

LUISS 

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Processuale Civile

ABF E ACF VERSO L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA.
ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION E INTELLIGENZA
ARTIFICIALE

RELATORE

Chiar.mo Prof. Andrea Panzarola

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Ferruccio Auletta

CANDIDATO

Simone Corrias

Matr. 159763

Anno Accademico 2022/2023

Alla mia famiglia

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO 1 – GLI STRUMENTI DI ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION.

1.1 – Contesto storico: obiettivi della riforma del processo civile.

1.2 – Definizione e tipologie di ADR.

1.2.1 – *Caratteri comuni agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.*

1.3 – La mediazione.

1.3.1 – *Caratteri generali.*

1.3.2 – *La mediazione obbligatoria: condizione di procedibilità della domanda giudiziale.*

1.3.3 – *La mediazione demandata dal giudice.*

1.3.4 – *Il procedimento.*

1.3.5 – *Il mediatore.*

1.4 – La negoziazione assistita.

1.4.1 – *Caratteri generali.*

1.4.2 – *La convenzione di negoziazione.*

1.4.3 – *L'invito.*

1.4.4 – *La negoziazione obbligatoria.*

1.4.5 – *Esito positivo: l'accordo.*

1.5 – L'arbitrato.

1.5.1 – *Caratteri generali.*

1.5.2 – *La convenzione di arbitrato.*

1.5.3 – *Gli arbitri.*

1.5.4 – *Il procedimento arbitrale e la decisione.*

1.5.5 – *La tutela cautelare.*

1.6 – L'arbitrato irrituale.

CAPITOLO 2 – IL MODELLO VIRTUOSO DEGLI STRUMENTI DI ADR NEL SETTORE DEI MERCATI FINANZIARI.

2.1 – ABF: istituzione, evoluzione e funzionamento.

- 2.1.1 – *Caratteri generali.*
- 2.1.2 – *Ambito di applicazione soggettivo.*
- 2.1.3 – *Ambito di applicazione oggettivo.*
- 2.1.4 – *Natura dell'istituto.*
- 2.1.5 – *Il procedimento.*
- 2.1.6 – *La decisione.*

2.2 – ACF: l'arbitrato presso la Consob.

- 2.2.1 – *Caratteri generali.*
- 2.2.2 – *Ambito di operatività.*
- 2.2.3 – *Il procedimento.*
- 2.2.4 – *La decisione.*
- 2.2.5 – *Il fondo per la tutela stragiudiziale.*

2.3 – Effettività della tutela e risultati raggiunti.

- 2.3.1 – *Risultati raggiunti.*
-

CAPITOLO 3 – LA DIGITALIZZAZIONE DELLE ADR E L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE.

3.1 – Il diritto processuale civile e la digitalizzazione.

- 3.1.1 – *Il diritto e l'informatica.*
- 3.1.2 – *Il processo civile telematico (cenni).*

3.2 – Da Alternative Dispute Resolution a Online Dispute Resolution.

- 3.2.1 – *Introduzione.*
- 3.2.2 – *Le Odr di prima generazione.*
- 3.2.3 – *Le Odr di seconda generazione.*
- 3.2.4 – *L'istituzionalizzazione: le c.d. Odr "in Court".*

3.3 – **La giustizia predittiva.**

3.3.1 – *La predittività algoritmica della decisione.*

3.3.2 – *La transizione digitale di ABF e ACF.*

CONCLUSIONI

APPENDICE

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Nel corso degli ultimi decenni, il nostro sistema giudiziario ha affrontato una serie di sfide significative relative alla gestione efficace e tempestiva delle controversie civili. Al centro di questo dibattito si posizionano con forza le *Alternative Dispute Resolution* (ADR), un insieme di procedimenti e tecniche finalizzate alla risoluzione stragiudiziale delle controversie, che promettono di offrire risposte efficaci alle lungaggini e alle complessità del tradizionale percorso giudiziario.

La presente tesi si propone di esplorare la trasformazione e l'evoluzione, anche a seguito della recente riforma Cartabia, degli strumenti di ADR nel contesto italiano, analizzando gli interventi del legislatore volti a favorirne e incrementarne l'utilizzo, *e. g.*: gli sgravi fiscali previsti per chi sceglie di avvalersi di un procedimento di mediazione in luogo della giustizia ordinaria; l'obbligatorietà del previo esperimento del tentativo di mediazione per poter proporre la domanda giudiziale; l'equiparazione sostanziale del lodo arbitrale alla sentenza, *et alii*.

Si procederà al confronto tra i risultati raggiunti in termini di riduzione del carico giudiziario e gli obiettivi posti dal PNRR in tema di giustizia. Si cercherà altresì di comprendere se l'implementazione di tali procedure stragiudiziali abbia comportato o meno una compressione in termini di tutela della posizione giuridica soggettiva del singolo che intende agire in giudizio.

Al fine di sostenere a questo proposito la tesi negativa, e cioè che tali strumenti possano essere utili e non dannosi, se utilizzati *cum grano salis*, si concentrerà un'attenzione particolare al modello "virtuoso" di ADR che si sono affermate nel settore bancario e finanziario, dove i sistemi di risoluzione alternativa dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) e dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) si fanno carico di una duplice sfida: fungere da strumenti deflativi del contenzioso civile e, al tempo stesso, garantire la tutela al contraente debole nel rapporto con l'intermediario.

Infine, si esplorerà il tema della digitalizzazione e dell'impiego dell'intelligenza artificiale nel settore del diritto processuale civile, e in particolare delle ADR, concentrando l'analisi sullo sviluppo delle *Online Dispute Resolution* (ODR) per comprendere se esse costituiscano una mera evoluzione delle prime ovvero uno strumento

con caratteristiche peculiari, tale da poter assurgere a meccanismo complementare, e non meramente alternativo, rispetto alla giustizia ordinaria.

L'obiettivo di questa tesi è dunque duplice: da un lato, fornire un'analisi approfondita dello stato attuale e delle prospettive future degli strumenti di ADR in Italia, in particolare nel settore bancario e finanziario, evidenziando il loro contributo alla decongestione dei tribunali e all'efficienza della giustizia civile; dall'altro, riflettere sulle implicazioni pratiche e giuridiche dell'adozione di tecnologie avanzate come l'intelligenza artificiale nel campo dell'ADR, con l'intento di delineare un quadro normativo e operativo adeguato alle sfide del XXI secolo.

In particolare, il primo capitolo sarà dedicato agli strumenti di ADR più classici dell'ordinamento italiano, esaminando il contesto storico e le riforme del processo civile che hanno portato alla loro introduzione e diffusione. Verranno approfonditi dunque gli istituti della mediazione; negoziazione assistita; arbitrato rituale e irrituale, con l'obiettivo di delinearne i caratteri comuni e le peculiarità di ciascuno. Particolare attenzione verrà riservata alla mediazione obbligatoria, alla sua funzione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, e alla nuova "mediazione demandata dal giudice", introdotta dal D.lgs 149/2022.

Il secondo capitolo sarà incentrato sugli strumenti di ADR nel settore dei mercati finanziari, analizzando in particolare l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) e l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), indagandone anzitutto la particolare natura: *nomen non tamen omen*. Si procederà poi ad analizzare l'efficacia di questi strumenti nel fornire una risposta tempestiva e adeguata alla protezione dei diritti di consumatori e investitori. Ciò comporta un'indagine comparativa tra i due organismi, l'esame del procedimento dinnanzi all'Arbitro, la valutazione dei risultati conseguiti e la discussione sulle prospettive di sfida future.

Nel terzo e ultimo capitolo, si esploreranno le implicazioni della digitalizzazione e dell'intelligenza artificiale, in *primis* nel processo civile e *in secundis* nelle ADR, indagando segnatamente la transizione dalle ADR tradizionali alle ODR e le prospettive della c.d. giustizia predittiva. Si evidenzieranno le differenze che sussistono tra il processo ordinario e gli strumenti stragiudiziali nell'approccio alla digitalizzazione, che si riflettono nell'attuazione del processo civile telematico nel primo caso e nell'impiego dei più avanzati strumenti informatici nel secondo. Verrà posto, infine, un *focus* sulla

digitalizzazione dell'ABF e dell'ACF, avendo riguardo anche al recente progetto "Abeftech" della Banca d'Italia, volto all'implementazione dei moderni strumenti di IA nel procedimento davanti a tali organi.

CAPITOLO 1

GLI STRUMENTI DI ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION.

SOMMARIO: 1.1. Contesto storico: obiettivi della riforma del processo civile. – 1.2. Definizione e tipologie di ADR. – 1.2.1. Caratteri comuni agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. – 1.3. La mediazione. – 1.3.1. Caratteri generali. – 1.3.2. La mediazione obbligatoria: condizione di procedibilità della domanda giudiziale. – 1.3.4. La mediazione demandata dal giudice. – 1.3.5. Il procedimento. – 1.3.6. Il mediatore. – 1.4. La negoziazione assistita. – 1.4.1. Caratteri generali. – 1.4.2. La convenzione di negoziazione. – 1.4.3. L'invito. – 1.4.5. La negoziazione obbligatoria. – 1.4.6. Esito positivo: l'accordo. – 1.5. L'arbitrato. – 1.5.1. Caratteri generali. – 1.5.2. La convenzione di arbitrato. – 1.5.3. Gli arbitri. – 1.5.4. Il procedimento arbitrale e la decisione. – 1.5.5. La tutela cautelare. – 1.6. L'arbitrato irrituale.

1.1 Il contesto storico: obiettivi della riforma del processo civile.

L'innovazione del processo civile è uno degli obiettivi concordati con l'Unione Europea per accedere alle risorse del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza¹. La riforma, incentrata sull'obiettivo di riduzione dei tempi di giudizio, è inserita nel PNRR tra le c.d. riforme orizzontali, o di contesto, che consistono in mutamenti strutturali

¹ Il PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) è un programma strategico avviato dall'Italia per affrontare le sfide economiche e sociali intensificate dalla pandemia di COVID-19. Finanziato dall'Unione Europea nell'ambito del *Next Generation EU*, il PNRR italiano prevede un imponente piano di investimenti e riforme, con l'obiettivo di rilanciare l'economia, promuovere la transizione ecologica e digitale, e rafforzare la coesione sociale e territoriale. Il settore della giustizia riveste un ruolo fondamentale. Il Piano prevede specifiche riforme e investimenti per modernizzare il sistema giudiziario, rendendolo più efficiente e riducendo l'arretrato giudiziario, un problema storico in Italia. Queste iniziative sono cruciali non solo per garantire un accesso più rapido ed equo alla giustizia, ma anche per migliorare l'ambiente degli affari e sostenere la crescita economica.

dell'ordinamento, tali da interessare, in modo trasversale, tutti i settori di intervento del Piano.²

Una giustizia civile che operi in modo celere ed efficace è fondamentale per mantenere relazioni socioeconomiche basate sui principi di equità e legalità. In ambito economico sicuramente la certezza di risolvere i contenziosi commerciali in tempi rapidi e con modalità agili, porterebbe alla riduzione del costo del credito e all'incremento degli scambi, sia tra le imprese nazionali, che tra queste e le imprese estere. Come confermano vari studi³, queste ultime, vengono scoraggiate ad investire in Italia anche a causa della lentezza della giustizia, che provoca incertezza nei rapporti economici e il pericolo per le imprese di vincolare il capitale per lunghissimi periodi, in attesa di una decisione giudiziaria. Secondo l'ultimo rapporto⁴ della Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ), la giustizia italiana si colloca tra le più lente d'Europa, anche se negli ultimi anni si segnala una tendenza al miglioramento.⁵

La ragionevole durata del processo, inoltre, influisce positivamente anche sulla percezione che la popolazione ha riguardo all'integrità delle istituzioni, contribuendo così a diffondere la cultura della legalità.

In sede europea l'Italia ha assunto l'impegno, in particolare, di potenziare gli strumenti alternativi al processo per la risoluzione delle controversie: rafforzando le garanzie di

² Servizio Studi Camera dei Deputati e Servizio Studi Senato della Repubblica, *Riforma del processo civile e revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie*, in Dossier 6 settembre 2022, disponibile al link: https://www.astrid-online.it/static/upload/doss/0001/dossier_stud_570_1360250_419449.pdf.

³ Si veda ad esempio: Ufficio Parlamentare di Bilancio, *L'efficienza della giustizia civile e la performance economica*, 22 luglio 2016, disponibile al link: https://www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2016/07/Focus_5.pdf.

⁴ *European judicial system; CEPEJ Evaluation Report, 2022 Evaluation cycle (2020 data)*.

Secondo il report 2020 *Doing Business* della Banca Mondiale, l'Italia si colloca al 122esimo posto su 190 per la categoria "Tempo e costi delle controversie" (*Enforcing contracts*), tuttavia questi dati si riferiscono a un tipo specifico di procedimento giudiziario e al solo Tribunale di Roma.

⁵ Cfr. al link: <https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-archivio-studi-e-analisi-la-giustizia-civile-italiana-resta-la-piu-lenta-d-europa-ma-c-e-qualche>.

imparzialità, per ciò che concerne l'arbitrato; estendendo l'ambito di applicazione della negoziazione assistita; estendendo l'applicabilità dell'istituto della mediazione.⁶

Inoltre, si è impegnata a realizzare un assetto processuale tale da “concentrare maggiormente, per quanto possibile, le attività tipiche della fase preparatoria ed introduttiva; sopprimere le udienze potenzialmente superflue; ridurre i casi nei quali il tribunale è chiamato a giudicare in composizione collegiale; ridefinire meglio la fase decisoria, con riferimento a tutti i gradi di giudizio”.⁷

Ulteriori interventi riguardano il processo esecutivo ed i procedimenti speciali, volti anche in questo caso a garantire la semplificazione delle forme e dei tempi.

Infine, ulteriori ambiti di riforma riguardano il settore del contenzioso della famiglia, per il quale si prevede un rito unitario per i procedimenti di separazione, divorzio e per quelli relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli.

Il PNRR ha fissato traguardi ambiziosi, verso i quali la riforma sta avanzando con determinazione per ottenere significative riduzioni dell'arretrato e della durata del processo civile.⁸

Nel mese di marzo 2021, il Ministero della giustizia ha istituito una “*Commissione di studio per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione*”, presieduta da Francesco Paolo Luiso (c.d. Commissione Luiso), che è giunta alla consegna, nel mese di maggio, di una sapiente ed elaborata relazione, contenente un pacchetto di proposte di riforma.

Sulla base di ciò, il Governo ha presentato vari emendamenti all'originario testo di un disegno di legge di riforma, già pendente in Parlamento, sulla cui approvazione ha posto la questione di fiducia.

⁶ Cfr. Camera dei Deputati Servizio Studi XVIII, *Misure per l'efficienza del processo civile*, 23 settembre 2022.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Per gli obiettivi nel dettaglio vedi Appendice A.

Il Parlamento ha approvato la Legge n. 206 del 2021⁹, che prevede la delega al Governo, per l'efficienza del processo civile, per una serie di misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie e in materia di esecuzione forzata, nonché per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (che è ciò su cui ci concentreremo) in ossequio agli impegni presi in sede europea.

Per attuare la delega di cui sopra, il Governo ha emanato il d.lgs. 149/2022 (la c.d. riforma Cartabia, che prende il nome dall'allora guardasigilli, Marta Cartabia), che modifica ampiamente il tessuto del Codice di Procedura Civile.

I dati ad oggi evidenziano che ci sono stati miglioramenti sul fronte della durata del processo. Secondo le stime si rientra ora, salvo particolari eccezioni, nei tre anni "richiesti" dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. C'è, tuttavia, un prezzo da pagare.

Nell'arco degli ultimi trent'anni, le numerose riforme che hanno interessato i diversi riti procedurali, prevalentemente motivate dalla necessità di garantire la ragionevole durata del processo civile, hanno progressivamente orientato il sistema giudiziario verso un modello di efficienza economica tipico di una gestione manageriale.

Questo approccio, che enfatizza metodi aziendalisti quali LIFO e FIFO¹⁰, tende a considerare la giustizia civile sotto una prospettiva meramente econometrica, riducendo spesso la tutela dei diritti soggettivi, molti dei quali di natura indisponibile, a una mera questione di *performance* degli uffici giudiziari.¹¹ Questo rischia di trascurare la qualità e il contenuto sostanziale dei provvedimenti giudiziari, riducendo il ruolo del magistrato

⁹ Rimangono immobili solo alcune delle proposte del disegno di legge originario, mentre la fase introduttiva del giudizio di primo grado viene riformata in modo tale che ci si allontani vistosamente tanto dalle proposte della Commissione Luiso quanto dal testo Governativo.

¹⁰ I metodi aziendalistic "Last in first out"; "First in first out", sono due approcci utilizzati nella gestione delle scorte e nella contabilità per valutare l'inventario e il costo dei beni venduti. Secondo il primo metodo, gli articoli aggiunti all'inventario sono i primi ad essere venduti o utilizzati. Il secondo metodo invece prevede che i primi articoli acquistati o prodotti sono i primi ad essere venduti. Entrambi i metodi hanno implicazioni sulla gestione finanziaria e fiscale di un'azienda e la scelta tra LIFO e FIFO dipende dalle strategie aziendali.

¹¹ A. M. TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2023, pag. 2 ss.

a quello di un operatore burocratico asettico, occupato principalmente a gestire controversie cartolari, la cui unica preoccupazione sia quella di liberarsi al più presto di una causa per poter passare alla successiva.

Invero, la controversia è un *vulnus* che colpisce non soltanto i singoli, ma l'intera comunità nella sua più intima essenza, minando le fondamenta della pace sociale garantita dagli organi giudiziari in nome del popolo¹²¹³: “una pace destinata a esser gravemente compromessa senza la costante ricerca di una giusta ed equa composizione dei conflitti, per lasciar posto, in mancanza, al ritorno alla barbarie dell'autotutela incentrata sui rapporti di forza, con il completo venir meno delle basi fiduciarie sulle quali si regge il patto tra *conciues*, come tragicamente mostrano i conflitti internazionali e geopolitici in atto, anche nel cuore della vecchia Europa”¹⁴.

Negli ultimi decenni il processo civile è stato soffocato da strettoie, preclusioni e formalismi, che lo hanno reso cartolare e burocratico, ora telematico, facendo dell'art.180 del c.p.c.¹⁵, pur tuttora in vigore, lettera morta¹⁶.

Quell'oralità tanto agognata da Chiovenda, per la quale iniziò la sua battaglia a partire dal cessato codice del 1865, diviene ormai solo un vessillo che accompagna le varie riforme, contraddetto dalla circostanza che vede ormai prevalere assolutamente gli scritti sulla discussione orale¹⁷.

Il processo civile, essendosi trasformato in un mero e meccanicistico *iter* documentale e distaccato, ha perduto la sua intrinseca funzione, che dovrebbe consistere nel rendere giustizia in modo ottimale, con la massima osservanza delle esigenze delle parti coinvolte

¹² Art. 101, co. 1, della Costituzione: “La giustizia è amministrata in nome del popolo”.

¹³ A. M. TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, cit., pag. 4 ss.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ L'art. 180 c.p.c. prevede infatti che: “la trattazione della causa è orale. Della trattazione della causa si redige processo verbale.”

¹⁶ M. TOFANELLI, *La Riforma Cartabia tra utopia e passato*, in *Rivista Judicium*, 28 marzo 2023.

¹⁷ Dalla *lectio magistralis* del 23 marzo 2023, Prof. A. PANZAROLA, corso di Diritto Processuale Civile, Università LUISS.

e della verità sottostante al rapporto giuridico controverso. Il processo “deve dare a chi ha un diritto, praticamente tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”¹⁸. Ma, anche quest’ultima riforma adotta una visione tale per cui, la parte che introduce una causa non è il soggetto che ha subito un torto e chiede l’intervento dello Stato per porre rimedio a quel torto, ma solo e semplicemente un “rompiscatole da arginare”¹⁹²⁰.

Pertanto, deve essere accolta con un favore moderato e circoscritto la parte del d.lgs. 149/2022, in particolar modo i suoi artt. 7-9, con cui vengono potenziate le ADR, ispirandosi al paradigma del “*multidoor courthouse*”, ideato da Frank Sander nell’ormai risalente *Pound Conference*²¹ del 1976.²²

¹⁸ Citazione attribuita a G. Chiovenda da A. PROTO PISANI, *Nel centenario del magistero di Giuseppe Chiovenda: La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda*, in *Il Foro Italiano*. Vol. 125, No. 4, pp. 125,126, aprile 2002.

¹⁹ G. SCARSELLI nell’intervista di V. A. POSO, *Mala tempora currunt. Scritti sull’ultima riforma del processo civile*, in www.giustiziainsieme.it, 4 marzo 2023.

²⁰ Si fa dunque di necessita virtù, e come insegnava antica, confuciana saggezza: “*Le controversie giudiziarie tenderebbero a moltiplicarsi smisuratamente, se il popolo non avesse timore dei tribunali e confidasse di trovare in essi una rapida e perfetta giustizia. L’uomo sarebbe indotto a farsi delle illusioni su ciò che è bene per lui e in questo modo le contestazioni non avrebbero fine, al punto che la metà degli uomini del nostro impero non basterebbe a risolvere i litigi dell’altra metà. Pertanto, io desidero che quanti si rivolgano ai tribunali siano trattati senza pietà e in modo da sentire avversione verso la legge e tremino al pensiero di comparire davanti a un giudice. Così il male sarà tagliato alle radici. I buoni cittadini che abbiano controversie tra loro le comporranno come fratelli, ricorrendo all’arbitrato di un uomo anziano o del capo del villaggio. Per quanto riguarda i turbolenti, gli ostinati e i litigiosi, lasciate che si rovinino nei tribunali: questa è la giustizia che si meritano*”. A. M. TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, cit. pagg. 2 ss.

²¹ Nel 1976, nella città di Minneapolis, Stati Uniti d’America, ebbe luogo un evento di rilevanza storica nel campo del diritto processuale e della risoluzione alternativa delle controversie, denominato “Conferenza Nazionale sulle Cause dell’Insoddisfazione Popolare nei Confronti dell’Amministrazione della Giustizia”, più comunemente nota come “Pound Conference”. Durante tale assemblea, il Professore Frank Sander propose un innovativo modello per la gestione delle liti, noto come il concetto della “*Multi-Door Courthouse*”. Il nucleo di questa proposta consisteva nell’istituzione di un sistema giudiziario in cui gli individui, al momento dell’accesso al tribunale, si vedessero offrire una pluralità di percorsi per la risoluzione delle loro dispute. La visione pionieristica del Prof. Sander ebbe un impatto significativo, tanto da poter considerare quella data come il momento fondativo del movimento ADR e del concetto di “moderna mediazione”, parte integrante della filosofia del “tribunale a più porte” propugnata da Sander.

²² A. M. TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, cit., pag. 3.

L'auspicio è che il progetto della giustizia alternativa, avviato a partire dal d.lgs. 28/2010, realizzi una vera e propria svolta culturale in Italia, tale da concretare sicuramente uno sgravio del carico pendente dinanzi ai tribunali ma, che sia anche strumentale a salvaguardare ciò che resta del processo civile, in modo da garantire comunque una tutela piena ed effettiva a chi, eventualmente, non trovi soddisfazione con tali strumenti.

I dati statistici, degli effetti economici delle riforme e delle varie norme processuali, devono essere strumenti di analisi e di intervento, sicuramente utili, ma non tali da rendere il legislatore cieco, nella disperata ricerca di costruire un processo più veloce a tutti i costi. La ragionevole durata, non è che uno dei valori del “giusto processo”²³ e neppure il più importante.²⁴

Forse, come affermato dal Presidente della commissione F.P. Luiso, basterebbe aumentare il numero dei magistrati per risolvere i problemi della giustizia in Italia. Già nel 1919, Ludovico Mortara, nelle sue *Istituzioni di ordinamento giudiziario* parlava della necessità di adeguare il numero dei giudici e dei cancellieri ai bisogni del servizio pubblico. Ad oggi l'organico del personale togato di magistratura, assegnato al settore civile, è di 2.816 unità²⁵, il che si traduce in un singolo giudice per oltre ventimila cittadini, cioè meno di 5 giudici ogni cento mila abitanti²⁶.

In ogni caso, il concetto di processo e procedura, originato dal razionalismo moderno e fondato sulla logica e sui principi del positivismo giuridico, ha subito un declino con la crisi della legge, dello Stato e con il mutamento della dinamica tra i suoi poteri. Siamo oltre l'era della legislazione tradizionale, oltre il tempo del processo giudiziario convenzionale e oltre l'epoca del giudizio classico.

Ci troviamo ora in un'epoca nuova, che richiede un approccio innovativo e rivoluzionario, un'epoca da affrontare con uno spirito nuovo: “*l'Esprit de la médiation*”²⁷.

²³ Art. 111 della Costituzione.

²⁴ A. M. TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, cit., pagg. 3 ss.

²⁵ Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio statistico, <https://www.csm.it/documents/21768/137951/Numero+di+giudici/967db0db-c2b7-4392-aff0-1e5a1180b511>.

²⁶ La popolazione italiana ammonta a circa 59.000.000 di persone (ISTAT 2022).

²⁷ J. MORINEAU, *L'esprit de la médiation*, Érés, Parigi, 1998 (ed. it.: F. ANGELI, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2016).

1.2 Definizione e tipologie di ADR.

I *Modes alternatifs de règlement des conflits*, per rimanere in territorio transalpino, o più comunemente le ADR (*Alternative Dispute Resolution*), sono la risposta che è stata data in pressoché tutti i paesi occidentali all'esigenza di decongestionare i tribunali in modo da far fronte alla crescente incapacità di soddisfare, in modo adeguato ed in tempi ragionevoli, i "bisogni di tutela" che si manifestano nella società.

Si è soliti parlare di mezzi alternativi in senso stretto con riferimento alla Conciliazione²⁸, alla Mediazione e alla Negoziazione assistita, essendo strumenti che mirano a sostituire integralmente la giurisdizione. L'arbitrato, invece, è alternativo soltanto rispetto all'apparato giurisdizionale statale o, comunque, rispetto ad altri sistemi giurisdizionali. La conciliazione, la mediazione e la negoziazione assistita si collocano, invece, in una posizione intermedia tra gli strumenti negoziali per la risoluzione delle controversie che non coinvolgono terzi (ad es. la transazione) e gli altri mezzi in cui il terzo coinvolto esercita la qualità di giudice in senso sostanziale²⁹.

Si fa peraltro strada, specie nel mondo anglosassone, l'idea di sostituire al termine *alternative* quello *adequate* per cui ADR indicherebbe oggi, non un mezzo alternativo ma, il mezzo più adeguato e, quindi, il canale principale di risoluzione delle controversie. Su questa stessa linea, da noi, si fa strada l'idea di detronizzare il principio di priorità in favore del principio di sussidiarietà della giurisdizione.

Dal combinato disposto degli artt. 24 e 111 della Costituzione si evince che la tutela giurisdizionale dei diritti sia un'attività costituzionalmente necessaria e che l'accesso al giudice non possa essere circoscritto o eliminato dal legislatore ordinario. La pietra

²⁸ L'utilizzo del termine conciliazione da parte del legislatore italiano era funzionale a differenziare questa attività dalla mediazione di cui agli artt. 1754 c.c. ss., che riguarda l'interposizione di un terzo tra due parti in vista della conclusione di un accordo. Sulla scorta delle esperienze di altri ordinamenti, nonché in esecuzione della Direttiva UE n.52/2010, con il d.lgs. 28/2010, il legislatore italiano ha definito la mediazione come l'attività di cui all'art.1 del medesimo decreto e la conciliazione come il risultato positivo di tale attività.

²⁹ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, IV ed. aggiornata da R. MARTINO; A. PANZAROLA; L. PICARDI, Milano, 2019, pagg.751 ss.

angolare dell'edificio in cui consiste lo "Stato di Diritto" è proprio il diritto individuale di accesso alla giustizia.³⁰ Ciò, secondo tale orientamento però, non sancirebbe che il ricorso al giudice sia il primo ed immediato rimedio (principio di priorità) bensì rappresenterebbe soltanto l'ultima *chance*, alla quale ogni cittadino ha il diritto inviolabile di farvi ricorso, tutte le volte che altri mezzi di risoluzione della controversia abbiano fallito (principio di sussidiarietà).

Si tratta, peraltro, di orientamenti non scevri di pericoli. La preferenza indiscriminata per i metodi alternativi di risoluzione della controversia potrebbe portare a situazioni in cui parti, non garantite dalla presenza di un giudice terzo ed imparziale, trovandosi in una posizione di subordine, possano essere indotte ad accettare composizioni sfavorevoli nei confronti di avversari muniti di posizione di potere (c.d. *potentiores*)³¹. Proprio sui risvolti di tale tematica si tornerà nel capitolo terzo, dove si analizzeranno i possibili vantaggi che potrebbe avere, in un futuro prossimo, l'impegno dell'intelligenza artificiale in ausilio alle parti che decidono, "volenti o nolenti"³², di intraprendere la strada della risoluzione stragiudiziale della controversia.

1.2.1. *Le caratteristiche comuni agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.*

La giurisdizione civile ha la funzione di tutelare le posizioni giuridiche soggettive consistenti sia in diritti disponibili che in diritti indisponibili. Va in primo luogo osservato che gli strumenti stragiudiziali presuppongono la disponibilità del diritto³³ oggetto di contesa.

Quando la controversia ha ad oggetto un diritto disponibile le parti possono rinunciarvi, ovvero possono stipulare un contratto di transazione ex art. 1965 c.c., con il quale, mediante reciproche concessioni, comporre o prevenire una lite tra loro insorta. La

³⁰ Nella Sent. n. 120/2014 la Corte Cost. ha incluso tale diritto fra i "diritti fondamentali" (punto 4.4. c.d.).

³¹ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., pagg.751 ss

³² Vedi infra 1.3.2 sulla mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

³³ Ad es. non sarà possibile rivolgersi ad un mediatore per risolvere una controversia circa il rapporto di filiazione.

transazione ha un effetto estintivo che impedisce ai contraenti di proporre o riproporre l'azione in giudizio.

Disponibilità di un diritto significa, in questa sede, che le parti hanno rispetto ad esso il potere negoziale di stringere accordi volti a costituire, modificare o estinguere il diritto e, al cui contenuto, l'ordinamento attribuisce "forza di legge".³⁴

Ovvero possono, fuori da questa ipotesi di risoluzione negoziale prevista dal Codice civile, comporre una controversia tra loro insorta, avente ad oggetto diritti disponibili, mediante l'ausilio di un soggetto terzo, al quale affidano il compito di favorire e promuovere la risoluzione amichevole della lite (mediazione, conciliazione, negoziazione assistita), ovvero il potere di deciderla (arbitrato).

La seconda caratteristica comune agli strumenti alternativi di risoluzione della controversia è che il loro oggetto non deve essere contrario all'ordine pubblico e al buon costume.

³⁴ Occorre in proposito porre alcune premesse necessarie per comprendere come e perché anche uno strumento stragiudiziale possa, al pari di una sentenza, essere idoneo alla risoluzione di una controversia. La sentenza ha ovviamente efficacia vincolante, poiché essa è disciplinata dal diritto pubblico ed è espressione del potere autoritativo dello Stato. L'effetto tipico derivante dalla sentenza si ricava dall'art. 2909 c.c. che stabilisce il c.d. giudicato sostanziale. Dall'analisi di tale articolo si può comprendere come le regole di condotta, individuate nella sentenza passata in giudicato, siano *lex specialis* del rapporto tra le parti, rispetto alle regole generali e astratte della normativa sostanziale. L'immutabilità delle regole di condotta contenute nella sentenza, rispetto allo *ius superveniens*, costituisce la dimostrazione più chiara ed evidente dell'effetto sostitutivo che esse hanno rispetto alle regole di condotta generali ed astratte proprie della normativa sostanziale. Il rapporto tra le parti, così come definito nella sentenza, non è più assoggettato alla *lex generalis*. In ciò consiste, dunque, l'efficacia propria della cosa giudicata sostanziale di cui all'art. 2909 c.c. Il contratto, che ai sensi dell'art. 1372 c.c. "ha forza di legge tra le parti", vincola le parti come se fosse legge. Da ciò si ricava, incontestabilmente, che l'efficacia vincolante del contratto non può essere inferiore a quella della sentenza. Per sostenere che la sentenza ha efficacia vincolante maggiore del contratto, occorrerebbe poter affermare che la sentenza ha efficacia vincolante maggiore della legge: il che è un assurdo giuridico. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, vol. V, XI ed., Milano, 2021, pag. 27 ss.

Il primo comma dell'art. 1965 c.c. assegna al contratto di Transazione la funzione di comporre una lite già incominciata, o di prevenirne una futura, tramite la negoziazione tra le parti.

L'ordine pubblico comprende sia le norme imperative, sia i principi: non può, ad esempio, costituire oggetto di transazione, mediazione, negoziazione assistita, arbitrato, un contratto illecito.

Ulteriore condizione comune alle procedure alternative è il consenso delle parti. L'accesso alla giustizia è un diritto fondamentale³⁵ garantito a ogni individuo al fine di ottenere la tutela di un suo diritto soggettivo, il ricorso a strumenti stragiudiziali è possibile, dunque, solo in quanto le parti rinuncino alla giurisdizione statale. Tuttavia, esistono delle ipotesi, in cui l'accesso alla giustizia è condizionato al previo esperimento di tentativi di risoluzione stragiudiziale della controversia, della cui compatibilità con l'art. 24 Cost e l'art. 6 CEDU si è occupata da tempo la Corte Costituzionale³⁶.

1.3 La mediazione.

1.3.1. Caratteri generali

Il percorso legislativo italiano, per l'introduzione della mediazione nella normativa speciale, è iniziato da un primo approccio cauto, nel 2003, in materia di controversie societarie. Fu successivamente, in seguito alla Direttiva UE del 21 maggio 2008 n. 52, che in Italia si giunse all'emanazione del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, cui è seguito il d.m. 18 ottobre 2010 n. 180. Il d.lgs 28/2010 è stato modificato con il d.l. 21 giugno 2013 n. 69, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 6 dicembre 2012 n. 272³⁷, poi convertito in legge 9 agosto 2013 n.98. Il d.lgs. 28/2010 è stato da ultimo modificato con la Riforma Cartabia.

La versione aggiornata dell'art. 1, d.lgs. n. 28/2010, definisce la mediazione 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

³⁵M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, seconda edizione, Torino, 2020, pagg. 52 ss.

³⁶Vedi *infra* 1.3.2.

²⁶ Vedi *infra* 1.3.2.

controversia, anche con la formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”. Con il termine “mediazione”, il legislatore, si riferisce al procedimento in sé, mentre con quello di “conciliazione” si riferisce all’esito positivo della menzionata procedura.

