



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Comparato

Scuola di Dottorato di Ricerca in Diritto internazionale e Diritto privato del lavoro

Indirizzo: Diritto privato nella dimensione europea

Ciclo XXIV

## **I METODI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE. L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO**

**Direttore della Scuola :** Ch.ma Prof. Manuela Mantovani  
**Coordinatore d'indirizzo:** Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio  
**Supervisore :** Ch.mo Prof. Stefano Delle Monache

**Dottorando :** Andrea Carli

## INDICE-SOMMARIO

### **CAPITOLO 1): Cenni introduttivi**

I metodi alternativi di risoluzione delle controversie.....pag. 4

ADR, conciliazione, mediazione e arbitrato: nozione, distinzione, funzioni.....pag. 8

### **CAPITOLO 2): Conciliazione e mediazione nell'ordinamento**

#### **Comunitario**

Deliberazioni e risoluzioni preliminari delle istituzioni comunitarie.....pag. 12

La direttiva n. 52 del 2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio: principi, definizioni, portata, ambito di applicazione, effetti sugli ordinamenti nazionali.....pag. 17

Finalità dell'istituto introdotto dalla Direttiva.....pag. 33

### **CAPITOLO 3): Individuazione dei principi generali e degli effetti generalmente riconosciuti nei sistemi giuridici stranieri, in particolare nei Paesi di common law**

Premessa.....	pag. 38
L'esperienza nordamericana.....	pag. 40
Regno Unito e Australia.....	pag. 48
Considerazioni finali.....	pag. 53

#### **CAPITOLO 4): La conciliazione e la mediazione nell'ordinamento nazionale italiano**

La conciliazione giudiziale: cenni dell'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale fino all'inizio del secolo attuale.....	pag. 56
--	---------

Le recenti novità normative: in particolare, il regime delle spese processuali.....	pag. 69
---	---------

#### **CAPITOLO 5): L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)**

Origine e fonti.....	pag. 77
I principi.....	pag. 80
Natura e ambito di applicazione dell'ABF.....	pag. 86
Organi dell'ABF.....	pag. 96
Avvio e svolgimento del procedimento.....	pag.101
Conclusione del procedimento.....	pag.124

Elementi di collegamento tra ABF, processo e  
mediazione.....pag. 131

**Conclusioni e spunti di riflessione.....pag. 156**

**BIBLIOGRAFIA.....pag. 165**

**ALLEGATO A.....pag. 170**

## CAPITOLO 1)

### Cenni introduttivi

#### I metodi alternativi di risoluzione delle controversie

Secondo autorevoli e diffuse teorie derivanti da una concezione del diritto meramente statale, ai privati sarebbe preclusa la possibilità di accertare i propri diritti poiché la funzione di 'trattare' le posizioni soggettive riconosciute dall'ordinamento, in qualunque forma e modo si attui, costituisce una prerogativa statale posta gestita in regime di vero e proprio monopolio <sup>(1)</sup>.

Da ciò consegue che i privati, anche nell'ambito di diritti disponibili e anche ove non sia violata alcuna disposizione di ordine pubblico, non potrebbero godere di alcun potere di accertamento.

Muovendo da tale ottica alcuni autori sono anche giunti a negare che nel nostro ordinamento possa esistere in generale il negozio di accertamento, in tal modo inibendo ai privati ogni forma di accertamento volontario dei propri diritti al di fuori delle ipotesi espressamente regolate dalla legge <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale, I, Le tutele*, Padova, 2003, 31 e ss. il quale qualifica la funzione dello Stato come «servizio pubblico essenzialissimo» che non potrebbe mai venire meno, altrimenti si verificherebbe una abdicazione delle prerogative della sovranità con la conseguente lesione della tutela della certezza dei rapporti giuridici.

Secondo una diversa corrente di pensiero, invece, l'ordinamento italiano complessivamente inteso non prevede affatto un monopolio in tal senso, in quanto dalle norme costituzionali relative al diritto di agire in giudizio (art. 24 Cost.) e all'organizzazione della giustizia (artt. 101 e segg. Cost.) nonché dall'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2907 c.c. si ricava che lo Stato è obbligato a dotarsi di strutture e di procedure essenziali alla risoluzione delle controversie, ma non impone al privato di farvi ricorso <sup>(3)</sup>.

Secondo tale opinione, il potere giurisdizionale si concretizza nella predisposizione dei mezzi idonei allo scopo di risolvere le controversie e solo in tale senso (ovvero nell'espletamento della sua fase funzionale) può ritenersi sussistente un servizio pubblico essenziale e monopolistico.

In altre parole il monopolio della giurisdizione non è essenziale all'affermazione delle prerogative della sovranità dello Stato. L'unico vero e proprio monopolio statale (necessario) riguarda la tutela coattiva dei diritti, ovvero l'uso della forza pubblica nella fase dell'esecuzione concreta dell'atto risolutivo delle controversie <sup>(4)</sup>.

In tema di diritti disponibili, pertanto, deve escludersi che la giurisdizione costituisca l'unica ed esclusiva forma di risoluzione dei conflitti, rivestendo invece un ruolo residuale: la pronuncia dei giudici statali è necessaria solo quando i privati non abbiano voluto o potuto accordarsi utilizzando strumenti alternativi.

---

<sup>(2)</sup> SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, 20 e, più recentemente, MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, Torino, 2002, 112.

<sup>(3)</sup> SATTA, *Commentario al c.p.c.*, IV, 2, Milano 1971, 167 e ss.; VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. Dir. Process.*, 2003, 371 e *Lineamenti di diritto sull'arbitrato*, Torino, 2004.

<sup>(4)</sup> In tal senso VERDE, *Lineamenti di diritto sull'arbitrato*, cit.

Tale ultimo orientamento è senz'altro più convincente, in primo luogo in quanto appare in linea con la nozione dedicata dal codice civile all'istituto della transazione, attraverso la quale i privati possono accordarsi, facendosi reciproche concessioni, non solo per porre fine ad una lite già iniziata, ma anche per prevenire una lite ipotetica ed eventuale e possono altresì creare, modificare o estinguere rapporti giuridici diversi da quelli oggetto della pretesa e della contestazione (art. 1965 c.c.): consentire con siffatta ampiezza (di presupposti, di forme e di modi) la risoluzione di una controversia prescindendo dal ricorso alla giurisdizione non può che indicare la massima apertura dell'ordinamento verso strumenti alternativi di tipo negoziale.

In secondo luogo il netto favore espresso - con toni sempre più perentori - dalla normativa comunitaria (alla luce della quale deve interpretarsi anche il diritto interno) verso tutti gli strumenti di soluzione negoziata delle controversie lascia pochi dubbi in proposito, costituendo la predisposizione di strumenti efficaci in tal senso un vero e proprio obbligo posto in capo a tutti gli Stati membri dell'Unione Europea <sup>(5)</sup>.

E', dunque, il diritto positivo che impone di valorizzare i metodi alternativi di risoluzione delle controversie, da considerarsi quindi non come il frutto di una (biasimevole) rinuncia ad una prerogativa statale ma come strumento coesistente al fine di una congrua ed efficace amministrazione della giustizia per raggiungerne il fine primario, ovvero la concreta definizione in tempi ragionevoli della *res litigiosa*.

---

<sup>(5)</sup> Su tale tema vds. *infra*, cap. 2

Con ciò si vuole sottolineare che, contrariamente ad una opinione molto diffusa tra gli operatori del diritto, il ricorso ai metodi alternativi di tipo negoziale non può essere inquadrato sbrigativamente quale automatica conseguenza dell'attuale stato di precaria salute della giurisdizione statale (quasi una medicina amara sebbene utile al fine di ridurre l'esorbitante numero di cause pendenti) ma, al contrario, costituisce un indice significativo della funzionalità della macchina che amministra la giustizia.

Non è un caso che negli Stati le cui amministrazioni meglio assolvono tale ruolo si registri una percentuale di definizioni giudiziali delle liti significativamente esigua rispetto alle definizioni negoziali <sup>(6)</sup>.

In altre parole, lo sviluppo degli strumenti consensualistici non costituisce solamente uno degli effetti della crisi dei sistemi giudiziari, ma rappresenta piuttosto, laddove efficacemente approntato, una delle principali cause del buon funzionamento di essi.

Naturalmente tutto ciò non comporta alcun disconoscimento del valore centrale del processo quale sede di risoluzione delle controversie <sup>(7)</sup>; è tuttavia necessario evidenziare come i modelli alternativi non possano essere più considerati quali accessori eventuali del processo, ma ad essi debba riconoscersi un ruolo di fisiologica complementarietà rispetto alla giurisdizione proprio al fine di valorizzare l'efficienza e l'efficacia di quest'ultima.

---

<sup>(6)</sup> Ad esempio, con riferimento alle esperienze di oltreoceano, alcuni Autori riportano che tra le controversie iniziate avanti all'Autorità giurisdizionale ne giunge a sentenza solamente una parte compresa tra il 2% ed il 5%; cfr. DE PALO, in *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009, a cura di RUBINO SAMMARTANO, capitolo 66.

<sup>(7)</sup> LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *R. trim. proc. civ.*, 2004, 1201.

ADR, conciliazione, mediazione e arbitrato: nozione, distinzione, funzioni

Le moderne teorie sui modelli alternativi di definizione del contenzioso sono nate negli Stati Uniti negli anni '50 per propagarsi in tutti i sistemi giuridici occidentali, e proprio negli Stati Uniti è stata coniata l'espressione *alternative dispute resolution* (ADR) al fine di indicare l'insieme delle molteplici forme di composizione volontaria della lite <sup>(8)</sup>.

La scelta di utilizzare una espressione di *genus* e non di *species* si è rivelata quanto mai appropriata poiché idonea a fronteggiare una prima difficoltà riguardante il tema in oggetto, ovvero quello definitorio e terminologico.

L'insieme degli strumenti alternativi si compone, infatti, di variegate procedure le quali, pur nella diversità di struttura e di forma, in molti casi possono interagire fra loro (spesso operando congiuntamente) e sono individuate con diverse denominazioni (talvolta derivanti dalle fonti normative, talaltra dalla prassi), il che contribuisce a determinare una grande confusione terminologica.

E' quindi opportuna una breve analisi in tal senso non solo al fine di fare chiarezza sul punto ma anche per delimitare l'ambito del presente lavoro.

Da un punto di vista generale, i modelli di ADR possono innanzitutto raggrupparsi in tre aree principali, concernenti

---

<sup>(8)</sup> PALMER, ROBERTS, *Dispute Processes: ADR and the primary forms of decision-making*, Londra, 2005, 46.

rispettivamente le procedure "primarie", "ibride e "multifase" (9).

Le procedure primarie sono quelle costituite dalle tre forme tradizionali - negoziazione, conciliazione e arbitrato - di soluzione delle controversie.

In particolare, nella negoziazione le parti interagiscono direttamente fra loro, senza l'intervento di un organo terzo, e dunque si verifica una vera e propria trattativa contrattuale (con o senza l'ausilio di consulenti di parte).

Nella conciliazione, invece, la procedura è condotta da un organo terzo (con o senza il potere di emettere una decisione vincolante) e le parti in lite (normalmente assistite da consulenti) non sono mai vincolate ad accettare le soluzioni eventualmente proposte dall'organo neutrale.

L'arbitrato, invece, si caratterizza per la volontaria devoluzione all'organo terzo del potere di decidere la lite in modo vincolante per le parti (pressoché sempre assistite da consulenti).

Le procedure ibride (o miste) sono quelle che si compongono di elementi appartenenti a più di una delle tipologie sopra descritte.

Fra di esse si possono individuare i tavoli negoziali paritetici, gli istituti di autoregolamentazione, la valutazione neutrale, il mini-processo, l'*adjudication*, l'arbitrato-legato, l'arbitrato *baseball*, l'arbitrato *baseball* notturno e altri ancora (10).

---

(9) cfr. DE PALO, in *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009, a cura di RUBINO SAMMARTANO, cit., capitolo 66.

(10) cfr. DE PALO, in *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009, a cura di RUBINO SAMMARTANO, cit., capitolo 67.

Le procedure multifase sono quelle che si caratterizzano per la consequenzialità automatica tra due procedure primarie e si distinguono da quelle ibride poiché non operano, in genere, alcuna commistione di elementi all'interno di una singola procedura ma si articolano in più fasi connotate da distinte procedure collegate fra loro.

Fra di esse si possono individuare la conciliazione-arbitrato, la conciliazione-poi arbitrato, la conciliazione-poi arbitrato legato <sup>(11)</sup>.

Non appare qui il caso di soffermarsi sugli aspetti definitivi e descrittivi di ciascuna di tali denominazioni, sia perché la rapida evoluzione di tali strumenti (con la creazione di modelli sempre nuovi) renderebbe evanescente ogni sforzo classificatorio, sia perché eventuali indagini in tal senso appaiono sterili rispetto al tema trattando.

Dal punto di vista metodologico è invece importante delimitare l'ambito della presente ricerca e individuare sin d'ora, con la minima approssimazione possibile, l'estensione e il significato dei termini che saranno utilizzati nel corso della seguente trattazione.

A tal fine si precisa innanzitutto che la presente ricerca ha ad oggetto le forme di risoluzione alternative connotate da una procedura gestita da un organo terzo e neutrale e che non si definiscono con una decisione vincolante di tale organo. Esse si identificano, pertanto, in quelle rientranti nell'area della "conciliazione" come sopra definita, con esclusione sia della mera "negoziazione" tra le parti sia dell'"arbitrato" propriamente detto.

---

<sup>(11)</sup> cfr. DE PALO, in *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009, a cura di RUBINO SAMMARTANO, cit. capitolo 67.

All'interno della macro-area della conciliazione intesa in senso ampio, possono distinguersi la conciliazione in senso stretto e la mediazione propriamente detta (*mediation*).

Per conciliazione (in senso stretto) si intende il procedimento incidentale di cui all'art. 185 c.p.c., ovvero la procedura instaurata, nel corso della fase istruttoria di una causa, dal giudice istruttore su richiesta congiunta delle parti ovvero d'ufficio.

Per mediazione si intende la procedura instaurata (sia nel corso di un giudizio sia stragiudizialmente) su richiesta delle parti o (nei casi previsti dalla legge) dal giudice e condotta da un professionista esterno (ovvero neutrale e che non svolge né svolgerà il ruolo di giudice o arbitro nella stessa lite). Un esempio in tal senso è costituito dalla mediazione prevista dall'art. 155 sexies, comma 2, c.p.c. in materia di diritto di famiglia.

D'ora innanzi, pertanto, in relazione alle procedure di ADR ogni riferimento rivolto alla conciliazione e alla mediazione deve intendersi effettuato in tali termini, ad eccezione del capitolo seguente, interamente dedicato alla normativa comunitaria, la quale utilizza l'espressione "mediazione" volutamente in senso ampio, prescindendo da qualsivoglia denominazione più specifica.

## CAPITOLO 2)

### Conciliazione e mediazione nell'ordinamento comunitario

### Deliberazioni e risoluzioni preliminari delle istituzioni comunitarie

L'approccio delle Istituzioni comunitarie all'ADR prende le mosse da quanto si è sviluppato negli Stati Uniti in ordine alle forme di composizione volontaria della lite <sup>(12)</sup>.

I primi passi dell'Unione Europea in tal senso sono stati compiuti con specifico riferimento a normative di settore, ed in particolare, sin dagli anni '70, al settore della tutela dei consumatori <sup>(13)</sup>.

Il Consiglio dell'Unione, infatti, dopo aver provveduto, in un primo tempo, ad individuare sempre più minuziosamente i diritti dei consumatori, si è posto l'obiettivo di determinare anche gli strumenti più adatti per garantirne la migliore tutela, promuovendo un sistema basato (anche) su strumenti alternativi al processo.

---

<sup>(12)</sup> Cfr. quanto già esposto a tal proposito *supra*, al cap. precedente.

<sup>(13)</sup> Cfr. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Pol. Dir.* 1997, 403; DANOVI, *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione Europea* in *Giur. It.* 1997, IV, 326.

Ad esempio nel "memorandum sul nuovo impulso alla politica di protezione del consumatore" trasmesso dalla Commissione al Consiglio in data 4 gennaio 1985 sono state individuate quattro prospettive per l'implementazione degli strumenti di tutela dei consumatori, ed uno di essi consiste nella diffusione delle pratiche di conciliazione.

Una vera e propria svolta è stata segnata con il Libro Verde in tema di accesso dei consumatori alla Giustizia del 16 novembre 1993, il quale contiene per la prima volta una sintesi di tale indirizzo comunitario.

Con tale documento la politica di rafforzamento e di diffusione degli strumenti di tutela ha ritagliato uno spazio decisivo alle pratiche di ADR, le quali hanno assunto un ruolo prioritario anche grazie ai numerosi fondi stanziati dalla Comunità Europea a supporto dei progetti pilota in tema di procedure conciliative <sup>(14)</sup>.

Da tale momento in avanti le procedure di ADR hanno abbandonato la veste di metodi secondari ed incidentali per assumere quella di strumento privilegiato di tutela nella dimensione transfrontaliera.

Come è stato sottolineato da vari Autori, tuttavia, tale passaggio degli strumenti di ADR dal ruolo di comparsa ad attore principale ha avuto un significato assai diverso da quanto è accaduto nel sistema nordamericano.

Negli Stati Uniti, infatti, la diffusione delle ADR è da ritenersi dovuta in modo determinante anche dalla crescente sfiducia nei rimedi giurisdizionali 'tradizionali', mentre l'approccio dell'Unione Europea è essenzialmente positivo, ovvero fondato sulla necessità di introdurre strumenti

---

<sup>(14)</sup> Cfr. sul punto DANОВI, *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione Europea*, cit., 331; CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, Padova, 2008, 39.

alternativi e complementari in grado di migliorare l'efficacia della giurisdizione, nel rispetto della fondamentale garanzia per i cittadini di accedere alla giustizia ordinaria, diritto inviolabile riconosciuto dalla carta CEDU e dal Trattato CEE<sup>(15)</sup>.

Comincia, pertanto, a farsi strada l'idea che la tutela giurisdizionale, pur costituendo da un lato la più completa e garantista forma di risoluzione dei conflitti, rappresenti dall'altro (sotto il profilo dell'efficacia complessiva della tutela dei diritti, considerando anche le risorse economiche impiegate dagli Stati e dai cittadini e il tempo di realizzazione effettiva della tutela), nel panorama dei rimedi concretamente attuabili, l'*extrema ratio*.

In altre parole è imprescindibile che gli Stati garantiscano a tutti i cittadini la possibilità di adire le vie giurisdizionali, ma la realizzazione di una tutela effettiva dei diritti impone necessariamente di porre in essere ogni tentativo di risolvere le liti con rimedi alternativi, riducendo così al minimo il ricorso alla macchina processuale, la quale deve essere impiegata *in toto* solo ove siano falliti tutti tali tentativi.

Gli strumenti alternativi possono, dunque, definirsi privilegiati non solo dal punto di vista immediato e concreto della risoluzione del singolo caso (in quanto più snelli, veloci ed economici per le parti), ma anche in un'ottica complessiva e di politica giudiziaria a medio-lungo termine, permettendo alla macchina giurisdizionale di concentrare le proprie energie su un numero più limitato di processi e, di conseguenza, di funzionare più rapidamente e più efficacemente.

---

<sup>(15)</sup> Cfr. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 40; BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. process.* 2005, 785.

Tali concetti realizzano un vero e proprio capovolgimento di prospettiva: il diritto a proporre un ricorso giurisdizionale per tutelare le proprie ragioni è certamente inviolabile e centrale ma allo stesso tempo deve essere considerato anche residuale, e quanto più aumenta tale carattere di residualità tanto più lo strumento processuale acquista efficacia e garantisce la tutela effettiva e concreta dei diritti.

L'impostazione sopra delineata ha rivelato tutta la sua portata innovativa nelle determinazioni del Consiglio d'Europa adottate all'esito della riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, con cui l'organo comunitario ha invitato tutti gli Stati membri ad istituire ed attivare procedure alternative per la risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

In tal modo le procedure di ADR sono definitivamente uscite dalle nicchie settoriali per assumere stabilmente una dimensione generale.

Per di più si consideri che le procedure di ADR hanno, nella prospettiva dell'Unione Europea, un indubbio vantaggio rispetto ai rimedi processuali: la facilità di uniformazione. Le Istituzioni Comunitarie, infatti, si sono rese conto che, soprattutto nelle controversie transfrontaliere, sussistono serie difficoltà dovute alla disomogeneità dei diversi sistemi giuridici e giudiziari degli Stati membri, il che talvolta si frappone alla realizzazione della effettiva tutela delle posizioni dei cittadini.

Tutto ciò non si verifica, invece (o si verifica in maniera attenuata), nei procedimenti di ADR, i cui meccanismi ben possono essere ricondotti a criteri omogenei facilmente adattabili a tutti gli ordinamenti interni.

Anche da tale punto di vista, pertanto, le procedure di ADR rappresentano uno strumento privilegiato, consentendo alla Comunità Europea di incentivare la diffusione di modelli standard in attuazione di una vera e propria politica comune nel campo della giustizia.

Dalle determinazioni di Tampere in avanti, infatti, si è assistito a una produzione via via crescente di risoluzioni <sup>(16)</sup> che hanno spianato la strada a due importanti provvedimenti della Commissione Europea: il Libro Verde adottato il 19 aprile 2002 e la Proposta di Direttiva relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale del 22 ottobre 2004.

Con il Libro Verde la Commissione ha preso in esame le procedure di ADR in Europa al dichiarato fine di promuovere la diffusione dei metodi alternativi, mentre con la Proposta di Direttiva la Commissione ha precisato che uno degli obiettivi della U.E. è quello di migliorare l'accesso alla giustizia dei cittadini anche attraverso l'implementazione degli strumenti alternativi, proponendosi di regolamentarne gli aspetti comuni.

E' chiaro che tutto ciò lasciava presagire l'adozione, entro breve tempo, di un atto normativo comunitario sui principali aspetti delle procedure di ADR.

---

<sup>(16)</sup> Si tratta principalmente della Raccomandazione n. 1 del 1998 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in materia di mediazione familiare, della Raccomandazione n. 10 del 2002 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla mediazione in materia civile e della Raccomandazione n. 310 del 2001 della Commissione UE in materia di diritti dei consumatori.

