, 16 gennaio 2019, n. 116, in *ivi)* ABF Milano, 8 febbraio 2019, n. 4051, in *ivi*; al titolare di un contratto di mutuo fondiario in relazione al quale nulla veniva specificato, così dovendosi presumere la qualifica di non consumatore (ABF Milano, 28 marzo 2019, n. 8689, in *ivi*); ad un intermediario finanziario (ABF Roma, 14 ottobre 2011, n. 2166, in *ivi*).

reclamo all'intermediario[234].

In caso di contestazione o pretesa nuova del tutto diversa da quella oggetto di reclamo, si sostiene, che il ricorso debba essere dichiarato improcedibile o irricevibile, in quanto integra un mutamento della domanda[235].

Nessun problema di ammissibilità si pone invece quando venga riproposto un ricorso avente il medesimo *petitum* di altro precedente ricorso, dato che il principio del *ne bis in idem* non trova applicazione nel sistema dell'ABF: i collegi non svolgono funzioni giurisdizionali e le loro decisioni non sono idonee al giudicato al punto che la stessa questione decisa dall'ABF può essere oggetto di successivo esame da parte di un giudice ordinario[236].

In ogni caso è consolidata l'opinione di chi ritiene che alla banca sia impedito estendere l'oggetto del giudizio attraverso la formulazione di domande riconvenzionali[237].

La banca potrà porre in essere solo difese dirette ad impedire l'accoglimento delle pretese fatte valere dal cliente con il ricorso, che rappresenta l'unico atto idoneo a delimitare l'ambito di cognizione del Collegio.

Il Collegio si pronuncia entro 60 giorni dal momento in cui ha ricevuto le controdeduzioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine per la presentazione di queste ultime da parte dell'intermediario[238].

La competenza per materia dell'ABF è determinata in relazione alla natura della controversia sottoposta al Collegio.

Sul punto la delibera CICR n. 275 del 2008 [239] e le disp. appl. di Banca di Italia[240]chiariscono che per controversia deve intendersi una contestazione relativa a operazioni e servizi bancari e finanziari, con l'esclusione di quelli non assoggettati al titolo VI del t.u.b. ai sensi dell'art. 23, comma 4, d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58, recante

---

234 Disp. appl., Sezione VI, par. 1.
235 Cfr. Decisione ABF Collegio di Roma n. 151 del 2001, in *arbitrobancariofinanziario.it*.
236 Cfr. Decisione ABF Collegio di Roma n.1645 del 2011, in *arbitrobancariofinanziario.it*.
237 L. BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, Milano, Utet, 2011, p. 429 ss.
238 Art. 6 comma 1 delib. CICR n. 275 del 2008.
239 Cfr. art. 1. b) delibera CICR del 29 luglio 2008 n. 275.
240 Cfr. disp. app.; Sezione I, par. 4.

Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria t.u.f.

Tuttavia, non sempre i limiti di competenza riferibili al disposto dell'art. 23, comma 4, t.u.f. risultano facilmente identificabili, come nel caso dei cosiddetti prodotti composti, soggetti in parte alla disciplina di cui al titolo VI del t.u.b. ed in parte a quella del t.u.f.

Restano anche escluse dalla cognizione dell'ABF le richieste aventi ad oggetto: risarcimento danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione posta in essere dall'intermediario e questioni relative ai beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario, ovvero di contatti ad esso collegati.

In ogni caso possono essere sottoposte all'ABF controversie relative a operazioni o comportamenti successivi al 1° gennaio 2009[241].

Invero in caso di incertezza in tema di competenza dell'ABF può essere dedotto dal criterio di prevalenza delle finalità dei servizi e delle operazioni oggetto del ricorso, individuando la competenza in caso di prevalenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari rientranti nel Titolo VI.

Tuttavia, in caso in cui non sussista una finalità esclusiva o preponderante, si potrebbero determinare ipotesi di competenza parziale dell'ABF, limitata cioè soltanto alle contestazioni riferibili a servizi e operazioni rientranti nella disciplina del Titolo VI del t.u.b.

Dunque il *petitum* delle domande formulate dai clienti può consistere: nell'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto cui si riferiscono; nella corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, purché l'importo richiesto non sia superiore ad euro 100.000,00 mila[242].

La competenza per territorio è individuata in base al domicilio dichiarato dal cliente nell'atto introduttivo.

Tale scelta a parere dello scrivente fa emergere il rischio che i collegi dell'ABF non decidano allo stesso modo difronte ad un ricorso con il medesimo contenuto. Tale rischio

[241] Disp. app., Sezione I, par. 4.

[242] Si veda v. Cass. Sez. II, 16 marzo 2010, n. 6363, in *DeJure online.*

tuttavia risulta fortemente ridimensionato dalla presenza del Collegio di Coordinamento. L'onere della prova ricade sempre sul cliente che deve porre l'organo giudicante in condizione di procedere ad una esaustiva valutazione della questione oggetto del ricorso, a prescindere dalle difese dell'intermediario, che potrebbero anche mancare.

Invero, la normativa che regola la procedura sull'ABF non prevede una disciplina organica sulla prova[243] e sulla distribuzione dell'onere tra banca e cliente, limitandosi ad un richiamo delle disposizioni di legge di carattere generale sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari[244]. Tuttavia, in concreto, oltre alle disposizioni di legge in materia la giurisprudenza dell'Arbitro colma le lacune della mancanza di una compiuta disciplina in materia, attingendo sia alla disciplina prevista dai codici civile e di procedura civile, sia al t.u.b. e alla normativa secondaria.

Tuttavia la disciplina della prova nell'ambito del procedimento ABF, anche in conseguenza della struttura del procedimento, si implementa di alcune disposizioni speciali, che nel corso degli anni hanno portato i Collegi un impegno interpretativo per adeguare la disciplina speciale, con quella di carattere generale, ed in rapporto all'applicabilità ed alla conciliabilità con il procedimento ABF di singole previsioni della disciplina del processo civile; si pensi alle regole che disciplinano l'attività della Segreteria tecnica, disposizioni che non si rintracciano nell'ambito della disciplina del processo civile, nonché ai poteri di ufficio attribuiti al Collegio in sede di integrazione istruttoria, poteri che possono incidere significativamente anche sulla ripartizione dell'onere probatorio tra le parti[245].

---

[243] Quanto all'applicabilità del principio della vicinanza della prova, secondo l'insegnamento della Cassazione, per cui laddove sussista il rischio della mancata dimostrazione specifica di un fatto rimasto incerto, questo deve essere imputato alla parte che sia nelle condizioni migliori per provarlo, cfr. *ex multis* ABF Coll. Coord., 29 giugno 2017, n. 7716, in *arbitrobancariofinanziario.it*; ABF Bari, 2 aprile 2019, n. 8983, in *arbitrobancariofinanziario.it*; ABF Milano, 26 marzo 2019, n. 8313, *ivi*; ABF Bologna, 24 gennaio 2019, n. 2385, *ivi*; ABF Milano, 17 gennaio 2019, n. 1632, *ivi*; ABF Napoli, 9 gennaio 2019, n. 226, *ivi*.

[244] M. MARINARO, *La disciplina dell'onere della prova nel procedimento ABF*, in *Le società*, 2018, p.489 ss.

[245] M. MARINARI, *La disciplina dell'onere della prova nel procedimento ABF*, *op. cit*., p.33: "si deve comunque tenere sempre presente che il procedimento ABF, nel quale non è prevista la necessità di

In ambito della "giurisprudenza" in materia di ABF, la decisione del Collegio di Coordinamento n. 10929 del 15 dicembre 2016, si allinea in modo del tutto conforme ai principi vigenti ed applicati in materia dalla giurisprudenza ordinaria sulla base del principio della domanda, orientandosi sul seguente orientamento: "i limiti di cognizione dell'ABF sono definiti dalla domanda formulata dalla parte ricorrente e dalle argomentazioni di segno contrario adottate dalla parte resistente, senza che l'arbitro possa esaminare situazioni fattuali diverse da quelle rappresentate dalle parti interessate"[246].

9. Le fasi preliminare, istruttoria e decisoria

Il cliente, dopo aver proposto reclamo deve darne comunicazione all'intermediario.

Tuttavia, qualora tale comunicazione non sia stata effettuata, sarà la Segreteria tecnica che ha ricevuto il ricorso, ad eseguire tale adempimento[247].

Nella fase preliminare del procedimento la Segreteria tecnica è sempre attiva nel trasmettere al ricorrente, la copia delle controdeduzioni ricevute.

Il ruolo svolto dalle associazioni di categoria dei clienti o degli intermediari nell'ambito del ricorso può estrinsecarsi in un controllo di regolarità della documentazione da presentare; le associazioni dei clienti possono, inoltre, fornire assistenza agli aderenti nella redazione materiale del ricorso.

Qualora il ritardo o l'assenza della documentazione dovuta dall'intermediario renda impossibile una pronuncia sul merito della controversia, l'organo decidente valuta la condotta dell'intermediario sotto il profilo della mancata cooperazione di quest'ultimo allo svolgimento della procedura.

Impostato il contraddittorio tra le parti la Segreteria tecnica manda il ricorso al

assistenza legale è un procedimento ad istruttoria esclusivamente documentale, il che comporta già sa sé una intrinseca limitazione della disciplina di riferimento".

[246] Per un'analisi approfondita sul tema dell'onere della prova v. ABF Collegio di Coordinamento del 12 giugno 2017 n. 266, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[247] Disposizioni applicative della Banca d'Italia, Sezione VI, 1, 17.

Presidente del Collegio il quale, eseguendo una sorta di filtro, sulla sussistenza dei presupposti di ammissibilità, verifica la manifesta irricevibilità o inammissibilità del ricorso.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui il ricorso presenti delle irregolarità sanabili o che la documentazione risulti insufficiente o incompleta, viene restituito il ricorso alla Segreteria tecnica, assegnando alle parti un termine per la regolarizzazione del ricorso o per l'integrazione della documentazione incompleta; se il termine decorre inutilmente, il Presidente del Collegio dichiara automaticamente il ricorso inammissibile.

Una volta che sono stati depositati il ricorso e le controdeduzioni, e verificata l'ammissibilità del ricorso, allora il procedimento prosegue *de plano*, pervenendo alla soluzione prospettata dall'adito Collegio senza alcun ulteriore intervento delle parti.

Si rileva, che al cliente non è data la possibilità di modificare o aggiungere domande al ricorso già presentato.

Segue, così la fase dell'istruttoria del ricorso che è curata dalla Segreteria tecnica territorialmente competente: questa è un'attività meramente preparatoria dell'istruttoria, avendo ad esempio il compito di formare il fascicolo contenente tutta la documentazione presentata dalle parti, e di predisporre una relazione sulla questione controversa prima della riunione in cui il ricorso viene discusso.

L'istruttoria si basa esclusivamente sui documenti allegati al ricorso, non essendo consentito disporre un interrogatorio formale né udire i testimoni.

Tuttavia una parte della dottrina ritiene che la predisposizione di disposizioni testimoniali per iscritto potrebbe costituire un modo per ammettere la testimonianza nell'ABF, sul rilievo che l'art. 257-*bis* c.p.c non introduce uno strumento di prova nuovo e diverso dalla prova testimoniale, ma una diversa tecnica di formazione della prova, capace di non compromettere le esigenze di speditezza sottese al procedimento.

Va ribadito che spetta solo all'organo giudicante l'acquisizione e la valutazione delle prove documentali, raccolte nella fase preliminare, e nel corso dell'istruttoria, pertanto potrebbe derivare una richiesta di integrazione della prova.

Il Collegio si pronuncia sul ricorso entro 60 giorni dalla data in cui la Segreteria tecnica

ha ricevuto le controdeduzioni.

Il termine di 60 giorni può essere sospeso una o più volte, per un periodo complessivamente non superiore a 60 giorni, dalla Segreteria tecnica, (nel corso della fase preparatoria), dal presidente ai fini della regolarizzazione del ricorso o dal Collegio per chiedere ulteriori elementi alle parti.

Il Collegio, dichiara l'interruzione del procedimento qualora il ricorrente, in relazione alla medesima controversia, comunichi di aver promosso o di aver aderito a un tentativo di conciliazione o di mediazione.

Qualora la controversia sia sottoposta dall'intermediario all'autorità giudiziaria ovvero a giudizio arbitrale nel corso del procedimento, la Segreteria tecnica richiede al ricorrente di dichiarare se questi abbia comunque interesse alla prosecuzione del procedimento. Ove il ricorrente non abbia manifestato il proprio interesse in tal senso entro 30 giorni dalla richiesta, il Collegio dichiara l'estinzione del procedimento.

In caso contrario il procedimento consegue nonostante l'instaurazione del giudizio o dell'arbitrato[248]. In caso di rinuncia al ricorso, il Collegio dichiara l'estinzione del procedimento. Se le parti raggiungono un accordo prima della decisione sul ricorso ovvero, la pretesa del ricorrente risulta soddisfatta, il Collegio dichiara la cessazione della materia del contendere.

La decisione[249] sul ricorso è assunta sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge in materia nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca. La decisione debitamente motivata, è comunicata alle parti entro 30 giorni dalla pronuncia.

Se il presidente così dispone, alle parti può essere trasmesso immediatamente il dispositivo e, in seguito, la motivazione della decisione, in ogni caso non oltre 30 giorni dalla pronuncia.

Qualora si accolga il ricorso, il Collegio fissa il termine entro il quale l'intermediario

---

[248] V. P. PERLINGIERI, *Conclusioni al convegno «La Banca Assicurazione»*, in *Dir. merc. ass. fin*., 2018, p. 232 ss.

[249] G. GUIZZI, *Il valore delle decisioni dell'ABF (e dell'ACF) in un libro recente*, in *Osserv. Dir. Civ. Comm.*, 2016, p. 567 ss.

deve adempiere alla decisione; in mancanza del termine, l'intermediario dovrà adempiere entro 30 giorni dalla comunicazione della decisione.
In ogni caso entrambe le parti hanno la facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria.
Si segnala, inoltre, che entro il termine fissato per l'adempimento, l'intermediario comunica alla Segreteria tecnica le azioni poste in essere per dare attuazione alla decisione del Collegio.
Nell'ipotesi in cui risulti l'inadempimento dell'intermediario, la Segreteria tecnica ne informa il Collegio; ove quest'ultimo accerti l'inadempimento ne viene data notizia.
Invero viene resa pubblica, altresì, la mancata cooperazione da parte dell'intermediario.
La comunicazione dell'inadempienza dell'intermediario o della sua mancata cooperazione è pubblicata sul sito internet dell'ABF e in due quotidiani. Nel caso in cui sia stata comunicata la sottoposizione[250] della controversia all'Autorità giudiziaria ne viene fatta menzione in sede di pubblicazione.
In caso di errori o omissioni, la parte interessata può, entro 30 giorni dalla comunicazione della decisione completa della motivazione, fare istanza per ottenere la correzione nei soli casi in cui essa sia affetta da omissioni o errori materiali o di fatto.
La richiesta di correzione è inviata alla Segreteria tecnica del Collegio che ha adottato la decisione. La richiesta è esaminata in via preliminare dal presidente o da un componente del Collegio il quale se rileva la manifesta insussistenza dei presupposti per la correzione, dichiara la richiesta inammissibile. Negli altri casi, la richiesta viene dichiarata ammissibile. La Segreteria tecnica informa le parti della dichiarazione di ammissibilità o inammissibilità.
La dichiarazione di ammissibilità interrompe il termine a carico dell'intermediario per l'adempimento della decisione. Nell'inviare alle parti la dichiarazione di ammissibilità della richiesta di correzione, la Segreteria tecnica comunica loro il verificarsi dell'interruzione.
Il Collegio si pronuncia sulla richiesta entro 30 giorni dalla dichiarazione di

[250] Banca d'Italia, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, *op. cit*.

ammissibilità. Se la pronuncia accoglie la richiesta di correzione, integra la decisione.
Qualora la decisione richieda un adempimento da parte dell'intermediario, il Collegio fissa il relativo termine.
Eventuali altre richieste o comunicazioni delle parti conseguenti alla decisione vengono sottoposte dalla Segreteria tecnica al presidente del Collegio: quest'ultimo fornisce indicazioni in ordine alla risposta da indirizzare alle parti oppure sottopone la questione al Collegio[251].

10. La contumacia dell'intermediario

La disciplina dell'ABF non prevede l'istituto processualistico della contumacia.
Per l'ABF non è possibile ipotizzare la contumacia del ricorrente differentemente dal processo civile[252].
La contumacia del ricorrente non è ipotizzabile nel procedimento dinnanzi all'ABF, in quanto la proposizione del ricorso e la costituzione in giudizio coincidono.
Così come la contumacia dell'intermediario può essere solo volontaria e non incolpevole.
La segreteria tecnica, infatti, ha il compito di verificare che il reclamo, che procede la proposizione della domanda, e il ricorso siano stati regolarmente comunicati all'intermediario, in mancanza vi sono trasmessi a cura della stessa segreteria. Il predetto controllo esenta il Collegio da una verifica della regolare costituzione delle parti.
Nelle decisioni dell'ABF emerge che la contumacia non ha le caratteristiche della neutralità.
In presenza di una normativa cogente, nel senso della esigibilità in ogni caso di controdeduzioni da parte dell'intermediario, consente di qualificare significativamente l'inerzia del medesimo.
Possiamo parlare in questo caso di *sicta compessio* del fatto costitutivo della pretesa della parte ricorrente.

---

[251] Ibidem.
[252] Nel processo civile *ex* art. 171 c.p.c. la dichiarazione di contumacia deve essere fatta in prima udienza e preceduta da una serie di verifiche; in caso di contumacia dell'attore il giudice può procedere con le disposizioni di cui all'art. 187 c.p.c. solo nel caso in cui il convenuto ne faccia richiesta.

Di conseguenza stante la concludenza dell'assunto e in mancanza di emergenze documentali di segno opposto, abilita l'adozione della pronuncia nel merito[253].

La disciplina procedimentale dell'ABF non si limita a consegnare alla parte resistente la facoltà di contraddire ma imprime a tale diritto natura di specifico obbligo di cooperazione, la cui violazione, ove tale da impedire la risoluzione del ricorso, sconta la possibilità di assoggettamento della parte non collaborativa alla sanzione della pubblicità del comportamento.

In sintesi la scelta contumaciale della parte resistente integra il mancato assolvimento di un onere di cooperazione che si traduce nell'implicito riconoscimento del fatto dedotto dalla parte ricorrente.

Al predetto orientamento si contrappone quello del Collegio di Roma, ove si afferma che la mancata cooperazione dell'intermediario non assume significato probatorio in favore della domanda dell'attore, incombendo, sul ricorrente la prova della fondatezza della propria domanda[254].

Le disposizioni dettate in tema di ABF si caratterizzano inoltre per una stringente valutazione della condotta degli intermediari nel corso del procedimento ad esempio si pensi all'assenza della documentazione dovuta dall'intermediario, anche in seguito ad eventuali richieste di integrazioni da parte della segreteria tecnica, rendendo impossibile una pronuncia della controversia; di conseguenza, l'organo decidente deve valutare la condotta dell'intermediario sotto il profilo della omessa cooperazione allo svolgimento della procedura.

Le disposizioni attuative impongono un dovere in capo all'intermediario di presentare la documentazione, a prescindere dalle eventuali richieste di integrazione da parte della segreteria tecnica.

L'ABF, pertanto, fa riferimento alla condotta non cooperativa dell'intermediario, come momento idoneo a ledere l'affidamento che il cliente ripone nella produzione del documento da parte dell'intermediario.

---

[253] ABF Collegio di Napoli, decisione del 7 febbraio 2012, n. 348, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[254] ABF Collegio di Roma, decisione del 17 maggio 2013, n. 2778, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

Va precisato, però, che l'ABF non attribuisce alla mancata ottemperanza dell'ordine di esecuzione gli effetti della *sicta compessio*.

Sembra, dunque, trovare applicazione anche per l'ABF il principio di elaborazione giurisprudenziale di "vicinanza alla prova".

In virtù di tale criterio tecnico l'onere probatorio, in deroga alla norma di cui all'art. 2697 c.c., viene posto a carico della parte prossima alla fonte di prova.

11. Il regime dalla prova

Le norme che regolano l'ABF non regolano in maniera organica la disciplina sulla prova bensì si limitano a richiamare le diposizioni di legge di carattere generale.

Come è noto, la decisione sul ricorso è assunta sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia nonché eventuali codici di condotta cui aderisce l'intermediario.

Inoltre essa può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediario e clienti.

La disciplina della prova nell'ambito dell'ABF si arricchisce di alcune disposizioni speciali, appunto quelle regolamentari, che nel corso degli anni hanno determinato uno sforzo interpretativo per armonizzare la disciplina speciale con quella di carattere generale, in particolare alla compatibilità della disciplina di diritto civile comune con quella speciale dell'ABF.

Lo scrivente si riferisce alle disposizioni sulla Segreteria tecnica[255].

Tale normativa, infatti, non è presente nella disciplina del processo civile.

Occorre ricordare che il procedimento dinnanzi all'ABF si caratterizza: in primo luogo per un'istruttoria esclusivamente documentale; ed in secondo luogo non è prevista la necessità di assistenza legale.

A parere dello scrivente si può rilevare come non si possa escludere l'ammissibilità di dichiarazioni testimoniali scritte.

---

[255] Cfr. E. MINERVINI, *op. cit.*, p. 45; G. FINOCCHIARO, *L'Arbitro bancario finanziario tra funzione di tutela e di vigilanza*, *op.cit*., p. 113; G. LIACE, *op. cit*., p. 72 ss.

La disciplina di legge dettata dalla normativa speciale è contenuta in primo luogo nella deliberazione CICR più volte citata 29 luglio 2008 e in secondo luogo dal regolamento per il funzionamento dell'organo decidente dell'ABF.

Come emerge dalle disposizioni appena riportate, il procedimento ABF prevede l'intervento della Segreteria tecnica, una struttura del tutto originale istituita presso ognuno dei 7 Collegi territoriali.

Si tratta di una struttura di elevata qualità tecnica e di fondamentale importanza per il funzionamento dell'ABF titolare di autonomi poteri istruttori veri e propri.

Il Collegio di Coordinamento del 12 giugno 2017 rappresenta a mio avviso una decisione fondamentale in tema dell'onere della prova: il Collegio evidenzia alcuni principi quadro sul rapporto tra disciplina processuale comune e disciplina speciale "una volta che il ricorso sia stato depurato da eventuali ragioni di preliminare inammissibilità, per decidere sulla fondatezza della domanda non può che farsi applicazione, in linea di massima delle regole fondamentali del processo civile: il principio dispositivo; il principio del contraddittorio e il principio dell'onere della prova", e inoltre "la instaurazione del procedimento ABF e la sua stessa continuazione dipendono dall'impulso del ricorrente, che dopo averlo attivato può provocarne l'estinzione con la rinuncia al ricorso o attraverso il promovimento di un giudizio ordinario o arbitrale; e che può anche condizionarne l'esito concludendo con la controparte un accordo che dissolva la materia controversa. Né vi è dubbio che, sempre in virtù del principio dispositivo, l'Arbitro bancario non possa andare alla ricerca della verità, ma debba decidere sulla base dei fatti allegati dalle parti e delle prove fornite per supportarli: quindi nei limiti del tema della decisione e del tema della prova come parametrabile sulla scorta delle rispettive deduzioni e solo di queste".

Il Collegio di Coordinamento passa poi alla disciplina specifica della prova nel procedimento ABF: "Quanto poi alla prova dei fatti rilevanti deve convenirsi che poiché l'Arbitro bancario deve decidere secondo diritto sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, e quindi anche in base alla regola di giudizio sancita nell'art. 2697 c.c., il

rischio della mancanza o insufficienza della prova di un fatto controverso non può che essere addossato alla parte che, avendolo affermato, aveva interesse a dimostrarlo".

Il Collegio introduce poi una precisazione che si riferisce all'applicazione di uno di tali principi generali al procedimento ABF: "Va ricordato però che il rigore di tale regola è stato attenuato già dalla giurisprudenza ordinaria per non pregiudicare la tutela processuale dei diritti, attraverso l'applicazione del criterio della cosiddetta vicinanza della prova[256]".

Detto criterio è teoricamente applicabile anche nel procedimento ABF ma occorre osservare che proprio nelle controversie bancarie, e quindi anche difronte all'ABF, il principio di prossimità della prova non può trarre semplicistica applicazione.

In altri termini il criterio della vicinanza della prova potrebbe applicarsi all'ABF essendo quest'ultimo uno strumento alternativo alla giustizia ordinaria, che deve essere capace di offrire al consumatore una tutela rapida ed efficace dei suoi diritti.

Tuttavia non va sottaciuto che proprio difronte all'ABF, il principio di prossimità della prova non può trarre semplicistica legittimazione dalla disparità economica delle parti in quanto la virtuale asimmetria nelle possibilità di accesso alla documentazione di un rapporto contrattuale è in parte compensata dalla norma dell'art. 117 del t.u.b. secondo cui i contratti bancari devono essere redatti per iscritto ed un esemplare consegnato ai clienti.

Questi ultimi, ove non abbiano ricevuto il documento o ne abbiano perduto il possesso possono comunque ottenerlo facendo richiesta alla banca e, nel caso di richiesta inevasa possono se del caso acquisirlo nel corso del procedimento per ordine del giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c., applicabile analogicamente avanti all'Arbitro bancario.

Il riferimento all'art. 210 c.p.c. sancisce espressamente l'applicabilità dello strumento dell'ordine di esibizione anche nel procedimento ABF inoltre appare rilevante anche il collegamento tra questo strumento istruttorio e l'applicabilità dell'art. 119 t.u.b., quanto

[256] V. Cass. civ., 28 febbraio 2013 n. 5025, in *DeJure online*, la quale definisce il criterio della cosiddetta vicinanza della prova: "Il rischio per la mancata dimostrazione di un fatto rimasto incerto nel giudizio deve essere addossato alla parte che si sarebbe dovuta trovare nelle migliori condizioni per poterlo provare".

alla proponibilità dell'istanza di produzione documentale anche nel corso del procedimento.

Tuttavia l'utilizzazione dello strumento di cui all'art. 119 t.u.b. è previsto non quale strumento processuale autonomo, ma attraverso l'utilizzazione dell'art. 210 c.p.c. con tutti i limiti propri di tale strumento.

A detta dello scrivente tutto ciò farebbe propendere per la necessità di un'iniziativa di parte, senza che si possa supplire alla mancanza di tale iniziativa con l'utilizzo dello strumento dell'integrazione istruttoria d'ufficio.

La pronuncia del Collegio di Coordinamento del 12 giugno 2017 continua poi affermando che: "Senza alcuna riserva è invece applicabile il principio di acquisizione processuale, in virtù del quale le prove prodotte da una parte che non era tenuta a produrle, servono anche all'altra che aveva l'onere di fornirle. Sulla base di quanto fin'ora illustrato, deve concludersi perciò che il ricorrente che non sia comunque riuscito a fornire la prova dei fatti costitutivi rilevanti e controversi posti alla base della domanda, non può risultare vittorioso, sempre che alla carenza probatoria non abbia sopperito l'altra parte o non sia marginalmente applicabile alla resistente il criterio di vicinanza della prova, ove specificatamente giustificato dalla ineguaglianza dei contendenti nelle concrete possibilità di accesso al documento. Stabilire però quando questo esito si realizzi non è possibile in astratto e dunque spetta ai singoli Collegi risolvere prudentemente la singola controversia alla luce dei principi dinanzi ricordati".

Il Collegio di Coordinamento introduce quindi un rilevante elemento ricostruttivo sulla particolare rilevanza del reclamo, anche ai fini istruttori, affermando che "Il ricorso con il quale è formulata la domanda all'Arbitro bancario è preceduto necessariamente da una fase interlocutoria diretta tra le parti, attivata da un atto di contestazione denominato reclamo, che integra una vera e propria condizione di procedibilità. Tale fase preliminare non condiziona solo formalmente l'avvio del procedimento avanti all'ABF ma influisce anche sulla decisione del merito della controversia" aggiungendo che "essendo il procedimento ABF articolato nello scambio del ricorso e delle controdeduzioni, nel quale ha speciale importanza l'esame degli atti e dei documenti acquisiti anche nella

necessaria sede propedeutica giacchè il ricorso deve avere ad oggetto la stessa questione esposta nel reclamo, il quale diventa utile strumento interpretativo della domanda presentata col ricorso (…) inoltre ai fini della valutazione del ricorso è considerata rilevante anche la documentazione relativa alla fase del reclamo, che l'intermediario ha il dovere di trasmettere alla Segreteria unitamente alle proprie controdeduzioni nei 30 giorni successivi alla comunicazione del ricorso, unitamente a tutta la documentazione utile ai fini della valutazione del ricorso, compresa quella relativa alla fase del reclamo", un dovere collaborativo dell'intermediario che lo stesso Collegio definisce "singolare e ben eccedente il limite del dovere di lealtà sancito nell'art. 88 c.p.c.".

Il Collegio prosegue "Qualora il ritardo o l'assenza della documentazione dovuta dall'intermediario renda impossibile una pronuncia sul merito della controversia, l'organo decidente valuta la condotta dell'intermediario sotto il profilo della mancata cooperazione di quest'ultimo allo svolgimento della procedura, anche ai fini di quando previsto nel paragrafo 4", secondo il quale "viene resa pubblica altresì la mancata cooperazione al funzionamento della procedura da parte dell'intermediario", come "l'omissione o il ritardo nell'invio della documentazione richiesta che abbia reso impossibile una pronuncia sul merito della controversia" e mette in rilievo che "il potere conferito al Presidente del Collegio di rilevare la eventuale incompletezza della documentazione presentata e di fissare un termine per le integrazioni del caso e infine l'affidamento alla Segreteria del compito di svolge la istruttoria preliminare diretta a valutare la sussistenza dei presupposti per la sottoposizione del ricorso al Collegio costituiscono le tessere di un composito quadro normativo nel quale emerge enfaticamente il rilevo attribuito all'intervento di soggetti diversi dal ricorrente per sanare le eventuali incompletezze del ricorso. Ma tutto ciò è previsto, è bene sottolinearlo, soprattutto allo scopo di eliminare gli ostacoli che impediscono la decisione sul merito".

Il Collegio conclude che "Deve invece escludersi che l'obbligo di cooperazione dell'intermediario possa trasformare la sua contumacia nell'equivalente di un atto di costituzione invisibile e muto nel procedimento con l'effetto di rendere

indiscriminatamente incontroversi tutti i fatti allegati dal ricorrente" e sviluppa ulteriormente tale conclusione affermando che "Deve parimenti escludersi che tale obbligo di cooperazione possa tradursi nell'inversione della distribuzione dell'onere della prova che incombe su chi avanza una pretesa, giacchè a un esito così grave e contrario a principi fondamentali del diritto processuale avrebbe potuto pervenirsi solo in presenza di una chiara disposizione derogatoria del principio di uguaglianza delle parti nel processo".

Quello che invece può ammettersi, in virtù del particolare valore attribuito al dovere di cooperazione da parte dell'intermediario, è che dalla sua mancata costituzione o dal suo atteggiamento non collaborativo nella fase del reclamo, il Collegio possa trarre argomenti di prova favorevoli alla tesi del ricorrente *ex* art. 116 c.p.c. e in necessario collegamento con le risultanze istruttorie già acquisite, mentre nel processo civile la contumacia non rileva ai fini probatori[257].

Il Collegio giunge quindi a denunciare il punto innovativo della sua decisione, con riferimento all'utilizzazione dello strumento dell'integrazione istruttoria "Un cenno particolare merita tuttavia l'ipotesi in cui il ricorrente abbia fornito una prova documentale non sufficiente del diritto affermato. In linea concettuale una prova insufficiente equivale a una prova mancante, ma tale enunciato va coordinato nel procedimento ABF con l'art. 8 del Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF il quale stabilisce che "ove il Collegio ritenga necessaria un'integrazione dell'istruttoria dispone la sospensione del procedimento". Premesso che la prevista sospensione del procedimento è strumentale all'integrazione dell'istruttoria, deve necessariamente risolversi nell'acquisizione di documenti mancanti necessari per la decisione.

Deve tuttavia escludersi che la integrazione istruttoria possa compensare la prova di un fatto del tutto assente: la integrabilità presuppone l'esistenza di una prova, sia pure insufficiente; inoltre verrebbe sconvolto il principio dell'onere della prova senza la chiara presenza di una disposizione deviante.

---

[257] V. Cass. civ., n. 14860 del 2013, in *DeJure online*.

In altri termini, ipotizzare sulla base della norma in esame la possibilità di una surrogazione del Collegio nell'assolvimento dell'onere della prova posto a carico del ricorrente ogniqualvolta si rilevi la carenza di un documento essenziale per la decisione significherebbe rendere il procedimento ABF strutturalmente inquisitorio a favore del cliente e oggettivamente costoso.

Possono perciò in questa sede fornirsi solo riflessioni di indirizzo.

Va in primo luogo rammentato che davanti all'Arbitro bancario non sono ammessi i cosiddetti procedimenti istruttori di integrazione propri del giudizio civile ordinario mentre, è consentito l'uso delle presunzioni, le quali però, non comportano alcuna sospensione del procedimento né alcuna integrazione dell'istruzione documentale già svolta.

E' invece ammissibile la possibilità di richiedere alle parti chiarimenti scritti o anche la produzione di documenti su specifici fatti, ove il Collegio lo reputi necessario per interpretare il significato oscuro di un documento già prodotto.

Invece, nel caso in cui la parte gravata dell'onere probatorio abbia fornito un riscontro documentale incompleto del fatto affermato, di cui però sia stato fornito un principio di prova scritta, deve ritenersi consentito al Collegio di sospendere il procedimento per disporre la integrazione della istruttoria richiedendo alla parte medesima la produzione del documento mancante idoneo a fortificare il riscontro probatorio già acquisito.

Questa appare la interpretazione più ragionevole e bilanciata della norma del Regolamento che si risolve nell'attribuzione all'Arbitro bancario di un potere officioso di disporre la esibizione documentale, del tutto estraneo al codice di rito.

Conclude il Collegio che *"*tale potere non è previsto solo a favore del ricorrente perché il principio di parità delle parti processuali può valere anche quando la integrazione documentale si renda necessaria per acclarare la fondatezza della contestazione sollevata dall'intermediario con il corredo di una prova documentale incompleta. Insomma, si tratta di una norma speciale che, nel procedimento ABF, corrisponde a quella che in un ordinario processo civile attribuisce al decidente il potere di colmare una prova semipiena attraverso il deferimento del giuramento suppletorio. Proprio per questo

l'esercizio di tale potere, benchè discrezionale, non può essere arbitrario, deve avere una portata circoscritta, e deve soprattutto tenere in considerazione il rispetto del principio del contraddittorio, e in definitiva le peculiarità del caso concreto, così che non è possibile dare stringenti indicazioni di carattere generale".

12. Il danno patrimoniale e il danno non patrimoniale

L'ABF nei suoi responsi si è occupato della problematica relativa al risarcimento del danno.

In più occasioni è stato evidenziato che detto organismo ha una competenza per valore limitata e, che la competenza per i danni non patrimoniali sussiste solo quando i danni sono una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario.

L'ABF uniformandosi all'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 11 novembre 2008, n. 26972 ha riconosciuto espressamente il risarcimento del danno non patrimoniale: questo è risarcibile anche quando ricorre una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro di tale tipologia di danno al di fuori di un'ipotesi di reato[258]; mentre esclude la possibilità di riconoscere il risarcimento del danno esistenziale[259].

In tema di centrale dei rischi, ad esempio, l'ABF ha stabilito che "è pur vero che, nel caos di danno da perdita di *chance*, qualora il giudice non disponga gli elementi utili per quantificare il danno, può ricorrere al criterio equitativo, ma non si può dimenticare che il ricorrente ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare, la possibilità che avrebbe avuto di conseguire un vantaggio, posto che la valutazione del danno presuppone che risulti comprovata l'esistenza di un danno risarcibile"[260].

---

[258] Si veda ABF Collegio di Roma, decisione del 15 marzo 2010, n. 126, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[259] Sempre secondo la Suprema Corte, con la sentenza sopra in commento "non sono meritevoli di tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, i pregiudizi consistenti in disagi, disappunti, ansie ed ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli affetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale. Al di fuori dei casi determinati dalla legge, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale".

[260] Si veda: ABF Collegio di Milano, decisione del 16 luglio 2010, n. 746, in

Altra fattispecie portata all'attenzione dell'ABF riguarda il ricorso con il quale il cliente chiedeva il risarcimento dei danni, evidenziando una serie di potenziali pregiudizi che a suo dire potevano derivargli dalla mancata informazione sullo stato dei conti, senza però dare prova dei danni subiti.

Nella decisione l'ABF[261], pur respingendo la domanda risarcitoria per mancanza di prove sull'esistenza dei danni, accoglieva parzialmente il ricorso, dichiarando la responsabilità della banca per il comportamento avuto nei confronti del cliente, idoneo ad assumere rilevanza sul piano della responsabilità contrattuale[262].

Con riferimento al risarcimento del danno non patrimoniale, la giurisprudenza, così come i responsi dell'ABF, ritiene risarcibile quello conseguente alla diffusione di dati del debitore, circa la sua insolvenza o il suo inadempimento, che possa determinare discredito personale e commerciale.

Si è affermato che nell'atto idoneo a ledere la reputazione personale del soggetto passivo "il danno è *in re ipsa* e dovrà essere risarcito senza che il danneggiato debba fornirne la prova"[263].

Per il danno patrimoniale, invece, occorre sempre fornirne la prova.

L'ABF, nel pronunciarsi sul ricorso avente ad oggetto alcuni prelevamenti bancomat disconosciuti dal titolare della carta al momento della ricezione dell'estratto conto sul quale erano contabilizzati, ha ritenuto applicabile la limitazione della responsabilità contrattuale, non ravvisando, nel ritardo con cui il titolare si era avveduto dei prelievi "gli estremi della colpa grave, e cioè di un comportamento caratterizzato da un grado

---

arbitrobancariofinanziario.it.

[261] Si veda: ABF Collegio di Roma, decisione del 31 gennaio 2011, n. 235, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[262] Risulta interessante, in proposito, la decisione dell'ABF Collegio di Roma, decisione del 6 dicembre 2010, n. 985, in *arbitrobancariofinanziario.it*: "la domanda di accertamento dell'illegittimità della condotta tenuta dalla banca deve ritenersi implicita in quella formulata dal ricorrente, in quanto costituente il suo presupposto, senza che ciò comporti violazione del principio posto dall'art. 112 c.p.c. che può essere ritenuta sussistente solo nel caso in cui il giudice attribuisca alla parte un bene non richiesto, e cioè non compreso nemmeno implicitamente nella domanda proposta e non anche quando, come nel caso di specie, sia accolta, una domanda che rientri in quella, di maggior ampiezza, ritualmente proposta dalla parte".

[263] Si veda: ABF Collegio di Milano, decisione del 16 aprile 2010, n. 241, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

elevatissimo e del tutto abnorme, rispetto ai parametri dell'uomo medio, di negligenza ed imprudenza. Infatti il monitoraggio da parte dei clienti sulla consistenza del conto avviene usualmente attraverso gli estratti conti inviati periodicamente dalla banca. Per cui è plausibile che la ricorrente si sia avveduta dei prelievi fraudolenti sulla base dell'esame dell'estratto conto trimestrale"[264].

13. Le spese legali

La disciplina dell'ABF non prevede la regolamentazione delle spese legali in quanto non vi è l'obbligo di assistenza di un legale, né sono previste franchigie per il rimborso delle spese sostenute[265].

L'ABF nelle sue decisioni ha precisato più volte che le stesse devono essere richieste già in sede di reclamo e che la loro eventuale liquidazione segue il principio della causalità. Le spese devono essere documentate per poter essere liquidate.

Sul punto l'ABF precisa che "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari" non contemplano alcuna previsione al riguardo, e ciò in coerenza alla natura alternativa del procedimento instaurabile senza il patrocinio di un legale.

Tuttavia là dove sia dimostrato che la parte ricorrente si sia avvalsa dell'ausilio di un difensore sopportandone la relativa spesa, quest'ultima possa e debba prendersi in considerazione, in caso di accoglimento del ricorso che si concluda con l'accertamento di un diritto risarcitorio, quale componente del più ampio pregiudizio subito dalla parte ricorrente[266].

Nel procedere al rimborso delle spese legali, l'ABF deve tener conto del comportamento

---

[264] Si veda ABF Collegio di Roma, decisione del 4 giugno 2010, n. 982, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[265] Questa previsione rischia però di incentivare il ricorrente a depositare ricorsi del tutto infondati a fronte della certezza di non rischiare in alcun modo la soccombenza. E' una patologia già evidenziata nella pratica che però avendo ancora numeri esigui, non ha portato ad alcuna modificazione delle Disposizioni ABF, che almeno in termini di costi evidenziano un *favor* per il ricorrente anche in ossequio alle Disposizioni dell'Unione Europea in tema di accesso del consumatore alle procedure alternative di risoluzione delle controversie.