A dispetto dell’unico *nomen iuris* utilizzato, mutuato e anzi tradotto dal termine inglese *mediation*, il d.lgs. in esame, ha introdotto tre diversi tipi di mediazione radicalmente diversi quanto ai presupposti³⁸:

- I. Una mediazione su base volontaria stragiudiziale ed extraprocessuale per cui le parti possono esperire un tentativo di mediazione prima e indipendentemente dalla proposizione di una controversia davanti al giudice civile;
- II. Una mediazione stragiudiziale ma endoprocessuale, con un’attività di mediazione svolta da un organismo non giudiziale (organismo di mediazione) ma su sollecitazione (oggi vincolante) del giudice statale, già attualmente investito della controversia (c.d. mediazione demandata dal giudice);
- III. Una mediazione extraprocessuale ed extragiudiziale obbligatoria, prevista oggi per una moltitudine di controversie, e configurata come condizione di procedibilità della domanda giudiziale (c.d. mediazione obbligatoria).³⁹

³⁸ B. FICCARELLI, *Un decennio di mediazione civile e commerciale: evoluzione, bilanci e prospettive*, in *Il diritto degli affari*, n.2/20, pagg. 384 ss.

³⁹ Classificazione proposta da F. CUOMO ULLOA, *La Conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008 e da L. DITRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Rivista Judicium*, 29 aprile 2010. Vi è anche chi, V. E. FABIANI; M. LEO, *Prime riflessioni sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione” delle controversie civili e commerciali di cui al d. lgs. n. 28/2010*, in *Rivista Judicium*, 10 luglio 2010, diversamente, ha preferito ricorrere al distinguo tra una mediazione *obbligatoria*, una mediazione *facoltativa* e una mediazione *concordata*. La prima si concreta in quel procedimento di mediazione il cui esperimento, ai sensi dell’art. 2 del d.lgs., costituisce una condizione di procedibilità della domanda giudiziale; la seconda è rimessa ad una possibile iniziativa delle parti o del giudice procedente, per un verso, il disposto dell’art.2 del decreto in forza del quale “chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni dello stesso decreto, per altro verso, il disposto dell’art. 5, comma 2, in forza del quale il giudice, anche in sede di giudizio di appello, può invitare le parti stesse a procedere alla mediazione; la terza è invece quella mediazione legata alla sussistenza di una apposita clausola che la preveda, stante il disposto dell’art.5, nella parte in cui dispone che, ferma restando l’applicabilità delle regole in tema di mediazione obbligatoria, “se il contratto, lo statuto ovvero l’atto costitutivo dell’ente prevedono una

All'art. 2 del citato decreto viene ribadito che è possibile esperire la mediazione solo per quanto riguarda i diritti disponibili, il che (vedi *supra*), costituisce condizione logica necessaria per la risoluzione negoziale delle controversie. Occorre chiarire, invece, in questa sede cosa significhi il riferimento, sempre ex. art. 2 alle “controversie civili e commerciali”. L'espressione deriva direttamente dalla normativa comunitaria: l'art. 1, comma 2, della Direttiva n. 52/2008 precisa che rimangono escluse, in particolare, la materia fiscale, doganale e amministrativa e la responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*). Tali controversie, naturalmente se riguardanti diritti disponibili, potranno essere sottoposte alla mediazione di diritto comune. In conclusione, il d.lgs. 28/2010 si applica a tutte le controversie relative a diritti disponibili, disciplinate dal diritto privato.

L'esistenza della normativa speciale, derivante dal d. lgs 28/2010, non fa sì che non possa essere più praticata la mediazione di diritto comune, solo che chi preferirà rivolgersi alla mediazione di diritto comune non potrà beneficiare dei vantaggi che la normativa speciale prevede⁴⁰, e che riserva alle mediazioni che si svolgono secondo le regole previste dalla stessa.

Al comma 3 dell'articolo 4 del decreto in esame è previsto che l'avvocato, al conferimento dell'incarico, debba informare il proprio assistito, in modo chiaro e per iscritto, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione, potendo unitamente beneficiare degli sgravi fiscali previsti dalla normativa speciale. L'informativa è contenuta nell'atto di procura alle liti, o altro documento ad esso accluso, sottoscritto dall'assistito, e allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Lo stesso comma

clausola di mediazione o conciliazione”, il giudice o l'arbitro “su eccezione di parte, proposta nella prima difesa” ove rilevi che il tentativo non risulta esperito, assegna alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi. Ove invece rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è ancora conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi. B. FICCARELLI, *Un decennio di mediazione civile e commerciale: evoluzione, bilanci e prospettive*, cit.

⁴⁰ E.g. L'accordo di mediazione è esente dal pagamento dell'imposta di registro fino al valore di 100.000 euro, altrimenti la stessa è dovuta per la parte eccedente tale importo (precedentemente il limite era fino a 50.000,00). M. ZANUSSI, *Incentivi fiscali in mediazione: è attiva la piattaforma per i crediti d'imposta*, in www.cfnews.it, 12 febbraio 2024.

prevede che la violazione di tale obbligo informativo rende annullabile il contratto concluso tra l'avvocato e l'assistito.

L'art. 7 della Direttiva n. 52/2008 stabilisce che “a meno che le parti non decidano diversamente, né i mediatori né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di mediazione siano obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso”, in ragione del fatto che se la riservatezza del procedimento non fosse garantita, le parti sarebbero costrette a stare cautamente sulla difensiva per paura che, con un eventuale fallimento della mediazione, si possa complicare la loro posizione in sede processuale. A tal fine l'art. 9 del d.lgs. 28/2010 stabilisce l'obbligo di riservatezza nei confronti di chiunque sia coinvolto a qualsiasi titolo nel procedimento di mediazione. L'art.10 del d.lgs, seguendo la stessa *ratio*, statuisce che “Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio.

Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale⁴¹ e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale⁴² in quanto applicabili”.

⁴¹ L'art. 200 c.p.p. (“Segreto professionale”) opera una deroga al generale obbligo di verità della persona che si trovi a ricoprire l'ufficio di testimone. Il segreto professionale ricopre varie categorie di soggetti, tra cui gli avvocati, tenuti a non rivelare i segreti appresi nell'esercizio della propria professione. La norma va letta in combinazione con l'art. 622 del c.p., che punisce l'indebita rivelazione del segreto professionale.

⁴² L'articolo 103 c.p.p. (“Garanzie di libertà del difensore”), tutela l'indipendenza dell'avvocato nella funzione difensiva. Prescrive che l'esercizio della difesa sia libero e non soggetto a restrizioni, se non quelle indispensabili alla salvaguardia dell'ordine e del decoro del processo. Il difensore è immune da limitazioni, perquisizioni, e trattenimenti nell'espletamento del suo mandato, salvo casi specificati dalla legge. Questa norma garantisce la piena autonomia del difensore nel rappresentare e assistere l'imputato, essenziale per l'effettività del diritto di difesa e per l'integrità del processo penale.

1.3.2. *La mediazione obbligatoria: condizione di procedibilità della domanda giudiziale.*

Il profilo di maggiore rilevanza pratica, del decreto legislativo in questione, è la previsione, all'art.5, dell'obbligo di previo esperimento del procedimento di mediazione, per determinate materie⁴³, ai fini della procedibilità della domanda giudiziale.

La Corte Costituzionale fu investita sotto più profili, all'epoca dell'entrata in vigore, della questione di legittimità costituzionale della mediazione obbligatoria. Con la sentenza del 6 dicembre 2012 n. 272, la Consulta ha rilevato l'incostituzionalità del d.lgs. 28/2010 per "eccesso di delega", rispetto alle indicazioni e alle direttive date dalla legge delega che, secondo i giudici della Corte non aveva previsto, "né esplicitamente, né implicitamente il potere per il legislatore delegato di prevedere l'istituto della mediazione quale condizione obbligatoria di procedibilità. La Corte non si è spinta oltre, ma anzi in una sequenza logica delle questioni da analizzare ha ritenuto l'eccesso di delega assorbente"⁴⁴.

⁴³ Controversie in materia di *condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari* nella versione originaria del decreto, alla quale si aggiungono, a seguito della Riforma Cartabia, le controversie in materia di *associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura*.

⁴⁴ Ciò porta a ritenere che la Corte abbia ritenuto implicitamente non rilevanti le altre questioni sollevate, nello specifico la compatibilità dell'art.5 del decreto legislativo con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. Se così non fosse, ogni riferimento alla delega sarebbe risultato ininfluenza, perché sarebbe venuto meno alla radice ogni possibile ragionamento astratto sulla configurabilità o meno di una mediazione di tipo obbligatorio, in quanto neppure con una corretta delega del Parlamento sarebbe stato possibile conferire tale potere al Governo. Anche i riferimenti che la Corte fa alla normativa europea depongo in senso favorevole a tale ricostruzione: "la disciplina dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie". Sono dunque gli Stati a decidere sull'obbligatorietà o meno della mediazione. Sul punto è anche richiamata la Direttiva UE n. 52 del 2008, in particolare l'articolo 5 comma 2: "La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario". A. CECCOBELLI, *Mediazione: finalmente le motivazioni. Più dubbi o certezze?*, in www.altalex.com, 6 dicembre 2012.

A seguito di tali vicende⁴⁵ il legislatore è intervenuto con il d.l. 69/2013, convertito nella l. 69/2013, ancorché modificando parzialmente la previgente disciplina. L'art. 5 è stato da ultimo oggetto di più consistenti modifiche con il recente d.lgs 149/2022 (Riforma Cartabia). La versione odierna recita al primo comma: “Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione...”.

L'improcedibilità è eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Qualora il giudice ravvisi che la mediazione non sia stata esperita o che essendo stata avviata non si sia conclusa, fissa una nuova udienza alla scadenza del termine di tre mesi previsto dall'art.6. in tale udienza, il giudice verifica se la condizione di procedibilità è stata soddisfatta, in caso negativo dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale⁴⁶.

Occorre evidenziare che tale condizione si intende soddisfatta qualora le parti abbiano partecipato almeno al primo incontro dinanzi al mediatore, allorché tale incontro si sia concluso infruttuosamente, senza l'accordo di conciliazione. Questo ha generato la prassi,

⁴⁵ Interessanti riflessioni si possono trarre dalla dottrina dell'epoca, si veda in proposito: A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 133, No. 5, maggio 2010, pagg. 141 ss.; G. MONTELEONE, *La mediazione “forzata”*, in *Rivista Judicium*, 29 aprile 2010; M. RUVOLO, *Mediazione obbligatoria. Casi e questioni*, Milano, 2011 che analizza anche le più importanti decisioni giurisprudenziali, in merito alla mediazione obbligatoria, contemporanee all'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010; si veda anche M. VACCARI, *Questioni controverse in tema di mediazione*, in *Questione giustizia*, vol.1, 2015.; G. ZAMPETTI, *Problemi di costituzionalità (e di conformità al diritto dell'unione) della “nuova” mediazione civile obbligatoria: diritto alla tutela giurisdizionale e principio di proporzionalità*, in *Rivista AIC*, 21 novembre 2014.

⁴⁶ In questo caso il giudice chiude il processo con una pronuncia di rito, senza esaminare il merito della questione, con tale pronuncia dichiara anche la soccombenza della parte sulla quale gravava l'onere di proporre la domanda di mediazione (in tal senso Cass. 40035 del 14 dicembre 2021). V. VECCHIO, “*Effetti della mediazione obbligatoria non avviata nel termine assegnato né prima del giudizio di merito*”, in *Il Sole 24 ore, Norme & Tributi Plus*, 14 settembre 2022.

invero per nulla virtuosa, di partecipare all'incontro iniziale al mero scopo di ottenere l'avveramento della condizione, per poi proporre normalmente la domanda giudiziale, dunque, senza alcuna volontà effettiva di conciliare amichevolmente con la controparte. Un tentativo di porre un argine a tale tendenza arriva proprio dalla Riforma Cartabia, la quale prevede che, il nuovo primo incontro sarà di mediazione effettivo e dunque le parti dovranno cooperare "in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse"⁴⁷. Dunque, non più un modello di incontro "filtro", come quello previgente⁴⁸, con scelta c.d. OPT - OUT⁴⁹.

Il legislatore ha previsto che, per particolari tipologie di provvedimenti giurisdizionali, che pur riguardino le materie indicate all'art.5, non si applica l'obbligo del previo esperimento del tentativo di mediazione. Si tratta in particolare della tutela esecutiva e cautelare. Questa scelta si spiega in quanto, per la tutela cautelare, risulta preminente l'interesse derivante dal *periculum in mora*. Nelle more del procedimento di mediazione si potrebbero produrre, infatti, specie se questo poi non andasse a buon fine, degli effetti nefasti per la parte che non si sia potuta avvalere in *interim* dell'intervento del giudice. Per quanto riguarda la tutela esecutiva, con l'accordo di conciliazione le parti evitano di andare davanti a un giudice per ottenere una sentenza dichiarativa, ma non potranno mai ottenere mediante l'accordo l'effetto proprio dell'azione esecutiva, che consiste "nel diritto di applicare in modo forzato metodi esecutivi al fine di ottenere l'adempimento di

⁴⁷ Art. 8, comma 6, del D.lgs. 28/2010.

⁴⁸ A. ZANELLO, *Il primo incontro di mediazione: una formalità di carattere meramente informativo o uno snodo sostanziale decisivo per la definizione della controversia?*, in www.mondoadr.it, 13 giugno 2016; vedi anche Cassazione civile, sez. III, sentenza 27 marzo 2019 n° 8473: gli ermellini affermano che la condizione di procedibilità debba ritenersi assolta "con l'avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al primo incontro davanti al mediatore, all'esito del quale, ricevute dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalità di svolgimento della mediazione, può liberamente manifestare il suo parere negativo sulla possibilità di utilmente iniziare (rectius proseguire) la procedura di mediazione."

⁴⁹ OPT – OUT (opzione di uscita), cioè la possibilità per le parti di decidere di abbandonare la procedura al primo incontro, senza sostenere alcun costo, rendendo comunque soddisfatta la condizione di procedibilità di cui all'art.5. Tutto ciò poteva avvenire subito dopo la verifica dell'identità delle parti presenti e dell'illustrazione da parte del mediatore delle modalità di svolgimento e delle caratteristiche della procedura. M. ZANUSSI, *"Il nuovo primo incontro di mediazione: un cambio di passo"*, in www.cfnews.it, 3 luglio 2023.

pretese creditorie”. L'aggettivo "forzato" indica che l'azione di esecuzione (come il recupero di un credito) viene imposta contro la volontà del debitore, sotto l'autorità della legge e con l'intervento di funzionari statali quali gli ufficiali giudiziari. Questo concetto è strettamente legato al "monopolio dell'uso della forza"⁵⁰ da parte dello Stato, un principio fondamentale nelle società moderne. Secondo questo principio, solo lo Stato ha il potere di esercitare la forza coercitiva. Questo diritto è esercitato attraverso varie istituzioni, come la polizia, le forze armate e il sistema giudiziario, come in questo caso. L'accordo di conciliazione, ai sensi del d.lgs, può essere considerato un titolo esecutivo al pari di una sentenza, e dunque, essere un atto idoneo alla proposizione dell'azione esecutiva ma, se si intende proporre tale azione si presume che la parte istante sia già in possesso del "titolo" e perciò sarebbe privo di senso logico obbligarla alla mediazione al fine di ottenerne un altro.

All'interno del comma 6 dell'articolo in esame, è contemplata una serie di eccezioni all'obbligo di mediazione, delineando specifici contesti nei quali tale obbligo non trova applicazione. In primis, si fa riferimento ai procedimenti per ingiunzione, inclusi quelli riguardanti l'opposizione, fino al momento della decisione sulle istanze relative alla concessione e alla sospensione della provvisoria esecuzione, come stabilito dall'articolo 5-bis⁵¹. Inoltre, viene esclusa l'obbligatorietà della mediazione nei procedimenti per la convalida di licenza o sfratto, fino al momento in cui si verifica il mutamento del rito, secondo quanto disposto dall'art. 667 del Codice di procedura civile.

Si evidenzia altresì l'assenza di obbligo di mediazione nei procedimenti che implicano la consulenza tecnica preventiva, finalizzata alla composizione della lite, ai sensi dell'articolo 696-bis del medesimo codice. Per quanto concerne i procedimenti possessori, l'obbligo di mediazione è escluso fino alla pronuncia dei provvedimenti previsti dal terzo

⁵⁰ Si veda G. CAPANO, S. PIATTONI, F. RANIOLO, L. VERZICHELLI, *Manuale di scienza politica*, Bologna, 2014, sul pensiero di Max Weber, nel suo saggio "Politik als Beruf", che esplora varie tematiche relative alla politica, al potere e all'autorità. Il concetto del monopolio statale dell'uso legittimo della forza è uno degli aspetti chiave trattati nell'opera di Weber.

⁵¹ L' art.5 bis del d.lgs 28/2010 prevede che: quando l'azione è stata introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo, nel procedimento di opposizione, l'onere di presentare la domanda di mediazione grava sulla parte che ha proposto ricorso per decreto ingiuntivo, quindi sul convenuto nel giudizio ordinario che nasce con l'opposizione. Per questo particolare adempimento non si segue, quindi, la regola dell'inversione della posizione processuale (formale) delle parti.

comma dell'articolo 703 co. 3 c.p.c. Viene, inoltre, specificato che nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, non trova applicazione l'obbligo di mediazione. Questa esclusione si estende anche ai procedimenti svolti in camera di consiglio. Infine, si precisa che l'azione civile esercitata nell'ambito del processo penale è un ulteriore ambito in cui tale obbligo non si applica.

In conclusione, la mediazione, intesa quale condizione obbligatoria di procedibilità, è limitata a materie che corrispondono all' 8% circa di tutte quelle oggetto di contenzioso⁵². Secondo le statistiche disponibili⁵³, circa il 71% del totale delle procedure di mediazione, sono costituite da quella obbligatoria. Si registra una percentuale di successo del 30%, che si innalza al 49% in quei procedimenti in cui le parti accettano di partecipare anche dopo il primo incontro. I dati, tuttavia, variano in misura rilevante se si considerano le singole materie⁵⁴. Questi risultati evidenziano l'importanza assunta da questo procedimento nel nostro ordinamento, il che ha portato all'implementazione anche di un altro tipo di mediazione, quella demandata, che sta conquistando via via un'importanza sempre maggiore⁵⁵.

⁵² G. MATTEUCCI, *Mediazione e giudici in Italia, 2019*, in www.mondoadr.it, 16 marzo 2020. La stima è probabilmente da aggiornare, a seguito dell'incremento delle materie soggette a mediazione obbligatoria apportato dalla Riforma Cartabia.

⁵³ Ministero della Giustizia, *Mediazione civile ex d.lgs. 28/2010, statistiche del 2022, intero periodo 1° gennaio – 31 dicembre*, <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022.pdf>.

⁵⁴ Per esempio, sempre in base all'analisi del Ministero, la percentuale di successo per la materia "Patti di famiglia" è del 45%, che diventa 65% per le parti che proseguono oltre il primo incontro. Il dato più basso è registrato da "Contratti bancari" che si concludono con un accordo solo nell'8% dei casi, 29% se ci si siede al tavolo oltre il primo incontro.

⁵⁵ La mediazione demandata nel 2013 rappresentava l'1,9% del totale delle mediazioni civili, nel 2022 ha raggiunto il 17%, B. NAPOLITANO, *La "nuova" mediazione demandata*, in www.101mediatori.it, 28 aprile 2023; Ministero della Giustizia, *Mediazione civile ex d.lgs. 28/2010, statistiche del 2022*, cit.

1.3.3. *La mediazione demandata dal giudice.*

La Riforma Cartabia (d.lgs. 149/2022) ha introdotto il nuovo art. 5-*quater*, che prevede la c.d. mediazione demandata dal giudice⁵⁶. La nuova previsione stabilisce che il giudice, anche nel giudizio d'appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, può disporre con ordinanza, l'esperimento di un procedimento di mediazione. L'ordinanza deve essere motivata tenendo conto della natura della causa, dello stato dell'istruzione, del comportamento delle parti e di ogni altra circostanza rilevante. Il giudice, con lo stesso provvedimento, fissa l'udienza successiva, dopo la scadenza del termine di tre mesi previsto ex art. 6 d.lgs. 28/2010 per il procedimento di mediazione.

In origine, l'art. 5 co. 2, d.lgs. 28/2010, prevedeva la possibilità per il giudice, nel processo civile già avviato, di "invitare" le parti a procedere alla mediazione, invito non vincolante per le parti che restavano libere di aderirvi o meno⁵⁷. La nuova norma qualifica invece la mediazione demandata, non più come mero invito, bensì, anche stavolta, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La maggiore criticità è che quest'ultima si lega al meccanismo dell'obbligatorietà⁵⁸, tuttavia non in forma preventiva al processo (come nel caso della mediazione obbligatoria ex art. 5), bensì quando la controversia è già pendente e potrebbe aver raggiunto perciò livelli di conflittualità insanabili⁵⁹. È inoltre da segnalare che, in questo caso, la decisione del giudice di esperire il tentativo di conciliazione, non è vincolata alle materie indicate dall'art.5.

⁵⁶ M. DELIA – *La mediazione demandata dal giudice*, *Ciclo di webinar sul tema «Riforma del processo civile»*, in www.scuolamagistratura.it, 16 febbraio 2023, disponibile al link: <https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/3803262/Mirella+Delia+-+La+mediazione+demandata+dal+giudice.pdf/>

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ La nuova normativa ha suscitato dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità anche con la Direttiva UE 52/2008, poiché dà al giudice il potere di introdurre una condizione di procedibilità in corso di causa, anche se questa non è stata espressamente prevista dal legislatore. F. LOCATELLI, *Complementarietà tra mediazione e processo nel D. lgs. 149/2022: "l'occasione è difficile che si offra ed è facile che si perda"*, in *Rivista Judicium*, 25 novembre 2022.

⁵⁹ Qui è fondamentale la capacità del giudice di valutare correttamente quali cause presentano maggiori probabilità di risolversi con un accordo conciliativo e quali invece necessitino della pronuncia della sentenza. Di tali valutazioni darà atto nella motivazione dell'ordinanza. A tal fine è previsto che anche i

All'udienza fissata, se risulta che la mediazione non è stata esperita, il giudice chiude il processo pronunciandosi in rito.

1.3.4. *Il procedimento.*

L'art. 4 stabilisce che la domanda di mediazione deve essere proposta dinnanzi all'organismo territorialmente competente per la controversia⁶⁰, cioè quello del luogo dove ha sede il giudice che sarebbe competente a decidere la causa. La domanda di mediazione deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa. Nel caso in cui siano proposte più domande relative alla stessa controversia opera il principio di prevenzione, per cui sarà competente l'organismo presso il quale sia stata presentata la prima domanda (si fa riferimento alla data di deposito dell'istanza). La competenza dell'organismo è in ogni caso derogabile su accordo delle parti. Il secondo comma dell'art. 8, introdotto dalla recente riforma, assimila gli effetti della domanda di mediazione a quelli della domanda giudiziale per quanto riguarda la prescrizione e per quanto riguarda la decadenza. Quest'ultima è impedita per una sola volta⁶¹.

Le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione ma possono farsi rappresentare qualora sussistano giustificati motivi, purché da persona adeguatamente informata sui fatti. I soggetti diversi dalle persone fisiche (es. società) partecipano mediante rappresentanti o delegati, che devono essere a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per stipulare l'accordo di conciliazione. Quando però si tratta di mediazione obbligatoria (art.5 co.1) o demandata (art.5 *quater*), le parti devono essere assistite dai rispettivi avvocati.

magistrati debbano curare la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione, seguendo appositi corsi e seminari organizzati dalla Scuola superiore della magistratura

⁶⁰ Scelto dalla parte tra quelli, territorialmente competenti, iscritti nell'apposito albo tenuto presso il Ministero della giustizia. (vedi par. 1.3.5)

⁶¹ Si produce l'effetto interruttivo ex art. 2943, co. 2, c.c. e l'effetto sospensivo ex art. 2945, co.2, c.c. per quanto riguarda la prescrizione: la proposizione della mediazione, al pari della proposizione della domanda giudiziale, sospende il decorso della prescrizione del diritto oggetto di contesa in modo tale che, nelle more del procedimento, l'attore non subisca il pregiudizio derivante dalla perdita del suo diritto; e l'effetto impeditivo del verificarsi delle decadenze ex art. 2966 c.c.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 2022 del 2010, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del D.P.R. 2002/115 nella parte in cui non prevede che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche ai procedimenti di mediazione. È oggi possibile (ex art. 15 *bis* d.lgs. 28/2010) per la parte non abbiente, richiedere il patrocinio a spese dello Stato per l'assistenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione nei casi di mediazione obbligatoria, ma solo se l'accordo di conciliazione è effettivamente raggiunto⁶².

Il responsabile dell'organismo, ricevuta la domanda, designa un mediatore e fissa il primo incontro con le parti, che deve avere luogo non prima di venti giorni e non oltre quaranta giorni dal deposito della domanda, salvo diverso accordo tra le parti stesse. La data dell'incontro e ogni altra informazione utile sono comunicate alle parti a cura dell'organismo, con mezzi idonei ad assicurarne la ricezione.

È prevista la libertà delle forme per quanto riguarda l'organizzazione in concreto dello svolgimento del procedimento di mediazione, che sarà a cura del mediatore, in base al regolamento dell'organismo. In ossequio a ciò la Riforma Cartabia ha previsto la possibilità di svolgere la procedura in via telematica. Quando si adotta tale modalità "ciascun atto del procedimento è formato e sottoscritto nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e può essere trasmesso a mezzo posta elettronica certificata o con altro servizio di recapito certificato qualificato..." (art. 8 *bis*). Gli incontri possono svolgersi mediante collegamento audiovisivo da remoto, purché con mezzi idonei ad assicurare "...la contestuale, effettiva e reciproca udibilità e visibilità delle persone collegate".

Il procedimento si conclude positivamente quando è raggiunto l'accordo di conciliazione, in tal caso il mediatore forma processo verbale al quale allega il testo dell'accordo medesimo. In caso contrario il mediatore ne dà atto nel verbale e può formulare comunque una proposta conciliativa da allegarvi. Egli formula, in ogni caso, una proposta conciliativa quando le parti gliene fanno concorde richiesta, in qualsiasi momento del procedimento. Il mediatore deve informare le parti, prima della formulazione della proposta, delle possibili conseguenze previste in caso di rifiuto.

⁶² L'interessato deve fare richiesta al Consiglio dell'Ordine degli avvocati, del luogo dove ha sede l'organismo di mediazione competente, che entro venti giorni, qualora valuti fondata la richiesta ammette l'interessato al patrocinio, in via anticipata e provvisoria.

L' art. 13 prevede, infatti, che “Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto”.

La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto, le quali, entro sette giorni, fanno pervenire al mediatore, sempre per iscritto, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In caso di mancata risposta entro il termine vige il principio del silenzio-rifiuto.

Qualora tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite dagli avvocati, l'accordo sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati, che ne attestano e certificano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico, acquista la qualità di titolo esecutivo idoneo per avviare l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna o rilascio e l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. In tutti gli altri casi, l'accordo allegato al verbale deve essere omologato, su istanza di parte, dal Presidente del Tribunale, che ne accerterà egli la regolarità formale e il rispetto delle norme imperative e di ordine pubblico.⁶³

1.3.5. *Il mediatore.*

Il mediatore è un soggetto “terzo ed imparziale” che, al contrario dell'arbitro non ha il potere di imporre la propria decisione alle parti, che mantengono il dominio della situazione. Utilizzando una calzante metafora si potrebbe assimilare la funzione del mediatore a quella di *catalizzatore*, che è un mezzo che interviene in una reazione chimica, aumentandone la velocità o addirittura rendendo possibile una reazione che altrimenti non si verificherebbe. Caratteristica fondamentale del catalizzatore è che, nonostante favorisca la reazione di altri elementi, non entra a comporre il risultato finale.

⁶³ Sul procedimento di mediazione: F. P. LUISO *Diritto processuale civile*, cit., pag. 39 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, Vol.III, *L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, Torino, 2023

Analogamente, l'accordo conciliativo mantiene le stesse caratteristiche dell'accordo che le parti avrebbero potuto raggiungere da sole, nonostante la sua conclusione sia stata favorita dal mediatore.⁶⁴

Il capo III del d.lgs. 28/2010, che tratta degli *organismi di mediazione*, si apre con l'art. 16, rubricato "*Organismi di mediazione ed enti di formazione e registro. Elenco dei formatori*", in cui viene stabilito che la mediazione deve essere obbligatoriamente svolta presso enti pubblici o privati, che siano iscritti nel registro tenuto presso il Ministero della Giustizia e che erogano il servizio nel rispetto della legge, del regolamento ministeriale e del regolamento interno di cui sono dotati, approvato dal Ministero stesso. L'intento è ovviamente quello di garantire la "serietà ed efficienza", e dunque la professionalità del mediatore, l'indipendenza, ma anche introdurre quel criterio di "riconoscimento dell'esclusività delle competenze" che rappresenta uno dei passaggi obbligati verso la professionalizzazione e la nobilitazione del ruolo stesso.⁶⁵

Sono distinguibili tre tipologie di enti o organismi di mediazione: le camere di commercio e gli enti pubblici; gli organismi privati; gli avvocati iscritti all'Albo, questi ultimi sono mediatori di diritto ai sensi dell'art. 16 co. 4 bis.

Gli organismi di mediazione, in possesso dei requisiti, sono dunque soggetti all'iscrizione nel registro tenuto presso il ministero previa approvazione del proprio regolamento. Gli organismi istituiti dai consigli dell'ordine degli avvocati hanno il particolare diritto di poter utilizzare, per svolgere la propria attività, i locali del tribunale, che devono essere loro assegnati a tal fine dal presidente.

Gli organismi di mediazione si avvalgono dell'opera di mediatori, adeguatamente formati dagli organismi di formazione, anch'essi muniti dei requisiti prescritti dalla legge e tenuti all'iscrizione in un apposito registro presso il Ministero della giustizia.

Gli avvocati iscritti all'Albo, che, come anzidetto, sono mediatori di diritto, devono comunque essere "adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati"⁶⁶, per poter ottenere l'iscrizione ad un organismo di mediazione.

⁶⁴ F. P. LUISO *Diritto processuale civile*, cit., pag. 43 ss.

⁶⁵ A. TONARELLI, *Il "nuovo" mediatore civile e commerciale. Sociogenesi di una professione*, in *Cambio Rivista sulle Trasformazioni Sociali*, anno IV, n. 7, giugno 2014.

⁶⁶ Art. 16, comma 4 bis, d.lgs. 28/2010

Il regolamento dell'organismo, legittimamente approvato, deve contenere le prescrizioni inerenti alle modalità di nomina del mediatore, tali da garantirne l'imparzialità e l'idoneità allo svolgimento dell'incarico. È possibile, tramite il regolamento, stabilire che l'organismo sia professionalmente competente solo per determinate tipologie di controversie, in ragione della specializzazione dei mediatori in quelle determinate materie.

Al momento della stesura dell'elaborato, risultano iscritti all'albo, tenuto presso il Ministero della Giustizia, 1.128 organismi di mediazione e 23.756 mediatori in totale⁶⁷.

1.4 La negoziazione assistita

1.4.1. *Caratteri generali.*

Con il d.l. 132/2014 (convertito dalla l. 162/2014), rubricato “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile”, viene introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento la “procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati”, oggetto poi di integrazione da parte del d.lgs. 149/2022 (Riforma Cartabia). In vari aspetti della disciplina in esame, si possono individuare assonanze con quella dettata in tema di mediazione civile e commerciale⁶⁸, ma anche importanti differenze.

La negoziazione assistita, ispirandosi al modello francese della *procédure participative*⁶⁹, si aggiunge al novero degli strumenti di ADR previsti nell'ordinamento italiano, ponendosi in posizione complementare rispetto alla mediazione. La *ratio* è la medesima: giungere in via amichevole alla risoluzione della controversia, evitando l'instaurazione del processo davanti al giudice.

La prima rilevante differenza è che nel procedimento in esame non vi è la presenza del soggetto terzo e imparziale, che caratterizza la mediazione (e anche l'arbitrato), bensì le

⁶⁷ <https://mediazione.giustizia.it/ROM/ALBOMEDIATORI.ASPX>

⁶⁸ Di cui al d.lgs. 28/2010, entrato in vigore solo pochi anni prima. Si veda il paragrafo 1.3.

⁶⁹ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., pag. 775.

parti sono assistite dai propri avvocati, che partecipano alla negoziazione nell'esclusivo interesse del proprio cliente, perseguendo per giunta, il maggior vantaggio ottenibile⁷⁰. Gli avvocati assistono le rispettive parti nella fase della stipula della "convenzione di negoziazione", poi nella negoziazione vera e propria e infine nella fase, eventuale, di conclusione della procedura con l'accordo di risoluzione amichevole della controversia. L'avvocato ha il dovere deontologico di informare il cliente, al momento del conferimento dell'incarico, della possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita, qualora la controversia verta su diritti disponibili. Le pubbliche amministrazioni si affidano, per la partecipazione alla negoziazione, alla propria avvocatura, ove presente.

La negoziazione assistita, benché formalmente introdotta come strumento alternativo per la risoluzione delle controversie, non rappresenta un'innovazione assoluta nel panorama giuridico. Già precedentemente, era prassi consolidata che le parti conferissero ai propri legali il mandato di condurre trattative extragiudiziali. Questo avveniva con l'obiettivo di prevenire l'avvio di un processo e di pervenire a una transazione o, in alternativa, a una soluzione reciprocamente vantaggiosa e accettabile della controversia insorta. Il d.l. in esame ha semplicemente introdotto una regolamentazione di questa attività, definendo i suoi rapporti con il processo e gli effetti dell'eventuale accordo conclusivo⁷¹. Ad esempio, l'art. 9 del d.l. 132/2014, stabilisce che le dichiarazioni effettuate e le informazioni acquisite nel corso di un procedimento di negoziazione non possono essere impiegate in un successivo giudizio che abbia, integralmente o parzialmente, lo stesso oggetto. Inoltre, i difensori delle parti e coloro che partecipano non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite. Infine, a tutti coloro che partecipano al procedimento si applicano le disposizioni dell'art. 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'art. 103 del medesimo codice⁷², in quanto applicabili. Queste disposizioni hanno medesima finalità e contenuto, *mutatis mutandis*, degli artt. 9 e 10 del d.lgs. 28/2010⁷³.

⁷⁰ C.Cost n. 97/2019: "il procedimento di mediazione è connotato dal ruolo centrale svolto da un soggetto, il mediatore, terzo e imparziale, là dove la stessa neutralità non è ravvisabile nella figura dell'avvocato che assiste le parti nella procedura di negoziazione assistita".

⁷¹ F. P. LUISO *Diritto processuale civile*, cit., pagg. 89 ss.

⁷² Vedi note 33 e 34.

⁷³ Vedi *supra* 1.3.1.

Il d.l. 132/2014 individua tre distinte ipotesi di negoziazione assistita:

- Negoziazione assistita volontaria (art.2 co.1);
- Negoziazione assistita obbligatoria (art. 3);
- Negoziazione assistita (facoltativa) per le soluzioni consensuali di separazione personale dei coniugi, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o divorzio (art.6)

Di seguito saranno trattate le prime due ipotesi di negoziazione assistita, partendo da quella volontaria, la cui disciplina, contenuta nell'art. 2 del d.l. in esame, identifica i tratti fondamentali anche delle altre due tipologie. In questa sede sarà tralasciato il terzo modello, a sé stante rispetto agli altri, che richiederebbe specifici approfondimenti di diritto familiare, meritevoli di una trattazione in separata sede.