La direttiva n. 52 del 2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio: principi, definizioni, portata, ambito di applicazione, effetti sugli ordinamenti nazionali

Dopo otto anni di lavori preparatori il 21 maggio 2008 è stata emanata la Direttiva 2998/52/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio.

La Direttiva si riferisce espressamente a *"determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale"* e, come riportato al *'considerando'* n. 2, ha lo scopo di *"agevolare un miglior accesso alla giustizia"* in attuazione alle deliberazioni adottate dal Consiglio alla riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999.

A tal fine, *"per garantire che le parti che vi ricorrono possano fare affidamento su un contesto giuridico certo è necessario introdurre un quadro normativo che affronti, in particolare, gli elementi chiave della procedura civile"*, come si legge al *'considerando'* n. 7.

Nei successivi *'considerando'* la Direttiva pone i limiti del proprio ambito.

Innanzitutto essa non si applica ai diritti dei quali le parti non possono disporre (come accade di frequente in materia di famiglia o di lavoro; *'considerando'* n. 10) né alle trattative precontrattuali né a procedimenti di natura decisoria quali la conciliazione giudiziale (ovvero gestita dallo stesso giudice assegnatario della medesima causa), all'arbitrato, alla risoluzione delle controversie dei consumatori, alle valutazioni di periti e ai procedimenti gestiti da organi

dotati del potere di emettere una raccomandazione formale per la risoluzione della causa ('considerando' nn. 11 e 12).

La direttiva riguarda, inoltre, le sole di cause di natura transfrontaliera ('considerando' n. 8) e non si applica alle materie fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato nell'esercizio dei pubblici poteri (art. 2).

Alcuni di tali limiti appaiono facilmente interpretabili con riferimento sia alla portata che alla *ratio*: ciò può dirsi quanto all'esclusione prevista per le controversie coinvolgenti diritti indisponibili, per quelle riguardanti i diritti dei consumatori (già disciplinate da previgenti normative di settore) e per quelle inerenti alle materie fiscali, doganale e amministrativa e alla responsabilità dello Stato nell'esercizio dei pubblici poteri (dati gli interessi pubblici coinvolti).

Altrettanto può dirsi per l'esclusione della materia inerente alle trattative precontrattuali e della conciliazione giudiziale: entrambe appartengono a settori che risentono fortemente delle differenze di disciplina di diritto (rispettivamente sostanziale e processuale) riscontrabili nei diversi ordinamenti statuali e una eventuale disciplina comune sarebbe stata difficilmente applicabile in modo omogeneo.

L'esclusione dell'arbitrato (e dei procedimenti di natura arbitrale) appare facilmente comprensibile nel significato letterale della previsione ma non chiara quanto alla *ratio*: in tal modo, infatti, la Direttiva ha escluso dalla normativa comune tutte le forme di conciliazione "ibride" o "miste" all'arbitrato (cfr. supra, cap. 1), rinunciando a disciplinare i principi cardine di una rilevante parte delle procedure di

ADR che, invece, ben potrebbero conseguire gli scopi della Direttiva.

Di difficile comprensione, inoltre, appaiono l'esclusione delle "valutazioni dei periti" e dei "procedimenti gestiti da organi dotati del potere di emettere una raccomandazione formale, sia essa vincolante o meno, per la risoluzione della causa". In primo luogo sembra, infatti, arduo per l'interprete attribuire all'organo a cui è affidata la conciliazione la qualifica di "perito" piuttosto che quella di mediatore/conciliatore (non perito) <sup>(17)</sup> ed ancor più delicata si presenta l'operazione ermeneutica di individuazione, in seno al procedimento conciliativo, della sussistenza di un "organo dotato del potere di emettere una raccomandazione formale" avente l'effetto di escludere il relativo procedimento dall'applicazione della disciplina comune dettata dalla Direttiva.

A tal proposito, comunque, appare congruo ritenere che per "perito" debba intendersi un conciliatore che fondi la propria attività di mediazione solo su competenze tecniche settoriali (ad es. un collegio di medici in controversie relative al risarcimento del danno biologico), mentre l'elemento discrezionale relativamente alla ultima esclusione potrebbe consistere nella formalità della raccomandazione, distinguendo così i casi in cui l'organo conciliativo rivolga alle parti inviti o raccomandazioni informali (ovvero non verbalizzabili) da quelli in cui tali inviti o raccomandazioni possano o debbano essere formalizzati (cioè risultino a verbale): solo nella prima ipotesi la procedura di ADR rientrerebbe nelle previsioni della Direttiva.

---

<sup>(17)</sup> La difficoltà aumenta se si considera che la stessa Direttiva, all'art. 3, lett. B definisce il mediatore *da prescindere dalla denominazione o dalla professione* di costui, con ciò rendendo ancor più incerto il confine tra il perito e il mediatore in senso stretto.

Si tratta, tuttavia, di parametri tutt'altro che rassicuranti poiché applicabili solo ai casi più nitidi, mentre appaiono di scarsa efficacia nelle situazioni che presentino elementi di diversa natura.

Assolutamente dovuta deve ritenersi, invece, la esclusione delle controversie non rivestenti natura transfrontaliera, e ciò proprio in base ai limiti funzionali del legislatore comunitario.

Tuttavia, subito dopo aver posto tale limite, la Direttiva si affretta a precisarne il carattere non vincolante: *"Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni"* ('considerando' n. 8).

Si tratta, evidentemente, di una apertura della massima portata. La formula utilizzata ("*nulla dovrebbe vietare*" etc.) costituisce un chiaro invito rivolto ai legislatori nazionali affinché essi rimuovano ogni ostacolo che possa intralciare il raggiungimento degli scopi della Direttiva, e quindi adeguino gli ordinamenti nazionali creando (ove non sussistenti) gli strumenti giuridici idonei a consentire l'espletamento delle procedure di ADR in base alle regole comunitarie.

Ciò induce a ritenere che anche le altre limitazioni poste dalla Direttiva debbano essere intese, per quanto possibile, in senso restrittivo (cioè nel senso di consentire la massima diffusione delle procedure alternative), nell'ottica del raggiungimento degli scopi primari posti dal legislatore comunitario a fondamento della normativa in questione.

Quanto al contenuto precettivo, la Direttiva si articola lungo alcuni principi che ne costituiscono le linee guida <sup>(18)</sup>:

- 1) principio consensualistico o di autonomia della volontà delle parti.

La volontà delle parti è il principio cardine di ogni procedura conciliativa, e costituisce quindi la base di qualsiasi ADR.

Tale principio è chiaramente enunciato innanzitutto dal 'considerando' n. 10 della Direttiva (laddove fa riferimento al raggiungimento volontario di un accordo con l'assistenza di un mediatore) ed inoltre dal 'considerando' n. 13 che ne sottolinea la natura di procedimento volontario (impropriamente definito di "*volontaria giurisdizione*") nel senso che "*le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento*".

Analoghi concetti sono prescritti dall'art. 3, lett. A, della Direttiva (dedicato alla definizione del termine "*mediazione*") per il quale con tale termine si intende "*un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di un controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore*".

Come si può notare, dunque, il carattere consensualistico non si limita all'*an*, ma riguarda anche il *quomodo* della procedura di ADR, esaltando il ruolo gestorio delle parti relativamente alla stessa organizzazione del procedimento e lasciando al mediatore la più defilata posizione di "*assistenza*";

- 2) principio di confidenzialità o di riservatezza.

---

(<sup>18</sup>) Tali principi erano già stati chiaramente espressi nella Raccomandazione del 1998, già citata alla nota 16.

Tale principio, riconosciuto da quasi tutte le legislazioni nazionali in materia di ADR, non riguarda solo la figura del conciliatore/mediatore ma si estende anche alle parti, imponendo a tali soggetti (salvo previsione normativa o pattuizione contraria) di non rivelare a terzi le circostanze emerse nel corso della procedura con riferimento non solo al contenuto dell'accordo o delle reciproche posizioni, ma anche alle trattative preventive e alle comunicazioni successive all'espletamento della procedura.

In tale ambito si colloca il 'considerando'n.23 della Direttiva, il quale, dopo aver sottolineato l'"importanza" della riservatezza, prevede che le norme della procedura civile dovrebbero proteggere la riservatezza della mediazione/conciliazione nel successivo procedimento giudiziario o di arbitrato.

Con un approccio del tutto sostanziale il legislatore comunitario ha, dunque, voluto porre in evidenza il nucleo più spinoso del problema, ovvero l'inutilizzabilità processuale delle dichiarazioni delle parti o degli elementi di fatto emersi nel corso della procedura di ADR. Si tratta di uno dei capisaldi sui quali si regge ogni ADR, poiché consente alle parti di impostare la propria attività conciliativa senza timore che, una volta concluso con esito negativo il procedimento di conciliazione/mediazione, possa essere compromessa la propria posizione nell'eventuale successivo (o simultaneo) processo giurisdizionale o arbitrale.

Nello stesso senso deve anche considerarsi il penetrante precetto di cui all'art. 7 della Direttiva, che vieta (salvo eccezioni derivanti da motivi di ordine pubblico o da assoluta necessità ai fini dell'esecuzione dell'accordo) ai mediatori e agli altri soggetti coinvolti nel procedimento di ADR di assumere l'ufficio di testimone nella causa (anche arbitrale)

in materia civile e commerciale in merito a circostanze conosciute nel corso della procedura di ADR.

Inoltre la Direttiva pone in espressamente in correlazione con il principio di riservatezza anche la *"formazione dei mediatori e l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione"* ('considerando' n. 16);

3) principio di terzietà o imparzialità del mediatore/conciliatore.

Tale principio si ritrova chiaramente espresso nell'art. 3, lett. B, della Direttiva (dedicato alla definizione del termine *"mediatore"*) per il quale con tale termine si intende *"qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione"*.

Si tratta di una norma di spiccata matrice sostanzialistica il cui scopo è quello di assicurare la terzietà del mediatore (insieme all'efficacia del suo agire e alla relativa competenza professionale, che ne rappresentano logici corollari) a prescindere da qualsiasi aspetto formale o procedimentale (meccanismi di nomina, requisiti soggettivi del mediatore e sua denominazione).

E' del tutto evidente, quindi, che l'imparzialità del mediatore costituisce un requisito indefettibile della stessa procedura di ADR, la cui sussistenza non può essere desunta da presunzioni astratte ma deve essere sempre garantita in concreto, con riguardo a tutte le circostanze dei singoli casi, poiché qualora venisse meno la stessa procedura di mediazione non potrebbe essere considerata tale.

Nello stesso senso si pone l'art. 4, par. 2, della Direttiva secondo il quale *"gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti"*;

- 4) principio di equità del procedimento o di parità delle armi.

In base a tale principio la procedura di ADR deve svolgersi in modo tale da assicurare alle parti le medesime opportunità di far valere i propri interessi. In concreto si può tradurre, dal punto di vista del mediatore/conciliatore, non solo nel compito preliminare (di carattere 'statico') di verificare il rispetto delle regole in capo alle parti, ma anche nell'adozione di misure di volta in volta necessarie per eliminare elementi che possano dare origine a disequilibrio fra le parti (e quindi di carattere 'dinamico').

Il principio in oggetto non è espressamente citato dalla Direttiva. Tuttavia esso, da un lato, può essere considerato un logico corollario dei principi di imparzialità, legalità e volontarietà (nel senso che senza la rimozione di elementi di disequilibrio in capo alle parti non potrebbero dirsi sostanzialmente e integralmente rispettati tali principi) e, dall'altro, può essere desunto dall'art.4, par. 2, della Direttiva laddove esso prescrive l'efficacia, l'imparzialità e le competenza del mediatore non in modo generico ma espressamente *"in relazione alle parti"*, con ciò imponendo a tale organo di 'modulare' la propria condotta, improntata a tali principi, in relazione alla posizione dei soggetti coinvolti nella procedura di ADR.

La parità delle armi deve, inoltre, ritenersi un presupposto del principio di trasparenza (soprattutto nell'ambito dei doveri di informazione nei confronti delle parti), e può

concretizzarsi nel dovere del mediatore di fornire maggiori informazioni e chiarimenti alla parte che appaia meno informata;

5) principio di economia procedimentale.

In base a tale principio la procedura di ADR deve essere improntata ai criteri di celerità, efficacia ed efficienza e deve quindi perseguire il suo scopo assicurando alle parti il minimo sacrificio necessario nel rispetto delle regole di fondo.

Sul punto è qui sufficiente un mero richiamo alle numerose norme della Direttiva che prescrivono l'efficacia e l'efficienza del procedimento, già sopra citate.

6) principio di trasparenza.

E' un corollario del principio di parità delle armi, il quale deve considerarsi disatteso qualora le parti non abbiano la possibilità di essere informate preventivamente su tutti gli elementi della procedura.

Allo stesso modo, è da ritenersi compito fondamentale del mediatore/conciliatore quello di informare esaustivamente le parti circa l'*iter* procedurale intrapreso.

In tal senso devono essere intesi i 'considerando' nn. 25 e 26 della Direttiva: il primo promuove la divulgazione, da parte degli Stati membri, di informazioni "su come contattare mediatori e organizzazioni che forniscono servizi di mediazione" e l'informazione da parte dei "professionisti del diritto" ai propri clienti "delle possibilità di mediazione" mentre il secondo prevede che gli Stati membri rendano pubblici dei prospetti indicanti, per quanto possibile, la concordanza tra la Direttiva e i provvedimenti di attuazione.

Inoltre l'art. 9 della Direttiva pone in capo agli Stati membri il compito di divulgare al pubblico, *"in particolare via internet"*, le informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e l'art. 10 fa presente che la stessa Commissione mette a disposizione del pubblico *"tramite qualsiasi mezzo appropriato"* le informazioni sugli organi giurisdizionali o sulle autorità competenti;

7) principio di legalità.

In nessun caso la procedura di ADR, ancorché tesa al raggiungimento degli scopi della Direttiva, può violare il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, dell'ordine pubblico, né porsi in contrasto, sia espressamente sia implicitamente, con norme imperative di qualunque tipo in vigore nello Stato di riferimento.

In tale ambito il 'considerando' n. 27 della Direttiva fa presente che essa *"cerca di promuovere i diritti fondamentali e tiene conto dei principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea"*.

In linea con tutti i principi sopra enunciati possono inquadarsi due ulteriori e fondamentali istituti introdotti dalla Direttiva.

Il primo riguarda la neutralizzazione della prescrizione e della decadenza ai fini della procedura di ADR.

L'art. 8 della Direttiva, infatti (in modo pressoché coincidente rispetto al 'considerando' n. 25), prescrive che, *salve le disposizioni derivanti da accordi internazionali, "gli Stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia"*

*per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza”.*

Il significato della norma è di tutta evidenza, e mira senza dubbio ad evitare un utilizzo strumentale delle procedure di ADR da parte dei soggetti che accettino di avviare la mediazione.

Ciò dovrebbe indurre gli Stati membri ad introdurre nei rispettivi ordinamenti (qualora ne siano privi) una nuova ipotesi di sospensione o di interruzione della prescrizione e della decadenza.

Fra le due soluzioni, con riferimento specifico al diritto interno italiano, appare preferibile la via della sospensione.

Mentre la prescrizione *ex lege* è assoggettabile sia alla sospensione che all'interruzione (artt. 2941 e segg. c.c.), la decadenza non è assoggettabile all'interruzione (mentre lo è, ancorché non in via generale ma solo in virtù di espressa disposizione di legge, alla sospensione; art. 2964 c.c.). Ne consegue che l'eventuale scelta della sospensione non porrebbe, a differenza della interruzione, problemi di compatibilità con il diritto interno.

Il secondo fondamentale istituto introdotto dal legislatore comunitario consiste nella esecutorietà del verbale di mediazione.

A tal proposito l'art. 6 della Direttiva prevede che *“gli Stati membri assicurano che le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo. Il contenuto di tale accordo è reso esecutivo salvo se, nel caso in questione, il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato*

*membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività".*

A ciò fa eco il 'considerando' n. 20, il quale pone l'ulteriore obiettivo che l'accordo reso esecutivo in uno Stato membro possa essere dichiarato esecutivo in altri Stati membri in base alla disciplina comunitaria o nazionale, con esplicito riferimento al Regolamento CE n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ed al Regolamento CE n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.

Si tratta di un punto centrale nell'impalcatura dell'intero sistema.

Appare, infatti, chiaro che in tanto ha senso disciplinare (talvolta anche in modo puntuale e dettagliato, elemento inusuale per il legislatore comunitario in sede di direttiva non settoriale) gli aspetti comuni della mediazione, in quanto la positiva conclusione di essa (ovvero il raggiungimento dell'accordo) possa essere dotata di esecutività, ed essere quindi idonea a conseguire i risultati realizzando così gli scopi costituenti il presupposto dell'intera disciplina.

In ordine a ciò, tuttavia, la norma della Direttiva appare alquanto carente e contraddittoria.

In primo luogo l'ultimo inciso dell'art. 6 considera espressamente la possibilità che lo Stato membro non preveda alcuna possibilità di esecutorietà dell'accordo, il che appare costituire una eventualità incompatibile con la finalità primaria delle procedure di ADR come sopra delineata.

Non si vede la ragione per cui un ordinamento statale, al di fuori dei casi di contrarietà alla legge, dovrebbe porre in essere tutti gli strumenti idonei al raggiungimento di un accordo, privando contestualmente tale risultato della possibilità di incidere nella sfera giuridica delle parti. Ciò frustrerebbe inevitabilmente gli obiettivi perseguiti dalla Comunità Europea, con buona pace del principio di efficacia più volte richiamato dalla stessa Direttiva.

Ma ancor più contraddittorio appare il primo inciso dello stesso art. 6, laddove prescrive agli Stati di porre in essere i mezzi idonei ad assicurare l'esecutività dell'accordo solo in base al consenso di tutte le parti.

Risulta evidente la lacunosità di tale prescrizione, in quanto, subordinando gli effetti esecutivi dell'accordo (anche) alla volontà delle parti debentrici, da un lato sottrae alla procedura di ADR gran parte del suo *appeal* per le parti in lite quale efficace metodo alternativo al processo, e dall'altro apre la strada a (fin troppo) facili abusi.

Sul punto appare doveroso auspicare, invece, che gli Stati membri, in ossequio al principio di efficacia, provvedano a disciplinare preventivamente modalità certe per dotare di esecutorietà tutti gli accordi (naturalmente ad eccezione di quelli contrari alla legge) indipendentemente dalla concorde volontà di tutte le parti, e quindi a richiesta di una sola di esse (verosimilmente le parti creditrici).

Ove ciò non fosse posto in essere, un'altra idonea soluzione potrebbe consistere nell'adottare formule contrattuali standard (da inserire nel protocollo relativo alle regole procedurali di ogni ADR) condivise dalle parti all'atto dell'instaurazione del procedimento di mediazione.

Quanto agli effetti sugli ordinamenti nazionali, l'art. 12 della Direttiva prevede che tutti gli Stati membri sono tenuti a mettere in vigore ogni disposizione legislativa, regolamentare ed amministrativa necessaria per conformarsi alla Direttiva entro il 21 maggio 2011, ad eccezione degli obblighi informativi di cui all'art. 10 che devono essere assolti entro il 21 novembre 2010.

Il diritto interno di ciascuno Stato dovrà, pertanto, entro breve dotarsi di una disciplina rispettosa di tutti i principi e le norme sopra delineate.

A tal proposito si sottolinea che alcune delle prescrizioni della Direttiva costituiscono espressamente solo il limite minimo della disciplina di alcuni istituti, residuando quindi in capo al diritto interno la facoltà di introdurre norme più rigorose.

In tale ottica, con riferimento alla tutela della riservatezza il secondo paragrafo dell'art. 7 prevede che *"il paragrafo 1 non impedisce in alcun modo agli Stati membri di adottare misure più restrittive per tutelare la riservatezza della mediazione"*.

Tuttavia, proprio in virtù della natura di direttiva della normativa di cui trattasi (per cui essa vincola lo Stato membro quanto al risultato da raggiungere, ferma restando la discrezionalità dei legislatori nazionali quanto alla forma e ai mezzi da adottarsi in concreto), può ritenersi che lo stesso meccanismo operi anche in relazione ad altri istituti, quali ad esempio gli obblighi di informazione e, come sopra auspicato, l'esecutorietà degli accordi.

Da ultimo merita una menzione particolare la disposizione di cui all'art. 5, par. 2, la quale *"lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione"*

*obbligatorio oppure soggetto a 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".*

Si tratta di una previsione che rischia di porsi in contrasto con il principio della volontarietà, laddove conduca gli Stati ad introdurre misure sanzionatorie per le parti che non acconsentano di prendere parte ad una procedura di ADR ma preferiscano adire esclusivamente la via giurisdizionale.

Con particolare riferimento all'ordinamento italiano, inoltre, eventuali sanzioni poste a carico di chi non opta per la via della mediazione inciderebbero in modo concreto sull'esercizio del diritto di azione, ponendo seri dubbi di legittimità costituzionale rispetto al principio di cui all'art. 24 Cost..

A tal proposito è necessario distinguere tra sanzioni previste per il caso della semplice manifestazione di preferenza per la via giurisdizionale piuttosto di quella alternativa e misure tese a colpire il comportamento scorretto o sleale delle parti coinvolte in una procedura di ADR.

Nella seconda ipotesi, difatti, non sono ravvisabili elementi che possano limitare il diritto di agire in giudizio, in quanto le eventuali misure sanzionatorie avrebbero l'unico effetto di incentivare le parti ad assumere condotte improntate al *fair play*, il che contribuirebbe concretamente ad aumentare le possibilità di successo della trattativa, in ossequio al principio di efficacia come sopra delineato.

Pertanto, allo stesso modo in cui si ritiene che eventuali sanzioni punitive della scelta di adire la via giurisdizionale siano lesive di un diritto inviolabile costituzionalmente protetto, eventuali sanzioni punitive di condotte contrarie al

*fair play* tenute dalle parti nel corso della procedura di ADR (ad esempio la mancata partecipazione ad una riunione precedentemente concordata ovvero l'assunzione di posizioni contraddittorie) non solo sono da considerarsi legittime ma sono anzi auspicabili.