[266] ABF Collegio di Coordinamento, decisione del 26 ottobre 2012, n. 3498, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

della parte resistente, della complessità della controversia, nonché della condanna subita dalla parte resistente[267].

Resta, altresì, esclusa la possibilità di applicare nel procedimento davanti all'ABF la richiesta di condanna per lite temeraria.

14. La natura del lodo

Il Collegio si pronuncia sul ricorso nel termine di 60 giorni dal momento in cui ha ricevuto le controdeduzioni dell'intermediario oppure, dalla scadenza del termine per la loro presentazione da parte dello stesso intermediario[268].

L'istruttoria vera e propria, sul ricorso è svolta dal Collegio[269] ed è solo documentale, non essendo consentito al Collegio l'utilizzo di ogni prova costituenda.

Possono invece trovare ingresso nella procedura le presunzioni ed il patto notorio, il principio di non contestazione e la confessione.

La decisione[270] del ricorso, da comunicarsi alle parti per il tramite della Segreteria tecnica entro 30 giorni dalla pronuncia, è motivata e viene presa sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le normative di legge e regolamentari vigenti in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca.

Il procedimento dell'ABF[271] comporta, dunque un giudizio espresso secondo diritto

---

[267] ABF Collegio di Napoli, decisione del 14 aprile 2015, n. 2869, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[268] Cfr. V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisori dell'Arbitro Bancario Finanziario*, *op. cit*., p. 959 ss.

[269] Sul punto si ricorda la Corte Costituzionale che pronunciandosi con l'ordinanza del 22 luglio 2011 n. 218, ha negato il potere dell'ABF di sollevare questioni di legittimità costituzionale, tenendo presente come base del ragionamento il fatto che l'ABF non ha natura giurisdizionale e non emette decisioni che hanno l'idoneità di giudicato.

[270] G. GUIZZI, *Il valore delle decisioni dell'ABF* in *un libro recente*, *op.cit*., p. 567 che richiama M. STELLA, *Lineamenti degli Arbitri Bancari e Finanziari*, in *Corr. Giur*., 2011, p. 1653 ss.; A. SCOTTI, *ABF e rapporti bancari*, *op. cit*., p. 10 ss.; E. CAPOBIANCO, *Arbitrato bancario finanziario*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. comm*., Milano, Utet, 2012, p. 44 ss. Sul grado di vincolatività delle sue decisioni, senza alcuna pretesa di esaustività: F. AULETTA, *Art. 128-bis*, in C. Costa (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, Giappichelli, 2013, II, p. 1520 ss.; E. QUADRI, *L'Arbitrato bancario finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, p. 318 ss.

[271] Per i rapporti tra ABF e accertamento tecnico preventivo si rinvia a M. MAIONE, *Forma e sostanza delle delibere dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Società*, 2012, 2, p. 440 ss.

reso da un organismo specializzato e, come tale, idoneo a concludersi con una decisione dotata di autorevolezza.

La regola per cui la decisione deve essere assunta secondo diritto esclude il possibile ricorso all'equità nella decisione sulla pretesa fatta valere dal cliente bancario.

La decisione secondo diritto consente di prevedere quella che sarà la futura decisione di un giudice investito della medesima controversia[272].

In merito al valore da attribuire alla decisione emessa dal Collegio si può affermare, con certezza, che essa è priva dei requisiti di definitività e vincolatività propri di una sentenza[273].

Questo stato di cose ha portato parte della dottrina[274] a ritenere che "la decisione dell'organo sembra ridursi a una sorta di parere *pro veritate* essendo l'organo decidente sostanzialmente investito dalla Banca d'Italia dell'incarico di esprimere una valutazione sulla controversia in atto tra l'intermediario e il cliente: incarico per l'esecuzione di una prestazione intellettuale. L'organo svolge un'attività logica di giudizio, consistente nel prendere posizione rispetto alla controversia attribuendo una ragione e un torto, senza che si producano effetti propriamente accertativi[275].

Tuttavia per altra parte della dottrina[276], la condizione che la decisione dell'ABF non costituisce, men che meno modifica o estingue, il rapporto intercorrente tra il cliente e l'intermediario, e non può contenere condanne che possono formare oggetto di esecuzione forzata, non deve portare a credere che la decisione non abbia alcun effetto obbligante per l'intermediario.

Tuttavia tale ragionamento, è in contraddizione con il principio che esige invece che le decisioni rese dall'organo giudicante, devono essere dirette a soddisfare il bisogno di

---

[272] Cfr. V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisori dell'Arbitro Bancario Finanziario*, *op. cit*., p. 959 ss.

[273] Cfr. Comunicato della Banca d'Italia del 26 ottobre 2010 con cui la Banca d'Italia ha affermato che: "le decisioni dell'ABF non incidono sulle situazioni giuridiche delle parti".

[274] Così S. RUPERTO, *L'arbitro bancario finanziario*, *op. cit.,* p. 335.

[275] In senso analogo, C. CONSOLO, M. STELLA, *Il ruolo prognostico deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo ABF scrutatore di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, *op. cit*., p. 1655 ss.

[276] G. GUIZZI, *Arbitrato - L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, p. 1216 ss.

tutela dei soggetti che hanno deciso di avvalersi della procedura.

Infatti, il mancato adempimento dell'intermediario alla decisione dell'ABF, lo espone sia all'irrogazione della sanzione reputazionale[277], sia alle altre sanzioni che la Banca d'Italia può disporre nell'esercizio delle proprie attività di controllo.

In conclusione l'impianto di sanzioni a cui si espone l'intermediario è tale da garantire la vincolatività di fatto alla decisione ed il suo adempimento.

La normativa che regola l'ABF non prevede alcun mezzo di impugnazione avverso le decisioni del Collegio, per cui la decisione dell'arbitro bancario, una volta emessa, non è appellabile.

Infatti le decisioni difettano del carattere decisorio e definitorio delle controversie, e non producono effetti giuridici sulle parti, né stabiliscono alcuna soccombenza sostanziale.

Il cliente e l'intermediario hanno sempre la possibilità di ricorrere alla giustizia ordinaria e di attivare ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento.

15. La correzione delle decisioni

Le disposizioni sul funzionamento dell'ABF prevedono un meccanismo di correzione

[277] Al pari di quanto previsto anche nel meccanismo di funzionamento dell'ACF.
In ogni caso, ferma restando l'autonomia e l'indipendenza tra ABF e Banca d'Italia, gli esiti dei ricorsi arricchiscono il patrimonio informativo che la Banca d'Italia è tenuta ad utilizzare nello svolgimento dell'attività di vigilanza. In dottrina B. DE CAROLIS, *L'Arbitrato bancario e finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quad. giur. Banca d'Italia*, 70, giugno 2011, p. 9, ha puntualmente evidenziato la genesi dell'ABF, strumentale alla trasparenza sulla quale Banca d'Italia deve vigilare e infatti, ricorda che per la Banca d'Italia "l'esigenza di introdurre ulteriori strumenti di tutela dei consumatori, con speciale attenzione alle situazioni critiche che possono verificarsi nello svolgimento dei rapporti obbligatori, trovava conferma in segnali particolarmente significativi, come il ragguardevole numero di esposi ricevuti, precisando, peraltro, che, tali esposti avevano, tuttavia, già consentito di attivare misure di vigilanza, comprese ispezioni in loco e procedure sanzionatorie". Peraltro, nella Relazione annuale, 2017, p. 21 si legge che, in conformità alle Disposizioni ABF, sezione I, paragrafo I "Gli esiti dei ricorsi ABF forniscono un importante contributo all'attività di supervisione del sistema bancario e finanziario; secondo le Disposizioni ABF le decisioni integrano "il più ampio quadro informativo di cui la Banca d'Italia dispone nello svolgimento della propria funzione regolatrice e di controllo". Si veda anche P. SIRENA, *L'unione bancaria e il suo impatto sul rapporto tra intermediari e consumatori*, in *Econ. Dir. Terziario*, 2016, p. 44, il quale rileva acutamente che "l'attività decisionale dell'ABF delinea un modello bottom up di vigilanza bancaria, nel quale è il cliente che allegando il fatto che la banca abbia violato un suo diritto prende l'iniziativa di sollecitare l'eventuale avvio del procedimento sanzionatorio da parte dell'autorità di vigilanza". Precisa ancora che "si tratta quindi di un'alternativa al modello top down di vigilanza bancaria, il quale si è tradizionalmente sviluppato a proposito della verifica di stabilità finanziaria degli intermediari".

delle decisioni rese con presupposti simili a quelli previsti per la correzione delle sentenze del giudice ordinario.

Occorre però evidenziare che, per contro, le stesse non possono essere sottoposte ad un gravame che vada a richiedere una decisione del merito posto alla base della valutazione del Collegio[278].

Nella pratica accade spesso che le parti, in modo particolare il ricorrente, cerchino di ottenere una revisione del merito della decisione introducendola come istanza di correzione.

La normativa prevede che la parte interessata può, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione della decisione completa della motivazione chiederne la correzione nei soli casi in cui essa sia affetta da omissioni o errori materiali o di calcolo.

La richiesta di correzione deve essere inviata alla Segreteria tecnica del Collegio territoriale che ha emesso la decisione.

Dal punto divista procedimentale la richiesta di correzione interrompe il termine concesso all'intermediario per adempiere alla decisione, che comincia nuovamente a decorrere dal momento della comunicazione alle parti dell'esito della richiesta di correzione da parte della Segreteria tecnica.

La pronuncia sulla correzione della decisione può essere effettuata dal Presidente o, se questi lo ritiene opportuno, dal Collegio, nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'istanza.

Nell'ipotesi in cui venga accolta la richiesta di correzione ciò avviene mediante integrazione della decisione precedentemente resa tra le parti dal Collegio territoriale, qualora la correzione richieda un adempimento da parte dell'intermediario, questi provvede entro trenta giorni dalla data della comunicazione della pronuncia integrata.

Eventuali altre richieste o comunicazioni delle parti conseguenti alla decisione vengono sottoposte dalla Segreteria tecnica al Presidente del Collegio; quest'ultimo fornisce

[278] Tutto ciò, in assenza di una norma specifica che vada a regolare le forme di impugnazione è incompatibile con la struttura dei collegi ABF che non prevedo un organo di secondo grado, né tale funzione potrebbe essere in ogni caso demandata al Collegio di Coordinamento.

indicazioni in ordine alla risposta da indirizzare alle parti oppure sottopone la questione al Collegio per le opportune determinazioni.

16. L'ABF e il Prefetto

Il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento un istituto particolare che crea un collegamento tra il Prefetto e l'ABF.

La l. 28 gennaio 2009 n. 2 prevede che i clienti delle banche che si ritengono danneggiati dagli istituti di credito per la non erogazione del credito possono rivolgere un'istanza al Prefetto[279]; quest'ultimo la trasmette all'organo superiore della banca nei confronti della quale era stata avanzata la lamentela. La banca deve fornire una risposta al cliente, e informare al contempo il Prefetto.

Le famiglie o gli imprenditori che si vedono negare il credito da una banca potranno dunque rivolgersi al Prefetto; questi, una volta ricevuta l'istanza, si rivolgerà dapprima alla banca per ottenere una risposta debitamente motivata sulla mancata concessione del credito e solo successivamente potrà effettuare una segnalazione all'ABF.

Gli intermediari sono tenuti, a seguito dell'invito del Prefetto, ad avviare una nuova istruttoria e a fornire una nuova risposta al cliente, eventualmente cercando soluzioni alternative.

La risposta dell'istituto di credito deve essere portata anche a conoscenza del Prefetto.

Al Prefetto possono essere sottoposte tutte le questioni concernenti l'erogazione del credito come ad esempio il diniego di un fido, la richiesta di rientro immediata da una linea di credito revocata, la richiesta di nuove garanzie[280].

Nel momento in cui ci si rivolge al Prefetto si dovrà specificare l'importo preciso del credito, il reddito dichiarato nelle ultime tre dichiarazioni dei redditi, la propria posizione lavorativa, eventuali ritardi nei pagamenti.

---

[279] Sulla *ratio legis* G. FINOCCHIARO, *ABF: scatta il sistema della sanzione raputazionale*, in *Guida dir*., 2016, p. 29 ss.; ID, *Prefetto, un filtro per limitare il contenzioso*, ivi, p. 31 ss.; G. LIACE, *Concessione del credito: Prefetto e ABF, la strana coppia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 240 ss. Sottolinea che la norma costituisca il primo riconoscimento legislativo del ruolo dell'ABF, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Arbitro bancario finanziario*, in *Enc. Dir., Annali*, VIII, Milano, Giuffrè, 2015, p. 36 ss.

[280] G. LIACE, *Concessione del credito: Prefetto e ABF, la strana coppia*, *op. cit*., 240 ss.

Si tratta dunque di accertare se i casi di dinieghi di accesso al credito siano fondati su un effettivo rischio bancario.

Le novità introdotte permettono al Prefetto un intervento immediato: l'istituto di credito chiamato a fornire una risposta all'invito del Prefetto potrebbe presumibilmente ripensare al proprio atteggiamento di immotivata chiusura; qualora questa prima fase non funzioni, fornisce all'ABF una segnalazione qualificata, frutto di una sommaria istruttoria.

Inoltre non è dato sapere quali siano i poteri dell'ABF e se lo stesso possa applicare sanzioni o possa segnalare le predette condotte alla Banca d'Italia[281].

Lo stesso ABF in diverse sue pronunce ha più volte ribadito che non sussiste un diritto soggettivo all'accesso al credito[282].

L'art. 27*bis* del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 e successivamente modificata, ha attribuito al Prefetto [283] la possibilità di segnalare all'ABF, su istanza del cliente e previa acquisizione di informazioni presso la banca interessata, specifiche problematiche relative ai rapporti tra banche e clienti nei casi in cui la contestazione all'intermediario tragga origine dalla mancata erogazione, dal mancato incremento o dalla revoca di un finanziamento o da altri comportamenti della banca conseguenti alla valutazione del merito di credito del cliente[284].

---

[281] Si veda in proposito Banca d'Italia, *Bollettino di Vigilanza* 10 ottobre 2007, n. 10, p. 6, dove si legge "laddove si decida di non accettare una richiesta di finanziamento, è necessario che l'intermediario fornisca riscontro con sollecitudine al cliente; andrà verificata la possibilità di fornire indicazioni generali sulle valutazioni che hanno indotto a non accogliere la richiesta di credito".

[282] Tra le tante si segnala ABF Collegio di Napoli, decisione del 17 febbraio 2015, n. 1160, in *arbitrobancariofinanziario.it*; ABF Collegio di Napoli, decisione del 12 ottobre 2010, n. 1069, in *ivi.*

[283] La prima attribuzione ai Prefetti di funzioni similari è relativa agli "osservatori del credito", la cui attività si condensava nel monitorare l'andamento dei flussi di credito sul territorio, nell'analizzare le relative problematiche e nel proporre le relative soluzioni. Sul tema si veda C. MEOLI, *Gli osservatori del credito*, in *Giorn. dir. amm*., 2010, p. 322 ss.; F. DI CRISTINA, *L'osservatorio sull'erogazione del credito e la regolazione finalistica del mercato*, in *Giorn. dir. amm*., 2013, p. 134 ss.; G. SCIASCIA, *I profili pubblicistici del credito tra dimensione nazionale e innovazioni sovranazionali*, in *Riv. trim. dir. pub*., 2017, p. 413 ss.

[284] Il primo espresso riconoscimento legislativo dell'ABF si ha con la normativa in tema di rapporto tra Prefetto e detto organismo. In tal senso si veda E. LUCCHINI, *Arbitro bancario finanziario*, *op. cit.*, p. 36 ss.

La segnalazione avviene a seguito di istanza del cliente in forma riservata e dopo che il Prefetto ha invitato la banca, previa informativa sul merito dell'istanza, a fornire una risposta argomentata sulla meritevolezza del credito.
Quando si parla di riservatezza si presuppone che la segnalazione del Prefetto alla banca non deve contenere nessuna indicazione del soggetto segnalante.
In realtà il diritto al riserbo cessa subito dopo il vaglio iniziale del Prefetto, il quale è tenuto a trasmettere l'istanza del cliente alla segreteria tecnica unitamente alla propria segnalazione nel momento in cui propone il ricorso.
Vi è una deroga alle procedure ordinarie in relazione al ruolo assegnato ai Prefetti nelle procedure innanzi all'ABF, tant'è che il Collegio deve assumere una decisione nel termine di 30 giorni.
Va, altresì osservato come viene ad essere introdotta una nuova forma di attivazione della procedura, che come sappiamo può essere azionata solo dal cliente dell'intermediario.
Il tutto lascia perplessi, in quanto la procedura in esame non può imporre un obbligo a contrarre a carico dell'intermediario; dunque, fatte le dovute valutazioni caso per caso, il Collegio può essere solo chiamato a verificare se esiste una responsabilità contrattuale o precontrattuale della banca.
Non sussistendo un obbligo di fare credito certamente possono, però, formare oggetto di sindacabilità le condotte assunte dall'intermediario, in particolare modo nella fase delle trattative.
La discrezionalità tecnica invocata dalle banche deve essere improntata alle regole della correttezza, della buona fede e della diligenza derivanti dalla natura dell'attività svolta; il che consente di valutare limitatamente a detti profili, la condotta delle stesse nello svolgimento della loro attività, anche con riferimento alla fase precontrattuale.
In altri termini quello che rileva non è il diniego in sè, ma il comportamento tramite il quale si perviene al rifiuto del credito[285].

[285] Si veda in particolare, ABF Collegio di Roma, decisione del 27 febbraio 2011, n. 2851, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

La responsabilità precontrattuale sussiste nel momento n cui tra le parti siano in corso delle trattative; che le trattative siano giunte a uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità interrompa le trattative senza un giustificato motivo[286].

Nel momento in cui il rifiuto di concessione del credito si basa su una informazione presente in una banca dati, vi è l'obbligo per l'intermediario di informare il cliente del risultato della consultazione e degli estremi della banca dati[287].

L'intermediario nell'ipotesi in cui nega la concessione del credito non può fornire una risposta "in forma sintetica", o attraverso una motivazione di tipo formale poiché la stessa sarebbe in contrasto con il principio di buona fede contrattuale[288].

E' opportuno precisare che la comunicazione dell'intermediario di non erogare il credito non ha nessuna ricaduta sulla sua autonomia decisionale, in quanto tale scelta deve essere intesa nel rispetto del principio della discrezionalità imprenditoriale.

I chiarimenti da fornire al cliente dunque lasciano ferma la insindacabilità degli orientamenti dell'intermediario in ordine alla concessione del credito e la sua facoltà di valutare ogni richiesta di credito "sulla base di criteri suoi propri"; trattasi dell'assolvimento, da parte della banca, del suo dovere di assistenza[289].

La normativa sul rapporto ABF e Prefetto lascia irrisolti una serie di problemi, alla luce della diffusa opinione secondo la quale non esiste un diritto soggettivo all'erogazione del credito[290]; pertanto, la questione di cui è investito l'ABF non ha ad oggetto una situazione giuridicamente tutelata dall'ordinamento.

Pertanto l'unica funzione che può essere riconosciuta al rapporto tra l'ABF e il Prefetto è quella di accrescere la trasparenza nell'esercizio dell'attività bancaria e al contempo

---

[286] Cass., 26 febbraio 2013, n. 4802, in *DeJure online.*

[287] Bollettino di Vigilanza del 22 ottobre 2007, n. 10; Comunicazione Banca d'Italia del 26 novembre 2012, n. 993215. Si veda anche ABF Collegio di Milano, decisione del 12 dicembre 2011, n. 2683, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[288] ABF Collegio di Coordinamento, decisione del 29 novembre 2013, n. 6182, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[289] ABF Collegio di Milano, decisione del 13 marzo 2014, n. 1546, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[290] G. LIACE, *L'obbligo di far credito e la posizione dell'ABF*, in *Banche e Banchieri*, 2015, p. 256 ss.

diminuire le asimmetrie informative tra la banca e la clientela.
Dubbia appare, infatti, la possibilità di applicare la sanzione di tipo reputazionale, in quanto, in difetto di un comando suscettibile di essere adempiuto, non può sussistere un eventuale inadempimento.

17. ABF e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

La tutela del consumatore nel settore bancario e finanziario nell'ultimo decennio ha acquisito una grande rilevanza, che risulta confermata dalla moltiplicazione delle competenze che si sono registrate in materia.
Le esigenze di protezione normativa hanno trovato infatti attuazione con il concorso di un numero cospicuo di soggetti e istituzioni, ognuna con una diversa sfera di intervento.
Si tratta di un sistema complesso come emerge già da una prima sintetica "mappatura" degli organismi che a vario titolo hanno, tra i propri compiti, quello di operare per la tutela del consumatore.
In origine la materia è stata attratta nella competenza delle Autorità di Vigilanza, Banca d'Italia e Consob, ciascuna deputata ad applicare le rispettive normative di settore.
Successivamente, su impulso dell'ordinamento comunitario, il sistema di tutela amministrativa è stato rafforzato attraverso l'introduzione di normative trasversali, (si pensi alla normativa sulla pubblicità ingannevole, successivamente quella in tema di pratiche commerciali scorrette).
I successivi sviluppi registrano, come si vedrà, un fenomeno di "gemmazione" da parte delle Autorità di Vigilanza, in particolare Banca d'Italia e Consob, con l'istituzione dell'Arbitro Bancario e Finanziario.
Al contempo il legislatore ha proceduto ad ampliare i compiti istituzionali della Banca d'Italia prevedendo espressamente la tutela dei clienti degli intermediari bancari.
La crisi economico-finanziaria ha attinto il legislatore a concepire la tutela della clientela bancaria, in chiave di sostegno alla crescita e allo sviluppo economico attraverso la facilitazione dell'accesso al credito da parte delle piccole e medie imprese e la previsione di una nuova competenza in materia in capo al AGCM (Autorità Garante della

Concorrenza e del Mercato).

Il quadro che ne è derivato, sviluppatosi per stratificazioni successive, risulta oggi complesso, e articolato.

Qualche tentativo di razionalizzazione è stato compiuto grazie all'iniziativa della Banca d'Italia e dell'AGCM che, nei limiti consentiti dalle rispettive normative, hanno siglato un protocollo di intesa nel febbraio 2011[291].

In ambito finanziario è stato invece la magistratura amministrativa a farsi carico del delicato compito di regolare i confini dell'azione amministrativa, definendo i margini di intervento delle autorità coinvolte, in merito al rapporto tra normativa generale in tema di pratiche commerciali scorrette e disciplina speciale nel settore dei servizi di investimento[292].

Nonostante la progressiva dilatazione di competenze dell'AGCM nel corso degli ultimi anni, oggi le funzioni dell'Istituzione ruotano attorno a due pilastri fondamentali: la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza.

Esse hanno portata generale e, in quanto tale, investono direttamente anche il settore bancario-finanziario. Entrambe, inoltre, seppure con modalità assai diverse, concorrono ad assicurare la protezione del consumatore quando entri in contatto con un intermediario bancario o finanziario.

Sulla proficua complementarietà esistente tra tutela del mercato concorrenziale e protezione dei consumatori vi è oggi un diffuso consenso in dottrina, come pure sulla bontà della scelta di concentrare tali competenze in capo ad un'unica autorità, incaricata di assicurare che il mercato resti aperto alla concorrenza e, allo stesso tempo, che siano rispettati gli standard di un comportamento professionalmente corretto nei rapporti di competizione.

Ugualmente pacifica è l'idea che l'azione amministrativa in materia di tutela della concorrenza sia volta a realizzare l'interesse collettivo al mantenimento della struttura

---

[291] V. Protocollo d'intesa tra la Banca d'Italia e l'AGCM in materia di tutela dei consumatori nel mercato bancario e finanziario.

[292] Si fa riferimento al noto parere n. 3999 del 3 dicembre 2008, reso dalla Prima Sezione del Consiglio di Stato.

concorrenziale dei mercati, interesse specificatamente affidato alla cura dell'AGCM.
Alcune divergenze e voci critiche emergono invece quando si passi a considerare il ruolo dell'Autorità nella repressione delle pratiche commerciali scorrette.
Vi è generale concordanza sul fatto che in materia di tutela del consumatore, l'azione amministrativa è volta a reprimere le pratiche commerciali scorrette affinché non sia pregiudicato il diritto dei consumatori ad autodeterminarsi, senza condizionamenti, nelle scelte di acquisto di consumo.
L'interrogativo di fondo è se l'AGCM persegua la protezione di interessi generali alla correttezza della competizione tra imprese ovvero se possa operare come strumento di risoluzione di conflitti tra imprese e consumatori, funzione quest'ultima propria anche del giudice ordinario e di altri organismi di risoluzione delle controversie.
Dal punto di vista teorico, infatti, è diffusamente riconosciuto che la competenza dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette si giustifica se le condotte colpite si presentino sufficientemente ampie e diffuse e abbiano una minima consistenza[293].
Dalla prassi applicativa, tuttavia, accanto a decisioni rispondenti a siffatta logica, non mancano casi che testimoniano di un approccio dell'Autorità alla materia *de qua* con interventi riguardanti controversie di modesta significatività ai fini della concorrenza e del mercato, spiegabili piuttosto in una prospettiva di tutela dell'interesse individuale del consumatore danneggiato.
E' ovvio che tale prassi applicativa, ove divenisse generalizzata rischierebbe di trasformare l'AGCM in un giudice di conflitti inter-individuali, in competizione con altri soggetti dell'ordinamento.
Sul tema, la discussione vede contrapporsi, da un lato, quanti denunciano tale inopportuna deviazione rispetto alla missione pubblicistica dell'AGCM; dall'altro, chi è orientato ad accordare preminente attenzione all'importanza di garantire l'effettività

[293] Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali sleali: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in C. Rabitti
(cura di), *Venti anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 2010, II, p. 1221 ss.

delle scelte di consumo, in quanto momento essenziale nel quadro del mercato concorrenziale.

Senza voler entrare nel merito di tale dibattito preme qui rilevare che un approccio in cui l'AGCM si muova come autorità a tutela non solo del mercato, ma del singolo consumatore, solleva alcuni interrogativi in merito ai rapporti tra la stessa e gli altri soggetti preposti alla tutela del consumatore di prodotti e servizi bancari e finanziari, segnatamente con l'Arbitro Bancario e Finanziario.

In una prospettiva attenta ad indagare i rapporti tra le istituzioni va anzitutto esclusa qualsivoglia sovrapposizione nella materia della tutela della concorrenza.

Su tale terreno la l. n. 262 del 2005 ha trasferito dalla Banca d'Italia all'AGCM la competenza ad applicare la normativa antitrust nel settore[294].

In materia di tutela del consumatore l'assetto istituzionale si presenta invece assai più problematico, a causa della convergenza di più discipline nel settore e dell'esistenza di competenze condivise da più autorità.

Accanto, infatti, alla competenza generale dell'AGCM in materia di repressione delle pratiche commerciali scorrette, coesistono i poteri della Banca d'Italia in materia di trasparenza e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, sicché era inevitabile che si profilassero intrecci problematici tra le discipline e conflitti di competenza.

Il quadro che ne deriva ha trovato parziale assestamento nel settore finanziario.

Il Consiglio di Stato[295] ha risolto il quesito circa il rapporto tra normativa dettata dal t.u.f. e dai regolamenti Consob da un lato, e c. cons. dall'altro, attraverso il principio del *ne bis in idem* e quello di specialità.

La diversità oggettiva del settore finanziario e la diversità soggettiva dei soggetti tutelati, nell'un caso il consumatore, nell'altro l'investitore, hanno indotto il Consiglio di Stato a concludere che la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette, per la quale è competente l'AGCM, non si applica se e in quanto operano disposizioni sugli obblighi

---

[294] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La nuova legge sul risparmio tra tutela degli investitori e ridefinizione degli assetti di vertice del settore*, in Id. (a cura di), *La nuova legge sul risparmio: profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Padova, Cedam, 2006, p. 50 ss.

[295] Si veda nota 2.

informativi e di correttezza della commercializzazione dei servizi finanziari.
Non è possibile in questa sede soffermarsi sui tanti profili di criticità sollevati dal parere e puntualmente rilevati dalla dottrina[296].
Alla luce di ciò, con particolar riferimento al settore del credito i giudici amministrativi hanno riscontrato, in concreto, una non perfetta sovrapponibilità tra la disciplina settoriale e quella generale dettata dal c. cons., concludendo quasi sempre che la disciplina settoriale si poneva in un rapporto di complementarietà rispetto al c. cons.
Tuttavia oggi a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 141 del 2010 all'art. 127, comma 1, del t.u.b., il quadro come sopra ricostruito può oggi considerarsi superato[297].
In un assetto, dunque, tutt'altro che definito, a fronte della complementarietà tra le competenze di Banca d'Italia in materia di trasparenza bancaria e dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette, è stato siglato un Protocollo d'intesa: con esso le due istituzioni hanno inteso dare risposta alle esigenze di coordinamento dei rispettivi interventi amministrativi al fine di assicurare un'efficace tutela del consumatore.
Le modalità di raccordo tra le due autorità può concorrere a garantire una più efficace repressione dei comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori di prodotti e servizi bancari.
Delineati brevemente i rapporti tra l'AGCM e le autorità di vigilanza il profilo che risulta di nostro interesse concerne le relazioni tra l'AGCM e l'Arbitro Bancario Finanziario[298].
Si tratta di verificare se, in relazione a controversie antitrust oppure in materia di pratiche commerciali scorrette, sia immaginabile per il consumatore ricorrere all'ABF.
In altri termini, è plausibile concepire un utilizzo ulteriore di tale organismo e, in tal caso, l'ABF sarebbe un mezzo di tutela alternativo o concorrente rispetto all'AGCM?
Il Protocollo tra la Banca d'Italia e l'AGCM menziona espressamente tale organismo

[296] Cfr. A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, n. 2, p. 200 ss.
[297] V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel macro-settore credito e assicurazioni*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2011, p. 340 ss.
[298] Si veda per tutti: F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari-finanziari*, in *Banca Borsa tit. cred*., 2010, p. 261 ss.; M. PELLEGRINI, *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in AA. VV., *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, Cedam, 2010, p. 859 ss.

all'art. 2 (rubricato Informazione sull'attività e sui procedimenti avviati dall'AGCM), laddove dispone che "la Banca d'Italia può inoltre formulare osservazioni all'AGCM con riguardo ai profili connessi agli orientamenti dell'Arbitro Bancario e Finanziario".

E' possibile ammettere la possibilità che si instauri un dialogo tra l'AGCM e l'ABF, nel senso che la prima, in sede di concretizzazione del giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali rivolte ai consumatori, potrà attingere regole e principi dalla c.d. "giurisprudenza" ABF.

Sul piano sostanziale, deve anche rilevarsi che l'esperienza fino ad oggi accumulata in materia evidenzia significativi elementi di uniformità tra le decisioni dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette e quelle dell'ABF, con specifico riferimento, ad esempio, alla materia della portabilità dei mutui, o delle commissioni di massimo scoperto.

Ciò induce a riflettere sui termini in cui può essere ricostruito il rapporto tra le forme di tutela assicurate dai due organismi.

In estrema sintesi, le differenze sono molteplici ma non mancano alcune analogie di fondo, da cui conviene partire.

Dal punto di vista strutturale, il punto di maggiore comunanza tra AGCM e ABF è dato certamente dal fatto che sono entrambi organismi imparziali, indipendenti, tecnicamente qualificati[299].

Dal punto di vista funzionale, poi, entrambi sono chiamati a svolgere funzioni sostanzialmente decisorie all'interno di procedimenti improntati al contraddittorio.

Parimenti, l'ABF, quale organo di risoluzione stragiudiziale delle controversie, svolge anche esso funzione di carattere para-giurisdizionale.

Le analogie, tuttavia, sembrano esaurirsi qui.

Avuto riguardo, infatti, al profilo dei poteri, è agevole osservare che l'ABF decide su singole controversie, a seguito di istanza di parte; le sue decisioni non sono vincolanti in senso giuridico; escluso qualunque potere sanzionatorio è consentito ad esso di pronunciarsi soltanto, entro certi limiti, sul risarcimento del danno.

[299] Cfr. Corte Costituzionale, ordinanza n. 218 del 21 luglio 2011, in *DeJure online.*

Diversamente, l'AGCM può agire d'ufficio; adotta provvedimenti giuridicamente vincolanti, dispone di penetranti poteri inibitori e sanzionatori.
La differenza più rilevante con l'ABF risiede nel fatto che essa, pur decidendo controversie, non è giudice di ogni singolo comportamento ma solo di quello che, violando la normativa, abbia un impatto socialmente apprezzabile sul mercato.
Basterebbero queste poche notazioni ad escludere in astratto qualsiasi sostituibilità tra i due organismi.
Si è avuta cura di dire in astratto perché, in concreto tale sostituibilità non pare potersi escludere con certezza.
Nella misura in cui l'AGCM tende a farsi giudice di controversie interindividuali tra imprese e consumatori, non è difficile intravedere nel settore bancario, un problematico avvicinamento all'ABF.
E' agevole intuire, infatti, alla luce della circostanza che le controversie in materia di consumo, sono caratterizzate di norma da una sproporzione tra la portata economica della controversia e il costo dell'azione giudiziaria, che il singolo consumatore potrebbe avere interesse a rivolgersi all'AGCM piuttosto che all'ABF, perlomeno nei casi più complessi.
E' vero che l'intervento dell'AGCM non garantisce in via immediata al consumatore il ristoro del danno subito, ma, neppure una pronuncia dell'ABF da siffatta garanzia.
Senza considerare le diverse implicazioni che una decisione dell'AGCM e dell'ABF potrebbero avere in sede di *private enforcement*.
In verità, è importante ribadire che le funzioni dei due organi sono nettamente distinte.
Il primo si sostanzia in una forma di tutela individuale per i consumatori, i quali hanno possibilità di risolvere in modo essenzialmente gratuito e tempestivo conflitti di entità economica contenuta, che altrimenti rischierebbero di restare irrisolti, considerando le lungaggini del contenzioso civile[300].
Il secondo nell'esercizio di una funzione pubblica di interesse generale che, attraverso

[300] Cfr. B. DE CAROLIS, *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica*, a cura di Banca d'Italia, 2010, n. 70, p. 21 ss.

la repressione delle pratiche scorrette poste in essere in danno dei consumatori, preserva il corretto funzionamento del mercato e ne corregge le disfunzioni, a beneficio di tutta la collettività.

Di conseguenza, è ben possibile che si verifichi una sovrapposizione dei due giudizi laddove, ad esempio, con riferimento alla medesima controversia, il consumatore abbia fatto ricorso all'ABF, e contestualmente, denunciato all'AGCM il comportamento dell'intermediario quale pratica scorretta.

Da ultimo, si osserva che, se entro certi limiti è possibile che una controversia in materia di pratiche scorrette posta in essere da un intermediario possa formare oggetto di esame da parte di entrambi, tale evenienza va esclusa con riferimento alle infrazioni antitrust. A parte ogni questione di competenza, la particolare complessità che gli accertamenti in campo antitrust normalmente presentano rendono indispensabile l'utilizzo dei penetranti poteri di indagine di cui dispone l'AGCM.

In ragione di ciò, pare possa escludersi, quindi, che la Banca d'Italia possa occuparsi anche in via indiretta di questioni attinenti al diritto della concorrenza.

B. L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO IN SPAGNA

1. Brevi cenni alla procedura spagnola

Nell'Unione Europea la crescente attenzione agli strumenti di regolazione alternativa delle controversie è conseguenza di anni di progressiva preoccupazione per i costi elevati della giustizia, per la congestione dei Tribunali e altri ostacoli alla risoluzione delle controversie transfrontaliere nel mercato unico.

Tutto ciò a maggior ragione se ci riferiamo alle controversie in materia bancaria e finanziaria.

Gli organi deputati a risolvere controversie in materia bancaria e finanziaria che si possono individuare nell'ordinamento giuridico spagnolo[301] sono tre: *la Comision Nacional del Mercado de Valores, la Direccion General de Seguros y Fondos de Pensiones, il Banco de España.*

I tre Organismi hanno il fine non solo di proteggere i diritti delle banche e (altri intermediari finanziari) ma anche di proteggere i diritti dei clienti.

Questi organismi, di natura pubblicistica, dopo aver ricevuto un ricorso, devono preliminarmente valutare se si ritengono competenti in riferimento ad esso.

Occorre fin da subito evidenziare come tutti gli organismi citati seguano procedure analoghe: prive di oneri pecuniari per entrambe le parti, gratuite, nell'ambito dei propri schemi di risoluzione delle controversie.

---

[301] Anche in Spagna, con l'adozione della direttiva UE n. 11 del 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie, il legislatore si è impegnato a sviluppare e qualificare sistemi alternativi di risoluzione delle controversie per quanto riguarda la materia del consumo. Nel 2017 con oltre due anni di ritardo, entra in vigore la *Ley* 7 *de* 2 *de noviembre* 2017 attraverso cui viene recepita la direttiva UE n. 11 del 2013. In realtà non è la prima norma statale di trasposizione, infatti era già stata approvata la riforma del testo della *Ley general para la Defensa de los Consumidores*, attraverso la *Ley* 3 de 27 de marzo 2014, che modificava l'art. 57, con lo scopo di adattare il regime delle clausole di arbitrato dei consumatori, agli standard imposti dall'art. 10 della direttiva sopra citata. Questa contiene ben 45 articoli, tre disposizioni aggiuntive, una disposizione abrogativa e 8 disposizioni finali. Per quanto concerne le disposizioni aggiuntive, le prime due stabiliscono disposizioni speciali per gli organismi di risoluzione alternativa nel settore delle attività finanziarie. La terza disposizione aggiuntiva contiene invece un mandato al Governo per sostenere i Collegi arbitrali dei consumatori. Dopo la disposizione derogatoria avente portata generale ci sono le 8 disposizioni finali che incorporano le modifiche ad altre leggi.

Occorre ora premettere brevi cenni con specifico riguardo al settore bancario, al *Servicio de Reclamaciones del Banco de España*[302].

Questo servizio si sviluppa in maniera indipendente e opera sulla base dei principi di autonomia, efficienza, legalità e trasparenza nel rispetto del contraddittorio.

Il *Servicio de Reclamaciones* supporta i risparmiatori nella risoluzione di controversie bancarie, da un lato esaminando doglianze riguardanti la presunta violazione di obblighi di trasparenza verso la clientela e, dall'altro lato, effettuando indagini riguardanti la normativa applicabile ai quesiti ad esso inoltrati.

Si prevedono tre tipologie di istanze: *consultas, quejas, reclamaciones*. Le ultime sono istanze volte a ottenere il riconoscimento di un diritto, in relazione ad un possibile pregiudizio arrecato al soggetto reclamante da azioni o omissioni, per violazione della normativa di trasparenza e protezione della clientela per violazione del contratto; le *quejas* sono istanze contro il malfunzionamento di servizi bancari in conseguenza di ritardi o disattenzioni nello svolgimento del rapporto contrattuale; le *consultas* sono istanze di consulenza su questioni di interesse generale relative ai consumatori ed utenti.

A seguito di una istanza il *Servicio de Reclamaciones*, terminata una fase di tipo istruttoria, redige una relazione motivata esprimendo la propria valutazione sul caso esaminato[303].

La legittimazione attiva a sottoporre un'istanza al *Servicio* è attribuita sia ai risparmiatori persone fisiche quanto ad organizzazioni che li rappresentano.

Occorre evidenziare che il ricorso può essere presentato sia tramite un avvocato che personalmente.

Questo tipo di istituto presenta però una condizione di procedibilità: prima di presentare

---

[302] Occorre precisare come l'istituto *de quo* nasca nel 1987, a differenza della tutela del consumatore dei servizi bancari disciplinata dalla legge bancaria 26 febbraio 1988, n. 9 che attribuisce al Ministero dell'Economia spagnolo una competenza anche di natura regolamentare a presidio della correttezza delle relazioni tra clienti e intermediari. Il Ministero dell'Economia ha poi emanato delle disposizioni applicative in materia di interessi e commissioni bancarie, nonché di informativa alla clientela e di pubblicità delle banche. Successivamente è seguita la disciplina di attuazione emanata dal Banco con una circolare del 1990 che ha obbligato gli intermediari di dotarsi di un Defensor del cliente al fine di ricevere i reclami e di decidere sugli stessi.

[303] Si veda AA. VV. *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, *op.cit.,* p. 153 ss.

il ricorso al servizio il risparmiatore deve aver tentato di risolvere la questione[304] direttamente con il *Departemento* o *Servicio de Atencion.*

I reclami al *Banco* possono presentarsi utilizzando un semplice *form* fornito dall'autorità in forma cartacea o *online.*

L'intermediario ha a disposizione quindici giorni lavorativi per far pervenire al *Servicio* le sue allegazioni se il ricorso viene preliminarmente ritenuto ammissibile.

I fatti dichiarati e le prove prodotte solo liberamente valutate dal *Servicio,* il quale decide le controversie in base al diritto, con l'esclusione del ricorso all'equità.

Il *Servicio* emette infine la *informe final* alla quale le parti possono adeguarsi e che non è ricorribile.