1.4.2. *La convenzione di negoziazione.*

Elemento fondamentale del procedimento di negoziazione assistita è la convenzione che, ai sensi dell'art. 2 del d.l. 132/2014, è “un accordo mediante 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 iscritti all'albo”. La convenzione deve essere redatta in forma scritta, a pena di nullità e, salvo diverso accordo, per la redazione della stessa si utilizza il modello a tal fine predisposto dal Consiglio nazionale forense, in conformità delle disposizioni del decreto.

Essa deve precisare (art. 2, co. 2): il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, che deve essere non inferiore a un mese e non superiore a tre mesi e che può essere prorogato di ulteriori trenta giorni su accordo delle parti (lett. a); l'oggetto della controversia, che non può riguardare diritti disponibili (lett. b).

La necessità che l'oggetto della controversia sia un diritto disponibile è, come si è detto⁷⁴, una caratteristica che accomuna tutti gli strumenti di risoluzione alternativa. L'oggetto della negoziazione è determinato mediante gli stessi criteri utilizzati in sede giudiziale (*petitum mediato*) ma, la loro mancanza non produce in automatico l'invalidità

⁷⁴ Vedi *supra* 1.2.1.

dell'accordo eventualmente concluso all'esito della procedura (che rimane comunque un valido contratto tra le parti, che poteva essere concluso anche al di fuori della procedura di negoziazione assistita)⁷⁵. Tuttavia, la mancanza dei requisiti propri del processo civile, comporta l'impossibilità, per la convenzione, di produrre gli effetti interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza, previsti dall'art. 9 del d.l. 132/2014. Inoltre, in ipotesi di negoziazione assistita obbligatoria, l'indeterminatezza dell'oggetto provoca l'inadempimento dell'obbligo di legge.

La Riforma Cartabia è intervenuta, alla lett. b) dell'articolo in esame, espungendo dal testo, la parte in cui prevedeva il divieto di utilizzare la negoziazione assistita nelle controversie vertenti in materia di lavoro. Ha contestualmente introdotto l'art. 2-ter, dove si prevede espressamente la possibilità, "per le controversie di cui all'art. 409 del codice di procedura civile"⁷⁶ di "ricorrere alla negoziazione assistita senza che ciò costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale". Dunque, può trattarsi solo di negoziazione volontaria, per la quale la parte ha la facoltà di farsi assistere, oltre che da

⁷⁵ F. P. LUISO *Diritto processuale civile*, cit., pagg. 89 ss; CRISANTO MANDRIOLI, ANTONIO CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, cit., pagg. 385 ss.

⁷⁶ Art. 409 c.p.c., rubricato "Controversie individuali di lavoro", assoggetta alla disciplina processuale lavoristica cinque diverse categorie di controversie, le quali si distinguono per avere la *causa petendi* correlata a uno dei rapporti giuridici elencati. Tale elenco evidenzia situazioni giuridiche in cui è manifesta la subordinazione economica del lavoratore oppure in cui è evidenziata la natura personale del servizio reso. Di conseguenza, il criterio determinante per l'attribuzione della controversia alla giurisdizione del rito lavoristico risiede nella presenza sostanziale di un rapporto di lavoro subordinato.

“almeno un avvocato”, anche da un consulente del lavoro⁷⁷. All’eventuale accordo raggiunto all’esito della procedura, si applica ora l’art. 2113, co. 4 del Codice civile⁷⁸.

Ai sensi dell’art. 2, co. 2-*bis*, la convenzione può prevedere la possibilità di acquisire dichiarazioni della controparte sulla verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste (dichiarazioni confessorie), nonché dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti per la controversia. In essa si può stabilire, anche, che uno o più incontri si tengano con collegamenti audiovisivi a distanza e/o che la negoziazione si svolga interamente con modalità telematiche (secondo quanto previsto dall’art. 2-*bis*)⁷⁹.

⁷⁷ Il Consulente del Lavoro, nell’ordinamento giuridico italiano, è un professionista abilitato, regolamentato dalla Legge n. 12/1979 e successive modificazioni. Questa figura professionale si occupa principalmente di consulenza e assistenza in materia di lavoro, previdenza sociale, e gestione delle risorse umane. Il Consulente del Lavoro ha il compito di affiancare le imprese, i lavoratori e i pensionati, fornendo loro indicazioni e soluzioni ottimali in ambito normativo, contrattuale, fiscale, e contributivo. Le sue competenze abbracciano un’ampia gamma di servizi: dalla gestione delle buste paga alla consulenza per l’assunzione di personale, dalla gestione dei rapporti con gli enti previdenziali e assicurativi alla predisposizione di modelli per le dichiarazioni dei redditi, fino alla rappresentanza del cliente in caso di controversie di lavoro. Per esercitare la professione, il Consulente del Lavoro deve essere iscritto all’Albo Professionale dei Consulenti del Lavoro. L’accesso a tale Albo richiede il superamento di un esame di Stato e il possesso di specifici requisiti formativi, generalmente conseguiti attraverso un percorso di studi universitari in materie giuridiche o economiche. La sua attività è caratterizzata da un alto grado di responsabilità e richiede una costante aggiornamento sulle evoluzioni legislative e giurisprudenziali in materia di lavoro e previdenza sociale, al fine di garantire una consulenza sempre conforme alle normative vigenti.

⁷⁸ L’articolo 2113 del Codice Civile, “Rinunzie e transazioni”, stabilisce il quadro legale per la rinuncia ai diritti e alle pretese nascenti dal rapporto di lavoro, nonché per le transazioni su tali diritti e pretese. Secondo questo articolo, ogni rinuncia o transazione che ha per oggetto diritti del prestatore di lavoro non è valida. Tale norma è volta a prevenire abusi da parte del datore di lavoro che, trovandosi in una posizione di vantaggio, potrebbe indurre il lavoratore ad accettare condizioni vessatorie. Il comma 4 stabilisce però che, tale invalidità non sussiste qualora sia intervenuta una conciliazione a norma degli artt. 185, 410, 411, 412 *ter* e 412 *quater* del Codice di procedura civile, in quanto si presume che in tali sedi il lavoratore abbia maturato una volontà contrattuale consapevole e libera. In tale ipotesi rientra, a seguito della Riforma Cartabia, anche la negoziazione assistita.

⁷⁹ Quando la negoziazione si svolge in modalità telematica, ciascun atto del procedimento, ivi compreso l’accordo conclusivo, è formato e sottoscritto nel rispetto delle disposizioni del codice dell’amministrazione digitale, di cui al d.l. 82/2005, ed è trasmesso a mezzo posta elettronica certificata o con altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato, secondo quanto previsto dalla normativa anche regolamentare

La convenzione di negoziazione è conclusa con l'assistenza di almeno un avvocato per ciascuna parte. Ai legali è affidato il compito di certificare l'autografia delle sottoscrizioni apposte dai contraenti, sotto la propria responsabilità professionale.

1.4.3. *L'invito.*

La procedura relativa alla convenzione di negoziazione assistita prevede la possibilità (art.4 d.l. 132/2014) che una delle parti inizi il procedimento attraverso l'invio di un formale invito alla stipulazione della convenzione stessa. Tale invito, emesso dalla parte interessata, deve essere sottoscritto con firma autenticata dal proprio legale, incaricato dell'assistenza. È essenziale che nell'invito sia chiaramente delineato l'oggetto del contendere, specificando i dettagli della controversia in questione. Non essendo previste indicazioni particolari, concernenti le modalità di trasmissione, questo invito può essere consegnato alla controparte utilizzando qualsiasi mezzo idoneo provarne la corretta ricezione.

L'invito deve contenere l'avvertimento che, la mancata risposta entro trenta giorni dalla ricezione, o il suo rifiuto, può essere valutato dal giudice "ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96, primo, secondo e terzo comma e 642, primo comma, del Codice di procedura civile". Dalla disposizione si evince che il rifiuto, ovvero il silenzio, susseguente all'invito regolarmente recapitato, produce tre conseguenze. In primo luogo, il giudice potrà valutare tale comportamento nel pronunciare la condanna al pagamento delle spese processuali. Al fine di assegnare concreta efficacia alla norma, è indispensabile considerare situazioni specifiche in cui, in adesione al principio di causalità, la risposta affermativa all'invito a negoziare possa effettivamente scongiurare l'instaurazione di un procedimento giudiziario. In tali contesti, infatti, il processo si configura come frutto dell'interesse unilaterale della parte che ha declinato l'invito alla negoziazione, rendendola conseguentemente responsabile per le spese processuali, salvo diversa decisione del giudice.

concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. Non può essere svolta con modalità telematiche né con collegamenti audiovisivi da remoto l'acquisizione delle dichiarazioni del terzo.

In secondo luogo, tale condotta può integrare la responsabilità aggravata *ex art. 96 c.p.c.* Tale disposizione normativa, nella sua tripartita struttura, prevede implicazioni che possono estendersi dalla colpa grave, delineata nel primo comma dell'articolo, passando per la mancanza di normale prudenza, di cui al secondo comma, fino ad abbracciare le ipotesi più generali contemplate dal terzo comma, tutte potenzialmente integrabili dalla fattispecie in esame.⁸⁰

In terzo luogo, il silenzio o il rifiuto sono equiparati ai presupposti, di cui all'art. 642 co.1, per il quale il giudice deve concedere la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo.⁸¹ Il ricorrente ha l'onere di provare il rifiuto della controparte mediante il deposito dell'atto che lo contiene, ovvero in caso di silenzio, egli dovrà depositare una certificazione dell'avvocato attestante la mancata risposta all'invito.

In caso di risposta positiva all'invito, invece, viene stipulata la convenzione di negoziazione di cui all'art. 2 del d.l. 132/2014⁸².

⁸⁰ Il giudice, su istanza dell'altra parte, può condannare oltre che alle spese, al risarcimento dei danni qualora il soggetto abbia "*agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave*" ovvero senza la normale prudenza quando sia accertata "*l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata*". In ogni caso, quando si pronuncia sulle spese può, anche d'ufficio, condannare al pagamento in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata. Sulla integrabilità del comma 3, in senso positivo Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sezione I civile, sentenza del 23 dicembre 2013; Tribunale di Torino, Sezione III civile, sentenza 21 settembre 2021, n. 4302. In senso negativo Tribunale di Pavia, sezione civile, sentenza 22 settembre 2021, n. 1209. G. SPINA, *Responsabilità processuale e art. 96 c.p.c. nella recente giurisprudenza.*, aggiornato il 5 dicembre 2017, in *La Nuova Procedura Civile*, n. 2, 2023; G. SPINA, *Negoziazione assistita, chi non risponde all'invito va sanzionato*, www.altalex.com, 11 aprile 2017; F. CIACCAFAVA, *Negoziazione assistita: mancata adesione all'invito e condanna per responsabilità aggravata*, in *Il Sole 24 ore, Norme & Tributi Plus*, 25 gennaio 2022.

⁸¹ "Se il credito è fondato su cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, il giudice, su istanza del ricorrente, ingiunge al debitore di pagare o consegnare senza dilazione, autorizzando in mancanza l'esecuzione provvisoria del decreto."

⁸² vedi *supra* 1.4.2

1.4.4. *La negoziazione assistita obbligatoria.*

La legge prevede dei casi in cui l'invito alla negoziazione è un atto necessario ai fini dell'accesso alla giurisdizione. L'art. 3 del d.l. 132/2014 riflette, con evidente e significativa conformità, la previsione di cui all'art.5 del d.lgs. 28/2010. La negoziazione opera come condizione di procedibilità della domanda giudiziale per due distinti gruppi di ipotesi:

- controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti a prescindere dal loro valore⁸³;
- domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro (€50.000), fuori dai casi in cui è prevista la mediazione obbligatoria dal d.lgs 28/2010.

La condizione di procedibilità non si applica alle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori.

L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Qualora il giudice ravvisi che la negoziazione non sia stata esperita, assegna alle parti un termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito. Se l'invito è stato comunicato, ma non è ancora spirato il termine per l'accettazione, fissa una nuova udienza a distanza di tre mesi, calcolati a

⁸³ In merito, si evidenzia come la Corte Costituzionale, mediante la sentenza n. 162 del 7 luglio 2016, abbia esaminato e respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti dell'art. 3, comma 1, del D.L. n. 132/2014 in relazione agli artt. 2, 3 e 24 della Costituzione, con riferimento agli artt. 145, 148 e 149 del D.Lgs. 209/2005, ossia il Codice delle Assicurazioni Private. La Corte ha chiarito che la tutela giurisdizionale assicurata dall'art. 24 della Costituzione, la quale non implica la necessità di immediata accessibilità all'azione giudiziaria, non risulta compromessa dall'istituto della negoziazione assistita. Quest'ultima, infatti, si configura come complementare al precedente procedimento di messa in mora dell'assicuratore, contribuendo all'attuazione anticipata e stragiudiziale dell'interesse risarcitorio del danneggiato. Inoltre, è stato ritenuto infondato l'assunto secondo cui la coesistenza di detti istituti potrebbe determinare un indebito protrarsi del diritto di azione, considerata la specifica brevità del termine entro cui deve concludersi la negoziazione. Infine, la Corte ha escluso che i costi connessi alla procedura di negoziazione assistita possano rappresentare un ostacolo significativo o rendere eccessivamente onerosa l'accessibilità alla tutela giurisdizionale, in quanto tali costi sono generalmente inferiori a quelli di un procedimento giudiziario, con la possibilità, per l'interessato, di evitarli.

partire dal giorno in cui si conclude il termine per accettare l'invito. Se invece essendo stata avviata non si sia conclusa, fissa una nuova udienza alla scadenza del termine di cui all'art. 2 co. 3 (termine stabilito dalle parti, comunque non superiore al termine massimo di tre mesi stabilito dal comma 2). La condizione di procedibilità si ritiene soddisfatta quando all'invito è seguito il rifiuto ovvero non vi è stata alcuna risposta, entro il termine di trenta giorni dalla sua comunicazione.

Come per la mediazione obbligatoria, l'esperimento della negoziazione, nei casi in cui essa è obbligatoria, "non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale"⁸⁴(art. 3 co. 4). All'art. 3 co. 3 sono esplicitate altre categorie di procedimenti giudiziari, esenti dall'obbligo di negoziazione assistita come condizione di procedibilità. Tra queste, si annoverano i procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione (a differenza della mediazione obbligatoria che invece trova applicazione nel procedimento di opposizione⁸⁵). Si escludono altresì i procedimenti che prevedono una consulenza tecnica preventiva finalizzata alla composizione della lite, le cause di opposizione o quelle incidentali di cognizione in ambito di esecuzione forzata, nonché i procedimenti trattati in camera di consiglio. In aggiunta, è da includere l'azione civile esercitata nel processo penale. Queste esenzioni riflettono un'attenzione legislativa verso specifiche situazioni giuridiche dove l'obbligo della negoziazione assistita potrebbe non essere adeguato o necessario, anche sulla base della disciplina già vista in tema di mediazione.⁸⁶

1.4.5. *Esito positivo: l'accordo.*

La negoziazione assistita ha esito positivo se, all'esito della stessa, è stipulato un contratto ("l'accordo che compone la controversia", di cui parla il comma 1 dell'art 5, d.l. 132/2014) che, tuttavia, non è disciplinato dal decreto in esame, salvo che per alcuni

⁸⁴ ⁸⁵ Vedi *supra* (1.3.2), in tema di mediazione obbligatoria.

⁸⁶ CRISANTO MANDRIOLI, ANTONIO CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, cit., pagg. 385 ss.

aspetti (vedi *infra*). Pertanto, il contratto derivante dalla negoziazione rientra nella categoria dei contratti regolati dal diritto comune, ossia dalle disposizioni generali del Codice civile. La finalità primaria della negoziazione assistita è quella di giungere a una composizione bonaria della controversia. Di conseguenza, il contratto stipulato in tale contesto può assumere la forma di una transazione, o di un altro tipo di contratto atipico, purché sia orientato alla stessa causa risolutiva della disputa. È importante sottolineare che, in virtù delle sue caratteristiche e della sua finalità, il contratto nato dalla negoziazione assistita si configura come un accordo avente effetti e regime giuridico equiparabili a quelli di un contratto stipulato esclusivamente tra le parti in assenza di un procedimento di negoziazione assistita.⁸⁷

All'art. 5 del d.l. 132/2014 è stabilito che, l'accordo costituisce titolo esecutivo, e titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, quando è apposta la sottoscrizione dei difensori delle parti, i quali certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. Se l'accordo, che deve contenere l'indicazione del relativo valore, viene utilizzato come titolo esecutivo, deve essere trascritto integralmente nel precetto, ai sensi dell'art. 480 co. 2 c.p.c.

1.5 L'arbitrato.

1.5.1. Caratteri generali.

L'arbitrato, regolato dagli artt. 806 – 832 del Codice di procedura civile, conferisce alle parti il diritto di delegare la risoluzione delle loro dispute a soggetti terzi, privati, qualificati come arbitri, in luogo dell'autorità giurisdizionale statale. A differenza della mediazione e della negoziazione assistita, che si concludono con l'accordo stipulato tra le parti, l'arbitrato si conclude con una decisione dell'arbitro, detta "lodo arbitrale" che è vincolante per le parti. L'arbitro decide la controversia

⁸⁷ F. P. LUISO *Diritto processuale civile*, cit., pagg. 89 ss.

L'esercizio di tale prerogativa presuppone la stipula di un accordo specifico, noto come "convenzione di arbitrato", che può concretizzarsi sotto forma di compromesso o clausola compromissoria.

Poiché questa forma di tutela alternativa trova fondamento e legittimazione nell'autonomia privata, ossia nella volontà concorde delle parti, si sostiene che le forme di c.d. "arbitrato obbligatorio" siano in contrasto con il diritto di azione, sancito dall'art. 24 della Costituzione. La Corte Cost., in numerose pronunce⁸⁸⁹, ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale delle normative che prescrivevano la necessaria sottoposizione di specifiche controversie al giudizio arbitrale. Pertanto, mentre l'accesso alla tutela giurisdizionale può essere oggetto di limitazioni derivanti da un accordo liberamente stipulato dalle parti, esso non può essere precluso o condizionato da disposizioni legislative in contrasto con la volontà, anche unilaterale, di una delle parti⁹⁰. La differenza rispetto alla mediazione e alla negoziazione, nei casi in cui sono obbligatorie, sta nel fatto che lì le parti, sebbene siano vincolate a partecipare al procedimento, vedono preclusa la tutela giurisdizionale solo qualora decidano di stipulare tra loro un contratto, mediante il quale, conciliando, si sottraggono volontariamente al processo. Qualora non si giunga all'accordo, l'attore, soddisfatta la condizione di procedibilità, ben può agire in giudizio per la tutela del suo diritto. Invece, nel caso dell'arbitrato, le parti, una volta stipulata la "convenzione", non possono più rivolgersi al giudice; quindi, è necessario che tale procedimento abbia origine dalla loro volontà concorde.

Le parti si accordano, non per rinunciare alla tutela, ma per cercarla attraverso una via parallela. Di conseguenza le garanzie del processo arbitrale devono essere analoghe a quelle offerte dall'attività giurisdizionale, infatti, l'elemento cardine dell'arbitrato, sia nella sua forma rituale che irrituale, è costituito dalla sua intrinseca processualità. Come

⁸⁸ A cominciare dalla sentenza C. Cost. n. 127/1977

⁸⁹ C. Cost. sent. 8 giugno 2005 n. 221: "il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma primo, Cost. [...], sicché la "fonte" dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa" (così le sentenze n. 325 del 1998, n. 381 del 1997, n. 54 del 1996, numeri 232, 206 e 49 del 1994, n. 488 del 1991, 152 del 1996). G. BUFFONE, *Arbitrato obbligatorio ex lege è costituzionalmente illegittimo*, in www.altalex.com, 17 giugno 2005.

⁹⁰ B. N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano.*, IX ed., Milano, 2023, pagg. 1047 ss.

si vedrà in seguito, questo implica che alle parti deve essere garantita la possibilità di presentare domande, articolare difese, richiedere strumenti probatori ed esporre le proprie argomentazioni, davanti a un arbitro terzo e imparziale. L'assenza di questo fondamentale dialogo processuale rende nullo il lodo arbitrale⁹¹.

1.5.2. *La convenzione di arbitrato.*

Come si è detto, l'arbitrato deve trarre origine dall'autonomia privata, con la stipula della convenzione di arbitrato, un accordo mediante il quale le parti scelgono “di far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili”⁹², salvo espresso divieto di legge” (art. 806 co.1 c.p.c.)⁹³. La convenzione può concretizzarsi essenzialmente in due forme: il compromesso (art. 807 c.p.c.) e la clausola compromissoria (art. 808 c.p.c.);

Il primo, è volto a regolare una controversia che sia già insorta tra le parti. Di conseguenza, il diritto oggetto dell'accordo compromissorio è già definito, essendo la controversia insorta tra le parti prima della stipulazione della convenzione arbitrale, mediante la quale la disputa viene poi deferita all'arbitro.

Il compromesso può riguardare qualsiasi controversia relativa a diritti disponibili, a meno che non vi sia una proibizione espressa da parte del legislatore. I suoi effetti sono limitati esclusivamente alla controversia per la quale è stipulato, dunque, con l'emissione del lodo arbitrale, il compromesso esaurisce il suo scopo, e quindi la sua efficacia. D'altra parte, dato che è stipulato in presenza di una controversia già insorta, è inevitabile che a tale stipula segua l'effettivo svolgimento del procedimento arbitrale.⁹⁴Requisiti necessari del

⁹¹ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pagg. 116 ss.

⁹² Per quanto riguarda l'esclusione dei diritti disponibili, dal novero di quelli che possono essere oggetto di arbitrato, si deve fare riferimento a quanto già detto in proposito nel paragrafo sulle caratteristiche comuni agli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (1.2.1). L'art. 1966 c.c. statuisce che la transazione avente ad oggetto un diritto indisponibile è nulla; allo stesso modo la convenzione di arbitrato relativa ad un diritto indisponibile non ha effetti e l'eventuale lodo arbitrale emesso a seguito di tale convenzione è nullo anch'esso. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 127.

⁹³ B. N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano.*, cit., pagg. 1050 ss.

⁹⁴ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pagg. 129 ss.

contratto in esame sono la forma scritta⁹⁵, che è richiesta *ab substantiam* per l'arbitrato rituale (per quello irrituale è richiesta solo se esso riguarda rapporti per i quali è prevista la forma scritta *ab substantiam*, negli altri casi è sufficiente *ab probationem*), e l'indicazione dell'oggetto della controversia, anch'esso a pena di nullità.

La clausola compromissoria invece ha ad oggetto controversie future. Tradizionalmente è inserita in un contratto-base, in modo tale che le controversie future oggetto della stessa siano riferibili soltanto alla validità ed efficacia di tale contratto e alla sua interpretazione ed esecuzione. Non è tuttavia escluso che le parti possano raggiungere un accordo sull'arbitrabilità delle controversie in una sede diversa. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso ai sensi dell'art. 807⁹⁶. L'art. 808 co.2 c.p.c., dispone che: “la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce”. Da ciò si può desumere che la clausola compromissoria costituisce autonomo contratto, che a differenza del compromesso non deve indicare la controversia per la quale è stipulato, ma il cui contenuto si ricava *per realationem*⁹⁷. La finalità pratica di questa disposizione è evidente: se non fosse possibile distinguere la validità della clausola compromissoria rispetto al contratto-base, allora, in caso di controversia relativa alla nullità del contratto, la clausola non troverebbe applicazione, essendo anch'essa soggetta alla nullità, e la parte che intende farla valere si potrebbe rivolgere a un giudice. Invece, per evitare tale situazione, la parte che intende contestare la validità sia del contratto sia della clausola compromissoria, sottoscritte contestualmente, deve dimostrare un difetto che riguardi entrambi, come, ad esempio, l'incapacità di una delle parti al momento della firma.

⁹⁵ “La forma scritta si intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo, telescrivente, telefacsimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti teletrasmessi” [art. 807 co.2 c.p.c.].

⁹⁶ Vedi supra in tema di compromesso.

⁹⁷ G. VERDE, *Diritto processuale civile.*, V. 3, *Processo di esecuzione e Procedimenti speciali.*, VI ed., aggiornamento a cura di F. AULETTA; G. P. CALIFANO; G. DELLA PIETRA; N. RASCIO, Torino, 2023, pagg. 295 ss.

L'art. 808 *bis*, introdotto con la riforma del 2006⁹⁸, consente alle parti di stipulare una convenzione di arbitrato⁹⁹ in materia non contrattuale¹⁰⁰ relativa a controversie future, purché tali rapporti siano determinati, e la convenzione risulti da un atto che abbia la stessa forma richiesta per il compromesso.

L'art. 808 *quater* c.p.c.¹⁰¹ stabilisce che, in presenza di dubbi interpretativi, la convenzione deve essere interpretata in maniera da estendere la competenza degli arbitri a tutte le controversie che scaturiscono dal contratto o dal rapporto a cui la convenzione si riferisce. Nell'interpretare la convenzione di arbitrato, non si deve basare l'analisi esclusivamente sul testo scritto, ma è necessario considerare l'intenzione comune delle parti, che può essere dedotta anche dalle loro azioni successive, inclusi i comportamenti processuali durante il procedimento arbitrale. Di conseguenza, in assenza di una dichiarazione esplicita delle parti che limiti la portata della clausola, tutte le controversie che hanno origine dalla medesima *causa petendi* devono essere considerate arbitrabili¹⁰².

⁹⁸ Articolo aggiunto al codice dal d.lgs n. 40/2006.

⁹⁹ In proposito G. VERDE, *Diritto processuale civile.*, cit., pag. 296, parla anche in questo caso di “clausola compromissoria”, mentre N. PICARDI, *Manuale del processo civile.*, cit. pag. 794 parla di “convenzione *ad hoc*”, nello stesso senso B. N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano.*, cit., pag. 1051; ciò che è certo è che può trovare applicazione solo per controversie future: per le controversie già insorte troveranno applicazione le norme in tema di compromesso.

¹⁰⁰ Si può pensare alla sua applicazione per dirimere controversie in materia di condominio, ovvero in ambito commerciale quelle riguardanti i segni distintivi dell'imprenditore e quelle relative al compimento di atti di concorrenza sleale. Per approfondimenti: <https://airac.it/blog/2018/02/23/convenzione-arbitrato-materia-non-contrattuale/>.

¹⁰¹ Anch'esso introdotto dalla riforma apportata al codice dal d.lgs. 40/2006.

¹⁰² L'articolo in esame stabilisce un criterio interpretativo ispirato al *favor arbitrati*, innovando rispetto alle precedenti decisioni della Cass. che risolvevano la questione in senso contrario, privilegiando, in caso di dubbio interpretativo, il giudice ordinario. Così F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 141. In senso opposto F. ANTEZZA, *Interpretazione e portata della convenzione d'arbitrato (questioni nuove e necessari chiarimenti) e l'intervento nomofilattico in tema di “prospective overruling” e di rimessione in termini*, in *Giurisprudenza Arbitrale - Rivista di dottrina e giurisprudenza*, n. 1 del 2019, pag.153, dove si afferma che l'interpretazione estensiva della clausola compromissoria non ha carattere innovativo, essendosi limitata a recepire il diritto vivente scaturente da un orientamento di legittimità già diffuso al momento della sua emanazione, e cita: Cass., Sez. I, n. 1496/2001; Cass., Sez. II, n. 1559/1997; Cass., Sez. I, n. 28485/2005.

Esistono dei limiti all'ambito applicativo della convenzione arbitrale, che possono derivare dall'incompromettibilità¹⁰³ di alcune delle controversie assegnate agli arbitri. Poiché la norma ha una funzione interpretativa, essa si applica solo in presenza di incertezze ed è soggetta a deroghe ad opera delle parti, le quali possono decidere di affidare agli arbitri solo alcuni dei diritti relativi al rapporto, a condizione che la volontà di escludere alcune aree di contesa emerga in modo chiaro e inequivocabile dal tenore della convenzione.

Secondo l'art. 808 *quinquies* c.p.c., che si allinea a questa disposizione, la convenzione non perde efficacia, e permane la volontà delle parti di sottoporre la controversia al giudizio degli arbitri, se il procedimento arbitrale si conclude senza una sentenza sul merito.

L'art. 838 *bis* c.p.c. stabilisce normative specifiche per le clausole compromissorie annesse agli atti costitutivi o agli statuti societari. Il primo comma di detto articolo menziona esplicitamente gli "atti costitutivi", mentre l'intestazione dell'articolo si riferisce a "clausole compromissorie statutarie". In virtù dell'art. 2328 co.3 c.c. gli atti costitutivi e gli statuti vengono ritenuti equipollenti. Conseguentemente, un arbitrato basato su una clausola compromissoria statutaria¹⁰⁴ non sarà soggetto alle norme di diritto comune contrastanti con le disposizioni speciali delineate negli articoli 838 *bis* e seguenti. Il perimetro di applicazione di tali disposizioni è limitato alle società commerciali¹⁰⁵ che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio¹⁰⁶.

¹⁰³ Ad esempio, come già ricordato, quelle relative a diritti indisponibili o quelle espressamente escluse dal legislatore.

¹⁰⁴ Rimangono escluse da tale regime normativo speciale gli arbitrati che hanno ad oggetto controversie societarie, ma che non si originano da una clausola compromissoria statutaria, come ad esempio quelle stipulate in accordi parasociali.

¹⁰⁵ Sono escluse le società semplici, non potendo svolgere attività commerciale, a norma dell'art.2249 c.c.

¹⁰⁶ In base all' art. 2325 *bis* c.c., sono società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, quelle con azioni quotate in mercati regolamentati ovvero diffuse tra il pubblico in misura rilevante. Nelle c.d. "società aperte" viene esclusa la possibilità di fondare un arbitrato su una clausola compromissoria inserita nell'atto costitutivo. La ratio di questa disposizione legislativa probabilmente si basa sulla natura degli azionisti in tali società: prevalentemente investitori, i quali non partecipano attivamente all'amministrazione societaria e probabilmente non sono a conoscenza dell'atto costitutivo o dello statuto. La restrizione imposta dal legislatore mira quindi a prevenire che l'inserimento di una clausola compromissoria nell'atto costitutivo

L'art. 838 *bis* co. 6 c.p.c. stabilisce che l'introduzione o l'eliminazione di una clausola compromissoria, nell'atto costitutivo di una società, richiede l'approvazione di una maggioranza qualificata¹⁰⁷, specificatamente due terzi del capitale sociale. In aggiunta, tale norma prescrive che i soci che non partecipano alla votazione o che esprimono voto contrario hanno diritto di recedere dalla società, quando tale clausola è inserita nell'atto costitutivo. Questa scelta legislativa riflette un riconoscimento dell'importanza e della rilevanza che le modifiche al meccanismo di risoluzione delle controversie societarie possono avere. Significativamente, la legge non distingue tra l'introduzione e la soppressione di una clausola compromissoria, applicando la stessa disciplina in entrambi i casi. Ciò indica che non è tanto la sola esclusione delle controversie dalla giurisdizione ordinaria a richiedere una maggioranza qualificata, quanto piuttosto la modifica in sé del metodo di risoluzione delle controversie, indipendentemente dal fatto che ciò comporti il ritorno alla giurisdizione ordinaria o la sua esclusione. Questo approccio enfatizza la rilevanza attribuita alla scelta del meccanismo di risoluzione delle controversie, considerandola non un semplice atto di amministrazione ordinaria, ma una decisione di notevole importanza strategica per la società e i suoi soci¹⁰⁸.

1.5.3 *Gli arbitri.*

Con la convenzione di arbitrato le parti nominano gli arbitri, ovvero ne stabiliscono il numero e le modalità di nomina, qualora intendano farlo in un momento successivo. Gli arbitri possono essere uno (arbitro unico) o più di uno (arbitro collegiale), in quest'ultimo caso devono essere in numero dispari.

possa escludere dalla giurisdizione ordinaria le controversie societarie in una situazione dove la maggior parte degli azionisti agisce meramente in qualità di investitori.

¹⁰⁷ La disposizione normativa che prevede l'adozione di maggioranze qualificate per l'introduzione o l'eliminazione di una clausola compromissoria statutaria non trova applicazione nelle società di persone. In queste ultime, infatti, non opera il principio maggioritario, bensì quello dell'unanimità dei soci per le decisioni di rilevanza straordinaria, come quelle che riguardano la modificazione dell'atto costitutivo o dello statuto.

¹⁰⁸ F. P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, cit., pagg 133 ss.

Nel rispetto del principio fondamentale di parità delle armi, è garantito ad ogni parte il diritto inalienabile di designare un numero di arbitri equivalente a quello designato dalla controparte.

Di norma, la nomina degli arbitri avviene tramite un la c.d. 'clausola binaria'. In questo contesto, la parte che desidera avviare l'arbitrato invia alla controparte una comunicazione scritta nella quale indica il proprio arbitro o i propri arbitri. Questo atto include anche un invito rivolto all'altra parte affinché proceda, a sua volta, con la nomina. La controparte è tenuta a nominare il proprio arbitro, o i propri arbitri, entro venti giorni e a notificare questa scelta alla parte iniziale. Se la parte invitata non provvede alla nomina, la parte che ha fatto l'invito può fare ricorso al presidente del tribunale¹⁰⁹, nella cui circoscrizione ha sede l'arbitro, affinché provveda egli stesso alla nomina. Il presidente provvede in tal senso se la convenzione di arbitrato non è manifestamente inesistente ovvero non prevede manifestamente un arbitrato estero (art.810 co.3).

Poiché come si è detto il numero di arbitri che compongono il collegio deve essere dispari, ponendo il caso che entrambe le parti nominino un arbitro, devono necessariamente accordarsi per la nomina del terzo arbitro. Tale nomina, se non avviene mediante accordo, può essere deferita a un soggetto terzo scelto dalle parti. Se con tale modalità non si riesce a pervenire ad una soluzione, la questione può essere risolta con ricorso al presidente del tribunale, nelle modalità di cui all'art. 810. Identiche modalità sono previste qualora nella convenzione di arbitrato sia prevista la nomina di un arbitro unico¹¹⁰.

Nell'ambito delle controversie societarie, vista la molteplicità dei soggetti coinvolti, l'art. 838 *bis* c.p.c. prevede che la clausola compromissoria (statutaria) deve conferire, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a un soggetto terzo rispetto alla società. In caso di inadempimento di quest'ultimo, ci si può rivolgere al presidente del tribunale *ex* art. 810.

¹⁰⁹ “Se le parti non hanno ancora determinato la sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato oppure, se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma” (art. 810 co.2).

¹¹⁰ La nomina in questo caso deve avvenire per accordo tra le parti oppure, più comunemente viene affidata ad un terzo. Salva anche in questo caso la possibilità di ottenere la nomina da parte del presidente del tribunale ai sensi dell'art. 810.