## Finalità dell'istituto introdotto dalla Direttiva

Come evidenziato al paragrafo precedente, il legislatore comunitario ha inteso fissare alcune regole di fondo in materia di conciliazione/mediazione, obbligando in tal modo gli Stati membri ad emanare una normativa interna (quanto possibile) uniforme ed idonea a raggiungere gli scopi della Direttiva.

La finalità immediata consiste, quindi, nell'introduzione in tutto il territorio dell'Unione di strumenti legislativi che raggiungano il risultato di diffondere la creazione, la conoscenza e l'utilizzo di metodi di ADR funzionali ad assicurare la definizione delle controversie.

Tutto ciò impone di attribuire alle previsioni della Direttiva una forza espansiva in relazione a tale risultato.

Tale convincimento è stato espresso più volte dalle stesse istituzioni comunitarie nel corso degli incontri e delle riunioni recentemente svoltesi al fine di verificare lo stato di sviluppo dei Paesi membri in materia e di indirizzarne la condotta sulla base di principi condivisi in vista di una esecuzione quanto più uniforme possibile agli obblighi imposti dalla Direttiva <sup>(19)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Ad esempio ciò è stato chiaramente enunciato dai rappresentanti del Consiglio della U.E. alla riunione fra Istituzioni Comunitarie e i delegati dei Paesi Membri svoltosi in data 17 giugno 2009 presso la Escuela Judicial del Poder Judicial di Barcellona sullo sviluppo dei procedimenti di mediazione e conciliazione in ambito europeo, riunione alla quale chi scrive ha preso parte quale Esperto Nazionale in materia (in rappresentanza dello Stato italiano) su incarico del Consiglio Superiore della Magistratura.

L'ottica attraverso la quale interpretare e dare applicazione alla normativa comunitaria non può, dunque, ridursi ad un passivo e tralazizio recepimento della volontà letteralmente espressa dal legislatore comunitario (traducendosi in una mera trasposizione delle norme comuni nei singoli ordinamenti), ma deve assumere connotati dinamici, provvedendo (nei limiti consentiti dal rispetto dei divieti inderogabili) a colmarne eventuali lacune e perseguendo l'obiettivo di rendere ogni singola disposizione compatibile, nella massima misura possibile, con l'ordinamento interno.

Tale forza espansiva (in nome del sostanziale raggiungimento del risultato prefisso) delle norme sulla mediazione di fonte comunitaria ha una importante conseguenza (per così dire 'riflessa') in ordine al necessario adeguamento degli istituti correlati o connessi.

In altre parole sarebbe sterile e riduttivo ritenere che gli effetti della Direttiva si esauriscano nella sola creazione degli strumenti di ADR ivi descritti e disciplinati: è invece necessaria una visione complessiva della portata innovativa della normativa in questione, la quale (sia sotto il profilo culturale sia sotto quello più strettamente giuridico) potrebbe risultare determinante al fine di 'rivitalizzare' altri strumenti già presenti negli ordinamenti interni ma, almeno fino ad ora, pressoché desueti o dotati di scarsa applicazione pratica.

Il caso più eclatante è quello della conciliazione giudiziale in senso stretto (ovvero la conciliazione gestita, in corso di causa, dallo stesso organo giudicante che ha il potere di decidere la controversia)<sup>(20)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> Cfr. *supra*, cap. 1

Tale istituto è espressamente escluso dalle previsioni della Direttiva, la quale "non dovrebbe estendersi ai tentativi dell'organo giurisdizionale o del giudice chiamato a risolvere la controversia nel contesto del procedimento giudiziario concernente tale controversia, ovvero ai casi in cui l'organo giurisdizionale o il giudice adito richiedano l'assistenza o la consulenza di una persona competente" ('considerando' n. 12).

Nonostante tale previsione sembri porre un limite invalicabile, ponendo la conciliazione giudiziale al di fuori dei limiti applicativi della normativa di fonte comunitaria, può invece ritenersi che anche tale istituto possa trovare, proprio attraverso lo *ius novum* in questione, una rinnovata linfa vitale.

Deve, infatti, considerarsi opinione condivisa (sia dagli Stati membri che dal Consiglio della U.E.) che entrambi i procedimenti (ovvero la mediazione e la conciliazione in senso stretto) possano raggiungere la massima funzionalità ed efficienza qualora sia consentito un utilizzo congiunto e/o coordinato di entrambi.

E' dunque necessario trovare un punto di congiunzione tra i due istituti al fine di individuare, a seconda delle specifiche esigenze di ogni fattispecie concreta, il metodo più adatto per impostare la trattativa fra le parti.

Tale ruolo non può che essere attribuito all'organo giudicante: appare evidente, infatti, che il giudice, basandosi sulla propria esperienza di casi consimili e sull'esame degli atti introduttivi depositati dalle parti, sia in grado di selezionare il metodo più appropriato (ovvero quello che fornisca le maggiori garanzie di ottenere un risultato positivo), decidendo di demandare la mediazione ad

un mediatore esterno ovvero di tentare la conciliazione in prima persona.

In tal modo il giudice assumerebbe il ruolo fondamentale di 'selezionatore' delle controversie.

La scelta fra l'una o l'altra soluzione dovrebbe fondarsi sugli elementi (giuridici e non) che connotano le controversie.

A tal proposito può affermarsi che, in generale, più la controversia è connotata da elementi strettamente giuridici e più appare opportuna la via della conciliazione condotta dal giudice assegnatario della causa; al contrario, quando i principali elementi del contendere sono rappresentati da circostanze di fatto (specie se collegate a questioni di natura personale), appare più consigliabile la strada della mediazione esterna.

Allo stesso modo dovrebbe incidere anche la qualità delle parti, posto che, sempre in linea generale, ove le stesse sono collegate da legami di natura personale (ad esempio in caso di rapporti di parentela, di vicinato, etc.) appare consigliabile la via della mediazione esterna, mentre nelle controversie in cui sono coinvolti enti collettivi (ad esempio enti pubblici, imprese di assicurazioni o istituti di credito) appare più opportuna la conciliazione giudiziale.

Tali parametri (il cui rilievo è meramente statistico) derivano dal fatto che l'organo giurisdizionale normalmente imposta la trattativa soprattutto sulla base degli elementi di diritto della fattispecie mentre il mediatore solitamente imposta la trattativa soprattutto in funzione degli interessi concreti delle parti prescindendo dalle ragioni giuridiche delle rispettive posizioni.

Tutte le considerazioni che precedono sono state condivise dai rappresentanti degli Stati membri e da quelli delle Istituzioni comunitarie al meeting di Barcellona del 19 giugno 2009 <sup>(21)</sup>.

Ciò posto, può dunque concludersi sul punto affermando che lo sviluppo necessariamente coordinato e correlato dei due istituti (mediazione e conciliazione) non può che comportare, quale unica logica conseguenza, la più ampia e diffusa applicazione di entrambi.

In tale quadro, allora, al sopra citato 'considerando' n. 12 (il quale esclude la conciliazione in senso stretto dall'ambito della Direttiva) non può affatto attribuirsi alcun significato limitativo dello strumento giudiziale: più semplicemente esso ne impone un differente regime giuridico, nel senso che mentre la mediazione è regolata dalle norme dettate dalla Direttiva, la conciliazione rimane regolata dalle norme statuali di diritto interno.

Tale conclusione appare, del resto, l'unica compatibile con la *ratio* di fondo della normativa comunitaria, ovvero l'implementazione di tutti gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

---

<sup>(21)</sup> Cfr. *supra*, nota n. 19. Vedasi anche il contenuto del discorso tenuto da chi scrive in tale occasione, sub all. A.

### CAPITOLO 3)

#### Individuazione dei principi generali e degli effetti generalmente riconosciuti nei sistemi giuridici stranieri, in particolare nei Paesi di common law

##### Premessa

E' indubbio che ai fini della presente ricerca potrebbe rivelarsi interessante e fonte di spunti di riflessione una analisi dei sistemi di ADR di tutti gli ordinamenti giuridici esistenti, quanto meno di tutti i Paesi della UE e di quelli delle nazioni da ritenersi più simili o comparabili al sistema italiano per cultura giuridica.

Si ritiene, tuttavia, più utile ed opportuno un approccio più settoriale e circoscritto, ponendo l'obiettivo solo sui più significativi fra tali sistemi, allo scopo di fornire non tanto una piattaforma riepilogativa di regole ed istituti nazionali, ma di cogliere gli aspetti più rilevanti dei meccanismi approntati dagli ordinamenti all'avanguardia nel settore, per poi tentare di trarre alcuni principi di fondo propedeutici al proseguo della trattazione.

In ordine a ciò, appaiono decisamente più rilevanti gli elementi delineatisi in seno agli ordinamenti di *common law* che hanno più approfonditamente sviluppato lo studio e l'applicazione delle procedure di ADR (Stati Uniti, Regno Unito, Australia) i quali, a differenza della maggior parte

dei Paesi europei di *civil law*, sono in grado oggi di gestire un sistema giudiziario per lo più efficiente ed idoneo a fornire ai cittadini una risposta concreta e rapida alla crescente domanda di risoluzione delle liti.

In Europa, infatti, salvo qualche isolata eccezione non si è mai verificata quella vera e propria rivoluzione culturale incentrata sull'attribuzione di un ruolo centrale alle procedure alternative (in un'ottica di *case management*) cominciata negli Stati Uniti circa quarant'anni fa; per tale motivo anche i Paesi europei che possono considerarsi più avanzati da tale punto di vista (come ad esempio la Spagna, che nel periodo più recente sta compiendo notevoli sforzi per la diffusione delle pratiche di ADR soprattutto a livello locale) hanno ancora una lunga strada da percorrere per giungere a risultati paragonabili a quelli registrati dai Paesi più evoluti.

In tal senso, comunque, la normativa comunitaria oggetto del precedente paragrafo può senz'altro costituire il punto di partenza.

## L'esperienza nordamericana

Un primo approccio alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie straniere non può che partire dal sistema degli Stati Uniti, se non altro perché tale Paese vanta la più consolidata esperienza nel settore.

Quanto alla conciliazione giudiziale, deve premettersi che, come avviene in generale negli ordinamenti di *common law* (e in modo ancor più intenso negli U.S.A.), il processo è considerato quale sede privilegiata per il raggiungimento delle transazioni al fine di dirimere le controversie.

A tale proposito basti evidenziare che, secondo autorevoli studi nordamericani, più di due terzi dell'intero contenzioso civile si definisce tramite l'accordo delle parti <sup>(22)</sup>.

Del resto tutto l'iter procedimentale d'oltreoceano è impostato per favorire nella massima misura possibile, e fin dalla prima fase processuale, lo scambio di informazioni fra le parti, al fine di aprire un tavolo di negoziazione e favorire le soluzioni consensuali.

Coerentemente con tale impostazione, anche la figura del giudice col tempo è mutata, assumendo sempre più i contorni di *manager* dell'attività processuale <sup>(23)</sup>.

Tuttavia solo una riforma delle *Federal Rules* del 1983 ha riconosciuto espressamente il potere conciliativo endoprocessuale del giudice: tale funzione è stata introdotta

---

<sup>(22)</sup> Cfr. GALANTER, *A world without trials?* in *J. Disp. Res.* 2006, 7; HAZARD, TAIT, FLETCHER, BUNDY, *Pleading and procedure*, New York, 2005, 919 e ss.

<sup>(23)</sup> Cfr. RESNIK, *Managerial judges* in *96 Harv. L. R.*, 1982, 376 e ss.

proprio dalla *rule 16*, ovvero dalla norma che disciplina i poteri manageriali del giudice da espletarsi nella fase preliminare e anteriore al dibattimento.

Dopo una serie di interventi di novellazione, attualmente tale norma attribuisce al giudice i più ampi poteri di adottare ogni iniziativa ritenuta utile allo scopo di avviare le trattative tra le parti. In particolare il giudice può imporre alle parti di presenziare personalmente - o tramite un proprio delegato - all'udienza preliminare (cd. *pre trial hearing*), obbligando in pratica le parti ad attivarsi per valutare soluzioni conciliative.

Tale obbligo è sanzionato severamente dal legislatore americano: non solo, infatti, dell'eventuale inottemperanza il giudice può tenere conto in sede di pronuncia sulle spese, ma soprattutto, in base a quanto disposto dall'ultima parte della *rule 16*, alla parte riluttante possono essere irrogate le dure sanzioni previste dalla *rule 37*, ovvero il rigetto della domanda o la configurazione di tale condotta quale *contempt of court*.

In base al notorio pragmatismo del sistema nordamericano, inoltre, l'obbligo di partecipazione delle parti al tentativo di conciliazione non si limita ai soli aspetti formali ma investe anche i profili sostanziali. La stessa *rule 16* prevede, a tal proposito, che il giudice può sanzionare le parti o i difensori anche nel caso in cui la loro attività conciliativa debba considerarsi *unfair*, cioè non si sia svolta nel rispetto del generale principio di buona fede.

La rilevante estensione dei poteri del giudice in seno alle trattative di conciliazione ha posto, con il tempo, il problema della compatibilità di tutto ciò con la terzietà dell'organo giudicante, problema che viene per lo più risolto

con espedienti tratti dalle prassi virtuose quali, ad esempio, l'attribuzione della gestione della conciliazione ad un giudice (inteso quale persona fisica) diverso da quello assegnatario della causa ovvero il ricorso a soggetti ausiliari appositamente preposti alla trattazione della fase di negoziazione fra le parti.

Per di più, l'ordinamento americano prevede una singolare forma di conciliazione endoprocessuale nella quale l'intervento del giudice è solo eventuale: si tratta della *offer of judgment* di cui alla *rule 68*.

Entro il termine perentorio di dieci giorni dall'inizio del processo, la parte convenuta <sup>(24)</sup> può formulare all'attore una proposta conciliativa. In caso di rifiuto dell'attore, qualora l'esito del processo sia per costui meno vantaggioso del contenuto della proposta rifiutata, il giudice può condannare tale parte a rifondere all'avversario, in parte o in tutto, i costi processuali da quest'ultimo sostenuti.

Per espressa previsione normativa, invece, nella fattispecie il rifiuto della proposta, ancorchè rivelatosi ingiustificato, non può essere valorizzato in sede di decisione sul merito della causa <sup>(25)</sup>.

In generale, comunque, il giudice non è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'accordo raggiunto, essendo previsto in taluni casi esclusivamente un provvedimento in cui confluisce in modo meramente formale il contenuto della volontà delle parti.

---

<sup>(24)</sup> E solo essa, essendo tale facoltà preclusa all'attore. Si tratta di una asimmetria alquanto singolare e aspramente criticata da parte della dottrina; cfr. BONNEY, TRIBECK, WRONA, *Rule 68: awakening a sleeping giant*, in *65 Geo. Wash. L. R.* 1997, 379.

<sup>(25)</sup> Cfr. CUBBAGE III, *Note. Federal rule 68 offers of judgment and equitable relief: where angels fear to tread*, in *70 Tex. L. Rev.*, 1991, 485

L'unica eccezione è rappresentata dalle cause aventi ad oggetto *class actions*, in relazione alle quali, in virtù degli interessi collettivi sottesi, la *rule 23* prevede un procedimento incidentale (cd. *fairness hearing*) al cui esito il giudice, se non ritiene l'accordo *fair, reasonable and adequate* deve negarne l'omologazione.

Anche i metodi di ADR stragiudiziali sono molto diffusi nel sistema nordamericano, soprattutto a partire dagli anni '70.

Negli anni '80 sono state costituite numerose imprese private aventi quale oggetto sociale quello di fornire il servizio di organizzazione e gestione delle pratiche conciliative a prezzi contenuti, alle quali si sono poi aggiunti vari centri socio-assistenziali ed associazioni no profit che svolgono il medesimo servizio, talvolta anche a titolo gratuito. Alcune recenti statistiche hanno stimato che l'insieme delle comunità dedicate alla gestione delle mediazioni tratta circa 100.000 conflitti l'anno <sup>(26)</sup>.

La molteplicità delle strutture e delle metodologie adottate compongono un insieme molto variegato e frammentato del quale non è possibile fornire, in questa sede, un esaustivo e ordinato quadro.

Lo stesso legislatore americano, infatti, proprio al fine di riordinare la materia, nel 2001 ha emanato una legge generale in materia di conciliazione stragiudiziale. Si tratta dello *Uniform Mediation Act* (UMA), che costituisce una sorta di legge cornice costituendo un modello normativo al quale i singoli Stati possono eventualmente aderire recependone, in tutto o in parte, il contenuto.

---

<sup>(26)</sup> Cfr. HEDEEN, *The evolution and evaluation of community mediation*, in 22 *Confl. Res. Q.*, 2004.

In tale prospettiva lo UMA contiene una disciplina generale, dettando i principi e le garanzie fondamentali suscettibili di eventuale integrazione o specificazione da parte delle leggi statali.

In ordine a ciò può dirsi che il rapporto fra lo UMA e la legislazione dei singoli Stati nordamericani è del tutto simile al rapporto fra la Direttiva del 2008 e le legislazioni nazionali dei Paesi membri della Unione Europea.

Anche il contenuto dello UMA presenta molte analogie con quello della Direttiva: esso si riferisce, infatti, solo alle procedure di ADR stragiudiziali e pone i propri capisaldi nel principio di imparzialità del mediatore e in quello di riservatezza (*confidentiality*).

L'elemento più interessante ai fini della presente ricerca consiste, tuttavia, nell'analisi del percorso evolutivo sviluppatosi negli USA il quale ha condotto all'introduzione di modelli normativi inerenti sia alla conciliazione giudiziale che alla mediazione stragiudiziale.

Dal momento in cui l'attività del giudice americano (che ha storicamente da sempre praticato la conciliazione) è stata normativamente prevista all'interno delle *federal rules* (il che è avvenuto, come sopra esposto, in seguito alla riforma del 1983), si è assistito ad una progressiva diffusione delle pratiche di ADR stragiudiziali, dando luogo ad un costante processo di convergenza fra i due prototipi di soluzione alternativa delle controversie.

Tutto ciò è riconducibile al fatto che la riforma della *rule 16* ha previsto per il giudice la possibilità non solo di tentare egli stesso la conciliazione ma anche di valutare, in contraddittorio con le parti, l'opportunità di adottare altre

soluzioni metodologiche ritenute più congrue in relazione alla fattispecie concreta.

In base a tale norma molte corti hanno delegato il tentativo di conciliazione ad un terzo in via stragiudiziale.

In tal modo si è realizzata una scissione fra la funzione giudicante e quella conciliativa, pur rimanendo il tentativo di conciliazione ben saldamente ancorato all'interno del processo.

In tale contesto hanno preso l'avvio una fase di 'sperimentazione' nel corso della quale sono stati praticati i primi tentativi di conciliazione stragiudiziale endoprocedurale, talvolta gestiti direttamente dalle stesse corti (tramite propri funzionari) ma sempre più spesso affidati dai giudici agli enti pubblici e privati nel frattempo specializzatisi nella materia.

Nel 1988 è stata approvata dal Congresso la legge nota come *Judicial Improvements and Access Act* che ha autorizzato venti corti distrettuali ad utilizzare tale metodo (denominato *court annexed ADR*) disciplinandone i principi regolatori. Dato il successo dell'iniziativa, dopo solamente due anni un'altra legge (*Civil Justice Reform Act*) ha esteso tale programma a tutte le corti distrettuali, rendendo obbligatorio il ricorso alle procedure di *court annexed ADR*.

L'evoluzione normativa è stata poi completata dall'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998, con il quale tali procedure sono state generalizzate ed estese a tutte le corti, anche di secondo grado.

Con tale legge la *court annexed ADR* è diventata uno strumento obbligatorio per tutte le corti federali, le quali devono dotarsi di un piano operativo in modo da poter presentare alle

parti in causa la concreta possibilità di ricorrere ad almeno una procedura organizzata e strutturata alternativa al processo tradizionale.

In concreto la disciplina in oggetto è stata tradotta in diversi schemi applicativi da parte delle varie corti federali.

Uno degli esempi più riusciti e più avanzati di *court annexed ADR* è senz'altro costituito da quello adottato e gestito dal *Northern District of California* soprattutto per opera del giudice Brazil, giudice federale particolarmente impegnato nella diffusione delle pratiche di ADR <sup>(27)</sup>.

La disciplina locale, in vigore dal 1 gennaio 2006, prevedono l'adozione di procedure di ADR all'interno del processo su richiesta concorde delle parti, su iniziativa di una sola di esse oppure per impulso ufficioso del giudice. Un apposito programma predisposto dalla corte (significativamente denominato "*ADR multi-option program*"), inoltre, offre alle parti l'assistenza necessaria per individuare quale, fra le varie procedure alternative (*mediation*, arbitrato non vincolante, *early neutral evaluation*), può ritenersi più adatta al caso di specie.

La scelta della singola procedura è poi rimessa in prima battuta all'accordo delle parti e, in mancanza di tale accordo, al giudice, il quale può anche revocare l'ammissione della fase incidentale conciliativa (ove ritenuta inutile) e procedere direttamente alla fase contenziosa.

La disciplina concerne anche la durata della fase incidentale: qualora la scelta cada sulla *mediation*, per esempio, essa

---

<sup>(27)</sup> Cfr. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit. cap. II pagg. 95 e ss.

dovrà concludersi entro il termine di novanta giorni dall'ordinanza che la ha disposta.

Degno di rilevante interesse deve considerarsi il tema della riservatezza.

In linea con le regole generali, ogni informazione relativa alla procedura di ADR non può essere rivelata a terzi e non può essere utilizzata dal giudice in sede di decisione della causa.

Vi sono, tuttavia, varie eccezioni, la più significativa delle quali riguarda le informazioni relative al corretto svolgimento della procedura di ADR e alla condotta processuale delle parti.

In merito a ciò è infatti previsto uno specifico procedimento di controllo, con la possibilità per il giudice di infliggere sanzioni alla parte che non abbia rispettato il programma o il cui comportamento non sia stato improntato alla buona fede. Tale subprocedimento, però, non è condotto dal giudice della causa di merito ma è gestito a un *magistrate judge* appartenente allo stesso ufficio giudiziario.