Se la *informe final* è sfavorevole all'intermediario questi è tenuto a comunicare al *Servicio* se intende accettare la decisione.

Se l'intermediario decide di non conformarsi all'informe, non può comminare nessuna sanzione ma ha la facoltà di informare il dipartimento di vigilanza del *Banco de España* di eventuali violazioni di legge e quest'ultimo può avviare un'indagine ed imporre eventualmente delle sanzioni amministrative all'intermediario[305].

Svolto questo breve *excursus* è possibile rassegnare tre conclusioni sull'ordinamento spagnolo.

In primo luogo al *Servicio* non può essere domandato il risarcimento dei danni, per il quale è competente solo il Tribunale.

In secondo luogo occorre evidenziare l'utilità della Relazione Annuale pubblicata dal *Banco* sul numero dei ricorsi, il tasso di adeguamento da parte degli istituti bancari al fine di delineare le migliori *practices*, stimolandone al contempo l'attuazione, e così in modo indiretto segnalando al mercato gli intermediari più virtuosi.

---

[304] Infatti un *Orden* dell'anno 2004 stabilisce che tutti gli enti sottoposti alla vigilanza del Banco di Spagna siano tenuti a costituire un Dipartimento interno di assistenza alla clientela; solo dopo essersi rivolto a tale organo senza alcun esito il reclamante può adire il *Servicio*, trascorsi due mesi dalla data di presentazione della domanda al *Departemento* senza aver ricevuto risposta, ovvero che il reclamo è stato rigettato.

[305] Cfr. E. L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm*., 2009, p. 240 ss.

Da ultimo va detto che in Spagna come accade nell'ordinamento italiano si è istaurato nel tempo un proficuo dialogo tra il *Banco* e i Tribunali spagnoli, influenzandosi vicendevolmente.

I giudici infatti consultano spesso le relazioni emesse dal *Banco*; il *Servicio* frequentemente tiene in considerazione il *case law* fornito dalla giustizia ordinaria quando è chiamato a decidere i reclami.

In casi specifici il Banco può deferire una controversia al Tribunale competente quando è necessario risolvere quesiti riguardanti le prove o quando sono poste alla sua attenzione questioni giuridiche controverse che rivesto particolare rilievo.

SEZIONE 2

CENNI SU I RECENTI ORIENTAMENTI DELL'ABF

Sommario: 1. Premessa – 2. Usura bancaria e costi accessori – 3. Usura contrattualizzata – 4. Discrasia tra il TAEG indicato in contratto e quello effettivo – 5. Riflessioni sui primi orientamenti analizzati – 6. Pagamento con carte di credito: l'ABF si pronuncia sul diritto di rimborso del cliente – 7. La richiesta della documentazione bancaria da parte del cliente – 8. Legittimità della clausola di indicizzazione del capitale al Franco svizzero in caso di estinzione anticipata del mutuo – 9. Concessione del credito e violazione della buona fede nelle trattative – 10. L'ABF e il tema del preavviso di segnalazione in centrale rischi – 11. La cessione del quinto dello stipendio – 12. Le truffe *online* in materia di servizi di pagamento.

1. Premessa

In ambito bancario e finanziario l'esigenza di tutela del cliente/risparmiatore risulta molto elevata, in quanto le peculiarità dei servizi prestati caratterizzano in modo marcato il cliente quale "parte debole" del rapporto negoziale[306].

Le asimmetrie informative che permeano il settore bancario e finanziario richiedono pertanto degli interventi rafforzativi della tutela del risparmiatore/investitore.

Le caratteristiche dei suddetti mercati hanno provocato l'insorgere di un'enorme mole di controversie: la quantità di reclami presentati dai risparmiatori mettono a dura prova la gestione del contenzioso nei settori sopra citati.

Il motivo conduttore e il *fil rouge*, che lega le varie parti del lavoro può essere ravvisato nelle peculiarità dell'Arbitro Bancario Finanziario[307], in termini di

[306] Per tutti, E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e nuovi diritti*, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 927 ss.

[307] Per una imprescindibile disamina sull'istituto *de quo* v., *ex multis*, con varietà d'opinioni, G. CARRIERO, *Arbitro bancario finanziario: morfologia e funzioni*, in *op. cit.*, c. 213 ss.; G. LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, *op. cit*., 2018; v. anche le informazioni sull'ABF pubblicate nella *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario. Anno 2018, 2019*, n. 9, in *arbitrobancariofinanziario.it.*; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Arbitro Bancario Finanziario*, *op. cit.*, p.

risoluzione di controversie concrete, secondo diritto e nel rispetto di un procedimento, e, al contempo, di attuazione e completamento della trasparenza bancaria. Peculiarità che, in effetti, giustificano il richiamo di principi e regole del diritto processuale civile, nonché la previsione di adattamenti e deroghe, in un procedimento, per sua natura, "flessibile", "rapido" ed "effettivo", in termini di tutela accordata[308].

Il richiamo alla flessibilità deve, peraltro, essere circoscritto ai profili procedimentali, dovendosi, per contro, escludere che l'Arbitro possa, in sede di decisione, applicare una soluzione ritenuta maggiormente "equa", rispetto allo *strictum ius*, magari richiamando l'obiettivo di migliorare (o non compromettere) i rapporti fra intermediari e clienti[309].

Partendo con ordine, in ambito bancario le qualificazioni soggettive rilevanti sono certamente quelle di banca e cliente, che sono il presupposto della disciplina ma, al contempo, ne declinano le specificità. Tradizionalmente a questo schema è estranea la nozione di consumatore, che è qualificazione rilevante in ordinamenti settoriali diversi.

Questo contesto muta nel 2010 con la normativa sul credito al consumo che è stata collocata nel t.u.b.

Assume così rilievo normativo una doppia qualifica soggettiva che porta con sé il problema di definire i limiti di applicabilità della disciplina consumeristica al

---

10 ss.; F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*. *La prospettiva dell'ADR,* in *Banca, Borsa e Tit. cred.,* 2010, p. 261 ss.; G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF?,* in *Banca, Borsa e Tit. cred*., 2010, p. 665 ss.; P. SIRENA, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *NGCC.,* 2018, 9, II, p. 1370 ss.

[308] Cfr. il quarto considerando della Direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori. Questo aspetto è ben colto da Collegio di Coordinamento, decisione n. 7716 del 29 giugno 2017, in particolare, per l'affermazione secondo cui "il procedimento ABF, quale strumento alternativo alla giustizia ordinaria, deve essere capace di offrire anche allo sprovveduto consumatore, non tenuto all'onere di munirsi dell'assistenza legale, una tutela sostanziale rapida ed efficace dei suoi diritti".

[309] Condivisibili, sul punto, le considerazioni di E. MINERVINI, *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, *op. cit*., p. 715 ss.

"cliente" della banca che rivesta anche la qualità di "consumatore"[310].

Ciò pone un delicato problema di relazione tra ordinamenti specifici[311].

Il successo dell'ABF è confermato dal proficuo e continuo dialogo instauratosi con la giurisprudenza[312]. Si rinviene ormai un rilevante numero di sentenze, in particolare di merito, che fanno richiamo ai "consolidati orientamenti" dell'Arbitro Bancario Finanziario per confermare l'autorevolezza dell'indirizzo adottato[313]. Addirittura, è stata considerata causa idonea a fondare la condanna "per responsabilità processuale aggravata" della banca l'aver agito o resistito in giudizio sostenendo posizioni "contrarie a chiari orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario"[314].

L' ABF è così venuto a costituire negli anni un vero e proprio "sistema di giustizia" settoriale[315].

2. Usura bancaria e costi accessori.

---

[310] Afferma L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e dir. priv.,* 2010, p. 688, che: «Dopo aver infranto la centralità del codice civile, incardinato «sull'unità del soggetto giuridico e sulla centralità e sistematicità del diritto civile», il consumatore a sua volta si frantuma un una pluralità di figure che ne offuscano l'identità e impongono la ricerca di criteri atti ad individuare i rapporti tra le diverse discipline».

[311] Osserva L. ROSSI CARLEO, *op. cit*., p. 692, che emergono «difficoltà qualora si tenti di applicare il criterio generale/speciale al fine di risolvere le antinomie fra codice del consumo e discipline che, in base ad altre logiche sistematizzanti, presidiano diversi "microsistemi legislativi" i quali, sovente, più che microsistemi, appaiono ormai segmenti autonomi e concorrenti di una società complessa che vanno correlati in una dimensione giuridica ampia e composita".

[312] Il riferimento è alla nota pronuncia di Cass., Sez. un., 18 gennaio 2018, n. 898, in *DeJure online*, che ha "ribaltato" l'orientamento consolidato della prima sezione, in merito al problema della validità dei contratti di investimento (art. 23 T.U.F.) e dei contratti bancari (art. 117 T.U.B.) sottoscritti dal solo cliente. Per la tesi della nullità si erano pronunciate, di recente, Cass., 24 marzo 2016, n. 5919 in *ivi*; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *ivi*. Alle medesime conclusioni erano pervenute le pronunce di Cass., 16 maggio 2016, n. 10331 in *ivi*, e di Cass., 3 gennaio 2017, n. 36, *ivi*.

[313] Significativa e di notevole utilità, anche pratica, sul punto, è la Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario e Finanziario (anno 2017), la cui parte seconda dedica ampio spazio al confronto fra le decisioni dell'Arbitro e quelle della giurisprudenza, sulle principali questioni di diritto bancario affrontate dall'Arbitro.

[314] Trib. Roma, 3 gennaio 2017, in *DeJure online.*

[315] Cfr. G. CARRIERO, *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancari finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 161 ss.

La l. n. 108 del 1996 ha spostato il centro della regolamentazione dalla usura criminale vera e propria (fenomeno connotato da tratti di violenza fisica e psicologica, generatore di un forte allarme sociale) al fenomeno della c.d usura bancaria[316], che presenta caratteri tutt' affatto diversi, ma che ha finito per ritrovarsi al centro della rimodellata fattispecie del reato *ex* art. 644 c.p., imperniata adesso essenzialmente sulla figura della usura oggettiva (quella che si realizza per il semplice fatto che gli interessi superino il tasso soglia), piuttosto che su quella della c.d. usura soggettiva, destinata ad operare in ipotesi marginali.

Se un finanziamento è usurario[317], vanno restituiti gli interessi e anche gli oneri assicurativi. Sull'argomento si è espresso il Collegio di Coordinamento[318]dell'ABF, con la decisione del 16 maggio 2018, chiarendo una questione di grande rilievo ed oggetto di diversi contenziosi nei vari fori italiani.

---

316 G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *CEI*, 1999, p. 759 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2021, p. 984 ss.

317 Sull'usura sopravvenuta, cfr. A. DI BIASE, *Profili civilistici dell'usura bancaria nell'elaborazione della giurisprudenza italiana*, in *Contratti*, 2018, p. 331 ss.; S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenute tra regole e principi?*, in *Corr. Giur.*, 2017, p. 608 ss.; ID, *Dopo le Sezioni Unite: sulla c.d. usura sopravvenuta ed un abuso del diritto che non c'è*, in *NGCC.*, 2018, p. 558 ss.; G. GUIZZI, *Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta*, in *Corr. Giur*., 2017, p. 601 ss.; G. SALVI, *L'irrilevanza dell'usura sopravvenuta alla luce del vaglio forse definitivo delle Sezioni Unite*, in *NGCC,* 2018, p. 517 ss.; G. CARRIERO, *Usura sopravvenuta. C'era una volta?*, in *Foro.it.*, 2017, I, c. 3284 ss.; G. FAUCEGLIA, *L'usura sopravvenuta nella Cassazione Sezioni Unite n. 24675 del 2017: più interrogativi che risposte*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, p. 310 ss.; A. PRINCIPE, *Verso il superamento del tasso soglia*: *quo vadis?*, in *Contr. Impr*., 2018, p. 632 ss.; M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, in *Banca borsa tit. cred*., 2017, p. 207 ss.; G. GUIZZI, *L'ABF, il problema dell'"usura sopravvenuta" e il sistema dei rimedi: in* cauda venenum, in *Riv. Dir. Comm.*, 2014, p. 284 ss.; F. GAMBINO, *L'usura "sopravvenuta" e l'indigenza del dato positivo*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 885 ss.; M. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, Cedam, 2005, p. 135 ss.; L. FERRONI, *Jus superveniens, rapporti in corso e usurarietà sopravvenuta*, in F. Macario (a cura di), *Mercato del credito e usura*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 198 ss.; V. FARINA, *Ius variandi ed interessi usurari nell'apertura di credito in conto corrente*, in *dirittobancario.it*.

318 Banca d'Italia*, Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari – Collegio di Coordinamento*: "Il Collegio competente per la trattazione del ricorso, se ritiene che ricorrano questioni di particolare importanza o rileva che la questione sottoposta al suo esame abbia dato luogo o possa dar luogo a orientamenti non uniformi tra i singoli collegi, dispone che il ricorso sia esaminato e deciso da una particolare composizione dell'ABF, denominata Collegio di Coordinamento. La rimissione al Collegio di Coordinamento può essere inoltre disposta dal presidente del Collegio territorialmente competente, prima che il ricorso venga esaminato dal Collegio stesso.

Difatti, il Collegio di Coordinamento ha ritenuto che la sanzione di nullità di cui all'art. 1815 c.c. travolga l'intero rapporto, comportando, per il mutuatario, il dovere di restituire al mutuante tutti gli oneri e le spese da esso sostenuti in relazione alla concessione del credito (escluse imposte e tasse), ivi compreso il premio della polizza assicurativa funzionale a garantire il rimborso del capitale [319]. Il provvedimento in questione, del Collegio, conferma e si adegua all'orientamento sostenuto della "giurisprudenza" dell'ABF e rispecchia le posizioni che si vanno cristallizzando nella giurisprudenza di legittimità.

La vicenda sottoposta al vaglio del Collegio di Coordinamento, nello specifico, attiene non soltanto alla computabilità nel TEG (Tasso Effettivo Globale) degli oneri assicurativi funzionali alla restituzione del credito, ma altresì alla portata delle conseguenze restitutorie della declaratoria di nullità di cui all'art. 1815, comma 2, c.c.

La vertenza vede da un lato una finanziaria e dall'altro un cliente al quale veniva concesso un prestito personale per un complessivo importo di oltre 10.000,00 Euro, comprendenti anche due polizze assicurative sottoscritte contestualmente al contratto di mutuo. Tuttavia il cliente del prestito si era rivolto all' ABF lamentando non solo la violazione della disciplina in materia di trasparenza, ma anche lamentando la mancata inclusione nel TEG del costo delle predette polizze.

Appare evidente che l'intermediario, cosi facendo, non aveva computato nel TAEG indicato nel contratto l'importo delle polizze assicurative.

Inoltre è opportuno evidenziare come includendo nel TEG il costo delle predette polizze, si sarebbe verificato un travalicamento rispetto al TSU (Tasso Soglia Usura) vigente al momento della conclusione del contratto.

---

[319] A tale proposito, in senso conforme all'orientamento richiamato, Cass. civ. Sezione I sent., 5 aprile 2017, n. 8806 in *DeJure online*; Cass. civ. Sezione III, 6 marzo 2018, n. 5160, *ivi*; Cass. civ. Sezione I Ord., 16 aprile 2018, n. 9298, *ivi*; Cass. civ. Sezione VI, Ord., 4 ottobre 2017, n. 23192, *ivi*; Trib. Roma Sezione IX, 15 giugno 2017, *ivi*; C. App. Milano 14 marzo 2014, *ivi*. Mentre in senso difforme, si segnala il Trib. Torino, Sezione III, n. 4605 del 2017, *ivi*; Cass. civ. n. 12965 del 2016 in *ivi*, Cass. pen. n. 12028 del 2010 *ivi*, Cass. Sez. un., 19 ottobre 2017, n. 2467, *ivi.*

In sostanza appare corretto il rilievo mosso dal cliente in quanto il comportamento dell'intermediario è posto in essere in violazione del combinato disposto degli artt. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c.

La finanziaria si era difesa, in particolare affermando la regolare congruità della determinazione del TEG calcolato in conformità alle "Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura – febbraio 2006".

Sulla computabilità degli oneri assicurativi nel TEG, il Collegio territoriale ha accolto le doglianze del ricorrente, ritenendo fondata la contestazione sul superamento del TSU in virtù del computo degli oneri assicurativi tra i costi correlati all'erogazione del credito. In definitiva il Collegio di Coordinamento si è orientato nella direzione di considerare doverosa tale voce di costo, al fine di determinare gli oneri posti a carico del debitore e funzionali a verificare il rispetto della soglia di usura[320].

Invero, questa posizione rappresenta un'apertura rispetto ai precedenti assunti sino a questo momento dall'ABF, che hanno sempre negato la giusta rilevanza ai costi assicurativi in sede di determinazione del TEG, e rappresenta un chiaro allineamento con l'orientamento ormai dominante in sede di legittimità[321].

---

[320] Il provvedimento si è ispirato ai principi stabiliti dal precedente Collegio di Coordinamento ABF 12 settembre 2017 n. 10621, in *arbitrobancariofinanziario.it,* che, tuttavia, si era pronunciato unicamente in ordine ai criteri di calcolo del TAEG ai sensi dell'art. 121 t.u.b.

[321] Cass. civ., Sezione I, 5 aprile 2017, n. 8806, in *DeJure online*, per la quale: "Ai fini della valutazione dell'eventuale natura usuraria di un contratto di mutuo, devono essere conteggiate anche le spese di assicurazione sostenute dal debitore per ottenere il credito, in conformità con quanto previsto dall'art. 644, comma 4, c.p., essendo, all'uopo, sufficiente che le stesse risultino collegate alla concessione del credito. La sussistenza del collegamento può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova ed è presunta nel caso di contestualità tra la spesa di assicurazione e l'erogazione del mutuo". Cass. civ.; Sezione III, 6 marzo 2018, n. 5160 *in ivi*, per la quale: "in tema di usura, la centralità sistematica dell'art. 644 c.p. in punto di definizione della fattispecie usuraria rilevante assume rilievo per l'intero arco normativo regolante il fenomeno dell'usura e quindi anche per le disposizioni regolamentari ed esecutive e per le istruzioni emanate dalla Banca d'Italia. Infatti, attesa l'esigenza di una lettura a sistema di queste varie serie normative, appare chiaro che al centro di tale sistema si pone la definizione di fattispecie usuraria tracciata dall'art. 644 c.p., alla quale si uniformano, e con la quale si raccordano, le diverse altre disposizioni che intervengono in materia. In relazione alla ricomprensione di una spesa di assicurazione nell'ambito delle voci economiche rilevanti per il riscontro dell'eventuale usurarietà di un contratto di credito, è necessario e sufficiente che la detta spesa risulti collegata all'operazione di credito. La sussistenza del collegamento, se può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova, risulta presunta nel caso di

C'è da sottolineare che nella fattispecie l'ABF (come la giurisprudenza di merito e di legittimità) si disallineano con la tendenza a considerare vincolanti le Istruzioni di Banca d'Italia.

Grazie a questa situazione è stata così sviluppata la soluzione della computabilità dei costi assicurativi al fine di determinare il TEG.

Il Collegio territoriale ha così sottoposto al Collegio di Coordinamento la rilevanza dell'estensione degli obblighi restitutori conseguenti alla declaratoria di nullità di cui all'art. 1815, comma 2, c.c.: è stata così affrontata la questione dell'omnicomprensività dei costi collegati al credito erogato e quindi se l'obbligo restitutorio riguardi solo gli interessi, intesi in senso stretto, oppure copra l'insieme dei costi rilevanti ai fini della determinazione del TEG e, quindi, anche gli oneri assicurativi. L'argomento è di notevole rilievo se si pensa che il peso economico della polizza, in relazione a certe tipologie di finanziamenti[322], anche per un capitale ridotto, non è cosa irrilevante: forse anche lo è di più per la disapplicazione delle Istruzioni di Banca d'Italia.

Il Collegio di Coordinamento ha preferito orientarsi verso un'estensione della sanzione civilistica, nell'ambito di una interpretazione che conserva all'art. 1815 c.c. una sua compattezza. E' del tutto da condividere, la lettura offerta nel provvedimento in commento secondo la quale la conseguenza è che, se le spese di assicurazione vanno calcolate ai fini della configurabilità dell'usura, debbono poi necessariamente essere considerate anche ai fini della sanzione che ne deriva.

Se, infatti, la definizione del fenomeno usurario è quella di cui all' art. 644 c.p. (ed, in particolare, quella contenuta nel quarto comma) non può dubitarsi che l' esigenza general preventiva sottesa alla riforma del 1996 postuli sia l' inclusione di tutti i costi connessi con l'erogazione del credito nel TEG, sia l' estensione degli effetti restitutori al medesimo compendio di oneri[323].

---

contestualità tra la spesa e l'erogazione".

[322] Si veda su tutti L. MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2, 2018, p. 180 ss.

[323] Cfr. G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in *AA.VV.*, *Gli interessi usurari*, (a cura

3. L' usura contrattualizzata.

Il Collegio di Coordinamento, con la decisione del 16 maggio 2018, ha altresì affrontato una questione molto dibattuta e oggetto di un numero enorme di liti giudiziarie, ossia l'usura contrattualizzata. E' interessante analizzare il provvedimento in questione, per individuarne il rimedio ritenuto applicabile, ai casi di usura pattizia riscontrata nei contratti di mutuo.

Il ragionamento seguito dall'ABF trova il suo riferimento nella normativa applicabile, per cui a favore della tesi più rigorosa, vale a dire la sostanziale gratuità del mutuo, si pongono le ragioni che saranno di seguito analizzate.

In primo luogo, l'art. 1815, comma 2 c.c. mira a tutelare e proteggere il contraente più debole del rapporto sinallagmatico banca-mutuataria/cliente-mutuante e a contrastare il fenomeno dell'usura.

Di conseguenza non è possibile limitare l'interpretazione della normativa agli interessi in senso stretto in quanto darebbe luogo a comportamenti agevolmente elusivi delle finalità perseguite dal legislatore.

Il Collegio di Coordinamento, oltre alla normativa richiamata, non si discosta dagli orientamenti giurisprudenziali di legittimità e difatti tiene in debita considerazione anche la sentenza S.U. della Corte di Cassazione[324], in tema di negazione dell'usura sopravvenuta. Sul punto viene ritenuta determinante la legge 28 febbraio 2001, n. 24, recante "l'interpretazione autentica delle disposizioni in materia di usura", il cui l'art. 1 recita "Ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, secondo comma, del codice civile, s'intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento".

E' importante tale richiamo alla sentenza delle S.U., in quanto nella opinione della Corte, l' usura, o meglio, il giudizio di usurarietà del tasso pattuito, può essere colto

di) G. D'Amico, Torino, Giappichelli, 2016, p. 27 ss.

[324] Cass. civ., 19 ottobre 2017, n. 24675, in *DeJureonline.*

unicamente nella sua correlazione inscindibile con la disposizione dell' art. 644 c.p. In buona sostanza, i binari tracciati dalla norma penale sono gli unici che consentono di arrivare al giudizio di usurarietà.

Si rileva correttamente che per il Collegio il richiamo espresso dall'art. 1815, comma 2, c.c., contenuto nella legge 108 evidenzia la volontà del legislatore di rendere coerente il collegamento tra la norma civile e la norma penale e, quindi, di interpretare, nel quadro dell'usura, il concetto di interessi in maniera omnicomprensiva, includendovi, sotto il profilo civilistico, tutti i costi elencati nell'art. 644 c.p., ossia commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito.

A fronte dell'interpretazione autentica di una norma offerta dallo stesso legislatore, non vi è spazio per interpretazioni alternative.

Decisiva per il tema di cui si discute è anche la sentenza del 5 aprile 2017 n. 8806 della Cassazione[325], la quale già aveva chiarito che "ai fini della valutazione dell'eventuale natura usuraria di un contratto di mutuo, devono essere conteggiate anche le spese di assicurazione sostenute dal debitore per ottenere il credito, in conformità con quanto previsto dall'art. 644 c.p., essendo sufficiente che le stesse risultino collegate alla concessione del credito. La sussistenza del collegamento può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova ed è presunta nel caso di contestualità tra la spesa di assicurazione e l'erogazione del mutuo".

Va da sé che, se le spese di assicurazione vanno calcolate ai fini della configurabilità dell'usura devono essere poi considerate anche ai fini della sanzione che ne deriva.[326]

---

[325] Sugli effetti dell'usura contrattualizzata e dell'inclusione dei costi assicurativi obbligatori ai fini della verifica del TSU, in coerenza con i citati pronunciamenti del Collegio di Coordinamento recentemente si è espresso anche il Collegio di Roma, 4119 dell'8 febbraio 2019, in *arbitrobancariofinanziario.it.*

[326] Va tuttavia segnalata la successiva decisione del Collegio di Coordinamento n. 8048 del 2019, in *ivi*. Il Collegio di Coordinamento ha enunciato il seguente principio di diritto: "in assenza di formale annullamento nei modi e nelle forme previsti dalla legge delle istruzioni emanate dalla Banca d'Italia nel 2006, rimane applicabile alle operazioni di prestito contro cessione del quinto dello stipendio e assimilate concluse nel relativo periodo di vigenza la norma che esclude dal

Il Collegio espone di conseguenza il seguente principio di diritto: "una volta verificato il superamento del tasso soglia rilevante ai fini dell'usura, in virtù della corretta interpretazione del secondo comma dell'art. 1815 c.c., letto in connessione con il quarto comma dell'art. 644 c.p., che sancisce la nullità della clausola, restano colpiti non solo gli interessi propriamente intesi, ma tutti gli oneri e le spese inclusi nel calcolo del TEG, compresi i premi assicurativi, escluse imposte e tasse, che, pertanto, devono essere restituiti al mutuatario".

4. Discrasia tra il TAEG indicato in contratto e quello effettivo.

Sull'argomento [327] è intervenuto il Collegio di Coordinamento dell'ABF, il 16 maggio 2018, ritenendo, nel caso sottoposto al suo giudizio, che a fronte della rilevata discrasia tra il TAEG indicato in contratto e quello effettivo, sia dovuta l'applicazione sanzionatoria dei tassi BOT.

Il caso, avente ad oggetto il rimedio da adottare ove non vi sia stato un corretto inserimento del TAEG, veniva rimesso dal Collegio di Roma al Collegio di Coordinamento.

L'anzidetto Collegio riteneva, infatti, che il TAEG non costituisse un tasso di interesse o una specifica condizione economica ma solo una funzione informativa, finalizzata a far conoscere al consumatore il costo del prestito prima di accedervi: il TAEG non avrebbe alcuna funzione o valore di regola di validità del contratto.

Il TAEG, inoltre, per il Collegio rimettente non rappresenterebbe l'unica informazione in grado di orientare le scelte del consumatore, prevedendo il legislatore, nel caso di credito ai consumatori, l'obbligo di riportare nei documenti precontrattuali e contrattuali ulteriori indicazioni utili ad assumere decisioni con piena cognizione di causa e consentire il raffronto tra le diverse offerte.

Sta nei fatti che per il Collegio di Roma, il TAEG sarebbe solo una misura sintetica

---

calcolo del TEG le spese di assicurazione certificate da apposita polizza".

[327] Si veda per il credito al consumo l'art. 124*bis* t.u.b.; al di fuori del credito al consumo l'art. 117 t.u.b.

e convenzionale del costo complessivo del contratto, utile per consentire il raffronto tra le offerte prima che il cliente si vincoli con la stipula.

Di conseguenza violazioni delle disposizioni che attengono al loro conteggio hanno secondo il Collegio valenza di regola di comportamento, comportante una mera obbligazione risarcitoria a titolo di responsabilità contrattuale del finanziatore.

Il Collegio mette in luce un fatto, di come in tema di credito al consumo si preveda in caso di mancanza di informazioni esclusivamente rimedi invalidativi.

Da tale premessa ne deriva che, anche se si accettasse una distinzione generale di sistema fra regole di validità e regole di condotta, le prime riferite a clausole di contenuto e le altre a clausole di informazioni, una tale suddivisione non può essere richiamata con riferimento alla disciplina del credito al consumo[328].

Sotto questo profilo, dunque, il Collegio non trova validi motivi per discostarsi da quanto già affermato nella precedente decisione n. 1430 del 18 febbraio 2016: "non appare convincente la visione separata ed autonoma dei commi 6 e 7 dell'art. 125*bis* t.u.b. e la enfatizzazione della distinzione tra nullità della clausola contrattuale relativa al costo non incluso nel TAEG e nullità della clausola relativa al TAEG non inclusiva del costo medesimo. I commi 6 e 7 sono rappresentativi della medesima regola per la quale alcuni costi (nella specie i premi di polizze assicurative obbligatorie), se fanno giuridicamente parte integrante del costo complessivo del credito, devono essere necessariamente inseriti nel TAEG in modo che il cliente consumatore possa orientarsi consapevolmente nella scelta del soggetto mutuante. La violazione di tale regola ha il suo riscontro nella circostanza che tali costi, non venendo inclusi nel TAEG, sono indicati separatamente nel contratto quasi che fossero delle voci di costo facoltative.

Si tratta in realtà di due facce della stessa medaglia e la conseguenza è la nullità della clausola relativa al costo in sè considerata, onde nulla è dovuto per tale titolo,

[328] Sul punto R. NATOLI, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto "di risparmio"*, in *Contratti*, 2010, p. 67 ss.; F. GRECO, *Intermediazione finanziaria e regole d'informazione: la disomogeneità del quadro rimediale e la "tranquillità" della tradizione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2561 ss.

ma è anche nulla la clausola relativa al TAEG che non ha previsto quel costo.

La nullità della controversa clausola relativa al TAEG deve comportare l'applicazione del tasso legale sostitutivo".

Il Collegio ha così confermato quanto già espresso nel 2016 e cioè che: è nulla la clausola relativa al costo in sé considerata, onde nulla è dovuto per tale titolo, ed è anche nulla la clausola relativa al TAEG che non ha previsto quel costo.

Con riferimento a tale ipotesi il comma 7 dell'art. 125*bis* del t.u.b. prevede una forma di integrazione legale del contratto con applicazione del tasso nominale sostitutivo.

Pertanto, una volta accertato che nel TAEG del contratto stipulato il 1° aprile 2010, non era stato affatto inserito il costo assicurativo, il Collegio, ritiene che l'intermediario debba rideterminare il piano di ammortamento e restituire alla parte ricorrente l'eccedenza percepita maggiorata degli interessi legali.

Di recente sull'argomento si è espresso anche l'ABF di Torino con decisione del 27 febbraio 2018, ove viene affrontata la contestazione in merito alla difformità tra il TAEG indicato nel contratto e quello effettivo.

Nel caso di specie vi è un contratto di finanziamento dove le parti hanno indicato come facoltativa la polizza di assicurazione collegata al contratto di prestito.

In questo caso il soggetto mutuatario si è trovato nella condizione di dover dimostrare che la conclusione del contratto di assicurazione abbia condizionato la possibilità di ottenere il credito alle condizioni concretamente offerte.

Per cui potrà considerarsi superato l'onere della prova [329] qualora il ricorrente dimostri che la polizza abbia funzione di copertura del credito nel senso che i due contratti siano stati stipulati contestualmente e abbiano pari durata.

Viceversa la controparte dovrà provare, che le condizioni contrattuali offerte per il

[329] Cfr. M. MARINARI, *La disciplina dell'onere della prova nel procedimento ABF*, in *Le società*, 2018, p. 489 ss.; G. DELLA PIETRA, *Le modifiche alla trattazione e all'istruzione nell'ultima novella del processo civile*, in F. Auletta (a cura di), *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Napoli, Esi, 2009, p. 47 ss.

finanziamento e i costi del TAEG non dipendano dalla polizza e che tali condizioni siano state proposte, in condizioni simili e senza polizza anche ad altri clienti.
Va da se che a fronte della prova del condizionamento e della obbligatorietà della polizza, offerta dal ricorrente, qualora non emergano elementi di prova offerti dalla controparte tali da sconfessare la predetta contestazione, la disposizione afferente il TAEG dovrà ritenersi nulla.
Una volta accertata la nullità anzidetta, l'intermediario sarà tenuto a rimborsare un importo pari alla differenza tra il totale degli interessi già corrisposti e quelli maturati sulla base del nuovo piano di ammortamento effettuato sulla base del tasso sostitutivo.
L'invalidità del tasso non coinvolgerà l'intero contratto ma verrà dichiarata la nullità della predetta singola clausola.

5. Riflessioni sui primi orientamenti analizzati.

Alla luce delle su esposte considerazioni, è ben possibile adesso procedere a delle considerazioni finali sull'argomento in esame.
Pare, innanzitutto, innegabile come l'ABF abbia assunto, negli anni, un ruolo di primaria importanza nella tutela dei consumatori bancari e finanziari, in quanto le caratteristiche strutturali dello stesso hanno contribuito a fornire risposte rapide ed effettive, specie in rapporti contrattuali caratterizzati da uno squilibrio di poteri tra parti contrattuali.
L'ABF si sta rivelando un efficace strumento di tutela al quale ricorrono molti consumatori per una serie sempre crescente di questioni.
Due delle ragioni del successo che qui preme di evidenziare sono probabilmente il facile accesso alla procedura, che richiede di sostenere un costo non significativo, e il fatto che non è necessaria l'assistenza legale.
Inoltre, in caso di rigetto del ricorso, non si è tenuti a rimborsare le spese sostenute

dall'intermediario convenuto[330].

Si può sicuramente ritenere che l'ABF realizzi, tra l'altro, "l'inclusione giudiziaria" di chi non è in grado di sostenere gli alti costi dell'accesso alla giustizia civile ordinaria[331].

Altro elemento di successo è quello della specializzazione dell'ABF che favorisce la emanazione di decisioni puntuali, tecnicamente corrette e adeguate in una materia che richiede sempre più una specifica conoscenza del fenomeno oggetto della complessa regolamentazione da applicare.

Corollario della suddetta specializzazione è la "creatività" delle soluzioni tecniche a tutela dei consumatori e la funzione di "concretizzazione" delle norme svolta dalle decisioni dei collegi[332].

Il primo orientamento di cui si è dato conto si caratterizza per aver posto un principio a tutela dei consumatori bancari e finanziari: vale a dire che se un finanziamento viene concesso con tassi usurari, vanno restituiti gli interessi e anche gli oneri assicurativi.

La vicenda sottoposta al vaglio del Collegio di Coordinamento, attiene non soltanto alla computabilità nel TEG degli oneri assicurativi funzionali alla restituzione del credito, ma altresì alla portata delle conseguenze restitutorie della declaratoria di nullità di cui all' art. 1815 c.c.

Infatti prima della pronuncia del Collegio di Coordinamento non era pacifico se dovesse optarsi per una lettura estensiva dell'art. 1815 c.c. oppure se dovesse preferirsi un'interpretazione letterale della norma.

A tal riguardo, il Collegio di Coordinamento, a parere di chi scrive, ha correttamente ritenuto che la sanzione civilistica di nullità, di cui all'art. 1815, comma 2, c.c.,

---

330 L. DI NELLA, *Gli orientamenti dell'ABF in materia di tutela dei consumatori*, in *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancari (profili internazionali),* (a cura di) E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, F. Rizzo, Napoli, Esi, 2020, p. 245 ss.

331 L. DI NELLA, *Gli orientamenti dell'ABF in materia di tutela dei consumatori*, *op. cit*., p. 246 ss.

332 Sulla Konkretisierung v., per tutti, K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6 ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1991, p. 211 ss.

travolga l'intero rapporto, comportando, per il mutuatario, anche in ossequio al generale dovere di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., l'obbligo di restituire al mutuante tutti gli oneri e le spese da esso sostenuti in relazione alla concessione del credito.

Tale conclusione d'altronde si pone in linea con il generale disvalore che il nostro legislatore nutre per il fenomeno usurario nel suo complesso, basti pensare al divieto generale di anatocismo, all'art. 644 cp. o ancora alla l. 28 febbraio 2001, n. 24 .

Rispetto al secondo profilo analizzato, inerente la discrasia tra il TAEG indicato in contratto e quello effettivo, non appare convincente la visione separata ed autonoma dei commi 6 e 7 dell'art. 125*bis* t.u.b. e la enfatizzazione della distinzione tra nullità della clausola contrattuale relativa al costo non incluso nel TAEG e nullità della clausola relativa al TAEG non inclusiva del costo medesimo.

I commi 6 e 7 sono rappresentativi della medesima regola per la quale alcuni costi (nella specie i premi di polizze assicurative obbligatorie), se fanno giuridicamente parte integrante del costo complessivo del credito, devono essere necessariamente inseriti nel TAEG in modo che il cliente consumatore possa orientarsi consapevolmente nella scelta del soggetto mutuante.

A tal riguardo vale segnalare come la stessa Corte di Cassazione a Sezioni unite, con la pronuncia n. 16303 del 2018, in tema di commissione di massimo scoperto, si pronunciò a favore del principio di simmetria tra voci ai fini del calcolo dell'usura con riguardo al rapporto bancario.

La presa di posizione dell'ABF con la decisione in esame è un significativo passo avanti di giustizia per i risparmiatori – consumatori.

E' necessario rilevare che il passaggio successivo debba essere quello di prendere atto di come la facoltatività dell'assicurazione non possa sempre e comunque escludere la sua inclusione nel TAEG. Sarebbe molto più aderente alla volontà del legislatore fare in modo che, specialmente quando il risparmiatore ha necessità di confrontare alcuni preventivi per poter scegliere consapevolmente quello di preferenza, gli venga offerto un quadro complessivo ed esaustivo dei costi e delle

spese.

Dunque ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporta in connessione con il suo uso del credito devono essere inclusi nella determinazione del tasso soglia e deve pertanto ritenersi irrilevante il cambiamento delle Istruzioni della Banca d'Italia [333], le quali devono essere considerate meramente "esplicative" del dettato normativo.

Ne deriva che il TEG applicato alla singola operazione va accertato dal Giudice unicamente sulla base dell'art. 644 c.p.

In un simile contesto la salvaguardia dei diritti del consumatore passa inevitabilmente attraverso una definizione chiara dei contenuti del contratto di finanziamento nel quale deve essere riportato, senza equivoci, il TAEG da tempo ritenuto, a ragione, la voce principale per sintesi espositiva dei costi connessi a un contratto di finanziamento liberamente e facilmente apprezzabili, perché comprensibili da parte del consumatore. All'opposto si finirebbe per consentire un mercato opaco della trattativa dove le parti farebbero fatica ad incontrarsi con il mezzo che, storicamente, è in assoluto il migliore per evitare conflitti: la trasparenza nelle operazioni e nei servizi bancari e finanziari, conformemente alla direttiva 2008/48/CE.

A mio giudizio è pertanto corretto qualificare come *contra legem* l'esclusione dal calcolo usurario le voci di costo facendo perno sulla loro natura o funzione; la voluta onnicomprensività ("qualsiasi titolo") del Legislatore speciale dell'usura, pone qualsiasi costo allo stesso livello e dice chiaramente che gli unici costi da non comprendere nel calcolo sono quelli relativi ad imposte e tasse.

Per completezza occorre affrontare un'altra interessante tipologia di controversie:

[333] Per chiarezza, va innanzitutto rilevato che le Istruzioni della Banca d'Italia non sono dettate al fine di indicare come debba essere conteggiato il TEG, ossia il tasso effettivo globale applicato dalla banca sulla singola operazione, ma sono rivolte alle banche e agli operatori finanziari per rilevare il TEGM (Tasso effettivo globale medio). Quindi le suddette Istruzioni non hanno alcuna efficacia precettiva nei confronti del Giudice nell'ambito del suo accertamento del TEG applicato alla singola operazione.

quella vertente sull'usurarietà del tasso effettivo di mora (TEMO) del mutuo contratto dal consumatore con l'intermediario.

In proposito, i Collegi ritengono che il c.d. tasso effettivo di mora non rientra tra gli indici ufficiali utilizzati per la verifica del superamento del TSU.

Il Collegio di Milano[334]ha escluso espressamente la possibilità di utilizzare un criterio di calcolo per la verifica del superamento del tasso soglia diverso da quello indicato nelle *Istruzioni* impartite dalla Banca d'Italia, quale appunto il TEMO.

Secondo l'orientamento consolidato dell'ABF[335], gli interessi corrispettivi hanno diversa natura rispetto a quelli moratori: i primi sono protesi a remunerare l'intermediario per la messa a disposizione del denaro in favore dell'*accipiens*, i secondi mirano invece a forfettizzare il danno conseguente all'inadempienza del debitore. La loro rilevanza ai fini della verifica del superamento del tasso soglia antiusura condurrebbe quindi ad un risultato inaccettabile dal punto di vista giuridico e logico[336].

6. Pagamento con carte di credito: l'ABF si pronuncia sul diritto di rimborso del cliente.

Il caso[337]sottoposto all'ABF[338]nasce nel quadro di un rapporto soggettivamente complesso: il pagamento tramite carta di credito, infatti, è operazione che può

[334] Collegio di Milano, n. 7216 del 2018 in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[335] A partire dal Collegio di Coordinamento, n. 3955 del 2014, in *arbitrobancariofinanziario.it*., il Collegio di Coordinamento ha più volte affermato che l'esclusione degli interessi moratori dalle norme antiusura non equivale comunque a sottrarre i tassi di mora applicati dagli intermediari da qualsiasi vaglio di legittimità: ove manifestamente eccessivo si ritiene soccorrere il potere del giudice di ridurlo d'ufficio *ex* art. 1384 c.c., ovvero la possibilità di considerare vessatoria, quindi nulla, la clausola che li prevede *ex* art. 33 e 36 c. cons.