L'arbitro, che deve essere dotato della capacità legale di agire (art. 812 c.p.c.), una volta nominato, deve manifestare la propria accettazione dell'incarico mediante la sottoscrizione del compromesso o del verbale della prima riunione. La Riforma Cartabia ha introdotto un ulteriore adempimento, da fare contestualmente, a pena di nullità: l'arbitro deve dichiarare ogni circostanza rilevante ai sensi dell'art. 815 co.1 c.p.c., ovvero la relativa insussistenza (art. 813 c.p.c.). Tale dichiarazione deve essere rinnovata in presenza di circostanze sopravvenute pertinenti. Qualora l'arbitro ometta di fornire la dichiarazione, o non indichi circostanze che possano giustificare la sua ricusazione, la parte interessata ha il diritto di richiedere la decadenza dell'arbitro entro dieci giorni dalla accettazione o dalla scoperta di tali circostanze, seguendo le procedure e le forme stabilite dall'articolo 813 bis c.p.c.¹¹¹

Indipendentemente dalla provenienza della nomina, sia essa effettuata dalle parti in causa, dal presidente del tribunale, o da un soggetto terzo designato, gli arbitri instaurano un rapporto giuridico con tutte le parti coinvolte nel procedimento. Questo rapporto si configura, in gran parte, come analogo a un mandato, in base al quale gli arbitri vengono designati a svolgere funzioni specifiche per conto delle parti.

Agendo in qualità di mandatari gli arbitri assolvono ad un'obbligazione di diritto privato, discostandosi pertanto dalle figure di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio¹¹². Tale distinzione giuridica è fondamentale, in quanto sottolinea la natura privatistica del ruolo dell'arbitro, il cui mandato è circoscritto alla risoluzione di controversie sulla base delle volontà e delle disposizioni contrattuali stabilite dalle parti, al di fuori di qualsiasi esercizio di autorità pubblica¹¹³.

¹¹¹ Art. 813 bis: "Se le parti non hanno diversamente convenuto, l'arbitro che omette, o ritarda di compiere un atto relativo alle sue funzioni, può essere sostituito d'accordo tra le parti...In mancanza, decorso il termine di quindici giorni da apposita diffida comunicata per mezzo di lettera raccomandata all'arbitro per ottenere l'atto, ciascuna delle parti può proporre ricorso al presidente del tribunale a norma dell'articolo 810 co.2. Il presidente, sentiti gli arbitri e le parti, provvede con ordinanza non impugnabile e, se accerta l'omissione o il ritardo, dichiara la decadenza dell'arbitro e provvede alla sua sostituzione".

¹¹² L'art. 813 c.p.c. preclude espressamente tale qualifica agli arbitri. La conseguenza più importante è in tema di impugnazione del lodo, avverso il quale non può essere proposta querela di falso ma solo l'impugnazione ex art. 829 c.p.c.

¹¹³ Così B. N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, cit., pag. 1053.

Nel momento in cui accetta l'incarico, egli assume i diritti e gli obblighi stabiliti dal codice e può, da questo momento, configurare le ipotesi di responsabilità delineate dall'art. 813 *ter*. In particolare, l'arbitro è tenuto al risarcimento dei danni arrecati alle parti, qualora abbia agito con dolo o colpa grave: omettendo o ritardando atti dovuti ed essendo perciò dichiarato decaduto, ovvero omettendo o impedendo la pronuncia del lodo entro il termine fissato *ex art.* 820, ovvero rinunciando all'incarico senza giustificato motivo. Fuori da tali casi espressamente previsti, il comma 2 dell'art. 813 *ter*, estende agli arbitri la disciplina prevista per la responsabilità civile dei magistrati dall'art.2 co. 2 e 3 della l. 117/1988¹¹⁴.

Il diritto principale che si configura in capo all'arbitro al momento dell'accettazione è, si sensi dell'art. 814, il diritto al compenso per l'opera prestata.¹¹⁵

L'art. 815¹¹⁶c.p.c. indica quali sono i motivi per i quali è possibile ricusare l'arbitro. Le disposizioni contenute nei numeri 2, 3, 4 e 6¹¹⁷ di detto articolo trovano un corrispettivo

¹¹⁴ In particolare, il comma 2 della l. 117/1988 prevede che, fatto salvo il comma 3, “nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove”; il comma 3 statuisce che “Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione

¹¹⁵ L'arbitro contestualmente all'emissione del lodo con il quale decide nel merito la causa, procede alla liquidazione delle spese. Non potendo determinarsi da solo il compenso, la statuizione sulle spese, si configura come una proposta che le parti possono o meno accettare. In caso di mancata accettazione, l'arbitro può rivolgersi al presidente del tribunale affinché decida sulle spese con un'ordinanza esecutiva. G. VERDE, *Diritto processuale civile*, cit. pag. 302 – 303.

¹¹⁶ L'art. 815 è stato interamente riformulato nel 2006, prima si limitava a un mero richiamo dell'art 51 c.p.c. riguardante la ricazione del giudice.

¹¹⁷ Art. 815 c.p.c. n°: “2) se egli stesso, o un ente, associazione o società di cui sia amministratore, ha interesse nella causa”; 3) “se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori”; 4) “se egli stesso o il coniuge ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori”; 6) “se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha depresso come testimone”.

nei numeri da 1 a 5 dell'articolo 51 dello stesso codice, relativo alla riconsunzione del giudice ordinario. Tuttavia, i punti 1) e 5) dell'articolo 815 delineano scenari peculiari.

In particolare, il punto 1) non concerne direttamente l'aspetto dell'imparzialità dell'arbitro, bensì si focalizza sulla mancanza di specifiche qualifiche precedentemente determinate dalle parti nell'ambito della convenzione arbitrale. Questa disposizione mira a garantire che l'arbitro possieda le competenze tecniche o professionali specificatamente richieste dalle parti per la risoluzione della controversia.

Per quanto riguarda il punto 5), è volto a coprire eventuali situazioni non espressamente contemplate dalle disposizioni precedenti. Questa norma prevede la riconsunzione dell'arbitro nel caso in cui egli sia legato, direttamente o indirettamente, a una delle parti tramite un rapporto di lavoro subordinato, o qualora sussistano con una delle parti "altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza". La riforma Cartabia ha introdotto un ulteriore numero 6) *bis*: quando "sussistono altre gravi ragioni di convenienza, tali da incidere sull'indipendenza o sull'imparzialità dell'arbitro", che si pone come norma di chiusura del sistema.

La riconsunzione può essere promossa da tutte le parti, anche da quella che ha provveduto a nominare l'arbitro nei cui confronti si procede (art. 815 co.2) ma, in quest'ultimo caso, la parte doveva ignorare il motivo per il quale la riconsunzione è avanzata. Il procedimento è instaurato dinanzi al presidente del tribunale, entro dieci giorni dalla nomina o dalla conoscenza della causa di riconsunzione. Il presidente sente l'arbitro e le parti e decide con ordinanza non impugnabile.

1.5.4. *Il procedimento arbitrale e la decisione.*

Il capo III, relativo al procedimento arbitrale, si apre con l'art. 816, rubricato "sede dell'arbitrato. La disciplina ivi delineata prevede anzitutto che siano le parti a decidere, in sede di stipula della convenzione, ovvero in un atto successivo ma precedente all'inizio del processo, la sede presso la quale si svolgerà l'arbitrato. Qualora le parti non abbiano provveduto in tal senso, il luogo individuato in via sussidiaria sarà quello presso il quale la convenzione è stata stipulata, a meno che tale luogo si trovi all'estero, in tal caso la sede dell'arbitrato è in Roma. La definizione della sede è necessaria affinché si determini

la competenza del presidente del tribunale, come si è visto funzionale a decidere sulla nomina e sulla ricsuzione dei giudici; e come si vedrà dell'ufficio giudiziario per il deposito del lodo, nonché del giudice competente a conoscere delle impugnazioni.¹¹⁸

L'art. 816 *bis* pone il principio generale secondo il quale le regole processuali sono determinate dalle parti nella convenzione di arbitrato. In mancanza gli arbitri hanno facoltà di regolare il procedimento nel modo che ritengono più opportuno. Il tenore di questa norma appare tale da poter ritenere che il procedimento arbitrale sia "deformalizzato al massimo grado". Questo è vero soltanto in parte: le riforme che si sono succedute negli anni hanno prodotto una disciplina sempre più articolata e dettagliata¹¹⁹ della quale si esamineranno i tratti salienti.

Un limite alla libertà delle forme del procedimento è costituito dal rispetto del principio del contraddittorio (art.816 *bis* c.p.c.), che deve essere sempre attuato dagli arbitri, anche contrariamente a quanto stabilito dalle parti, "concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa". La violazione di questa prescrizione comporta la nullità del lodo *ex art.* 829 co. 1, n.9, c.p.c.

Le parti possono partecipare al procedimento personalmente o assistite da un difensore, la cui procura in caso di mancanza di espresse limitazioni si estende a qualsiasi atto processuale, compresa la rinuncia agli atti.

La domanda di arbitrato è l'atto introduttivo del procedimento nella quale vengono individuati: l'elemento soggettivo (le parti) e l'elemento oggettivo (il *petitum* e la *causa petendi*). Il Codice di Procedura Civile prevede, all'articolo 816 *bis*.1¹²⁰, una disposizione generale relativa agli effetti della domanda di arbitrato. Tale articolo stabilisce che questa produce gli effetti sostanziali della domanda giudiziale¹²¹, mantenendo tali effetti anche in caso di *translatio iudicii* davanti al giudice ordinario¹²², tuttavia, non specifica le regole formali relative alla presentazione della domanda di arbitrato, ovvero le modalità di

¹¹⁸ B. N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, cit., pag. 1056 ss.

¹¹⁹ F. P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, cit., pagg. 218 ss.; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, cit. pag. 303 ss.

¹²⁰ Articolo introdotto dal recente d.lgs. 149/2022 (riforma Cartabia)

¹²¹ E dunque l'interruzione della prescrizione del diritto fatto valere e l'impedimento del verificarsi della decadenza.

¹²² G. VERDE, *Diritto processuale civile*, cit. pag. 303.

proposizione di tale domanda. Disposizioni in merito si possono rinvenire nel Codice civile agli articoli 2652, 2653, 2690, 2691, 2943 nonché nel c.p.c. all'art. 669 *octies*. In tali norme si legge che la domanda di arbitrato è "l'atto notificato con il quale la parte, in presenza di compromesso o clausola compromissoria, dichiara all'altra parte la propria intenzione di avviare il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto di sua competenza, alla nomina degli arbitri".

Avviato il procedimento nei modi stabiliti dalle parti, l'arbitro si pronuncia su tutte le questioni sollevate dalle parti, o rilevate d'ufficio, con ordinanza revocabile e non soggetta a deposito ovvero, qualora le parti lo ritengano necessario, con lodo non definitivo.

La fase istruttoria, che, come nel processo ordinario, è una fase eventuale, in caso di arbitrato collegiale può essere delegata a un singolo arbitro. Le parti possono utilizzare tutti i mezzi di prova ammessi nel processo civile.¹²³

L'arbitro¹²⁴, se non è diversamente disposto dalle parti, pronuncia il lodo che decide la controversia, entro il termine di duecentoquaranta giorni decorrenti dalla data di assunzione dell'incarico (art. 820 c.p.c.). Il termine può essere prorogato su richiesta di tutte le parti o dal presidente del tribunale su istanza degli arbitri o di una delle parti. In ogni caso è prorogato di centottanta giorni nel caso in cui si svolga l'istruzione probatoria¹²⁵.

¹²³ Occorre soffermarsi brevemente sulla prova testimoniale. Si ritiene che non si applichino le disposizioni in tema di giuramento, essendo l'arbitro un soggetto privato esterno rispetto al potere giudiziario dello Stato; ne deriva che il testimone che dichiara il falso incorre solo in una responsabilità di tipo risarcitorio (G. VERDE, *Diritto processuale civile*, cit. pag. 306).

L'art. 816 *ter* prevede diverse modalità di assunzione della prova testimoniale (per iscritto, presso il domicilio del testimone) tuttavia, poiché l'arbitro è privo dello *ius imperii*, in caso di rifiuto del testimone a comparire, non può condurlo coattivamente a rendere la testimonianza. Per ovviare a questo problema, la riforma del 2006, ha previsto che l'arbitro ha facoltà di richiedere al presidente del tribunale che ordini la comparizione del testimone renitente. (N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit. pag. 799; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 221; B. N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, cit., pag. 1061; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, cit. pag. 306).

¹²⁴ Se si tratta di arbitro collegiale, tutti gli arbitri devono partecipare alla decisione, deliberando a maggioranza dei voti.

¹²⁵ È prorogato di diritto anche quando: è disposta una consulenza tecnica d'ufficio; è pronunciato lodo non definitivo o parziale; è modificata la composizione del collegio arbitrale (art. 820 c.p.c.).

L'inosservanza del termine per l'emissione del lodo non comporta, in maniera automatica, l'invalidità dello stesso. L'articolo 821 c.p.c. prevede espressamente che la mera scadenza di tale termine non possa essere invocata come causa di nullità, a meno che la parte interessata non abbia, preventivamente all'emissione del lodo stesso, comunicato alle controparti e agli arbitri la propria intenzione di avvalersi della decadenza derivante dal superamento del termine predetto¹²⁶.

Gli arbitri decidono secondo diritto, a meno che non sia stata conferita loro, dalle parti, l'autorizzazione a giudicare secondo equità¹²⁷, mediante qualsivoglia forma di dichiarazione. Quando agli arbitri viene richiesto di pronunciarsi in base alla legge, le parti hanno la facoltà, attraverso la stipula della convenzione arbitrale o per mezzo di un documento scritto redatto prima dell'avvio del procedimento arbitrale, di specificare le norme giuridiche o la legislazione straniera da considerarsi applicabile al merito della controversia.

Il lodo deve essere redatto per iscritto dopo la deliberazione a maggioranza dei voti, alla quale devono partecipare di tutti gli arbitri componenti il collegio, salvo il caso di arbitrato monocratico. Esso deve riportare, analogamente a quanto previsto per le sentenze, l'elenco dei nominativi degli arbitri, la localizzazione della sede arbitrale, l'identificazione delle parti coinvolte, il riferimento alla convenzione di arbitrato, nonché le rispettive

¹²⁶ In proposito B. N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, cit., pag. 1069: Tale disposizione normativa mira a precludere la possibilità che una delle parti in causa possa agire in mala fede, attendendo l'esito dell'arbitrato oltre il termine stabilito per poi contestare la validità del lodo solo in caso di esito sfavorevole. Di conseguenza, chi intende sollevare l'eccezione di decadenza per il superamento del termine deve necessariamente farlo prima che venga pronunciato il lodo. In tale evenienza, spetterà agli arbitri procedere con la dichiarazione di estinzione del procedimento arbitrale.

¹²⁷ Il giudizio secondo equità consente agli arbitri di discostarsi dalle norme di diritto, orientandosi verso interpretazioni più flessibili e adatte al caso concreto, sebbene questo concetto sia intrinsecamente vago e abbia suscitato ampi dibattiti sulla sua interpretazione. La giurisprudenza ha superato il suo precedente orientamento (secondo il quale il lodo sarebbe stato nullo per violazione di mandato, nel caso in cui fosse stato richiesto all'arbitro di decidere secondo equità ed egli avesse comunque deciso secondo diritto), accettando che gli arbitri possano decidere in conformità al diritto anche quando incaricati di basarsi sull'equità, dato che si presume che il diritto incarni principi equi. In pratica, l'applicazione dell'equità raramente diverge dall'applicazione del diritto, rendendo l'equità un concetto teorico che poco incide sulle decisioni arbitrali concrete, le quali tendono a rimanere ancorate ai principi giuridici. Per approfondimenti: <https://airac.it/blog/2018/02/15/giudizio-secondo-equita-allinterno-un-arbitrato/>.

conclusioni. Successivamente alla breve esposizione de motivi che sottendono al verdetto, il lodo deve includere il dispositivo, e concludersi con la sottoscrizione di tutti gli arbitri.

La comunicazione del lodo alle parti deve avvenire attraverso la consegna dell'originale o di una copia, attestata conforme dagli stessi arbitri, mediante spedizione con posta raccomandata ovvero posta elettronica certificata (PEC), entro un termine di dieci giorni successivi alla firma del lodo, come stabilito dall'articolo 824 c.p.c.

Dal momento in cui viene sottoscritto, il lodo acquista gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (art. 824 *bis*), ad eccezione dell'efficacia esecutiva. Infatti, la parte che intende fare eseguire la pronuncia nel territorio della Repubblica deve proporre istanza al Tribunale, nella cui circondario ha avuto luogo l'arbitrato, depositando il lodo. Il tribunale ne accerta la regolarità formale¹²⁸ e lo dichiara esecutivo con decreto¹²⁹. Con l'omologazione il lodo diventa atto pubblico idoneo alla trascrizione e annotazione nei pubblici registri.

La dimostrazione che il lodo non sia un atto di carattere negoziale è data dal sistema dei rimedi: contro esso non sono ammesse le impugnazioni negoziali¹³⁰, ma sono previste specifiche impugnazioni che costituiscono un adattamento delle impugnazioni previste per le sentenze. I mezzi previsti dall'art. 827 c.p.c. sono l'impugnazione per nullità, per revocazione o per opposizione di terzo.

L'impugnazione per nullità del lodo è un mezzo a critica vincolata, che si propone dinnanzi alla Corte d'Appello nel cui distretto ha avuto sede l'arbitrato. Può essere

¹²⁸ Resta preclusa al tribunale ogni valutazione inerente al merito della decisione.

¹²⁹ Contro il decreto che concede o nega l'esecutorietà del lodo è ammesso reclamo alla Corte d'Appello, entro 30 giorni dalla comunicazione; la corte sentite le parti provvede in camera di consiglio con ordinanza (art.825 co.3 c.p.c.). Contro tale ordinanza non è ammesso il ricorso straordinario in Cassazione *ex art.* 111 c. 7 Cost; si veda in proposito Cass. n. 21739/2016.

¹³⁰ Così G. VERDE, *Diritto processuale civile.*, cit. pag. 308-309

esperito solo in ragione di uno dei dodici motivi elencati all'art. 829¹³¹¹³². Per taluni motivi è previsto che la parte non li possa far valere se non ha preventivamente rilevato il vizio durante il procedimento (in particolare i motivi di cui ai numeri 1); 2); 4); 6)).

L'impugnazione deve essere proposta entro novanta giorni dalla notificazione del lodo (termine breve) o comunque entro sei mesi¹³³ dalla sottoscrizione (termine lungo). Una volta decorso tale termine senza che sia stata proposta l'impugnazione, l'efficacia del lodo non può più essere messa in discussione lamentandone l'invalidità, salvo che in ipotesi marginali del lodo inesistente.¹³⁴

A meno che le parti non lo abbiano stabilito espressamente in sede di convenzione, il merito della decisione resta insindacabile in sede di impugnazione. È ammessa in ogni caso l'impugnazione per contrarietà all'ordine pubblico (art. 827 co.3).

La Corte d'appello decide sull'impugnazione e, quando accoglie la domanda dichiara la nullità del lodo (fase rescindente). Salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente,

¹³¹ “L'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, nei casi seguenti:

1) se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma; 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti, purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale; 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; 4) se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817; 5) se il lodo non contiene i requisiti indicati nei numeri 5), 6) e 7) dell'articolo 823; 6) se il lodo è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito, salvo il disposto dell'articolo 821; 7) se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata; 8) se il lodo è contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti, purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento; 9) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio; 10) se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri; 11) se il lodo contiene disposizioni contraddittorie; 12) se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato”(art. 829 c.p.c.).

¹³² L'impugnazione non può essere promossa da chi ha dato causa alla nullità, da chi vi ha rinunciato ovvero da chi non ha eccepito la violazione di una regola di svolgimento del procedimento arbitrale nella prima istanza o difesa successiva (art. 829 co.2)

¹³³ Un anno nella disposizione previgente alla Riforma Cartabia.

¹³⁴ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 253.

dopo aver annullato il lodo, la Corte provvede direttamente anche alla fase rescissoria, decidendo la controversia nel merito.¹³⁵¹³⁶

La sentenza della corte d'appello è ricorribile per cassazione con ricorso ordinario.

La revocazione si propone allo stesso giudice competente per l'impugnazione per nullità. Ai sensi dell'art. 831 c.p.c., il lodo è soggetto a revocazione nei casi indicati nei numeri 1); 2); 3) e 6) dell'art. 395 del medesimo codice “nei termini e nelle forme stabiliti dal libro II”. Si tratta dei casi di revocazione c.d. straordinaria previsti per la sentenza, che riguardano “vizi occulti”, di cui si viene a conoscenza in un momento posteriore rispetto all'emissione del lodo. Restano esclusi i numeri 4) e 5), cioè i motivi di revocazione c.d. ordinaria per errore di fatto revocatorio e per la contrarietà a precedente giudicato.

¹³⁵ La pronuncia sul merito da parte della Corte d'appello è ammissibile unicamente in presenza di vizi specifici attinenti al lodo o al procedimento arbitrale che non interessino la legittimità dei presupposti fondamentali dell'arbitrato, quali la convenzione o la capacità legale dell'arbitro, né la conformità ai limiti stabiliti dalla convenzione stessa. Pertanto, la Corte è competente a decidere sul merito in occasione di ricorsi di annullamento fondati sui motivi indicati ai numeri 5, 6, 7, 8, 9, 11 e 12 del primo comma dell'articolo 829 c.p.c., nonché nei casi di erronea decisione nel merito da parte degli arbitri previsti dal terzo, quarto e quinto comma dell'articolo 827 e dall'articolo 838-quater, specificatamente in materia di arbitrato societario. B. N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, cit., pag. 1075.

¹³⁶Così Cass. civile sez. I, 03/04/2020, n. 7681: “Il giudizio di impugnazione arbitrale si compone di due fasi, la prima rescindente, finalizzata all'accertamento di eventuali nullità del lodo e che si conclude con l'annullamento del medesimo, la seconda rescissoria, che fa seguito all'annullamento e nel corso della quale il Giudice ordinario procede alla ricostruzione del fatto sulla base delle prove dedotte. Nella prima fase non è consentito alla Corte di Appello procedere a statuizioni di fatto, dovendo limitarsi all'accertamento delle eventuali nullità in cui siano incorsi gli Arbitri, pronunciabili soltanto per determinati errori in procedendo, nonché per inosservanza delle regole di diritto nei limiti previsti dall'art. 829 c.p.c.; solo in sede rescissoria è attribuito al Giudice dell'impugnazione la facoltà di riesame del merito delle domande, comunque nei limiti del *petitum* e della *causa petendi* dedotte dinanzi agli Arbitri, con la conseguenza che non sono consentite né domande nuove rispetto a quelle proposte agli Arbitri, né censure diverse da quelle tipiche individuate dall'art. 829 c.p.c.”. M. SUMMA, *La natura 'bifasica' del giudizio di impugnazione arbitrale*, in *Diritto & Giustizia*, 6 aprile 2020; sentenza e nota disponibili su DeJure al link:

https://dejure.it/#ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=8486719&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docIdx=0&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=true.

Per quanto riguarda l'opposizione di terzo, il riferimento all'404 c.p.c., operato dal comma 3 dell'art. 831, non fa alcuna distinzione tra opposizione c.d. ordinaria e opposizione c.d. revocatoria, rendendole proponibili entrambe¹³⁷. Anche quest'ultima impugnazione si propone davanti alla Corte d'appello nel cui distretto ha sede l'arbitrato.

1.5.5. *La tutela cautelare.*

La novità più rilevante introdotta dalla riforma Cartabia in tema di arbitrato consiste nel riconoscimento del potere, in capo agli arbitri, di emettere misure cautelali.¹³⁸

Le parti devono attribuire tale potere espressamente con la convenzione di arbitrato o comunque con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio.¹³⁹

Qualora la controversia debba essere devoluta all'arbitro, in ragione di un compromesso o di una clausola compromissoria, ma non sia stato previsto espressamente il conferimento dei poteri cautelari, la richiesta di un provvedimento in tal senso va proposta al tribunale che sarebbe stato competente a conoscere del merito.

È previsto espressamente (art. 818 co. 1) che la competenza cautelare è esclusiva. Tuttavia, anche qualora tale potere sia attribuito agli arbitri, prima dell'accettazione dell'incarico la competenza cautelare spetta al giudice, essendo l'arbitro momentaneamente impossibilitato a provvedere alla richiesta. Questo si spiega in ragione

¹³⁷ La possibilità di avvalersi dell'opposizione di terzo dimostra, ancora una volta, che l'efficacia del lodo è equiparabile a quella di una sentenza emessa dall'autorità giudiziaria, come disposto dall'articolo 824 *bis*. Analogamente a come le determinazioni contenute in una sentenza possono influire negativamente sui diritti di terzi, le disposizioni di un lodo possono avere lo stesso impatto. Di conseguenza, i soggetti terzi, qualora risultino pregiudicati, hanno il diritto di contestare tali effetti attraverso l'opposizione, facendo valere le proprie ragioni in sede giudiziaria. B. N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, cit.

¹³⁸ La versione antevigente dell'art. 818 stabiliva espressamente: "Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge".

¹³⁹ Un'eccezione a questa previsione è prevista nel contesto dei giudizi arbitrali relativi all'impugnazione delle delibere societarie. In queste circostanze, la normativa (art. 838 *bis* co. 4) conferisce agli arbitri la facoltà di sospendere ex lege l'efficacia delle delibere contestate, indipendentemente da una specifica manifestazione di volontà delle parti in questo senso.

del fatto che la tutela cautelare necessita di essere attuata immediatamente per far sì che non si aggravino le conseguenze derivanti dal *periculum in mora*.

Dal momento in cui l'arbitro è in grado di provvedere, il giudice perde il potere cautelare ma, il provvedimento eventualmente emesso dal giudice non perde di efficacia, trovando applicazione la regola della *perpetuatio iurisdictionis*.¹⁴⁰

All'arbitro possono essere richieste tutte e soltanto le misure cautelari tipiche che possono essere richieste al giudice. Trova applicazione il procedimento cautelare uniforme, in quanto compatibile, di cui agli artt. 669 *bis* ss. del codice di rito.

Avverso il provvedimento cautelare è ammesso reclamo all'autorità giudiziaria, specificatamente alla Corte d'appello nel cui distretto ha sede l'arbitrato. Il reclamo è limitato ai motivi di nullità di cui all'art. 829 co. 1.¹⁴¹

L'esecuzione delle misure cautelari disposte dagli arbitri è regolamentata dall'articolo 669 *duodecies* per il richiamo operato dall'art. 818 *ter*. Tale esecuzione avviene sotto la supervisione del tribunale nel cui circondario ha sede l'arbitrato, o, qualora la sede arbitrale non si trovi in Italia, del tribunale del luogo dove la misura cautelare deve essere eseguita. Pertanto, la fase attuativa del provvedimento cautelare esula dalla sfera di competenza degli arbitri, in quanto implica l'esercizio di funzioni autoritative che eccedono le prerogative arbitrali.

1.6 L'arbitrato irrituale.

L'arbitrato, nella sua configurazione delineata dagli articoli 806-832 del Codice di procedura civile, non rappresenta l'unico modello di risoluzione arbitrale possibile. Oltre a tale modalità, sia l'esperienza pratica sia le disposizioni legislative riconoscono l'esistenza di un'altra forma di arbitrato. Quest'ultima, contrapposta all'arbitrato rituale disciplinato dal codice di rito, è generalmente denominata arbitrato irrituale, o contrattuale.

¹⁴⁰ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 226.

¹⁴¹ Vedi sopra alla nota 118.

L'arbitrato irrituale fa il suo ingresso nel nostro ordinamento con una sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 1904¹⁴², nella quale si stabilì che “È valida l'obbligazione assunta tra due o più industriali di deferire la loro controversia a terzi e di accettarne ed eseguirne le statuizioni. Una tale obbligazione non dà luogo ad un giudizio arbitrale e non è perciò sottoposta alle regole del compromesso. La parte che si rifiuta di ottemperare alla statuizione del terzo è responsabile di inadempimento contrattuale”. E ancora, se “è indubbiamente lecito alle parti di risolvere concordemente una controversia, mettendo le basi d'una risoluzione tra loro concordata” non c'è motivo per negare “alle medesime di accettare preventivamente quelle basi che verranno stabilite da un collegio di persone di loro comune fiducia, obbligandosi a considerarle come stabilite convenzionalmente tra loro”. Venne inoltre specificato che non vi era alcuna interferenza con l'arbitrato rituale disciplinato dal codice di rito, poiché in questo caso le parti non chiedono un giudizio, non anelano a una sentenza né a un atto risolutivo della lite che possa essere titolo esecutivo¹⁴³.

Nel corso degli anni, a partire da una prima positivizzazione all'art. 619 del Codice della navigazione¹⁴⁴(coevo al Codice di procedura civile), si è giunti, con la riforma del 2006, all'introduzione dell'art. 808 *ter* c.p.c.¹⁴⁵ rubricato “Arbitrato irrituale”. Quindi, oggi sarebbe improprio parlare di irritualità poiché entrambi i tipi di arbitrato sono contenuti nel codice di rito e sono quindi entrambi rituali¹⁴⁶. La differenza fondamentale è che il lodo rituale ha gli effetti della sentenza (art. 824 *bis*), ad eccezione di quelli esecutivi, quello irrituale è invece puramente un contratto.

All'art. 808 *ter* è previsto che le parti possono stabilire, in deroga a quanto disposto dall'art. 824 *bis*¹⁴⁷, che la controversia sia definita da arbitri mediante determinazione contrattuale. Dunque, il “lodo irrituale” differisce da quello rituale per la forma (contrattuale) e per alcuni effetti: la parte vittoriosa non può depositare il lodo in tribunale

¹⁴² Cass. Torino 27 dicembre 1904, disponibile in *Rivista del diritto commerciale*, 1905, fascic. 2, pag. 45.

¹⁴³ M. BOVE, *La giustizia privata*, III ed., Padova, 2015, pagg. 239 ss.

¹⁴⁴ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 143 ss.

¹⁴⁵ Art. 808 *ter*, le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'art. 824 *bis*, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale.

¹⁴⁶ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit. pag. 792.

¹⁴⁷ Vedi sopra 1.5.4

per ottenerne l'*exequatur*, ma deve procurarselo in sede giurisdizionale con un decreto ingiuntivo o una sentenza.¹⁴⁸

Ulteriori distinzioni si apprezzano in tema di impugnazioni, infatti, in luogo delle impugnazioni previste dall'art. 827 c.p.c. per il lodo rituale, "il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente¹⁴⁹ secondo le disposizioni del libro I" (art. 808 *ter* co.2). L'azione di annullamento può essere proposta se la convenzione d'arbitrato risulta invalida o se gli arbitri hanno emesso decisioni che eccedono i limiti stabiliti da tale convenzione, a condizione che l'eccezione sia stata sollevata durante il procedimento arbitrale; qualora la nomina degli arbitri non sia avvenuta secondo le modalità e forme previste dalla convenzione stessa; se il lodo è stato emesso da soggetti che, in base all'articolo 812, non avrebbero potuto essere designati come arbitri; se gli arbitri non hanno rispettato le regole stabilite dalle parti, considerate condizioni essenziali per la validità del lodo; infine, se è stato violato il principio del contraddittorio nel corso del procedimento arbitrale (art. 808 *ter* co.2).

Per quanto concerne le analogie fra i due tipi di arbitrato, si osserva una piena coincidenza relativamente alle controversie arbitrabili. Analogamente, l'obiettivo delle parti è il medesimo: ambiscono a che la controversia sia risolta fuori dalla giurisdizione ordinaria. Sebbene gli atti emessi nell'ambito dei due processi arbitrari manifestino effetti diversi in termini di esecuzione, è importante sottolineare che tali differenze non si estendono agli effetti dell'accertamento del diritto oggetto di contesa.

In ogni caso, la scelta dell'arbitrato irrituale non preclude la possibilità di avvalersi della tutela cautelare, come esplicitamente previsto dall'articolo 669 *quinquies* che ne fa specifico riferimento.

Nell'attuale panorama giuridico, la convenienza della scelta dell'arbitrato irrituale si presenta come una questione dibattuta. Esaminandone le peculiarità, emerge chiaramente

¹⁴⁸ Poiché il lodo irrituale ha la forma di un contratto, dunque può essere atto idoneo ad ottenere un decreto ingiuntivo se al suo interno contiene il riconoscimento di un diritto di credito avente ad oggetto una somma di denaro liquida ed esigibile ovvero una determinata quantità di cose fungibili o la consegna di una cosa mobile determinata (art. 633 c.p.c.), altrimenti dovrà essere prodotto in un giudizio ordinario al fine di ottenere una sentenza di condanna.

¹⁴⁹ Il giudice competente è il tribunale nella cui circoscrizione ha avuto sede l'arbitrato.

che le parti, nel momento in cui optano per questa forma di risoluzione delle controversie, debbano ponderare attentamente vantaggi e svantaggi.

L'arbitrato contrattuale è caratterizzato dalla libertà pressoché totale delle parti rispetto ai precetti del codice di rito, a fronte delle quali, come per ogni libertà, è richiesto il pagamento di un prezzo¹⁵⁰: la parte vittoriosa ottiene un lodo che potrebbe rivelarsi non soddisfacente qualora si necessiti di procedere con un'esecuzione forzata o si intenda garantirne il riconoscimento e l'esecutività in ambito internazionale, in conformità alla Convenzione di New York del 1958.¹⁵¹

Inoltre, la parte soccombente, potrà far valere sempre i vizi del lodo, poiché non operano i termini decadenziali previsti per le impugnazioni del lodo rituale. Essa avrebbe anche l'ulteriore vantaggio che, qualora la parte vittoriosa procedesse per ottenere il titolo esecutivo¹⁵², il soccombente avrebbe sempre la possibilità di far esaminare il vizio prima dell'inizio dell'esecuzione.

¹⁵⁰ Per usare una calzante espressione di M. BOVE, *La giustizia privata*, cit. pagg. 249 ss.

¹⁵¹ La Convenzione di New York del 1958, formalmente nota come "Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali estere", rappresenta un trattato internazionale fondamentale volto a facilitare il riconoscimento transnazionale e l'esecuzione delle decisioni arbitrali. Questo strumento giuridico impone agli Stati contraenti di riconoscere e dare effetto alle sentenze arbitrali emesse in altri paesi, conformemente ai principi di reciprocità e di territorialità, riducendo così gli ostacoli alla giustizia arbitrale e promuovendo l'efficacia dell'arbitrato come mezzo di risoluzione delle controversie commerciali internazionali. Tale convenzione si applica agli arbitrati che producono un lodo con effetti equiparabili a quelli di una sentenza: nel caso del nostro ordinamento solo quello "rituale". Per approfondimenti:

https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/italian_guide_final_pdf_for_printing.pdf.

¹⁵² Dunque, con ricorso per decreto ingiuntivo o con azione di condanna nel processo ordinario.

In conclusione, il capitolo ha esplorato le sfaccettature dei più importanti strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, sottolineando l'importanza della mediazione, della negoziazione assistita e dell'arbitrato come strumenti efficaci per decongestionare il sistema giudiziario e promuovere una risoluzione dei conflitti più rapida ed economica. Il prossimo capitolo si concentrerà specificamente sull'Arbitro Bancario Finanziario e sull'Arbitro per le Controversie Finanziarie, due sistemi di ADR che hanno riscosso una grande partecipazione negli ultimi anni, esplorando il loro ruolo e impatto nel contesto delle controversie finanziarie, offrendo una panoramica dettagliata sulla loro struttura, funzionamento e sui più recenti sviluppi.