Si tratta di un procedimento che si svolge in contraddittorio segreto fra le parti, all'esito del quale il *magistrate judge* può irrogare ad una o più parti le sanzioni per le violazioni commesse, ma né i relativi atti processuali né l'eventuale sanzione possono essere conosciuti dal giudice della causa di merito, al fine di non comprometterne la terzietà.

## Regno Unito e Australia

Anche nell'esperienza inglese uno dei principali obiettivi del sistema giudiziario è quello di sviluppare e diffondere le pratiche di ADR, soprattutto in sede giudiziale.

Così come accade negli Stati Uniti, anche nel Regno Unito il numero dei processi che giungono alla fase dibattimentale risulta essere in costante diminuzione, soprattutto per effetto della riforma di diritto processuale del 1998 entrata in vigore il 1 aprile 1999 <sup>(28)</sup>.

Dal punto di vista generale, tuttavia, non appare qui opportuno approfondire l'analisi del fenomeno inglese poiché, per quanto interessa maggiormente ai fini della presente ricerca (ovvero i principi e le regole di fondo dei meccanismi conciliativi, a prescindere dalle particolarità degli schemi dettati dalle norme processuali), gli elementi più caratteristici (con riferimento alle ADR sia giudiziali che stragiudiziali) ricalcano in gran parte quelli già esposti in relazione agli Stati Uniti.

Per di più nel Regno Unito il recente potenziamento dei meccanismi di ADR è accompagnato da un generalizzato calo della litigiosità, dovuto in parte all'effetto di alcuni istituti processuali introdotti dalla riforma del 1999 (primi fra tutti i *pre action protocols*, che impongono, preliminarmente al processo, un esaustivo scambio di informazioni fra le parti, favorendo quindi l'adozione di soluzioni transattive indipendentemente dall'intervento del

---

<sup>(28)</sup> Sulla quale cfr. ZUCKERMAN, *Court control and party compliance ó the quest for effective litigation in TROCKER, VARANO The reform of civil procedure*, 143 e CRIFO, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 511.

giudice o del mediatore) ed in parte dagli esorbitanti costi di giustizia del sistema inglese, che, soprattutto nell'attuale periodo di crisi economica, costituiscono per le parti uno stimolo non trascurabile a ricercare soluzioni alternative al processo.

Quanto alla conciliazione giudiziale, anzi, si deve sottolineare che, ancorchè la riforma del 1999 abbia conferito al giudice ampi poteri di *case management* anche nella gestione della fase conciliativa, molto raramente i giudici britannici si avvalgono di tale potere, essendo evidentemente restii a considerare tale strumento rientrante nelle proprie funzioni istituzionali <sup>(29)</sup>.

Ciò che preme evidenziare, tuttavia, è che il sistema inglese si caratterizza per aver sviluppato un nuovo tipo di conciliazione avente natura allo stesso tempo endoprocessuale e stragiudiziale.

In base al testo attuale della *rule* 1.4, il giudice, infatti, oltre a promuovere la conciliazione giudiziale (con la facoltà di convocare personalmente le parti avanti a sé), può anche indicare e promuovere diverse forme di ADR da espletarsi con l'assistenza di un terzo esterno e, a tal fine, può sospendere il corso del processo fino alla definizione di tale fase incidentale.

Tale procedura ha preso il nome di *court referred mediation*, che si distingue dal simile *court annexed mediation* del sistema americano poiché, a differenza di quest'ultimo, non è usualmente sviluppato e gestito dalle corti (direttamente o con la sola supervisione) ma è spesso affidato *in toto* ad *ADR providers*, soggetti privati i quali operano in piena autonomia

---

<sup>(29)</sup> Cfr. PEYSNER, SENEVIRATNE, *The management of civil cases: a snapshot*, in *25 Civil Justice Q.* 2006, 316.

sulla base di un incarico contrattualmente affidato loro dalle parti in base ad un rapporto fiduciario (ed anche la retribuzione del mediatore professionista è stabilita contrattualmente ed è a carico delle parti).

L'espressione *court referred mediation*, pertanto, indica che la caratteristica fondamentale risiede soprattutto nell'attività di indirizzo svolta dal giudice nell'ambito delle procedure di ADR.

Tutto ciò, come del resto già esposto con riferimento al diritto statunitense, trova un decisivo punto di riferimento nel potere di sanzionare la parte che si sia rifiutata di partecipare al tentativo di conciliazione ovvero che abbia tenuto una condotta non collaborativa.

A tal proposito la giurisprudenza inglese è decisamente rigorosa e, pur dovendosi escludere la configurabilità del *contempt of court* per tali motivi, si assiste a frequenti condanne alla rifusione delle spese processuali a carico della parte non collaborativa.

Un rapido cenno merita senz'altro anche l'esperienza maturata nell'ordinamento australiano, non tanto sotto il profilo dell'impostazione sistematica degli istituti di ADR (del tutto simile a quello degli altri Paesi di *common law* sopra citati) quanto dal punto di vista dei risultati ottenuti in virtù della evoluzione applicativa degli ultimi venti anni e degli straordinari risultati conseguiti.

Nel corso degli anni '90, infatti, sostanzialmente su impulso dei giudici professionisti con il supporto fondamentale delle Università degli studi nelle materie giuridiche (impulso accolto dal legislatore australiano nonostante l'opposizione di parte della classe forense), sono state avviate alcune riforme improntate all'efficienza e alla ragionevole durata

del processo e incentrate sull'introduzione del *case management* rivolto soprattutto all'incentivazione delle pratiche di ADR <sup>(30)</sup>.

Dato che in Australia il sistema giudiziario è molto frammentato (in quanto caratterizzato dalla presenza della giurisdizione federale, di quelle statali e di giurisdizioni speciali), ciò ha dato vita ad una serie molto numerosa di programmi di *court annexed mediation* di diverso contenuto a seconda delle diverse regole giurisdizionali nonché dei programmi e delle prassi locali.

Tale variegato panorama ha riscontrato un indiscutibile successo, con percentuali di esito positivo delle procedure di ADR che variano in media tra il 60 e l'80 per cento e con un abbattimento notevole della durata media dei processi <sup>(31)</sup>.

Secondo numerosi Autori, infatti, il sistema giudiziario australiano deve considerarsi attualmente uno dei più efficaci (se non il più efficace) al mondo nel campo delle procedure di ADR <sup>(32)</sup>.

Una caratteristica fondamentale delle procedure conciliative australiane consiste nell'ampia discrezionalità attribuita al giudice sia nella fase di iniziativa sia nella scelta delle modalità di svolgimento del procedimento di ADR, cosicché il potere di mediation referral è esercitato in gran parte in

---

<sup>(30)</sup> Cfr. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit. cap. II, pag. 120.

<sup>(31)</sup> Cfr. MACK, *Court referral to ADR: criteria and research*, 2003; EPSTEIN, *Procedural reform in Australia*, in *The reforms of civil procedure in comparative prospective*, a cura di TROCKER e VARANO, cit., 202, secondo cui nella Queensland Supreme Court la percentuale di esito positivo delle procedure di ADR si è innalzata dal 60% all'85% in soli tre anni.

<sup>(32)</sup> Cfr. EPSTEIN, *Mediazione senza regole. Il caso australiano*, ne *L'altra giustizia*, a cura di VARANO, 2007, 157 e ss; EPSTEIN, *Procedural reform in Australia*, in *The reforms of civil procedure in comparative prospective*, a cura di TROCKER e VARANO, cit., 185; MACK, *Court referral to ADR: criteria and research*, cit..

termini ufficiosi e anche indipendentemente o contro il volere delle stesse parti.

Altro carattere dominante di tale sistema consiste nella applicazione per lo più automatica dei poteri sanzionatori (condanna al pagamento delle spese di lite o a una sanzione pecuniaria) nei confronti delle parti che rifiutano di procedere al tentativo di mediazione ovvero che mantengono una condotta non collaborativa (mentre rimane discrezionale il potere di irrogare analoghe condanne nei confronti della parte che rifiuta una proposta che all'esito della lite si rivela per essa equivalente o più vantaggiosa del contenuto della decisione) <sup>(33)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> Cfr. EPSTEIN, opp.citt.

## Considerazioni finali

La breve analisi che precede pone in evidenza che, pur nell'ambito di un panorama molto variegato di modelli e di prassi applicative, l'esperienza e i risultati acquisiti dai sistemi giudiziari all'avanguardia nel campo delle ADR consentono di individuare nitidamente alcuni macro-elementi da considerarsi condizioni imprescindibili per la realizzazione effettiva di un serio progetto di risoluzione alternativa delle liti in qualsiasi ordinamento.

Essi sono:

- 1) la commistione fra i metodi di ADR giudiziari e stragiudiziali.

In tutti gli ordinamenti esaminati un fondamentale punto di arrivo è costituito dal progressivo avvicinamento delle due categorie, in parte mediante la creazione di procedure miste, in parte tramite una reciproca osmosi di elementi tra gli uni e gli altri metodi.

Il risultato di tale commistione è rappresentato dalla predisposizione di un ampio ventaglio di procedure gestite da vari soggetti (giudice, funzionari pubblici, professionisti privati) la cui eventuale integrazione o concorrenza non solo non crea ostacoli ma anzi contribuisce ad innalzarne le probabilità di successo;

- 2) il ruolo di selezionatore del giudice.

Si è visto che tale ampio panorama di metodi predisposti dalle strutture statali o private per assistere le parti e condurle alla soluzione consensuale ha un senso compiuto solo in quanto

vi sia in capo al giudice la possibilità di scegliere la procedura (o le procedure) di ADR ritenuta più congrua in relazione a tutti gli elementi della fattispecie.

E', dunque, decisivo sottolineare che, al contrario, ogni forma vincolante di automatismo (come, ad esempio, un tentativo obbligatorio di conciliazione identico per tutte le cause a prescindere dalle loro caratteristiche) non può che abbattere nettamente le probabilità di successo di ogni tentativo in tal senso;

- 3) la discrezionalità e l'informalità dei poteri del giudice.

E' un logico corollario del precedente elemento. E' infatti chiaro che, qualsiasi sia il metodo di ADR prescelto, deve essere trattato dal giudice in un'ottica di *case management* e quindi connotato da ampie possibilità di interloquire, anche al di fuori di rigidi canali rituali, con le parti per comprenderne i reali interessi (e non solo la relativa posizione giuridica). Tutto quanto può servire a favorire il più esaustivo scambio di informazioni fra le parti e il giudice, costituisce l'ambito naturale in cui risiedono le maggiori potenzialità di qualsiasi metodo di risoluzione consensuale della lite;

- 4) la segretezza.

In tale contesto si inserisce il principio di segretezza di tutte le operazioni compiute, teso evidentemente a spingere le parti ad assumere posizioni di assoluta trasparenza senza il timore di compromettere l'esito della lite;

- 5) le sanzioni.

Non c'è dubbio che, soprattutto nella fase iniziale di diffusione culturale delle pratiche di ADR, stante la

inevitabile diffidenza degli operatori del diritto, il potere sanzionatorio rappresenta la molla necessaria per ottenere dalle parti una condotta effettivamente collaborativa.

In tale ottica è dunque necessario non solo che la legge preveda l'irrogazione di sanzioni effettive ed efficaci (per lo più di tipo pecuniario), ma anche che tale potere sia utilizzato con costante rigore dalla giurisprudenza per colpire la parte non collaborativa: in mancanza di ciò, l'intero sistema delle soluzioni alternative delle liti non potrebbe mai svilupparsi.

Non è un caso, infatti, che proprio nel Paese il cui l'ordinamento ha introdotto in buona parte un automatismo delle sanzioni di cui trattasi (l'Australia), si sia verificato in breve tempo un eclatante aumento del successo delle procedure alternative.

\* \* \*

Tutti gli elementi sopra esaminati, pur essendo stati tratti dall'esperienza di ordinamenti di *common law*, sono integralmente ripetibili anche in ordinamenti di *civil law*.

Ciò è possibile in quanto la procedura di ADR si inserisce in via incidentale nel processo e conserva una sua completa autonomia rispetto ad esso.

Ne deriva che ogni ordinamento statuale ben potrebbe adottare procedure di ADR rispettose degli elementi fondamentali in questione senza per questo dover rinnegare o stravolgere le proprie regole di diritto processuale (e tanto meno quelle di diritto sostanziale) e ad ordinamento giudiziario invariato.

## CAPITOLO 4)

### La conciliazione e la mediazione nell'ordinamento nazionale italiano

### La conciliazione giudiziale: cenni dell'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale fino all'inizio del secolo attuale

Il dibattito italiano sui fenomeni di risoluzione consensuale delle liti comincia intorno agli anni '80, ovvero circa 25 anni dopo l'inizio dell'analogo fenomeno negli Stati Uniti. Tuttavia i primi studiosi che si sono occupati del tema in oggetto hanno tratto spunti soprattutto da indagini comparatistiche <sup>(34)</sup>.

Solo a partire dai primi anni '90 ha preso le mosse una vera e propria riflessione dottrinale sulle novità relative ai 'moderni' sistemi di ADR e sulla opportunità della relativa introduzione nell'ordinamento italiano, probabilmente a causa della crescente crisi del sistema giurisdizionale statale <sup>(35)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione*, Milano, 1980; CAPPELLETTI, *Access to Justice*, Milano, 1978; CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1981, 49.

<sup>(35)</sup> ALPA, *La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in Giust. Civ. 1994, II, 111; DANOVI, *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea* in Giur. it. 1997, IV, 326; CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana* in Riv. trim. dir. e proc. civ. 2000, 1283.

In tale periodo, tuttavia, si è assistito anche ad un consistente movimento di pensiero di segno opposto, contrario ai fenomeni di ADR sia per ragioni di principio, in quanto costituirebbero una minaccia al primato della giurisdizione (esattamente come è successo anche negli ordinamenti stranieri più evoluti) sia per ragioni pratiche, ritenendosi il sistema giuridico italiano (al pari di altri) culturalmente non idoneo alle soluzioni consensuali dei conflitti <sup>(36)</sup>.

Con il trascorrere del tempo, tuttavia, i toni accesi delle principali voci anti-conciliazione ed anti-mediazione si sono progressivamente smorzati, tanto è vero che dall'inizio del presente secolo il dibattito sembra concentrarsi più che altro sull'efficacia delle scelte normative al riguardo e sui risultati pratici ottenuti, apparendo invece superata la critica ai nuovi modelli di giustizia alternativa sotto il profilo della loro ammissibilità e della loro idoneità a costituire una (costituzionalmente compatibile) forma di tutela dei diritti ancorchè in funzione deflattiva <sup>(37)</sup>.

Tutto ciò è avvenuto in modo pressochè corrispondente anche in campo legislativo, e l'evoluzione normativa della conciliazione giudiziale nel rito ordinario costituisce la più attendibile testimonianza della progressiva disattenzione e disaffezione del legislatore italiano nei confronti delle forme di giustizia alternativa, fino alle recenti modificazioni progressiste imposte dall'intervento del legislatore comunitario.

Eppure il tentativo di conciliazione nell'ordinamento processuale civile italiano vanta una lunga tradizione: forte

---

<sup>(36)</sup> CHIARLONI, *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 694.

<sup>(37)</sup> CHIARLONI, *Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo)* in *Giur. it.* 2000, 209 e *Anatomia di un disastro* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 361.

delle esperienze preunitarie (e soprattutto del codice del Regno di Napoli del 1819), infatti, il codice del 1865 ha riservato un trattamento privilegiato all'istituto in questione, prevedendo nel capo primo del titolo preliminare la conciliazione giudiziale preventiva, scelta espressamente mirata a creare un'anticamera obbligatoria di tutte le cause per valutarne immediatamente le possibilità di definizione consensuale la cui trattazione era affidata al giudice conciliatore.

Tuttavia l'esperienza successiva ha dimostrato lo scarso utilizzo dell'istituto, atteso che fonti dell'inizio del '900 riferiscono che le sentenze del conciliatore rappresentavano circa l'80% dell'intero carico degli affari giudiziari <sup>(38)</sup>.

In ogni caso il codice prevedeva anche forme di conciliazione giudiziale in corso di causa, ma solo per le cause svolte avanti al pretore (nonché, ma solo dal 1892 in poi, anche avanti allo stesso conciliatore). Davanti al Tribunale ordinario non era prevista in via generale alcuna forma di conciliazione, mentre il Tribunale commerciale poteva nominare, in particolari tipologie di controversie, uno o tre arbitri con lo scopo (tra gli altri) di conciliare la causa.

Probabilmente in conseguenza degli scarsi risultati raggiunti il codice del 1942, pur sostanzialmente recependo la disciplina della conciliazione (preventiva) giudiziale, ne ha modificato la collocazione all'interno della geografia del codice - relegandola all'interno del libro secondo - e ne ha ridotto la disciplina (dedicando all'istituto solo due articoli, il 312 e il 322, esclusivamente in tema di competenza del conciliatore, di modalità di presentazione della domanda e dell'efficacia del verbale di conciliazione).

---

<sup>(38)</sup> CECCHI, *Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia*, Bari 1975, 25.

Tuttavia il codice del '42, anche in virtù dell'unificazione dei tribunali (ordinario e commerciale), ha introdotto, all'art. 185, il tentativo obbligatorio di conciliazione, ponendo a carico del giudice un vero e proprio obbligo di tentare la conciliazione già alla prima udienza, la quale si svolgeva (come si svolge tuttora) senza la necessaria presenza personale delle parti. Infatti, nonostante il tentativo di conciliazione fosse obbligatorio, è stata rimessa alla valutazione discrezionale del giudice l'opportunità di convocare personalmente le parti ad una eventuale seconda udienza, da considerarsi a tale scopo quale ideale prosecuzione della prima.

L'intenzione del legislatore è stata inequivocabilmente quella di estendere a tutte le cause il tentativo di conciliazione, ma riducendolo (quanto meno nelle cause avanti al tribunale) ad un mero simulacro, salva la volontà del giudice di esperire l'incombente in modo appropriato tramite la convocazione personale delle parti. E' del tutto evidente, infatti, che la conciliazione effettuata in prima udienza senza la presenza personale delle parti si è ben presto trasformata in una (poco persuasiva) richiesta rivolta dal giudice ai difensori al fine di acquisire da costoro una concorde dichiarazione di disponibilità in tal senso, la quale circostanza rappresenta una eventualità molto remota. Appare decisamente fuori luogo, infatti, pretendere che gli stessi professionisti che hanno da poco formalizzato la lite con l'introduzione della causa si dichiarino alla prima udienza già concordemente disponibili a caldeggiarne un componimento negoziale.

In ogni caso il legislatore del 1942 ha anche opportunamente previsto che il tentativo di conciliazione potesse essere rinnovato d'ufficio in qualunque stato della causa.

Una apparente rivitalizzazione si è avuta per effetto della novella del 1990, quando il legislatore ha traslato in seno al processo ordinario la positiva esperienza del processo del lavoro (che ha imposto la presenza personale delle parti ai sensi del rimodellato art. 420 c.p.c. al fine di esperire il tentativo di conciliazione, oltre all'interrogatorio libero). Nel rito ordinario il tentativo di conciliazione, con tanto di necessaria comparizione personale delle parti anche ai fini di essere liberamente interrogate, è stato inserito dal riformato art. 183 c.p.c. in sede di seconda udienza (la prima di trattazione).

Si è trattato di un'occasione d'oro per valorizzare l'istituto, ma si è ben presto rivelata una sorta di canto del cigno.

La norma è stata, infatti, nella stragrande maggioranza dei casi disapplicata da una giurisprudenza pigra e non preparata per il delicato compito affidatole dal legislatore, giungendo a sancire espressamente l'irrilevanza dell'eventuale omissione dell'incombente con riferimento a tutte le cause, persino a quelle di natura bagatellare avanti al giudice di pace <sup>(39)</sup>.

Ciò ha indotto il legislatore ad abbandonare la strada intrapresa, ed infatti con la riforma del 2005/2006 nel rito ordinario non solo è stata abrogata l'udienza di prima comparizione, ma è scomparsa l'obbligatorietà di esperire gli incombenenti che presuppongono la comparizione personale delle parti, tra cui in primo luogo il tentativo di conciliazione, ora possibile solo su richiesta congiunta dei difensori oppure per impulso officioso del giudice istruttore.

---

<sup>(39)</sup> Vds., *ex pluribus*, Cass. 15 aprile 2002, n. 5441 in *Rep. Foro it.* 2003, voce *Procedimento civile avanti al giudice di pace*.

E' tuttavia rimasta invariata la disciplina avanti al giudice di pace, posto che l'art. 320 c.p.c. ancora oggi impone l'obbligatorio esperimento del tentativo di conciliazione (oltre che dell'interrogatorio libero) anche se la norma impositiva è, come sopra già ricordato, priva di sanzione in caso di omissione.

Anche la variazione di linguaggio del codice può essere letta in linea con la involuzione dell'istituto: a fronte del *dovere di tentare* la conciliazione ("*quando la natura della causa lo consente*") di cui all'abrogato testo dell'art. 183 c.p.c., oggi il nuovo art. 185 c.p.c. *consente* al giudice di *provocare* la conciliazione delle parti. Ciò potrebbe apparire quasi un passaggio da una speranzosa attribuzione di un ruolo centrale ad una sfiduciata presa d'atto di un ruolo eventuale e marginale riservato al giudice istruttore.

In effetti, parallelamente all'atrofizzazione dell'istituto si è fatta strada in dottrina l'idea che la conciliazione fallita non rappresenti sono una inutile perdita di tempo, ma costituisca altresì un grave pericolo per la tutela dei diritti, essendo talvolta utilizzata in via abusiva meramente a fini dilatori o, ancor peggio, per costringere la controparte (soprattutto se economicamente più debole) ad addivenire ad accordi sgraditi non potendosi permettere i tempi o i costi della tutela giurisdizionale 'integrale' <sup>(40)</sup>.

Quali le cause di un così vasto fallimento?