[336] Collegio di Milano, n. 2103 del 2017 in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[337] Il signor M. compra *online* un orologio usato, pagando con carta di credito tramite il noto sistema PayPal. Il corriere consegna l'orologio e il signor M. lo accetta, salvo poi rendersi conto di alcuni difetti. Il signor M. attiva tre ordini di azioni, rivolgendosi: alla Guardia di Finanza, al venditore; infine all'intermediario, emittente la carta di credito, cui chiede la cancellazione della transazione con restituzione del corrispettivo dell'acquisto. L'intermediario non aderisce alla richiesta del signor M.; il quale la reitera con ricorso all'ABF.

[338] ABF Roma, 19 luglio 2016, n. 6531, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

coinvolgere tre o più parti[339].

La questione su cui si concentra la decisione in esame è legata al tema degli obblighi che gravano sulle parti di queste operazioni di pagamento.

In concreto si deve individuare chi debba sopportare le conseguenze di una eventuale contestazione sorta sul prodotto acquistato.

La buona fede svolge qui un ruolo centrale: essa si traduce in precisi obblighi formali di comportamento ascrivibili alle aree dell'informazione e della cooperazione, connessi con la diligenza che grava su ciascun operatore in ragione della propria posizione: la diligenza dell'operatore del mercato professionale, per emittenti ed esercenti; la diligenza del buon pagatore, per i possessori della carta di credito.

La posizione dell'utilizzatore può dirsi ancorata al principio dell'autoresponsabilità: il possessore della carta si obbliga, in particolare, a utilizzarla con prudenza, custodendola con una cura adeguata ad impedire l'uso di terzi.

Una autoresponsabilità attenuata, tuttavia, da una *policy client oriented:* da una parte l'art. 7 del d.lg. n. 11 del 2010 pone a carico del possessore "l'obbligo di utilizzare lo strumento di pagamento in conformità con i termini ,esplicitati nel contratto quadro, che ne regolano l'emissione e l'uso", ma esclude che l'utilizzatore sopporti le perdite conseguenti all'utilizzo non autorizzato, se manca la prova che abbia agito con dolo o colpa grave, ovvero non abbia adottato le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che consentono l'utilizzo dello strumento di

[339] Le carte di credito bilaterali consentono ai possessori di ottenere un differimento nel pagamento del prezzo degli acquisti effettuati, con estinzione delle obbligazioni a scadenze periodiche. Il venditore è anche emittente della carta, di tal che il rapporto con il portatore si esaurisce fra due sole parti. Nel caso delle carte di credito trilaterali l'emittente è un soggetto diverso dall'esercente, e interviene nella procedura di pagamento come intermediario. Si configura un'operazione economica unitaria, ma si intrecciano più segmenti contrattuali: un primo interessa l'acquirente ed il venditore; un secondo coinvolge l'emittente intermediario e l'esercente, il quale sottoscrive con il primo un contratto di convenzionamento attraverso cui si regolano i rapporti di incasso del corrispettivo dell'acquisto e le rispettive sfere di responsabilità; un terzo rapporto riguarda acquirente ed emittente, innestandosi per lo più, su un rapporto base di conto corrente bancario, intrattenuto con una banca.

pagamento (art. 12)[340].

D'altra parte anche la Cassazione, ha "compensato" l'inadempimento del titolare della carta ribadendo la responsabilità della banca, sempre tenuta a garantire la sicurezza del servizio bancomat contro le manomissioni di terzi[341].

Se l'utilizzo non autorizzato è avvenuto in tempi molto ravvicinati rispetto alla perdita di possesso dello strumento, deve dedursi la colpa grave dell'utilizzatore, "rispondendo ad un elementare criterio di diligenza che il PIN sia conservato separatamente rispetto alla carta"[342].

Ciò nondimeno, la responsabilità dell'utilizzatore non può dedursi automaticamente "dall'effettivo utilizzo non autorizzato della carta di credito" se manca la prova almeno della grave negligenza[343].

Più problematica appare la posizione degli operatori professionali coinvolti nell'operazione di pagamento: in caso di utilizzo irregolare dello strumento, se la scelta di *policy* è per la protezione del cliente, sul quale, anche in caso di colpa lieve nella gestione dello strumento, grava solo una piccola franchigia, si pone il problema, affrontato dall'ABF con la decisione in esame, di quale, tra i professionisti coinvolti nell'operazione di pagamento, debba sopportare il rischio connesso a una eventuale contestazione.

Nel pagamento con carta di credito trilaterale gli obblighi dell'esercente e intermediario sono connessi: l'esercente agisce nella fase dell'autorizzazione e dell'invio dell'ordine di pagamento, mentre l'emittente intermediario interviene a valle dell'ordine, una volta che lo ha ricevuto. L'esercente è tenuto a verificare l'identità del possessore della carta, chiedendo l'esibizione di un documento di identità ove lo strumento non preveda l'inserimento del codice di sicurezza, a controllare l'identità della sottoscrizione sulla ricevuta del documento di vendita, nonché a collaborare con l'emittente fornendo tempestivamente le informazioni e i

[340] Cfr. direttiva n. 2366/2015/UE.
[341] Cass., 2 maggio 2007, n. 13777, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2009, II, p. 21 ss.
[342] Così, tra le molte, ABF Napoli, 31 maggio 2016, n. 5201, in *arbitrobancariofinanziario.it*.
[343] Ad esempio, ABF Napoli, 5 maggio 2016, n. 4080, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

documenti richiesti relativi alla transazione già avvenuta.

Una volta ricevuto l'ordine, l'emittente ne cura la fase esecutiva: viola i suoi obblighi se esegue un pagamento senza che sia stato autorizzato, se accredita a un beneficiario diverso da quello indicato nell'ordine di pagamento.

Quando il titolare della carta contesta un pagamento, affermando l'irregolarità dell'operazione, chiede all'emittente della carta di credito di rimborsare una transazione già avvenuta, attraverso la procedura di *Chargeback*, un meccanismo attraverso il quale se ne cancellano gli effetti, secondo quanto stabilito nei contratti quadro di convenzionamento.

Il problema della ripartizione dei rischi tra esercente ed emittente nell'ambito di una procedura di *Chargeback* è stato affrontato in numerose occasioni dall'ABF.

In una prima fase, le decisioni valutano se, volta a volta, le parti siano incorse in inadempimenti degli obblighi previsti dal contratto di convenzionamento, senza procedere a un controllo di validità delle clausole di esonero da responsabilità. Gravano infatti sull'esercente: l'obbligo di individuare l'utilizzatore della carta, l'obbligo di cooperare con l'intermediario in caso di disconoscimento dell'operazione nonché il rischio del disconoscimento dell'utilizzatore e così, ad esempio, si è statuito che sia l'esercente a dover rimborsare al cliente il prezzo pagato, qualora abbia omesso di trasmettere tempestivamente la documentazione relativa alla transazione richiestagli dall'emittente; tuttavia, la sua responsabilità può essere mitigata, concorrendo con quella dell'emittente, nel caso in cui riceva una conferma, pur indiretta, sul buon andamento dell'operazione da parte di un circuito ausiliario di quest'ultimo[344].

Lo squilibrio delle clausole in esame sarebbe fisiologico in questi contesti, impedendo un controllo di vessatorietà; ciò nondimeno, la posizione dell'emittente non può dirsi immune da un controllo ulteriore, rispetto a quello del mero rispetto degli obblighi definiti dal contratto di convenzionamento. La buona fede

[344] Si vedano in proposito: ABF Milano, 20 aprile 2012, n. 1254, in *arbitrobancariofinanziario.it.*; ABF Milano, 5 luglio 2016, n. 6153, *ivi.*

nell'esecuzione del contratto svolge un ruolo fondamentale nella determinazione dell'assetto dei rapporti fra le parti, e in particolare connota la posizione dell'emittente, il quale, nell'esercitare i poteri contrattuali di cui dispone, deve necessariamente rispettare i canoni della buona fede e della correttezza, soprattutto nella fase di revoca di un pagamento.

Sviluppando ulteriormente questo approccio, il Collegio di Coordinamento (ABF Coll. Coord., 15 ottobre 2012, n. 3299 in *arbitrobancariofinanziario.it*) ha affrontato la questione della validità delle clausole di esclusione della responsabilità contenute nei contratti di convenzionamento affermando che tali clausole, riversando sull'esercente ogni rischio economico connesso al disconoscimento dell'utilizzo della carta, sono contrarie all'art. 1229 c.c. perché nell'escludere *ex ante* qualsiasi responsabilità dell'emittente, anche in presenza di una colpa grave nell'esecuzione del servizio di pagamento, omettono di valorizzare uno specifico obbligo che grava invece sempre sull'emittente: in caso di contestazione da parte del titolare pagatore, l'intermediario non può limitarsi a prendere atto della contestazione, ma deve attivarsi, instaurando un canale di comunicazione idoneo ad accertare la reale fondatezza delle pretese del titolare della carta.

Nel caso in commento, l'ABF, identificato lo schema negoziale caratteristico del convenzionamento, valuta, anzitutto, il tipo di contestazione avanzata dall'utilizzatore: quando essa riguarda un utilizzo fraudolento dello strumento di pagamento, può scattare la responsabilità dell'emittente della carta, se risulta aver violato uno degli obblighi sopra ricordati; ma nel caso di specie il ricorrente contesta la qualità del prodotto, regolarmente acquistato, ricevuto e pagato: un vizio che non attiene alla sfera di azione dell'intermediario, ma semmai a quella del venditore.

Sebbene la contestazione non attenga all'esecuzione dell'ordine di pagamento l'indagine dell'ABF non può chiudersi, dovendo confrontarsi con una disposizione che, apparentemente, complica il quadro regolatorio.

La disciplina sul servizio di pagamento contiene una regola fondamentale per il

funzionamento del mercato interno dei pagamenti: l'irrevocabilità[345] degli ordini di pagamento.

L'utilizzatore non può revocare un ordine di pagamento una volta che questo sia stato ricevuto dal suo prestatore di servizi di pagamento[346].

Nel recepire il principio, l'art. 17 d.lg. 11 del 2010 disposto che "una volta ricevuto dal prestatore di servizi di pagamento del pagatore l'ordine di pagamento non può essere revocato dall'utilizzatore (….) l'irrevocabilità di un ordine di pagamento non pregiudica il rimborso al pagatore dell'importo dell'operazione di pagamento eseguito in caso di controversia tra il pagatore e il beneficiario".

Questa appendice alla regola dell'irrevocabilità dell'ordine di pagamento non trova una fonte diretta nel dettato europeo; di conseguenza occorre domandarsi, per comprenderne la portata, se vi siano appigli normativi idonei a giustificarlo.

Indagine con la quale non manca di misurarsi l'ABF: già il Collegio di Coordinamento (Coll. Cord. 3 marzo 2014 n. 1259 in arbitrobancariofinanziario.it) individua nella disposizione un meccanismo potenzialmente idoneo a ribaltare l'assetto divisato nel contratto di convenzionamento con riferimento all'area delle responsabilità di esercente ed intermediario: la clausola che confina quella di quest'ultimo nell'area dell'esecuzione del pagamento consentirebbe di fermarsi all'irrevocabilità dell'ordine, lasciando al rapporto fra acquirente e destinatario la definizione della contestazione.

Potenzialmente perché, se un appiglio può essere provato, esso si trova nel *Considerando* n. 39 della direttiva PSD, la cui formulazione non è del tutto chiara.

Vi si legge che "l'irrevocabilità non dovrebbe pregiudicare i diritti o gli obblighi di un prestatore di servizi di pagamento a norma della legislazione di alcuni Stati membri, derivanti dal contratto quadro del pagatore o da disposizioni legislative,

---

[345] Sull'attuazione della direttiva n. 64/2007/CE e le connessioni con la disciplina protettiva del consumatore v., V. ROPPO, *L'utenza dei servizi di pagamento: consumatori? Professionisti? Clienti?*, in M. Rispoli Farina (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 290 ss.

[346] Cfr. art. 66 direttiva PSD e art. 80 direttiva PSD2.

per quanto riguarda il rimborso al pagatore dell'importo dell'operazione di pagamento in caso di controversia tra i pagatore e il beneficiario. Tale rimborso dovrebbe essere considerato come un nuovo ordine di pagamento. Fatta eccezione per tali casi, le controversie derivanti dal rapporto alla base dell'ordine di pagamento dovrebbero essere risolte esclusivamente fra il pagatore e il beneficiario".

Il rimborso del prezzo integra proprio uno di quei diritti per il cliente che il legislatore italiano ha scelto di regolare con l'art. 17 del d.lg. n. 11 del 2010.

La nostra disposizione non appare, di per sé, contrastare quanto stabilito nella direttiva di cui è attuazione, purché se ne dia una corretta interpretazione.

In caso di controversia fra il pagatore e il beneficiario il Considerando n. 39 limita, infatti, la possibilità di prevedere un diritto al rimborso di un ordine di pagamento irrevocabile a tre situazioni, che corrispondono alle fonti dalle quali tale diritto potrà derivare: il contratto quadro del pagatore, disposizioni legislative, o direttive nazionali.

L'emittente, nel contratto con il proprio cliente, potrà quindi decidere di obbligarsi a rimborsargli il prezzo dell'acquisto in caso di contestazioni sul bene, ma in mancanza di una scelta in tal senso, o di disposizioni di legge, non c'è spazio nella disciplina sui servizi di pagamento per individuare un tale obbligo.

Il collegio romano dell'ABF, nel caso di specie, una volta verificata l'assenza di questi presupposti, esclude che il ricorrente possa pretendere dall'emittente intermediario il rimborso della somma corrisposta: il legittimato passivo sarà eventualmente il solo beneficiario del pagamento.

Se, infatti, si ritenesse obbligato al rimborso l'intermediario si finirebbe con l'estendere in suo capo obblighi che discendono da un contratto cui esso è rimasto estraneo.

Un sistema che consente un diritto al rimborso sopportato in ogni caso dal prestatore di servizi appare in evidente contrasto con gli obiettivi perseguiti dalla disciplina europea, ovvero potenziare i sistemi semplificati di pagamento di denaro diversi dal contante, veicolati da operatori specializzati nel fornire servizi rapidi e sicuri.

Gli intermediari sarebbero senz'altro indotti a riveder i prezzi dei propri servizi per poter sostenere il rischio del rimborso anticipato al cliente, nell'attesa di poter agire in regresso contro il beneficiario del pagamento. Costi che naturalmente graverebbero sul cliente.

7. La richiesta della documentazione bancaria da parte del cliente.

L'art. 119 t.u.b. stabilisce che il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo o che ne subentra nell'amministrazione ha diritto di ottenere, a proprie spese entro il termine di 90 giorni dalla richiesta, copia della documentazione inerente singole operazioni poste in essere negli ultimi 10 anni.

In merito alla questione[347] afferente le spese per accedere alla documentazione bancaria, si rileva che gli intermediari bancari devono indicare al cliente, al momento della richiesta, l'importo dei costi da sostenere. Sull'argomento si richiama l'ABF Milano n. 2609 del 2017, che si esprime ribadendone il concetto della non eccessività dell'ammontare delle spese.

In altri termini, l'arbitro ha riaffermato il principio che i costi di produzione sono i costi vivi che sostiene l'intermediario e che tali costi, devono essere sempre attribuiti ai singoli documenti (ad esempio l'estratto conto, il contratto, ecc), non alle singole pagine della predetta documentazione. I costi inoltre devono essere contenuti: nel caso esaminato dall'ABF di Milano, il Collegio ha stabilito che l'importo di 10,00 euro dovrebbe essere riferito al singolo documento invece che alla singola pagina.

Nello specifico la richiesta della documentazione bancaria, rappresenta un diritto autonomo che nasce dall'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà, che imposta direttamente dalla legge.

Segnatamente il diritto di accesso alla documentazione trova i suoi capisaldi, sia negli artt. 1374 e 1375 c.c., sia nell'art. 119 t.u.b. il quale pone a carico della banca l'obbligo di periodica comunicazione sulla situazione del momento nel rapporto con

[347] F. FIORUCCI, *Responsabilità precontrattuale della banca per violazione della buona fede nelle trattative*, in *Quotidianogiuridico.it.*

il cliente riconoscendo a questi il diritto di ottenere la documentazione di ciascuna operazione registrata sull'estratto conto.

In merito al contenuto dell'istanza diretta ad ottenere la documentazione è sufficiente che l'interessato indichi alla banca gli elementi minimi indispensabili per consentire l'individuazione dei documenti richiesti quali, ad es., il tipo di rapporto a cui è correlata la richiesta e il periodo di tempo entro il quale le operazioni da documentare si sono svolte.

Una recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione, ha riconosciuto che il potere del correntista di chiedere alla banca di fornire la documentazione relativa al rapporto di conto corrente tra gli stessi intervenuto può essere esercitato, non solo prima dell'inizio della causa, ma anche in corso di causa e a mezzo di qualunque modo si riveli idoneo allo scopo.

Per altro, nella predetta decisione, la Cassazione[348] si esprime sull'argomento evidenziando due aspetti importanti: 1) l'esercizio del diritto ad ottenere la documentazione bancaria in oggetto è svincolato dal rispetto di determinate formalità; inoltre la richiesta non è una facoltà riservata alle parti del contratto, essendo conoscibile dal giudice e opportunamente transitabile per lo stesso; 2) per il caso di esercizio in via giudiziale della facoltà di cui si tratta, la richiesta potrà essere esercitata non oltre la fase istruttoria del processo cui accede.

Tuttavia, ci sono alcuni Tribunali che non hanno seguito il descritto orientamento ritenendo che la richiesta di documentazione bancaria costituisca un onere probatorio che deve essere esercitato *ante causam*[349] anche al fine di dotare di credibilità la perizia contabile di regola prodotta a supporto dell'atto di citazione.

Per quanto concerne al limite temporale di dieci anni, posto dall'art. 119 t.u.b. alla richiesta di documenti, viene superato attraverso il richiamo della richiesta nell'alveo del codice della *privacy*. Rilevano in particolare gli artt. 7 (l'interessato

[348] Cass. civ. n. 11554 del 2017 in *DeJure online*.

[349] Vedi Trib. Foggia 18 gennaio 2018 *DeJure online*; Trib. Bergamo 3 marzo 2017, *ivi*; Trib. Milano 14 ottobre 2015, *ivi*.

ha diritto di ottenere la conferma dell'esistenza o meno di dati personali che lo riguardano) e 9 (i diritti di cui all'art. 7 riferiti a dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione) del suddetto decreto[350].

Nello specifico, secondo quanto stabilito dall'art. 7 del codice della *privacy*, come riconfermato nel nuovo regolamento GDPR 279 del 2016, l'interessato ha diritto a ottenere l'indicazione: dell'origine dei dati personali, delle finalità o modalità del trattamento, degli estremi identificativi del titolare, dei responsabili e del rappresentante del trattamento dei dati, dei soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati.

L'interessato ha altresì diritto di ottenere, tra l'altro: l'aggiornamento, la rettificazione, ovvero l'integrazione dei dati; la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge.

Tenendo presente che il diritto di accesso ai dati personali *ex* art. 7 codice della *privacy* deve essere tenuto distinto dal diritto di accesso alla documentazione bancaria *ex* art. 119 t.u.b., va detto che è riconosciuto ai clienti persone fisiche delle banche l'accesso gratuito solo ai propri dati personali contenuti nella documentazione bancaria (si pensi ad esempio alle operazioni effettuate).

Si rileva che l'art. 7 codice *privacy* non consente di ottenere la copia integrale della documentazione bancaria.

Relativamente ai rimedi contro l'inadempimento della banca, si rilava che una volta instaurato il giudizio, se già infruttuosamente esperita l'istanza *ex* art. 119 t.u.b., perdurando l'inerzia della banca è possibile richiedere un ordine di esibizione *ex* art. 210 c.p.c.[351].

Parte della dottrina ritiene che a fronte del mancato adempimento, da parte

[350] Si veda su tutte ABF Roma n. 4219 del 2013, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[351] Cass. civ. n. 19475 del 2005, in *DeJure online*; Cass. civ. n. 149 del 2003, *ivi*; Trib. Trapani 22 ottobre 2015, *ivi*; Trib. Monza 3 novembre 2015, *ivi*.

dell'istituto bancario, dell'obbligo di consegna della documentazione bancaria potrebbe essere esperito anche il procedimento monitorio *ex* art. 633 c.p.c., purché creditore sia il cliente *ex* art. 119 t.u.b.; debitore è la banca inadempiente; "cosa mobile" determinata è la documentazione bancaria richiesta; sussista la "prova scritta" del diritto del richiedente è qualunque documento attestante il rapporto tra la banca ed il cliente[352].

Nell'ambito degli strumenti utilizzabili per ottenere la documentazione bancaria in caso di ostruzionismo e inadempienza della banca si ipotizzano: la tutela d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c., sia il sequestro giudiziario *ex* art. 670 c.p.c.

8. Legittimità della clausola di indicizzazione del capitale al Franco svizzero in caso di estinzione anticipata del mutuo.

L'Arbitro Bancario Finanziario è stato negli ultimi anni ripetutamente interessato dalla questione riguardante l'estinzione anticipata dei mutui fondiari indicizzati alla valuta svizzera.

Si tratta di una particolare tipologia di mutui[353], la cui erogazione e le cui rate di rimborso, sono regolate in Euro, ma la cui valuta di riferimento, ai fini del calcolo delle stesse, è il Franco svizzero.

In particolare tale tipologia di mutui, è caratterizzata da clausole contrattuali che prevedono, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il ricalcolo in tale valuta e la successiva riconversione in Euro del capitale restituito.

Sulla questione, si è pronunciato in moltissime occasioni, il Collegio di Coordinamento ritenendo che le suddette clausole siano nulle ai sensi dell'art. 36 del c. cons. in quanto non espongono in modo trasparente, chiaro e comprensibile il

[352] Trib. Pavia 12 giugno 2016 in *DeJure online*; Trib. Monza 3 febbraio 2016, *ivi*.; Trib. Prato 13 aprile 2015, *ivi*.

[353] Sull' argomento: A. MENDOLA, *Estinzione anticipata di mutui indicizzata al tasso svizzero*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 1, 2016, p. 234 ss.

funzionamento del meccanismo del conteggio estintivo, in violazione del principio di trasparenza sancito nel codice stesso (art. 34). Va altresì rilevato che la giurisprudenza di merito, intervenuta sul tema, si è, spesse volte conformata all'orientamento dell'Arbitro. A tale proposito si ricorda il Tribunale di Roma che si è pronunciato su un caso, che era stato precedentemente sottoposto al vaglio del Collegio di Coordinamento ABF con una decisione, favorevole ai ricorrenti, rimasta inadempiuta da parte della banca.

Il Tribunale nel condividere le motivazioni espresse nella citata pronuncia dell'ABF, ha accertato la nullità della predetta clausola per violazione del principio di trasparenza sancito dagli artt. 33 e seguenti del c. cons. nonchè dagli articoli 115 e 116 t.u.b..

Secondo i giudici i contenuti e le modalità di formulazione della clausola, non erano tali da consentire al consumatore, di valutare, con consapevolezza i diritti e gli obblighi negoziali derivanti dalla stessa.

La banca convenuta è stata quindi condannata alla restituzione dell'importo percepito sulla base della clausola dichiarata nulla.

Il Tribunale di Roma, valorizzando il ruolo svolto dalle pronunce dell'Arbitro, ha condannato l'intermediario al risarcimento del danno per lite temeraria, avendo lo stesso ignorato le pronunce dell'ABF.

Vale la pena segnalare la Decisione n. 17790 del 2018, sulla predetta vicenda, espressa dal Collegio di Napoli nella seduta del 26 giugno 2018.

Il Collegio è stato chiamato a pronunciarsi sulla regolarità del metodo di calcolo adottato dall'intermediario.

L'ABF ha dunque espresso il suo orientamento circa la legittimità della clausola richiamata e si è rifatto alle fattispecie analoghe a quella oggetto, su cui già si era pronunciato il Collegio di Coordinamento il quale, ha di fatto dato seguito ai parametri valutativi indicati dalla Cassazione ritenendo così che la clausola in esame non esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera; la disposizione negoziale (del contratto di mutuo)

si limita infatti a prospettare che gli importi già restituiti o ancora dovuti dal mutuatario siano dapprima convertiti in Franchi svizzeri e che l'importo ottenuto sia poi riconvertito in Euro al tasso di cambio corrente, senza esplicitare le modalità di computo da seguire.

Questa complessa operazione, secondo quanto parimenti ritenuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione, si pone in contrasto con l'art. 4 della Direttiva 93/13/CE, ovvero con l'art. 34 del c. cons., oltre che con il predetto orientamento della Cassazione, e deve ritenersi nulla.

9. Concessione del credito e violazione della buona fede nelle trattative.

La condotta degli intermediari, nello svolgimento dell'attività di concessione del credito, deve essere svolta con professionalità.

Essa è sottoposta all'autonomia decisionale e discrezionale degli intermediari, tuttavia deve essere espletata nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede nella fase precontrattuale.

Sul tema della responsabilità precontrattuale[354] della banca, vi sono numerose pronunce dell'ABF[355].

Le suddette decisioni hanno affermato ripetutamente il criterio che sussiste la responsabilità precontrattuale della banca, ogni qualvolta si verifica la violazione, nella fase delle trattative, dei canoni di correttezza e di buona fede *ex* art. 1337 c.c.

Tra le decisioni dell'ABF che hanno affrontato il tema si richiama in particolare il provvedimento dell'ABF di Napoli del 14 marzo 2018.

Nel caso sottoposto al vaglio del Collegio di Napoli, è stata analizzata la circostanza che 2 mesi dopo la richiesta del finanziamento e 3 giorni prima della stipula del

---

[354] In dottrina, sul tema della responsabilità precontrattuale, v. G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, Giappichelli, 2008. Con riferimento alle questioni relative ai danni risarcibili ed al nesso di casualità per i casi di rottura ingiustificata delle trattative v. ID, *Responsabilità precontrattuale e rottura dalle trattative: danno risarcibile e nesso di casualità*, in *Danno resp.*, 2009, p. 469 ss.

[355] In particolare si richiama la decisione ABF di Napoli del 14 marzo 2018, in *arbitrobancariofinanziario.it.*

contratto di mutuo, l'intermediario informava al cliente il rifiuto del finanziamento per l'esistenza di un rapporto di parentela tra il venditore e il compratore (mutuatario) dell'immobile.

In argomento risulta consolidato l'orientamento della giurisprudenza, che ispirandosi alla regola generale di cui all'art. 1337 c.c. si ritiene che nel rapporto intermediario cliente, l'intermediario ha il dovere, sin dalla fase precontrattuale, di essere leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e deve fornire ogni dato rilevante conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipula del contratto[356].

Secondo il costante orientamento della Cassazione, per la sussistenza della responsabilità precontrattuale, l'obbligo della buona fede nelle trattative deve essere inteso in senso oggettivo, sicché è sufficiente anche il comportamento non intenzionale o meramente colposo della parte, che senza giusto motivo ha interrotto le trattative, disattendendo le aspettative di controparte che confidando nella conclusione del contratto, è stata indotta a sostenere spese o abbia rinunciato ad occasioni più favorevoli (Cass. civ. n. 2525 del 2006).

E' diffusa anche la convinzione secondo cui la valutazione del merito creditizio costituisca una peculiarità dell'istituto erogante: una conclusione diversa finirebbe per violare la libertà negoziale dell'intermediario[357].

Esistono fattispecie in cui può essere affermata la responsabilità precontrattuale dell'intermediario che, durante la fase delle trattative, non si sia ispirato ai principi di correttezza e buona fede.

L'ABF ha individuato alcune fattispecie di responsabilità della banca. Si pensi ai casi in cui i tempi dell'istruttoria siano molto lunghi, e in modo ingiustificato si protraggono per oltre 6 mesi dalla data della richiesta; quando la banca fornisca una motivazione succinta ed inadeguata a giustificazione del diniego di credito.

---

[356] Per tutti: Cass. civ. n. 5762 del 2016 in *DeJure online.*

[357] *Ex multis*, ABF Roma 6362 del 2013, in *arbitrobancariofinanziario.it*; ABF Roma 2248 del 2014, *ivi.*

In merito alle informazioni mancanti o insufficienti sull'esito della domanda di credito, si ricordano le indicazioni fornite dalla Banca d'Italia nel Bollettino di Vigilanza n. 10 ottobre 2007, le quali impongono all'intermediario che decida di non accettare una richiesta di finanziamento di "fornire riscontro con sollecitudine al cliente" fornendo a quest'ultimo "indicazioni generali sulle valutazioni che hanno indotto a non accogliere la richiesta di credito", e ciò anche al fine di salvaguardare la relazione con il cliente.

Alla luce delle suddette indicazioni, il Collegio di Coordinamento dell'ABF, e nello specifico con la decisione n. 6182 del 2013 ha deliberato che, ferma la generale insindacabilità delle scelte degli intermediari in merito all'erogazione di un finanziamento, il cliente abbia però un "diritto a ricevere indicazioni, anche se di carattere generale, ma pur sempre adeguatamente rafforzate alle concrete circostanze individuali, circa le ragioni dell'eventuale diniego di credito".

Segnatamente, si rileva che la responsabilità precontrattuale della banca comporta, la lesione dell'affidamento creato nel cliente, che si aspetta un esito positivo dell'istruttoria preliminare della banca, laddove quest'ultima si tiri indietro senza un giustificato motivo; ebbene il descritto comportamento legittima il cliente a pretendere il risarcimento del danno patito.

L'orientamento dell'ABF espresso nelle diverse decisioni sul tema individua i seguenti presupposti della responsabilità precontrattuale: "che sia in corso tra le parti una trattativa prenegoziale; che le trattative siano giunte ad uno stadio tale da far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, a cui si addebita la responsabilità, abbia interrotto le trattative in difetto di giustificato motivo; che non sussistano fatti obiettivamente idonei ad escludere la ragionevolezza dell'affidamento che l'aspirante contraente nutriva in merito alla conclusione del contratto"[358].

Non dissimile dalla su esposta posizione si è orientata anche la giurisprudenza di

[358] In tal senso si è autorevolmente espressa la Cassazione, Sez. lav., 18 giugno 2004, n. 11438 in *DeJure online*; ABF Roma n. 6362 del 2013, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

merito, la quale ritiene che la responsabilità precontrattuale della banca sussista quando, si concretizzi un'ingiustificata interruzione delle trattative finalizzate alla concessione di un finanziamento richiesto dal cliente che abbia presentato una proposta coerente con le indicazioni della banca risultanti da precedenti dinieghi relativi ad analogo finanziamento in differente forma, e qualora nell'imminenza dell'auspicata delibera la banca abbia autorizzato una serie di attività prodromiche alla ritenuta imminente concessione del finanziamento, poi rigettato senza specifica motivazione.

Sempre sul tema dei doveri di correttezza e buona fede e diligenza professionale, è d'interesse anche la questione in merito alla discrezionalità tecnica di cui gli intermediari dispongono nella gestione del credito, che di certo non deve trasformarsi in arbitrarietà, piuttosto deve eseguirsi nel rispetto dei doveri di correttezza e buona fede e tenendo in considerazione il grado di professionalità dell'intermediario.

Anche in tale circostanza, grava sul ricorrente, l'onere della prova della violazione di detti doveri, onde ricevere adeguato ristoro, mediante l'esibizione di adeguata documentazione. Sull'argomento in esame si segnala la decisione dell'ABF di Roma n. 4259 del 2013.

La decisione pone l'accento sulle richieste di risarcimento danni derivanti da istruttorie rapide e superficiali, portate avanti da parte degli intermediari.

Sul punto il collegio ha rilevato, come pure specificato nel Bollettino di Vigilanza della Banca d'Italia n. 10 dell'ottobre 2007, che, “qualora l'intermediario nell'ambito della propria autonomia gestionale, decida di non accettare una richiesta di finanziamento, è necessario che fornisca riscontro con sollecitudine al cliente”.

Invero è pacifico che occorre che dagli atti risultino elementi oggettivi di carattere lesivo, la cui proiezione nella sfera patrimoniale del soggetto sia certa, e che si traducano in termini di lucro cessante o in perdita di chance, in un pregiudizio economicamente valutabile, appaia connesso all'illecito in termini di certezza o, almeno, con un grado di elevata probabilità.

10. L'ABF e il tema del preavviso di segnalazione in centrale rischi.

Sulla questione oggetto di ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale, l'ABF si è in più occasioni espresso, a tale proposito si intende citare il Collegio di Coordinamento del 20 ottobre 2016, n. 9311.

Il presupposto normativo sulla materia *de quo*, si rinviene nell'art. 125 t.u.b. che disciplina il dovere di preavviso di segnalazione in centrali rischi rispetto ai consumatori.

Tale regola è estendibile anche ai professionisti persone fisiche, in quanto l'esclusione del diritto alla riservatezza dei dati delle persone giuridiche, in forza dell'art. 4 del codice della *privacy*, riporta il proposito del legislatore di tutelare diversamente la persona fisica in quanto soggetto interessato al trattamento dei propri dati personali, a prescindere dall'attività svolta.

Secondo gran parte della dottrina[359]"la sovrapposizione normativa tra codice della *privacy* e Testo Unico Bancario ha determinato discordanti indirizzi tra i collegi dell'ABF. In particolare, i dubbi interpretativi hanno riguardato l'incertezza se l'obbligo di preavviso delle segnalazioni pregiudizievoli in centrale rischi operasse solamente per le persone fisiche, ovvero fosse previsto per tutelare esclusivamente i consumatori. Il Collegio di Coordinamento, con la decisione n. 9311 del 20 ottobre 2016, sembra aver chiarito il punto della questione proprio sulla scorta della considerazione che la predisposizione di una tutela rafforzata in favore dei consumatori non può escludere, di per sé, il riconoscimento di una più ampia tutela, garantita dalla disciplina generale contenuta nel codice della *privacy*. Viene, dunque, espressamente accordata la tutela del preavviso a tutte le persone fisiche, a prescindere dal loro *status* di consumatore".

L'evoluzione dell'orientamento assunto nel tempo dall'ABF, individua una soluzione interpretativa all'interrelazione normativa in analisi. Si richiama in proposito la

[359] Si veda su tutti M. GHISALBERTI, *L'evoluzione dell'orientamento dell'ABF in materia di obbligo di preavviso in centrale rischi*, in *I contratti*, 3, 2018, p. 199 ss.

decisione del Collegio di Coordinamento del 24 settembre 2012 n. 3089, la quale ha sviluppato il principio per cui è onere del segnalante dimostrare l'effettiva ricezione da parte dell'interessato dell'avviso della prossima iscrizione in centrale rischi, dovendosi ritenere in mancanza quest'ultima illegittima.

Inoltre ha riconosciuto l'essenza dell'obbligo di preavviso consistente "nell'informare il segnalando della possibile segnalazione in modo che costui possa purgare la mora in cui si trova evitando così la segnalazione pregiudizievole o comunque far rilevare la sussistenza di errori"[360].

Gli orientamenti di maggior rilievo prendono spunto dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, con cui il codice della *privacy* è stato modificato, in particolare nella parte relativa alle definizioni di cui all'art. 4, con l'esclusione del suo ambito di applicazione del trattamento di dati relativi alle persone giuridiche.

Infatti il Collegio di Coordinamento, con la decisione n. 4140 del 20 maggio 2015, ha ritenuto, in ragione della disciplina riformata, non applicabile l'obbligo di preavviso alle persone giuridiche.

In particolare, il Collegio di Coordinamento ha espressamente affermato che: "è noto infatti che l'art. 4 del codice di deontologia e buona condotta per i sistemi informativi gestiti da privati è stato varato in attuazione del codice della *privacy*. Tale disposizione prescrive che "il partecipante" debba avvertire "l'interessato" circa l'imminente registrazione dei dati in un sistema di informazioni creditizie. Sicchè la l. 22 dicembre 2011, n. 2014 ha a sua volta modificato l'art. 4 del codice della *privacy*, escludendo il trattamento dei dati riferibili alle persone giuridiche, onde è agevole dedurre che la novella ha reso inapplicabile l'obbligo di preavviso della segnalazione alle persone giuridiche.

L'art. 125 t.u.b., a sua volta, prevede che i finanziatori debbano informare preventivamente il consumatore la prima volta che segnalano a una banca dati le informazioni negative previste dalla relativa disciplina, sicché detta norma, inserita

[360] Nello stesso senso si vedano le decisioni del Collegio di Napoli, n. 4832 del 23 settembre 2013, in *arbitrobancariofinanziario.it*; Collegio di Roma n. 6583 dell'8 settembre 2015, *ivi.*

nel capo II relativo al "credito ai consumatori", non sembra minimamente contemplare le persone giuridiche. E non par dubbio che le richiamate disposizioni, avendo natura speciale, non sono suscettibili di applicazione estensiva nei confronti di soggetti diversi, come le persone giuridiche", soprattutto considerando "l'interesse professionale e gli strumenti di conoscenza di cui specialmente le persone giuridiche dispongono per controllare le loro posizioni debitorie. Pensare dunque di estendere alle persone giuridiche, sulla base di principi generali di diritto comune, una speciale disciplina procedimentale che è stata apprestata in considerazione di esigenze di meritevolezza per una particolare categoria di soggetti, significherebbe vanificare una scelta di diritto positivo, che è inibita all'interprete".

Inoltre il Collegio di Coordinamento individuando le peculiarità dell'art. 125 t.u.b. ha ritenuto che la predisposizione di una tutela rafforzata in favore dei consumatori non significa disconoscere la tutela, garantita dalla disciplina generale della *privacy*. Infatti così si esprime il Collegio di Coordinamento nella decisione del 20 ottobre 2016 n. 9311, con cui viene concessa la tutela del preavviso a tutte le persone fisiche, indipendentemente dalla professione svolta.

Va precisato che lo *status* di professionista, o anche il possesso di un livello elevato di educazione finanziaria, non è una correlazione di per se soddisfacente, sia in relazione alla microimpresa, sia, nel caso il professionista sia una persona fisica, per la quale può essere particolarmente complesso governare un settore come quello bancario, caratterizzato da uno spiccato tecnicismo[361].

La tutela del preavviso, dunque, viene accordata, nella ricostruzione del Collegio di Coordinamento ritenendo equiparabile sul piano socio-culturale, la posizione del consumatore a quella dell'imprenditore individuale.

L'indirizzo dettato dall'ABF appare allinearsi con il più recente orientamento della Corte di Cassazione, la quale ha negato l'assimilazione tra consumatore e

[361] Si è manifestato in questo senso il Collegio di Roma con la decisione n. 2422 del 9 marzo 2017, in *arbitrobancariofinanziario.it.*

l'interessato sul presupposto della diversità di disciplina. Invero secondo la Suprema Corte la tutela del consumatore ha fondamento nel disequilibrio dei poteri rispetto al professionista, viceversa la disciplina del trattamento dei dati personali riguarda la particolare natura dell'attività del trattamento.

In proposito, la Cassazione ha espressamente affermato: "mentre nel caso del consumatore si tratta di apprestare strumenti di tutela nei confronti del "professionista" che trovano la loro ragione nella differente forza contrattuale delle parti, nel caso invece del trattamento dei dati personali una delle parti ben può essere un soggetto economico professionale, come chi tratta o utilizza i dati personali, ma la *ratio* si rinviene nella natura dell'attività di trattamento di informazioni relative a soggetti identificati, indipendentemente dalla posizione delle parti e dai loro rapporti di forza, attività che si assume come potenzialmente lesiva delle posizioni e dei diritti individuali"[362].

11. La cessione del quinto dello stipendio

La cessione del quinto[363] è una forma di finanziamento[364] che incontra in Italia

[362] M. GHISALBERTI, vedi nota n. 50: "la normativa sulla trasparenza bancaria non dovrebbe quindi ritenersi atta a limitare l'applicazione della disciplina sulla tutela dei dati personali nei confronti di quanti più soggetti possibili, ossia (stante l'esclusione delle persone giuridiche) di tutte le persone fisiche, sia che si tratti di consumatori che di professionisti. In conclusione, si auspica un prossimo consolidamento, sia in dottrina che in giurisprudenza, del coerente orientamento ermeneutico assunto dal Collegio di Coordinamento sul tema analizzato, da cui può trarsi un principio così sintetizzabile: sono illegittime le segnalazioni effettuate dagli istituti creditizi alla centrale rischi, qualora avvengano nei confronti di una persona fisica (consumatore o professionista che sia), senza che la stessa sia stata previamente avvertita nei modi e nei tempi indicati dalla normativa di tutela di cui l'art. 4, comma 7 del codice di deontologia".