CAPITOLO 2

IL MODELLO VIRTUOSO DEGLI STRUMENTI DI ADR NEL SETTORE DEI MERCATI FINANZIARI.

SOMMARIO: 2.1. ABF: istituzione, evoluzione, funzionamento. – 2.1.1. Caratteri generali. – 2.1.2. Ambito di applicazione soggettivo. – 2.1.3. Ambito di applicazione oggettivo. – 2.1.4. Natura dell'istituto. – 2.1.5. Il procedimento. – 2.1.6. La decisione. – 2.2. ACF: l'arbitrato presso la Consob. – 2.2.1. Caratteri generali. – 2.2.2. Ambito di operatività. – 2.2.3. Il procedimento. – 2.2.4. La decisione. – 2.2.5. Il fondo per la tutela stragiudiziale. – 2.3. Effettività della tutela e risultati raggiunti. – 2.3.1. Risultati raggiunti.

Sulla scorta di quanto appreso nel precedente capitolo in tema di ADR, ed in particolare di arbitrato e mediazione, è possibile ora passare all'analisi di due importanti strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, operanti nel settore bancario e finanziario, che hanno riscosso un notevole successo applicativo¹⁵³: l'Arbitro Bancario Finanziario (d'ora in avanti ABF) e l'Arbitro delle Controversie Finanziarie (d'ora in avanti ACF).

¹⁵³ G. FINOCCHIARO, *Arbitrato bancario finanziario*, in *Diritto on line* (2018) www.treccani.it: «L'Arbitro bancario finanziario rappresenta, per unanime opinione, il sistema di risoluzione alternativa delle controversie che, nel panorama italiano, ha riscosso e sta riscuotendo il maggior successo applicativo».

2.1 ABF: istituzione, funzionamento ed evoluzione.

2.1.1. Caratteri generali.

Come si è visto¹⁵⁴, il d.lgs. 28 del 2010 ha introdotto la mediazione obbligatoria in determinate materie, tra le quali i “contratti assicurativi, bancari e finanziari”¹⁵⁵. Per quanto concerne i contratti bancari, ivi rilevanti, il co.3 dell’art. 5 del già menzionato decreto precisa che: per assolvere alla condizione di procedibilità le parti possono esperire, in luogo della mediazione, la procedura prevista dall’art. 128 *bis* del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d’ora in avanti TUB).

La previsione di siffatta alternativa in questo particolare settore¹⁵⁶ deriva dal fatto storico che la procedura prevista dal TUB, con il relativo organismo, sono in funzione da prima dell’entrata in vigore del d.lgs. 28/2010.¹⁵⁷

Il legislatore, facendo un’analisi tra costi e benefici, ha considerato questi ultimi senz’altro prevalenti, in ragione del fatto che l’ABF, disciplinato appunto dall’art. 128 *bis* del TUB, era ormai un organismo pienamente funzionante, altamente specializzato e con dei costi esigui¹⁵⁸ per la presentazione dei ricorsi.¹⁵⁹

L’articolo 128 *bis* del TUB è stato introdotto dalla legge 262/2005 (c.d. “Legge sul risparmio”), nel contesto delle politiche promosse dall’Unione europea per il sostegno ai sistemi alternativi di risoluzione delle controversie. Tale articolo statuisce che gli

¹⁵⁴ Vedi 1.3.2.

¹⁵⁵ Art. 5 d.lgs. 28/2010.

¹⁵⁶ Si segnala fin d’ora che il comma 3 dell’art.5 d.lgs. 28/2010 prevede tale alternativa anche per le materie rientranti nella competenza della Consob, rinviando al procedimento di cui all’art. 32 *ter* del d.lgs. 58/1998 (TUF).

¹⁵⁷ V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell’arbitro bancario finanziario*, in *Rivista Judicium*, 17 ottobre 2012, pag.2.

¹⁵⁸ Il costo attualmente previsto come contributo spese per la procedura è di 20 euro, come riportato sul sito ufficiale di ABF (www.arbitrobancariofinanziario.it), rimborsati dall’intermediario in caso di accoglimento anche parziale del ricorso.

¹⁵⁹ V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell’arbitro bancario finanziario*, cit., pag.2

intermediari bancari e finanziari debbano aderire ai meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie inerenti ai rapporti con i clienti.¹⁶⁰

Detta normativa delega al Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR)¹⁶¹ il compito di definire i criteri procedurali e la composizione dell'organo decidente, in modo che ne risulti assicurata l'imparzialità e la rappresentatività, seguendo le indicazioni proposte dalla Banca d'Italia. È inoltre stabilito che le procedure devono assicurare celerità, economicità nella risoluzione delle controversie e l'effettività della tutela, lasciando inalterato il diritto del consumatore di avvalersi di qualsivoglia altro strumento di tutela previsto dall'ordinamento.¹⁶²

La delibera CICR 275/2008, e le successive modificazioni¹⁶³, ha introdotto la normativa relativa ai nuovi meccanismi stragiudiziali, specificandone ambito di applicazione,

¹⁶⁰ L'adesione all'ABF costituisce una condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione dei servizi di pagamento, la Banca d'Italia verifica eventuali violazioni. La mancata adesione dell'intermediario comporta anche l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'art. 144 co.4 TUB; in ogni caso non comporta l'inammissibilità dei ricorsi presentati nei suoi confronti. “*Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*” Sez. 2, pag. 9 disponibili al link: https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/Disposizioni_ABF.pdf

¹⁶¹ Il CICR è un organo operante presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze preposto alle funzioni di alta vigilanza in materia di credito e tutela del risparmio. Tale attività, attribuitagli dal TUB, comprende l'intervento nella regolamentazione dell'attività delle banche e degli altri intermediari finanziari disciplinati dal testo unico. Oltre a ciò, delibera in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali concernenti le operazioni e i servizi bancari e finanziari, su proposta della Banca d'Italia. *Comitato interministeriale per il Credito e il Risparmio*, FTA Online News, Milano, 29 ottobre 2010, disponibile su www.borsaitaliana.it.

¹⁶² Al cliente non è fatto obbligo di avvalersi dell'ABF per dirimere una controversia insorta tra lui e il prestatore del servizio, ben potendo avviare la generale procedura di mediazione prevista dal d.lgs. 28/2010. In ogni caso, come si vedrà meglio nel prosieguo, anche qualora egli abbia ottenuto una decisione dell'ABF, non verrà meno il suo diritto di adire il giudice ordinario.

¹⁶³ Il Ministro dell'Economia e delle Finanze, nonché Presidente del CICR, ha emanato il decreto d'urgenza del 10 luglio 2020, recante “*Modifica della delibera CICR n. 275 del 29 luglio 2008 in tema di Risoluzione stragiudiziale delle controversie*” disponibile al link: https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/delibere-cicr/decreto-20200710-127/DM_127_2020.pdf; sulla base del quale la Banca d'Italia ha adottato le nuove *Disposizioni*, cit., in data 27 agosto 2020.

struttura e principi procedurali fondamentali. Il sistema di risoluzione così delineato prende il nome di Arbitro Bancario Finanziario (ABF), il quale, operando in piena autonomia, è preposto a risolvere in maniera semplice, veloce ed efficace le controversie intercorrenti tra clienti e intermediari.

La Banca d'Italia è incaricata di definire le norme applicative e di nominare i componenti dell'organo decisionale, oltre a fornire supporto attraverso l'allocazione di risorse e l'istituzione di Segreterie tecniche¹⁶⁴ presso le proprie sedi territoriali per facilitare l'operato dei collegi ABF. Essa è inoltre l'Autorità Nazionale Competente sull'ABF, indicata dal d.lgs. 130/2015, attuativo della direttiva UE 11/2013 (Direttiva sull'ADR per i consumatori), e in tale veste si occupa del controllo periodico sul rispetto dei dettami di tale normativa europea da parte dell'Arbitro.

L'operato dell'ABF, quale meccanismo di ADR, svolge un ruolo cruciale per il conseguimento degli obiettivi di efficienza e competitività del sistema finanziario: meccanismi efficaci di risoluzione delle controversie incentivano il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nei rapporti con la clientela, rafforzano la fiducia pubblica nei prestatori di servizi bancari e finanziari e fungono da presidio contro i rischi legali e reputazionali, contribuendo alla stabilità degli intermediari e dell'intero sistema finanziario.¹⁶⁵

In ottemperanza agli obblighi di trasparenza, l'intermediario deve comunicare al cliente, al momento della stipula del contratto, la facoltà di adire l'ABF in caso di controversie inerenti al rapporto.

L'ABF si articola sul territorio nazionale in sette collegi¹⁶⁶: Roma, Napoli, Bari, Bologna, Torino, Milano e Palermo. Ogni collegio è dotato di una propria segreteria tecnica, la cui attività è svolta da personale della Banca d'Italia.

¹⁶⁴ La segreteria tecnica costituisce l'unico canale di comunicazione tra le parti ed il collegio: riceve i ricorsi, trasmette gli atti alle parti, forma il fascicolo. Accerta la completezza, la tempestività e la regolarità della documentazione depositata dalle parti e può, se lo ritiene necessario, chiederne l'integrazione. Si tratta di un'attività di tipo istruttorio, poiché la segreteria individua il materiale sul quale si fonderà la decisione dell'organo. G. LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, Collana: Diritto dell'economia, diretta da E. PICOZZA; R. LENER, Torino, 2018, pagg. 71 ss.

¹⁶⁵ Così a pag. 3 delle citate *Disposizioni* della Banca d'Italia.

¹⁶⁶ La competenza territoriale dei collegi si determina in ragione del domicilio del cliente che presenta il ricorso, sulla base dei criteri stabiliti dalla Sez.3, 2) Nomina e composizione, delle *Disposizioni*. Es. "Il

In ciascun collegio l'organo decidente è composto da cinque membri: il presidente e due membri nominati dalla Banca d'Italia, un membro designato dalle associazioni degli intermediari e un membro designato dalle associazioni che rappresentano i clienti.¹⁶⁷

Il presidente resta in carica per cinque anni, gli altri membri per tre anni. Il mandato è rinnovabile per una sola volta.

I componenti dei collegi, oltre a dover possedere i requisiti di esperienza, professionalità, integrità e indipendenza, sono scelti tra docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno dodici anni, magistrati in quiescenza, ovvero altri soggetti in possesso di una significativa e comprovata competenza in materia bancaria, finanziaria o di tutela dei consumatori.¹⁶⁸

Al fine di garantire uniformità di interpretazione e di giudizio tra i vari Collegi è stato istituito un Collegio di Coordinamento. Tale organo, come delineato dalle Disposizioni vigenti¹⁶⁹, è preposto alla valutazione di questioni di particolare rilevanza o che potrebbero generare disomogeneità negli orientamenti. Ai singoli Collegi, o ai loro Presidenti, è concessa la facoltà di deferire al Collegio di Coordinamento tali questioni.

Quest'ultimo è composto da tre Presidenti dei Collegi, un membro nominato dalle associazioni degli intermediari e un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti, i quali sono selezionati mediante sorteggio annuale. Le determinazioni assunte da questo organo possono essere derogate dai singoli Collegi solo qualora questi ultimi forniscano, nelle proprie motivazioni, giustificazioni specifiche che attestino come "le specificità del caso concreto rendono necessaria una soluzione diversa."

collegio con sede a Roma a è competente per la decisione sui ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in: Abruzzo, Lazio, Marche, Umbria. Il Collegio è inoltre competente per i ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in uno Stato estero."

¹⁶⁷ In questo modo la maggioranza del collegio, ai fini della deliberazione, è raggiunta necessariamente con il voto di almeno un componente nominato dalla Banca d'Italia, evidenziando lo stretto rapporto che intercorre tra quest'ultima e l'ABF.

¹⁶⁸ Così alla Sez. 3, 3) Requisiti, delle citate *Disposizioni*.

¹⁶⁹ Così alla Sez. 3, 5) Collegio di coordinamento delle citate *Disposizioni*.

2.1.2. Ambito di applicazione soggettivo.

L'ambito di applicazione soggettivo dell'ABF riguarda le controversie insorte tra un cliente e un intermediario. Per "cliente" si intende il soggetto, persona fisica o giuridica, che ha o ha avuto un rapporto contrattuale o è entrato in relazione¹⁷⁰ con un intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari.¹⁷¹ Il cliente coincide di norma con il consumatore¹⁷²¹⁷³. Tuttavia, l'ambito di legittimazione attiva si estende, oltre che ai consumatori, a qualsivoglia controparte contrattuale in relazione con l'intermediario, ivi inclusi professionisti e imprenditori, sia individuali che societari, marcando una netta distinzione rispetto alle ADR di consumo¹⁷⁴. Autorevole dottrina¹⁷⁵ evidenzia, per sottolineare le distinzioni normative tra questo procedimento e quelli dedicati alle controversie di consumo, come l'originaria disposizione dell'articolo 128 *bis* TUB, che limitava il riferimento esclusivamente alle "controversie con i consumatori", sia stata modificata dal decreto legislativo n. 303/2006 (c.d. "Decreto Pinza"). Quest'ultimo ha sostituito la menzionata formulazione con "controversie con la clientela", dimostrando

¹⁷⁰ Così precisato dalla Banca d'Italia nelle *Disposizioni cit.*, Sez. I, 3) Definizioni, dove si afferma che tra le ipotesi di relazione rilevante per la disciplina in esame vi rientrano anche le controversie, in tema di trasparenza, relative a rapporti precontrattuali, indipendentemente dalla conclusione effettiva del contratto. Sul punto di veda anche G. LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, cit., pagg. 1-65 ritiene che la "clientela" a cui fa riferimento l'art. 128 *bis* TUB sia una nozione ampia tale da ricomprendere sia coloro che hanno con la banca un rapporto contrattuale sia i soggetti che hanno avuto con essa un rapporto non contrattuale, ad esempio relativo alle trattative preliminari ovvero alla prestazione di garanzie reali o personali. Dunque, il "cliente" può essere senz'altro un soggetto che ha un rapporto duraturo con la banca, ma anche colui che con essa un rapporto occasionale. In senso contrario R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, pag. 54: egli ritiene che solo colui che ha un rapporto contrattuale con la banca sia un cliente.

¹⁷¹ Art. 1, lett. a), Deliberazione CICR 275/2008

¹⁷² Il "consumatore" è, in base al Codice del Consumo, un soggetto persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

¹⁷³ V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell'arbitro bancario finanziario*, cit., pag.3

¹⁷⁴ Le ADR di consumo sono le procedure stragiudiziali disciplinate dal Titolo II *bis* del Codice del Consumo, introdotto con il d.lgs. 130/2015 che ha recepito la direttiva UE 11/2013.

¹⁷⁵ *Ex multis* G. L. CARRIERO, *Riflessioni sulle Relazioni annuali della Banca d'Italia sull'Arbitro Bancario Finanziario (anni 2018 e 2019)*, 8 ottobre 2019, pag. 48, disponibile al link: <https://universitypress.unisob.na.it/ojs/index.php/annali/article/view/1232>

l'intenzione legislativa di ampliare la sfera di legittimazione attiva all'intera clientela bancaria, inclusi soggetti giuridici, imprese e professionisti.

L'Art. 1 della citata Deliberazione del CICR precisa che: non rientrano nella nozione di cliente i soggetti che svolgono in via professionale l'attività di intermediazione nei settori bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale. Questa precisazione è importante poiché il procedimento dinanzi all'ABF può essere avviato solo dal cliente, da qui emerge la finalità dell'ABF quale strumento di tutela del soggetto giuridicamente più debole¹⁷⁶, confermata dal fatto che lo strumento non può essere utilizzato dalla banca che vuole agire in giudizio contro il cliente.

Legittimati passivi sono gli "intermediari" e cioè: le banche, gli intermediari finanziari iscritti all'albo previsto dall'art. 106 TUB, i confidi iscritti nell'elenco previsto dall'art. 112 TUB, gli istituti di moneta elettronica, Poste Italiane S.p.A. in relazione all'attività di bancoposta, le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal titolo VI del TUB e gli istituti di pagamento.¹⁷⁷

2.1.3. *Ambito di applicazione oggettivo.*

Ai clienti è consentito presentare dinanzi all'ABF ricorsi aventi ad oggetto controversie inerenti operazioni e servizi bancari e finanziari, fatta eccezione per le dispute relative ai servizi e alle attività di investimento, nonché alle altre situazioni non assoggettate al Titolo VI del TUB, come delineato dall'art. 23 co. 4 del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF).¹⁷⁸

Le controversie ammissibili all'esame dell'ABF comprendono quelle relative all'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, a prescindere dal valore economico del rapporto di riferimento. Qualora la domanda del ricorrente concerna la corresponsione di

¹⁷⁶ G. LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 63.

¹⁷⁷ *Disposizioni* cit., Sez. I, 3) Definizioni, pag. 6.

¹⁷⁸ Queste controversie rientrano nella competenza dell'ACF, istituito ai sensi del d.lgs 179/2007, come modificato dal d.lgs. 130/2015, e disciplinato dal Regolamento Consob 4 maggio 2016. Il coordinamento tra ABF e ACF è rimesso a un protocollo di intesa (vedi *infra*).

una somma di denaro, a qualsiasi titolo essa sia dovuta, la cognizione dell'ABF è subordinata alla condizione che l'importo richiesto non ecceda i 200.000 euro¹⁷⁹.

Sono precluse alla valutazione da parte dell'Arbitro le richieste di risarcimento danni che non derivino in maniera immediata e diretta da un inadempimento o una violazione da parte dell'intermediario. Analogamente, restano escluse le controversie concernenti beni materiali o servizi distinti da quelli bancari e finanziari stipulati tra cliente e intermediario, o relativi a contratti ad essi connessi.

Non sono altresì ammesse alla cognizione dell'ABF le dispute riguardanti operazioni o comportamenti verificatisi anteriormente al sesto anno precedente alla data di presentazione del ricorso.¹⁸⁰

2.1.4. *Natura dell'istituto.*

La questione relativa alla qualificazione giuridica dell'ABF rappresenta una tematica ampiamente dibattuta in dottrina¹⁸¹, ciò lo ha reso uno strumento di risoluzione alternativa delle controversie di difficile inquadramento nei tradizionali strumenti di mediazione e arbitrato presenti nel nostro ordinamento. Secondo una corrente interpretativa ampiamente diffusa, nonostante la denominazione data all'istituto, non si può parlare di vero e proprio arbitrato, alla luce di molteplici argomentazioni.

¹⁷⁹ Cifra innalzata rispetto al testo originario della Delibera 275/2008 del CICR che prevedeva la proponibilità dei ricorsi aventi ad oggetto importi fino a 100.000 euro.

¹⁸⁰ *Disposizioni* cit., Sez. I, 4) Ambito di applicazione oggettivo, pag. 7-8.

¹⁸¹ Si veda sul punto G. GUIZZI, *Il valore delle decisioni dell'ABF (e dell'ACF) in un libro recente*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, Fascicolo 2, dicembre 2016, pagg. 567-576; G. CONTE, *Arbitro Bancario e Finanziario*, a cura di L. BALESTRA; R. DI RAIMO; D. MAFFEIS; M. MAGGIOLIO; M. MARINARO; R. NATOLI; S. PAGLIANTINI; G. RECINTO, Milano, 2021, pagg. 3 ss.; E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Rivista Judicium*, 31 maggio 2011, pagg. 2 ss.; R. CARATOZZOLO, *L'arbitro Bancario Finanziario: la particolare configurazione della risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie*, 14 aprile 2014, pagg. 561 ss., disponibile al link: <https://edizionicafoscari.unive.it/media/pdf/article/ricerche-giuridiche/2013/2/art-10.14277-2281-6100-Ri-2-2-13-7.pdf>; V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell'arbitro bancario finanziario*, cit., pagg. 13 ss.; G. L. CARRIERO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Questione Giustizia*, vol.3, 2017.

In primo luogo, nella concezione tradizionale di arbitrato¹⁸², così come disciplinato dal Codice di procedura civile, entrambe le parti contraenti possiedono il diritto di avviare il procedimento arbitrale. Al contrario, dinanzi all'ABF, come si è visto¹⁸³, esclusivamente il cliente ha la facoltà di avviare il procedimento, mentre tale possibilità è preclusa all'intermediario.

In secondo luogo, manca la convenzione di arbitrato¹⁸⁴, cioè l'accordo *inter partes* per la devoluzione della controversia a detto organismo. Nello specifico, si osserva la mancanza sia di una clausola compromissoria predisposta *ex ante*, dato che nei contratti di maggiore rilevanza pratica (per esempio, di conto corrente o di mutuo) non è costante la presenza di disposizioni simili; sia di un compromesso configurato *ex post litem*, considerato che l'opzione del ricorrente di rivolgersi all'ABF si impone per effetto di legge sull'intermediario, il quale, pertanto, non manifesta un consenso volontario all'adesione, bensì si trova a fronteggiare un'iniziativa processuale promossa dal cliente. Per quanto concerne la posizione giuridica del cliente, è possibile sostenere¹⁸⁵ che egli goda di un diritto potestativo di carattere processuale, in virtù del quale non solo è legittimato a iniziare il procedimento dinanzi all'ABF, ma è altresì tutelato da possibili ripercussioni negative nell'eventualità che l'esito del procedimento si concluda a favore dell'intermediario. La banca dal canto suo può anche non partecipare alla procedura, rimanendo in una sorta di contumacia, ma resterà in ogni caso soggetta alla decisione emessa dall'ABF¹⁸⁶ nei termini che si vedranno *infra*.

La terza questione, sicuramente la più annosa, riguarda il carattere non vincolante del provvedimento conclusivo del procedimento in esame, che lo differenzia in modo sostanziale da un lodo arbitrale. Sulla questione si è espressa anche la Corte costituzionale, con la sentenza 218/2011. La Corte, adita dal Collegio ABF di Napoli¹⁸⁷,

¹⁸² Vedi *supra* 1.5.

¹⁸³ Vedi *supra* 2.1.2.

¹⁸⁴ Vedi *supra* 1.5.2.

¹⁸⁵ Si veda in proposito A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, 19 luglio 2022, pag. 179, disponibile al link: <https://iris.luiss.it/handle/11385/220162#>.

¹⁸⁶ V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell'arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 14

¹⁸⁷ L'ABF di Napoli, con il provvedimento del 6 luglio 2010, ha sollevato questione di legittimità costituzionale della l.reg. Sicilia 6/2009 in relazione agli artt. 3, 41 e 117 Cost. Il collegio, che vedeva tra i

ha determinato che l'Arbitro, alla luce dei criteri e dei requisiti prescritti per la sua nomina, degli elementi distintivi delle funzioni giurisdizionali, nonché della natura e dell'efficacia delle decisioni pronunciate, non possa essere assimilato alla figura del "giudice" o dell'"autorità giudiziaria". Pertanto, non risulta legittimato a promuovere questioni di legittimità costituzionale. La Corte ha escluso la sussistenza della giurisdizionalità in quanto la decisione dell'Arbitro non riveste un carattere vincolante per nessuna delle parti coinvolte nel contenzioso, limitandosi piuttosto ad incidere sull'immagine e sull'onorabilità dell'intermediario in caso di mancata adesione. Per altro verso, il fatto che la risoluzione debba essere formulata "secondo diritto" non si configura, di per sé, come elemento dimostrativo della giurisdizionalità, essendo intrinseco nella natura di qualsiasi funzione giustiziale il procedere ed emettere decisioni *secundum ius*, in modo analogo all'operato degli organi dell'amministrazione pubblica.¹⁸⁸

Si può concludere affermando che la decisione emessa dall'ABF, sotto determinati aspetti presenta analogie con un lodo arbitrale, specificatamente per quanto concerne la strutturazione in termini di esposizione dei fatti, dell'analisi giuridica e del dispositivo, tuttavia, e questo costituisce l'aspetto cruciale, la decisione dell'ABF non detiene la possibilità di essere eseguita coattivamente nel merito. Al contrario, un lodo arbitrale acquisisce, dalla data della sua ultima ratifica, la stessa efficacia giuridica di una sentenza emessa da un'autorità giudiziaria, come sancito dall'articolo 824 *bis* c.p.c.¹⁸⁹. Di

suoi componenti F. AULETTA e G. GUIZZI, ha argomentato la legittimazione dell'ABF a sollevare questione di costituzionalità basandosi sull'assunto che la funzione dell'ABF sia in qualche modo affine a quella degli arbitri. Gli arbitri sono autorizzati a sollevare questioni di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 819 *bis* c.p.c. (articolo introdotto dal legislatore nel 2006 recependo l'indirizzo della Consulta che con la sentenza 376/2001 aveva riconosciuto per la prima volta la legittimazione degli arbitri a sollevare la questione di incostituzionalità, si veda in proposito C. I. BUONOCORE, *Sulla pregiudiziale di incostituzionalità nel giudizio arbitrale*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, Fascicolo 3, 2020, pagg. 541 ss.), ritenendosi indispensabile, in ossequio alla giurisprudenza costituzionale, che l'organo preposto alla risoluzione del contenzioso operi nel pieno rispetto delle garanzie del contraddittorio e dell'obbligo di imparziale applicazione del diritto. Tale legittimazione si fonda altresì sulla premessa che la decisione emanata dall'ABF assuma, sotto certi aspetti, una natura di vincolatività, particolarmente in relazione agli intermediari finanziari. G. CONTE, *Arbitro bancario finanziario*, cit., pagg. 4 ss.

¹⁸⁸ G. CONTE, *Arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 5; A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pagg. 179 ss.

¹⁸⁹ Vedi *supra* 1.5.

conseguenza, la decisione dell'ABF risulta meno incisiva non solo rispetto a un lodo ma anche, volendo fare un altro confronto, rispetto all'accordo che conclude un ordinario processo di mediazione. L'effetto vincolante di un accordo conciliativo è significativamente maggiore: la normativa prevede che il verbale di conciliazione costituisca titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.¹⁹⁰

2.1.5. *Il procedimento.*

A seguito delle nuove Disposizioni del 2020¹⁹¹, il procedimento davanti all'ABF ha assunto caratteristiche più marcatamente processuali, che ne accentuano la funzione decisoria. In quest'ottica sono ritenuti applicabili i principi generali del processo civile all'interno di tale procedura.¹⁹² Si evidenzia, in particolare, l'applicazione del principio della domanda; del principio del contraddittorio; il principio di imparzialità del collegio giudicante; il principio di disponibilità e di allegazione delle prove, che attribuisce alle parti l'onere di fornire e richiedere le prove su cui fondare le proprie pretese¹⁹³; nonché il principio di non contestazione, secondo cui i fatti non contestati dalle parti possono essere considerati accertati dal giudice.

Più in generale il Collegio di Coordinamento ha sottolineato¹⁹⁴ che: in assenza di una normativa procedurale specifica e dettagliata, il procedimento davanti all'ABF deve necessariamente conformarsi ai principi del sistema processuale civile e che il principio della domanda e del contraddittorio sono la chiave di volta di questo sistema.¹⁹⁵

¹⁹⁰ V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisori dell'arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 15.

¹⁹¹ Vedi *supra* 2.1.1.

¹⁹² G. CONTE, *Arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 8

¹⁹³ Nei limiti imposti dalla forma documentale del procedimento *de quo*.

¹⁹⁴ Si veda in proposito ABF, Coll. Coord. 10929/2016; ABF, Coll. Coord. 8049/2019

¹⁹⁵ G. CONTE, *Arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 11; A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pag. 191.

Trovano applicazione anche regole analoghe a quelle della litispendenza e del *ne bis in idem* benché le determinazioni del Collegio non producano effetti vincolanti tra le parti¹⁹⁶: il fatto che la decisione non abbia forza cogente, né precluda alle parti la possibilità di avvalersi di ulteriori mezzi di tutela, non legittima la ripresentazione dello stesso ricorso con l'obiettivo di ottenere una revisione della decisione precedentemente emessa.¹⁹⁷

Inoltre, si richiamano le condizioni dell'azione nonché i presupposti processuali relativi al giudice e alle parti, ancorché il difetto di competenza è declinato in termini di inammissibilità e irricevibilità della domanda e il difetto di legittimazione, allorché si fa riferimento alla delimitazione soggettiva dei titolari dei rapporti giuridici oggetto di valutazione da parte dei Collegi, è impiegato in maniera non corretta. Ciò si deve al fatto che il requisito dell'appartenenza alla categoria dei clienti o degli intermediari delinea criteri di competenza in senso stretto, i quali non dovrebbero essere confusi con la legittimazione ad agire.¹⁹⁸

Il ricorso all'ABF è subordinato alla proposizione di un reclamo preventivo all'intermediario. Il cliente che non sia stato soddisfatto, o il cui reclamo non abbia avuto un responso entro il termine di 60 giorni dalla sua presentazione, è legittimato a inoltrare ricorso, prescindendo dall'assistenza di un difensore o di altri professionisti. Tuttavia, la proposizione del ricorso all'ABF è preclusa ove siano decorsi oltre 12 mesi dalla data di presentazione del reclamo all'intermediario; tale inosservanza temporale può essere eccepita anche *ex officio*. Nonostante ciò, permane l'opportunità di avanzare un nuovo ulteriore reclamo. È necessario che il ricorso presentato all'ABF riguardi la medesima questione sollevata nel reclamo.¹⁹⁹

Il procedimento è avviato su iniziativa del cliente²⁰⁰ con la presentazione del ricorso²⁰¹, il quale, deve essere trasmesso tempestivamente all'intermediario. Questi, entro il termine

¹⁹⁶ Come evidenziato da G. CONTE, *Arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 11, con ciò viene meno anche la necessità di integrare il contraddittorio *ex art.* 102 c.p.c.

¹⁹⁷ Come chiarito da ABF, Coll. Coord. 26525/2019.

¹⁹⁸ G. CONTE, *Arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 11-12

¹⁹⁹ *Disposizioni*, cit., Sez. VI, par. 1) Avvio del procedimento.

²⁰⁰ Il ricorso può essere presentato per conto del cliente anche da: il rappresentante legale, un soggetto munito di procura ovvero da un'associazione di categoria alla quale il cliente aderisca.

²⁰¹ Il ricorso deve essere redatto utilizzando il modulo pubblicato sul sito Internet dell'ABF e può essere presentato presso tutte le filiali della Banca d'Italia ovvero alla Segreteria tecnica del collegio competente.

perentorio di trenta giorni dalla ricezione, può trasmettere alla segreteria tecnica competente le proprie controdeduzioni unitamente a tutta la documentazione utile ai fini della valutazione del ricorso, ivi compresa quella relativa alla fase di reclamo.

La circostanza che è prerogativa esclusiva del cliente rivolgersi all'ABF incide significativamente sull'ampiezza del *thema decidendum* sottoposto all'organo giudicante. In questo contesto, emerge la considerazione per cui all'intermediario bancario è preclusa la possibilità di avanzare domande riconvenzionali: l'incapacità dell'intermediario di adire l'ABF limita, conseguentemente, la sua facoltà di ampliare, per via riconvenzionale, la portata della questione da sottoporre a tale organo.²⁰² Di conseguenza, l'ABF si limita a valutare la fondatezza della pretesa del ricorrente e le eccezioni in senso tecnico sollevate dall'intermediario, senza tuttavia avere la facoltà di pronunciarsi su distinte pretese avanzate dalla banca.²⁰³

In passato, il procedimento arbitrale si concludeva senza ulteriori sviluppi; ora è espressamente previsto che il cliente ha il diritto, entro un termine perentorio di venticinque giorni dal ricevimento delle controdeduzioni, di inoltrare una memoria di replica. Tale memoria, in conformità con le normative processuali civili, non deve espandere l'oggetto della domanda iniziale.

Successivamente, l'intermediario può a propria volta presentare una memoria di controreplica entro un termine perentorio di quindici giorni dall'avvenuto ricevimento delle repliche del ricorrente, con il vincolo di non introdurre nuove eccezioni processuali e di merito in relazione a fatti precedentemente illustrati nell'atto introduttivo e non contestati nelle controdeduzioni.

Il Collegio Arbitrale ha la facoltà di sollecitare l'integrazione della documentazione, seguendo i criteri delineati in una delibera del Collegio di Coordinamento del 2017, ma

²⁰² V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisori dell'arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 8.

²⁰³ In questo senso pare esprimersi anche G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le Società*, 2011, pag. 1220, laddove evidenzia che il provvedimento dell'ABF è “una decisione il cui contenuto ... non può mai andare al di là dell'oggetto della domanda dell'istante”.

escluderà dalla valutazione ogni documentazione trasmessa oltre i termini perentori stabiliti.²⁰⁴

A questo punto, poiché l'istruttoria è puramente documentale, il fascicolo è interamente formato e comprende: il ricorso, le controdeduzioni, le repliche e le controrepliche.

Da questo momento decorre il termine di novanta giorni per la comunicazione dell'esito della controversia.

Una delle novità delle citate Disposizioni del 2020 è la proposta che il Presidente del Collegio ha la facoltà di avanzare alle parti, al fine di comporre bonariamente la lite, nei casi in cui la questione oggetto di ricorso è caratterizzata da un consolidato orientamento dei Collegi che prevede l'accoglimento parziale della domanda. Questa disposizione colloca il cliente di fronte alla possibilità di optare per la modalità di tutela più vantaggiosa, tenuto conto degli orientamenti prevalenti presso l'ABF.²⁰⁵ In assenza di una risposta positiva alla proposta avanzata o di mancate comunicazioni da parte delle parti entro il termine stabilito, il procedimento prosegue davanti al Collegio per la decisione. Al contrario, l'adesione delle parti alla soluzione proposta dal Presidente conduce alla dichiarazione di cessazione della materia del contendere.²⁰⁶

L'introduzione del meccanismo della proposta da parte del Presidente costituisce un ponte tra la procedura dell'ABF e il procedimento di mediazione, entrambi prevedendo la formulazione di una proposta. Tuttavia, ciò non implica che il sistema ABF assuma la qualità di strumento per la composizione negoziale del conflitto²⁰⁷, in quanto la natura della procedura in esame rimane quella decisoria, volta all'accertamento di diritti e obblighi.²⁰⁸

²⁰⁴ ABF, Coll. Coord. 7716/2017. Potranno essere comunque valutati, anche se trasmessi oltre il termine, le comunicazioni e le dichiarazioni espressamente menzionate al par. 1, sez. VI. Si veda G. CONTE, *Arbitro bancario finanziario*, cit., pagg. 8-9.

²⁰⁵ A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pag. 193.

²⁰⁶ G. CONTE, *Arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 9.

²⁰⁷ A riprova di ciò, la proposta di conciliazione è prevista anche nel sistema giurisdizionale, specificatamente all'art. 185 *bis* c.p.c.

²⁰⁸ Ancora G. CONTE, *Arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 9-10.

2.1.6. *La decisione.*

La decisione della controversia è assunta sulla base della documentazione raccolta nella fase istruttoria, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca.²⁰⁹ L'ABF decide secondo diritto: si ritengono applicabili i principi di cui agli art. 113 e 114 del Codice di procedura civile²¹⁰ che limitano la possibilità di decidere secondo equità ai pochi casi espressamente previsti.²¹¹ Per altro verso l'ABF, essendo chiamato a dirimere questioni che presentano un elevato grado di specificità tecnica, situazione che per sua natura relega l'equità a un ruolo marginale, ne circoscrive di fatto l'ambito di applicazione.²¹² Inoltre, secondo alcuni autori²¹³, la decisione secondo diritto consente di “prevedere” quale sarebbe la decisione di un giudice investito della medesima controversia. In tal modo si ottiene di riflesso un maggiore grado di osservanza spontanea in capo alle parti: l'identificazione da parte dell'ABF della soluzione “giusta” per il caso specifico incentiva le parti ad attuarla, anticipando che qualsiasi ulteriore azione in giudizio si concluderebbe verosimilmente in linea con le determinazioni espresse dall'ABF.