Si suole ripetere che ogni tentativo di introdurre fenomeni conciliativi nel nostro ordinamento non ha mai conseguito risultati soddisfacenti principalmente a causa dell'atteggiamento recalcitrante e tradizionalista degli

---

<sup>(40)</sup> CHIARLONI, *Giudici onorari e meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie*, in *Quest. Giust* 1998, 375 e ss.

operatori del diritto (dovuto, in particolare, alla scarsa inclinazione ad adottare prassi innovative da parte dei magistrati e alla maggiore convenienza economica alla prosecuzione della lite da parte degli avvocati) nonché della condotta oltremodo litigiosa delle parti.

Tale affermazione può ritenersi solo in parte condivisibile, posto che ogni limite culturale ed economico è senz'altro superabile da una normativa attenta e virtuosa realmente tesa a diffondere e a rendere semplici, sicuri e convenienti i fenomeni di risoluzione consensuale delle liti, come dimostrano alcune esperienze straniere esaminate al precedente capitolo e in particolare quella australiana.

In particolare, pur nella consapevolezza che una specifica indagine dei motivi dell'insuccesso non rappresenta lo scopo della presente ricerca, appare opportuno qui analizzare brevemente un dato essenziale che non solo rappresenta una delle concause del fallimento della conciliazione, ma che costituisce anche un elemento necessario al fine di comprendere in modo pienamente efficace la portata centrale delle recenti innovazioni nella materia in oggetto del diritto positivo: la connessione tra conciliazione e processo.

Con tale espressione si intendono tutte le possibili relazioni giuridiche tra l'istituto in esame e gli istituti propri del processo civile.

Le relazioni più rilevanti si possono individuare:

- a) tra gli elementi probatori eventualmente emersi nel corso della conciliazione e quelli valorizzabili in sede di decisione della causa;
- b) tra la possibilità delle parti di poter partecipare liberamente al tentativo di conciliazione formulando e

- valutando ipotesi di soluzioni concordate e la garanzia di non compromettere in tal modo l'esito del giudizio;
- c) tra l'investimento di tempo necessario per un compiuto ed esaustivo tentativo di conciliazione e il limite di tempo ragionevole per la definizione dell'intero processo, ai sensi del principio di cui all'art. 111 Cost.;
  - d) tra l'esito positivo della conciliazione e i suoi effetti sul processo;
  - e) tra le formalità necessarie per il rilascio del titolo ottenibile in caso di esito positivo del tentativo di conciliazione e la concreta possibilità per le parti di porre in esecuzione tale titolo;
  - f) tra il comportamento tenuto dalle parti in sede di conciliazione e le eventuali sanzioni processuali in caso di condotte scorrette, inopportune o contrastanti con il fine conciliativo;
  - g) tra l'omissione degli adempimenti connessi alla conciliazione da parte degli organi statali a ciò preposti e la prosecuzione del processo.

E' facile affermare, a tal proposito, che l'impianto normativo del codice di rito, pur nelle sue varie riformulazioni, quanto meno fino all'inizio del terzo millennio nulla ha stabilito in merito a tali elementi (o, ancor peggio, in taluni casi ha fornito solo lacunose ed oscure indicazioni).

In particolare:

- a) nessuna norma ha mai posto in favore delle parti espresse garanzie in ordine alla inutilizzabilità in sede di decisione della causa delle proprie dichiarazioni eventualmente rilasciate in sede di comparizione personale. Al contrario, anzi, l'abbinamento creato dalla formulazione dell'art. 183 c.p.c. (così come novellato nel 1990) tra interrogatorio libero e conciliazione ha

determinato un utilizzo talvolta distorto di tali istituti che ha condotto alcuni tribunali ad esperire il primo istituto in modo contestuale e non concettualmente distinto rispetto al secondo, provocando in tal modo i (fondati) timori delle parti e dei loro difensori nel vedere talvolta utilizzate *contra se* in sede di decisione alcune dichiarazioni effettuate nel corso dell'udienza al fine di promuovere il raggiungimento di un ipotetico accordo <sup>(41)</sup>;

- b) non è prevista alcuna garanzia per evitare che la disponibilità di una delle parti a definire la lite tramite concessioni all'avversario possa influire (seppur inconsciamente) sul processo mentale del giudice, garanzia che si otterrebbe prescrivendo che il tentativo di conciliazione debba essere trattato da un magistrato-persona fisica diverso da quello a cui è affidata l'istruzione e/o la decisione della causa;
- c) non sono stati previsti né i tempi né i modi della conciliazione. Allo stato attuale, inoltre, non è previsto nemmeno il momento in cui (preferibilmente o obbligatoriamente) debba farsi luogo a tale incumbente, posto che l'art. 185 c.p.c. consente al giudice di provocare la conciliazione in qualsiasi fase processuale;
- d) in caso di esito positivo, non è previsto alcun provvedimento giurisdizionale né alcun effetto automatico di estinzione del processo. A tal fine, anzi, assai laconicamente l'art. 88 disp. att. c.p.c. si limita a stabilire che il verbale di conciliazione deve essere

---

<sup>(41)</sup> A riprova della confusione sussistente sul punto, ancora di recente si è assistito a criticabili opinioni dottrinali secondo le quali la commistione fra interrogatorio libero e tentativo di conciliazione sarebbe sostanzialmente innocua sotto il profilo degli effetti processuali, in quanto *nessuna efficacia probatoria potrà scaturire dalle risposte date alle domande del giudice* (l'espressione è di F. CUOMO ULLOA in *La Conciliazione*, cit., pag. 237). A tal proposito è necessario dissentire da tale affermazione atteso che la giurisprudenza della S.C., pur escludendone la natura di confessione, ha attribuito alle affermazioni effettuate *contra se* dalle parti ai sensi dell'art. 117 c.p.c. valore di ammissione, ovvero di elementi di prova liberamente valutabili dal giudice e in grado di fondare la relativa decisione (cfr. *ex pluribus* quanto al rito ordinario Cass. 2 aprile 2004, n. 6510 e, con riferimento al rito del lavoro, Cass. 14 settembre 2007 n. 9247).

redatto in un separato processo verbale sottoscritto dal giudice, dal cancelliere e dalle parti, mentre tace sugli effetti di tale verbale sulla causa pendente. A tal proposito la dottrina si è divisa tra i sostenitori della natura negoziale <sup>(42)</sup> e i sostenitori della natura giurisdizionale <sup>(43)</sup> della conciliazione, e l'incertezza non è di poco conto se si considera che in conseguenza della prima e maggioritaria opinione si rende necessario un autonomo provvedimento giurisdizionale per cancellare ed estinguere il processo, mentre in base alla seconda e minoritaria opinione l'effetto estintivo sarebbe automatico <sup>(44)</sup>;

- e) la normativa si limita ad attribuire al verbale di conciliazione la qualifica di titolo esecutivo, nulla aggiungendo in ordine all'idoneità del titolo a fondare ogni tipologia di esecuzione. In particolare, sia in dottrina che in giurisprudenza si sono formati due orientamenti contrastanti in ordine alla possibilità di porre in esecuzione eventuali obbligazioni di fare recepiti nel verbale di conciliazione. Anche in tale caso la tesi prevalente, coerente con l'attribuzione della natura negoziale alla conciliazione, ha optato per la non eseguibilità di tali obblighi, atteso che l'art. 612 c.p.c. parrebbe richiedere necessariamente una sentenza di condanna e non ammetterebbe titoli equipollenti, quale il verbale di conciliazione <sup>(45)</sup>;

---

<sup>(42)</sup> MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti in Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, XIV, 4, Torino 1994, pag. 34; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980, pag. 408.

<sup>(43)</sup> SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1960, I, pag. 470.

<sup>(44)</sup> In giurisprudenza appare prevalente la tesi della natura negoziale, come riconosciuto espressamente, tra le altre, da Cass. 18 aprile 2003, n. 6288 in *Rep. Foro it. 2003*, voce *procedimento civile* n. 196 e da Cass. 9 gennaio 1995, n. 11677 in *Rep. Foro it. 1995*, voce *procedimento civile* n. 238, la quale tuttavia ammette che il necessario provvedimento giurisdizionale costituisce una estinzione *sui generis*.

- f) nel rito ordinario, fino alla recente innovazione del 2008, non è mai stata stabilita alcuna sanzione per eventuali condotte scorrette o inopportune delle parti in sede di conciliazione. Solo nel rito del lavoro l'art. 420 c.p.c. ha previsto che la mancata e ingiustificata comparizione delle parti possa essere valutata ai fini della decisione, ma tale sanzione (peraltro meramente eventuale, e scarsamente applicata) non è stata ricollegata direttamente alla conciliazione ma discende piuttosto dalla rilevante importanza che in tale rito speciale riveste la comparizione alla prima udienza, soprattutto in funzione dell'interrogatorio libero;
- g) come già esposto, nessuna sanzione è stata prevista nel caso di omissione da parte del giudice nell'esperimento degli incumbenti previsti dalla legge, nemmeno nel caso della loro esplicita obbligatorietà, ed in tal senso la giurisprudenza non ha tardato che l'omissione in oggetto è priva di conseguenze <sup>(46)</sup>.

I rilievi che precedono consentono di individuare con certezza una costante e decisiva carenza normativa in base alla quale sovvertire del tutto i termini della questione sopra formulata in merito ai motivi del fallimento del tentativo di conciliazione giudiziale nel processo civile italiano.

La domanda andrebbe, pertanto, riproposta nei seguenti termini: sussistendo assolute incertezze in ordine ai tempi e alle modalità di svolgimento del tentativo, al valore

---

<sup>(45)</sup> In dottrina vds., tra gli altri, BORRELLI *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, 241. In giurisprudenza, *ex pluribus*, Cass. 14 dicembre 1994 n. 10713 in *Rep. foro it. 1994*, voce *Esecuzione di obblighi di fare*, n.2 e Cass. 13 gennaio 1997, n. 258 in *Rep. foro it. 1997* voce *Esecuzione di obblighi di fare*, n.1. Tale interpretazione è stata avallata anche dalla Corte Costituzionale che, con la sentenza 12 luglio 2002 n. 366 in *Giust. Civ. 2002, I, pag. 2380*, ha rimarcato che le eventuali ragioni ostative all'eseguibilità della conciliazione devono essere valutate dal giudice al momento di formazione dell'accordo, posto che quest'ultimo deve tentare la conciliazione solo *quando la natura della causa lo consente*, secondo quanto previsto dall'allora vigente art. 183 c.p.c..

<sup>(46)</sup> Cfr. Cass. 15 aprile 2002, n. 5441, cit. alla nota 6.

giuridico e alla possibilità di esecuzione del titolo costituito dal verbale di conciliazione, in presenza di un concreto rischio che eventuali comportamenti pro-conciliazione si riverberino sulla propria posizione processuale ma, per contro, senza alcun timore di essere sanzionati in caso di rifiuto o di comportamenti anti-conciliativi, sarebbe concretamente stato possibile attendersi una massiccia e convinta adesione delle parti e dei loro difensori allo schema disegnato dal legislatore? E in tale situazione, sarebbe stato ragionevole pretendere un massiccio adempimento da parte dei magistrati giudicanti all'obbligo di tentare la conciliazione?

A fronte di ciò, ogni riferimento all'efficacia concausale di motivi di carattere sociologico, culturale o di pervicace litigiosità del popolo appare idoneo ad assumere un rilievo meramente residuale se non folkloristico.

Appare, semmai, realisticamente miracoloso che, nonostante la pressoché totale mancanza di elementi di connessione tra conciliazione e processo, l'istituto della conciliazione abbia comunque (seppur in minima parte) funzionato riuscendo a raggiungere qualche risultato di elevato spessore in talune realtà locali (ancorchè trascurabile sotto il profilo delle statistiche nazionali), verificandosi certamente grazie all'abilità e alla credibilità del singolo giudice (e, corrispondentemente, in forza dell'atteggiamento collaborativo dei difensori) e a dispetto delle carenze normative in oggetto.

Alla luce della breve analisi compiuta sia sul tentativo di conciliazione italiano sia sull'evoluzione della giustizia alternativa nei Paesi all'avanguardia nella materia, si può quindi rispondere alla domanda nel senso che non si può nemmeno ipotizzare un insuccesso dell'istituto in esame nel nostro ordinamento, atteso che un vero e proprio progetto di

conciliazione non è mai stato avviato, in quanto sino ad ora, da un punto di vista squisitamente giuridico (prescindendo, cioè, da connotazioni sociologiche, culturali ed economiche) ne è mancata la necessaria linfa vitale, costituita dalla creazione da parte del diritto positivo degli elementi di collegamento con il processo.

Fino all'inizio del presente millennio, pertanto, è stato posto in essere niente di più che un mero simulacro della conciliazione, inidoneo *ex ante* al raggiungimento di significativi risultati. Ma qualche recente cambiamento normativo induce a ritenere che il reale punto di partenza sia alle porte.

## Le recenti novità normative: in particolare, il regime delle spese processuali

Un primo, importante, segnale di svolta si è registrato con le innovazioni introdotte dal decreto legislativo n. 5 del 2003, istitutivo del processo societario e recentemente abrogato dall'art 54, comma 5, della legge 18 giugno 2009, n. 69.

In particolare tale decreto, pur avendo (anticipando con ciò la successiva riforma del rito ordinario del 2005) riportato il tentativo di conciliazione alla facoltatività, essendo l'incombente rimesso alla valutazione del giudice relatore, e pur avendo creato una discrasia tra l'organo che propone (il giudice relatore) e l'organo che tenta la conciliazione (il presidente del collegio), ha introdotto alcune significative previsioni riguardanti il rapporto tra conciliazione e processo:

- a) innanzitutto è stato previsto il momento in cui la conciliazione può fare ingresso nel processo e (almeno) una delle modalità del relativo svolgimento. A tal proposito, infatti, l'art. 12, lett. d) ha previsto che l'invito del giudice relatore debba essere contenuto nel decreto di fissazione dell'udienza, mentre l'art. 16 ha previsto che il presidente del collegio, quando esperisce il tentativo, eventualmente propone soluzioni di equa composizione della controversia. Analoga facoltà (ovvero di formulare proposte conciliative) è stata riservata anche alle parti, le quali possono provvedervi in sede di istanza di fissazione di udienza ovvero di note di precisazione delle conclusioni (art. 9). In ogni caso le

- parti dovranno prendere posizione sulla proposta conciliativa ricevuta (art. 16, comma 2);
- b) la posizione espressa dalle parti in ordine alla proposta conciliativa (formulata o ricevuta) non è scevra di conseguenze processuali, atteso che, in caso di esito negativo del tentativo, ai sensi dell'art. 16 il collegio può tenere in considerazione tali posizioni ai fini della decisione sulle spese di lite, ponendole eventualmente a carico anche della parte vittoriosa. Si tratta, dunque, di una espressa alterazione di uno dei principi cardine del processo civile italiano, ovvero quello della soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c.;
- c) sempre a norma dell'art. 16, la condotta della parte che non si sia presentata all'udienza fissata per il tentativo di conciliazione è stata equiparata a quella della parte che abbia ingiustificatamente rifiutato una proposta;
- d) l'art. 9 ha previsto che la proposta conciliativa eventualmente espressa dalle parti non può in alcun modo essere tenuta in considerazione dal giudice ai fini della decisione;
- e) è stata inoltre prevista esplicitamente la possibilità di promuovere l'esecuzione in forma specifica sulla base del verbale di conciliazione (art. 16).

La disciplina in oggetto, pur essendo stata formulata dal punto di vista tecnico in modo quanto meno superficiale e lacunoso (come, del resto, tutto il corpo del processo societario il quale, dopo una vera e propria tempesta di critiche dottrinali e di polemiche, è stato mestamente abrogato), ha costituito un autentico punto di svolta nella materia della conciliazione giudiziale italiana, atteso che ha stabilito (ancorché parzialmente) i tempi e le modalità dello svolgimento del tentativo, ha previsto conseguenze processuali

a carico della parte la cui condotta è da considerarsi scorretta o inopportuna ai fini conciliativi, ha introdotto la garanzia di inutilizzabilità ai fini della decisione delle posizioni assunte dalle parti in sede conciliativa e ha assicurato la eseguibilità di qualunque tipo di obbligazione eventualmente recepita nell'accordo conciliativo.

Si è trattato, dunque, di un insieme di norme che, per la prima volta nella (pur secolare) storia della conciliazione italiana, ha introdotto un quadro di elementi di collegamento tra conciliazione e processo.

Nonostante la sua breve vita, dunque, il tentativo di conciliazione disegnato dal legislatore per il processo societario ha costituito un evidente punto di svolta che non avrebbe tardato a produrre i suoi frutti anche in seno al rito ordinario.

Proprio con lo stesso decreto legge di abrogazione del rito speciale in questione (l. n. 69/2009, art. 45), infatti, il Governo ha modificato l'art. 91 c.p.c. introducendo l'attuale formulazione in base alla quale con la sentenza, il giudice *"se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'art. 92"*.

Tale previsione assume una importanza primaria poiché il legislatore non si è limitato a trasformare in regola generale il criterio di collegamento introdotto per il solo rito societario e sopra descritto sub b), ma ha ampliato e sviluppato il principio riducendo notevolmente la discrezionalità del giudice sul punto.

Come si può facilmente evincere dal perentorio testo della disposizione, infatti, il giudice "condanna" (e non "può condannare", "può tenere in considerazione" etc.) la parte che abbia rifiutato ingiustificatamente la proposta conciliativa che si riveli per costei non più vantaggiosa del contenuto della sentenza.

Si tratta di una diretta applicazione del principio di causalità, come si desume chiaramente dalla circostanza che le spese oggetto di condanna sono quelle maturate successivamente alla formulazione della proposta non accettata.

Se la innovativa previsione dell'art. 16 d.lgs. n. 5/2003 ha posto in essere una alterazione del principio della soccombenza, il 'nuovo' art. 91 c.p.c. ha sovvertito tale principio, atteso che ogniqualvolta si verifichi il caso ivi descritto (rifiuto ingiustificato ed inopportuno della proposta conciliativa), salvo gli eccezionali motivi di cui all'art. 92, secondo comma, c.p.c. il giudice addebiterà almeno in parte le spese di lite ad una parte essendo a ciò obbligato a prescindere dal criterio della soccombenza.

Ma il valore più significativo della disposizione è senz'altro quello di rilievo sistematico.

A tal proposito, infatti, non può sfuggire che per la prima volta nel nostro ordinamento è stata codificata in linea generale un segmento essenziale della fase di conciliazione: la proposta.

Il testo legislativo non indica da chi debba o possa provenire la proposta conciliativa: nel silenzio della legge, pertanto, si può senz'altro ritenere che essa possa essere formulata tanto dal giudice che da una delle parti. Può, inoltre, formulare tale proposta anche il consulente tecnico d'ufficio, perfino nella fase di accertamento tecnico preventivo, come

ora consente espressamente l'art. 696 bis c.p.c., in base al quale "il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti" <sup>(47)</sup>.

Orbene, posto che la proposta conciliativa è idonea a determinare in ogni caso rilevanti effetti giuridici sul processo, sia in caso di suo accoglimento (causandone l'estinzione) sia in caso di esito negativo del tentativo (potendo influire, anche in maniera determinante, sulla ripartizione delle spese di lite fra le parti), si ritiene che la proposta non possa rappresentare una mera modalità di svolgimento del tentativo, ma un elemento essenziale e indefettibile. In altre parole, a differenza di quanto era sostenibile prima della novella in esame, ora può dubitarsi che un tentativo di conciliazione nel corso del quale non sia formalizzata (ovvero verbalizzata) una proposta possa considerarsi tale, venendo a mancare l'unica modalità di svolgimento prevista dalla legge.

La norma in questione, poi, pur senza dettare alcuna previsione in ordine al tempo in cui debba essere esperito l'incombente conciliativo, fornisce tuttavia un prezioso elemento indicativo.

In ordine a ciò si rileva che la regolamentazione delle spese in base alla proposta ingiustificatamente rifiutata in tanto può assumere un senso compiuto in quanto preceda in modo apprezzabile la fase conclusiva della lite. Appare, infatti, chiaro che lo schema normativo sopra delineato presuppone che una parte rilevante delle attività processuali debba ancora

---

<sup>(47)</sup> Per la verità il codice di rito, eccezion fatta per la CTU contabile di cui all'art. 198, non prevede espressamente la funzione conciliativa del consulente del giudice. Tuttavia la prevalente dottrina ha sempre concordato nel ritenere legittima l'attività conciliativa del C.T.U., con o senza incarico specifico del giudice, anche al di fuori dell'esame contabile. Sul punto FREDIANI, *La conciliazione nella C.T.U.*, Milano, 2004 e FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959.

compiersi al momento della formulazione della proposta conciliativa. Sussiste, dunque, un rapporto di diretta proporzionalità tra precocità del tentativo di conciliazione e la relativa efficacia dal punto di vista del collegamento processuale di cui all'art. 91 c.p.c..

Pertanto, nonostante l'art. 185 c.p.c. non contenga alcun riferimento cronologico, quanto sopra esposto induce a ritenere che il tentativo di conciliazione, pur rimanendo un incombenza facoltativo, qualora venga posto in essere debba essere esperito il più presto possibile compatibilmente con tutti gli elementi della causa.

Ma è proprio il collegamento tra gli artt. 91 e 185 c.p.c. che induce a ritenere che la conciliazione giudiziale abbia assunto nuovi e più penetranti dimensioni.

Le importanti innovazioni recepite dall'art. 91 c.p.c., alla luce delle considerazioni che precedono, possono infatti incoraggiare una nuova, interessante e (per certi versi) sorprendente rilettura dell'art. 185 c.p.c.

Si è già notato sopra che, a differenza dell'abrogato testo dell'art. 183 c.p.c., oggi il nuovo art. 185 c.p.c., anziché imporre al giudice di *tentare* la conciliazione ("*quando la natura della causa lo consente*"), consente al giudice di *provocare* la conciliazione delle parti (senza alcuna limitazione riferibile alla natura della causa).

La possibilità di provocare (e non più di tentare) potrebbe essere interpretato non come un indebolimento ma come un rafforzamento dei poteri conciliativi, costituendo una indicazione di una maggiore propensione verso la definizione alternativa del giudizio <sup>(48)</sup>.