[363] L'istituto è stato introdotto dal d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180, aggiornato dalla l. 14 maggio 2005 n. 80 e dal relativo regolamento attuativo, il d.p.r. 28 luglio 1950, n. 895; inoltre tale forma di prestito personale integra altresì una forma di credito al consumo essendo pertanto sottoposta alla relativa disciplina contenuta negli artt. 121 ss. t.u.b. come disposto dall'art. *6bis,* d.p.r. n. 180 che l'assoggetta anche alle norme in materia di assicurazioni connesse all'erogazione di mutui immobiliari e di credito al consumo.

[364] L'espressione "cessione del quinto di stipendio" deriva dal fatto che l'importo massimo della rata di rimborso del prestito non può superare il valore di un quinto dello stipendio mensile netto continuativo, inoltre la durata massima consentita è di 120 mesi e la minima non è inferiore ai 24 mesi. Il termine massimo della durata non può eccedere comunque il termine del rapporto di lavoro e il pensionamento, tranne che per i dipendenti pubblici, i quali possono decidere se estinguere il

un'ampia diffusione. Le ragioni possono individuarsi nella struttura dell'operazione, che, nel consentire al mutuatario di cedere al mutuante una quota della propria retribuzione mensile corrispondente alla rata del prestito, presenta indubbi vantaggi per entrambe le parti. Da un lato, il finanziatore ha la certezza di conseguire quanto gli è dovuto, ricevendo direttamente dal datore di lavoro il pagamento mensile delle rate; dall'altro, questa formula consente l'accesso al credito anche a soggetti dotati di reddito e rating creditizio medio-bassi. I prestiti con cessione ben si attagliano, infatti, a coloro che, pur possedendo un impiego a tempo indeterminato e, dunque, un'entrata mensile assicurata, non forniscono altre garanzie patrimoniali particolarmente appetibili.

Una tipologia di controversie sottoposta di frequente all'esame dei collegi verte sulla questione del mancato rimborso al consumatore da parte dell'intermediario della quota non maturata delle commissioni bancarie e finanziarie nonché degli oneri assicurativi corrisposti in occasione della stipula di un contratto di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio (o con delegazione di pagamento), a seguito dell'estinzione anticipata dello stesso, secondo quanto prescrive l'art. 127*sexies*, comma 1, t.u.b.

Va precisato che nella cessione tali costi sono trattenuti dall'intermediario a monte dell'erogazione del prestito: il consumatore percepisce dunque la somma al netto delle predette voci[365].

Secondo il consolidato orientamento del Collegio di Coordinamento[366], nel caso di estinzione anticipata del finanziamento deve essere rimborsata la quota delle commissioni e dei costi assicurativi non maturati nel tempo, dovendosi ritenere contrarie alla normativa di riferimento le condizioni contrattuali che stabiliscano la

---

debito o traslarlo sulla pensione. Come previsto dal d.p.r. n. 180 possono fruire di questa forma di prestito tutti i lavoratori dipendenti dello Stato e del comparto parastatale, sia delle aziende private. Possono accedere alla cessione del quinto tutti i pensionati di tutti gli enti previdenziali.

[365] Cfr. L. DI NELLA, *Gli orientamenti dell'ABF in materia di tutela dei consumatori*, *op. cit.*, p. 215 ss.

[366] Collegio di Coordinamento, decisioni n. 6167 del 2014 e n. 10003 del 2016, entrambe reperibili in *arbitrobancariofinanziario.it.*

non ripetibilità *tout court* delle commissioni e dei costi applicati al contratto nel caso di estinzione anticipata dello stesso.

Secondo il Collegio di Coordinamento "l'importo da rimborsare deve essere determinato secondo un criterio proporzionale, tale per cui l'importo di ciascuna delle suddette voci viene moltiplicato per la percentuale del finanziamento estinto anticipatamente, risultante dal rapporto fra il numero complessivo delle rate e il numero delle rate residue".

E' principio consolidato che siano rimborsabili, per la parte non maturata, non solo le commissioni bancarie, finanziarie e di intermediazione ma anche i costi assicurativi relativi alla parte di finanziamento non dovuta.

Anche riguardo ai costi assicurativi è ormai pacifico che obbligato al rimborso in via solidale sia anche l'intermediario mutuante, il quale non può eccepire la propria carenza di legittimazione passiva.

Le clausole che escludono la rimborsabilità dei costi in caso di estinzione anticipata sono da considerarsi inefficaci, in quanto l'obbligo di restituzione trova fondamento in una norma derogabile soltanto a favore del cliente *ex* art. 127, t.u.b.[367].

In sintesi, qualora non siano stati rimborsati tutti i costi e gli oneri non maturati l'intermediario è tenuto a corrispondere al consumatore le somme da lui indebitamente trattenute, calcolate secondo il criterio *pro rata temporis*.

Inoltre, occorre ricordare che nella formulazione dei contratti, gli intermediari sono tenuti ad esporre in modo chiaro e agevolmente comprensibile quali oneri e costi siano imputabili a prestazioni concernenti la fase delle trattative e della formazione del contratto (c. dd. costi *up front*, non ripetibili) e quali oneri e costi maturino nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale (c.dd. costi *recurring*, rimborsabili *pro quota*)[368].

---

[367] Collegio di Roma, n. 7909, in *arbitrobancariofinanziario.it.*

[368] In applicazione dell'art. 1370 c.c. e, più in particolare dell'art. 35 d.lg. n. 206 del 2005, in assenza di una chiara ripartizione nel contratto tra oneri *up front* e *recurring*, l'intero importo di ciascuna delle suddette voci deve essere preso in considerazione al fine della individuazione della quota parte da rimborsare.

Concludendo anche quest'ultimo punto, qualora le clausole non siano chiaramente formulate non potendosi così individuare la natura *up front* o *recurring* delle stesse ai fini del rimborso, l'intermediario è tenuto a corrispondere al consumatore le somme da lui indebitamente trattenute.

12. Le truffe *online* in materia di servizi di pagamento

In materia di servizi di pagamento le truffe *online* sono regolate dalla direttiva PSD II[369].

Come è noto, il cliente vittima di una frode informatica è protetto dalla citata normativa, a condizione che abbia tenuto una condotta nell'utilizzo del servizio di pagamento non connotata da colpa grave.

Qualora non gli siano imputabili condotte negligenti, ha diritto ad ottenere il rimborso delle somme sottratte fraudolentemente.

Nello specifico, ai fini della pronuncia sul caso in oggetto, è anzitutto onere dell'intermediario provare che l'operazione sia stata autenticata, contabilizzata e correttamente registrata.

Nel caso di mancanza della prova, di cui sopra, l'intermediario sopporta in ogni caso, le conseguenze delle operazioni disconosciute.

Nel caso in cui venga fornita la suddetta prova, occorre valutare se al cliente sia imputabile una condotta connotata dall'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, essendo altrimenti il rischio di operazioni fraudolente a carico dell'intermediario *ex* art. 12 d.lg. n. 11 del 2010.

A tal fine, possiamo richiamare l'orientamento del Collegio di Coordinamento, secondo il quale è richiesto un *quid pluris* rispetto alla semplice dotazione del *microchip* per dimostrare la colpa grave o il dolo del cliente, gravando altrimenti l'allocazione legislativa della responsabilità in capo all'intermediario[370].

---

[369] La direttiva è stata recepita in Italia dal D. Lg. n. 218 del 2017 che ha novellato il D. Lg. n. 11 del 2010.

[370] Collegio di Coordinamento, n. 3947 del 2014, in *arbitrobancariofinanziario.it.*

Numerosi tentativi di truffa telematica si svolgono inducendo il titolare dello strumento a comunicare o a inserire su dispositivi informatici del truffatore le proprie credenziali, solitamente adducendo falsamente l'esistenza di tentativi di accesso abusivo: questo fenomeno prende il nome di *Phishing* e si ritiene ricorrere la colpa grave del consumatore che sovente vede respinta la sua domanda di rimborso delle somme fraudolentemente sottratte.

Fattispecie diversa è quella frode che, istallando *malware* nel sistema informatico dell'utilizzatore va ad agire nel momento dell'accesso al conto.

In tale fattispecie, il Collegio di Coordinamento ha escluso la sussistenza di un comportamento gravemente colpevole del cliente.

Secondo quest'orientamento, a differenza che nelle fattispecie classiche sin qui conosciute, dove l'aggiramento dei presidi di sicurezza ha luogo attraverso metodi ormai conosciuti che il cliente, dispiegando un minimo di diligenza, è oggettivamente in grado di evitare, viceversa, in altri casi la *captatio* ha avuto luogo attraverso un meccanismo noto da tempo alla polizia postale, ma non altrettanto ai clienti, capace di sorprendere la buona fede anche di un attento fruitore del servizio[371].

La ricostruzione tecnica di queste fattispecie evidenzia come il consumatore sia stato vittima di un *malware* [372] : esso si interpone fra il sistema centrale dell'intermediario e quello del singolo utente.

---

[371] Collegio di Coordinamento, n. 3498 del 2012, in *arbitrobancariofinanziario.it.*

[372] Il *malware* è riconducibile alla più ampia categoria dei c.d. *trojan* ed è dotato di sofisticate capacità di elusione dei migliori antivirus; esso resta completamente in sonno attivandosi solo nel momento in cui l'utente si colleghi ad un sito internet compreso fra quelli che il programma abbia posto nel mirino. In questo istante il *malware* si risveglia ed entra in azione captando il collegamento dell'utente e propinandogli una pagina identica a quella che l'utente è abituato a riconoscere in sede di accesso regolare al sito del proprio intermediario. Ignaro dell'intervenuta sostituzione della pagina, l'utente è così indotto a ritenere di trovarsi nel normale ambiente in cui egli opera.

A quel punto il *malware* attiva una finestra a modulo, che pare sempre provenire dal sito dell'intermediario in cui si trova l'utente, ove è richiesta una conferma di sicurezza con l'invito a compilare i campi del modulo con i propri dati e il codice generato dal dispositivo OTP. L'utente, a questo punto compila i campi del modulo che il *malware* prontamente trasmette all'intruso. Questi, ha modo di captare tutti i fattori di autenticazione e di utilizzarli in tempo reale.

Per i Collegi non appare ragionevole ravvisare, in tale contesto, alcun elemento tale da poter riqualificare come colposa, la condotta dell'utilizzatore del servizio.

Per quanto non possa negarsi che il cliente sia caduto nella trappola ed abbia materialmente permesso l'esecuzione dell'operazione fraudolenta cooperandovi involontariamente, è evidente la profonda differenza strutturale con il tradizionale metodo di *phishing*[373].

Per far fronte a queste truffe la direttiva PSD II ha prescritto agli intermediari di adottare dei sistemi di autenticazione forte[374]: l'art. 10*bis* d.lg. n. 11 del 2010 dispone che "i prestatori di servizi di pagamento applicano l'autenticazione forte del cliente quando l'utente: a) accede al suo conto di pagamento *online*; b) dispone un'operazione di pagamento elettronico; c) effettua qualsiasi azione, tramite un canale a distanza che può comportare un rischio di frode nei pagamenti o altri abusi".

In materia, va segnalato che i Collegi già prima dell'entrata in vigore delle disposizioni sopra citate hanno costantemente affermato la responsabilità dei prestatori di servizi di pagamento nel caso di mancata adozione di più avanzati accorgimenti tecnici di prevenzione[375], mentre l'ha esclusa in tutto o in parte là dove il cliente, pur informato della disponibilità di siffatti strumenti di sicurezza, ometta di avvalersene[376].

In ordine alla mancata attivazione del servizio chiamato "sms di allerta", si è formato un importante orientamento a tutela dei clienti.

In proposito, i Collegi ritengono che non possa considerarsi sufficiente la mancata opzione da parte del cliente in sede di stipula del relativo contratto, attesa che va ritenuta colposa la condotta dell'intermediario, "il quale – non applicando automaticamente il servizio di avviso mediante sms su ciascuna delle carte di pagamento emesse – non ha ottemperato all'obbligo di diligenza professionale su di

---

373 L. DI NELLA, *Gli orientamenti dell'ABF in materia di tutela dei consumatori*, *op. cit.,* p. 236 ss.

375 Cfr. fra le tante Collegio di Milano n. 113 del 2012 in *arbitrobancariofinanziario.it.*

376 V. Collegio di Milano, n. 528 del 2012 in *arbitrobancariofinanziario.it.*

esso incombente[377].

Di conseguenza, in tali casi sussiste una colpa a carico dell'intermediario, atteso che la corretta attivazione del servizio avrebbe potuto impedire le operazioni fraudolente quantomeno successive alla prima.

CAPITOLO 3

L'USO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL GIUDICARE: L'INTELLIGENZA ROBOTICA.

Sommario: 1. Profili introduttivi – 2. Processo come unione di fatto e diritto – 3. Un primo esempio di decisione guidata da algoritmi – 4. Il concetto di decisione robotica – 5. Il software decisionale – 6. Gli aspetti critici della decisione robotica – 7. Diritto di difesa e intelligenza robotica – 7.1. La pubblicità degli algoritmi – 7.2. Motivazione, mezzi di gravame nella decisione robotica – 8. Sperimentazioni su possibili pronunce a Sezioni unite – 8.1. Sugli assegni – 8.2. La tesi della

[377] V. Collegio di Roma, n. 7714 del 2016 in *arbitrobancariofinanziario.it.*

responsabilità oggettiva – 8.3. La tesi della responsabilità soggettiva – 8.4. Utilizzo del modello e previsione della sentenza – 8.5. Sull'usura sopravvenuta – 8.6. La tesi della rilevanza dell'usurarietà sopravvenuta – 8.7. La tesi dell'irrilevanza dell'usurarietà sopravvenuta – 8.8. Applicazione del modello e previsione di sentenza – 9. L'*European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial System and their environment* – 10. Brevi considerazioni sul processo civile nell'era digitale – 11. Prove, argomentazioni e intelligenza artificiale – 12. Conclusioni.

1. Profili introduttivi

Il fenomeno è ormai travolgente, ovverosia il fatto che un numero crescente di cose di uso comune, dal telefono alla carta di credito all'auto, sono diventati oggi dispositivi capaci di produrre dati riguardanti le nostre azioni e le nostre preferenze. La mole di questi dati, ovviamente, eccede qualsiasi capacità umana di elaborazione intelligente, ragion per cui si sono sviluppati sistemi di intelligenza artificiale[378] capaci di apprendere da questi dati (cosiddetto *machine learning*) e, dunque, scoprire correlazioni, e infine effettuare predizioni.

L'intelligenza artificiale soprattutto nelle sue versioni più recenti[379], non solo consente di elaborare modelli conoscitivi di ciò che sta accadendo ma permette di effettuare valutazioni e previsioni.

Orbene, fin quando a tema sono dati non personali da cui desumere modelli per le previsioni metereologiche *nulla quaestio* ma se i dati in questione sono personali e le predizioni vengono utilizzate per valutare e prevedere il comportamento di

[378] Si intende per intelligenza artificiale un insieme di metodi scientifici, di teorie e di tecniche il cui obiettivo è quello di riprodurre attraverso una macchina le abilità cognitive degli esseri umani. Gli attuali sviluppi cercano di far si che le macchine siano in grado di svolgere compiti complessi tipicamente svolti dagli esseri umani.
Il termine è criticato dagli esperti che tendono a distinguere tra intelligenza artificiale in senso forte ossia quando è in grado di svolgere compiti complessi in via totalmente automatizzata e intelligenza artificiale debole, ossia quando l'intelligenza artificiale richiede un apprendimento.

[379] A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista fil. Dir*., 2019, p. 87 ss.

uomini allora lo scenario cambia e occorrerà che il diritto costituzionale *in primis*, cominci ad occuparsi con attenzione di questi temi[380].

In particolare poi se ad utilizzare questi algoritmi predittivi sono soggetti pubblici quali giudici o pubbliche amministrazioni allora l'attenzione deve essere massima[381].

Su queste tematiche la novità normativa più rilevante è indubbiamente rappresentata dall'approvazione del GDPR[382].

Il GDPR affronta specificatamente il tema delle decisioni automatizzate che riguardano le persone.

L'intelligenza artificiale entusiasma quanto preoccupa, cambia già le nostre vite e stravolge il futuro prossimo; l'intelligenza artificiale ci ruberà il lavoro o lo trasformerà?

L'intelligenza artificiale è già capace di scrivere, comporre, dipingere (si pensi che un suo quadro è stato venduto a 450mila dollari): a chi i diritti d'autore?

Servono logiche di sistema per il governo dell'intelligenza artificiale con autoapprendimento (reti neurali *machine learning*, *deep learning*).

La Cina esporta intelligenza artificiale e importa diritto romano.

Alla tecnologia giuridica plurimillenaria, forgiata sul governo delle intelligenze naturali, chiediamo di gestire l'intelligenza artificiale.

Emergono nuovi beni: i dati digitali, che alimentano l'intelligenza artificiale e non

---

380 V. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2019, p. 1111 ss.; S. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, in *Biolaw Journal*, 2019, p. 53 ss.

381 Nel 2017 Stephen Hawking, lancia un monito sul potenziale distruttivo dell'intelligenza artificiale rispetto alla vita sociale: una delle forme più importanti di intelligenza naturale organizzata, il mondo produttivo, potrebbe esser sovvertita da una diversa forma di intelligenza artificiale.

Ci sta dicendo che la tecnologia sta diventando così persuasiva da comportare una modifica sostanziale nel modo di creare valore aggiunto. Per questo a fronte della trasformazione tecnologica, il ruolo del diritto ad un giusto processo deve essere preso seriamente nel suo rapporto con le innovazioni tecnologiche.

382 L'art. 4 del GDPR definisce "profilazione": "qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica".

si consumano usandoli ma l'illegittimo trattamento, o utilizzo possono ledere diritti fondamentali e alterare la stessa formazione del consenso politico (si pensi alle profilazioni abusive).

Emergono nuove responsabilità: accanto a quelle del produttore della macchina, quelle dell'autore dell'algoritmo di autoapprendimento.

L'algoritmo[383] predittivo del resto, è già in grado di censire le regole: quelle degli scacchi o quelle stradali per le auto intelligenti.

Negli Stati Uniti l'algoritmo predittivo è già in grado di censire le regole delle leggi dello Stato per le decisioni robotiche, ed inoltre sono state impiegate decisioni robotiche per stabilire le prognosi di recidiva.

Mentre, nel nostro paese, i trasferimenti degli insegnanti sono stati censurati dal Consiglio di Stato per la scarsa trasparenza dell'algoritmo che li aveva decisi.

Da chi vorreste farvi giudicare?

Si dice che gli innocenti preferirebbero il giudice robotico e i colpevoli quello umano.

A mio avviso sarebbe bene avere sempre un giudice umano.

Nel mondo scientifico manca una definizione condivisa di intelligenza artificiale, poiché essa è il prodotto di molteplici abilità (capacità di apprendimento, adattamento all'ambiente, ecc.), tanto che si è soliti affermare che tale concetto costituisce il punto d'incontro di differenti discipline: la matematica, l'economia, la psicologia, la linguistica.

Si può ritenere che detto termine sintetizzi la possibilità che una macchina in una

---

[383] Un algoritmo è una sequenza finita di regole formali (operazioni logiche e istruzioni) che rendono possibile il raggiungimento di un risultato a partire da un set iniziale di informazioni in *imput*. Questa sequenza può essere parte di un processo automatizzato e basarsi su modelli progettati attraverso un processo di *machine learning*.
Un algoritmo si distingue quindi da un sistema esperto: si tratta di uno dei metodi dell'intelligenza artificiale.
Un sistema esperto è un software che è capace di risponder a domande, di elaborare ragionamenti basandosi su fatti noti e su regole. Si distinguono due tipi di classificazione in intelligenza artificiale: le classificazioni supervisionate nelle quali l'algoritmo genera due classi secondo dei modelli che sono forniti *ex ante* e le classificazioni spontanee dove la classificazione è creata dall'algoritmo in modo autonomo sulla base dei dati.

certa misura, sia in grado di pensare o piuttosto sia idonea ad imitare il pensiero umano.

Tuttavia, intelligenza artificiale e intelligenza umana non sono due concetti sovrapponibili, anche perché la conoscenza dei procedimenti cognitivi dell'uomo è ancora oggi molto limitata.

Infatti vi sono cose che l'uomo riesce a fare in modo spontaneo senza sapere come egli sia arrivato a detto risultato[384].

Scriveva Carnelutti[385] "è ormai riconosciuto come uno dei caratteri della vita moderna che essa tende a procurare agli uomini sempre maggiori comodità che vuol dire a risparmiargli sempre più la fatica. Tra le quali fatiche, da cui ci si va disabituando è la fatica del pensare".

Non vi è dubbio che assumere una decisione e motivare una sentenza, richieda tempo da parte dei magistrati, tanto che il suo momento redazionale è da sempre considerato come una delle principali cause della crisi della giustizia civile[386], spingendo il legislatore ad introdurre interventi volti a rendere sempre più snello il suo iter di composizione.

L'intelligenza artificiale sembrerebbe risolvere questa problematica poiché consente al giudice di poter contare su un aiuto concreto nello svolgimento di questo compito[387].

---

[384] Per una visione generale dell'intelligenza artificiale si rimanda a J. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 20 ss.; A. KRAUSOVA, *Intersections between law and Artificial Intelligence, in International Journal of Computer (IJC)*, 2017, p. 57 ss., consultabile in *ijcjournal.org/index.php/InternationalJournalOfComputer/46*.

[385] F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. Dir. Proc*., 1949, p. 41 ss., ripreso anche G. DE NOVA, *Lo stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*, in *Calcolabilità giuridica*, (a cura di) L. Carleo, Bologna, 2017, p. 59 ss. L'identificazione del pensiero con il giudizio si ritrova anche in F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. Dir. Proc*., 1951, p. 201 ss.

[386] Sul punto, Risoluzione approvata dal CSM il 18 maggio 1988 sul tema "Misure per l'accelerazione dei tempi della decisione civile", in *Foro it.*, 1988, V, c. 260, richiamata anche da C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo*, Bologna, Bononia University Press, 2016, p. 81 ss.

[387] E. GABELLINI, *La "comodità nel giudicare": la decisione robotica*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ*., 4, 2019, p. 1305 ss.

E' doveroso precisare che le osservazioni compiute sono strettamente connesse al più ampio fenomeno, di cui la stessa decisione robotica (giudiziale) è prodotta, ovvero la cosiddetta giustizia predittiva[388].

2. Il processo come unione di fatto e diritto

Che cosa è il processo?

Le definizioni potrebbero essere infinite, in questa sede per processo (sia penale, che civile, che amministrativo) si intende la composizione di fatto e di diritto, produttiva di un provvedimento giudiziale resa rispettando principi e leggi.

Il processo, anche inteso come unione tra fatto e diritto, produce un provvedimento, il quale è la conseguenza di detta composizione.

Se a monte il processo è unione di fatto e di diritto con produzione di un provvedimento giudiziale, allora quest'ultimo sarà composto da fatto e diritto; ciò si desume dal rilievo che la sentenza deve contenere fatto e diritto: l'art. 132 c.p.c., pretende, tra gli elementi essenziali della sentenza, anche "la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione"[389].

Di conseguenza il provvedimento giudiziale è dato dall'unione tra fatto e diritto; l'unione tra fatto e diritto costituisce il processo[390].

Come detto, il processo è essenzialmente l'unione di fatto e di diritto, per ottenere un provvedimento giudiziale.

Tuttavia per "fatto" si intende il complesso di prove, poiché rileva solo il fatto provato ai fini di un provvedimento; per "diritto" non si può intendere la legge applicabile al caso, ma l'interpretazione della legge fatta dal giudice.

Ne consegue che il processo è sintetizzabile nella seguente formula[391]: *FATTO*

---

388 G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecniche dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 98 ss.

389 M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, p. 123 ss.

390 L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, Streetlib 2018, p. 205 ss.

391 L. VIOLA, *op. cit*., p. 207 ss.

PROVATO ^ INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE = PROVVEDIMENTO GIUDIZIALE

Non c'è dubbio che il fato sia solo quello provato perché il giudice si basa solo sulle prove (per il processo civile, *ex* art. 115 c.p.c., seppur valutate in modo libero *ex* art. 116 c.p.c.).

In sostanza il modello matematico finalizzato all'interpretazione qui proposto, completato da un calcolo probatorio sul fatto potrebbe permettere di giungere ad un modello matematico dell'intero processo[392].

Se il processo viene costruito come un modello matematico occorre domandarsi quale ruolo potranno avere in futuro gli strumenti ADR.

Parte della dottrina[393] ritiene che tanto più il processo diventa prevedibile anche nel suo esito, tanto più gli strumenti ADR potranno svilupparsi: per la mediazione e negoziazione perché, sapendo il probabile esito del processo, le parti saranno maggiormente indotte a concludere un accordo al fine di risparmiare tempi e spese processuali; per l'arbitrato perché, utilizzando modelli matematici si potrà ridurre il rischio di parzialità in uno con maggior celerità e trasparenza.

A mio avviso ciò è condivisibile solo se il nostro Paese darà piena attuazione a quei progetti di riforma finalizzati ad educare e favorire lo sviluppo dei sistemi ADR, guardando a questi ultimi come il miglior modo per risolvere un conflitto afferente diritti disponibili.

3. Un primo esempio di decisione guidata da algoritmi

La giurisprudenza amministrativa si è trovata negli ultimi anni a decidere una serie di questioni che hanno un elemento in comune: provvedimenti della pubblica amministrazione determinati da sistemi di decisione automatica guidati da algoritmi.

[392] L. VIOLA, *op. cit*., p. 208.
[393] L. VIOLA, *op. cit*., p. 210.

Da un lato, procedure ad evidenza pubblica nelle quali il sistema di accettazione delle domande è affidato a piattaforme telematiche, di modo che chiunque voglia partecipare ad un concorso, un appalto, ovvero ad una selezione deve presentare domanda esclusivamente in via telematica.

Dall'altra a seguito della l. 13 luglio 2015 n. 107, il Ministero dell'istruzione ha deciso che le assegnazioni delle sedi di servizio agli insegnanti vincitori di concorso ovvero le decisioni sulle loro richieste di mobilità, venissero effettuate da un software che, tenendo conto della normativa, dei risultati dei concorsi e delle disponibilità delle sedi di servizio, provvedesse a stilare le graduatorie.

Queste vicende seppur diverse tra loro hanno dato vita ad una serie di procedimenti giudiziari, prevalentemente concentrati dinanzi alla Sezione III *bis* del Tar Lazio[394] e giunti in fine al Consiglio di Stato[395] che oggi costituiscono un vero e proprio *corpus* giurisprudenziale sull'impiego di algoritmi decisionali.

Il Consiglio di Stato, se da un lato consente l'utilizzo degli algoritmi decisionali nei casi di amministrazione vincolata, dall'altro richiede la piena conformità di tali decisioni algoritmiche non solo ai principi generali *d*ell'azione amministrativa, ma anche ad un ulteriore livello di tutela rafforzata, una vera e propria *rule of tecnology*, che garantisca la piena conoscibilità e sindacabilità dell'algoritmo in tutte le sue componenti.

Il fattore determinante di quest'orientamento giurisprudenziale, sta nell'idea della natura servente della tecnologia rispetto all'essere umano *dominus* del procedimento della decisione.

L'intelligenza artificiale non può essere espulsa dai processi di decisione in un futuro che va rapidamente verso un impiego sempre più massiccio delle tecnologie digitali.

La tecnologia però deve rimanere nell'abito degli strumenti e non può mai sostituirsi alla decisione umana, quantomeno ogni qualvolta la decisione sia suscettibile di

[394] Tar Lazio III *bis* 28 maggio 2019, n. 6686, in *DeJure online*.
[395] Si veda Cons. St., VI, 8 aprile 2019, n. 2770, in *DeJure online*.

incidere le libertà o i diritti della persona.

In tutti questi casi, occorre garantire effettivamente la possibilità di un intervento umano in grado di provvedere una motivazione umanamente comprensibile della decisione.

Il punto però è che questa conclusione è solo apparentemente appagante.

Hegel, nella Fenomenologia dello spirito, come è noto esamina il rapporto "servo e padrone" considerandolo una relazione dialettica: l'autocoscienza dell'uno, per definirsi, ha bisogno dell'altro.

A me pare che qualcosa di analogo stia accadendo nel rapporto tra decisioni umane e tecnologia.

Difatti, anche quando ribadiamo che la tecnologia deve avere esclusivamente un valore servente in realtà non possiamo ignorare la sua forza pratica, che tende a rendere servo il padrone[396].

Ogni qualvolta un automatismo decisionale viene inserito in un procedimento deliberativo, l'automatismo tende a "catturare" la decisione o quantomeno a rendere estremamente difficile prescinderne.

Questo perché, da un lato esso solleva il decisore dal peso dell'esame e della motivazione; dall'altro, gli consente di qualificare la propria decisione con un crisma di neutralità che oggi circonda la valutazione algoritmica e le conferisce una peculiare "autorità"[397].

La decisione automatica, quindi finirà sempre più per godere di quel plusvalore pratico connesso alla scelta suggerita automaticamente dal sistema, rispetto alla quale ci si può discostare, ma a patto di impegnarsi in un notevole sforzo valutativo.

Dunque, più che il rischio di uno scenario alla Orwell si prospetta il grande affresco distopico descritto da Dick nel romanzo da cui è stato tratto il notissimo film

---

[396] A. SIMONCINI, *Profili costituzionali dell'amministrazione algoritmica*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2019, p. 1149 ss.

[397] Sulla idea della "autorità algoritmica" si veda A. SHIRKY, *Speculative Post on the idea of Algorithmic Authority*, in *shirky.com/weblog/2009/11/a-speculative-post-on-the-idea-of-algorithmic-authority*.

BladeRunner.

In quel mondo le macchine (i cosiddetti replicanti) venivano effettivamente utilizzate dagli umani come servi per coltivare le colonie risparmiando lavori faticosi.

Ma nel romanzo ad un certo punto gli androidi si ribellano ed iniziano ad insediare l'uomo ed il suo dominio. Nel finale del film il "cacciatore di replicanti" finisce per innamorarsi proprio di uno degli automi in forma umana.

Ebbene, il rischio degli automatismi è che da servi divengano padroni proprio in virtù della loro attrattiva pratica.

Non possiamo ignorare, infatti, che gli algoritmi esercitino un fascino potentissimo: fanno risparmiare tempo e, soprattutto, sembrano sollevare dal peso di dover motivare.

4. Il concetto di decisione robotica

Si parla di "decisioni robotiche o automatizzate" quando in una decisione del giudice viene ricompresa in tutto o in parte l'azione di algoritmi.

L'algoritmo non è altro che una "sequenza di istruzioni che specifica una combinazione di azioni da compiere per risolvere un problema"[398].

L'affidabilità di esso dipende dalla qualità dei dati utilizzati[399] e dalla scelta delle procedure risolutive.

Le tecniche di elaborazione delle decisioni giudiziali attualmente in essere si pongono l'obiettivo di catturare dei modelli, predisposti sulle correlazioni individuate tra parole o parametri predefiniti, in grado di anticipare i probabili orientamenti giudiziali.

---

[398] Vi è in dottrina chi parla di "algoritmi di ragionamento", cioè meccanismi che consentono di passare, date certe premesse, alle conclusioni logicamente fondate su tali premesse. In questo caso la programmazione diventa programmazione logica: "essa consiste nell'esprimere la conoscenza (le premesse del ragionamento) in un linguaggio logico, cosicchè il sistema possa compiere ragionamenti automatici basati su quella conoscenza".

[399] P.L. LUCATUORTO, *Intelligenza artificiale e diritto: le applicazioni di sistemi esperti*, in *Cirberspazio e diritto*, 2006, p. 222 ss.

L'esperienza pratica ha creato diversi strumenti volti ad automatizzare la ricerca giurisprudenziale e ad elaborare prototipi di software decisionale.

Nella prima categoria, tra i più noti, vi è Ross creato dall'IBM partendo dall'applicativo Watson, che è in grado di comprendere il linguaggio umano semplice, di fare collegamenti logici e proporre una soluzione specifica che aiuti il professionista giuridico, ad interpretare il caso e ad agire di conseguenza.

Ross consente all'utente di poter compiere ricerche giuridiche senza essere vincolato all'uso di specifici termini di ricerca.

Una peculiarità del programma è la sua possibilità di continuare a monitorare l'evolversi giurisprudenziale anche dopo l'esecuzione della ricerca: per tale ragione il sistema è in grado di inviare notifiche all'utilizzatore, informandolo degli aggiornamenti legali pertinenti.

Un altro strumento di analisi è *Predictice*[400], sviluppato in Francia, che consente di individuare il probabile orientamento decisionale del giudice[401].

Applicando questi schemi alle caratteristiche della controversia, l'operatore giuridico è in ardo di valutare la probabilità di successo, e di conseguenza, di costruire, in base alle variabili del caso l'argomentazione che strategicamente ha maggiori probabilità di trovare accoglimento da parte dei Tribunali.

5. Il software decisionale

Accanto agli strumenti volti ad individuare l'effettivo approccio dei giudici difronte alle singole fattispecie giuridiche, vi sono diversi software decisionali, volti a

[400] *Predictice* funziona in tale maniera: i dati contenuti all'interno del sistema vengono mescolati con quelli riguardanti la controversia, con la finalità di offrire all'operatore giuridico tutte le informazioni rilevanti relative ad analoghe controversie.
In un secondo momento entrano in gioco gli algoritmi: le controversie non sono mai uguali, di conseguenza, l'obiettivo perseguito dal sistema è quello di individuare l'associazione tra un fattore e la chiusura di un caso. Per farlo *Predictice* utilizza l'algoritmo *Syntaxnet*, sviluppato da Google. Questo strumento di analisi sintattica aiuta il sistema ad interpretare il linguaggio umano permettendo di individuare la correlazione tra le parole per estrarne il senso. Il testo viene da ultimo, sottoposto ad algoritmi di classificazione e a regole di associazione per creare modelli di previsione complessi.

[401] Per una puntuale esplicazione dell'applicativo si veda C. MORELLI, *Giustizia predittiva: in Francia online la prima piattaforma europea*, in *altalex.com/documents/news/2017/04/03*.

calcolare l'esito di una controversia.

Tra i più noti vi è lo studio portato avanti da alcuni ricercatori americani e inglesi, che hanno creato un algoritmo finalizzato a predire l'esito finale del processo[402].

Esso è stato sperimentato in un settore giuridico particolare, quello della violazione dei diritti umani.

Si pensi che su 584 cause il programma è giunto alle stesse soluzioni dei giudici nel 79% circa delle controversie.

Tale software tuttavia non è in grado di individuare le vere ragioni di una decisione o di effettuare un'analisi giuridica: il suo funzionamento trae origine dall'elaborazione statistica di alcuni gruppi lessicali di parole contenuti nelle precedenti statuizioni al fine di verificare la loro frequenza.

Esiste, inoltre un programma elaborato da studenti di legge di Cambridge che ha sfidato in una vera e propria competizione, 100 giuristi presi dalle migliori Law Firme nel predire previsioni in campo assicurativo di controversie. Su 750 casi il programma ha predetto in modo corretto nell'89% delle controversie e i giuristi nella misura del 62%[403].

Inoltre negli Stati Uniti, ma non solo, il calcolo algoritmico viene da tempo utilizzato per integrare la decisione giudiziaria umana.

In tale direzione si pone la nota causa State vs Loomis[404], che ha riconosciuto la legittimità dell'utilizzo del sistema Compas per la determinazione del rischio di recidiva di un soggetto.

Il calcolo compiuto dalla macchina aveva determinato l'irrogazione di una dura pena detentiva: per tale ragione il signor Loomis era ricorso dinnanzi alla Corte

---

[402] N. ALETRASPREOTIU, V. LAMPOS, *Predicting judical decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science*, 2016, p. 10 ss.

[403] Si veda *case-cranc.com.*

[404] *Eric Loomis*, 35 anni, è stato arrestato nel 203 in ragione del suo coinvolgimento in una sparatoria nello Stato del Wisconsin. Benchè non fosse stato ferito nessuno, *Loomis* venne condannato a diversi anni di prigione. Il giudice di primo grado lo condannava ad una pena detentiva alquanto elevata, fondando questa decisione, in parte, sull'elevato rischio di recidiva calcolato dal sistema *Compas.*

Suprema, sostenendo l'illegittimità dell'utilizzo di Compas, poiché esso traeva origine da un algoritmo il cui funzionamento non era stato reso pubblico. I giudici, invece, hanno ritenuto legittimo il suo uso[405], precisando che esso, insieme ad altre prove, non determina alcuna inosservanza dei principi regolatori del processo.

Salva l'ipotesi da ultimo citata, su cui si tornerà nel proseguo, gli esempi attuali di decisioni robotiche trovano origine dalla lettura e dall'analisi semantica delle precedenti decisioni.

In altri termini il terreno elettivo della decisione robotica è rinvenibile in tutti quei settori in cui il giudice debba emettere un giudizio, in parte condizionato da quanto già deciso, come, per esempio, nei procedimenti di ammissibilità dei ricorsi per Cassazione.

E'però evidente come l'effettività dello strumento robotico dipenda dal patrimonio giuridico che si decide di inserire all'interno del software.

Si tratta di un profilo ampiamente scandagliato dagli studiosi della giustizia predittiva, i quali se, da una parte, si pongono la questione di individuare quale debba essere la giurisprudenza[406] indispensabile per garantire il corretto operare dell'algoritmo[407], dall'altra parte evidenziano la necessità di elaborare software in grado di creare una gerarchia all'interno delle decisioni immesse nella macchina, oltre che rispetto allo stesso dettato normativo.

Qualora fosse possibile selezionare in modo organico la giurisprudenza, anche quella di merito, la robotica potrebbe offrire un valido supporto in tutte quelle valutazioni concernenti la prevenzione di possibili conflitti tra giudicati o la

---

[405] Oltre al fatto che l'algoritmo alla base della macchina usa impropriamente il genere per la determinazione della percentuale di rischio. Per un'ampia analisi critica di questa decisione e per comprendere l'utilizzo del sistema Compas si rinvia a J. TASHEA, *Risk-assessment algorithms challenged in bail, sentencing and parole decisions*, in *ABA Journal*, 2017, reperibile in *abajournal.com*.

[406] L'accessibilità della giurisprudenza non è un problema che trova puntuale disciplina nel nostro ordinamento: salva l'attività svolta dall'Ufficio del massimario, solo di recente è stata attivata una piattaforma sperimentale di consultazione libera delle decisioni della Corte di Cassazione. Diversamente manca una pubblicazione ufficiale delle decisioni delle corti di merito.

[407] Come pone in evidenza M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Riv. Assoc. It. Cost*., 2018, p. 886 ss.

litispendenza.

E'stato anche prospettato un suo eventuale uso in sede di instaurazione del giudizio per verificare la ammissibilità della domanda.

Non si tratta di un'ipotesi fattibile, stante il fatto che già esiste in Italia un progetto di algoritmo che legge i contratti consentendo di individuare al loro interno la presenza di clausole abusive[408].

Al contempo le applicazioni pratiche sopra citate dimostrano come la decisione robotica trova un fondamento su un calcolo di tipo probabilistico.

Alcuni autori affermano che la macchina possa costituire un valido supporto ogni qualvolta sia necessario applicare principi basati sul "più probabile che non" oppure nel campo delle operazioni finanziarie o nella determinazione dei valori, come, ad esempio, nelle controversie in materia di previdenza[409].

Secondo alcuni autori[410], la devoluzione del momento decisorio alla macchina consentirebbe, oltre che uno snellimento dell'attività del giudice il vantaggio di garantire l'uniformità dei giudizi, assicurando, di conseguenza, l'uguaglianza dei cittadini dinanzi all'interpretazione della legge.

Infatti il ricorso all'algoritmo permetterebbe di depurare la sentenza da aspetti esulanti il dovere di conoscenza del magistrato: vi sono numerose dimostrazioni che rilevano come la decisione giudiziaria sia frutto di variabili non prettamente logiche[411].

Questa situazione si verifica perché gli individui e di conseguenza anche i giudici, nel prendere le proprie decisioni complesse, non sempre seguono i metodi deduttivi e induttivi, specialmente nelle ipotesi in cui essi risultano troppo dispendiosi.

Tuttavia l'allontanamento da questi modelli genera errori di valutazione, che

---

[408] E'il software Claudette, un progetto di ricerca interdisciplinare portato avanti da alcuni ricercatori dell'Istituto Universitario Europeo di Fiesole in collaborazione con gli ingegneri dell'Università di Bologna e dell'Università di Modena e Reggio Emilia.

[409] Come osserva anche nella relazione tenuta al convegno "Decisione robotica", U. PATRONI GRIFFI, *Decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it/documents*.

[410] Si veda su tutti C. PUNZI, *Diritto informazione*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 154 ss.

[411] C. BONA, *Sentenze imperfette*, Bologna, Il mulino, 2010, p. 159 ss.

possono essere superati attraverso l'ausilio della tecnologia.

Benchè il divieto per il giudice di fare ricorso alla propria scienza privata sia un principio indiscusso del nostro ordinamento, la sentenza non può essere concepita come qualcosa di autonomo e distaccato dalla realtà sociale e dalla sua cultura.