La decisione sul ricorso è presa a maggioranza dei membri del collegio ed è motivata. È comunicata alle parti entro trenta giorni dalla pronuncia.

Le nuove Disposizioni prevedono che: l'accoglimento anche parziale del ricorso determina, in capo all'intermediario, l'obbligo di adempiere entro trenta giorni dal momento in cui è comunicata la decisione.

In caso di rigetto del ricorso, è fatto salvo il diritto del cliente di rivolgersi all'autorità giudiziaria. La facoltà di agire in giudizio spetta, invero, anche all'intermediario.

L'inottemperanza dell'intermediario rispetto al giudizio dell'ABF comporta l'attivazione di una sanzione reputazionale, effettuata per mezzo della pubblicazione del mancato

²⁰⁹ Così *Disposizioni*, cit., Sez. VI, par. 3) Decisione sul ricorso.

²¹⁰ Ad es., il giudice decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta (art. 114 c.p.c.).

²¹¹ A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pag. 196

²¹² G. LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 102.

²¹³ In proposito si veda V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisori dell'arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 11.

adempimento sul sito Internet dell'ABF. Tale misura punitiva di carattere reputazionale si fonda sulla base del consenso espresso dall'intermediario, mediante la sottoscrizione dell'atto di adesione al sistema ABF.²¹⁴²¹⁵

2.2 ACF: l'arbitrato presso la Consob.

2.2.1. Caratteri generali.

L'Arbitro per le Controversie Finanziarie, istituito dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (d'ora in avanti Consob) mediante la deliberazione numero 19602/2016²¹⁶ e successive modificazioni, rappresenta un meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie tra gli investitori *retail* e gli intermediari finanziari, per la violazione, da parte di questi ultimi, degli obblighi di diligenza, correttezza, trasparenza e informazione prescritti dalla normativa vigente in materia di prestazione di servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio.²¹⁷ Con l'introduzione dell'ACF, si è voluto istituire un meccanismo di risoluzione celere ed efficace, dotato di elevata competenza specialistica, in un ambito caratterizzato da significative disparità tra le parti coinvolte: da un lato, l'intermediario, figura professionale dotata di specifica esperienza nel settore dei mercati finanziari; dall'altro, l'investitore, privo di analoghe capacità tecniche e conoscenze.²¹⁸

²¹⁴ Adesione che, come si è visto, costituisce *conditio si ne qua non* per lo svolgimento dell'attività bancaria.

²¹⁵ G. LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 103-104

²¹⁶ La deliberazione istitutiva è anche detta "Regolamento ACF" e ne disciplina altresì il funzionamento.

²¹⁷ Obblighi previsti dall'art. 21 TUF. In proposito G. CAVALLARO, *Commentario al Testo Unico della Finanza*, Pisa, 2021, pagg. 128 ss., descrive tali obblighi non come vicende aggiuntive alla prestazione contrattuale ma come vicende ricadenti specificamente all'interno della doverosità contrattuale, facenti parte, dunque, della prestazione validamente resa. Si veda anche in proposito l'art. 36 Reg. Consob 20307 del 2018 (c.d. Regolamento intermediari), rubricato "Requisiti generali delle informazioni", per avere una visione ampliata sul tema.

²¹⁸ Sul punto A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pag. 200.

Nel contesto giuridico attuale, l'asimmetria informativa che caratterizza la relazione tra intermediari finanziari e investitori, sotto il profilo sostanziale, viene mitigata attraverso l'imposizione legislativa di obblighi di *disclosure* gravanti sull'intermediario, tali da porre l'investitore nelle condizioni di poter effettuare delle scelte economiche ponderate.

Dal punto di vista processuale, la soluzione a tale disuguaglianza informativa è individuata nell'istituzione di un organismo deputato a garantire l'adempimento effettivo dei principi di trasparenza e di informazione. L'introduzione dell'ACF promosso dalla Consob, inserito nell'esteso quadro di riforme che si sono susseguite a partire dalla Direttiva MIFID²¹⁹, è orientato verso la tutela dell'investitore²²⁰, evidenziata dalle specifiche caratteristiche di tale meccanismo. Il *favor* nei confronti dei ricorrenti, che, come si vedrà, possono essere solo gli investitori, è “limitato però esclusivamente alla ‘struttura’ del giudizio, essendo invece il merito delle controversie deciso sulla base di considerazioni si stretto diritto.”²²¹

L'ACF, analogamente all'ABF, è uno strumento di risoluzione alternativa delle controversie, le cui decisioni, pur non essendo vincolanti tra le parti, costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Infatti, trova anche in questo caso²²² applicazione il co.3 dell'articolo 5 del d.lgs. 28/2010, ove è previsto, in alternativa

²¹⁹ Direttiva UE 39/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio. Questo testo normativo, tra le altre cose, prevedeva specifiche misure volte a tutelare gli interessi collettivi dei consumatori nel settore finanziario.

²²⁰ V. SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, in *Rivista Judicium*, 29 giugno 2012, pag. 2, afferma che “Il fine principale del regolatore, nell'istituire l'arbitrato Consob, è quello di proteggere l'investitore nei confronti degli intermediari finanziari.”

²²¹ Così Trib. di Roma, XVI Sez. Civ., 8 marzo 2022, n. 3654. La sentenza è importante perché chiarisce la natura dell'ACF in termini sostanzialmente analoghi a quanto visto per l'ABF. Il Tribunale adito per un'opposizione a decreto ingiuntivo, emesso sulla base di una decisione resa dall'ACF, si è pronunciato sulla domanda di revoca del decreto passando in rassegna i vari orientamenti dottrinali susseguitisi sul tema e tenendo anche conto della citata sentenza della Corte Cost. (Vedi *supra* 2.1.4). Il Tribunale ha concluso che l'ACF (ma lo stesso vale per l'ABF) ha caratteristiche che lo rendono “unico” rispetto ai tradizionali sistemi di ADR e alla luce di queste considerazioni ha concluso escludendo la vincolatività delle decisioni dell'organo, non potendo né assumere autorità di cosa giudicata e nemmeno costituire titolo esecutivo su cui fondare il recupero di un credito. Per una visione integrale della sentenza, si rinvia al link: https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embdedd/Documenti/2022/04/05/Sentenza%20copia%202.pdf.

²²² Vedi *supra* 2.1.1.

all'esperimento della mediazione obbligatoria, il ricorso al procedimento di cui all'articolo 32 *ter*²²³ del d.lgs. 58/1998 ("Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria", d'ora in avanti TUF).

Le ADR, come si è detto in proposito dell'ABF²²⁴, sono state introdotte in ambito finanziario mediante l'art. 27 della legge 262/2005. Tale disposizione normativa delegava all'esecutivo l'emissione di un decreto legislativo specifico allo scopo di istituire meccanismi arbitrali e conciliativi destinati alla risoluzione di controversie emerse tra risparmiatori o investitori non professionali e banche o altri intermedi finanziari, riguardanti l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nelle relazioni contrattuali con i clienti. Nel 2007, l'ambito di applicazione di tali procedimenti è stato ampliato per includere le controversie sorte tra investitori e soggetti abilitati concernenti la fornitura di servizi di investimento, servizi accessori, e la gestione collettiva del risparmio.

La delega è stata esercitata per mezzo del d.lgs. 164/2007, con il quale al TUF è stato aggiunto il capo IV *bis* del Titolo II della Parte II, rubricato "Tutela degli investitori" e contenente gli artt. 32 *bis* (Tutela degli interessi collettivi degli investitori) e 32 *ter* (Risoluzione stragiudiziale di controversie).

Questi meccanismi sono stati dettagliatamente disciplinati dal successivo decreto legislativo 179/2007, che prevede l'istituzione di procedure di conciliazione e arbitrato, nonché di un sistema di indennizzo e un fondo di garanzia per risparmiatori e investitori, con la creazione presso la Consob della Camera di Conciliazione e Arbitrato.

Sull'impulso dell'Unione Europea, in attuazione della Direttiva UE 11/2013²²⁵, il legislatore italiano ha nuovamente riformato le procedure in questione nel 2015, modificandole in maniera significativa e introducendo l'obbligatorietà, per i soggetti sottoposti alla vigilanza della Consob, di partecipare ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie insorte con investitori non professionali.²²⁶

²²³ L'articolo in esame, rubricato "Risoluzione stragiudiziale delle controversie", è inserito nel Titolo II, Capo IV *bis* del TUF, dedicato alla tutela degli investitori e costituisce la base giuridica dell'ACF.

²²⁴ Vedi *supra* 2.1.1

²²⁵ "Direttiva sull'ADR per i consumatori", di cui si è detto anche *supra* in tema di ABF.

²²⁶ La mancata adesione all'ACF comporta l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 190 co. 1; 187 *quinqüesdecies* co. 1 *bis* TUF

Mediante la delibera Consob 19602/2016 (d'ora in avanti Reg. ACF), è stato istituito l'ACF e adottata la sua regolamentazione.

Dal complesso normativo descritto, caratterizzato da una struttura non del tutto lineare e trasparente, emergeva la contemporanea presenza della Camera di Conciliazione e Arbitrato e dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie.

Il legislatore, avvedutosi dell'inefficienza e della superfluità di tale duplicazione, ha saggiamente proceduto, con l'art. 1 co. 47 della legge 208/2015, all'abrogazione delle norme del suddetto d.lgs. 179/2007 che istituivano la CCA.²²⁷

La composizione e le qualifiche dei componenti del collegio arbitrale sono dettagliatamente descritte all'art. 5 del Reg. ACF. Il collegio è composto da un presidente e quattro membri, selezionati in base alla loro specifica e comprovata competenza ed esperienza, nonché per la loro indiscussa indipendenza e integrità morale. È altresì prevista la figura di uno o più membri supplenti, i quali hanno il compito di sostituire i membri titolari qualora se ne presenti la necessità.

L'art. 5 co. 1 del medesimo Regolamento stabilisce che la nomina dei membri del collegio spetta alla Consob, tuttavia, il co. 4 dello stesso articolo chiarisce che compete alla Commissione la nomina del Presidente e di due membri del collegio, mentre gli altri due membri sono designati diversamente: uno su proposta congiunta delle associazioni di categoria degli intermediari finanziari più rappresentative a livello nazionale e l'altro dal Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti, garantendo così un equilibrio nella rappresentanza degli interessi coinvolti.²²⁸

Il Presidente resta in carica per cinque anni, gli altri membri per tre anni con possibilità di rinnovo per una sola volta. A tutela della indipendenza del collegio è prevista l'inaffidabilità dei membri, salvo sussista giusta causa di revoca. In quest'ultimo caso

²²⁷ Sull'evoluzione normativa si veda G. PERCOCO, *Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB all'Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Rivista dell'arbitrato*, Fascicolo 1, 2017, pagg.191 ss.

²²⁸ La composizione del collegio riflette l'impostazione vista per i collegi ABF (vedi *supra* 2.1.1). È previsto che in caso di inerzia nella nomina dei componenti che non devono essere designati dalla Consob, quest'ultima intima formalmente l'adempimento entro 60 giorni (ai sensi dell'art. 5 co.5 Reg. ACF). Se i soggetti preposti alla nomina non adempiono, la Commissione nomina provvisoriamente il membro mancante. G. PERCOCO, *Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB all'Arbitro per le controversie finanziarie*, cit., pag. 198.

provvederà la Consob con provvedimento motivato e previa audizione del componente che si intende revocare.

La questione dell'indipendenza e dell'autonomia riveste un'importanza cruciale nell'ambito dell'ACF, in quanto, a differenza della precedente Camera di Conciliazione e Arbitrato, tale organismo è investito del potere di esaminare e risolvere direttamente le dispute tra investitori e intermediari finanziari, assumendo, pertanto, una funzione decisoria. Di conseguenza, per precludere ogni potenziale sovrapposizione o conflitto di interessi tra l'autorità di vigilanza (la Consob) e l'autorità decidente (l'ACF), si rende imperativa l'assicurazione di un livello massimo di indipendenza per i membri del collegio. Questo aspetto assume particolare rilevanza considerando che l'ACF è preposto, tra le altre funzioni, alla valutazione della condotta degli intermediari in termini di adesione e conformità alle normative regolamentari imposte dalla CONSOB. In tale contesto, oltre all'autonomia di giudizio, si avvertirebbe la necessità di una distinta autonomia funzionale, che prescindendo dall'incorporazione dell'organismo all'interno della struttura della CONSOB, al fine di salvaguardare la sua indipendenza e imparzialità decisionale.²²⁹

2.2.2. *Ambito di operatività.*

L'ACF è competente a dirimere le controversie intercorrenti tra investitori e intermediari finanziari concernenti la mancata osservanza, da parte di questi ultimi, degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza imposti nei riguardi degli investitori nell'ambito dell'esercizio delle attività regolate dalla parte II del TUF. Tale competenza si estende altresì alla violazione degli obblighi delineati negli articoli 13 e 14 del Reg. UE 1286/2014²³⁰, nonché delle disposizioni attuative correlate²³¹, incluse le controversie di

²²⁹ In questo senso G. PERCOCO, *Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB all'Arbitro per le controversie finanziarie*, cit., pag. 199.

²³⁰ Il c.d. "Regolamento PRIIPS", il quale è volto all'armonizzazione della normativa in materia di informazioni relative ai prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati (i c.d. *packaged retail and insurance based investment products* o PRIIPS).

²³¹ Questa parte dell'art. 4 del Reg. ABF è stata introdotta con delibera 21867/2021

natura transfrontaliera e quelle rientranti nell'ambito di applicazione del Reg. UE 524/2013²³².²³³ La competenza dell'ACF non è esclusiva, infatti le parti possono scegliere in alternativa di utilizzare altri mezzi di ADR, ad esempio inserendo nel contratto di intermediazione finanziaria una clausola compromissoria per devolvere la controversia a un arbitro di diritto comune.²³⁴ Tuttavia, in conformità alla finalità dell'ACF, quale strumento di protezione per la parte contrattualmente più debole, è previsto che il diritto attribuito all'investitore di appellarsi all'ACF non può formare oggetto di rinuncia ed è esercitabile indipendentemente dall'esistenza di eventuali clausole contrattuali che prevedano l'assegnazione delle controversie a differenti organismi di risoluzione extragiudiziale. È inoltre prescritto che l'investitore venga adeguatamente informato riguardo a questa prerogativa dall'intermediario, anche mediante la comunicazione attraverso i documenti contrattuali e il proprio sito internet.²³⁵

Il ricorso all'ACF può essere proposto solo dagli investitori²³⁶, per tali intendendosi, ai sensi dell'art. 2 del Reg.: “gli investitori diversi dalle controparti qualificate di cui all'art. 6 co. 2 *quater*, lett. d) e dai clienti professionali di cui ai successivi commi 2 *quinquies* e 2 *sexies*, del TUF”; personalmente o per il tramite di procuratore ovvero di un'associazione rappresentativa degli interessi dei consumatori.

I legittimati passivi sono gli “intermediari” e cioè i soggetti nei cui confronti la Consob esercita la propria attività di vigilanza²³⁷ e comprendono: i soggetti descritti dall'art. 1

²³² Il Regolamento europeo sulle Online Dispute Resolution (ODR), riguarda le procedure destinate alla risoluzione stragiudiziale delle controversie inerenti contratti di beni e servizi stipulati online.

²³³ Cfr. Art. 4 Reg. ABF, rubricato “Ambito di operatività dell'Arbitro.

²³⁴ Si veda in proposito A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pag. 203.

²³⁵ Art.3 co.4 Reg. ACF

²³⁶ La categoria degli “investitori” identifica i clienti al dettaglio che sono, per esclusione, tutti i clienti non qualificabili come “clienti professionali” o “controparti qualificate” (come definiti dall'art. 2, co. 1, lett. g) TUF). La figura dell'investitore *retail*, così individuata, può essere assimilata a quella di “consumatore” di cui all'art. 3 co.1, lett. a) del Codice del Consumo, differenziandosi per il fatto che sono qualificabili come investitori al dettaglio anche i professionisti e piccole imprese, che non rientrano invece nella categoria di “consumatore”. Così G. CAVALLARO, *Commentario al Testo Unico della Finanza*, cit., pag. 189.

²³⁷ G. PERCOCO, *Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB all'Arbitro per le controversie finanziarie*, cit., pag. 199.

co.1, lett. r) del TUF²³⁸, “anche con riferimento all’attività svolta per loro conto da parte dei consulenti finanziari abilitati all’offerta fuori sede di cui all’art. 31 TUF”; la società Poste Italiane; i consulenti finanziari autonomi e le società di consulenza finanziaria di cui agli artt. 18 *bis* e 18 *ter* del TUF; i gestori di portali per la raccolta di capitali per le piccole e medie imprese e per le imprese locali di cui all’art. 50 *quinquies* del TUF; i soggetti abilitati alla distribuzione assicurativa di cui all’art. 1 co. 1, lett. w) *bis* del TUF, limitatamente alla distribuzione di prodotti d’investimento assicurativi.²³⁹

Un limite alla competenza per valore è posto dall’art. 4 Reg ACF, il quale statuisce che non rientrano nell’ambito di operatività dell’organismo in esame le controversie che implicano la richiesta di somme di denaro comunque superiori a 500.000 euro.²⁴⁰²⁴¹

Con la delibera Consob 21867/2021 è stato introdotto il co. 3 *bis* dell’art. 4 che prevede un limite temporale alla proponibilità dei ricorsi: devono ora riguardare controversie relative a operazioni o comportamenti posti in essere entro il decimo anno precedente alla data di proposizione del ricorso.²⁴²

²³⁸ I "soggetti abilitati" ex art. 1, co.1, lett. r), TUF sono: le Sim, le imprese di investimento UE con succursale in Italia, le imprese di paesi terzi autorizzate in Italia, le Sgr, le società di gestione UE con succursale in Italia, le Sicav, le Sicaf, i GEFIA UE con succursale in Italia, i GEFIA non UE autorizzati in Italia, i GEFIA non UE autorizzati in uno Stato dell'UE diverso dall'Italia con succursale in Italia, nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del TUB, le banche italiane e le banche UE con succursale in Italia autorizzate all'esercizio dei servizi o delle attività di investimento.

²³⁹ Art. 2 Reg. ACF rubricato “Definizioni”.

²⁴⁰ Competenza per valore nettamente superiore a quella prevista per l’ABF, che si ricorda essere fino a 200.000 euro.

²⁴¹ Si veda in proposito G. LIACE, *L’arbitro bancario finanziario*, cit., pag. 11-12, il quale esprime una critica verso la limitazione imposta alla competenza per valore dell’ACF. Egli sostiene che tale procedura, assolvendo alla funzione di condizione di procedibilità della domanda giudiziale, dovrebbe giovare della stessa soluzione adottata per la mediazione, la quale non prevede l’indicazione di un tetto massimo per il valore della causa. Nel discorso l’autore equipara sotto questo aspetto l’ACF e l’ABF. Inoltre, sotto un altro aspetto, egli evidenzia che la locuzione “controversie che implicano”, utilizzata nell’art. 4, “parrebbe schiudere le porte a declinatorie di competenza per valore, anche a fronte di domande di mero accertamento o costitutive, e così prive di *petita* condannatori, ogni qual volta consti che il diritto o la parte del rapporto in contestazione abbia comunque un valore superiore alla soglia” [il testo di G. LIACE riprendendo la citazione di M. STELLA, *Lineamenti degli arbitri bancari e finanziari*, Padova, 2016, pag. 400].

²⁴² Prima di tale delibera non era prevista alcuna delimitazione temporale, il che costituiva una differenza rispetto all’ABF.

2.2.3. Il procedimento.

L'investitore può proporre il ricorso solo dopo aver proposto un reclamo²⁴³ all'intermediario, e a condizione che non siano già state avviate altre procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Il procedimento previsto dal Reg. ACF, e successive modificazioni (da ultimo con delibera 21867/2021), è interamente documentale e prevede vari espedienti funzionali alla semplificazione delle regole processuali, allo scopo di rendere lo strumento maggiormente appetibile.²⁴⁴

Per la proposizione del ricorso, l'investitore deve avvalersi obbligatoriamente²⁴⁵ dei moduli al tal fine predisposti, reperibili presso il sito internet dell'ACF. In tal modo si è inteso realizzare una standardizzazione dei ricorsi idonea a favorire l'efficienza e l'economicità del procedimento.

Vale quanto visto in tema di ABF²⁴⁶ per lo svolgimento della fase istruttoria: la segreteria tecnica trasmette il ricorso all'intermediario per consentirgli di presentare le proprie deduzioni, corredate della documentazione probatoria che vorrà presentare, entro trenta giorni dalla ricezione. In seguito a ciò il ricorrente potrà presentare memorie di replica e l'intermediario di controreplica.

Nel contesto normativo delineato dal Regolamento citato, si statuisce con chiarezza che l'onere della prova relativo all'adempimento degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza gravanti ricade sull'intermediario.²⁴⁷ Tale disposizione, coerente con il principio generale della vicinanza della prova, facilita notevolmente la posizione processuale del ricorrente investitore, il quale gode non soltanto del diritto esclusivo di azione ma anche di un quadro probatorio predisposto a suo favore.

²⁴³ Per il reclamo vale quanto detto in tema di ABF (vedi *supra* 2.1.5).

²⁴⁴ A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pag. 214, evidenzia in proposito la nomina, ove possibile, di un solo arbitro; la scelta di una sede attigua al domicilio del ricorrente, quando l'arbitrato non ha sede presso la Camera ecc.

²⁴⁵ Art. 11 co.1 Reg. ABF: "Non sono presi in considerazione ricorsi, compresa la documentazione ad essi pertinente, trasmessi attraverso altre forme".

²⁴⁶ Vedi *supra* 2.1.5.

²⁴⁷ Art. 15 co.2 Reg. ACF.

Si argomenta²⁴⁸ che tali prescrizioni, nel loro insieme, mirano a ristabilire un equilibrio nelle relazioni asimmetriche tra le parti coinvolte, con la conseguenza che l'intermediario è chiamato non solo a rispondere all'azione promossa dall'investitore ma altresì a fornire una difesa efficace e concreta delle proprie condotte nell'ambito della relazione contrattuale instaurata con il cliente.

2.2.4. *La decisione.*

Il collegio giudicante determina l'esito del procedimento emettendo una decisione motivata, la quale viene formulata attraverso l'applicazione delle norme giuridiche che disciplinano la materia e tenendo altresì conto degli atti di carattere generale promulgati dalla Consob e dall'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati (AESFEM o ESMA) ovvero da altre Autorità di vigilanza sia nazionali che europee. Si tiene conto, inoltre, delle linee guida elaborate dalle associazioni di categoria validate dalla Consob, nonché dei codici di condotta adottati dalle associazioni di categoria a cui l'intermediario risulta essere aderente.²⁴⁹

L'esito della controversia è comunicato alle parti entro novanta giorni dal completamento del fascicolo. Qualora l'esito sia comunicato mediante l'invio del solo dispositivo, la decisione corredata della motivazione è trasmessa alle parti entro i successivi trenta giorni.²⁵⁰

La decisione di accoglimento del ricorso, totale o parziale, contiene l'indicazione del termine entro il quale l'intermediario deve provvedere alla sua esecuzione. In caso di mancanza dell'indicazione del termine, l'intermediario deve conformarsi alla decisione

²⁴⁸ Si veda in proposito A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pag. 216.

²⁴⁹ Art. 15 co.1 Reg. ACF.

²⁵⁰ Art. 14 co.1 Reg. ACF così come modificato con la Delibera 21867 del 26 maggio 2021, la quale ha specificato con maggiore chiarezza la fase conclusiva del procedimento. Il comma sostituito recitava: "Il collegio pronuncia la decisione nel termine di novanta giorni dal completamento del fascicolo ai sensi dell'art. 11 co.7".

entro trenta giorni decorrenti dalla ricezione del dispositivo corredato della motivazione.²⁵¹

Gli intermediari tendono generalmente ad adeguarsi alle decisioni²⁵², ancorché non siano direttamente vincolanti, per evitare le conseguenze reputazionali che il mancato adempimento comporta.²⁵³ Le sanzioni, infatti, possono includere l'attivazione di pubblicità negativa sul sito dell'ACF di durata quinquennale, oltre alla pubblicazione di appositi avvisi a mezzo stampa, a spese dell'intermediario inadempiente, nonché sulla pagina iniziale del suo sito web.²⁵⁴

L'Art. 15 co. 3 *bis* prevede che la decisione non può essere oggetto di riesame da parte del collegio.

2.2.5. Il fondo per la tutela stragiudiziale.

Con la Delibera Consob 19530/2016 è stato istituito il fondo per la tutela stragiudiziale. L'obiettivo del fondo è garantire, in primo luogo, agli investitori l'accesso gratuito all'ACF e in secondo luogo, con le risorse eventualmente eccedenti, l'adozione di ulteriori misure a beneficio degli investitori, ad esempio per quanto riguarda l'educazione finanziaria. La previsione di "ulteriori misure" a favore degli investitori attribuisce alla Consob una certa elasticità nell'allocazione delle risorse residuali del fondo. Questa prerogativa è stata introdotta con il d.lgs. 129/2017 di attuazione della Direttiva MiFID II, che ha provveduto a trasferire con i dovuti aggiustamenti le pertinenti disposizioni contenute nel d.lgs. 179/2007, nello specifico l'art. 8 che prevedeva: un "fondo di garanzia per i risparmiatori" allo scopo di indennizzarli in caso di danni patrimoniali subiti a causa della violazione accertata, delle norme che disciplinano le attività di cui alla parte II del TUF, da parte degli intermediari. Il quadro delineato parrebbe implicare che,

²⁵¹ Art 15 co. 3 Reg. ACF.

²⁵² Dalla relazione dell'ACF risulta che l'adesione volontaria si attesta a circa il 97% dei casi.

D. SICLARI, *La tutela stragiudiziale in ambito bancario, finanziario e assicurativo: problemi e prospettive*, in *Rivista trimestrale di Diritto dell'Economia*, Vol. 4, 2022.

²⁵³ G. CAVALLARO, *Commentario al Testo Unico della Finanza*, cit., pag. 190.

²⁵⁴ Art. 16 co. 3 Reg. ACF.

nell'ambito delle "ulteriori misure a tutela degli investitori", si possa includere la possibilità di erogare indennizzi analogamente a quanto previsto dal "fondo di garanzia per i risparmiatori" precedentemente istituito.²⁵⁵

2.3 Effettività della tutela e risultati raggiunti.

Questi due istituti, come si è potuto osservare, rivestono un ruolo di importanza sempre crescente rappresentando ormai uno dei “pilastri” delle tutele in ambito bancario e finanziario. Tali “pilastri” includono, oltre alle ADR, l'attività di vigilanza sugli intermediari, la quale assicura la conformità alle normative vigenti e alle *best practice* attraverso ispezioni sul campo e controlli a distanza (*enforcement* pubblico), e la gestione delle segnalazioni dei consumatori (*enforcement* privato), che fornisce preziose informazioni sulle problematiche riscontrate e, spesso, consente la risoluzione di casi specifici. Un ulteriore elemento è rappresentato dall'educazione finanziaria, essenziale per un'efficace protezione dei consumatori. L'effettiva tutela dei clienti è garantita dalla combinazione di questi strumenti e dalle sinergie che si creano tra le diverse attività, con le ADR che integrano e rafforzano il sistema di protezione.²⁵⁶

In data 19 marzo 2020, la Banca d'Italia e la Consob hanno formalizzato un accordo mediante la sottoscrizione di un Protocollo d'Intesa, il cui scopo primario è quello di delineare le modalità di collaborazione tra l'Arbitro Bancario Finanziario e l'Arbitro per le Controversie Finanziarie. Tale accordo, finalizzato a rafforzare la tutela dei consumatori nel settore finanziario, prevede l'implementazione di strategie congiunte per il coordinamento e lo scambio di informazioni tra i due organismi. Il Protocollo stabilisce altresì un quadro di collaborazione nel rispetto della piena autonomia dei rispettivi Collegi, incentrato su tematiche di reciproco interesse, nonché su iniziative volte alla divulgazione informativa al pubblico e alla promozione dell'educazione finanziaria,

²⁵⁵ G. CAVALLARO, *Commentario al Testo Unico della Finanza*, cit., pag. 192.

²⁵⁶ M. BIANCO, *L'arbitrato Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita, Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Quaderni giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, pag. 42.

assicurando così una protezione più incisiva ed efficace per gli utenti dei servizi finanziari.

Il 19 novembre 2021 si è svolta la prima edizione del Forum congiunto tra l'ACF e l'ABF, in attuazione del Protocollo d'intesa. Tale incontro ha avuto per oggetto il dibattito sulle controversie relative al deposito titoli in amministrazione.

Successivamente, il 19 settembre 2022, si è tenuta la seconda edizione di tale Forum. Questa sessione ha focalizzato l'attenzione sulle dispute legate agli strumenti finanziari collegati a operazioni di finanziamento, quali i prestiti erogati per l'acquisto di strumenti finanziari, al fine di scongiurare l'emergere di divergenze interpretative o ambiguità nella definizione delle aree di competenza tra le due entità.

Il 24 maggio 2023 ha avuto luogo la terza edizione del Forum tra ACF e ABF, in linea con gli obiettivi del Protocollo di intesa tra la Banca d'Italia e la CONSOB. L'agenda di questo incontro si è concentrata sulle controversie relative alla gestione delle pratiche successorie aventi ad oggetto strumenti finanziari e sulla responsabilità degli intermediari per i danni inflitti ai clienti dai promotori finanziari.

Questi incontri rappresentano un concreto esempio di come la collaborazione strutturata tra ACF e ABF faciliti un dialogo costruttivo e l'individuazione di soluzioni condivise alle problematiche emergenti nel settore finanziario, rafforzando il sistema di tutela a favore dei clienti e degli investitori al dettaglio.²⁵⁷

2.3.1. Risultati raggiunti

Esaminando i risultati raggiunti dall'ABF e dall'ACF, emerge un quadro chiarificatore dell'importanza e dell'impatto delle loro attività.²⁵⁸

²⁵⁷ Per approfondimenti si veda il link: <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/arbitro-controversie-finanziarie/index.html>.

²⁵⁸ I dati forniti sono contenuti rispettivamente nella Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, relativa all'anno 2022, disponibile al link: <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/relazione-annuale/index.html> e nella Relazione dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie, relativa all'anno 2022, disponibile al link: <https://www.acf.consob.it/pubblicazioni/relazioni-annuali>.

L'ABF, istituto indipendente operante sotto l'egida della Banca d'Italia, si è affermato come lo strumento principale per la risoluzione stragiudiziale delle controversie tra clienti e banche. Nel 2022, l'ABF ha ricevuto 15.475 ricorsi, con un esito positivo in circa il 34% dei casi, equivalente a più di 5.000 ricorsi. Questo ha portato al riconoscimento di rimborsi per un totale di 19,6 milioni di euro, di cui 17,3 milioni già restituiti alla clientela. Nel 18% dei casi è intervenuta la dichiarazione di cessazione della materia del contendere per accordo intervenuto tra le parti.²⁵⁹ Il tasso di successo e l'importo dei rimborsi erogati sottolineano l'efficacia dell'ABF come meccanismo di tutela per il contraente debole, offrendo una via alternativa ed efficiente al contenzioso giudiziale.

L'ACF, d'altra parte, concentra la sua attività sulle controversie specificamente finanziarie, non coperte dall'ABF. L'efficacia dell'ACF, simile a quella dell'ABF, si basa sul principio di fornire agli investitori *retail* un accesso semplificato e meno oneroso (anzi gratuito) rispetto alla giustizia ordinaria, consentendo la risoluzione di dispute in maniera rapida e con minori costi²⁶⁰ rispetto al tradizionale processo giudiziario.

Nell'ultima relazione disponibile, relativa anche in questo caso all'anno 2022, si segnala che l'ACF ha ricevuto 1.116 ricorsi, di cui ne sono stati accolti il 57%, per un totale di circa 19 milioni di euro di risarcimenti riconosciuti.

La sinergia tra ABF e ACF amplifica la rete di protezione per consumatori e investitori, assicurando che essi abbiano a disposizione strumenti efficaci per la tutela dei loro diritti. La presenza di queste istituzioni contribuisce significativamente al riequilibrio delle dinamiche di potere tra consumatori e istituti finanziari, promuovendo la trasparenza, la correttezza e la fiducia nel sistema finanziario.

Tali strumenti di tutela si rivelano particolarmente efficaci rispetto al giudizio ordinario per il costo nettamente inferiore a quello necessario per affrontare un giudizio ordinario,

²⁵⁹ Si veda *supra* 2.1.5 sulla conclusione del procedimento per conciliazione avvenuta in seguito alla proposta del Presidente del collegio.

²⁶⁰ La proposizione del ricorso all'ACF è gratuita, eventuali costi accessori possono derivare dalla presentazione del ricorso mediante un avvocato o mediante un'associazione dei consumatori. Peraltro, si rileva che nel 2021 l'83% dei ricorrenti si è avvalso dell'ausilio di un avvocato, nonostante sia possibile proporre il ricorso personalmente. Solo una minima parte si è rivolta alle associazioni dei consumatori. Nello stesso anno la percentuale di accoglimento dei ricorsi è stata del 69%. M. FERRARI, *Record di risarcimenti per i risparmiatori e assistenza dell'avvocato: la relazione dell'ACF*, in www.altalex.com, 15 aprile 2022.

per la celerità della procedura (in media 120 giorni davanti all'ABF, al netto delle sospensioni, 140 al lordo) e per l'alto grado di specializzazione degli organi decisionali, tale da consentire la risoluzione delle dispute con un approccio strettamente analitico.²⁶¹ In conclusione, i risultati raggiunti dall'ABF e dall'ACF dimostrano la loro importanza cruciale come meccanismi di tutela per i consumatori nel settore bancario e finanziario. Attraverso la loro attività, contribuiscono efficacemente a rafforzare la fiducia nel sistema finanziario, offrendo ai consumatori strumenti accessibili ed efficienti per la risoluzione delle controversie, senza pregiudicare l'accesso alla giustizia ordinaria in caso di insoddisfazione.

²⁶¹ I collegi sono composti da docenti di diritto privato, commerciale, bancario, ex-magistrati e docenti di diritto processuale, docenti di economia politica e aziendale, avvocati e commercialisti con comprovata esperienza specifica nelle materie oggetto dei ricorsi. M. BIANCO, *L'arbitrato Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita*, cit., pag. 44.

CAPITOLO 3

LA DIGITALIZZAZIONE DELLE ADR E L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE.