Innanzitutto può legittimamente ritenersi che la nuova formulazione permetta al giudice l'utilizzo di più ampie facoltà, non più delimitate nel prototipo del 'tradizionale' tentativo di conciliazione ma aperte alle moderne tecniche di ricerca della soluzione concordata della lite. Per esempio, nell'ambito del "provocare" l'accordo delle parti, può ritenersi consentito al giudice di porre in essere anche iniziative di tipo 'preliminare' come richiedere ai difensori informazioni circa eventuali trattative in corso o proporre 'linee guida' di un eventuale agreement propedeuticamente alla formulazione di una vera e propria proposta.

A tal proposito è prevedibile una riviviscenza applicativa dell'art. 88, secondo comma, disp. att. c.p.c. il quale consente al giudice di porre in essere la propria iniziativa ai fini conciliativi con i difensori, ancorché privi dell'autorizzazione a conciliare da parte dei rispettivi clienti. In tal modo ora il giudice può espletare le proprie attività conciliative optando per la via ritenuta più adatta alla fattispecie concreta (formulando direttamente una proposta, oppure procedendo in modo 'progressivo'), talvolta convocando a tale scopo le parti e talaltra adottando le iniziative del caso direttamente con i difensori nel corso dell'udienza.

In tal senso l'abrogazione dell'inciso che limitava l'iniziativa del giudice a "quando la natura della causa lo consente" può allora essere inteso come un riscontro ai più ampi poteri odierni.

Ma vi è una ulteriore e ancor più innovativa chiave di lettura dell'attuale art. 185 c.p.c.. L'espressione "provocare" potrebbe, infatti, indurre a ritenere che sia stata codificata una vera e propria apertura ai percorsi alternativi, laddove

---

(<sup>48</sup>) CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit. pag. 218.

il giudice, anziché tentare direttamente la conciliazione, possa adottare una forma di conciliazione delegata o endoprocessuale affidando quindi a un terzo l'incarico di tentare concretamente la ricerca della risoluzione consensuale della lite <sup>(49)</sup>.

La lettura più innovativa sopra esposta ha trovato una pressoché immediata conferma con l'emanazione del d. lgs. n. 28 del 2010, che ha introdotto in Italia la disciplina della mediazione nella cause civili e commerciali.

---

<sup>(49)</sup> CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., pagg. 218-219

## CAPITOLO 5)

### L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)

#### Origine e fonti

Ai sensi dell'art. 128 bis del decreto legislativo del 1 settembre 1993, n. 385, introdotto dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262 (cd. legge sul risparmio), gli intermediari bancari e finanziari sono obbligati ad aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i propri clienti in base ad una disciplina emanata dal Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio, su proposta della Banca d'Italia.

Con la deliberazione del 29 luglio 2008, n. 275 il C.I.C.R. ha previsto detta disciplina in sette articoli, con l'ultimo dei quali ha invitato la Banca d'Italia ad emanare, nell'ambito delle proprie prerogative, le disposizioni applicative della delibera e a provvedere ad una relazione annuale concernente l'attività degli organi decidenti.

Tali disposizioni, di natura regolamentare, sono state emanate in data 18 giugno 2009 (e pubblicate in Gazzetta Ufficiale in data 24 giugno 2009). Del tutto opportunamente, tuttavia, la Banca d'Italia non si è limitata alla mera emanazione esclusivamente delle previste disposizioni attuative, ma ha licenziato un testo coordinato ed omogeneo all'interno del quale è stata sostanzialmente riprodotta la disciplina già dettata dal C.I.C.R. integrata dalle proprie disposizioni ed è

stata espressamente indicato e richiamato il quadro normativo di riferimento.

Fra le norme espressamente richiamate al par. 2, la Banca d'Italia ha indicato, fra le altre, quelle di cui alle disposizioni emanate dalla stessa Banca d'Italia in attuazione della delibera del C.I.C.R. del 4 marzo 2003 in materia di trasparenza dei servizi bancari e finanziari e la Raccomandazione della Commissione Europea 98/257/CE del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo.

In data 14 ottobre 2009 è stato emanato dalla Banca d'Italia il Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF, contenente la disciplina di organizzazione e di funzionamento dei collegi giudicanti.

Successivamente, con provvedimento del 15 febbraio 2010 la Banca d'Italia, in seguito all'entrata in vigore del decreto legislativo di recepimento della Direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno, ha emanato la disciplina di attuazione per le parti concernenti la trasparenza dei servizi e delle operazioni di pagamento estendendo l'obbligo di adesione all'Arbitro Bancario Finanziario anche alla nuova categoria di intermediari abilitati a prestare servizi di pagamento (gli istituti di pagamento).

In data è stato emanato dalla Banca d'Italia il Codice deontologico per i componenti dell'Organo decidente.

Nel primo periodo del 2010 sul sito web dell'ABF sono stati resi disponibili i primi dati contenuti nella relazione annuale di sintesi della Banca d'Italia e sono state altresì

pubblicate le risoluzioni di alcune "questioni applicative" scaturite dalle prime applicazioni.

Da ultimo appare utile sottolineare che con un comunicato dell'aprile 2010 l'ABF ha reso noto che dal 12 aprile 2010 sono operative le Segreterie tecniche dei collegi di Milano e Napoli. Da tale momento, pertanto, è stata assicurata la piena operatività di tutti gli organi dell'ABF previsti dalla delibera del C.I.C.R. del 29 luglio 2008, n. 275.

## I principi

Fra le normative sopra menzionate, assume particolare importanza la Raccomandazione della Commissione Europea 98/257/CE del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo.

Pur avendo natura di raccomandazione, il provvedimento in oggetto è degno di un attento esame in primo luogo in quanto detta gli assiomi fondamentali che costituiscono il presupposto della disciplina in oggetto ed in secondo luogo in quanto è stato espressamente richiamato dalle disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, e dunque è idoneo a costituirne, quanto meno, un valido criterio interpretativo.

Innanzitutto il ventiquattresimo e ultimo 'considerando' della raccomandazione precisa che "la determinazione dei principi minimi riguardanti la creazione e il funzionamento delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie in materia di consumo sembra (...) necessaria a livello comunitario per sostenere e integrare, in un settore essenziale, le iniziative realizzate dagli Stati membri, al fine di garantire, in conformità con l'articolo 129 del Trattato, un elevato livello di protezione dei consumatori".

Si tratta di una disposizione di primaria importanza non solo laddove esplicita la finalità della Raccomandazione (ovvero garantire un elevato livello di protezione dei consumatori nel rispetto dell'art. 129 del Trattato) ma anche nella parte in cui chiarisce che il contenuto della Raccomandazione è costituito dai principi minimi da considerarsi necessari per sostenere e integrare le iniziative degli Stati membri. Tali

principi minimi debbono, pertanto, rappresentare la base indefettibile di ogni sistema statale di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra intermediario e consumatore in materia bancaria e finanziaria nell'area comunitaria, e quindi anche dell'ABF italiano.

Essi sono:

il principio di indipendenza.

Deve essere assicurata l'imparzialità dell'azione dell'organo decidente, che può essere sia monocratico che collegiale. Nel primo caso l'indipendenza è garantita dalle comprovate capacità, esperienza e competenza della persona nominata, dalla previsione di una durata minima apprezzabile del suo mandato, e dall'assenza di rapporti lavorativi con l'ente che lo ha nominato nel corso dei tre anni precedenti la nomina. Nel caso di organo collegiale, l'indipendenza può essere garantita attraverso il rispetto dei criteri sopra menzionati ovvero dalla rappresentanza paritaria dei consumatori e dei professionisti all'interno del collegio.

Tale ultima previsione potrebbe dare luogo a qualche critica laddove pone l'alternatività tra i requisiti 'qualitativi' (capacità, esperienza e competenza) dei membri del collegio e un parametro meramente 'quantitativo' (la parità numerica fra i membri nominati dai professionisti e quelli nominati dai consumatori), atteso che in tal modo si desume che nel caso in cui sussista parità numerica i membri potrebbero anche non godere di comprovate capacità, esperienza e competenza. La formulazione finale del primo principio enucleato dalla Raccomandazione, tuttavia, è evidente espressione di un compromesso avente lo scopo di favorire il funzionamento degli organi giudicanti senza creare barriere troppo rigide che ne

potrebbero rallentare l'insediamento o generare situazioni di incompatibilità di difficile gestione.

Tutto ciò è, del resto, in linea con la prudente premessa di cui al dodicesimo 'considerando', che opportunamente chiarisce agli Stati membri che il principio di indipendenza, per quanto fondamentale, non può comportare "la determinazione di garanzie tanto rigide quanto quelle volte a garantire l'indipendenza dei giudici nell'ambito del sistema giudiziario";

il principio di trasparenza.

La Raccomandazione considera espressamente quali mezzi adeguati a garantire la trasparenza la comunicazione scritta ai soggetti richiedenti di tutte le informazioni riguardanti l'ambito di applicazione della disciplina, le regole procedurali, i costi, il valore eventualmente vincolante della decisione per una delle parti o per entrambe. Inoltre è considerata estrinsecazione del principio di trasparenza anche la pubblicazione di una relazione annuale che riporti le decisioni adottate;

il principio del contraddittorio.

In base a tale principio tutte le parti devono avere la possibilità di portare a conoscenza dell'organo decidente "il proprio punto di vista" nonché di prendere conoscenza delle posizioni e dei fatti allegati dalla controparte, nonché delle eventuali dichiarazioni degli esperti. In ordine a ciò si sottolinea che il contraddittorio dovrà avvenire preferibilmente in forma scritta, atteso che il sedicesimo 'considerando' precisa che lo scambio delle informazioni di cui sopra "non implica necessariamente un'audizione orale delle parti";

il principio di efficacia.

Tale principio si estrinseca in primo luogo nell'adozione di misure volta a facilitare l'accesso alla procedura soprattutto da parte del contraente più debole, come la possibilità di ricorrere senza l'assistenza legale e la gratuità (o la determinazione di costi "moderati") del procedimento.

Quale corollario di tali misure, la Raccomandazione ha anche previsto l'attribuzione di un "ruolo attivo" all'organo decidente che gli consenta di poter conoscere tutti gli elementi utili alla risoluzione della controversia. A tal proposito è evidente che l'attribuzione del potere/dovere di intraprendere iniziative istruttorie ufficiose in capo all'organo decidente rappresenta un punto focale di equilibrio dell'intera procedura, in quanto necessario per compensare la prevedibile (e consentita) assenza di preparazione tecnica da parte del ricorrente, come espressamente ricordato anche nel diciottesimo 'considerando'.

Sempre in relazione all'efficacia, la Raccomandazione ha inoltre previsto la fissazione di termini brevi tra la presentazione del ricorso e l'adozione della decisione;

il principio di legalità.

La decisione in ogni caso non può pregiudicare la posizione del consumatore rispetto a quanto previsto dalle disposizioni imperative statali del Paese in cui si svolge la procedura ovvero dello Stato membro di sua residenza abituale, secondo quanto previsto dall'art. 5 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 in tema di legge applicabile in materia contrattuale nelle controversie transfrontaliere. Tale garanzia non può che tradursi nel far salva, per il consumatore, la possibilità di adire l'autorità giudiziaria ordinaria per la tutela dei propri diritti qualora non reputi soddisfacente

l'esito della decisione in sede stragiudiziale. A tal proposito appare significativo quanto si legge nel diciannovesimo 'considerando', il quale perentoriamente afferma che "gli organi extragiudiziali possono decidere non solo sulla base di disposizioni legali ma anche in base all'equità e ai codici di condotta", il che da un lato determina una maggiore flessibilità di giudizio ma, dall'altro, aumenta le possibilità che la decisione stragiudiziale non coincida con quella giurisdizionale basata (di regola) solo sul diritto. Anche per tale motivo, pertanto, la Commissione Europea ha ritenuto imprescindibile l'insussistenza di ostacoli di qualsivoglia natura affinché il consumatore possa adire l'autorità giurisdizionale competente nel rispetto del diritto fondamentale di cui all'art. 6 CEDU.

In ossequio al principio di legalità, inoltre, le decisioni devono essere motivate e comunicate (per iscritto o in altra forma idonea) alle parti;

il principio di libertà.

In base a tale principio la decisione può vincolare le parti sono ove costoro l'abbiano accettato espressamente previa una idonea informazione.

A tal proposito deve osservarsi che, per quanto la Raccomandazione sul punto si riferisca genericamente "alle parti" (e quindi ad entrambe), quanto sopra esposto sull'esigenza indefettibile di consentire comunque al consumatore la possibilità di adire la via giurisdizionale anche dopo la conclusione della procedura di cui trattasi consente agevolmente di intendere che le disposizioni nazionali possono imporre eventuali mezzi coercitivi (diretti o indiretti) per assicurare l'efficacia della decisione stragiudiziale solo nei confronti del professionista.

A puntuale conferma di ciò, sempre nell'ambito del principio di libertà la Raccomandazione prevede che se l'adesione alla procedura sia stipulata in un patto precedente all'origine della vertenza, esso è inefficace qualora escluda la possibilità per il consumatore di adire l'autorità giudiziaria competente.

L'unica rinuncia alla tutela giurisdizionale di cui il consumatore può validamente disporre risulta, pertanto, quella effettuata da costui "in piena conoscenza di causa e in una fase posteriore all'insorgere della controversia", come inequivocabilmente riassume l'ultimo inciso del ventunesimo 'considerando';

il principio di rappresentanza.

Le parti possono sempre farsi rappresentare o assistere ("accompagnare") da un terzo in qualunque fase della procedura.

## Natura e ambito di applicazione dell'ABF

Come sopra già esposto al par.1, con le disposizioni del 18 giugno 2009 (pubblicate in Gazzetta Ufficiale in data 24 giugno 2009) la Banca d'Italia ha emanato un testo coordinato ed omogeneo all'interno del quale è stata riprodotta la disciplina già dettata dal C.I.C.R. integrata dalle disposizioni attuative, testo successivamente integrato dal provvedimento del 15 febbraio 2010 della Banca d'Italia che ha esteso l'obbligo di adesione all'Arbitro Bancario Finanziario anche alla nuova categoria di intermediari abilitati a prestare servizi di pagamento (gli istituti di pagamento).

L'insieme di tali disposizioni (d'ora in poi, per brevità, denominato Disp. B. It.), pertanto, costituisce la base normativa contenente la disciplina in esame.

La prima questione da analizzare è certamente quella dell'identificazione della natura dell'Arbitro Bancario Finanziario (d'ora in poi, per brevità, ABF, acronimo utilizzato anche dalla stessa normativa).

A tal proposito il par. 3, sez. I, Disp. B. It. definisce come ABF "i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinati dalle seguenti disposizioni" ricordando, peraltro (alla nota 1), che la delibera del C.I.C.R. n. 275/2008 ha utilizzato una definizione più ampia, comprendendo nella nozione di ABF, oltre al procedimento, anche l'organo decidente e le strutture organizzative.

Entrambe tali previsioni, tuttavia, non sono di grande aiuto ai fini della presente indagine, in quanto sia la definizione del C.I.C.R. sia (a maggior ragione) quella della Banca

d'Italia appaiono piuttosto generiche e non forniscono rilevanti elementi di spunto.

Maggiori informazioni, invece, possono essere desunte dalla Raccomandazione.

Il nono 'considerando', infatti, precisa che "la presente Raccomandazione deve limitarsi alle procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione; che, di conseguenza, non sono comprese le procedure che si limitano a un semplice tentativo di riavvicinare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo". Orbene, considerato che il tentativo di avvicinare le parti al fine di addivenire ad una soluzione concordata della lite coincide con un tratto essenziale della mediazione, ciò consente di affermare che ogni procedura scaturente dalla Raccomandazione non può ritenersi compresa nel genus mediazione.

Tale assunto può essere confermato con specifico riferimento all'ABF, soprattutto considerando i presupposti e gli effetti della decisione finale dell'organo decidente.

Ai sensi del par. 4, sez. VI, Disp. B. It., infatti, il provvedimento favorevole al consumatore è qualificato quale accoglimento del ricorso, e deve contenere il termine entro il quale "l'intermediario è tenuto ad adempiere".

E' del tutto evidente, a tal proposito, che un procedimento che culmina con un accoglimento (o un rigetto) del ricorso che obblighi la parte 'soccumbente' ad adempiere alla decisione è assolutamente estraneo alla mediazione poiché privo della caratteristica della consensualità sulla cui base quest'ultima si sviluppa e si conclude.

Solo per completezza, a questo punto, si rileva che il par. 3, quarto comma, sez. VI Disp. B. It. prevede un'ipotesi di interruzione qualora in relazione alla medesima controversia sia "stato avviato un tentativo di conciliazione" (termine da intendersi riferito, in senso ampio, a procedure stragiudiziali di risoluzione consensuali della lite), il che costituisce una ulteriore conferma che i due istituti operano necessariamente su piani ben distinti.

E' altresì pacifico che l'ABF, nonostante l'assonanza del nomen, non costituisca un arbitrato né possa, naturalmente, assimilarsi a un procedimento giurisdizionale.

Lo stesso par. 3, quinto comma, sez. VI, Disp. B. It. prevede la possibile estinzione del giudizio qualora la controversia, nel corso del procedimento, sia sottoposta dal professionista all'autorità giudiziaria o a giudizio arbitrale mentre il par. 4, quarto comma, sez. I esclude che possano essere proposti ricorsi qualora la controversia sia già stata sottoposta all'autorità giudiziaria o rimessa a decisione arbitrale. La netta distinzione tra gli istituti operata da tali norme rende evidente la loro alterità e si ritiene, pertanto, superflua qualunque analisi sulle evidenti differenze di presupposti e di disciplina fra gli stessi.

Si può quindi affermare che l'ABF non ha natura né di mediazione (o conciliazione), né di arbitrato, né (naturalmente) giurisdizionale.

Ciò legittima l'illazione che si tratti di una fattispecie di ADR le cui singolari caratteristiche appaiono estranee alla tradizionale classificazione (sulla quale cfr. supra, cap. 1), atteso che non appare inquadrabile non solo con la mediazione (o conciliazione) in senso proprio, ma - non avendone la

relativa natura - nemmeno con le tipologie cd. miste le quali, almeno in parte, tale natura presuppongono.

Sul punto si ritornerà più diffusamente *infra*, dopo aver esaminato l'intera disciplina in oggetto.

Quanto all'ambito soggettivo, l'ABF si applica agli intermediari e ai loro clienti. Per "intermediari" si intendono le banche italiane, gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli art. 106 e 107 T.U. bancario che operano nei confronti del pubblico, gli istituti di moneta elettronica italiani, Poste Italiane S.p.a. (quanto all'attività di Bancoposta), le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico le operazioni e i servizi di cui al titolo VI del T.U. bancario (par. 3, sez. I, Disp. B. It.) nonché (per effetto del provvedimento del 15 febbraio 2010 della Banca d'Italia) anche gli istituti di pagamento.

Per tutti tali soggetti l'adesione all'ABF è obbligatoria ed è attestata, quanto agli intermediari aderenti, tramite gli organismi associativi riconosciuti dalla Banca d'Italia, ovvero è comunicata singolarmente dagli intermediari non aderenti alle associazioni (par. unico, sez. II, Disp. B. It.). In ogni caso, come perentoriamente precisato dal par. 5, sez. I., Disp. B. It., la disciplina dell'ABF si applica a tutti gli intermediari.

Anche la legge primaria (art. 128 bis, comma 1, T.U. bancario) prevede che le banche e gli intermediari finanziari che svolgono attività nel territorio della Repubblica "aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela".

Unica eccezione all'adesione obbligatoria all'ABF è costituita dagli intermediari che, pur operando in Italia, abbiano sede

in un altro Stato dell'Unione Europea, a condizione che aderiscano o siano sottoposti ad altro sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie straniero annesso alla rete Fin.Net promossa dall'Unione Europea. Ai fini del rispetto di quanto previsto dall'art. 128 bis, comma 1, T.U. bancario tali intermediari devono comunque comunicare alla Banca d'Italia il sistema di ADR di cui fanno parte.

Per "clienti" si intendono, invece, i soggetti che intrattengono o hanno intrattenuto con un intermediario rapporti contrattuali aventi ad oggetto la prestazione di servizi bancari o finanziari, con l'esclusione dei soggetti che svolgono attività professionale nei settori bancario, finanziario, assicurativo, previdenziale e dei servizi di pagamento (par. 3, sez. I, Disp. B. It.) e con la precisazione che nelle operazioni di factoring si considera cliente il cedente, nonché il debitore ceduto qualora abbia convenuto con il cessionario una dilazione di pagamento (ibidem).

Si tratta di una nozione più ampia di quella riservata ai consumatori di cui al codice del consumo, posto che i ricorrenti all'ABF possono, a differenza dei primi, essere rappresentati anche da professionisti (tranne i settori espressamente eccettuati) nonché da persone giuridiche, non contenendo la disciplina in esame alcuna limitazione in tal senso.

Quanto all'ambito oggettivo, sono assoggettabili all'ABF le controversie attinenti a operazioni e servizi bancari e finanziari (comprese quelle riguardanti i bonifici transfrontalieri) con esclusione di quelle riguardanti i servizi e le attività di investimento e le altre fattispecie non rientranti nelle previsioni del titolo VI del T.U. bancario (ai sensi dell'art. 23, comma 4, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 sono infatti esclusi dall'applicazione del

suddetto titolo VI i servizi e le attività di investimento, il collocamento di prodotti finanziari e le operazioni e i servizi che siano componenti di prodotti finanziari), come previsto dal par. 4, primo comma, sez. I Disp. B. It..

A tal proposito è necessario sottolineare che la nozione di operazioni e servizi bancari e finanziari rientranti nella competenza dell'ABF è da intendersi in senso stretto, dato che, come precisa il par. 4, secondo comma, sez. I Disp. B. It. sono escluse le questioni relative a beni o servizi diversi da quelli bancari o finanziari oggetto del contratto tra cliente e intermediario, così come è parimenti esclusa ogni questione relativa a contratti eventualmente collegati (come, per esempio, i vizi dei beni in leasing).

Come si può notare, tutta la disciplina sin qui esaminata in relazione alle materie di competenza dell'ABF fa esclusivo riferimento a rapporti contrattuali fra intermediario e cliente, mentre non vi è alcuna disposizione dedicata espressamente alla fase delle trattative precontrattuali (per le cui questioni non è prevista, dunque, né esclusione né l'inclusione).