Peraltro, non bisogna dimenticare che il giudice può porre a fondamento della propria decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza, ossia quell'insieme di nozioni che costituiscono il patrimonio culturale diffuso in un certo luogo e in un certo momento storico.

Pertanto, come è stato osservato [412] l'espansione del perimetro conoscitivo del giudice diviene ancora più evidente nei tempi attuali, alla luce delle sconfinate possibilità connesse alla diffusione di internet.

E'evidente che il ricorso agli algoritmi possa eliminare queste interferenze connesse all'attività decisoria.

6. Gli aspetti critici della decisione robotica

Se fino ad ora si sono analizzati alcuni possibili vantaggi nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale, non si può nascondere come essa manifesti delle criticità.

Si suole insegnare che il ragionamento del giudice si sostanzia in tre fasi: nella ricostruzione del fatto, nella sua qualificazione giuridica, e, infine, nell'individuazione dell'effetto giuridico predisposto dalla fattispecie astratta[413].

In altri termini, il giudice, dopo essere entrato a conoscenza dei fatti allegati dalle parti, individua nella sua assoluta libertà la norma di legge da applicare ai medesimi.

Le attuali applicazioni inerenti l'intelligenza artificiale non potendo simulare il ragionamento giuridico, cercano di giungere alla regolamentazione del caso specifico avvalendosi delle decisioni già assunte.

Tali meccanismi possono a mio avviso alterare l'ufficio del magistrato: se, da una

---

412 L. COMOGLIO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il mulino, 2011, p. 175.

413 P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, Cedam, 1930, p. 13 ss.

parte, l'algoritmo pone tutti gli elementi funzionali al calcolo algoritmico sullo stesso piano, trasformandoli in dati informatici, dall'altra parte, essa dissuade il giudice dal cercare la regola generale da applicare.

In altri termini il giudice è spinto a verificare se la soluzione che gli viene presentata come quella da prendere alla fine del processo informatico corrisponda a quella che deve giudicare così privando di rilevanza il momento della spiegazione causale della scelta del decidere.

L'evidente favore che detto meccanismo riconosce ai precedenti impone una loro chiara qualificazione, specialmente in un ordinamento come il nostro ove, come è noto, si tende a sovrapporli con le massime giurisprudenziali. Infatti la massima non è altro che un mero enunciato normativo[414].

Non si tratta di una questione di poco conto, e si consideri che le attuali applicazioni pratica dell'intelligenza artificiale consentono di conseguire risultati discreti attraverso l'analisi dei fatti, elementi generalmente assenti nelle nostre massime.

Anche qualora si risolvesse questo aspetto, un'applicazione che decide solo in ragione di come in passato siano state assunte decisioni simili, se, da una parte, garantisce l'uniformità dell'applicazione del diritto, dall'altra, rischia di non essere in grado di recepire i cambiamenti delle esigenze sociali in costante evoluzione.

Oltre a generare una staticità del quadro giurisprudenziale, bisogna anche considerare che vi sono casi nei quali l'intervento del legislatore si trova in ritardo rispetto all'evoluzione dei fatti che devono essere disciplinati[415]: tale circostanza non esonera il magistrato dal definire chi abbia ragione, non potendo quest'ultimo rifugiarsi in un *non liquet* determinato dal vuoto normativo[416]oppure giustificato dall'incertezza e dalla confusione delle norme.

---

[414] Già da tempo la dottrina evidenzia come le massime debbano essere vincolate ai fatti che hanno generato la controversia. Sul punto si veda, tra i tanti A.R. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimizzazione ufficiale*, in *Giust. Civ*., 1983, II, p. 379 ss.

[415] R. CAPONI, *Quanto sono normati i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Dir pubbl*., 2009, p. 161 ss.

[416] N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 39 ss.

Al contempo l'algoritmo manifesta i suoi limiti quando al magistrato venga chiesto di decidere attraverso valori, poiché in tal caso, non è possibile affidarsi ad un mero calcolo matematico.

La decisione algoritmica incide anche sul potere discrezionale del magistrato e sulla sua imparzialità generando due diversi atteggiamenti: da un lato, il giudice potrebbe adeguarsi al dato statistico, scegliendo di conformarsi all'interpretazione più accolta, dall'altra, invece, egli potrebbe decidere di discostarsi per evitare che venga posta in discussione proprio la sua imparzialità e indipendenza.

Il software decisionale congegnati per l'analisi delle cause promosse davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, oltre che ad individuare come il giudice valuterà, consente di poter monitorare la specifica attività del magistrato, appurando se, con riguardo ad un determinato contenzioso, il giudice manifesti la tendenza a prediligere una parte rispetto che l'altra.

Nonostante sia consapevole che statistiche di questo genere siano difficili da stilare, esse rischiano di favorire un meccanismo di autodifesa del giudicante, che, per non essere tacciato di imparzialità potrebbe statuire in un modo diverso rispetto alla maggioranza, al fine di ristabilire un mero equilibrio numerico di decisioni.

Infine come è stato correttamente osservato, la profilazione dei provvedimenti potrebbe generare pratiche di *forum shopping*, poichè definire come un giudice si pone innanzi ad un determinato tipo di controversia consentirebbe di mappare i Tribunali in base alla loro sensibilità a peculiari categorie di controversie.

Un altro aspetto critico della decisione robotica riguarda la formulazione dell'algoritmo.

Benchè la sua spirazione sia quella di offrire una giustizia immune da errori, le applicazioni pratiche hanno dimostrato che non sempre questo intento trova realizzazione[417].

Tale limite incide anche sulla cosiddetta comodità nel giudicare: se le macchine non

[417] P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, Adelphi, 2018, p. 87 ss.

sono in grado di soddisfare l'esigenza di certezza, non vi è più a convenienza di devolvere loro un simile compito.

A prescindere dai problemi di corretto funzionamento della macchina questo profilo si manifesta in quei casi in cui nell'algoritmo siano stati inseriti dati incompleti o insufficienti oppure qualora esso, manifesti lo *stock of knowlegde* del proprio programmatore[418].

L'esistenza del possibile errore, insito naturalmente in ogni attività che deriva dall'azione umana, perché, come è stato osservato l'errore della macchina è sempre errore umano, non può essere totalmente eliminato. Diversamente possono essere individuati meccanismi in grado di prevenirlo o di correggerlo successivamente.

Per tale ragione è impensabile ritenere valida una decisione robotica che non consenta a colui che la subisce come e il perché sia stata assunta.

Oltre a configurare una violazione del proprio diritto di difesa, non bisogna dimenticare che le modalità operative dell'algoritmo formano parte integrante dell'obbligo motivazionale, che, nel nostro ordinamento, alla luce dell'art. 111 Cost., rappresenta un elemento imprescindibile di ogni provvedimento giudiziale.

7. Diritto di difesa e intelligenza robotica

Il diritto di difesa, in estrema sintesi, presuppone che un contendente nel processo debba avere la possibilità di svolgere in modo effettivo tutte le proprie argomentazioni e le prove di cui ha bisogno per sostenere la propria posizione, con l'assicurazione che tutte queste attività siano prese in considerazione nella sentenza.

L'introduzione dell'intelligenza artificiale solleva numerose problematiche proprio in riferimento a questo diritto. Pensiamo ad esempio al rischio di lesione del diritto di difesa conseguentemente al fatto che le parti non conoscano gli algoritmi che il programma utilizza per prendere le sue decisioni.

L'aspetto più sorprendente si ha poi quando si prende in esame la possibilità che sia

[418] V. FERRIE', *Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable*, in *Jur. Class, pér. Sem. Jurid*., 2018, p. 297 ss.

il giudice sia i difensori utilizzino l'intelligenza artificiale per completare il proprio lavoro.
Come si può concepire il diritto di difesa in questo nuovo scenario?

7.1. La pubblicità degli algoritmi

In primo luogo non è accettabile che il giudice utilizzi i programmi di cui le parti non sono in grado di conoscere i dettagli.
Si tratterebbe di una situazione kafkiana, in tutto e per tutto equiparabile a quella narrata nel romanzo "*Der Prozeb*": una storia che si sviluppa dall'inizio alla fine senza che l'imputato conosca ciò di cui è accusato.
Si può ipotizzare che, data la complessità degli algoritmi, difficili da comprendere, soprattutto per un difensore, laureato in giurisprudenza e non in informatica, se il programma d'intelligenza artificiale funzionasse correttamente e quindi si facesse abitualmente affidamento su di esso, il suo uso finirebbe per essere percepito come quello di un computer, che non esitiamo ad utilizzare pur conoscendo per sommi capi il suo funzionamento. Lo stesso accade con la stragrande maggioranza delle invenzioni che ci circondano, come avviene per un telefono cellulare o anche per un aereo, la cui navigazione è sempre più governata dall'intelligenza artificiale.
Ma un processo giudiziario non è paragonabile a tutto quanto sopra, e dovremmo fare uno sforzo per indicare perché non è e non dovrebbe essere compatibile.
Potrebbe anche essere che un giorno le parti di un processo civile presentino immediatamente le proprie richieste ad un programma il quale emetterà la propria decisione nel tempo strettamente necessario per analizzare le informazioni per la decisione.
Tuttavia, anche in questo possibile scenario, l'intervento di un difensore è fondamentale, al fine di verificare che il programma analizzi la realtà nel modo più appropriato per il suo assistito al fine di evitare che trascuri dettagli o possibili opzioni non incluse tra quelle contenute negli algoritmi.
A quel punto sarà essenziale che l'avvocato sviluppi la propria creatività, altrimenti

le opzioni offerte dalla macchina sostituiranno completamente il ruolo del difensore. La situazione sarà che il programma formulerà direttamente le domande, o richiederà informazioni o solleciterà la produzione di documenti.

Attualmente un avvocato deve conoscere le leggi e la giurisprudenza, ma se un giorno l'intelligenza artificiale funzionerà come si è ipotizzato, allora dovrà anche conoscere il più possibile del funzionamento della macchina come parte della sua formazione professionale.

L'avvocato, per cercare di svolgere, nei termini indicati, la propria attività di difesa, dovrà conoscere gli algoritmi e il loro funzionamento, il che comporta la necessità per il produttore di tali programmi di svelarne i meccanismi al fine di essere utilizzati in ambito processuale.

In questo modo, il principio di pubblicità, come garanzia del diritto di difesa assume un'altra dimensione[419].

L'espressione inglese *black box* induce un grande fascino, tuttavia il processo civile non può essere una scatola nera. Non ci possono essere spazi segrete in cui non solo i giuristi, ma i cittadini in generale non possono entrare e informarsi, proprio perché questo violerebbe le garanzie essenziali del diritto di difesa.

E deve essere così perché altrimenti il potere pubblico potrebbe facilmente creare un programma per la risoluzione dei processi, fare in modo che l'opinione pubblica faccia affidamento su tale programma sulla base della mera rassicurazione che le autorità hanno testato sufficientemente il suo funzionamento e sulla base dei suoi vantaggi, quali la velocità, la semplicità e la possibile gratuità e poi concentrarsi a condizionare le nostre vite manipolando arbitrariamente gli algoritmi a suo piacimento in ogni momento.

La trasparenza degli algoritmi[420] diventa una nuova e fondamentale garanzia del

---

[419] Abbiamo già visto che, nel caso *Loomis,* la Corte Suprema del *Wisconsin* ha risolto il problema sostanzialmente dicendo che i risultati di *Compas* potrebbero essere usati come elemento di convinzione insieme ad altre prove e che, quindi, l'uso di *Compas* non è l'elemento determinante del giudizio.

[420] Il TAR Lazio ha riconosciuto il diritto di accesso all'algoritmo che gestisce il *software* relativo

sistema sopra delineato.

In altri termini, oggi diventa essenziale questa nuova pubblicità dell'algoritmo utilizzato dal sistema.

7.2. Motivazione, mezzi di gravame nella decisione robotica

In questo nuovo scenario, sopra delineato, la motivazione delle decisioni giudiziarie si ridurrà significativamente, sostituita dall'applicazione dell'intelligenza artificiale.

Difronte a questa realtà, le possibilità di impugnazione diminuiscono inevitabilmente.

Certamente è possibile che si sia tentato preventivamente, di mettere in discussione il funzionamento dell'algoritmo, ma se ciò non è stato fatto, allora deve comunque esserci la possibilità di far valere i suoi difetti con un mezzo di impugnazione.

E, ovviamente, sarà sempre possibile impugnare le parti della sentenza che dipendono dall'intervento umano.

Credo che nessuno potrebbe mai pensare di ridurre del tutto quel fattore umano, la cui importanza ha richiesto così tanto tempo per essere individuato.

In ogni caso, in questo modo il diritto di difesa viene inevitabilmente riconfigurato: sarà difficile contestare la valutazione delle prove, non sarà più possibile contestare in sede di gravame il ricorso a frasi retoriche nella motivazione.

Difficilmente l'argomentazione giuridica potrà essere messa in discussione se la sua applicazione è avvenuta in modo automatico, ad eccezione di sporadici casi di

---

ai trasferimenti del personale docente sulla mobilità 2016. Tale diritto era stato negato dal Ministero ritenendo la non assimilabilità del codice sorgente dei programmi in questione a un documento amministrativo ai sensi della legge n. 241 del 1990 oltre che il riconoscimento di una specifica tutela del software quale opera di ingegno.

Il TAR non ha condiviso tali argomentazioni ed ha affermato il diritto di accesso in quanto l'algoritmo nella sostanza gestisce il procedimento della mobilità dei docenti essendo determinante nell'adozione del provvedimento amministrativo. Viene quindi parificato l'algoritmo ed il programma informatico all'atto amministrativo cd informatico, non essendo sufficiente la mera descrizione dello stesso da parte del Ministero.

Inoltre ha ritenuto che il diritto di accesso così riconosciuto non possa essere ritenuto lesivo del diritto di autore e della proprietà intellettuale essendo l'accesso funzionale a garantire interessi del tutto diversi rispetto a quelli del titolare dell'opera intellettuale.

discrezionalità.

In altri termini ci sarà uno spazio per obiezioni come quelle che esistono già oggi, su questioni che non dipendono da variabili statistiche: continueranno a svolgersi le discussioni sulla convenienza o sull'opportunità delle diverse interpretazioni delle norme ogni volta che sorgano tali differenti opzioni.

E'possibile che tutti questi fattori gradualmente diminuiscano il numero delle impugnazioni perché non avrà senso impugnare quando no è possibile configurare errori nel funzionamento del programma, in base a dati statistici applicati dagli algoritmi.

Tuttavia rimarrà sempre la possibilità di sostenere che il processo ha deciso su una questione nuova, in relazione alla quale appare necessaria una revisione del programma che applica le norme di diritto e che, quindi, questo deve riflettersi anche sugli algoritmi.

Questi ultimi come è noto, decidono sempre nel medesimo modo, basandosi su ciò che è stato deciso nei casi precedenti; per questo, quando si ritenga necessario un cambiamento, allora vi sarà certamente la possibilità di impugnare e tale possibilità sarà salutare per il complessivo funzionamento dell'ordinamento giuridico.

Ed è soprattutto in questo contesto che è di nuovo necessario il fattore umano, espresso soprattutto attraverso l'argomentazione, ma anche attraverso le innovazioni nella valutazione delle prove; in seconda istanza, saranno riesaminati il funzionamento del programma di intelligenza artificiale e la parte di motivazione che dipende dal lavoro del giudice.

In questo modo, le fasi di impugnazione saranno più lontane dall'intelligenza artificiale, perché tale istanza servirà per verificare se, in assenza dell'intelligenza artificiale, i giudici avrebbero deciso nello stesso modo.

Il lavoro non sarà facile perché la tendenza a rispettare le decisioni dell'algoritmo sarà molto forte, confidando sul suo corretto funzionamento.

8. Sperimentazioni su possibili pronunce a Sezioni unite

Dopo aver evidenziato, che in altri Paesi, la giustizia predittiva è realtà da tempo, si ritiene ora di provare a verificare se il modello matematico interpretativo sopra esposto può permettere di prevedere il contenuto di sentenze; l'esperimento viene condotto su questioni rinviate alle Sezioni unite, in quanto: si tratta di questioni di puro diritto ed è più agevole rintracciare le varie interpretazioni possibili perché esposte in gran parte dall'ordinanza di rimessione.

8.1. Sugli assegni

Recentemente la prima Sezione della Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 12379 del 2017, ha rinviato al Primo Presidente affinchè valutasse l'opportunità di rimessione alle Sezioni unite la seguente questione giuridica: se, alla luce dell'art. 43 l. assegni, la responsabilità di colui che paga sia una responsabilità senza colpa che prescinde dai normali criteri di regolazione della responsabilità in materia di obbligazioni ed in particolare degli artt. 1189 e 1992 c.c.

Diversamente, se si ritiene che la responsabilità de qua colposa, allora colui che paga erroneamente un assegno non trasferibile non sarà tenuto ad erogare di nuovo la somma dovuta alla persona legittimata, trovando applicazione gli artt. 1189 e 1992 c.c.

8.2. La tesi della responsabilità oggettiva

Per un primo orientamento, la responsabilità in parola è oggettiva, con il corollario che in caso di pagamento di un assegno bancario non trasferibile in favore di chi non era legittimato, la banca non è liberata dall'originaria obbligazione finchè non paghi al prenditore esattamente individuato a prescindere dalla sussistenza dell'elemento della colpa nell'errore sulla identificazione dello stesso prenditore, trattandosi di ipotesi di obbligazione "*ex lege*".

A favore di questa ricostruzione, vengono messi in rilievo i seguenti elementi:

- l'art. 2001 c.c. ferma che le norme codicistiche sui titoli di credito si applicano se non disposto diversamente da leggi speciali; nel caso *de quo*,

però, c'è la legge speciale che dispone diversamente ed è l'art. 43 L. assegni, con la conseguenza che gli artt. 1189-1992 c.c. non saranno predicabili (+ IL);

- la *ratio* dell'art. 43 citato è quella di assicurare certezza, che diversamente non vi sarebbe (+ IR);
- la *ratio* dell'art. 43 citato è quella di derogare alla disciplina civilistica degli artt. 1189-1992 c.c.; diversamente, sarebbe una mera ripetizione (+ IR).

8.3. La tesi della responsabilità soggettiva

Per un secondo orientamento, la responsabilità in parola è soggettiva con il corollario che colui che paga a soggetto differente dal prenditore o dal banchiere giratario per l'incasso, nei casi di colpa lieve, è liberato ai sensi dell'art. 1992 c.c.
A favore di questa ricostruzione, depongono i seguenti rilievi:

- l'art. 43 L. assegni va completato con l'art. 1176 c.c. (+ AL);
- l'art. 43 L. assegni va completato con l'art. 1992 c.c.

8.4. Utilizzo del modello e previsione della sentenza

Applicando l'uso dell'intelligenza artificiale alla tematica in esame[421] ed alla luce di quanto esposto, emerge che è preferibile ritenere che alla luce dell'art. 43 L. assegni, la responsabilità di colui che paga è una responsabilità senza colpa che prescinde dai normali criteri di regolazione della responsabilità in materia di obbligazioni ed in particolare dagli articoli 1189 e 1992 c.c.

8.5. Sull'usura sopravvenuta

Recentemente la prima Sezione della Corte di Cassazione rimetteva, con ordinanza n. 2484 del 2017, gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della

[421] Essendo il presente elaborato prettamente giuridico non si riporta per intero la formula utilizzata per l'interpretazione giuridica. Per tali approfondimenti si rinvia a L. VIOLA, *Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, Vol. I, Milano, Streetlib, 2018, p. 194 ss.

causa alle Sezioni unite in relazione al contrasto sorto in ordine alla applicabilità dei criteri fissati dalla l. n. 108 del 1996 per la determinazione degli interessi usurari ai contratti di mutuo ancora pendenti alla data di entrata in vigore della menzionata legge.

La questione poneva il seguente quesito: nel caos in cui l'usurarietà sia sopravvenuta alla conclusione del contratto ancora in esecuzione, tale usurarietà assume rilievo determinando la sostituzione automatica delle clausole *ex* art. 1339 c.c. oppure non incide sul contratto già concluso ma ancora in esecuzione?

La prima Sezione evidenziava la presenza di due orientamenti contrastanti:

- uno che sosteneva la rilevanza (Cassazione civile 17150 del 2016);
- un altro che sosteneva l'irrilevanza (Cassazione civile 801 del 2016).

8.6. La tesi della rilevanza dell'usurarietà sopravvenuta

Per la tesi positiva sulla rilevanza, in tema di interessi usurari, le norme che prevedono la nullità dei patti contrattuali che determinano la misura degli interessi in tassi così elevati da raggiungere la soglia dell'usura, pur non essendo retroattive, in relazione ai contratti conclusi prima della loro entrata in vigore, comportano la inefficacia *ex nunc* delle clausole dei contratti stessi sulla base del semplice rilievo, operabile anche d'ufficio dal giudice, che il rapporto giuridico non si sia esaurito prima ancora dell'entrata in vigore di tali norme e che il credito della banca si sia anch'esso cristallizzato precedentemente[422].

Tale tesi si fonda principalmente sull'art. 1339 c.c., che si occupa dell'inserzione automatica di clausole:

- la sopravvenuta usurarietà contrasterebbe con la legge per cui opererebbe la sostituzione automatica;
- tale sostituzione colpirebbe il rapporto e non solo il momento dell'accordo,

[422] Così Cass. civ., 17 agosto 2016, n. 17150, in *Contratti*, 2016, 10, p. 909 ss.

per parte della giurisprudenza[423], relativamente ad un rapporto contrattuale di durata, l'intervento nel corso di essa, di una nuova disposizione di legge diretta a porre, rispetto al possibile contenuto del regolamento contrattuale una nuova norma imperativa condizionante l'autonomia contrattuale delle parti nel regolamento del contratto, in assenza di una norma transitoria che preveda l'ultrattività della previgente disciplina normativa non contenente la norma imperativa nuova, comporta che la contrarietà a quest'ultima del regolamento contrattuale non consente più alla clausola di operare, nel senso di giustificare effetti del regolamento contrattuale che non siano già prodotti, in quanto, ai sensi dell'art. 1339 c.c. il contratto, per quanto concerne la sua efficacia normativa successiva all'entrata in vigore della norma nuova, deve ritenersi assoggettato all'efficacia della clausola imperativa da detta norma imposta la quale sostituisce o integra per l'avvenire la clausola difforme, relativamente agli effetti che il contratto dovrà produrre e non ha ancora prodotto.

Nella sostanza, tale tesi sembra far leva su principi a carattere generale (AI).

8.7. La tesi dell'irrilevanza dell'usurarietà sopravvenuta

Per la tesi negativa in punto di rilevanza dell'usurarietà sopravvenuta, i criteri fissati dalla l. n. 108 del 1996, per la determinazione del carattere usurario degli interessi, non si applicano alle pattuizioni di questi ultimi anteriori all'entrata in vigore di quella legge[424].

Anche in questo caso, sembra che si sia voluto applicare un principio a carattere generale: la legge spiega effetto solo verso il futuro, non potendo inficiare contratti precedenti alla stessa e validi al momento della conclusione (AI).

8.8. Applicazione del modello e previsione di sentenza

[423] Cass. civ., 26 gennaio 2006, n. 1689, in *Impresa*, 2006, p. 1176 ss.
[424] Cass. civ., 19 gennaio 2016, n. 801, in *DeJure online.*

Applicando l'uso dell'intelligenza artificiale alla tematica in esame ed alla luce di quanto esposto, dalla equazione utilizzata, emerge che, rispetto ai quesiti posti, è preferibile ritenere che l'art. 1339 c.c. non possa trovare applicazione nei casi di usura sopravvenuta con la conseguenza che il contratto resterà impermeabile a questa, seppur ancora a rapporto non esaurito.

La previsione indicata è stata pubblicata il 24 aprile del 2017[425].

La sentenza della Cassazione[426] a Sezioni unite, ha sostanzialmente confermato la previsione di sei mesi prima affermando che: nei contratti di mutuo, allorchè il tasso degli interessi concordato superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura, come determinata in base alle disposizioni della l. n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula, né la pretesa del mutuante, di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato, può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di detta soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto.

9. L'*European Ethical Charter on the Use Of Artificial Intelligence in Judicial System and their environment*

Luci e ombre che contraddistinguono la decisione robotica sono al centro dell'interesse della Commissione Europea per l'efficacia della giustizia istituita presso il Consiglio Europeo.

Quest'ultima nel 2018 ha adottato quest'*European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial System and their environment*.

Esso è il primo strumento che, pur mettendo in evidenza le innumerevoli potenzialità dell'applicazione dell'intelligenza artificiale nel campo giudiziario,

[425] In *Scuoladirittoavanzato.com*, 2017.

[426] Cass. civ., Sez. un.,19 novembre 2017, n. 24675, in *DeJure online.*

impone un suo utilizzo nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone.
La Carta offre dei principi per orientare l'attività degli operatori protagonisti della applicazione dell'intelligenza artificiale nei sistemi giuridici.
Essa trova applicazione, in genere, ai trattamenti automatizzati di decisioni e dati giudiziari, basati su tecniche di intelligenza artificiale.
Infatti, gli algoritmi sono considerati un valido strumento in campo civile, amministrativo e commerciale per garantire una maggiore uniformità applicativa della legge e la coerenza delle decisioni giudiziarie.
Diversamente, in campo penale, l'uso dell'intelligenza artificiale è visto con timore alla luce, almeno allo stato attuale della sua capacità di affinare le discriminazioni sociali.
I cinque principi metodologici individuati dalla Carta prescrivono che le applicazioni dell'intelligenza artificiale devono assicurare il rispetto: dei diritti fondamentali della persona, del principio di non discriminazione, del principio della qualità e della sicurezza delle decisioni, dei principi di trasparenza, imparzialità ed equità degli algoritmi e del principio "under user control".
Gli algoritmi devono essere progettati in modo da evitare violazioni dei valori fondamentali degli individui e devono essere funzionali ad assicurare a tutte le parti l'effettivo accesso alla giustizia e ad un processo equo senza minare l'indipendenza dei giudici nel momento decisorio.
Il secondo principio prescritto dalla Carta è quello di non discriminazione: considerata la capacità degli algoritmi di classificare i dati evidenziando eventuali discriminazioni, i soggetti che li predispongono devono garantire che i metodi adottati non aggravino tale disparità.
I dati da inserire nei software, inoltre, devono provenire da fonti certificate e non devono subire modifiche prima del loro inserimento nei sistemi informatici; per tale ragione deve essere garantita la tracciabilità dell'intera procedura.
Anche gli algoritmi devono poter essere archiviati ed eseguiti in ambienti sicuri, in modo da garantire l'integrità e l'intangibilità del sistema.

Inoltre è auspicabile la creazione di un'equipe multidisciplinare volta ad implementare l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari.

Da ultimo secondo il principio "*under user control*" deve essere garantito il controllo delle decisioni automatizzate sia da parte dei professionisti che degli utenti.

L'enunciazione di questi principi è seguita da alcune appendici: la prima volta ad individuare le attuali applicazioni dell'intelligenza artificiale e la seconda i suoi reali sbocchi nell'imminente futuro.

Questo documento per quanto concerne il processo civile[427], mentre sottolinea la potenzialità degli strumenti di intelligenza artificiale con riguardo alla ricerca e alla sistemazione ragionata della giurisprudenza, evidenzia i limiti dei software decisionali.

Essi, infatti, sono limitati dalle statistiche dei campioni dei dati elaborati e la loro programmazione va rimodulata tutte le volte in cui una legge viene modificata o vi sia un'inversione della giurisprudenza.

10. Brevi considerazioni sul processo civile nell' era digitale

La tecnologia, al giorno d'oggi, è uno degli strumenti più efficaci a disposizione dell'essere umano per cercare di rispondere ai propri bisogni: è questo il motivo per il quale, essa ha un ruolo fondamentale nella creazione di servizi per i consociati.

La svolta informatica che vive attualmente la società annulla quelle che sono le categorie classiche dell'uomo.

In questo contesto si trova ad operare il legislatore, per regolare, secondo giustizia la vita nella società civile, costituita da fattispecie che si ripetono da millenni, ma cambiano fisionomia per l'utilizzo di nuovi strumenti e per lo sviluppo di nuove forme di relazione.

Nulla come la giustizia, dunque, ci porta ad interrogare su che cosa voglia dire essere

[427] Per quanto concerne il processo penale, invece, l'attenzione è circoscritta alle modalità attuative dell'algoritmo. Quest'ultimo deve essere redatto al fine di evitare disparità di trattamento e nel rispetto della legislazione penale europea in materia.

umani nell'era dell'intelligenza artificiale.

La rivoluzione informatica[428] e telematica del processo risulta ormai essere una trasformazione inevitabile.

Il processo telematico ha fatto ingresso nelle aule di Tribunale, obbligando gli operatori del diritto a cambiare approccio al diritto sostanziale e procedurale cambiando il loro metodo di lavoro.

Innanzi alla richiesta di cambiamento si registra un diffuso atteggiamento di chiusura che non riesce ad accogliere la tecnologia nelle mura del diritto processuale[429].

L'informatizzazione porta con sé numerosi ostacoli da affrontare per citarne alcuni: la carenza di una specifica progettualità di tipo informatico, provocata da assenza di sicurezza nel governare la macchina; la mancata corrispondenza della cultura amministrativa tradizionale con la cultura digitale; la limitatezza con cui sono considerate le potenzialità informatiche[430].

Tuttavia l'*e-government*[431]appare un percorso utile a rifondare una nuova idea di cittadinanza in cui l'amministrazione pubblica si può definire "*citizen oriented*", vale a dire ispirata ad un cliente di co-responsabilità dei cittadini, di partecipazione all'attività amministrativa, e magari di controllo di essa.

---

[428] Cfr. per una bibliografia essenziale in materia di diritto ed informatica: R. BIN, N. LUCCHI, *Informatica per le scienze giuridiche*, Padova, Cedam, 2002; R. BORRUSO, *Diritto civile e informatica*, Napoli, Esi, 2005; ID *Approccio umanistico all'informatica: un mondo di bit*, Napoli, Esi, 2007.

[429] A tale riguardo, appare emblematica una decisione del Trib. Milano, 15 gennaio 2015, n. 534, in *quotidianogiuridico.it,* nella quale l'organo giudicante ha ritenuto che il mancato deposito della copia di cortesia cartacea desse luogo a responsabilità aggravata *ex* art. 96, ult. comma, c.p.c. Il caso è certamente estremo, ma fa riflettere la giustificazione data dal giudice: il difetto avrebbe reso "più gravoso per il Collegio esaminarne le difese". La circola ministeriale del 28 ottobre 2014 sottolinea che la prassi della copia informale non "sostituisce né si aggiunge al deposito telematico, ma costituisce soltanto una modalità pratica di messa a disposizione del giudice di atti processuali trasposti su carta"; "non devono essere inserite ne fascicolo processuale", né il cancelliere deve apporvi il depositato.

[430] Cfr. M. BOMBARDELLI, *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit*., 5, 2002, p. 991 ss.

[431] L'*e-government* è attualmente al centro dell'attenzione nelle riflessioni sulla riforma dell'amministrazione pubblica in Italia. Sull'esperienza italiana di *e-government* è utile la consultazione del sito pianoegov.it

Tutto ciò ci porta ad alcune considerazioni sul processo telematico: in primo luogo il termine "telematico", deriva dal greco ed è composto dall'avverbio "tele", lontano, e dal suffisso "ema" che indica l'elemento funzionale che da forma a qualcosa.
Potremmo, dunque, definire telematico lo strumento che ci permette di dare forma al pensiero anche da lontano.
Tuttavia con un volo pindarico, si può ricordare che *thèléme* era anche l'abbazia immaginaria con cui il gigante Gargantua[432] prefigurava un mondo di libertà consapevole.
Essa era un luogo senza muraglie interne né esterne, dove tutti potevano entrare ed essere ben accolti, ognuno poteva portare il suo contributo e qualcuno si poteva anche smarrire.
Il processo telematico potrebbe allora diventare un luogo di più efficiente e consapevole applicazione della giustizia in un contesto di corresponsabilità.
In questa sede ci si limita a richiamare in maniere sommaria alcune considerazioni sul punto.
Le differenze di linguaggio tra informatica e diritto si presentano sostanziali: al diritto è connaturale un linguaggio caratterizzato da flessibilità; mentre l'informatica è costituita da un linguaggio a sè stante, artificiale, caratterizzato da precisione e controllabilità dell'elaborazione automatica.
I linguaggi non sono intercambiabili, ma al giurista, è assegnato l'ulteriore compito di far fruttare a pieno le potenzialità del digitale, a partire dall'utilizzo della lingua telematica.
Inoltre, non si può trascurare la multimedialità del linguaggio telematico: è chiara, infatti, l'enorme potenzialità di riproduzione di cose, eventi e fatti che può essere contenuta in un documento informatico[433].

---

[432] Il mitico gigante nato dalla penna di *Rabelais*, scrittore francese il quale pubblicò il celebre romanzo dall'omonimo titolo tra il 1532 e il 1564.
[433] Una buona definizione di documento informatico è fornita da P. LICCARDO, *Introduzione al processo civile telematico*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ*., 4, 2000, p. 1165 ss., secondo cui esso è il "documento che, non intelligibile in linguaggio naturale, non può essere letto se non a seguito della

Esso, protagonista del nuovo processo, è, in primo luogo interattivo e, dunque, in grado di riprodurre tutte le possibili forme di comunicazione con un solo supporto. Inoltre, attraverso l'uso dell'ipertesto, il documento informatico si accosta molto di più alla struttura del pensiero umano, che non è sempre lineare e consequenziale.

Il linguaggio telematico, dunque, favorendo l'immediatezza, la concentrazione e l'oralità potrebbe essere un valido strumento per una nuova concezione del processo civile.

Le sopra richiamate caratteristiche sono infatti le chiavi a cui Chiovenda affidava il buon andamento della giustizia, senza ancora poterne apprezzare i risvolti che esse assumono nell'era informatica.

Sembra, dunque, utile riflettere sull'informatica giudiziaria[434].

Di essa si auspicava facesse parte del processo di formazione del giurista già dall'aprile 1980, mese in cui il Consiglio d'Europa approvava la Raccomandazione "Informatica e diritto"[435], con lo scopo di promuovere l'insegnamento, la ricerca e la diffusione in materia di informatica e diritto.

La diffusione delle tecnologie informatiche ha richiesto ai legislatori, di creare norme *ad hoc* capaci di disciplinare nuovi fenomeni sociali reinterpretando le precedenti norme alla luce della nuova realtà.

L'evoluzione ha portato all'acquisizione di una sostanziale autonomia del "diritto dell'informatica", il quale ha cessato di essere una mera branca dell'informatica giuridica.

L'informatica giudiziaria, invece, volta allo studio dei problemi giuridici connessi alla informatica e alla telematica, nonché delle norme che disciplinano l'utilizzo

---

sua traduzione da parte della macchina".

[434] Intesa come automazione dell'intero procedimento giudiziario, onde consentire la gestione informatizzata di tutti gli atti e gli adempimenti che siano espressione di attività procedurali giudiziarie.

[435] La Raccomandazione prevede, in un linguaggio ormai distante dallo stato dell'arte attuale dell'informatica, di considerare l'elaboratore elettronico come fondamentale strumento d'uso per il giurista. Invita, dunque, all'approfondimento sistematico, accanto alle problematiche specifiche dell'informatica, delle applicazioni e degli strumenti giuridici legati alla protezione dei dati immessi negli elaboratori ed alla sicurezza informatica.

delle relative applicazioni, si è concentrata sugli strumenti informatici a disposizione del giurista e, più in generale, sulle applicazioni utili per la consultazione nell'ambito della giurisprudenza.

Il nostro Paese, come è noto, ha previsto la telematizzazione di tutte le attività giudiziarie, ad eccezione del grado di legittimità e del giudice di pace, con la creazione di ambienti giudiziari telematici e l'obbligatorietà del processo civile informatizzato a partire dall'anno 2014[436].

Tuttavia, tale innovazione ha mostrato la difficoltà della cultura giuridica a rimodernare le proprie categorie.

Sembra, infatti, che si sia tralasciata l'osservazione per cui il ricorso ad una nuova tecnologia determina cambiamenti nelle forme comunicative, in quanto essa si pone come *medium* nel rapporto tra gli uomini portando un mutamento di schemi[437].

La riflessione, dunque, si potrebbe in parte risolvere in considerazioni sparse sul concetto di forma, partendo dall'assunto pacifico della necessarietà di predeterminare le forme processuali.

Ed infatti, l'esperienza ha dimostrato che "le forme nel giudizio sono necessarie; la loro mancanza porta il disordine, la confusione e l'incertezza"[438].

In un ragionamento di tal fatta, la mente del giurista non può non andare ad una nuova interpretazione dell'art. 121 c.p.c., che, benchè affermi il principio della libertà delle forme impone l'utilizzo di forme idonee allo scopo da raggiungere anche in assenza di precise previsioni normative.

Ed il processo telematico sembra rivelarsi inadeguato in tal senso, essendo

---

[436] Il riferimento normativo è l'art. 16-*bis*, dl. 179 del 2012 (a più riprese aggiornato), in base al quale "a decorrere dal 30 giugno 2014 nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione, innanzi al Tribunale, il deposito degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti precedentemente costituite ha luogo esclusivamente con modalità telematiche, nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici". Per i procedimenti innanzi alle Corti d'Appello, lo stesso obbligo è a partire dal 30 giugno 2015. Nessuna telematizzazione è prevista, allo stato attuale, per il processo in Cassazione.

[437] Cfr. L.P. COMOGLIO, *Processo civile telematico e codice di rito. Problemi di compatibilità e suggestione evolutive*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ*., 3, 2015, p. 953 ss.

[438] F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1938, p. 168 ss.

ingabbiato in precetti e step ridondanti, pur di creare l'illusione che la macchina possa essere governata, nella scelta di formati quasi unici con cui procedere al deposito delle allegazioni delle parti dimostrando di non aver compreso le potenzialità del linguaggio informatico, nel mancato adeguamento delle norme del rito alla nuova forma tecnologica.

La visione si sposta allora, sull'analisi dell'atteggiamento nell'interpretazione delle norme che disciplinano il rito, essendo la tendenza al formalismo connaturata alla mente dei giuristi e degli operatori del diritto.

In primo luogo sarà dunque, il giudice ad essere chiamato a scegliere, tra le diverse interpretazioni possibili, quella che permette di non penalizzare la sostanza per la forma.

L'operatore nel processo, giudice o difensore, si trova difronte ad un'opportunità: cercare di modificare il suo modo di pensare per trarne vantaggi.

Sembra, allora, che la possibilità della costruzione di un nuovo linguaggio comune guidato da un sistema telematico non sia affatto argine alla libertà dai contenuti, quanto piuttosto concentrazione sulle argomentazioni essenziali per le parti e per il giudice, promuovendo una leale collaborazione che porta alla luce i dati effettivamente rilevanti negli atti e nelle sentenze.

Non si tratta, quindi, di comprimere il diritto di difesa in formulari standardizzati, ma di una evoluzione dei principi che presiedono l'applicazione della giustizia.

Per concludere nonostante le modificazioni e le evoluzioni della tecnica resta inalterata l'idea di fondo la giustizia sostanziale, poiché questa rimane mentre le forme cambiano.

Non resta che permettere alle nuove risorse e ai nuovi strumenti di aumentare l'uguaglianza delle opportunità, alla luce di una rinnovata concezione della forma di applicazione della giustizia.

11. Prove, argomentazioni e intelligenza artificiale.

Esistono oggi molti programmi di intelligenza artificiale che possono guidare il giudice nella valutazione delle prove.

Sono stati sviluppati alcuni programmi che aiutano l'organo giudicante a ricostruire i fatti sulla base degli indizi che in casi precedenti hanno svolto un ruolo fondamentale nella ricerca: ad esempio il programma ECHO e PEIRCE-IGTT, applicazioni che elaborano ipotesi e strategie di accusa e di difesa.

Tutto questo amplia di molto il campo di ricerca e allo stesso tempo rende la ricerca molto efficiente.

Ma l'intelligenza artificiale è già stata applicata anche nell'ambito dell'individuazione dei posti in cui è più verosimile rinvenire delle tracce[439].

Oggi si ricorre anche alle autopsie "virtuali", che passano al setaccio i dati ottenuti fisicamente in tale operazione e formulano diverse ipotesi sulle possibili cause del decesso in base ai dati dell'autopsia[440], ipotesi che aiutano l'organo giudicante quando raffrontano questi dati con altri che escono dall'indagine, alla ricerca della corretta ricostruzione dello svolgimento dei fatti.

Infine, la psicologia della testimonianza ha sviluppato a lungo una serie di parametri di credibilità di un testimone, a seconda della luce, della distanza dell'osservazione, dell'età della memoria, dell'effetto di messa a fuoco, del consumo di sostanze.

A questo proposito è in fase di sviluppo la tecnologia per applicare questi parametri in modo obiettivo, senza dipendere dalla soggettività della valutazione del giudice[441].

Probabilmente, però, i risultati più promettenti dell'intelligenza artificiale si concentreranno nella vera e propria attività di argomentazione giuridica.