SOMMARIO: 3.1. Il diritto processuale civile e la digitalizzazione. – 3.1.1. Il diritto e l'informatica. – 3.1.2. Il processo civile telematico (cenni). – 3.2. Da Alternative Dispute Resolution a Online Dispute Resolution. – 3.2.1. Introduzione. – 3.2.2. Le ODR di prima generazione. – 3.2.3. Le ODR di seconda generazione. – 3.2.4. L'istituzionalizzazione: le c.d. ODR “in Courts”. – 3.3. La giustizia predittiva. – 3.3.1. La predittività algoritmica della decisione. – La transizione digitale nell'ABF e ACF.

3.1 Il diritto processuale civile e la digitalizzazione

3.1.1. *Il diritto e l'informatica.*

In epoca contemporanea, la digitalizzazione sta trasformando radicalmente ogni aspetto della vita sociale, economica e professionale, influenzando profondamente anche il settore giuridico.

In verità, gli studi sull'interazione tra la tecnologia e il diritto iniziano negli Stati Uniti già nel secondo dopoguerra: si cominciano ad indagare i possibili impieghi alternativi degli strumenti informatici²⁶² sviluppati fino ad allora prevalentemente, se non esclusivamente, per scopi bellici.

²⁶² Nasce in quel contesto un florido dibattito tra diversi studiosi, volto ad indagare e comprendere quale ruolo avrebbe avuto la scienza in tempo di pace. Tra questi spicca Vannevar Bush, allora direttore dell'*Office of Scientific Research and Development* (l'organismo che all'epoca controlla il Progetto Manhattan) che nel 1945 pubblica un articolo dal titolo “*As We May Think*” (trad. lett. “Come potremmo pensare”) chiedendosi come avrebbe potuto la tecnologia contribuire al benessere dell'umanità. Egli preoccupato del fatto che il moltiplicarsi delle ricerche scientifiche, diventate sempre più specialistiche,

Partendo dai primi studi di N. Wiener, sull'applicazione dei principi della cibernetica²⁶³ al diritto, e da quelli di L. Loevinger, fondatore della giurimetria²⁶⁴, si giunge a sviluppare sistemi di ausilio all'attività degli operatori giuridici, che arrivano anche in Italia sul finire degli anni Sessanta, con lo sviluppo del CED²⁶⁵ della Corte di Cassazione e della sua banca dati Italgire Find²⁶⁶.

avrebbe potuto mettere a rischio l'interdisciplinarietà e il dialogo tra gli scienziati, pensa ad uno strumento idoneo alla raccolta e catalogazione dei testi scientifici: il *Memex*. Lo strumento, poi mai realizzato, consiste in un sistema elettromeccanico dotato di un meccanismo di archiviazione molto avanzato, tale da poter essere considerato oggi l'antesignano dell'ipertesto. G. CIACCI, G. BUONOMO, *Profili di informatica giuridica*, II ed., Milano, 2021, pagg. 3 ss.

²⁶³ La cibernetica è la disciplina che esamina i processi di comunicazione e controllo sia negli esseri viventi che nelle macchine. Basandosi sull'idea che esista una fondamentale similitudine tra i sistemi di regolazione biologici e quelli meccanici, e che tali sistemi siano guidati dalla comunicazione e dall'elaborazione delle informazioni, la cibernetica mira a due obiettivi principali. Da una parte, si concentra sullo sviluppo di macchine altamente automatizzate capaci di assumere ruoli di supervisione e gestione tradizionalmente affidati agli esseri umani. Dall'altra, utilizza queste stesse tecnologie avanzate per analizzare specifiche funzioni fisiologiche e cognitive, creando un ponte tra la tecnologia e le scienze naturali. Dalla definizione reperibile su www.treccani.it.

²⁶⁴ La giurimetria studia per l'appunto i possibili utilizzi degli elaboratori elettronici nelle discipline giuridiche.

²⁶⁵ Nel 1970 viene istituito il Centro elettronico di documentazione presso la Corte di Cassazione, per risolvere un problema pratico: la necessità di gestire e razionalizzare l'attività documentale che a metà degli anni Sessanta aveva raggiunto la cifra record di 300.000 massime. Senza un sistema di archiviazione fruibile la funzione nomofilattica della S.C. sarebbe stata menomata dalla difficoltà per gli operatori giuridici di consultare le decisioni e gli orientamenti della stessa corte.

²⁶⁶ Nel 1972, grazie all'attività del gruppo di lavoro istituito a tal fine presso la S.C., tra i cui membri figura R. Borruso, viene inaugurata la banca dati Italgire find (oggi Italgire web) che permette agli operatori del diritto di ricercare la giurisprudenza, la legislazione e la dottrina, e ottenere così il "dato giuridico globale", in maniera decisamente più agevole rispetto al passato. G. CIACCI, G. BUONOMO, *Profili di informatica giuridica*, cit., pagg. 128 ss.

La svolta avviene con lo sviluppo dei personal computer e della telematica²⁶⁷ prima, di Internet e del *World Wide Web* poi²⁶⁸. In questo contesto l'utilizzo dei *computer* e di Internet cresce esponenzialmente ed entra prepotentemente negli uffici dei tribunali e negli studi legali nonché, a poco a poco, nelle case e poi nelle tasche di ciascuno di noi²⁶⁹. Con la diffusione della tecnologia cresce in parallelo il problema di regolamentazione dei suoi molteplici utilizzi. In ambito processualcivilistico si ragiona sul valore da attribuire a un documento informatico, sul peso di una *chat* in sede probatoria, sulla volontà effettiva in un contratto stipulato *on line*, e via dicendo.

Frequentemente, l'operato del legislatore si è manifestato in disarmonia temporale con l'accelerazione dell'innovazione tecnologica, procedendo alla normazione di materie già oggetto di un nuovo "aggiornamento 2.0". Le Corti hanno svolto un ruolo di primo piano, intervenendo spesso su problematiche giuridiche prive di precedenti e di specifico riferimento normativo. In tale contesto lacunoso le decisioni giurisprudenziali hanno orientato le scelte normative, spesso elaborate da un legislatore non pienamente versato nelle materie tecnologiche in questione. Un impulso significativo alla regolamentazione di tali ambiti è stato fornito anche dall'Unione Europea, che si è mossa con l'intento di colmare le lacune normative e di armonizzare la risposta giuridica agli sviluppi tecnologici.

²⁶⁷ La telematica è "l'insieme delle soluzioni tecniche e metodologiche adottate per permettere l'elaborazione a distanza di dati ovvero per far comunicare applicazioni residenti in sistemi di elaborazione remoti e collegati tra loro." Così su www.treccani.it.

²⁶⁸ La nascita del *personal computer* avviene negli anni Ottanta. Prima di allora gli elaboratori elettronici, di grandi dimensioni e con un costo molto elevato, erano posseduti solo dalle società di maggiore dimensione e da alcune pubbliche amministrazioni. Con l'avvento del pc, l'elaboratore diventa accessibile dapprima anche alle PMI e con il passare del tempo anche al *quisque de populo*. Nella seconda metà degli anni Ottanta viene sviluppata la rete internet con i suoi protocolli TCP/IP, fino ad arrivare nel 1991 all'avvio del WWW.

²⁶⁹ Si fa ovviamente riferimento all'utilizzo odierno degli smartphone, che caratterizza la vita di ognuno di noi. A titolo esemplificativo basti pensare che nel 1995 lo 0,5% degli italiani (di età maggiore di 6 anni) utilizzava Internet, nel 2024 il 77,5%. Fonte: www.ilSole24Ore.it, articolo del 26 marzo 2023.

3.1.2. *Il processo civile telematico (cenni).*

In tempi relativamente recenti, la legge 59/1997 (c.d. legge Bassanini) ha sancito il principio di equivalenza del documento informatico rispetto a quello tradizionale cartaceo, attribuendo valore giuridico, ad ogni effetto di legge ai documenti informatici della Pubblica Amministrazione e dei privati. Successivamente si è provveduto a disciplinare la firma digitale²⁷⁰, fino a giungere nel 2005 all'emanazione del Codice dell'Amministrazione Digitale, che ha posto le basi per l'innovazione tecnologica nelle pubbliche amministrazioni, compreso il settore giustizia.

Il progetto sul “processo civile telematico”, che si sviluppa sempre nell'ottica di snellire i procedimenti giudiziari e velocizzare i processi, viene assegnato a un Regolamento, il DPR 123/2001, considerato il mezzo più idoneo per la rapidità di adozione e per la maggiore capacità di adattamento ai possibili mutamenti del settore²⁷¹, la cui disciplina è poi confluita nel DM 44/2011 e nel provvedimento della Direzione Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati (DGSIA) del 16 aprile 2014. La normativa attuale comprende inoltre il Decreto Legge 179/2012 (convertito nella Legge 221/2012) che ha introdotto l'obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali e dei documenti. La normativa copre anche le notifiche via PEC, regolamentate dalla L. 53/1994, e aspetti specifici sono integrati direttamente nel Codice di procedura civile, come l'art. 149 *bis*²⁷² sulle notificazioni a mezzo posta elettronica certificata.

Ad oggi il PCT è pienamente attivo ed operante su tutto il territorio nazionale ma, come evidenziano alcuni autori non si tratta di un nuovo modello di processo civile, bensì di un innovativo sistema di gestione attraverso nuovi strumenti di redazione e comunicazione degli atti, inserito nel contesto di un processo, quello civile, già in buona parte cartolare.²⁷³

²⁷⁰ D.P.R. 10 novembre 1997 n. 513, la cui disciplina è stata fatta poi confluire nel d.l. 82/2005, il c.d. CAD.

²⁷¹ G. CIACCI, G. BUONOMO, *Profili di informatica giuridica*, cit., pag. 358

²⁷² Articolo inserito dal d.l. 193/2009 (convertito nella legge 24/2010) e da ultimo riformato dal d.lgs. 149/2022.

²⁷³ Si veda in proposito A. D. DE SANTIS, *La metamorfosi (kafkiana) del processo telematico*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2015; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. 3, Torino, 2012, pagg. 245 ss.; per altri autori costituisce invece una vera rivoluzione del settore processuale civile, si veda in proposito R. CAPONI, *Il processo civile telematico tra scrittura e oralità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015,

La digitalizzazione del processo si inserisce nel novero di quegli strumenti attuati ricercando la tanto agognata “ragionevole durata dei processi”: se ne prevede l’implementazione nel PNRR²⁷⁴ e di conseguenza nella Riforma Cartabia.²⁷⁵

Se prima l’atto dematerializzato è stato riconosciuto come alternativo a quello cartaceo e perciò idoneo a sostituirlo, ora, a seguito della citata riforma del 2022 diviene l’unica modalità ammessa dalla legge²⁷⁶: ciò è quello che si evince inequivocabilmente dalla lettura del combinato disposto degli artt. 196 *quater* co.1²⁷⁷, e 196 *quinquies* co.1²⁷⁸, disp. att. C.p.c.

pag. 310; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L’incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, pagg. 1185 ss.

²⁷⁴ Il PNRR si struttura in sedici Componenti, suddivise in sei Missioni. La prima Missione, identificata con il codice M1C1 e intitolata "Digitalizzazione, Innovazione e Sicurezza nella PA", concerne il settore giustizia e le sono allocati fondi per 10,95 miliardi di euro. Le Raccomandazioni Specifiche per Paese (Country Specific Recommendations) emesse dalla Commissione Europea per gli anni 2019 e 2020, pur riconoscendo i miglioramenti recenti, sollecitano l'Italia a elevare l'efficienza del sistema giudiziario civile mediante, tra le altre cose (vedi il capitolo 1 sulle ADR), una maggiore spinta alla sua digitalizzazione. G. BERTOLA, *La digitalizzazione del processo nel PNRR*, in www.lamagistratura.it, 25 luglio 2021.

²⁷⁵ Si segnala in proposito il recentissimo via libera del Consiglio dei ministri al d.l. correttivo della riforma Cartabia (15 febbraio 2024), disponibile al link: <https://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2024/02/correttivo-cpc.pdf>, nella cui introduzione si legge: “Sulla strada di una sempre più completa e integrale digitalizzazione del processo civile e di eliminazione di adempimenti o oneri a carico delle parti resi ormai superflui dal progresso tecnologico, ad esempio, si è provveduto ad aggiornare le disposizioni che si rifacevano ad un ormai superato processo “analogico” e prevedevano il deposito di atti presso la cancelleria, la necessità, per l’avvocato, di eleggere domicilio in un comune situato nel circondario dell’ufficio giudiziario adito, la comunicazione o notificazione di atti e provvedimenti mediante deposito presso la cancelleria.”

²⁷⁶ A. GRAZIOSI (relazione di), *Giurisdizione civile e nuove tecnologie*, XXXIV Convegno nazionale dell’AISPC, Napoli, 22/23 settembre 2023, disponibile al link: <https://aispc.it/wp-content/uploads/2023/09/Relazioni-prof.-Andrea-Graziosi.pdf>.

²⁷⁷ “Nei procedimenti davanti al giudice di pace, al tribunale, alla corte d’appello e alla Corte di cassazione il deposito degli atti processuali e dei documenti, ivi compresa la nota di iscrizione a ruolo, da parte dei difensori e dei soggetti nominati o delegati dall’autorità giudiziaria ha luogo esclusivamente con modalità telematiche”.

²⁷⁸ “L’atto del processo redatto in formato elettronico dal magistrato o dal personale degli uffici giudiziari e degli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti è depositato telematicamente nel fascicolo informatico”.

È indubbio che tanti vantaggi sono stati prodotti PCT: si pensi al tema della chiarezza e sinteticità degli atti di parte e dei provvedimenti del giudice; alla possibilità per l'avvocato di depositare gli atti direttamente dal computer, senza doversi recare a fare interminabili code nelle cancellerie dei tribunali; al domicilio digitale²⁷⁹ presso il quale ricevere comodamente ogni comunicazione e notificazione proveniente dal tribunale.

Tuttavia, la Corte dei Conti fa presente che “l'introduzione del processo civile telematico e gli obiettivi di maggiore efficienza legati alla digitalizzazione dei giudizi garantiscono solo in parte il rispetto del principio della ragionevole durata dei processi, che appare per lo più perseguibile con adeguate procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie”²⁸⁰.

Invero, l'evoluzione digitale ha acquisito una posizione di crescente preminenza anche all'interno del settore ADR, segnatamente con l'avvento e la diffusione dei meccanismi di *Online Dispute Resolution*, che si analizzeranno nelle pagine che seguono.

3.2 Da Alternative Dispute Resolution a Online Dispute Resolution.

3.2.1. Introduzione.

Le modalità di tutela stragiudiziale dei diritti disponibili costituiscono l'ambito privilegiato per l'esercizio dell'autonomia privata da parte dei soggetti in contesa, i quali aspirano a pervenire a una risoluzione consensuale della lite. Tale ambito rappresenta,

²⁷⁹ Il domicilio digitale è un indirizzo di Posta Elettronica Certificata, che sostituisce il domicilio fisico, per l'invio delle comunicazioni con valore legale da parte della Pubblica Amministrazione. Per approfondimenti si veda www.anagrafenazionale.interno.it. Si segnala dal 6 giugno 2023 tutti i cittadini, che abbiano la maggiore età, possono eleggere il proprio domicilio digitale, che sarà possibile consultare tramite il nuovo Indice Nazionale dei Domicili Digitali (INAD), prima riservato ai professionisti.

²⁸⁰ Si veda in proposito il comunicato stampa della Corte dei conti n.1 del 2 gennaio 2023 sulla relazione approvata con delibera 53/2022/G, in tema di “*Obiettivi di efficientamento e risultati conseguiti dall'introduzione del processo civile telematico*” riferita al quinquennio 2016-2020, disponibile al link: <https://www.corteconti.it/HOME/StampaMedia/ComunicatiStampa/DettaglioComunicati?Id=1d32960a-1b61-4ba4-ba3b-4bfec3d6d049>.

dunque, il luogo ideale per le opzioni normative concesse dall'ordinamento giuridico per favorire l'individuazione di soluzioni bonarie, frutto dell'accordo tra le parti.²⁸¹

Le tutele giudiziali e stragiudiziali dimostrano approcci divergenti, se non contrapposti, riguardo all'adozione della tecnologia²⁸²: mentre le prime sono regolate in gran parte dal codice di rito, tradizionalmente resistente all'innovazione e le cui modifiche sono comunque subordinate all'approvazione legislativa, le seconde beneficiano di una maggiore flessibilità derivante dal diritto privato, armonizzato a livello europeo, e basato sull'autonomia negoziale delle parti.

Di conseguenza, l'introduzione della tecnologia nel processo civile è stata graduale, limitandosi principalmente alla digitalizzazione delle procedure di comunicazione degli atti (il PCT, di cui sopra) e, più recentemente, all'adozione delle videoconferenze per le udienze, in risposta alle limitazioni imposte dalla pandemia di Covid-19. Aspri dibattiti sussistono invece sull'ammissibilità di procedure automatizzate nelle varie fasi processuali, si pensi all'intelligenza artificiale, data la potenziale minaccia ai diritti fondamentali.²⁸³

Al contrario, nell'ambito stragiudiziale, l'impiego delle tecnologie, incluso l'uso avanzato dell'intelligenza artificiale, non richiede specifiche autorizzazioni legislative. Le parti sono infatti libere di incorporare tali soluzioni nei meccanismi consensuali di risoluzione delle controversie, nei limiti e nei modi che si vedranno.

L'evolversi delle ADR nel contesto digitale ha dato vita alle Online Dispute Resolution (d'ora in avanti ODR), meccanismi innovativi che si avvalgono delle avanzate *Information and Communication Technology* (c.d. tecnologie ICT) per facilitare e, talvolta, prevenire le controversie. Le ODR, implementate per la prima volta negli USA durante gli anni Novanta, emergono come strumenti versatili nell'ambito della risoluzione alternativa delle controversie, distinguendosi per l'efficacia nell'affrontare le sfide poste dal numero crescente di transazioni *online*, dalla diversità linguistica e culturale, nonché

²⁸¹ Si veda *supra* Capitolo 1.

²⁸² C. PILIA, *L'intelligenza artificiale e la mediazione nei sistemi ADR/ODR*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO; A. PANZAROLA; A. POLICE, S. PREZIOSI; M. PROTO, Milano, 2022, pagg. 858-859

²⁸³ Si pensi all'art. 25 Cost. che, come è noto, sancisce il principio fondamentale per cui "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge".

dalle peculiarità dei vari sistemi giuridici, che crescono di pari passo alla globalizzazione del mercato.

Il successo delle ODR si deve alla necessità di rispondere con prontezza ed efficienza alle esigenze della nuova economia digitale, che privilegia la rapidità nelle transazioni commerciali, spesso limitate dalla mancanza di territorialità e dalla voluminosità dei contratti *online*, spesso di modesto valore. Tali sistemi, pertanto, si rivelano particolarmente adatti al contesto dell'*e-commerce*, offrendo una soluzione efficace alle limitazioni dei metodi tradizionali²⁸⁴ di risoluzione delle controversie, come il ricorso al giudice ordinario o alle ADR convenzionali.

Affinché le ODR fungano da autentici strumenti di risoluzione *online*, è imprescindibile che si conformino a criteri e metodologie specifiche, quali la definizione della procedura, l'ambito di applicazione, le modalità di presentazione delle richieste, la competenza dei mediatori neutrali, il rispetto del principio di contraddittorio, l'adesione a normative pertinenti, la consulenza legale alle parti, le politiche per la tutela della *privacy* e la lingua di erogazione del servizio, al fine di garantire delle procedure di risoluzione stragiudiziale trasparenti.²⁸⁵

In ambito internazionale, è di particolare importanza l'attività svolta dall'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), che nel 2016 ha messo a punto le "*Technical Notes on Online Dispute Resolution*"²⁸⁶. In questo contesto, assume rilevanza la definizione di ODR come "strumenti per la risoluzione di dispute attraverso l'uso di comunicazioni elettroniche e altre tecnologie dell'informazione e della comunicazione", lasciando così una vasta gamma di possibilità relative all'impiego delle nuove tecnologie in questo settore. Secondo quanto affermato dalla stessa UNCITRAL, le Note Tecniche sono concepite come uno strumento per assistere gli Stati membri nell'attuazione di sistemi ODR che siano fruibili da acquirenti e venditori di diversi Paesi,

²⁸⁴ Limitazioni che possono essere rappresentate ad es. dai tempi della giustizia ordinaria o dai costi di un procedimento di mediazione, ma anche dal solo fatto di doversi recare in un luogo lontano e spesso situato all'estero.

²⁸⁵ G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in *Informatica e diritto*, XXXIII annata, Vol. XVI, 2007, n. 1-2, pagg. 483 ss.

²⁸⁶ Le note tecniche sono disponibili al link: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf.

mirando a fornire una base uniforme riguardo ai principi, alle procedure, agli obiettivi, alla lingua e alla regolamentazione degli ODR nel contesto dell'*e-commerce*.²⁸⁷

3.2.2. *Le ODR di prima generazione.*

In considerazione delle loro radici, che riflettono distinte visioni concettuali e culturali, è possibile operare una distinzione tra le *Online Dispute Resolution* di “prima generazione” e quelle di “seconda generazione”.²⁸⁸

Le ODR di prima generazione rappresentano il modello più risalente e sono tuttora le più utilizzate. Vengono identificate come “duplicati virtuali” delle ADR²⁸⁹ e sono caratterizzate da due requisiti fondamentali: assolvono la funzione di facilitare la comunicazione tra le parti in contesa, sfruttando le ampie potenzialità fornite dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione digitale (c.d. tecnologie ICT) e in secondo luogo sono strumenti *human based*, dunque, l'attività dell'uomo rimane centrale per la risoluzione della controversia.²⁹⁰

Il *quid pluris* rispetto alle ADR tradizionali è dato per l'appunto dalla facilità, velocità ed economicità della connessione in rete tra soggetti che si trovano in luoghi diversi e spesso molto distanti. Un esempio può essere rappresentato da un procedimento di mediazione svolto in videoconferenza, mediante le diverse piattaforme *online* oggi disponibili, nel quale una volta stabilito il contatto tra le parti e il mediatore, si segue il procedimento della mediazione tradizionale nello spazio virtuale predisposto.

Queste procedure rappresentano la modalità di risoluzione negoziata *online* delle controversie scaturite da contratti transfrontalieri conclusi da consumatori europei,

²⁸⁷ A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pagg. 227-228.

²⁸⁸ G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., pag. 485.

²⁸⁹ C. E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, in *Rivista di Diritto del Risparmio*, Fascicolo 1, 2021, pag. 4. Questo fatto si riflette anche sui vari acronimi utilizzati per identificarle: iADR, e-ADR, *virtual ADR*, *online ADR*.

²⁹⁰ G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., pag. 485.

inizialmente gestite dalla EEJ-Net (*European Extra Judicial Network*), un'iniziativa promossa e sviluppata dalla Commissione Europea e attiva dal 2001 al 2005, successivamente rimpiazzata dalla ECC-Net (*European Consumer Centre Network*). L'ambizione primaria dell'Unione Europea nell'adottare le ODR era (ed è tutt'ora) quella di superare le divisioni del mercato interno, per stimolare la competitività e la crescita economica, considerando le disparità esistenti tra i Paesi membri, riguardo alla disponibilità, qualità, e accessibilità di metodi rapidi, efficaci ed economici per la risoluzione delle controversie commerciali, un freno alla fiducia dei consumatori e degli operatori economici nelle transazioni transfrontaliere.²⁹¹

Il culmine di oltre due decenni di interesse da parte delle istituzioni europee verso le ODR si concretizza con l'istituzione di una piattaforma *online* specifica, inaugurata il 9 gennaio 2016, in conformità alla Direttiva del 2013 relativa all'ADR per i consumatori²⁹² e al Regolamento del 2013 sull'ODR per i consumatori²⁹³. Seguendo questa iniziativa, gli organismi ADR, riconosciuti dagli Stati membri, hanno potuto ottenere l'accreditamento senza indugi, consentendo ai consumatori e ai professionisti di accedere ai servizi offerti dalla piattaforma a partire dal 15 febbraio 2016.²⁹⁴

La piattaforma ODR è un sito *web* interattivo che fornisce un punto di contatto centralizzato per consumatori e operatori economici europei che intendono gestire, fuori dall'ambito giudiziario, le controversie nate da contratti di vendita o di servizi online. Questo strumento facilita la procedura di inoltro dei reclami per mezzo di un *form* elettronico, accessibile nelle varie lingue ufficiali dell'Unione Europea, permettendo altresì di allegare la documentazione rilevante al caso.

Dopo la presentazione del reclamo, nel caso in cui la controparte decida di procedere con l'ODR, viene concordata, utilizzando la stessa piattaforma, la scelta dell'organismo ADR incaricato di risolvere la disputa, selezionandolo da un elenco predefinito di soggetti autorizzati. Al termine del procedimento, che non deve superare i novanta giorni e può

²⁹¹ C. E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, cit., pag. 5

²⁹² Vedi *supra*

²⁹³ Regolamento UE 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 (c.d. Regolamento sull'ODR per i consumatori), disponibile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=DE>.

²⁹⁴ C. E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, cit., pag. 5

essere effettuato interamente online attraverso le risorse fornite gratuitamente dalla piattaforma, l'ente ADR designato comunica alle parti l'esito della procedura.²⁹⁵

Le metodologie impiegate nelle ODR di prima generazione si possono distinguere in approcci conciliativi e mediatori. Nell'ambito conciliativo, i servizi ODR consentono alle parti di negoziare la risoluzione di una disputa in uno spazio virtuale, offrendo loro la possibilità di presentare i fatti di causa ed esprimere i propri interessi senza che il fornitore del servizio eserciti un ruolo decisionale.

Per quanto riguarda le ODR-mediazione, questa categoria include quei servizi che facilitano la risoluzione delle controversie attraverso l'intervento di un terzo neutrale. In particolare, negli ODR di prima generazione, questo ruolo è svolto da una persona fisica che opera attraverso piattaforme di comunicazione digitale, egli può avvalersi dell'assistenza di *software* specifici, progettati per delineare un percorso di discussione che orienti le parti verso la conciliazione, supportando così l'operato del mediatore nel guidare efficacemente il procedimento.²⁹⁶

Un'altra procedura che può essere ricompresa nel novero delle ODR è l'arbitrato. Quest'ultimo integra le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), pur mantenendo le fondamentali caratteristiche dell'arbitrato classico, differenziandosi principalmente per l'adozione di strumenti digitali, come la presentazione di prove tramite testo, audio o video. Una caratteristica distintiva è l'attenzione all'indipendenza dell'arbitro: i servizi ODR offrono un elenco di arbitri, tra i quali le parti devono concordare una scelta, evidenziando l'importanza di un accordo reciproco dato la natura decisionale e giurisdizionale dell'arbitro.²⁹⁷

In conclusione, da questa prima categoria di ODR, emerge la permanenza della centralità della componente umana, che rimane cruciale in tutte le fasi del procedimento.

²⁹⁵ L. MINGARDO, *Litigare online. Le ODR tra criticità e opportunità*, in *Etica, diritto e tecnologia. Percorsi dell'informatica giuridica contemporanea*, a cura di P. MORO, Milano, 2021, saggio n.7, p. 133; C. E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, cit., pag. 6

²⁹⁶ Per questa distinzione si veda A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pag. 230.

²⁹⁷ G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., pag. 488.

3.2.3. Le ODR di seconda generazione.

Le ODR di seconda generazione sono più recenti e in fase di continua evoluzione e sperimentazione. Sono considerate tali poiché possiedono due caratteristiche fondamentali tali da distinguerle, e in qualche modo contrapporle, a quelle di prima generazione. Il primo elemento di differenziazione è lo scopo: questo secondo tipo di ODR è finalizzato, non solo a mettere in contatto le parti, bensì anche a proporre una soluzione conciliativa ovvero a risolvere la lite. La seconda caratteristica peculiare è la sostituzione in tutto o in parte dell'attività umana, in alcune o in tutte le fasi della procedura, con l'intelligenza artificiale.²⁹⁸ Le ODR di seconda generazione possono essere definite *machine based*²⁹⁹, si entra così nel regno della cibernetica di cui si è parlato nell'introduzione di questo capitolo.³⁰⁰

In questi tipi di ODR, si assiste a un'integrazione sinergica tra l'intelligenza umana e quella artificiale, potendo quest'ultima essere impiegata nelle varie fasi procedurali che caratterizzano il processo di ODR. Queste possono includere l'avvio del contatto tra le parti coinvolte, l'esplorazione e l'analisi dei fatti contestati, l'esame critico delle informazioni raccolte, e da ultimo, la formulazione di una soluzione conciliativa per la risoluzione della controversia.³⁰¹

Capostipite delle ODR di questo secondo tipo è la negoziazione *online* "a modello cieco"³⁰², dimostratasi particolarmente adatta alla risoluzione di controversie finanziarie e in particolare nel campo assicurativo.

Il meccanismo dell'"offerta cieca" si innesca mediante la presentazione di una richiesta da parte dell'istante, formulata e trasmessa attraverso il sito web del *provider*. La controparte, contattata dal fornitore del servizio, deve manifestare il proprio assenso affinché abbia inizio il procedimento. Un *software* regola il procedimento consentendo alle parti, reciprocamente, di presentare offerte e controfferte pecuniarie nel corso di un

²⁹⁸ *Ibidem*, pagg. 488-489

²⁹⁹ C. E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, cit., pag. 6.

³⁰⁰ Vedi *supra* 3.1.1.

³⁰¹ C. E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, cit., pag. 7.

³⁰² Il modello di negoziazione *double-blind* del *provider* statunitense CyberSettle fu uno dei primi ad entrare in funzione, alla fine degli anni Novanta.

intervallo di tempo limitato e predeterminato. La peculiarità di tali offerte risiede nella loro natura "cieca", ovvero l'importo proposto rimane ignoto alle controparti, le quali vengono puntualmente notificate ogniqualvolta venga avanzata una nuova proposta che superi in termini di vantaggi quella precedente. Il perfezionamento dell'accordo avviene quando, entro il termine fissato, la proposta avanzata dall'attore si colloca all'interno di una specifica forbice percentuale, precedentemente stabilita, rispetto all'offerta del convenuto.³⁰³

Software di questa natura rappresentano le fondamenta dell'applicazione dell'IA in ambito di risoluzione stragiudiziale delle controversie, segnando l'incipit di un'era caratterizzata da rapidi progressi scientifici e tecnologici.

L'evoluzione dell'IA ha avuto una svolta con l'approccio "*machine learning*", che si riferisce alla capacità di auto-apprendimento dell'elaboratore. Tali sistemi elaborano dati, ne identificano schemi e relazioni, per poi generare nuove connessioni e acquisire conoscenze inedite dalla loro analisi. Un ulteriore avanzamento è rappresentato dalle cosiddette "reti neurali artificiali", strutture composte da elementi sia *software* che *hardware*, progettate per emulare il comportamento dei neuroni umani all'interno di un ambiente computazionale. Più dati si offrono a un computer e meglio effettuerà il *training* di apprendimento, di conseguenza, la frontiera più recente è l'integrazione delle reti neurali con il concetto di "*Big data*", e l'introduzione del "*deep learning*"³⁰⁴. Quest'ultimo permette all'IA di esibire capacità notevolmente avanzate grazie all'interconnessione di strati multipli di reti neurali e all'impiego dell'elevata potenza di calcolo fornita dai *provider*.³⁰⁵

³⁰³ L. MINGARDO, *Litigare online. Le ODR tra criticità e opportunità*, cit., pagg. 134-135; G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., pagg. 490 ss.

³⁰⁴ Il *deep learning* è una sottocategoria del *machine learning*: questa tecnologia si basa su reti neurali artificiali con molti strati (da qui il termine "*deep*", che significa appunto "profondo"), che imitano il funzionamento del cervello umano per elaborare dati, riconoscere pattern e prendere decisioni.

³⁰⁵ C. E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, cit., pag. 8; G. CIACCI, G. BUONOMO, *Profili di informatica giuridica*, cit., pagg. 84 ss.

Il *software* utilizzato nella negoziazione “a modello cieco” non prevede la presenza di un terzo e si basa unicamente su un modello matematico, analizzando esclusivamente il *quantum debeatur*, disinteressandosi totalmente dell'*an*.³⁰⁶

Orbene, le ODR diventano particolarmente interessanti, e oggetto di maggiore attenzione³⁰⁷, qualora i *software* di IA siano impiegati per svolgere la funzione di terzo, e dunque di cyber mediatore o cyber arbitro, utilizzando, ad esempio, sistemi esperti legali (SEL) o giuridici (SEG)³⁰⁸ e siano perciò in grado di indagare anche l'*an debeatur*, potendo così fornire una proposta di risoluzione della controversia da sottoporre alle parti, o addirittura, si pensi all'arbitrato, decidere la controversia.³⁰⁹

3.2.4. *L'istituzionalizzazione: le c.d. ODR “in Court”.*

Come si è detto all'inizio di questo capitolo³¹⁰, i sistemi giudiziari statali sono da tempo soggetti a un'evoluzione verso l'implementazione della giustizia digitale, un processo che la recente pandemia ha notevolmente accelerato e intensificato su scala globale. Nel quadro di questa transizione, diverse nazioni industrializzate hanno adottato l'integrazione delle ODR all'interno dei propri apparati giudiziari, limitando tale applicazione principalmente a controversie di entità economica limitata.³¹¹

³⁰⁶ G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., pag. 491.

³⁰⁷ Vedi *infra* 3.3.

³⁰⁸ Sono sistemi diffusi principalmente negli USA, che hanno la finalità di replicare l'attività di un giurista (avvocato, giudice), sono già in grado di fornire pareri legali completi confrontando le banche dati di normativa, dottrina e giurisprudenza; monitorare le evoluzioni giurisprudenziali; analizzare contratti di fusioni e acquisizioni di centinaia di pagine verificando la correttezza e la possibile vessatorietà delle clausole in essi contenute. Da qualche anno sono presenti anche in alcuni tra i più importanti studi legali internazionali italiani. C. E. PAPANIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, cit., pag. 9.

³⁰⁹ Vedi *infra* 3.3.

³¹⁰ Vedi *supra* 3.1.2.

³¹¹ L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci ed ombre della diffusione globale delle ODR*, in *Amministrazione in Cammino*, 4 dicembre 2020, pag. 4.

In Europa, il Regno Unito rappresenta un importante punto di riferimento per lo sviluppo delle ODR. È degno di menzione il piano iniziale per l'integrazione progressiva delle ODR nel servizio dei tribunali e delle corti (*HM Courts & Tribunals Service*) di Inghilterra e Galles, delineato nel rapporto del 2015 emesso dal Gruppo Consultivo sulle ODR del *Civil Justice Council*³¹². Tale proposta prevedeva la conversione del sistema di giustizia civile in una piattaforma completamente digitale, denominata *HM Online Court*, un'innovativa visione che ha trovato conferma l'anno successivo, nella relazione finale del *Lord Justice Briggs* sulla ristrutturazione dei tribunali civili³¹³. Nonostante alcune divergenze rispetto alle aspettative iniziali del Gruppo Consultivo sulle ODR, l'*HM Courts & Tribunals Service* ha intrapreso un percorso di riforma digitale di notevole portata, riguardante sia il settore civile che quello penale, raggiungendo a oggi uno stadio avanzato di implementazione.³¹⁴

L'adozione delle ODR nei sistemi giurisdizionali è evidente anche in altre nazioni al di fuori dell'Europa, tra le quali Singapore, Stati Uniti d'America e soprattutto Canada.