In ordine a ciò potrebbe trarsi una indicazione almeno in parte contraria alla relativa inclusione dalla definizione di "cliente" di cui al par. 3, sez. I, Disp. B. It. che fa riferimento, come già esposto, ai soggetti che intrattengono o hanno intrattenuto con un intermediario rapporti contrattuali. Ciò sembrerebbe impedire all'ABF di conoscere quantomeno le controversie attinenti alla fase delle trattative che non sono successivamente sfociate in una effettiva conclusione del contratto, atteso che in tal caso difetterebbe la stessa qualificazione di "cliente" in capo al ricorrente.

In ogni caso, inoltre, la competenza in oggetto potrebbe escludersi sulla base del rilievo che la responsabilità precontrattuale riveste, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, natura extracontrattuale, e non troverebbe dunque riscontri nel dettato del par. 4, sez. I, Disp. B. It. il quale contiene esclusivamente riferimenti a rapporti contrattuali.

Ciò nonostante, al n. 1) delle "questioni applicative" del 2010 predisposte e comunicate direttamente dall'ABF si legge che "l'Organo decidente può conoscere anche le controversie riguardanti anche le trattative precontrattuali - tra cui in particolare quelle concernenti il rispetto delle norme in materia di trasparenza - indipendentemente dall'effettiva conclusione del contratto".

Con tale sorta di 'interpretazione autentica', dunque, la struttura organizzativa dell'ABF ha inteso decisamente allargare l'ambito oggettivo della propria competenza, nell'evidente intento di offrire la possibilità di ricorso ad un numero sempre maggiore di soggetti.

Se tale intento può essere considerato lodevole (ed anche compatibile con la disciplina che, come visto, sul punto tace) quanto alla possibilità di inclusione della responsabilità precontrattuale in genere, deve invece essere criticata l'esplicita estensione anche alla materia delle mere trattative non seguite dall'effettiva conclusione del contratto, in quanto - come sopra esposto - irrimediabilmente in contrasto con la inequivocabile nozione di "cliente" di cui al par. 3, sez. I, Disp. B. It..

In ordine a ciò appare infatti chiaro che l'efficacia della procedura di ADR in questione poggia necessariamente anche sulla credibilità dei suoi organi (soprattutto quando, come

nella fattispecie, si tratta di un'autorità che impone la propria decisione alle parti al di fuori di un accordo tra le stesse, e ancor più in quanto una di queste parti aderisce alla procedura non per libera scelta ma perché obbligata dalla legge). E' proprio tale credibilità che genera la fiducia delle parti coinvolte e, di conseguenza, assicura un elevato livello di adempimento alle decisioni; essa a sua volta si fonda in gran parte sulla coerenza delle decisioni soprattutto in ordine al rispetto delle regole di fondo (fra le quali certamente è compresa la delimitazione dell'ambito di competenza) che, nel caso qui in considerazione, debbono ritenersi violate.

Quanto ai limiti di valore, nel caso in cui il ricorso contenga anche una domanda volta ad ottenere il pagamento di una somma di denaro, la competenza dell'ABF sussiste fino alla concorrenza di 100.000 Euro. In assenza di tale domanda, invece, non sussiste alcun limite, nel senso che l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà può essere svolto indipendentemente dal valore del rapporto sottostante (par. 4, secondo comma, sez. I, Disp. B. It.).

Dal punto di vista cronologico, all'ABF possono essere sottoposte controversie concernenti condotte o operazioni poste in essere dal 1 gennaio 2007.

Uno dei punti più delicati riguarda senz'altro le richieste di risarcimento dei danni. A tal proposito l'unica previsione normativa è quella di cui al par. 4, secondo comma, sez. I, Disp. B. It. secondo la quale "sono escluse dalla cognizione dell'ABF le richieste di risarcimento danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario".

Tale espressione non pone particolari problemi interpretativi quanto alla sua nozione, rappresentando una mera duplicazione della nota formula con cui l'art. 1223 c.c. definisce il rapporto di causalità fra inadempimento e danno. Stante tale parallelismo, può agevolmente ritenersi che, ancorché il par. 4, secondo comma, sez. I, Disp. B. It. non lo specifichi, il danno ivi previsto comprenda tanto il danno emergente quanto il lucro cessante, in ossequio ai generali principi.

Qualche dubbio può invece porsi con riferimento alle voci di danno risarcibile, soprattutto con riferimento al danno non patrimoniale, nonché all'eventuale ricorso all'equità per la liquidazione del danno (in mancanza della prova del suo esatto ammontare), atteso che nella disciplina della Banca d'Italia non vi è alcun richiamo al criterio residuale di cui all'art. 1226 c.c..

A tal proposito il generale principio della effettività della tutela dei diritti di cui all'art. 6 CEDU (principio richiamato espressamente anche dalla Raccomandazione), uno dei cui corollari consiste nella omnicomprensività della nozione del danno risarcibile, non può che far propendere per la soluzione estensiva. Sarebbe, del resto, contraria agli scopi dell'ABF l'emanazione di provvedimenti risarcitori limitati solo ad alcune voci di danno e non estesi ad altre per ragioni di competenza, in quanto ciò indurrebbe il ricorrente vittorioso ad adire la via giurisdizionale per ottenere una pronuncia (anche) sulle voci di danno non trattate in sede stragiudiziale, frustrando così la ratio deflattiva dell'istituto.

Le applicazioni dei primi mesi di attività dell'ABF hanno confermato in modo alquanto netto tale assunto.

Nella relazione di sintesi dell'attività fino al 31 marzo 2010, infatti, la Banca d'Italia ha reso noto che deve considerarsi risarcibile anche il danno non patrimoniale, purchè previsto da specifiche disposizioni di legge ovvero nel caso in cui l'interesse leso sia di rilievo costituzionale, la lesione non sia futile (meri disagi o fastidi) e il danno superi una soglia minima di tollerabilità (tutti requisiti che riassumono, in termini semplici, la più accreditata posizione della recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto).

E' stato inoltre chiarito che l'organo decidente può liquidare il danno anche in via equitativa, quando la quantificazione sia "impossibile o molto difficile".

Per di più la stessa relazione ha posto in evidenza che nulla osta anche al riconoscimento del danno da perdita di chance, sempre che si configuri come una concreta ed effettiva occasione di ottenere un determinato bene e non si riduca ad una mera aspettativa di fatto.

## Organi dell'ABF

La struttura è composta dall'organo decidente e dalla segreteria tecnica.

1) L'organo decidente è a composizione collegiale. Sono previsti tre diversi collegi aventi sede a Milano, Roma e Napoli in ragione della competenza territoriale sulle regioni rispettivamente del nord, del centro e del sud Italia.

In ordine alla competenza territoriale deve osservarsi che essa è determinata esclusivamente sulla base del domicilio del ricorrente dichiarato nel ricorso, come previsto espressamente dal par. 1, ultimo comma, sez. III, Disp. B. It..

Tale opzione normativa, se da un lato può essere valutata favorevolmente in quanto idonea a snellire l'espletamento della procedura (trattasi di un criterio facilmente accertabile a proposito del quale ben difficilmente sorgeranno questioni di competenza territoriale), dall'altro non pare coerente con la logica delle procedure di ADR.

Innanzitutto tale parametro permette evidentemente a ciascun ricorrente di poter scegliere il collegio preferito, atteso che il domicilio meramente dichiarato nel ricorso può corrispondere a qualunque località del territorio italiano, senza bisogno di elementi di collegamento reali (residenza, domicilio di fatto, dimora, etc.). Orbene, se tale sorta di forum shopping non rappresenta, di regola, un problema nella procedure di ADR (posto che la scelta di un determinato organo di mediation piuttosto che di un altro rientra, salvo disposizioni contrarie, nell'autonomia delle parti), nella presente fattispecie ciò potrebbe assumere connotati di

svantaggio nei confronti dell'intermediario che, oltre ad aderire coattivamente alla procedura, non può che rimanere assoggettato al collegio territoriale scelto esclusivamente dalla propria controparte.

Sotto il piano dei risultati pratici, buona parte della fondatezza della scelta normativa dipende dalla capacità dei tre collegi di uniformare gli orientamenti non solo decisionali ma anche istruttori ed organizzativi. E' tuttavia necessario rilevare che anche il solo percepimento (o anche il mero sospetto) di apparenti discrasie tra i tre organi potrebbe essere di per sé idoneo a diminuire il livello la fiducia della parte (in questo caso dell'intermediario) circa l'efficacia della procedura, con conseguente perdita di credibilità del sistema e, quindi, minore efficacia delle decisioni. Da tale punto di vista, pertanto, trattandosi di un rischio coinvolgente uno dei presupposti di riuscita dell'intero istituto, sarebbe stata consigliabile una scelta diversa, in qualche modo ancorata ad un criterio di collegamento reale e non virtuale o meramente potestativo come appare quello in oggetto.

Per di più il criterio adottato dalla Banca d'Italia non appare convincente sul piano sistematico anche con riferimento al domicilio sussistente o dichiarato in sede di reclamo preventivo. Come si vedrà più specificamente infra, infatti, il procedimento di ABF deve essere necessariamente avviato solo in seguito al rigetto (espreso o implicito), di un reclamo presentato dall'interessato presso l'apposito ufficio predisposto dall'intermediario. Sarebbe stato più logico, pertanto, stabilire la competenza territoriale del collegio in base al domicilio del cliente risultante nel rapporto contrattuale con l'intermediario al momento della presentazione del reclamo (ad esempio, il luogo di invio degli

estratti conto) o, quanto meno, in base al domicilio dichiarato dal cliente in tale sede: ciò avrebbe permesso di eliminare o di limitare l'effetto forum shopping di cui sopra.

Non resta che auspicare, pertanto, una modifica del criterio in esame da parte della Banca d'Italia. L'operazione appare non solo possibile ma anzi opportuna e doverosa, alla luce del fatto che l'art. 5, comma 2, della delibera del C.I.C.R. n. 275/2008, contiene un riferimento alla competenza territoriale determinata in ragione della "sede o residenza" del cliente. Ne deriva che la disposizione della Banca d'Italia ha dato attuazione alla delibera del C.I.C.R. utilizzando un parametro in contrasto con quello dettato da quest'ultima, e potrebbe essere quindi autonomamente 'rivedibile' dalla stessa Banca d'Italia con ulteriori provvedimenti di attuazione modificativi dei precedenti.

Ciascun collegio si compone di cinque membri effettivi (un presidente e due membri designati dalla Banca d'Italia, un membro designato dalle associazioni degli intermediari e un altro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti) e di uno o più componenti supplenti (nominati con le medesime modalità) e decide a maggioranza (parr. 3 e 4, sez. III, Disp. B. It.).

Quanto ai requisiti di professionalità ed esperienza, tutti i componenti devono essere scelti fra i docenti universitari in materie giuridiche o economiche, professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie da 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" (par. 3, secondo comma, sez. III, Disp. B. It.).

Quanto al requisito di indipendenza, non possono essere nominati i soggetti che nel biennio precedente abbiano ricoperto cariche sociali, prestato attività di lavoro subordinato o di collaborazione coordinata o continuativa presso gli intermediari o presso le associazioni di intermediari o di consumatori. Sono esclusi, inoltre, coloro i quali ricoprono cariche politiche (par. 3, quinto e sesto comma, sez. III, Disp. B. It.).

Quanto al requisito di integrità, sono esclusi coloro i quali abbiano riportato una delle condanne o delle misure interdittive specificate nell'elencazione di cui al par. 3, quarto comma, sez. III, Disp. B. It..

Con una previsione tanto innovativa quanto opportuna, peraltro, sono stati stabiliti dei requisiti di preferenza al fine di assicurare un impegno attivo e costante dei componenti, e precisamente il numero e la gravosità di altri incarichi già ricoperti, l'età anagrafica del componente e la prossimità del luogo di residenza o domicilio con la sede del collegio (par. 3, terzo comma, sez. III, Disp. B. It.).

A ciò fa eco quanto disposto dal par. 2, tredicesimo comma, sez. III, Disp. B. It. il quale prevede che la Banca d'Italia, dopo aver valutato le eventuali giustificazioni dell'interessato, possa dichiarare la decadenza dei componenti reiteratamente assenti ovvero revocare uno o più componenti per giusta causa (quale, ad esempio, la perdita dei requisiti o l'inosservanza di un codice deontologico appositamente predisposto dalla stessa Banca d'Italia).

Si tratta di norme quanto mai efficaci (naturalmente presupponendo una efficace attività di controllo da parte della Banca d'Italia) per assicurare elevati standards di

efficienza degli organi collegiali, nel rispetto di uno dei criteri-guida imposti dalla Raccomandazione.

2) Le segreterie tecniche sono composte, coordinate e gestite da personale e strutture della Banca d'Italia. Esse sono dislocate nelle tre sedi in cui operano i rispettivi collegi mentre una struttura centrale di coordinamento è istituita presso l'amministrazione centrale della Banca d'Italia con il compito, tra gli altri, di predisporre e pubblicare una relazione annuale dell'attività svolta dagli organi decidenti (parr 1 e 2, sez. IV, Disp. B. It.).

Si tratta di un organo di importanza tutt'altro che secondaria in quanto, oltre alle ordinarie attività di segreteria (ricevere i ricorsi, formare i fascicoli, effettuare le comunicazioni, le verbalizzazioni etc.), svolge anche delicati compiti istruttori, quali in particolare la richiesta alle parti di integrare la documentazione depositata (fissando a tale scopo un termine) e la redazione di una relazione da rendere disponibile ad ogni componente del collegio prima della riunione di discussione del ricorso. La segreteria tecnica rappresenta, dunque, il vero e proprio organo istruttorio del procedimento che svolge alcune funzioni di impulso e di coordinamento e a tal fine è dotato anche di taluni poteri autonomi e discrezionali.

## Avvio e svolgimento del procedimento

Come sopra accennato, l'avvio della procedura di ABF è preceduto dalla presentazione di un reclamo da parte del cliente, che rappresenta una vera e propria condizione di proponibilità del ricorso.

In ordine a ciò a ciascun intermediario è fatto obbligo di dotarsi di adeguate strutture o procedure interne, istituendo un ufficio reclami o individuando un responsabile della gestione dei reclami (par. 1, secondo comma, sez. VI, Disp. B. It.).

La pronuncia dell'intermediario deve avvenire entro trenta giorni dal ricevimento del reclamo e, in caso di accoglimento, deve contenere l'indicazione dei tempi previsti per l'adempimento.

Ai sensi del par. 2, primo comma, sez. VI, Disp. B. It. "il cliente rimasto insoddisfatto o il cui reclamo non abbia avuto esito nel termine di trenta giorni dalla sua ricezione da parte dell'intermediario può presentare ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario". E' stato previsto, quindi, un silenzio-inadempimento dell'intermediario che realizza la condizione di proponibilità in oggetto.

A tal proposito è degna di nota la genericità dell'espressione utilizzata nell'incipit della disposizione, laddove fa riferimento all'"insoddisfazione" (e non al rigetto della domanda) del cliente relativamente all'esito del reclamo.

Non si ritiene, tuttavia, trattarsi di una svista: per quanto l'insoddisfazione rappresenti un termine tecnico e dal

significato letterale potenzialmente fuorviante (atteso che sembra alludere ad uno stato emotivo del reclamante piuttosto che al risultato obiettivo della decisione), consente di prendere in esame l'esito del reclamo nella sua interezza, comprese quindi le prescrizioni dettate dall'intermediario per l'adempimento in caso di accoglimento.

In tal senso la formulazione del primo comma del par. 2 legittima la presentazione del successivo ricorso all'ABF anche nel caso in cui, pur essendo stato integralmente accolto il reclamo, il cliente non concordi sui tempi (o sulle modalità) di adempimento determinati dall'intermediario, investendo in tal modo l'ABF di una questione attinente esclusivamente alla realizzazione del proprio diritto e non alla sua sussistenza.

Tale conclusione sarebbe stata resa difficilmente sostenibile qualora la formulazione della stessa disposizione avesse fatto esclusivo riferimento al rigetto della domanda, posto che in tal caso l'integrale accoglimento del reclamo (indipendentemente dalle modalità stabilite per l'adempimento) avrebbe consentito di ritenere il relativo esito vittorioso per il reclamante, conseguentemente carente di interesse in sede di ricorso.

Il ricorso, redatto sull'apposito modulo predisposto dalla Banca d'Italia e sottoscritto dall'interessato, è presentato da costui (o dall'associazione di categoria a cui appartiene, o da un procuratore a ciò autorizzato) alla segreteria tecnica del collegio territorialmente competente ovvero è inviato o depositato a tutte le filiali della Banca d'Italia.

Il termine per la sua proposizione è di dodici mesi dalla presentazione del reclamo all'intermediario (par. 2, secondo comma, sez. VI, Disp. B. It.).

Considerato che l'ABF è operativo dal 15 ottobre 2009, si è posto il problema inerente al regime transitorio per il periodo anteriore a tale data. In ordine a ciò la Banca d'Italia, al n. 6) delle "questioni applicative" del 2010 ha chiarito che anche il reclamo proposto dal cliente all'intermediario in data anteriore al 15 ottobre 2009 deve considerarsi idoneo presupposto per la successiva presentazione del ricorso all'ABF. Inoltre, qualora siano trascorsi più di dodici mesi dalla proposizione del reclamo, il cliente potrà giovare di una sorta di 'rimessione in termini' ripresentando il proprio reclamo.

Si tratta di precisazioni quanto mai opportune e condivisibili, senz'altro in linea con lo spirito e la ratio dell'intera disciplina che, come si può facilmente evincere anche dalle sopra esposte modalità di ricorso, intende semplificare e facilitare l'accesso all'istituto da parte degli interessati.

A tal proposito suscita qualche perplessità la previsione del termine oltre il quale il ricorso non può più essere proposto.

Dato, infatti, che in ogni caso la presente disciplina non può imporre al cliente alcuna limitazione di accesso ai mezzi di tutela giurisdizionale, il soggetto rimasto insoddisfatto in sede di reclamo, ma ancora intenzionato a far valere le proprie ragioni, una volta interamente decorso il termine in oggetto non avrà altra scelta che adire la via della giustizia ordinaria ovvero una procedura di risoluzione alternativa diversa dall'ABF, oramai preclusa.

In tal modo si conseguirebbe un risultato senz'altro contrario ad uno degli scopi della disciplina, ovvero quello della massima diffusione dell'accesso alla procedura.

Si consideri, inoltre, che il termine previsto (dodici mesi) è tutt'altro che ampio, atteso che esso decorre dalla presentazione del reclamo (e non dalla decisione sullo stesso, o dalla comunicazione della decisione). Pertanto, ben può verificarsi che, soprattutto nei casi di ritardo o inerzia dall'intermediario, il cliente cominci a raccogliere le informazioni per presentare il ricorso a pochi mesi dalla scadenza del termine utile. E' pur vero che la previsione del silenzio-inadempimento in capo all'intermediario decorsi trenta giorni dalla presentazione del reclamo consente al reclamante di inoltrare immediatamente il ricorso all'ABF, ma occorre tenere presente che nella maggior parte dei casi il ricorrente non è assistito da un esperto e può, dunque, incontrare non poche difficoltà sia in sede di accesso alle informazioni sia in sede di compilazione e presentazione del ricorso.

L'assenza di un termine preclusivo o, quantomeno, una maggiore dilatazione dello stesso potrebbero consentire un maggiore accesso all'istituto di risoluzione alternativa delle controversie anche da parte delle fasce di clienti meno preparati e attivi (per ragioni di età, livello di istruzione, etc.), aumentando così l'auspicato effetto deflattivo.

La questione interpretativa posta da tale disposizione riguarda il significato dell'espressione "stessa contestazione", potendo intendersi la locuzione con riferimento all'integrale contenuto dei due atti ovvero in relazione alla sola parte di essi concernente l'individuazione delle circostanze idonee ad individuare l'operazione o il rapporto contestati.

La prima opzione interpretativa, senz'altro più tecnica, muterebbe un principio fondamentale della teoria del diritto processuale, ovvero la necessaria corrispondenza fra il

contenuto della domanda e quello dell'impugnazione della decisione, il che (di regola) implica che nella fase successiva non possano essere dedotti fatti nuovi ma nemmeno domande in precedenza non proposte.

Tale soluzione impedirebbe, dunque, al ricorrente di sottoporre all'ABF domande ulteriori rispetto a quelle formulate in sede di reclamo.

Non appare possibile, tuttavia, considerare il ricorso all'organo decidente dell'ABF quale atto assimilabile ad una impugnazione: ciò non dipende tanto dalla natura non giurisdizionale dell'ABF (il cui organo giudica anche secondo diritto, sia sostanziale che processuale, ed infatti fa costante uso di alcune regole dettate dal codice di rito), quanto dal fatto che non vi può essere una relazione di tal genere tra una domanda (il reclamo) sulla quale provvede una parte (l'intermediario), ed un'altra domanda (il ricorso) sulla quale provvede un organo indipendente e imparziale.

Deve considerarsi più corretta, dunque, la seconda interpretazione, che appare anche maggiormente in linea con i più volte ricordati scopi dell'istituto in questione: il ricorso, pertanto, deve necessariamente riguardare le medesime circostanze di fatto già contestate in sede di reclamo, mentre può contenere anche domande nuove (sempre che attengano, naturalmente, alle stesse condotte contestate).

In tal senso appaiono orientati, quantomeno dalle prime applicazioni, anche gli organi dell'ABF, atteso che al n. 5 delle "questioni applicative" del 2010 è stato espressamente previsto che può ritenersi ammissibile l'eventuale domanda di risarcimento dei danni svolta per la prima volta in sede di ricorso, purchè si riferisca alla stessa contestazione contenuta nel reclamo.

Una volta proposto il ricorso, il ricorrente deve darne "tempestiva" comunicazione all'intermediario inviando a quest'ultimo copia del ricorso con lettera raccomandata o posta certificata. L'intermediario, entro trenta giorni dal ricevimento di tale comunicazione, trasmette alla competente segreteria tecnica le proprie controdeduzioni con la documentazione "utile ai fini della valutazione del ricorso, ivi compresa quella relativa alla fase di reclamo" (par. 2, terzo comma, sez. VI, Disp. B. It.). Come precisato dalla nota 3 al par. 2, al fine di consentire la verifica del rispetto del termine in questione, l'intermediario comunica tempestivamente via e-mail alla segreteria tecnica competente la data di ricezione della comunicazione del cliente. Copia delle controdeduzioni è trasmessa al ricorrente che ne abbia fatto richiesta in sede di ricorso dalla segreteria tecnica (par. 2, quarto comma, sez. VI, Disp. B. It.). Sia il ricorso che le controdeduzioni possono essere trasmesse anche dalle rispettive associazioni di categoria.