---

[439] E'il cosiddetto *Data Mining*, in cui specifici programmi elaborano ipotetiche scene del crimine basandosi sui dati delle scene di precedenti crimini, e ciò al fine di prevedere dove le prove possano essere trovate con maggiore probabilità; a questi programmi viene attribuito un indice di efficacia del 68% di gran lunga superiore a quello dell'essere umano. Del resto fino ad oggi l'individuazione degli indizi si è fondata sull'intuizione, sull'esperienza della polizia. Poter utilizzare un programma che utilizza questa esperienza e soprattutto spiega le ragioni alla base di tale esperienza può permettere di scoprire i reati in modo più rapido.

[440] J. FERRER BELTRAN, *La valoraccion racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 129 ss.

[441] J. IBANEZ PEINADO, *Psicologia e investigacion criminal: el testimonio*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 25ss.; M. DIGES, N. PEREZ MATA, *La prueba de identificacion desde la Psicologia del testimonio*, in AA. VV., *Identificaciones fotograficas y en rueda de reconocimiento: un analisis desde el Derecho procesal penal y la Psicologia del testimonio,* Madrid, La Ley, 2014, p. 36 ss.

E' impressionante vedere dal vivo come un programma informatico, a cui viene attribuito un determinato argomento di discussione, riesca, in pochi secondi, ad elaborare argomenti a favore e contro, supportandoli tutti con riscontri documentali sorprendenti, riscontri che qualsiasi essere umano impiegherebbe mesi per raccogliere.

Tuttavia l'attività argomentativa non è sempre così facile, perché richiede un'importante attività di persuasione che non dipende solo da variabili prevedibili.

Inoltre, il ragionamento giuridico non è sempre logico, nel senso che non è sempre prettamente meccanico.

E' un compito eminentemente persuasivo che può essere solo parzialmente copiato da una macchina quando non si tratta di un caso paradigmatico.

Il lavoro dell'interprete non può essere svalutato, poiché le situazioni non sono mai totalmente identiche tra loro e poiché le interpretazioni delle norme giuridiche non sono finite e predeterminate[442].

Per tale ragione, l'intelligenza artificiale può aiutare molto il giurista nell'elaborazione delle proprie argomentazioni ma non potrà mai sostituirlo del tutto.

Come sottolineano molti esperti di intelligenza artificiale[443], è possibile che in futuro non ci sia bisogno di più giuristi di quanti ci siano oggi.

Di sicuro, però, sarà essenziale che i giuristi del futuro abbiano un livello di eccellenza per poter superare il modo tradizionale di ragionare, andando al di là delle possibilità offerte dai software informatici.

Allo stesso modo è ipotizzabile che le sentenze saranno in futuro più prevedibili, il che consentirà un miglior calcolo dei rischi prima di iniziare un processo[444].

Di conseguenza, l'intelligenza artificiale renderà la persuasione meno ardua, dal

---

[442] Ad esempio le interpretazioni sono influenzate da argomenti storici e teleologici, necessarie per adeguare le norme alle mutate esigenze della realtà.

[443] Vedi M. TARUFFO, *Paginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 517 ss.

[444] Ad esempio, Watson di IBM è un programma che a fronte di un determinato argomento di discussione, è in grado di analizzare i testi disponibili sul tema, di selezionare gli argomenti che sembrano più solidi e di esprimerli in un linguaggio comune suggerendo informazioni precise sul caso.

momento che gli argomenti a favore e contro le diverse opzioni potranno essere accolti più facilmente e, non saranno influenzati dalle emozioni, ma si fonderanno solo su dati oggettivi.

12. Conclusioni

Non è ad oggi possibile immaginare dove l'intelligenza artificiale potrà giungere in futuro.

La robotica sicuramente può costituire un valido strumento per implementare l'efficienza della giustizia civile e semplificare l'attività decisoria, almeno per quanto riguarda la consultazione delle banche dati giurisprudenziali in un'ottica diagnostica[445].

Al contempo, l'intelligenza artificiale può rappresentare un ausilio in tutte quelle decisioni in cui si chieda al magistrato (o nel nostro campo di indagine di un arbitro o un soggetto terzo) di compiere ragionamenti induttivi basati sulla probabilità matematica[446].

In questi ambiti i giudici possono godere di un'effettiva comodità nel "giudicare"[447].

Per quanto concerne, invece, gli altri campi le attuali applicazioni pratiche hanno iniziato a tratteggiare le future tendenze, ma, come pongono in luce gli studi allegati all'*European Ethical Charter*, non sono in grado di statuire in modo puntuale sul singolo caso, bensì solo di individuare l'orientamento decisionale in fattispecie simili a quella in esame.

In un simile contesto il giudice potrebbe avvalersi di queste soluzioni statistiche, oltre che per suffragare la propria interpretazione, per elaborare delle bozze di provvedimenti.

Inoltre, la macchina consente di limitare in modo effettivo il perimetro entro cui deve essere esercitato il potere decisorio dell'organo giudicante permettendo la

---

[445] Come ammoniva F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, op. *cit.*, p. 201 ss.

[446] F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, *op. cit*., p. 208 ss.

[447] La robotica può aiutare anche l'attività di ricerca e assunzione della prova come pone in luce J. NIEVA FENNOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, *op. cit*., p. 20 ss.

redazione di decisioni più conformi ai dati legali.

Non è possibile ritenere, invece, che possa costituire, almeno per quanto riguarda il campo civile, una problematica il possibile errore della macchina.

A tale proposito può rappresentare un ausilio il ricorso, come evidenzia la Commissione, a un'equipe multidisciplinare per la delineazione dell'algoritmo, la cui struttura necessariamente deve essere resa pubblica, al fine di garantire la possibilità di una revisione della decisione in sede di impugnazione.

Ebbene, queste prime attuazioni possono produrre oltre ai benefici già esposti anche un'ulteriore comodità nel giudicare individuando il probabile orientamento del giudice, disincentivando un ricorso alla giustizia qualora siano pronosticate scarse *chances* di vittoria.

Diversamente il calcolo probabilistico potrebbe favorire forme alternative di risoluzione delle liti qualora le parti, alla luce del risultato probabilistico confezionato dall'algoritmo con riguardo alla propria vertenza, ritengano che i vantaggi derivanti dal giudizio non siano a loro favorevoli.

Il dato elaborato dalla macchina potrebbe, ad esempio rappresentare il punto di riferimento su cui negoziare la controversia.

Inoltre le parti in lite, nella loro libertà contrattuale potrebbero decidere di aderire all'algoritmo rinunciando di ricorrere alla giustizia ordinaria, configurando la decisione robotica come una forma alternativa di composizione della lite[448].

Tale ultima possibilità, tuttavia, dovrebbe essere subordinata alla concessione di un'informativa chiara e trasparente del significato di una decisione, che, derivando da un calcolo matematico, può essere difforme da quella proposta dal giudice quale essere umano.

In altri termini, è possibile ritenere che la complessità del ragionamento giuridico non possa essere ricondotto ad un mero calcolo matematico, non possa essere

[448] Come afferma, S.A. MEKKI, *Justice prédictive et accès au juge. Le point de vue d'une universitarie*, in *La justice prédictive*, a cura dell'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Court de cassation, Parigi, Dalloz, 2017, p. 60 ss.

completamente devoluta al giudizio di macchine.

Ciò non esclude, tuttavia, che non sia auspicabile una loro reciproca convivenza.

Un'ultima osservazione ovvia, ma necessaria.

L'intelligenza artificiale è umana, perché l'hanno resa umana, pur essendo in grado di apprendere dai dati che raccoglie. Ma l'intelligenza artificiale di solito non emette le sentenze bensì aiuta solo ad emetterle.

Forse in futuro dovremo scegliere se prendere una decisione difforme dagli algoritmi, ma sarà sempre nelle nostre mani farlo, il che ci costringerà a spiegare le ragioni e renderà la motivazione più completa[449].

I passaggi sono semplici: i dati da soli non ci danno alcuna informazione sulle regolarità in essi contenute.

Possono avere una base di dati ampia quanto desidero ma non sapere quale sia il grado di correlazione, fra ad esempio, il tasso di disoccupazione di un Paese e la probabilità di avere un contenzioso in materia giuslavoristica.

E' possibile però ricavare una regola da una prima base dati e poi applicare quelle regole ad un nuovo caso.

Il potenziale, negativo o positivo che sia della giustizia algoritmica è tutto qui.

Esso si incardina in un ambito che travalica i confini della squisita applicazione di algoritmi già prodotti e consolidati.

Volendo dunque definire il perimetro delle problematiche che attengono alla giustizia algoritmica occorre tener conto sia delle dimensioni di carattere organizzativo, sia delle dimensioni che attengono alla tutela del rapporto tra il cittadino e il dato.

L'algoritmo è un percorso con paletti delineati e tempi certi e si presenta come un elenco finito di istruzioni univocamente interpretabili.

Il problema[450] allora non è l'algoritmo, ma i dati immessi, i singoli passaggi, la loro

---

[449] J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, *op. cit*., p. 4 ss.

[450] Considerazioni in senso negativo sono rinvenibili in dottrina in M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo diritto civile*, Milano, 2018, I, p. 10 ss. "I veri dubbi sulla possibilità di rimpiazzare il giudice con un robot sono sollecitati da ostacoli politici, giuridici e tecnici, fra i

trasparenza. Quanto è necessario perché siano affidabili è la bontà e la completezza dei dati immessi e la controllabilità dei dati e dei passaggi da parte di tutti i soggetti coinvolti.

SEZIONE 2

quali spiccano l'incompletezza e l'opinabilità dell'operazione di selezione dei fatti rilevanti per il giudizio; la difficoltà di decidere con quale dottrina del diritto istruire il robot; le contraddizioni logiche insite nella scelta di istruire i robot nella scelta dei precedenti.".

1.Brevi cenni sulla conclusione automatizzata dei contratti

La possibilità che, attraverso l'uso di tecnologie siano conclusi contratti in forma automatizzata rappresenta, ormai da diversi anni una realtà consolidata, soprattutto nel settore bancario e finanziario.

Sul tema è intervenuto con la legge n. 12 dell'11 febbraio 2019, il legislatore italiano prendendo in considerazione per la prima volta i temi dei c.d. *smart contract* e della c.d. *blockchain*[451].

Si definisce *smart contract* un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate sui registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale.

Ad oggi, l'Agenzia in questione non ha ancora individuato i necessari *standard* tecnici.

Viceversa l'Agenzia il 26 marzo 2020 ha emanato le linee guida che consentono ai possessori delle identità SPID (ovvero il sistema di identificazione digitale pubblica), non solo di identificarsi quando utilizzano servizi digitali, ma anche di firmare con pieno valore giuridico i documenti informatici, così determinando le condizioni giuridiche per riconoscere la natura di atto scritto agli *smart contract.*

Possiamo affermare che sul piano legislativo si registra un certo fermento anche nel nostro Paese riguardo ai temi in esame, ma senza che si intraveda l'esistenza di un disegno complessivo.

Senza entrare in inutili valutazioni di politica legislativa, non possiamo non notare come ogni giorno innumerevoli operazioni economiche vengono concluse, in tutto o in parte, automaticamente da *software* (dunque, da algoritmi) per via telematica,

---

[451] Per i primi commenti sulla disciplina in esame si veda C. BOMPREZZI, *Commento in materia di blockchain e smart contract alla luce del nuovo decreto semplificazioni e disponibile online all'indirizzo internet* in *dmt.it.*; F. SARZANA, *Blockchain e smart contract nel nuovo decreto semplificazioni*, in *Dir. di Internet*, 2019, p. 17 ss.

senza l'intervento umano[452].

Tali operazioni vengono ormai qualificate in termini di trading algoritmico e identificate con l'espressione di *smart contract.*

Più precisamente, con la locuzione *smart contract* si fa riferimento a situazioni in cui sono tradotte in codice informatico, si da risultare intellegibili per il *software* tramite il quale l'operazione deve svolgersi, non solo le regole che formano il regolamento contrattuale, ma anche le circostanze di fatto in presenza delle quali deve eseguirsi automaticamente una prestazione.

In altri termini può qualificarsi *smart contract* qualsiasi operazione economica che possa operare, indipendentemente dall'intervento umano, sulla base delle regole date e delle informazioni acquisite in corso d'opera dal congegno automatizzato tramite il quale l'operazione si svolge.

E, dunque sulla base dell'accertamento automatico che il relativo software compie circa l'avverarsi, o meno, di determinate condizioni, a cui fa seguito l'automatica esecuzione delle azioni collegate a detto accertamento[453].

Inoltre, l'algoritmo è programmato per gestire ogni sopravvenienza, per eliminare la possibilità che possa alterarsi imprevedibilmente l'equilibrio del rapporto.

Per tutti questi motivi gli *smart contract*, cosiddetti "contratti intelligenti" stano riscontrando un grandissimo successo sul mercato: sono utilizzati sempre più spesso sia nell'ambito del commercio business to consumer che nell'ambito dei rapporti business to business.

Nella categoria dei *smart contract* possono rientrare sia veri e propri contratti, quanto singole fasi di una operazione contrattuale, o anche solo di una operazione economica.

---

[452] Si veda su tutti, AA. VV. *Gli smart contract e lo smarrimento del giurista nel mondo che cambia*, Fintech, 2019, p. 157 ss.

[453] Non è remota l'ipotesi che l'operato dell'algoritmo non rispecchi fedelmente la volontà delle parti a causa della traduzione informatica inesatta dell'accordo da eseguire ovvero perché l'algoritmo assume iniziative in qualche modo non previste da chi l'ha progettato. Sul punto, *ex multis*, cfr. Ed. Finn., What Algoritms Want Imaginagion in the Age of Computing, Mit Ed., Boston (Mass., USA), 2017.

Occorre precisare sin d'ora che quando il contratto si conclude esclusivamente attraverso l'attività di un software, l'accertamento automatizzato dei presupposti fattuali di perfezionamento dello stesso dovrà svolgersi in ossequio a regole prefissate dalle parti in un contratto quadro o in un regolamento contrattuale[454].

Può, tuttavia avvenire, che il regolamento contrattuale sia, in realtà, predisposto da una sola parte e sia aperto all'adesione della controparte, o meglio di innumerevoli altre potenziali controparti.

Da questi brevi cenni possiamo osservare come lo sviluppo della telematica aprono per i mercati possibilità sino a pochi ani fa inimmaginabili.

Accade così che già da qualche tempo si discuta di *Internet of things*[455] per indicare come la rete internet sempre più diventerà in futuro un ambiente attraverso il quale comunicheranno tra loro cose piuttosto che persone.

Le applicazioni concrete di tali tecnologie sono riscontrabili in ogni fase della gestione di beni di consumo: durante la produzione, l'immagazzinamento, la distribuzione, la vendita o l'assistenza post-vendita.

Si ritiene ormai diffusamente che l'*Internet of things* determinerà nei prossimi anni la completa digitalizzazione delle nostre vite.

Se non che, lo sviluppo di tali tecnologie sta avvenendo in maniera talmente rapida e complessa che i giuristi, palesano forti incertezze nel trattare le relative problematiche.

A conferma della accennata incertezza, possiamo riferirci al fatto che quando si vuole fare un esempio di *smart contract* si fa riferimento a ciò che avviene nel mercato delle assicurazioni per autoveicoli.

In questo settore sulla base dei dati rilevati grazie ad apparecchiature tecnologiche collegate a borde delle vetture, il *software* in uso presso la compagnia assicurativa

---

[454] Tale regolamento esprime la comune volontà delle parti di pervenire alla conclusione dei contratti a valle, attraverso sistemi automatizzati, in presenza di determinati presupposti, e magari a certe condizioni piuttosto che ad altre a seconda dell'accertamento effettuato dal sistema del verificarsi di variabili prefissate.

[455] L'espressione si ritiene sia stata coniata nel 1999 da *Kevin Ashton.*

riceve informazioni sul comportamento del conducente.

Se non che, come è evidente, nel caso di specie l'apporto della tecnologia è limitato a fornire informazioni ad una piattaforma tecnologica che, concretizza gli effetti del contratto condizionati da quelle informazioni.

Dunque, a ben vedere, siamo all'interno di una vicenda che non sembra cerare problemi sul piano giuridico, in quanto potrà essere ricondotta nelle tradizionali figure contrattuali; mentre solleva questioni tecniche in quanto è necessario garantire che i dati siano raccolti e comunicati in modo corretto e che la conseguente automatica modulazione degli effetti del contratto tra le parti corrisponda effettivamente a quanto pattuito tra le stesse.

Del tutto diversa è, invece, l'ipotesi che si realizza quando a decidere se stipulare il contratto sono due o più software che, sulla base degli algoritmi co cui sono programmati, assumono decisioni autonomamente.

Tali *software*, possono tra loro comunicare e, trattare una determinata operazione economica automatizzata, peraltro acquisendo operazione dopo operazione modalità decisionali anche diverse rispetto a quelle originariamente previste nell'algoritmo di riferimento. E questo perché tali software sono spesso programmati per memorizzare le esperienze acquisite sul campo e conformare i propri comportamenti futuri alle informazioni così acquisite.

Attraverso questi processi di apprendimento i software si formano, giorno dopo giorno, autonomamente attraverso l'acquisizione di informazioni, sicchè il loro operato molto difficilmente può essere ricondotto ad una precisa volontà umana.

In definitiva si può ribadire quanto già sopra affermato circa il fatto che, al momento, sul piano giuridico al concetto di *smart contract* appare riconducibile una gamma di fattispecie vastissima.

La stessa incertezza, financhè definitoria, si sconta perfino nella dottrina americana che si sta occupando degli *smart contracts*; e così si indaga la questione della presunta autosufficienza degli *smart contracts* rispetto agli istituti giuridici e ai Tribunali, in particolare relativamente al fatto che gli algoritmi, in molti casi,

ambirebbero a gestire automaticamente anche i problemi esecutivi sopravvenuti e, persino, dispute tra le parti.

Si esamina il problema delle responsabilità concernenti l'operato degli *smart contracts* ed infine si approfondisce il nodo del rapporto tra volontà umana e funzionamento dell'algoritmo.

2. Le banche e gli intermediari finanziari nell'era digitale

Negli ultimi anni il mondo bancario e finanziario si è dovuto confrontare con il fenomeno comunemente chiamato "*fintech*"[456].

Con questo termine s'intende in via generale l'applicazione delle tecnologie digitali all'erogazione dei servizi finanziari, con conseguente innovazione dei modelli di business, delle applicazioni e dei prodotti.

Tale definizione include diverse tipologie di servizi, che riguardano molteplici attività del sistema finanziario: quelle relative al finanziamento delle imprese, la gestione degli investimenti e i servizi di pagamento.

Gli sviluppi registrati nei servizi *fintech*, sono in grado di generare evidenti vantaggi in termini di qualità ed efficienza delle operazioni finanziarie.

In primo luogo consentono di ridurre i costi di transazione, facilitando l'incontro tra investitori e prenditori di fondi.

In secondo luogo questo strumento consente di trasmettere informazioni in modo più sicuro ed economico e migliorare i processi decisionali relativi all'allocazione delle risorse, riducendo i costi di verifica delle transazioni e delle controparti.

In questo settore l'innovazione digitale può provenire da diverse fonti.

Se da un lato, infatti, sono nuove imprese, tipicamente start up innovative, che lanciano nuovi servizi sul mercato, dall'altro si è osservata negli ultimi anni l'entrata delle grandi aziende tecnologiche come ad esempio Apple e Samsung.

---

[456] La classificazione dei servizi *fintech* comprende generalmente anche le assicurazioni. In tal caso, l'innovazione tecnologica consente non solo la vendita dei servizi in oggetto tramite canali digitali, ma offre la possibilità ai gestori dei servizi di utilizzare i dati generati dai diversi *device* elettronici per meglio predire rischi.

In altri casi sono gli stessi intermediari bancari e finanziari che sviluppano i servizi *in house* o attraverso l'acquisizione di società *fintech*.

L'innovazione digitale fino ad oggi ha prodotto profondi cambiamenti nel settore bancario e finanziario.

Nei sistemi economici con un basso livello di finanziarizzazione, i servizi digitali si sostituiscono per certi versi al sistema bancario tradizionale, favorendo l'inclusione finanziaria di soggetti non bancabili[457].

Nei sistemi economici più sviluppati i servizi in oggetto possono essere in competizione con i servizi tradizionali, ma in molti casi diventano complementari agli stessi.

Per una miglior comprensione degli effetti dei servizi *fintech* nel mondo bancario, occorre anche distinguere tra le diverse tipologie di innovazione.

In alcuni casi, i nuovi servizi hanno la potenzialità di sostituire quelli esistenti perché modificano le relazioni tra investitori e soggetti finanziati.

Si pensi, ad esempio, al *pear to pear lending*, che mette direttamente in relazione risparmiatori e prenditori di fondi, o alle *criptovalute*, che consentono di effettuare pagamenti senza il controllo di una terza parte.

In altri casi, l'innovazione può rendere più efficienti i servizi esistenti, contribuendo al possibile rafforzamento di quegli intermediari che saranno in grado di implementare le innovazioni in oggetto.

Si pensi, per esempio, ai sistemi di business *analytics* ed intelligenza artificiale per la valutazione del merito creditizio.

Come spesso avviene nei processi di innovazione, le nuove soluzioni *fintech* hanno preceduto la regolamentazione legislativa di queste.

Le scelte che saranno effettuate dai legislatori nazionali e sovranazionali influenzeranno naturalmente il loro sviluppo e la competizione con i servizi tradizionali.

---

[457] Si pensi al caso delle piattaforme digitali per l'erogazione di microprestiti alle piccole imprese nei Paesi in via di sviluppo.

L'assenza di una regolamentazione completa ed articolata in questo campo rende oggi più difficile definire il perimetro dei servizi in oggetto.

L'analisi fin qui svolta ha messo in evidenza una comune caratteristica di tutti i strumenti considerati, ossia il loro potenziale effetto dirompente nei confronti dei modelli di intermediazione esistenti.

Tale effetto è principalmente legato alla capacità di valute e piattaforme digitali di mettere in collegamento diretto controparti di una transazione senza il ricorso di un intermediario.

Al tempo stesso, tuttavia, occorre evidenziare che ad oggi non sono osservabili effetti di sostituzione significativi degli strumenti e degli intermediari finanziari tradizionali.

Questo avviene perché lo sviluppo dei servizi *fintech* è ancora oggi soggetto ad incertezze regolamentari che ne ostacolano un pieno sviluppo.

Inoltre, diversi servizi, sono ancora rivolti ad un insieme di soggetti che avrebbero difficoltà a rivolgersi a canali di finanziamento tradizionali.

Infine gli intermediari esistenti hanno fatto passi in avanti, soprattutto nell'industria del risparmio gestito, per incorporare tali servizi nell'offerta alla propria clientela finale.

E' molto probabile che nei prossimi anni il mondo bancario e finanziario possa subire, per effetto di ulteriori sviluppi dei servizi *fintech*, profonde trasformazioni, legate ad un più diffuso utilizzo di strumenti di pagamento elettronici.

3. La Direttiva europea sulla *class action*

Con la l. 12 aprile 2019 n. 31 è stato introdotto nel codice di procedura civile un nuovo Titolo chiamato "dei procedimenti collettivi", ove viene disciplinata la nuova normativa dell'azione di classe, nonché dell'azione inibitoria precedentemente regolate negli artt. 139, 140 e 140bis cod. cons.

Come noto nel nostro ordinamento l'azione collettiva risarcitoria[458] si sviluppa nell'ambito del diritto dei consumatori, con l'obiettivo di riequilibrare quell'asimmetria processuale che altrimenti penalizzerebbe il soggetto consumatore; allo stesso tempo tale azione vuole rappresentare un rimedio volto a permettere ai consumatori danneggiati da un evento c.d. pluri-offensivo di poter usufruire di un'azione risarcitoria comune.

Occorre riflettere che le grandi aziende guadagnano sul danno che colpisce un'intera categoria di soggetti consumatori che presi singolarmente rinuncerebbero a far valere i loro diritti vista la sproporzione tra i costi di un giudizio e i vantaggi conseguibili da questo.

In altri termini i modello di tutela individuale italiano è stato fino ad allora insufficiente difronte ai pregiudizi di massa.

La disciplina dell'art. 840*bis* c.p.c. rappresenta una innovazione per quanto concerne l'ambito applicativo dell'azione di classe in confronto con il testo dell'art. 140*bis* cod. cons.

Infatti la nuova azione può essere utilizzata per tutelare diritti individuali omogenei[459] e potrà essere esperita da ciascun componente della classe, dalle organizzazioni senza scopo di lucro che abbiano come obiettivo la tutela di tali diritti ed iscritte in un apposito elenco.

Inoltre tale azione dovrà proporsi contro l'autore della condotta lesiva, ossia imprese, enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, per gli atti e i comportamenti posti in essere nello svolgimento della loro attività.

L'oggetto dell'azione di classe è rappresentato dall'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni[460].

Possiamo notare fin da ora come l'azione di classe anche dopo la riforma resta

---

[458] A. CARRATTA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur. it*, 2019, p. 609 ss.

[459] V. Cass. civ., 31 maggio 2019, n. 14886, in *DeJure online*.

[460] C. CONSOLO*, L'azione di classe trifasica, infine inserita, nel c.p.c*., in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 714 ss.

un'azione a tutela di diritti omogenei ed individuali[461].

Una differenza si rileva con riguardo agli interessi colletti, che, non sono più presi in considerazione nel testo dell'art. 840*bis* c.p.c.

Possiamo affermare che l'azione di classe sia diventata oggi uno strumento generale a presidio di tutti i componenti di una classe prescindendo dalla qualifica da questi rivestita.

Tutti i soggetti che hanno subito un pregiudizio a causa di una condotta lesiva posta in essere da un'impresa sono oggi legittimati ad agire.

Occorre sottolineare come il legislatore della riforma così facendo vada a riempire un vuoto di tutela presente fino al 2019 nei confronti di categorie di soggetti che non avendo la qualifica di consumatore, non potevano allora avvalersi dell'azione di classe[462].

In altri termini oggi viene ampliata la platea dei soggetti legittimati ad agire con tale azione, sino a ricomprendere le associazioni rappresentative, in un'ottica di maggiore tutela del mercato.

La nuova azione di classe è posta a tutela di tutti i diritti individuali omogenei dei componenti della classe.

Tale omogeneità deve essere comune a tutte le pretese dei soggetti che appartengono a una classe e decidano di aderire[463].

Rimane, tuttavia, in sospeso la determinazione degli interessi giuridicamente rilevanti per i quali è possibile utilizzare tale strumento.

Questo non solo per il caso in cui la classe sia quella dei soggetti consumatori ma anche per tutti i componenti di una classe.

---

[461] A. GIUSSANI, *Diritti omogenei o omogeneizzati nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc*., 2020, p. 362 ss. Sul punto, cfr. anche M. DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. e prev*., 2010, p. 1936 ss.; M. NATALE, *Diritti omogenei e potenziamento dell'azione di classe*, in *Danno e resp*., 2019, p. 118 ss.

[462] A. DI LANDRO, *Interessi dei consumatori ed azione di classe*, Napoli, Esi, 2012, p. 17 ss.

[463] V. Cass. civ., 31 gennaio 2018, n. 2320, in *DeJure online*. La Cassazione ha ribadito che "la finalità dello strumento processuale dell'azione di classe introdotta dal legislatore nel 2009 è quella di tutelare i consumatori di fronte a condotte illegittime che esplicano i propri effetti, in maniera analoga, su una pluralità di individui".

La prima fase del procedimento è fondamentale in quanto il giudice deve accertare, sotto pena di inammissibilità, la meritevolezza dei diritti individuali omogenei per i quali viene esperita l'azione.

La disciplina post riforma determina il passaggio dell'azione di classe dalla sfera della tipicità a quella dell'atipicità: qualsiasi interesse di una classe, purchè giuridicamente rilevante, può diventare oggetto di tutela dell'azione collettiva.

All'esito della riforma il risultato è una protezione atipica riservata a tutti i consumatori, i quali, potranno utilizzare tale azione ogni volta in cui a seguito di un fatto pluri-offensivo subiscano la violazione di un qualunque diritto riconosciuto nell'art. 2 del cod. cons.

Oggi l'azione di classe può utilizzarsi dai consumatori per la tutela dei diritti individuali e omogenei lesi nell'ambito di rapporti con imprese e soggetti esercenti servizi pubblici o di pubblica utilità.

Tale azione potrà essere utilizzata dai consumatori per la tutela dei diritti individuali e omogenei in materia di servizi di comunicazione elettronica, servizi finanziari, servizi di viaggi e di trasporti tutto compreso e nei rapporti transfrontalieri per la cui conclusione è stato utilizzato il commercio elettronico; nonché in caso di violazione del diritto all'educazione al consumo e dei diritti connessi ai contratti e servizi digitali ma anche per la protezione in forma collettiva del diritto alla salute, del diritto ad un'adeguata informazione ed a una corretta pubblicità.

Per quanto concerne gli effetti l'azione di classe come in passato rimane una azione di condanna volta ad ottenere il risarcimento del danno (e le eventuali restituzioni).

CONCLUSIONES

I

No todos los litigios contractuales de los consumidores están cubiertos por al menos una entidad de ADR en cada uno de los sectores económicos abarcados por la directiva de ADR.

De hecho, los organismos de ADR en Italia no cubren ciertos servicios de transporte (como el tráfico aéreo), para los que no existe una autoridad competente.

Válido resulta mencionar que los servicios de seguros carecían anteriormente de regulación en materia de ADR.

Sin embargo, la creación del Árbitro de Seguros tendrá lugar en breve y cubrirá completamente este sector.

II

En el sistema jurídico italiano, se ha fomentado la confianza en los mecanismos de justicia alternativa al hacer obligatoria la adhesión del profesional al procedimiento iniciado voluntariamente por el consumidor.

En concreto, la adhesión obligatoria a los procedimientos de ADR relativos a los ámbitos de competencia de la ABF la establecen, por ejemplo, los bancos y otros intermediarios inscritos en las listas del Banco de Italia.

La obligación está siempre presente en todos los procedimientos de negociación conjunta, en virtud de la firma por parte del profesional de formularios especiales que le obligan, antes de que surja el conflicto, a adherirse al procedimiento eventualmente propuesto por los consumidores.

Las autoridades competentes, en general, se fijan como objetivo definir, a través de las decisiones tomadas por las entidades de ADR, pautas estables para una tramitación más eficaz de las reclamaciones y la resolución de los litigios relativos a un mismo caso, con el fin de crear una nueva jurisprudencia que permita reducir los litigios.

III

Se prevé una obligación de información para el comerciante, en caso de que suscriba mecanismos alternativos de resolución de conflictos, para indicar al consumidor en el momento de la celebración del contrato la posibilidad de hacer uso de estas herramientas. También se ha previsto la publicidad de este mecanismo en los sitios web de los comerciantes a través de un link especial.

IV

Es relevante la cooperación entre el Ministerio de Desarrollo Económico y los órganos de negociación conjunta de la ADR.

Estos últimos están presentes en varios sectores económicos: transporte ferroviario, energía, gas entre otros.

Las ventajas del procedimiento de Negociación Conjunta, tanto para las empresas (que así fidelizan a sus clientes) como para los consumidores, impulsaron al Ministerio a promover la difusión del modelo de Órganos de Negociación Conjunta

y el seguimiento de la calidad de los procedimientos de negociación activados.

V

Durante la pandemia de Covid-19, también surgió un mayor uso de los mecanismos de justicia alternativa por parte de los consumidores online.
La pandemia no afectó a la posibilidad de recurrir a las instancias de ADR ni a la eficacia de estos instrumentos: la informatización de los trámites procesales y, junto a ella, la organización a distancia de las actividades, incluida la toma de decisiones, fueron aprovechadas para cumplir su compromiso.

VI

Una de las causas más frecuentes de ineficacia del procedimiento de ADR es el incumplimiento de la decisión por parte del profesional.
A este respecto, parece útil extender a todos los procedimientos de ADR el mecanismo de las negociaciones conjuntas, al que el profesional se compromete de antemano a adherirse.
De hecho, cabe recordar que el Parlamento Europeo, en su resolución de 25 de octubre de 2011 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en materia civil, mercantil y de familia, llamó la atención precisamente sobre la conciliación conjunta italiana como ejemplo de buenas prácticas.
La vinculación del profesional a la decisión del organismo podría tener lugar, por ejemplo, a través de formas especiales de incentivos y facilidades para que el profesional incluya en el contrato una cláusula de adhesión a los procedimientos iniciados por el consumidor.
También sería muy útil facilitar el intercambio de información y de buenas prácticas entre las autoridades y los organismos de ADR a nivel europeo; incrementar las campañas de información para aumentar el conocimiento y la comprensión de los ciudadanos.

VII

El ABF está demostrando ser un instrumento de protección eficaz al que recurren muchos consumidores para una gama cada vez más amplia de cuestiones.
Entre las razones que explican el desarrollo y el éxito del ABF se encuentran: en primer lugar, el hecho de que no se requiere asistencia jurídica y, en segundo lugar, el fácil acceso al procedimiento, que no requiere un coste significativo.
Por último, si se desestima el recurso, no se está obligado a reembolsar al intermediario demandado los gastos ocasionados.
También hay que tener en cuenta que la inadmisión del recurso no prejuzga la posibilidad de volver a presentarlo.
Otro elemento a destacar es la especialización de la ABF, que favorece la emisión de decisiones técnicamente correctas en una materia que requiere un conocimiento específico del fenómeno objeto de la compleja normativa a aplicar.
Las directrices de la ABF aquí analizadas muestran cómo la persecución del objetivo

de ofrecer una protección sustancial a los clientes pasa también por la elaboración de decisiones a veces innovadoras, ya que precisan el contenido y el alcance de las obligaciones jurídicas y de negociación que incumben a los intermediarios para hacerlas más coherentes con los principios establecidos para proteger a los consumidores.
Las directrices de la ABF también permiten concretar las normas de las relaciones bancarias, dotándolas de un contenido operativo útil para orientar a los clientes y a los intermediarios a comportarse cada vez más de acuerdo con la normativa vigente y a comprender cuáles son sus derechos.
Por último, cabe destacar el importante papel que desempeñan las decisiones ABF emitidas con indicaciones útiles para mejorar las relaciones con los clientes: se trata de una especie de recomendaciones que se formulan en decisiones individuales, pero que en esencia piden al intermediario que corrija el comportamiento adoptado hasta ese momento en los aspectos indicados. Estas indicaciones pretenden desactivar los litigios reduciendo las causas de los mismos y reforzando la confianza de los clientes en los intermediarios.

VIII

Hay que destacar la atención prestada a la llamada jurisprudencia ABF cuyas decisiones son referidas por la doctrina, se incluyen en las bases de datos jurídicas y se recuerdan en las motivaciones de los órganos judiciales, favoreciendo un aplanamiento de los pronunciamientos judiciales, justificado, este último, por la falta de formación específica de los magistrados en materia bancaria y financiera.
Por otra parte, es posible destacar una similitud entre el Colegio de Coordinación del ABF y las Secciones Unidas del Tribunal Supremo de Casación: estos órganos, de hecho, ya hacen jurisprudencia.
Sin embargo, por disposición constitucional indiscutible, el único órgano con funciones nomofilácticas es el Tribunal Supremo de Casación en su composición máxima en Secciones Unidas.
Todo ello en un contexto en el que asistimos a la proliferación de jurisdicciones con funciones nomofilácticas, como las Autoridades de Supervisión y el Consejo de Estado.
Además, la ABF, concebida con fines deflacionarios en favor de los tribunales ordinarios, ha asumido con el tiempo otras y diferentes funciones.

IX

Este órgano decide los litigios aplicando las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, es decir, el derecho positivo. Sin embargo, esta última es la interpretada y aplicada en las salas de audiencia por la autoridad judicial, corresponde a las

funciones del Tribunal Supremo.
Por lo tanto, si el ABF debe aplicar la ley, cuya interpretación corresponde a la autoridad judicial, esto implica que está actuando como una especie de jurisprudencia debido a las referencias a sus propios precedentes.
Además, hay que preguntarse por las posibles consecuencias de los pronunciamientos de la ABF. Se trata de un órgano que hace jurisprudencia, aunque no esté anclado en el sistema judicial, que sin embargo afirma principios a los que los intérpretes y los juristas dan importancia.
Cabe señalar las posibles consecuencias negativas de este mecanismo, que, sin embargo, invitan a la coherencia del sistema.
Válido reslatar que, cuando los pronunciamientos de la ABF se apartan del derecho viviente y de los pronunciamientos de legitimidad, no habría otra forma de reaccionar ante tales decisiones que volver a someter el caso a la autoridad judicial, pero esto se haría sin perjuicio de la jurisprudencia de la ABF, toda vez que el poder vinculante de los pronunciamientos del Tribunal de Casación contra los tribunales de mérito no se extiende a los de la ABF.
Esto crea un cortocircuito entre la jurisprudencia de la ABF y la autoridad de supervisión: la ABF hace su ley; los bancos la cumplen para evitar sanciones y la autoridad de supervisión cumple la ley de la ABF.
En opinión del autor, en el contexto de estas formas de resolución alternativa de conflictos, se persigue una necesidad de justicia y eficacia. Justicia no en el sentido de que los tribunales ordinarios no puedan garantizarla, sino en el sentido de que es difícil impartir justicia para un volumen tan grande de litigios, ya que requieren un tiempo de resolución corto que no puede garantizar ni siquiera el sistema de justicia más eficiente.

X

Es posible suponer que, una vez creados los mecanismos alternativos de resolución de litigios, como el ABF (y el ACF), es inevitable que creen sus propias directrices, que también pueden dar lugar a contrastes con las directrices adoptadas por la jurisprudencia.
Es necesario un diálogo cada vez más fructífero y constructivo entre el Tribunal Supremo y la ABF que compare la jurisprudencia y las medidas adoptadas por la ABF.
Hay varias premisas de las que partir: el lugar que ocupa la ABF en el sistema, siendo partícipe del mismo en la medida de la autoría y credibilidad de sus decisiones; la creación por parte del legislador de un sistema de ADR en materia bancaria y financiera; la conciencia de que la mejor respuesta jurídica a las necesidades antes descritas sólo puede ser elaborada conjuntamente por un legislador que formula normas generales y abstractas, por el juez con su papel nomofiláctico, por organismos técnicos altamente especializados que crean, como en este caso, normas bancarias, encomendándolas al derecho aplicado.
El horizonte de la unificación lo dan las normas de protección del cliente, ampliando

el abanico de recursos a los que éste puede acudir y con ello la revisión técnico-discrecional, reconociendo a los titulares de intereses jurídicamente protegidos el acceso a una pluralidad de instrumentos dirigidos a garantizar la plena satisfacción del interés perseguido también en términos de costes y tiempo.
Este impulso normativo requiere, para contener las consecuencias negativas que puedan derivarse, una complementariedad entre la función de los jueces y la de los árbitros, que consiga situar la resolución de las situaciones conflictivas en un sistema dirigido al conjunto del ordenamiento jurídico.

XI

Las directrices de la ABF analizadas, permiten hacer algunas consideraciones.
Es innegable que la ABF ha asumido, a lo largo de los años, un papel destacado en la protección de los consumidores de servicios bancarios, ya que sus características estructurales la hacen idónea para dar respuestas rápidas y eficaces.
Las cuestiones relativas al crédito al consumo en las decisiones de la ABF analizadas muestran cómo la elaboración de la ABF ha descendido progresivamente, en determinadas materias, hasta niveles de considerable profundidad y complejidad. En estos términos, el carácter pionero de los principios elaborados, por ejemplo, en relación con los contratos de cesión de la quinta parte de un préstamo y el tema de la determinación de la TAEG de los préstamos personales es bastante evidente.
No se puede pasar por alto que una materia eminentemente técnica como la de los contratos bancarios, que se ha vuelto cada vez más compleja por la repentina evolución de la legislación primaria, también por la influencia de la legislación de la Unión Europea, cuyas actualizaciones no siempre parecen cumplir con los criterios de suficiente organicidad, así como por la presencia de un rico patrimonio de textos secundarios emitidos por las Autoridades de Supervisión, parece requerir un alto grado de especialización por parte del órgano juzgador.
A esta demanda de una justicia rápida, eficaz y "especializada", el ABF parece haber dado hasta ahora, y cada vez más, una respuesta adecuada, que, en unas circunstancias caracterizadas por un batiburrillo normativo a menudo caótico y por la reaparición de sistemas sectoriales de ejecución subjetiva como el de consumo, apunta a una posible solución al insostenible aumento de las cargas jurisdiccionales.

XII

Un elemento esencial del buen funcionamiento del mercado es la protección del consumidor.
Es erróneo imaginar que se opone a los intereses de los intermediarios, ya que beneficia tanto a aquellos de entre ellos que operan con equidad y transparencia como al sistema en su conjunto.

XIII

El arbitraje de consumo español, en varios aspectos, presenta ideas interesantes para

la mejora en el derecho italiano, de la institución del arbitraje como forma de protección de los intereses de los consumidores, así como otras formas de resolución alternativa de conflictos.
Es evidente, de hecho, que es capaz de ofrecer protección a los intereses de los consumidores de una manera mucho más eficaz que los mecanismos establecidos en Italia por el Código del Consumidor.
Y, en concreto, entre las diversas peculiaridades del Sistema Arbitral de Consumo, el carácter gratuito del procedimiento y la implicación directa de la administración pública configuran este instrumento de protección de los consumidores como un importante servicio público, como se detallará en el siguiente apartado.