Merita di segnalarsi il *Civil Resolution Tribunal* in British Columbia, il primo tribunale ODR del Canada, nonché uno dei primi al mondo ad integrare la risoluzione delle controversie online nel sistema di giustizia pubblica. Il CRT è deputato all'amministrazione della giustizia in materie quali dispute condominiali, incidenti stradali, e altre contese di minore entità economiche, e offre ai cittadini un accesso continuativo (24 ore su 24, 7 giorni su 7) e ubiquo (anche tramite *app*) a procedure alternative al tradizionale processo, che variano da metodi conciliativi a soluzioni di natura aggiudicativa³¹⁵, caratterizzati da brevità, efficienza e ridotti oneri economici.

La concezione di ODR regolamentate e di carattere istituzionale è tradizionalmente legata agli ordinamenti di *civil law*, dove l'intervento dello Stato è ritenuto essenziale per

³¹² Online Civil Resolution Advisory Group, *Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims*, febbraio 2015, disponibile al link: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/02/OnlineDispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf>.

³¹³ Lord Justice Briggs, *Civil Courts Structure. Review: Final Report*, luglio 2016, in <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/07/civil-courts-structure-review-finalreport-jul-16-final-1.pdf>.

³¹⁴ L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci ed ombre della diffusione globale delle ODR*, cit., pag. 4 ss.

³¹⁵ *Ibidem*.

assicurare criteri di imparzialità, equità e indipendenza ai meccanismi di risoluzione delle liti, con l'obiettivo di tutelare i diritti dei consumatori e, parallelamente, di promuovere la loro fiducia nel mercato elettronico. In contrapposizione, gli ordinamenti giuridici di *common law* adottano storicamente un approccio prevalentemente imprenditoriale delle ODR, valorizzando l'iniziativa privata come motore di sviluppo e crescita economica.³¹⁶ A ben vedere, questa distinzione si è particolarmente affievolita con la realizzazione delle ODR *in Court*, che si innestano all'interno dei tribunali nazionali configurando le stesse non più "come un 'altrove' rispetto alle sedi istituzionalmente attribuite all'amministrazione della giustizia, ma come una *diversion* rispetto alle procedure formali, al processo giuridico come strumento regolato da norme statali."³¹⁷

Peraltro, nell'era della globalizzazione e della società dell'informazione, si assiste a un fenomeno di reciproca influenza, e convergenza, tra i sistemi giuridici di *Common Law* e di *Civil Law*, sotto più aspetti. Questo processo, descritto come "osmotico"³¹⁸, è alimentato dall'espansione del diritto giudiziario e il cospicuo sviluppo di *soft law* in settori trainanti, tra cui in particolare la *lex mercatoria* e la *lex informatica*. Parallelamente, l'intensificarsi delle interazioni e delle strutture sovranazionali che facilitano il coordinamento tra gli Stati contribuisce ulteriormente a questa tendenza di armonizzazione tra i diversi sistemi legali.

Dal punto di vista concettuale, l'espansione delle ODR all'interno del contesto giurisdizionale si colloca all'interno di un processo di istituzionalizzazione in atto su scala mondiale.³¹⁹ Questo processo vede le entità governative impegnate nella regolamentazione, nel finanziamento, nella progettazione, nella predisposizione, nell'attivazione, nella gestione e nel monitoraggio di sistemi e strumenti dedicati alla risoluzione alternativa delle controversie.

³¹⁶ L. COMINELLI, *L'Online Dispute Resolution nel mondo: modelli a confronto*, in *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella Società dell'Informazione*, a cura di A. MAGGIPINTO, Milano, 2006, pag.99.

³¹⁷ C. E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, cit., pag. 11.

³¹⁸ L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci ed ombre della diffusione globale delle ODR*, cit., pag. 7.

³¹⁹ Si pensi in proposito "*Technical Notes on Online Dispute Resolution*" del 2016, stilate dall' UNCITRAL, vedi *supra* 3.2.1.

Una tale tendenza all'istituzionalizzazione, se da un lato è funzionale alla protezione del consumatore tende inevitabilmente a distanziare le ODR dagli ideali originari di riappropriazione del conflitto da parte dei diretti interessati e di evasione dalle soluzioni imposte in maniera eteronoma dalle autorità statali, principi questi che rappresentano pilastri fondamentali della cultura delle ADR.³²⁰

3.3 La giustizia predittiva.

3.3.1. *La predittività algoritmica della decisione.*

Il dibattito sulla incidenza delle tecnologie avanzate sta assumendo rilevanza non soltanto nell'ambito della procedura in sé, ma anche in relazione ai possibili impieghi in funzione della decisione finale.

La problematica dell'ammissibilità e dell'ambito di applicazione della decisione algoritmica è cresciuta notevolmente con lo sviluppo degli odierni sistemi di IA ma, in realtà, l'interrogativo si era già posto in passato, fin dai primi sviluppi della robotica, laddove era emersa la necessità di “esaminare, in termini generali, la questione dell'applicabilità dei moderni ritrovati della tecnica elettronica al processo giudiziario”³²¹.

La questione si estende ben oltre le recenti implementazioni tecnologiche, quali il processo civile telematico e le iniziative di standardizzazione degli atti processuali ovvero

³²⁰ L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci ed ombre della diffusione globale delle ODR*, cit., pag. 5-6.

³²¹ Così L. PERSICO, *Elettronica, cibernetica e processo (dal verbale magnetico al massimario automatico)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, pag.1727; citazione ripresa da A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pag. 234, nt. 47; che riprende F. SANTAGADA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO; A. PANZAROLA; A. POLICE; S. PREZIOSI; M. PROTO, cit., pag. 815, nt. 5.

le c.d. *online court*³²²: in questo contesto, si discute con fervore dell'utilizzo di algoritmi decisionali nel processo civile e dell'emergere della c.d. giustizia predittiva³²³.

L'interesse crescente per queste tematiche deriva da una serie di fattori: la ricerca di maggiore certezza del diritto, interpretata come prevedibilità delle decisioni giudiziarie; la necessità di contenere l'eccessivo soggettivismo delle decisioni; l'aumento dei sistemi di tutela multilivello. Questi elementi hanno favorito un cambiamento degli equilibri tra potere legislativo e giurisdizione, con una maggiore enfasi su quest'ultima, che assume un ruolo centrale nel sistema giuridico, contribuendo alla conformazione tra i sistemi di *civil law* e *common law*³²⁴, tanto che alcuni autori considerano la nostra epoca come l'"età della giurisdizione".³²⁵

La fiducia nelle tecnologie, e primariamente nell'intelligenza artificiale, come mezzi per garantire calcolabilità e prevedibilità delle decisioni giudiziarie, potrebbe segnare un passo verso l'erogazione di prestazioni giudiziarie più efficienti rispetto all'intervento umano, promuovendo un'uguaglianza più estesa tra i cittadini.

Tuttavia, autorevole dottrina³²⁶ evidenzia come la giustizia predittiva è tanto più difficile quanto più è assente un diritto giurisprudenziale sufficientemente certo. Gli algoritmi che stanno alla base del funzionamento dell'intelligenza artificiale si avvalgono fondamentalmente di approcci statistici, circostanza che introduce un elemento di incertezza nelle proiezioni relative ai giudizi di diritto. Questa incertezza è accentuata dalla indeterminatezza caratteristica del diritto vigente e del relativo contesto giurisprudenziale. La complessità di offrire proiezioni giudiziarie attendibili si amplifica

³²² A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pag. 234

³²³ "Per "giustizia predittiva" deve intendersi la possibilità di prevedere l'esito di un giudizio tramite alcuni calcoli; non si tratta di predire tramite formule magiche, ma di prevedere la probabile sentenza, relativa ad uno specifico caso, attraverso l'ausilio di algoritmi. Il diritto può essere costruito come una scienza, che trova la sua principale ragione giustificativa nella misura in cui è garanzia di certezza: il diritto nasce per attribuire certezza alle relazioni umane, tramite una complessa attribuzione di diritti e doveri." L. VIOLA, *Giustizia predittiva*, in *Diritto on line*, 2018, disponibile su www.treccani.it

³²⁴ Vedi *supra* 3.2.4.

³²⁵ A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pag. 234-235

³²⁶ A. GRAZIOSI, *Giurisdizione civile e nuove tecnologie*, cit., pagg. 50 ss.

in presenza di un corpus di precedenti giuridici disomogenei e/o in contrasto tra loro riguardo alla questione controversa. La validità delle previsioni elaborate da tali sistemi informatici, che si appoggiano in gran parte su un'analisi quantitativa e statistica di casi giuridici pregressi, sia concordanti sia discordanti, risulta significativamente ridotta qualora non si disponga di un volume adeguato di precedenti analoghi che permettano di inferire, attraverso un'ottica strettamente quantitativa e statistica, l'adeguamento del giudizio alla loro direzione. Questa limitazione si aggrava considerando che, nel contesto del sistema di *civil law*, il giudice non è vincolato al precedente giurisprudenziale, mantenendo così una completa libertà interpretativa della norma, anche di fronte a una linea giurisprudenziale uniforme sulla questione legale in discussione. Pertanto, l'affidabilità delle previsioni di giudizio di diritto realizzate esclusivamente mediante l'intelligenza artificiale si dimostra profondamente incerta, quantomeno inadeguata a sostituire la funzione decisionale del giudice.

Secondo una visione che qui si intende condividere³²⁷, la funzione anticipatoria della decisione potrebbe consentire un maggiore sviluppo degli strumenti di ADR, come la mediazione³²⁸ ovvero la negoziazione assistita³²⁹, di cui si è ampiamente discusso nel primo capitolo. Le parti, avendo accesso ad uno strumento che consente, ancorché in maniera statistica, di fornire un giudizio prognostico sui possibili risvolti che la controversia avrebbe se giungesse in tribunale, sarebbero indotte a ponderare oculatamente³³⁰ le proprie scelte prima di intentare una causa, preferendo piuttosto una soluzione conciliativa.

Ad esempio, nel procedimento di mediazione, nel quale il primo incontro è cruciale per decidere se continuare con il tentativo di risoluzione stragiudiziale ovvero adire il giudice, sarebbe d'ausilio per il mediatore porre sotto gli occhi delle parti il parere di un “*quartus*” che prospetta, con l'imparzialità propria di un *computer*³³¹, gli esiti statistici della loro

³²⁷ Si veda in proposito A. SIGNORELLI, *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, cit., pag. 234 ss.

³²⁸ Vedi *supra* 1.3

³²⁹ Vedi *supra* 1.4

³³⁰ Locuzione volutamente ridondante: chi non ci penserebbe due volte prima di avviare una causa avendo contezza di una probabilità di sconfitta del 90%?

³³¹ Invero, il problema di garantire l'effettiva imparzialità e trasparenza ed equità del *software* è emerso, soprattutto con riguardo alla giustizia statale. Come evidenziato da F. SANTAGADA, *Intelligenza*

disputa. In questo modo, i contendenti sarebbero indotti a concludere un accordo e discuterebbero “direttamente del *quantum* e non più dell’*an*”³³².

Come si è visto³³³, anche nelle piattaforme ODR (di seconda generazione) sono presenti algoritmi funzionali sia a prospettare alle parti un “suggerimento di accordo”, sia in alcuni casi a predire quale sarebbe la decisione giudiziale statisticamente più probabile se la controversia giungesse davanti a un giudice, sempre nell’ottica di favorire la composizione bonaria della lite.³³⁴

3.3.2. La transizione digitale nell’ABF e ACF.

Fin dalla sua istituzione, l’ABF ha incorporato in modo significativo l’uso delle tecnologie rendendo la sua procedura completamente digitalizzata. A partire dal 2018, è stato

artificiale e processo civile, in *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO; A. PANZAROLA; A. POLICE; S. PREZIOSI; M. PROTO, cit., pagg. 844-846. L’elaborazione dei risultati proposti deriva da scelte che non sono effettuate dalla macchina ma dall’uomo, ossia dal programmatore dell’algoritmo “che agisce ‘in base ad opzioni di valore e/o d’interesse’, può compiere errori ed essere influenzato da pregiudizi. Come si è già detto, chi può escludere che gli algoritmi predittivi, in luogo della autorevolezza delle decisioni e della rilevanza giuridica, non interiorizzino i pregiudizi o i preconcetti sociali del programmatore, o non muovano da una base di dati insufficiente e/o parziale?” Un simile rischio è emerso già nella *Carta Etica Europea sull’utilizzo dell’IA nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi* (dicembre 2018), adottata dalla CEPEJ, disponibile al link: <https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348>, dove è previsto, tra i principi ispiratori dello sviluppo dell’IA aventi una possibile applicazione giudiziaria, quello di non discriminazione, al fine di ottenere un *output* non influenzato da pregiudizi. Ancora l’autrice: “L’esistenza di *bias* nella scelta dei dati rilevanti nonché di quelli impliciti legati alla natura intrinseca delle tecniche di apprendimento automatico su cui si basano, oltre a mettere in dubbio la pretesa ‘neutralità’ degli algoritmi predittivi e l’oggettività delle decisioni basate su di essi, rappresenta una minaccia per i principi di indipendenza e imparzialità del giudice, non solo nell’ipotesi radicale della decisione completamente automatizzata — che [...] allo stato attuale, è solo un’ipotesi paradigmatica — ma anche quando l’utilizzo dell’IA sia strumentale alla decisione umana.”

³³² A. SIGNORELLI, *L’arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell’investimento e del risparmio nell’era tecnologica*, cit., pag. 235

³³³ Vedi *supra* 3.2.3

³³⁴ A. GRAZIOSI, *Giurisdizione civile e nuove tecnologie*, cit., pagg. 57-58.

lanciato un portale che permette ai ricorrenti di interagire direttamente online con il sistema. Sono in fase di implementazione anche ulteriori sviluppi per estendere l'accesso al portale anche agli intermediari finanziari, con l'obiettivo di aumentare ulteriormente l'efficienza del procedimento.

In parallelo, la Banca d'Italia sta esplorando l'adozione dell'intelligenza artificiale all'interno dell'ABF attraverso il progetto AbefTech³³⁵, seguendo l'esempio del precedente progetto EspTech³³⁶, che ha riguardato l'attività di gestione degli esposti inviati alla Banca d'Italia.

Come si può leggere già nella Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario del 2021³³⁷ è in corso uno studio per l'applicazione alla procedura ABF di metodologie avanzate di IA (*machine learning* e *text mining*), con l'obiettivo di potenziare le capacità operative del sistema esistente, attraverso lo sviluppo di uno strumento tecnologico che faciliti la fase istruttoria dei ricorsi. È importante sottolineare che l'adozione di questa soluzione tecnologica non influirà, secondo il disegno, sull'indipendenza decisionale dei Collegi, i quali manterranno la piena discrezionalità nella risoluzione delle controversie. Tra le finalità prefissate emerge il supporto alle Segreterie tecniche durante l'esame istruttorio dei ricorsi, agevolando la ricerca di casi analoghi e l'individuazione della normativa applicabile per la risoluzione della controversia da parte del collegio.

Inoltre, il sistema consentirà di rilevare con prontezza eventuali divergenze negli approcci adottati dai Collegi su specifiche questioni, assicurando così una maggiore coerenza

³³⁵ A. PERRAZZELLI, *Dieci anni dopo la direttiva ADR: una prospettiva comparata sugli ADR bancari e finanziari*, 19 dicembre 2022, disponibile al link: https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2022/Perrazzelli_19122022.pdf.

³³⁶ “Da luglio del 2021 la Banca d'Italia si avvale di una nuova procedura (EspTech) che utilizza tecniche di intelligenza artificiale per migliorare l'analisi del patrimonio informativo desumibile dagli esposti privatistici. Il ricorso a queste tecnologie permette di ridurre sensibilmente i tempi delle verifiche; accrescere la possibilità di identificare in anticipo fenomeni rilevanti; svolgere approfondimenti e analisi comparative a supporto dell'attività normativa, di vigilanza e di educazione finanziaria.” Così nella *Relazione sugli esposti dei clienti delle banche e delle finanziarie* della Banca d'Italia, pag. 3, disponibile al link: <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-esposti/2022/relazione-sugli-esposti-sul-2021.pdf>.

³³⁷ L'argomento è ripreso anche nella Relazione del 2022, la quale al momento è l'ultima disponibile. Sono entrambe reperibili al link: <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/relazione-annuale/index.html>.

nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto. Un altro aspetto che si intende implementare con AbefTech è la capacità di analizzare i documenti presenti nei fascicoli dei ricorsi per estrarre concetti ricorrenti, permettendo di “intercettare nuovi filoni di contenzioso”. L'avvio del progetto di sperimentazione, si legge, è stato programmato per la fine del 2023, ad oggi non sono disponibili aggiornamenti sull'avanzamento dei lavori. L'integrazione di AbefTech nel sistema rappresenta, dunque, un passo avanti verso la realizzazione di un ABF (e probabilmente tale soluzione sarà poi seguita dall'ACF) sempre più agile, capace di rispondere con prontezza ed efficacia alle esigenze dei ricorrenti e di adattarsi alle dinamiche del settore bancario e finanziario, che sono in costante evoluzione. Tuttavia, fa riflettere il fatto che in un ambito caratterizzato da un elevato grado di innovazione e da controversie di natura relativamente standardizzata, la preferenza ricada comunque sul confinare l'utilizzo dell'intelligenza artificiale alla fase istruttoria e di supporto all'organo giudicante, piuttosto che promuoverne l'impiego come sostituto dello stesso.

CONCLUSIONI

La presente tesi ha percorso un'analisi approfondita degli strumenti di *Alternative Dispute Resolution*, sottolineando il loro ruolo cruciale nel contesto del diritto processuale civile. Attraverso un'indagine storica, si è evidenziato come l'evoluzione normativa abbia progressivamente favorito l'adozione di metodologie alternative al giudizio classico, con l'obiettivo di rendere la risoluzione delle controversie più efficiente, meno onerosa e più rapida.

L'analisi ha inteso dimostrare che gli strumenti di ADR, quali la mediazione, l'arbitrato e la negoziazione assistita, possono offrire vantaggi significativi sia per le parti in causa sia per il sistema giuridico nel suo complesso. Essi non solo alleggeriscono il carico dei tribunali, ma promuovono anche una cultura del dialogo e della risoluzione consensuale dei conflitti, valorizzando i principi di equità e di giustizia sostanziale, senza comportare un sacrificio in termini di tutela della posizione giuridica del singolo.

La tesi ha inoltre evidenziato come l'efficacia degli strumenti di ADR dipenda dalla loro capacità di adattarsi alle specificità del contesto in cui vengono applicati. In particolare, nel settore dei mercati finanziari, organismi come l'Arbitro Bancario Finanziario e l'Arbitro per le Controversie Finanziarie hanno dimostrato come meccanismi specializzati di ADR possano fornire risposte efficaci e tempestive alle esigenze, rispettivamente, dei clienti e degli investitori *retail*, contribuendo al contempo alla stabilità e alla fiducia nel sistema finanziario.

Particolare attenzione è stata dedicata all'impatto della digitalizzazione e dell'intelligenza artificiale sul processo civile e sugli strumenti di ADR: l'introduzione del processo civile telematico, le *Online Dispute Resolution* e le applicazioni di intelligenza artificiale nella gestione delle controversie rappresentano innovazioni significative che stanno trasformando il panorama della risoluzione dei conflitti. Queste tecnologie offrono la possibilità di semplificare ulteriormente le procedure, riducendo i tempi e i costi associati alla gestione delle dispute e aumentando l'accessibilità alla giustizia per un numero maggiore di cittadini, come si è avuto modo di apprezzare nelle ODR "*in courts*" che si pongono come via complementare rispetto alla giustizia ordinaria.

Tuttavia, come si è osservato, l'adozione di tali tecnologie, e in particolare dell'intelligenza artificiale, se da un lato può essere più facilmente impiegata nei procedimenti stragiudiziali, solleva importanti questioni in merito all'implementazione nel processo ordinario. Tali questioni riguardano *in primis* la tutela dei diritti indisponibili, non tutelabili in via stragiudiziale, e più in generale i pericoli insiti nella sostituzione del giudice con un "giudice-macchina".

È dunque fondamentale che il processo di digitalizzazione sia accompagnato da una riflessione etica e da una normativa adeguata, per garantire che l'innovazione tecnologica contribuisca effettivamente al miglioramento della qualità della giustizia, e non si trasformi invece in un problema da arginare.

APPENDICE A

Obiettivo	Dettaglio	Scadenza
Riduzione dell'arretrato giudiziario dei tribunali ordinari civili (primo grado).	Riduzione del 65% del numero di cause pendenti nel 2019 (337.740) presso i tribunali ordinari civili (primo grado). Il valore di riferimento è dato dal numero di cause pendenti da più di 3 anni dinanzi ai tribunali ordinari civili nel 2019.	2024
Riduzione dell'arretrato giudiziario della Corte d'appello civile (secondo grado).	Riduzione del 55% del numero di cause pendenti nel 2019 (98.371) presso le corti d'appello civili (secondo grado). Il valore di riferimento è dato dal numero di cause pendenti da più di 2 anni dinanzi alle corti d'appello civili nel 2019.	2024
Riduzione della durata dei procedimenti civili.	Riduzione del 40% dei tempi di trattazione di tutti i procedimenti dei contenziosi civili e commerciali rispetto al 2019.	2026
Riduzione dell'arretrato giudiziario dei tribunali ordinari civili (primo grado).	Riduzione del 90% del numero di cause pendenti nel 2019 (337.740) presso i tribunali ordinari civili (primo grado).	2026
Riduzione dell'arretrato giudiziario della Corte d'appello civile (secondo grado).	Riduzione del 90% del numero di cause pendenti nel 2019 presso le corti d'appello civili (secondo grado).	2026

Tabella contenuta nel Dossier della Camera dei deputati Servizio Studi del 23 settembre 2022

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Procedura civile e ADR*, Collana: IPSOA InPratica, Milano, 2023.
- F. ANTEZZA, *Interpretazione e portata della convenzione d'arbitrato (questioni nuove e necessari chiarimenti) e l'intervento nomofilattico in tema di "prospective overruling" e di rimessione in termini*, in *Giurisprudenza Arbitrale - Rivista di dottrina e giurisprudenza*, n. 1 del 2019.
- G. BERTOLA, *La digitalizzazione del processo nel PNRR*, in www.lamagistratura.it, 25 luglio 2021.
- R. BIANCHINI, *Decreto ingiuntivo: le conseguenze della mancata risposta all'invito alla negoziazione*, in www.altalex.com, 26 aprile 2016.
- M. BIANCO, *L'arbitrato Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita, Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Quaderni giuridici Consob*, 16 febbraio 2018.
- M. BOVE, *La giustizia privata*, III ed., Padova, 2015.
- G. BUFFONE, *Arbitrato obbligatorio ex lege è costituzionalmente illegittimo*, in www.altalex.com, 17 giugno 2005.
- C. I. BUONOCORE, *Sulla pregiudiziale di incostituzionalità nel giudizio arbitrale*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, Fascicolo 3, 2020.
- I. A. CAGGIANO, *L'arbitro bancario finanziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *La nuova Giurisprudenza Civile commentata*, Anno XXXI, n. 7-8 luglio-agosto, 2015.

- G. CAPANO; S. PIATTONI; F. RANIOLO; L. VERZICHELLI; *Manuale di scienza politica*, Bologna, 2014.
- E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Rivista Judicium*, 31 maggio 2011.
- R. CAPONI, *Il processo civile telematico tra scrittura e oralità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015.
- R. CARATTOZZOLO, *L'arbitro Bancario Finanziario: la particolare configurazione della risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie*, 14 aprile 2014, disponibile al link: <https://edizionicafoscari.unive.it/media/pdf/article/ricerche-giuridiche/2013/2/art-10.14277-2281-6100-Ri-2-2-13-7.pdf>
- A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile: D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023.
- G. L. CARRIERO, *Arbitro bancario finanziario*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 135, n. 6, giugno 2012.
- G. L. CARRIERO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Questione Giustizia*, Vol. 3, 2017.
- G. L. CARRIERO, *Riflessioni sulle Relazioni annuali della Banca d'Italia sull'Arbitro Bancario Finanziario (anni 2018 e 2019)*, 8 ottobre 2019, disponibile al link: <https://universitypress.unisob.na.it/ojs/index.php/annali/article/view/1232>
- G. CAVALLARO, *Commentario al Testo Unico della Finanza*, Pisa, 2021.
- A. CECCOBELLI, *Mediazione: finalmente le motivazioni. Più dubbi o certezze?*, in www.altalex.com, 6 dicembre 2012.

- F. CIACCAFAVA, *Negoziazione assistita: mancata adesione all'invito e condanna per responsabilità aggravata*, in *Il Sole 24 ore, Norme & Tributi Plus*, 25 gennaio 2022.
- G. CIACCI; G. BUONOMO, *Profili di informatica giuridica*, II ed., Milano, 2021.
- L. COMINELLI, *L'Online Dispute Resolution nel mondo: modelli a confronto*, in *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella Società dell'Informazione*, a cura di A. MAGGIPINTO, Milano, 2006.
- C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. 1, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2023.
- C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. 3, Torino, 2012.
- G. CONTE, *Arbitro Bancario e Finanziario*, a cura di L. BALESTRA; R. DI RAIMO; D. MAFFEIS; M. MAGGIOLO; M. MARINARO; R. NATOLI; S. PAGLIANTINI; G. RECINTO, Milano, 2021.
- S. COTTERLI, *ABF e tutela del cliente bancario*, in *Banca Impresa e Società*, Fascicolo 2, agosto 2019.
- F. CUOMO ULLOA, *La Conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008.
- M. DELIA, *La mediazione demandata dal giudice, Ciclo di webinar sul tema «Riforma del processo civile»*, in www.scuolamagistratura.it, 16 febbraio 2023.
- M. DELIA, *Le ADR nei moduli organizzativi del processo civile e nella programmazione del PNRR*, in *Questione Giustizia*, Vol. 3, 2021.

- A. D. DE SANTIS, *La metamorfosi (kafkiana) del processo telematico*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2015.
- A. DIDONE; F. DE SANTIS, *Il processo civile dopo la riforma Cartabia: aggiornato con le modifiche apportate dalla Legge di bilancio 2023 (L. 29 dicembre 2022, n. 197) al D.lgs. n. 149/2022*, Milano, 2023.
- L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n.28 del 4 marzo 2010*, in *Rivista Judicium*, 29 aprile 2010.
- V. E. FABIANI; M. LEO, *Prime riflessioni sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione” delle controversie civili e commerciali di cui al d. lgs. n. 28/2010*, in *Rivista Judicium*, 10 luglio 2010.
- M. FERRARI, *Record di risarcimenti per i risparmiatori e assistenza dell’avvocato: la relazione dell’ACF*, in www.altalex.com, 15 aprile 2022.
- B. FICCARELLI, *Un decennio di mediazione civile e commerciale: evoluzione, bilanci e prospettive*, in *Il diritto degli affari*, n.2/20.
- G. FINOCCHIARO, *Arbitrato bancario finanziario*, in *Diritto on line (2018)* www.treccani.it.
- A. GRAZIOSI (relazione di), *Giurisdizione civile e nuove tecnologie*, XXXIV Convegno nazionale dell’AISPC, Napoli, 22/23 settembre 2023, disponibile al link: <https://aispc.it/wp-content/uploads/2023/09/Relazioni-prof.-Andrea-Graziosi.pdf>
- G. GUIZZI, *Il valore delle decisioni dell’ABF (e dell’ACF) in un libro recente*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, Fascicolo 2, dicembre 2016.

- G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le Società*, 2011.
- R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996.
- G. LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, Collana: Diritto dell'Economia, diretta da E. PICOZZA; R. LENER, Torino, 2018.
- F. LOCATELLI, *Complementarità tra mediazione e processo nel D. lgs. 149/2022: "l'occasione è difficile che si offra ed è facile che si perda"*, in *Rivista Judicium*, 25 novembre 2022.
- F. P. LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, vol. V, XI ed., Milano, 2021.
- F. P. LUISO, *La «proposta» del mediatore*, in *Giustizia Consensuale*, Vol. I, N. 1, 2021.
- C. MANDRIOLI; A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, Vol. III, *L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, Torino, 2023.
- G. MATTEUCCI, *Mediazione e giudici in Italia, 2019*, in www.mondoadr.it, 16 marzo 2020.
- L. MINGARDO, *Amministrare la giustizia online: luci ed ombre della diffusione globale delle ODR*, in *Amministrazione in Cammino*, 4 dicembre 2020.
- L. MINGARDO, *Litigare online. Le ODR tra criticità e opportunità*, in *Etica, diritto e tecnologia. Percorsi dell'informatica giuridica contemporanea*, a cura di P. MORO, Milano, 2021.

- G. MONTELEONE, *La mediazione “forzata”*, in *Rivista Judicium*, 29 aprile 2010.
- J. MORINEAU, *L’esprit de la médiation*, Érès, Parigi, 1998 (ed. it.: F. ANGELI, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2016).
- B. NAPOLITANO, *La “nuova” mediazione demandata*, in www.101mediatori.it, 28 aprile 2023.
- M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, II ed., Torino, 2020.
- A. PANZAROLA, *Il processo civile e la rivoluzione tecnologica all’alba dell’era dell’Intelligenza Artificiale (considerazioni generali)*, in *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO; A. PANZAROLA; A. POLICE; S. PREZIOSI; M. PROTO, Milano, 2022.
- C. E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, in *Rivista di Diritto del Risparmio*, Fascicolo 1, 2021.
- G. PERCOCO, *Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB all’Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Rivista dell’arbitrato*, Fascicolo 1, 2017.
- A. PERRAZZELLI, *Dieci anni dopo la direttiva ADR: una prospettiva comparata sugli ADR bancari e finanziari*, 19 dicembre 2022, disponibile al link: https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2022/Perrazzelli_19122022.pdf.
- L. PERSICO, *Elettronica, cibernetica e processo (dal verbale magnetico al massimario automatico)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965.

- G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in *Informatica e diritto*, XXXIII annata, Vol. XVI, 2007.
- N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, IV ed., aggiornata a cura di R. MARTINO; A. PANZAROLA; L. PICARDI, Milano, 2019.
- C. PILIA, *L'intelligenza artificiale e la mediazione nei sistemi ADR/ODR*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO; A. PANZAROLA; A. POLICE; S. PREZIOSI; M. PROTO, Milano, 2022.
- A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 133, No. 5, maggio 2010.
- A. PROTO PISANI, *Nel centenario del magistero di Giuseppe Chiovenda: La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda*, in *Il Foro Italiano*. Vol. 125, No. 4, aprile 2002.
- L. M. QUATTROCCHIO, *Le applicazioni in ambito giuridico*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, Vol. 4, 2023.
- M. RUVOLO, *Mediazione obbligatoria. Casi e questioni*, Milano, 2011.
- V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell'arbitro bancario finanziario*, in *Rivista Judicium*, 17 ottobre 2012.
- V. SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, in *Rivista Judicium*, 29 giugno 2012.
- F. SANTAGADA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R.

- GIORDANO; A. PANZAROLA; A. POLICE; S. PREZIOSI; M. PROTO, Milano, 2022.
- B. N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano.*, IX ed., Milano, 2023.
 - G. SCARSELLI nell' intervista di V. A. POSO, *Mala tempora currunt. Scritti sull'ultima riforma del processo civile*, in www.giustiziainsieme.it, 4 marzo 2023.
 - E. P. SCIGLIANO, “ABF” e “ACF”: verso l'innovazione tecnologica, in *Cammino Diritto*, 29 dicembre 2022.
 - D. SICLARI, *La tutela stragiudiziale in ambito bancario, finanziario e assicurativo: problemi e prospettive*, in *Rivista trimestrale di Diritto dell'Economia*, Vol. 4, 2022.
 - A. SIGNORELLI, , *L'arbitrato nei rapporti asimmetrici: tutela dell'investimento e del risparmio nell'era tecnologica*, 19 luglio 2022, disponibile al link: <https://iris.luiss.it/handle/11385/220162#>.
 - P. SIRENA, *Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, Fascicolo 1, gennaio 2017.
 - G. SPINA, *Negoziazione assistita. Ambito di applicazione, disciplina e funzionamento dell'istituto nel quadro degli strumenti di ADR. Le novità per i procedimenti instaurati a decorrere dal 22 giugno 2022*, in www.altalex.com, 14 agosto 2022.
 - G. SPINA, *Negoziazione assistita, chi non risponde all'invito va sanzionato*, in www.altalex.com, 11 aprile 2017.

- G. SPINA, *Responsabilità processuale e art. 96 c.p.c. nella recente giurisprudenza.*, aggiornato al 5 dicembre 2017, in *La Nuova Procedura Civile*, n. 2, 2023.

- M. STELLA, *Lineamenti degli arbitri bancari e finanziari*, Padova, 2016.

- M. SUMMA, *La natura 'bifasica' del giudizio di impugnazione arbitrale*, in *Diritto & Giustizia*, 6 aprile 2020.

- A. M. TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2023.

- A. M. TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016.

- R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie*, XXXIV Convegno nazionale dell' AISPC, Napoli, 22/23 settembre 2023, disponibile al link: <https://aispc.it/wp-content/uploads/2023/09/Relazione-prof.-Roberta-Tiscini.pdf>.

- M. TOFANELLI, *La Riforma Cartabia tra utopia e passato*, in *Rivista Judicium*, 28 marzo 2023.

- A. TONARELLI, *Il "nuovo" mediatore civile e commerciale. Sociogenesi di una professione*, in *Cambio Rivista sulle Trasformazioni Sociali*, anno IV, n. 7, giugno 2014.

- M. VACCARI, *Questioni controverse in tema di mediazione*, in *Questione giustizia*, vol.1, 2015.

- A. VALSECCHI, *I sistemi ADR nel settore finanziario: l'esperienza dei maggiori ordinamenti europei*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Fascicolo 1, giugno 2011.

- V. VECCHIO, “*Effetti della mediazione obbligatoria non avviata nel termine assegnato né prima del giudizio di merito*”, in *Il Sole 24 ore, Norme & Tributi Plus*, 14 settembre 2022.

- G. VERDE, *Diritto processuale civile.*, V. 3, *Processo di esecuzione e Procedimenti speciali.*, VI ed., aggiornato a cura di F. AULETTA; G. P. CALIFANO; G. DELLA PIETRA; N. RASCIO, Torino, 2023.

- L. VIOLA, *Giustizia predittiva*, in *Diritto on line*, 2018, disponibile su www.treccani.it.

- G. ZAMPETTI, *Problemi di costituzionalità (e di conformità al diritto dell’unione) della “nuova” mediazione civile obbligatoria: diritto alla tutela giurisdizionale e principio di proporzionalità*, in *Rivista AIC*, 21 novembre 2014.

- A. ZANELLO, *Il primo incontro di mediazione: una formalità di carattere meramente informativo o uno snodo sostanziale decisivo per la definizione della controversia?*, in www.mondoadr.it, 13 giugno 2016.

- M. ZANUSSI, *Il nuovo primo incontro di mediazione: un cambio di passo*, in www.cfnews.it, 3 luglio 2023.

- M. ZANUSSI, *Incentivi fiscali in mediazione: è attiva la piattaforma per i crediti d’imposta*, in www.cfnews.it, 12 febbraio 2024.

- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L’incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015.