XIV

En concreto, con esta institución, el legislador español ha querido introducir un método alternativo de resolución de conflictos que garantice la transparencia y la independencia del órgano decisorio para los consumidores. Para ello, se prevé la participación directa de las administraciones públicas en la formación, desarrollo y mantenimiento de los organismos de arbitraje.
De este modo, el consumidor tiene la garantía de que la resolución del litigio se confiará a organismos con la experiencia necesaria.
También garantiza al consumidor la posibilidad de acceder a esta forma de protección sin tener que asumir los costes del procedimiento.
En concreto, más allá de las hipótesis en las que las partes insertan una cláusula arbitral en el contrato, el convenio arbitral puede celebrarse de dos formas diferentes, según se haya realizado o no una oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo por parte del profesional, es decir, una declaración en la que el profesional manifiesta su intención de resolver, a través del procedimiento, las futuras reclamaciones que los consumidores presenten contra él.
En cualquier caso, la seriedad de la oferta pública es apreciada por las Juntas Arbitrales de Consumo que, sólo si comprueban que la oferta no es contraria a los intereses de los consumidores, conceden al comerciante el derecho a utilizar un distintivo especial que permite a los consumidores conocer que la empresa con la que están tratando se ha obligado a utilizar el sistema arbitral de consumo.
Cabe destacar que la elección de este sistema de resolución de conflictos indica una clara aptitud de la empresa para la transparencia en sus relaciones comerciales y es interpretada por los consumidores como un signo de seguridad y calidad de los productos que los distingue de los de otras empresas que no se adhieren a tales procedimientos.
En caso contrario, si el consumidor presenta una solicitud de arbitraje contra un empresario no adherido al sistema, la Junta arbitral procederá a notificar al empresario que, en el plazo de 15 días desde la notificación, deberá indicar si tiene intención de aceptarla o rechazarla.
En el primer caso, se formará un convenio arbitral *ad hoc*, mientras que, en el segundo, la Junta procederá a desestimar la solicitud de arbitraje del consumidor.

XV

El desarrollo futuro de la inteligencia artificial no puede imaginarse con certeza.
Ciertamente, la AI puede ser una herramienta útil para implementar la eficiencia de la justicia civil y simplificar la toma de decisiones del juez también en el contexto de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos.
Al mismo tiempo, la inteligencia artificial puede ser una ayuda eficaz en todas aquellas decisiones en las que se pide al juez que realice un razonamiento inductivo basado en la probabilidad matemática.
Sin embargo, en otros ámbitos, las aplicaciones prácticas actuales han comenzado a poner de manifiesto las tendencias futuras, pero no pueden pronunciarse sobre el caso concreto en detalle, sino únicamente identificar la orientación de la decisión en casos similares al que se está considerando.
Sin embargo, esto no puede considerarse un resultado trivial, ya que el magistrado podría utilizar soluciones estadísticas para preparar proyectos de órdenes judiciales.

XVI

Por otro lado, no puede considerarse correcto que, al menos en lo que respecta al derecho civil, el posible error de la máquina pueda constituir un problema, dado que existen mecanismos de control preventivo y posterior.
Para ello, puede ser una ayuda útil el uso de un equipo multidisciplinar para perfilar el algoritmo, cuya estructura debe hacerse necesariamente pública para garantizar la posibilidad de revisión de la decisión en caso de recurso.

XVII

Pues bien, aunque de momento estemos lejos de un verdadero robot-juez en el que podamos delegar el momento de la decisión, estas primeras implementaciones pueden producir una mayor comodidad a la hora de juzgar, afectando no tanto al tiempo de redacción de la sentencia, sino a la propia necesidad de emitir una decisión.
De hecho, los sistemas de justicia predictiva, al identificar la probable orientación del magistrado, podrían disuadir a los usuarios de recurrir a la justicia si se prevén pocas posibilidades de victoria.

XVIII

Por otro lado, el cálculo probabilístico también podría favorecer formas alternativas de resolución de conflictos, incluso en modo *online*, si las partes, a la vista del resultado probabilístico empaquetado por el algoritmo respecto a su conflicto, consideran que los beneficios del litigio no merecen la pena.
Los datos procesados por la máquina podrían, por ejemplo, ser el punto de referencia sobre el que negociar el litigio.
Por último, ni siquiera se puede descartar que los litigantes, en su reconocida libertad de contratación, decidan adherirse al algoritmo, renunciando a recurrir a la

justicia tradicional, configurando la decisión robótica como una forma alternativa de resolución de conflictos

Esta última posibilidad, sin embargo, debería estar condicionada a la concesión de una divulgación clara y transparente del sentido de una decisión que, al derivar de un cálculo matemático-probabilístico, puede diferir de la propuesta por el hombre-juez.

XIX

Si bien es incuestionable que la llegada de la robótica, como ya ha demostrado la entrada de la informática en el proceso civil, puede contribuir a la eficiencia del sistema de justicia incluso más que las reformas impuestas por la ley y, por lo tanto, contribuir a una especie de comodidad para juzgar, es posible considerar como correcto el pensamiento de quienes califican el juicio como un talento especial, que no se puede enseñar, sino sólo ejercer.

Por lo tanto, es posible considerar que la complejidad del razonamiento jurídico, que no siempre puede reducirse a un cálculo matemático, no puede devolverse completamente al juicio de las máquinas. Esto no excluye, sin embargo, que su coexistencia mutua no sea deseable.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in G. Boccuzzi (a cura di), *Quad. giur. Banca*

d'Italia, 2010, n. 68, p. 153 ss.

AA. VV., *Decimo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, ISDACI, Milano, 2018.

L. ABELLAN TOLOSA, *El Sistema Arbitral de Consumo, Derecho de Consumo*, M. J. Reyes Lopez (a cura di), Valencia, La Ley- Actualidad, 2002, p. 365 ss.

G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, Giappichelli, 2008.

G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale e rottura dalle trattative: danno risarcibile e nesso di casualità*, in *Danno resp.*, 2009, p. 469 ss.

Y. AGUILAR OLIVARES, *El arbitraje de consumo: evolución y régimen actual*, *Revista de Derecho UNED*, 15, 2014, p. 15 ss.

A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 669 ss.

R. ALOISIO, Voce *arbitrato rituale e irrituale*, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 5 ss.

G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1998, p. 997 ss.

G. ALPA, *I contratti dei consumatori*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 502 ss.

G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, in *Riv. Arb.*, 2006, p. 619 ss.

G. ALPA, *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 2006.

A. ALVAREZ ALARCON, *El sistema español de arbitraje de consumo*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1999.

G. AMENTA, *Conciliazione e altre forme di negoziazione volontarie e paritetiche*, in A. Pera (a cura di), *Mediazione e conciliazione. Diritto interno comparato internazionale*, Padova, Cedam, 2011, p. 38 ss.

G. AULETTA, Voce *Clientela*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 202 ss.

F. AULETTA, *ABF e sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Le società*, 2011, p. 89 ss.

F. AULETTA, *Art. 128-bis*, in C. Costa (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, Giappichelli, 2013, II, p. 1520 ss.

S. AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc*, in G. Alpa (a cura di), *L'arbitrato: profili sostanziali*, Torino, 1999, Giappichelli, p. 807 ss.

S. AZZALI, *Arbitrato amministrato ed arbitrato ad hoc*, in G. Iudica (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 101 ss.

J. M. BADENAS CARPIO, *El fundamento constitucional del Arbitraje de Consumo*, *Revista Juridica Espanola de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografia*, 2, 1993, p. 964 ss.

S. BARONA VILAR, *El laudo en el arbitraje de consumo*, *Revista de la Corte Espanola de Arbitraje*, vol. XIII, 1997, p. 9 ss.

S. BARONA VILAR, *El aludo arbitral: motivación, plazos y causas de anulación, resolucion de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, E. Gonzalez Pillado (coordinato da), Madrid, La Ley, 2010, p. 272 ss.

P. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo*, in *NLC*, 2016, p. 514 ss.

P. BARTOLOMUCCI, *L'ABF: il procedimento*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di diritto dell'arbitrato, XV, Le controversie bancarie e finanziarie*, Napoli, Esi, 2020, p. 119 ss.

E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e nuovi diritti*, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 927 ss.

M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, Milano, Cedam, 2017.

J.C. BETANCOURT, *Defining Issues in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

R. BERCOVITZ RODRIGUEZ, *Arbitraje de Consumo,* en *Revista Doctrinal Civil-Mercantil*, 22, 2007, p. 11 ss.

L. BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, 2011, Milano, Utet, p. 429 ss.

K.P. BERGER, *Law and Practice of escalation clauses, arbitration international*, Londra, Cambridge University Press, 2006.

G. BERTI DE MARINIS, *La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti*, in *Resp. civ. e prev.*, IV, 2013, p. 1344 ss.

V. BERTOLDI, *Osservazioni a margine del nuovo art. 808ter c.p.c.*, in *Studi in onore di C. Punzi*, II, Torino, Giappichelli, 2008, p. 295 ss.

M. BIANCO, *Audizione nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 1662, del 27 ottobre 2020*, in *senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/52664_documenti.htm.*

R. BIN, N. LUCCHI, *Informatica per le scienze giuridiche*, Padova, Cedam, 2002.

R. BOCCHINI, *Sovraindebitamento del consumatore. Profili civilistici della disciplina del sovraindebitamento del consumatore*, in *GI*, 2016, p. 2129 ss.

G. BOCCUZZI, A. VALSECCHI, *Tutela della clientela e regolamentazione bancaria e finanziaria*, in Id. (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in *Quad. giur. Banca d'Italia*, n. 68, Roma, p. 17 ss.

M. BOMBARDELLI, *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 5, 2002, p. 991 ss.

C. BOMPREZZI, *Commento in materia di blockchain e smart contract alla luce del nuovo decreto semplificazioni*, in *dmt.it*.

C. BONA, *Sentenze imperfette*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 159 ss.

V. BONDY, *Mediation and judicial review: an empirical research study*, Londra, Ed. The Public Law Process, 2009.

A. BONET NAVARRO, *Fuentes y caracteres del arbitraje de consumo, El Sistema Arbitral de Consumo, Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, I. Quintana Carlo (diretto da), Navarra, Aranzadi, 1997, p. 43 ss.

R. BORRUSO, *Diritto civile informatica*, Napoli, Esi, 2005.

R. BORRUSO, *Approccio umanistico all'informatica: un mondo di bit*, Napoli, Esi

2007.

A. BOSSI, (a cura di), *La prassi dell'arbitrato rituale*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 41 ss.

M. BOVE, *Commento sub. art. 808ter*, in Menchini (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, Cedam, 2010, p. 71 ss.

M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, Cedam, 2018.

A.R. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimizzazione ufficiale*, in *Giust. Civ.*, 1983, II, p. 379 ss.

L. M. BUJOSA VADELL, *El arbitraje de consumo*, *Revista jurídica de Castilla y Leon*, 29, 2013, p. 18 ss.

I. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati nei rapporti bancari: lo stato dell'arte e alcuni spunti sull'evoluzione tecnologica*, in *Codice europeo dei Contratti*, (a cura di) G. Gandolfi, Milano, Giuffrè, 2018, p. 8 ss.

P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, Cedam, 1930, p. 3 ss.

P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, p. 23 ss.

C. CALZECCHI ONESTI, *L'ABF e il tema dell'educazione finanziaria*, in *Contratti*, 2017, p. 409 ss.

E. L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 240 ss.

E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, Esi, 2000, p. 44 ss.

E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e arbitrato bancario e finanziario*, in *Contratto e Impresa*, n. 1, 2011, p. 134 ss.

E. CAPOBIANCO, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra mediazione e procedura dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 571 ss.

E. CAPOBIANCO, *Commento all'art. 33*, in E. Capobianco, L. Mezzasoma, G. Perlingieri (a cura di), *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la*

giurisprudenza, Napoli, Esi, 2018, p. 194 ss.

B. CAPPONI, *Verso una nuova prospettiva di disciplina del credito al consumo*, in *Foro It.*, 1990, IV, cc., 16 ss, e in *Econ. Dir. Terziario*, 1990, p. 3 ss.

R. CAPONI, *Quanto sono normati i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Dir pubbl.*, 2009, p 233 ss.

F. CAPRIGLIONE, *I prodotti di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche?*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2008, p. 20 ss.

F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari-finanziari*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2010, p. 261 ss.

F. CAPRIGLIONE, *La nuova legge sul risparmio tra tutela degli investitori e ridefinizione degli assetti di vertice del settore*, in Id. (a cura di), *La nuova legge sul risparmio: profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Padova, Cedam, 2006, p. 50 ss.

M. CARADONNA, *L'ABF quale strumento di gestione delle liti tra gli intermediari finanziari e la propria clientela*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2010, p. 283 ss.

F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1938, p. 168 ss.

F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1949, p. 41 ss.

F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, p. 201 ss.

F. CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, p. 1049 ss.

F. CARPI, *L'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità*, in *Riv. Arb.*, 2018, p. 187 ss.

F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca, Borsa e Tit. cred.*, 2010, p. 261 ss.

G. CARRIERO, *L'Ombudsman garante della correttezza bancaria*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 481 ss.

G. CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'Ombudsman*

bancario, in *Econ. e dir.*, 2003, p. 129 ss.

G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato al consumo*, in *Trattato Bessone*, vol. XXX, Torino, Giappichelli, 2007, p. 199 ss.

G. CARRIERO, *Il decreto legislativo di coordinamento con la legge sulla tutela del risparmio*, in *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, Utet, 2010, p. 262 ss.

G. CARRIERO, *Arbitro bancario finanziario: morfologia e funzioni*, in *Foro.it*, 2012, p. 213 ss.

G. CARRIERO, *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 161 ss.

G. CARRIERO, *Usura sopravvenuta. C'era una volta?*, in *Foro.it.*, 2017, I, c. 3284.

V. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2019, p. 1111 ss.

G. CASSANO, *ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in Id. (a cura di), *Transazione, arbitrato e risoluzione alternative delle controversie*, Torino, Utet, 2006, p. 475 ss.

C. CECCHELLA, *L'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 1991.

G. CESARO, *Relazione introduttiva*, in Id. (a cura di), *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova, Cedam, 1996, p. 13 ss.

S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione o risposte differenziate?*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1988, p. 752 ss.

G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 414 ss.

L. COMOGLIO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il mulino, 2010, p. 175 ss.

L. COMOGLIO, *Processo civile telematico e codice di rito. Problemi di compatibilità e suggestione evolutive*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 3, 2015, p. 953 ss.

C. CONSOLO, M. STELLA, *Il ruolo prognostico deflattivo irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo ABF scrutatore di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Il corriere giuridico*, 12, 2011, p.1654 ss.

C. CONSOLO, M. STELLA, *L'arbitrato bancario e finanziario*, in *Società*, 2013, p. 194 ss.

F. CORSINI, *L'arbitrato amministrato secondo regolamenti precostituiti*, in *Riv. Arbitrato*, 2007, p. 310 ss.

G. CRIFO', *Arbitrato (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1958, p. 853 ss.

J. CROOK, J.C. BETANCOURT, *¿Qué es la resolución alternativa de disputas?*, prólogo de E. Llamas Pombo, Ciarb, London, 2011.

J. CROOK, J.C. BETANCOURT, *ADR Arbitration and Mediation*, Ciarb, London, 2014

L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare,* in Actio *in* rem e actio *in* personam*. In ricordo di Mario Talamanca*, (a cura) di L. Garofalo, Padova, Cedam, 2011, p. 853 ss.

G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in AA.VV., *Gli interessi usurari*, (a cura di) G. D'Amico, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 27 ss.

F. DANOVI, *Arbitrato ADR conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 10 ss.

F. DANOVI, *Arbitrato rituale e irrituale: la qualificazione è finalmente più chiara*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, Jovene Editore, 2010, p. 323 ss.

F. DANOVI , *ADR una giustizia complementare*, Milano, Giuffrè, 2018.

A. DE CAROLIS, *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza,* in *Quaderni di Ricerca Giuridica*, a cura di Banca d'Italia, 2010, n. 70, p. 21 ss.

M. A. DE LAS HERAS GARCIA, *Aspectos civiles de arbitraje de consumo y sus inminentes reformas*, *Revista de Derecho Privado*, 2017, p. 3 ss.

G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 33 ss.

G. DE NOVA, *Lo stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di L. Carleo, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 59 ss.

A. DEL NINNO, *Le nuove regole UE per la risoluzione alternativa delle controversie: la direttiva ADR e il regolamento ODR sulle dispute e-commerce con i consumatori*, in *dirittoegiustizia.it*.

A. DI BIASE, *Profili civilistici dell'usura bancaria nell'elaborazione della giurisprudenza italiana*, in *Contratti*, 2018, p. 331 ss.

F. DI CRISTINA, *L'osservatorio sull'erogazione del credito e la regolazione finalistica del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 134 ss.

L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Thomson, 1993.

M. DIGES, N. PEREZ MATA, *La prueba de identificacion desde la Psicologia del testimonio*, in AA. VV., *Identificaciones fotograficas y en rueda de reconocimiento: un analisis desde el Derecho procesal penal y la Psicologia del testimonio*, Madrid, La Ley, 2014, p. 36 ss.

L. DI NELLA*, Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Esi, 1999, p. 83 ss.

L. DI NELLA, *Gli orientamenti dell'ABF in materia di tutela dei consumatori*, in *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancari,* (a cura di) E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana, F. Rizzo, Napoli, Esi, 2020, p. 245 ss.

L. DI NELLA (a cura di), *Manuale di diritto dello sport*, Napoli, Esi, 2021.

L. D. ESPINO HERNANDEZ, *La ejecución del laudo arbitral nacional, Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 85 ss.

V. FARINA, "*Ius variandi* ed interessi usurari nell'apertura di credito in conto corrente", in *dirittobancario.it*, 2014.

P. FARINA, *La negoziazione assistita degli avvocati: da* preambolum ad l*item ad* outsourcing *della decisione del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 514 ss.

P. FARINA, *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, 2 ed., Torino, Giappichelli, 2017.

G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. comm.*, (a cura di) V. Buonocore, Torino, Giappichelli, 2005, p. 85 ss.

G. FAUCEGLIA, *L'usura sopravvenuta nella Cassazione Sezioni Unite n. 24675 del 2017: più interrogativi che risposte*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, p. 310 ss.

F. FERRARIS, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, p. 1454 ss.

F. FERRARIS, *Ultime novità in materia di mediazione civile e commerciale*, in *Riv. Dir. Proc*., 2015, p. 779 ss.

F. FERRARIS, *Mediazione civile e giurisprudenza: storia di un rapporto controverso*, in *Contratti*, 2017, p. 709 ss.

J. FERRER BELTRAN, *La valoraccion racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 129 ss.

V. FERRIE', *Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable*, in *Jur. Class, pér. Sem. Jurid.*, 2018, p. 297 ss.

L. FERRONI, Jus superveniens, *rapporti in corso e usurarietà sopravvenuta*, in F. Macario (a cura di), *Mercato del credito e usura*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 198 ss.

G. FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzione di tutela e di vigilanza*, Milano, Giuffrè, 2012.

G. FINOCCHIARO, *ABF: scatta il sistema della sanzione raputazionale*, in *Guida dir.*, 2016, 26, p. 29 ss.

F. FIORDIPINTI, *Tutela del risparmio: principi costituzionali e rimedi civilistici*, Napoli, Esi, 2012, p. 9 ss.

F. FIORUCCI, *Responsabilità precontrattuale della banca per violazione della buona fede nelle trattative*, in *Quotidianogiuridico.it*.

J. FRANCO ARIAS, *La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003*, *Anuario de justicia alternativa*, 5, 2004, p. 175 ss.

V. FROSINI, *La giuritecnica: problemi e proposte*, in *Informatica e dir.*, 1975, p. 26 ss.

E. GABELLINI, *La "comodità nel giudicare": la decisione robotica*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, fascicolo 4, 2019, p. 1305 ss.

P. GAGGERO, *A proposito della definizione di cliente della banca*, in AA. VV., *Il testo unico bancario: esperienze e prospettive*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 368 ss.

F. GAMBINO, *L'usura "sopravvenuta" e l'indigenza del dato positivo*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 885 ss.

R. GARCIA GOMEZ, *El convenio arbitral de consumo. Arbitraje de consumo y justicia material, Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Perez, I, E. Lllamas Pombo (coordinato da)*, *La Ley*, Madrid, 2006, p. 777 ss.

R. GARCIA ALVAREZ, *La mediacion civil y mercantil en el Real Decreto-Ley 5/2012*, in *Diario La Ley*, n. 7828, 2012.

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2021, p. 984 ss.

A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, n. 2, p. 200 ss.

B. GESTO ALONSO, *La impugnación del laudo arbitral, Estudios sobre Arbitraje de Consumo, M. Richard Gonzalez, I. Riano Brun y J. M. Rifa Soler (coordinato da)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, p. 249 ss.

M. GORGA, D. MULA, *Alternative dispute resolution ed online dispute resolution nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione n. 3*, 2016, p. 65 ss.

M. GORGONI, *Spigolature su luci e ombre della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 755 ss.

F. GRECO, *Intermediazione finanziaria e regole d'informazione: la disomogeneità del quadro rimediale e la "tranquillità" della tradizione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2561 ss.

P. GROSSI, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Dir. Amm.*, 2012, p. 3 ss.

A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 2004, p. 157 ss.

V. GUCCIONE, C. RUSSO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 483.

G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF?*, in *Banca, Borsa e Tit. cred.*, 2010, p. 665 ss.

G. GUIZZI, *Arbitrato - L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, p. 1216

ss.

G. GUIZZI, *L'ABF, il problema dell'"usura sopravvenuta" e il sistema dei rimedi:* in cauda venenum, in *Riv. Dir. Comm.*, 2014, p. 284 ss.

G. GUIZZI, *Il valore delle decisioni dell'ABF (e dell'ACF) in un libro recente*, in *Osserv. Dir. Civ. Comm.*, 2016, p. 567.

G. GUIZZI, *Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta*, in *Corr. Giur.*, 2017, p. 601 ss.

J. IBANEZ PEINADO, *Psicologia e investigacion criminal: el testimonio*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 25 ss.

INSTITUTO NACIONAL DE CONSUMO, *Arbitraje de consumo pronunciamientos judiciales, Ministerio de Sanidad y Consumo*, Madrid, 1999.

V. LANCETTI, *Vicende e natura della conciliazione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 199, p. 844 ss.

R. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 148 ss.

R. LENER, *Forma contrattuale di tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Milano, Giuffrè, 1996.

G. LIACE, *L'obbligo di far credito e la posizione dell'ABF*, in *Banche e Banchieri*, 2015, p. 256 ss.

G. LIACE, *Concessione del credito: Prefetto e ABF, la strana coppia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 240 ss.

G. LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 21 ss.

P. LICCARDO, *Introduzione al processo civile telematico*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 4, 2000, p. 1165 ss.

C. LICINI, *ADR: aspettative europee ed esperienza U.S.A., attraverso il Libro Verde della Commissione Europea, e la sapienza di un giurista mediator americano*, in *Riv. Not.*, 2003, I, p. 190 ss.

E. LLAMAS POMBO, *La compraventa*, Madrid, La ley, 2014.

E. LLAMAS POMBO, *La tutela dell'investitore finanziario. Prime riflessioni su contratto, vigilanza e regolamentazione del mercato nella MIFID II*, in *V. Troiano (a cura di), La MIFID II, rapporti con la clientela, regole di governance, mercati*, Padova, Giuffrè, 2016, p. 3 ss.

E. LLAMAS POMBO, *De la nocion consumidor a la tutela del contratante debil*, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 150, 2020, p. 1 ss.

E. LLAMAS POMBO, *El convenio arbitral como instrumento de prevencion, resolucion y solucion de conflictos, ADR, ODR y Justicia del Futuro: Propuestas y medidas que eviten la judicializacion de conflictos*, 2019, Cizur Menor, Aranzadi, p. 33 ss.

N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 39 ss.

M. LOPEZ JARA, *Incidencia del nuevo procedimiento de mediacion en el proceso civil. A proposito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediacion en asuntos civiles y mercantiles*, in *Diario La Ley, n. 7857*, 2012.

M. LORCA NAVARRETE, *La ejecución del laudo arbitral en los supuestos en que se ha ejercitado acción de anulación es definitiva o provisional?, La Ley: Revista Juridica Espanola de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografia*, 2, 2005, p. 1705 ss.

P. LUCATUORTO, *Intelligenza artificiale e diritto: le applicazioni di sistemi esperti*, in *Cirberspazio e diritto*, 2006, p. 222 ss.

E. LUCCHINI GUASTALLA, *Arbitro bancario finanziario*, in *Enc. Dir., Annali*, VIII, Milano, Giuffrè, 2015, p. 36, nota 6.

M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo diritto civile*, Milano, 2018, I, p. 10 ss.

M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Riv. Assoc. It. Cost.*, 2018, p. 886 ss.

F. P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *RTDPC*, 2014, p. 1299 ss.

F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, V, la risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, Giuffrè, 2015.

M. MADRINAN VAZQUEZ, *El Sistema Arbitral de Consumo*, Lisboa, Jura Editorial, 2014.

M. MAIONE, *Forma e sostanza delle delibere dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Società*, 2012, 2, p. 440 ss.

C. B. MALUQUER DE MOTES, *Articulo 31*, in *E. Llamas Pombo (a cura di), Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usurarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte anos despues*, Madrid, La Ley, 2005, p. 847 ss.

A. M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dopo la direttiva 2013/11/CE*, in *EuDP*, 2017, 3, p. 1110 ss.

C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, Giappichelli, 2017.

G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, Giappichelli, 2007.

M. MARINARI, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, Roma, Maggioli, 2010, p. 109 ss.

M. MARINARI, *La disciplina dell'onere della prova nel procedimento ABF*, in *Le società*, 2018, p. 489 ss.

M. MARINARI, *Il Paese dove tutto finisce in tribunale. Riflessioni sparse sulle prospettive di riforma della giustizia civile*, in *Judicium*, 12 dicembre 2018, p. 31 ss.

A. MENDOLA, *Estinzione anticipata di mutui indicizzata al tasso* svizzero, in *Rivista di Diritto Bancario*, 1, 2016.

C. MENICHINO, *Il nuovo ruolo e le competenze dell'avvocato in mediazione nell'ambito della giustizia privata*, in *Contratti*, 2015, p. 951 ss.

M. J. MARIN LOPEZ; *Objeto y limites del arbitraje de consumo, Curso mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo,* Direccion General del Consumo del Gobierno de Aragon, 2005, p. 153 ss.

L. MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, *El convenio arbitral: especialidades en materia de consumo, Prospectiva jurídica del arbitraje de consumo, Actas del Seminario "Arbitraje de Consumo" celebrado en Valencia, Conselleria de Sanitat i Consum*, 1995, p. 43 ss.

M. MAUGERI, *Il credito ai consumatori*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 9 ss.

S.A. MEKKI, *Justice prédictive et accès au juge. Le point de vue d'une universitarie*,

in *La justice prédictive*, a cura dell'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Court de cassation, Parigi, Dalloz, 2017, p. 60 ss.

G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *CEI*, 1999, p. 759 ss.

J. F. MERINO MERCHAN, *Estatuto y responsabilidad del arbitro*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 125 ss.

L. MEZZASOMA, *La conciliazione stragiudiziale si cui all'art. 141 del codice del consumo e l'arbitraje de consumo*, in *A. Donati, A. Garilli, S. Mazzarese, A. Sassi (studi in onore di Antonio Palazzo) Diritto privato*, vol. 3, Milano, Utet, 2009, p. 541 ss.

L. MEZZASOMA, *Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole*, in *Le corti umbre*, 3, 2014, p. 919 ss.

L. MEZZASOMA, *La colpa del consumatore nelle procedure di sovraindebitamento*, in *Rassegna di Diritto civile*, 4, 2017, p. 1378 ss.

L. MEZZASOMA, *La tutela del sovraindebitato quale contraente debole*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo, a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma*, II, Napoli, Esi, 2017.

L. MEZZASOMA, *Il sovraindebitamento e la tutela del consumatore*, in *E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana e F. Rizzo*, Napoli, Esi, 2018.

L. MEZZASOMA, *Commento art. 6 (finalità e definizioni) – Disciplina sul sovraindebitamento*, in *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza, a cura di E. Capobianco, L. Mezzasoma e G. Perlingieri*, Napoli, Esi, 2018, p. 905 ss.

L. MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari*, in *Banca Borsa e tit. credito*, 2 del 2018, p. 180 ss.

L. MEZZASOMA, *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore*, Napoli, Esi, 2021.

V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel macrosettore credito e assicurazioni*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2011, p. 340 ss.

G. MEO, *Consumatori, mercato finanziario e impresa: pratiche corrette e ordine giuridico del mercato*, in *Giur. Comm.*, 2010.

A. MEOLI, *Gli osservatori del credito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 322 ss.

E. MINERVINI, *L'arbitro bancario finanziario. Una nuova forma di ADR*, Napoli, Esi, 2014, p. 21 ss.

E. MINERVINI, *Le online dispute resolution (odr)*, Napoli, Esi, 2016.

E. MINERVINI, *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in *E. Capobianco (a cura di), Contratti bancari*, in *Trattato Contr., Rescigno e Gabrielli*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 663 ss.

E. MINERVINI, *Le negoziazioni paritetiche tra prassi e norme*, in *Nuove leggi Civ. Comm*., 2018.

A. MIRANDA, *Le origini della mediazione nell'esperienza inglese*, in *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, (a cura di) A. Pera, 2011, Milano, Cedam, p. 85 ss.

V. MIRRA, *Profili di criticità e prospettive degli strumenti di ADR in materia bancaria*, in *Riv. arbitrato*, n. 2, 2013, p. 515 ss.

S. MONTICELLI, *Il c.d. foro del consumatore e la vessatorietà della clausola di predeterminazione dell'organismo di mediazione*, in *Cc*, 2011, p. 856 ss.

C. MORELLI, *Giustizia predittiva: in Francia online la prima piattaforma europea*, in *altalex.com/documents/news/2017/04/03*.

U. MORERA, *Sulla nozione di cliente della banca*, in *Vita not.*, 1995, p. 590 ss.

R. NATOLI, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto "di risparmio"*, in *Contratti*, 2010, p. 67 ss.

G. NEGRI, *La riforma del processo civile punta sulla negoziazione*, in *Quotidiano del diritto*, 27 novembre 2018.

J. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2018, p. 20 ss.

A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1999, p. 480 ss.

G. OROZCO PARDO, J. L. PEREZ-SERRABONA GONZALEZ, *Estudio critico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-*

Mercantil, 5, 2007.

F. ORSO, *Il codice di giustizia del CONI tra omogeneizzazione procedurale e autonomia federale*, in *Riv. Dir. Sport.*, 2015, p. 5 ss.

P. ORTOLANI, *Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin, 36 Oxford J. Legal Studies*, 529, 2016.

S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenute tra regole e principi?*, in *Corr. Giur.*, 2017, p. 608 ss.

S. PAGLIANTINI, *Dopo le Sezioni Unite: sulla c.d. usura sopravvenuta ed un abuso del diritto che non c'è*, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2018, p. 558 ss.

D. PALIAGA, *Il ruolo della conciliazione giudiziale nell'attuale panorama di favore per la mediazione,* in *Giur. It.*, 2012, p. 10 ss.

A. PALMIERI, *La nuova disciplina sulle procedure ADR avviate dai consumatori nei confronti dei professionisti*, in *quotidianogiuridico.it*.

M. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, Cedam, 2005, p. 135 ss.

U. PATRONI GRIFFI, *Decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it/documents.*

M. PELLEGRINI, *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in *AA. VV., L'ordinamento finanziario italiano, (a cura di) F. Capriglione*, Padova, Cedam, 2010, p. 859 ss.

M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, Cedam, 2007.

M. PERASSI, *Ruolo della Banca d'Italia e dell'autorità giudiziaria nel preservare l'integrità del sistema economico finanziario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2014, p. 349 ss.

J. PEREZ CRUZ MARTIN, *Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 87 ss.

J. L. PEREZ SERRABONA GONZALEZ, *Estudio critico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, V, 2007, in

westlaw.es

U. PERFETTI, *Ordinamento e deontologia forense*, Padova, Cedam, 2011, p. 90 ss.

P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale Costituzione italiana*, Napoli, Esi, 2010, p. 30 ss.

P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. Giur. Molise e Sannio*, 1995, p. 185 ss.

P. PERLINGIERI, *Arbitrato e Costituzione*, Napoli, Esi, 2002, p. 33 ss.

P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Esi, 2006, p. 41 ss.

P. PERLINGIERI, *Conclusioni al convegno «La Banca Assicurazione»*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 232 ss.

P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in *RaDC*, 2015, p. 583 ss.

P. PERLINGIERI, *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, II, 2016, p. 291 ss.

P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in *Rass. dir. civ.*, II, 2015, p. 583 ss.

P. PERLINGIERI, *Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia*, in *Giusto proc. civ.*, III, 2014, p. 657 ss.

P. PERLINGIERI, *La riforma della giustizia*, in *Foro Nap.*, II, 2012, p. 498 ss.

V. PETRELLA, *L'arbitro bancario finanziario*, in *C. Punzi (a cura di), Disegno sistematico dell'arbitrato*, III, Padova, Cedam, 2012, p. 303 ss.

M. PIERANI, *Gli sviluppi dell'ODR nel settore consumeristico: l'esperienza statunitense, il quadro comunitario e le prospettive nell'ordinamento italiano*, in *Metodi online di risoluzione delle controversie. Arbitrato telematico e ODR. Atti del convegno, Venezia, 10 ottobre 2003, a cura di C. Camardi*, Padova, Cedam, 2006, p. 97 ss.

V. PIERGIOVANNI, *Profili storici dal diritto romano al diritto medievale moderno*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 5 ss.

A. PIERUCCI, *L'arbitrato bancario e finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. Comm*., fasc. 4, 2014, p. 811ss.

M. PORZIO, *Il cliente della banca*, in *I contratti delle banche,* (a cura di) *C. Angelici*, 2002, Torino, Giappichelli, p. 34 ss.

A. PRINCIPE, *Verso il superamento del tasso soglia:* quo vadis*?*, in *Contr. Impr.*, 2018, p. 632 ss.

C. PUNZI, *Diritto informazione*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 154 ss.

E. QUADRI, *Il Codice deontologico medico e i rapporti fra etica e diritto*, in *Resp. Civ. prev.*, 2002, p. 925 ss.

E. QUADRI, *L'Arbitrato bancario finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, p. 318 ss.

M. T. QUINTELA GONCALVES, *La protecion de los consumidores y usuarios y la Constitucion espanola*, Madrid, La Ley, 1986, p. 92 ss.

M. RABITTI, *La qualità di consumatore-cliente nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contr. Impr.*, 2014, p. 201 ss.

C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo*, Bologna, Bononia University Press, 2016, p. 81 ss.

G. RECINTO, *Foro del consumatore e clausole di predeterminazione dell'organismo ADR: le novità derivanti dal d. lgs 6 agosto 2015, n. 130, e l'occasione per ripensare la relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e giustizia, statale o privata, dall'altro*, in *NLCC*, 2016, p. 118 ss.

V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive nei contratti tra professionisti e consumatori: artt. 1469bis e segg. c.c.*, in *Dir. Priv.*, II, 1996, p. 100 ss.

V. ROPPO, *Clausole vessatorie*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, Treccani, p. 8 ss.

D. ROSSANO, *Mediazione, Camera di conciliazione, Arbitrato Bancario Finanziario*, Napoli, Esi, 2012, p. 140 ss.

L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in

Europa e dir. priv., 2010, p. 688 ss.

I. ROVELLI, *Arbitrato e figure affini*, in *Riv. Dir. Proc*., 2002, p. 1 ss.

M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, Cedam, 1994.

A. RUIZ JIMENEZ, *Analisis critico del Sistema nacional de arbitraje de consumo,* San Sebastian, Ed. Instituto Vasco de derecho, 2007, p. 312 ss.

S. RUPERTO, *L'arbitrato bancario finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, p. 325 ss.

U. SALANITRO, *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell'impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, I, p. 597 ss.

G. SALVI, *L'irrilevanza dell'usura sopravvenuta alla luce del vaglio forse definitivo delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. Comm*., 2018, p. 517 ss.

C. SAMARA ARA, *La intervención judicial en el Arbitraje de Consumo: incidencia de la LEC 2000,* en *Estudios sobre consumo, 63, 2002, p. 25 ss.*

S. SAN CRISTOBAL REALES, *El arbitraje de consumo, Anuario Juridico y Economico Escurialense*, 40, 2007, p. 101 ss.

G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecniche dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 98 ss.

F. J. SAURA FERNANDEZ, *Curso sobre arbitraje de consumo, Ayuntamiento de Alicante, Junta de Arbitraje*, Alicante, 2001.

G. SCIASCIA, *I profili pubblicistici del credito tra dimensione nazionale e innovazioni sovranazionali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, p. 413 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali sleali: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in *C. Rabitti,* (a cura di), *venti anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 2010, II, p. 1221 ss.

A. SCOTTI, *ABF e rapporti bancari*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. comm., Torino, Utet, 2012.

M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, p. 207 ss.

M.E. SERRANO CHAMORRO, *El arbitraje en materia de consumo: su trayectoria legal*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 1113 ss.

O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in *Innovazione tecnologica e valore della persona-Il diritto alla protezione dei dati personali nel regolamento UE 2016/679,* (a cura di) *L. Califano*, Napoli, Esi, 2017, p. 573 ss.

A. SHIRKY, *Speculative Post on the idea of Algorithmic Authority*, in *shirky.com/weblog/2009/11/a-speculative-post-on-the-idea-of-algorithmic-authority/.*

A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista fil. Dir.*, 2019, p. 87 ss.

S. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, in *Biolaw Journal*, 2019, p. 53 ss.

A. SIMONCINI, *Profili costituzionali dell'amministrazione algoritmica*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl*., 2019, p. 1149 ss.

P. SIRENA, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 277 ss.

P. SIRENA, *L'unione bancaria e il suo impatto sul rapporto tra intermediari e consumatori*, in *Econ. Dir. Terziario*, 2016, p. 44 ss.

P. SIRENA, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 9, II, p. 1370 ss.

A. SIROTTI GAUDENZI, *Procedimento arbitrale e rapporti con il processo civile dopo la legge 162/2014*, Milano, Maggioli, 2015.

N. SOLDATI, *La mediazione nelle controversie societarie, bancarie e finanziarie*, in *La nuova mediazione e conciliazione, Il Sole24ore*, 2010, p. 41 ss.

G. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1, 2011, p. 121 ss.

M. STELLA, *Lineamenti degli Arbitri Bancari e Finanziari*, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 1653 ss.

M. TAGLIAMONTE, *Crisi finanziaria e cooperazione internazionale:*

globalizzazione dei mercati e circolazione dei modelli giuridici, Roma, Polimata, 2010, p. 20 ss.

M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Utet, 1987, p. 27 ss.

M. TAMPONI, *Le clausole contrattuali per la mediazione delle controversie in materia di servizi bancari e finanziari*, in *Bancaria*, n. 9, 2010, p. 48 ss.

G. TARSIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, Giuffrè, 2009.

M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, p. 123 ss.

M. TARUFFO, *Paginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 517 ss.

J. TASHEA, *Risk-assessment algorithms challenged in bail, sentencing and parole decisions*, in *ABA Journal*, 2017, in *abajournal.com*.

F. TIZI, *Negoziazione assistita e relazioni genitoriali per le coppie non coniugate. Negoziazione assistita in materia familiare e coppie di fatto*, in *Giur. It.*, 2016, p. 2643 ss.

A. TODESCHINI PREMUDA*, La trascrizione degli accordi tra coniugi nell'ambito della negoziazione assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 124 ss.

F. TOMASSEO, *Libertà negoziale e principio dispositivo nei procedimenti in materia di famiglia*, in *Fam. e Dir.*, 2018, p. 419 ss.

F. TORRES SANCHEZ*, La conveniencia para el Sistema Arbitral de Consumo de ampliar el concepto de consumidor, El arbitraje de consumo, C. E. Florensa i Tomas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 85 ss.

G. TRAPANI, *Ancora sulla nozione di cliente del banchiere*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1955, p. 363 ss.

A. TRINCHI, *Sulla trascrizione dei trasferimenti immobiliari nella negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2018, p. 124 ss.

V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia: i metodi alternativi di soluzione di controversie nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2007.

E. VAZQUEZ DE CASTRO, *Resolucion alternativa de disputas en materia de consumo. Una nueva mediación?, Soluciones alternativas a los conflictos de*

consumo. Perfiles hispano-italianos, J. Tomillo Urbina (dir.), Granada, Comares, 2016, p. 95 ss.

L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, Streetlib, 2018, p. 205 ss.

P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, Adelphi, 2018, p. 87 ss.