L'istruttoria sul ricorso è curata dalla segreteria tecnica. Tale fase dura al massimo sessanta giorni decorrenti dal deposito delle controdeduzioni (o dalla scadenza del termine previsto per tale incombente), termine entro il quale il collegio deve pronunciarsi sulla domanda. Sia la segreteria tecnica sia il collegio, tuttavia, possono sospendere il termine per un periodo complessivamente non superiore a sessanta giorni per richiedere ulteriori chiarimenti alle parti, fissando un termine massimo per la produzione delle integrazioni richieste (par. 3, terzo comma, sez. VI, Disp. B. It.).

In ogni caso "l'istruttoria è effettuata esclusivamente in base alla documentazione prodotta dalle parti" (cfr. ibidem), con la conseguenza che è senz'altro da escludersi ogni

eventuale acquisizione ufficiosa da parte dell'organo decidente o della segreteria tecnica.

L'insieme delle disposizioni sopra riportate non è di facile lettura in quanto presenta alcune lacune e disegna il regime delle posizioni procedurali delle due parti in modo assolutamente differente.

In primo luogo si rileva che, mentre è espressamente disciplinato sia l'an che il quomodo dell'eventuale produzione documentale da parte dell'intermediario (da effettuarsi unitamente al deposito delle controdeduzioni), non si ritrova alcun analogo riferimento dedicato al regime di produzione di documenti da parte del ricorrente.

L'assenza di tali previsioni potrebbe condurre prima facie a ritenere che la facoltà di produrre documenti sia appannaggio del solo intermediario. Ciò, del resto, non costituirebbe necessariamente una illegittima compromissione dei diritti del cliente, in quanto, come specificato dal par. 2, terzo comma, sez. VI, Disp. B. It., con le controdeduzioni l'intermediario trasmette la documentazione "utile ai fini della valutazione del ricorso, ivi compresa quella relativa alla fase di reclamo": l'obbligatorietà della produzione dei documenti relativi alla fase di reclamo potrebbe, dunque, rappresentare una idonea garanzia procedimentale in capo al cliente, al quale sarebbe sufficiente presentare la propria documentazione all'intermediario in uno con il reclamo, e, in caso di successivo deposito del ricorso, semplicemente attendere che i propri documenti, ad opera della propria controparte, confluiscono nel fascicolo del procedimento di ABF.

Tuttavia non appare convincente escludere che al cliente non sia consentito di portare la propria documentazione

all'attenzione dell'organo decidente (e della segreteria tecnica).

A tal proposito, infatti, deve tenersi presente che il procedimento di ABF è retto dal principio del contraddittorio, come espressamente previsto dalla Raccomandazione (III principio), in applicazione del quale deve ritenersi che la facoltà di produrre documenti non possa limitarsi ad una parte sola.

Tale soluzione trova un importante riscontro nel sopra citato par. 3, primo comma, sez. VI, Disp. B. It. secondo cui "l'istruttoria è effettuata esclusivamente in base alla documentazione prodotta dalle parti" nonché nel quarto comma dello stesso par. 3 il quale prevede che, quando la procedura riprende in seguito all'interruzione, "le parti possono fare rinvio alla documentazione già presentata in occasione della precedente procedura di ricorso".

In entrambi i casi l'espressa indicazione delle "parti" al plurale non può che confermare che la facoltà di produzione di documenti non può essere limitata al solo intermediario ma deve essere estesa anche al cliente.

In assenza di specifiche previsioni, non può che ritenersi che il momento più idoneo in cui effettuare il deposito dei documenti da parte del ricorrente sia contestualmente al deposito del ricorso, anche se, data l'insussistenza di termini preclusivi, non può escludersi l'ammissibilità di una produzione documentale successiva.

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento alla possibilità che il collegio o la segreteria tecnica richiedano chiarimenti alle parti, fissando un apposito termine per la produzione delle integrazioni richieste (par. 3, terzo comma, sez. VI, Disp. B. It.): anche se la disposizione in oggetto

parla genericamente di "ulteriori elementi" (senza prevedere espressamente, dunque, la possibilità di produrre documentazione) può senz'altro ritenersi, in base alle argomentazioni sopra esposte, che tra le "integrazioni" che le parti devono (nel senso che hanno l'onere di) produrre possa ricomprendersi anche la presentazione di documenti.

Nonostante tale ottica di bilanciamento e di perequazione tra le posizioni delle due parti in ordine alla possibilità di produrre documenti, deve tuttavia sottolinearsi come le conseguenze della mancata produzione siano radicalmente diverse.

Ai sensi del par. 2, ultimo comma, sez. VI, Disp. B. It., infatti, qualora il ritardo e l'omissione del deposito di documenti da parte dell'intermediario (anche in seguito della specifica richiesta in tal senso da parte della segreteria tecnica o del collegio) rendano "impossibile una pronuncia sul merito della controversia", ciò può essere valutato quale condotta di "mancata cooperazione (...) allo svolgimento della procedura", e può dar luogo all'adozione delle sanzioni previste dal successivo par. 5 (pubblicità dell'inadempimento dell'intermediario).

Dalla disposizione in oggetto si desume che mentre per il cliente la produzione documentale costituisce pur sempre un onere in senso stretto (nel senso che eventuali mancanze in tal senso potranno al massimo non giovare alla posizione procedimentale della parte ma non possono costituire condotte sanzionabili), l'attività di deposito di documenti da parte dell'intermediario può talvolta costituire una attività doverosa la cui violazione configura un inadempimento sanzionabile.

In ordine a ciò è necessario, allora, operare una netta distinzione tra la documentazione che rende "impossibile la decisione sul merito" e quella che non consegue tale effetto, posto che l'inadempimento è configurabile con esclusivo riferimento alla mancata o tardiva produzione della prima.

La linea di demarcazione tra le due ipotesi è di ardua determinazione a causa dell'ellittica espressione utilizzata dalla disposizione in esame.

L'impossibilità di adottare una decisione sul merito della controversia presuppone, infatti, che il collegio decidente addivenga, in tali casi, ad una pronuncia di non liquet, ovvero si limiti a dichiarare di non poter pronunciare alcuna decisione di merito.

Secondo i principi di diritto processuale, invece, nessuna decisione sul merito di una controversia è tecnicamente "impossibile" per mancanza di elementi probatori, atteso che, come è noto, in applicazione del fondamentale principio della prova di cui all'art. 2697 c.c., la mancata dimostrazione di una circostanza di fatto non può che condurre al rigetto (nel merito) della domanda o dell'eccezione formulata dalla parte su cui grava l'onere probatorio.

Delle due, quindi, l'una: o nel procedimento di ABF non è applicabile in via generale il principio di cui all'art. 2697 c.c. (e dunque in caso di assoluta insussistenza di elementi probatori il collegio dovrà dichiarare l'impossibilità di decidere sul merito) o tale principio è inderogabilmente applicabile, con la conseguenza che il par. 2, ultimo comma, sez. VI, Disp. B. It. si traduce in una regola inapplicabile nella sua formulazione letterale.

La prima soluzione appare alquanto improbabile e problematica.

In primo luogo, come previsto dal par. 4, primo comma, sez. VI, Disp. B. It. nonchè dall'art. 8 del Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF, il collegio deve applicare "le previsioni di legge e regolamentari in materia" (oltre che gli eventuali codici di condotta ai quali aderisca l'intermediario).

All'interno del ventaglio delle varie tipologie di regole in base alle quali l'organo decidente può fondare la propria decisione - come suggerite dal testo del II principio della Raccomandazione (regole di diritto, equità, codici di condotta, etc.) - dunque, le disposizioni dell'ABF escludono il ricorso all'equità prediligendo l'applicazione del diritto (50).

Tale scelta di campo impone, di conseguenza, che il procedimento di ABF si svolga nel rispetto delle regole giuridiche, eventualmente integrate dai precetti dettati dai codici deontologici (i quali, tuttavia, non possono che concernere solo previsioni di dettaglio delle regole sostanziali e non processuali). Ne deriva che l'organo decidente non potrebbe non applicare i fondamentali principi dell'ordinamento giuridico, tra cui, naturalmente, anche il principio della prova di cui all'art. 2697 c.c..

L'assunto ha trovato puntuali riscontri nei primi orientamenti seguiti dall'organo decidente.

Ad esempio, nella motivazione della decisione n. 23 dell'8 febbraio 2010 il collegio di Roma, preso atto dell'assenza di specifiche contestazioni dell'intermediario riguardo ad alcune

---

<sup>(50)</sup> A tal proposito si sottolinea che la Raccomandazione non ha manifestato alcuna preferenza per la scelta delle regole da porre a fondamento della decisione dell'organo decidente. In tal senso, infatti, sarebbe senz'altro rispettosa della Raccomandazione anche la creazione di una procedura che prevedesse decisioni impostate sulla sola equità. Tuttavia è necessario che, in ossequio al principio di trasparenza, i singoli Stati membri scelgano chiaramente quali tipologie di regole saranno applicate, al fine di consentire agli utenti un accesso informato e consapevole alla procedura.

circostanze, ha applicato direttamente la regola di cui all'art. 115 c.p.c. ritenendo non controversi (e quindi pacifici tra le parti) i fatti allegati e non contestati. In ordine a ciò il collegio ha specificato che "il recente inserimento in forma esplicita nel codice di procedura civile, rafforza il convincimento che si tratti di principio di generale applicazione, tanto da rendersi applicabile anche al presente procedimento, non potendo quest'ultimo disattendere i principi generali del processo civile".

Appare, dunque, chiaro che il procedimento di ABF non può prescindere dall'applicazione dei principi generali dell'ordinamento, i quali devono ritenersi vincolanti per il collegio in sede di decisione (51).

In secondo luogo, l'ammissibilità della pronuncia di non liquet frustrerebbe il perseguimento delle finalità dell'istituto dell'ABF: la dichiarazione di impossibilità di decidere da parte dell'obbligo decidente, infatti, rivelerebbe l'assoluta inutilità di ogni attività svolta, schiuderebbe inevitabilmente le porte alla tutela giurisdizionale minando in tal modo la credibilità del sistema alternativo, con buona pace del principio di effettività della tutela invocato dalla Raccomandazione ed espressamente richiamato dall'art. 128 bis, comma 2, T.U. bancario.

Sul punto deve dunque concludersi che l'organo decidente, non potendo derogare né al principio della prova né a quello di effettività della tutela, non può applicare il par. 2, ultimo comma, sez. VI, Disp. B. It. laddove apparentemente ammette

---

(<sup>51</sup>) E' inoltre significativo che il principio richiamato nella fattispecie in questione (ovvero il principio di non contestazione) sia intimamente connesso al principio della prova di cui all'art. 2697 c.c., del quale rappresenta un corollario, atteso che postula l'irrelevanza delle attività probatorie aventi ad oggetto i fatti non controversi poiché incontestati.

una eventuale dichiarazione di impossibilità di decidere nel merito.

L'unica interpretazione della disposizione in oggetto compatibile con i sopra richiamati principi appare, pertanto, quella che conduce ad intendere l'impossibilità di pronunciare sul merito della controversia quale impossibilità di pronuncia favorevole al ricorrente.

Del resto ciò si può verificare solo nel caso in cui la suddetta impossibilità derivi da una condotta omissiva dell'intermediario, il quale non abbia prodotto (spontaneamente o su invito degli organi dell'ABF) entro i termini assegnati la documentazione in suo possesso da ritenersi indispensabile per la decisione. Tale comportamento può assurgere a condotta unfair (e quindi sanzionabile), naturalmente, solo se costituisce un inadempimento, come si desume chiaramente dal richiamo contenuto dal par. 2, ultimo comma, sez. VI, Disp. B. It. alle sanzioni di cui al successivo par. 5 (pubblicità dell'inadempimento).

Deve, cioè, trattarsi di situazioni in cui sussistano elementi idonei a ritenere che l'intermediario sia in possesso della documentazione non tempestivamente prodotta, altrimenti non potrebbe configurarsi alcuna violazione.

Riassumendo, dunque, si può affermare che nel caso in cui l'intermediario non produca documenti in suo possesso e indispensabili per la decisione, il collegio dovrà rigettare il ricorso e dar luogo - eventualmente - alla sanzione della pubblicità dell'inadempimento dello stesso intermediario all'obbligo di cooperazione al corretto svolgimento della procedura con le modalità indicate dal par. 5, sez. VI, Disp. B. It. ovvero sul sito internet dell'ABF e della Banca

d'Italia nonché, a spese dell'intermediario, su due quotidiani ad ampia diffusione nazionale.

Tale punto di arrivo potrebbe destare qualche perplessità sotto il profilo dell'efficacia del meccanismo, potendo apparire la sanzione troppo blanda al fine di imporre all'intermediario una condotta fair e, conseguentemente, di permettere al collegio di poter disporre di tutti gli elementi idonei per giungere ad una decisione esaustiva. Potrebbe sostenersi, infatti, che il principio dell'effettività della tutela avrebbe dovuto imporre conseguenze di più ampio rilievo per l'intermediario inadempiente, con possibilità di influire sull'esito della decisione.

La scelta operata dalle disposizioni della banca d'Italia, invece, deve ritenersi apprezzabile e sistematicamente ben coordinata.

In ordine a ciò si deve tenere ben presente, infatti, che uno dei cardini dell'intera disciplina è rappresentato dal fatto che ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giurisdizionale (o arbitrale) per la tutela dei propri diritti ed interessi, come previsto dalla Raccomandazione e ribadito dal par. 4, quarto comma, sez. VI, Disp. B. It..

Tale "principio di libertà" deve, tuttavia, essere coordinato con il principio di efficacia della procedura alternativa: se, da un lato, le parti hanno la possibilità di rifiutare di adeguarsi all'esito finale dell'ABF ricorrendo alla via giurisdizionale (o all'arbitrato), dall'altro è necessario assicurare che le parti stesse siano indotte nel maggior numero di casi possibili ad accettare la decisione adottata in sede di ABF, pena la sterilità dell'intero sistema alternativo.

Tale risultato è reso possibile da una serie di fattori fra i quali assume una primaria importanza quello costituito dalla massima compatibilità tra le regole decisionali utilizzabili in sede giudiziale (o arbitrale) e quelle utilizzabili in sede di procedura alternativa.

In tale prospettiva può ritenersi che eventuali sanzioni di tipo endoprocedimentale (ovvero influenti sulla decisione) nei confronti dell'intermediario inottemperante al dovere di produrre i documenti in suo possesso avrebbe l'effetto di scardinare il fenomeno sopra descritto con l'effetto di rendere la decisione adottata in sede di ABF facilmente modificabile in sede giurisdizionale, e quindi scarsamente efficace.

Si pensi a cosa accadrebbe qualora l'intermediario, convenuto in sede di ABF, non intenda produrre alcuni documenti (da ritenersi indispensabili per la decisione) e, decorso inutilmente il termine eventualmente assegnato dal collegio per la produzione, soccomba proprio a causa di tale inottemperanza.

L'intermediario non potrebbe che adire l'autorità giudiziaria, introducendo una causa ordinaria, mantenendo in tale sede la propria condotta omissiva.

Anche qualora sia disposto dal giudice istruttore (su istanza della controparte) un ordine di esibizione di tali documenti ex art. 210 c.p.c., la perdurante inottemperanza dell'intermediario non conferirebbe comunque al tribunale il potere di fondare la propria decisione di merito sulla base di tale inadempimento.

Ciò in quanto la mancata esibizione documentale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 118, secondo comma, e 210, primo comma, c.p.c., non può rappresentare un elemento

valutabile come prova, potendo al massimo consentire al giudice di trarre argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c. (52). Si consideri, inoltre, che l'ordine di esibizione non conferisce alcun potere di esecuzione coattiva in capo alla parte interessata (53).

Ebbene, in tale situazione è presumibile il tribunale, non potendo fondare la propria decisione sul solo argomento di prova e non disponendo dei documenti indispensabili per la decisione (senza i quali è impossibile una decisione favorevole al cliente, come sopra già esposto), accolga la domanda dell'intermediario capovolgendo in tal modo l'esito della procedura di ABF.

A ciò aggiungasi che, secondo la dominante giurisprudenza:

l'argomento di prova costituisce un apprezzamento discrezionale del giudice e non è censurabile in cassazione (54);

in caso di distruzione dei documenti, l'eventuale argomento di prova può essere tratto solo qualora la distruzione sia avvenuta in seguito alla comunicazione dell'ordine di esibizione mentre, in assenza di specifici obblighi di conservazione dei documenti, la stessa conseguenza non può verificarsi qualora al momento della comunicazione dell'ordinanza ex art. 210 c.p.c. i documenti siano già stati distrutti o dispersi (55);

---

(52) Sul punto la giurisprudenza è assolutamente consolidata. Cfr., ex multis, Cass. 3 ottobre 2008, n. 24590 in Mass. Giur. It. 2008, nonché le sentenze citate alle note successive.

(53) Ex pluribus Cass. 10 dicembre 2003, n. 18833 in Guida. al Dir. 2004, n. 6, 42.

(54) Ex pluribus Cass. 13 agosto 2004, n. 15768 in CED Cass. 2004.

(55) Ex pluribus Cass. 27 ottobre 2004, n. 20792 in Guida al Dir. 2004, n. 47, 61.

l'onere di dimostrazione della possibilità di produzione (ovvero dell'esistenza dei documenti e del relativo possesso o disponibilità in capo al soggetto destinatario dell'ordine) grava sulla parte richiedente (56).

Facendo applicazione dei summenzionati orientamenti al ragionamento in esame, si può facilmente osservare che, in sede giurisdizionale, le probabilità di un accoglimento delle pretese del cliente in caso di mancata produzione di indispensabili documenti da parte dell'intermediario sono scarsamente rilevanti.

Alla luce di quanto sopra esposto, pertanto, qualora in sede di ABF l'intermediario inadempiente all'obbligo di produzione documentale fosse sanzionato (in via automatica o discrezionale) con l'accoglimento del ricorso del cliente, molto probabilmente tale esito sarebbe capovolto nel successivo processo, con la conseguenza che si otterrebbe un risultato non solo inutile ma anzi contrario agli scopi deflattivi dell'istituto alternativo.

Per tale motivo, dunque, la scelta della più blanda sanzione di cui al par. 2, ultimo comma, sez. VI, Disp. B. It. appare congrua e in linea con la ratio di cui sopra.

In ogni caso, poi, la pubblicità dell'inadempimento non può considerarsi priva di rilievo (anche se solamente con effetti indiretti sull'obbligo di cooperazione da parte degli intermediari), atteso che, ai sensi dell'art. 128 T.U. bancario, la Banca d'Italia (nonché gli altri organi ivi previsti) può eseguire gli opportuni controlli e, in caso di accertate violazioni (concernenti anche il rispetto delle disposizioni di cui all'art. 128 bis, ovvero in relazione

---

(56) Ex pluribus Cass. 10 dicembre 2003, n. 18833, cit. alla nota 4.

all'ABF), irrogare le sanzioni previste dagli artt. 144, commi 3 e 4, e 145, comma 3.

Un altro aspetto particolarmente delicato e di non semplice ricostruzione sistematica è quello rappresentato dallo scambio di informazioni tra le parti nel corso del procedimento di ABF.

Anche in ordine alla conoscibilità degli atti e dei documenti, infatti, le disposizioni in questione disegnano un apparato piuttosto lacunoso.

Innanzitutto non è prevista alcuna trasmissione alla controparte dei documenti depositati dall'avversario. Non è prevista, inoltre, alcuna comunicazione riguardante le integrazioni depositate in seguito al provvedimento di richiesta di ulteriori elementi adottato dagli organi dell'ABF nel corso dell'istruttoria preliminare: in tal caso, infatti, il par. 3, terzo comma, sez. VI, Disp. B. It. si limita a disporre che "la sospensione è comunicata ad entrambe le parti, unitamente alla fissazione di un termine massimo per la produzione delle integrazioni richieste".

Quanto agli atti introduttivi, mentre l'intermediario riceve dal cliente tramite raccomandata A.R. o posta certificata la copia del ricorso (par. 2, terzo comma, sez. VI, Disp. B. It.), al cliente sarà trasmessa dalla segreteria la copia delle controdeduzioni dell'intermediario solo se "ne abbia fatto richiesta in sede di ricorso" (par. 2, quarto comma, sez. VI, Disp. B. It.).

In base a tali disposizioni, dunque, gli unici atti di cui è previsto lo scambio sono, per così dire, solo quelli 'introduttivi': il ricorso (trasmesso dal cliente all'intermediario) e le controdeduzioni (trasmesse dalla

segreteria tecnica al cliente solo in caso di espressa richiesta nel ricorso).

Il punto centrale è quello di verificare se ciò rappresenti il regime standard dello scambio di informazioni tra le parti nel corso della procedura ovvero se si riferisca, al contrario, alla sola trasmissibilità degli atti, facendo quindi salva ogni possibilità di accedere alle informazioni in oggetto tramite una propria iniziativa.

Nel primo caso la procedura sarebbe connotata per lo più da segretezza, posto che - esclusi gli atti introduttivi - le parti non potrebbero conoscere nulla (né documenti né atti integrativi) di quanto depositato dalla controparte presso la segreteria tecnica. Nel secondo caso, invece, la procedura sarebbe connotata da trasparenza, nel senso che le parti avrebbero pur sempre la facoltà di accedere a tutti gli atti e documenti depositati dalla controparte, salvo il diritto di ricevere direttamente gli atti introduttivi.

La questione non è certo di secondaria importanza, non solo nell'ambito dello svolgimento del procedimento di ABF, ma anche ai fini della eventuale diversa utilizzazione delle informazioni scambiate nel corso del procedimento (atti e documenti), dato che nessuna disposizione vieta o limita la relativa allegazione e produzione nel successivo processo giurisdizionale o arbitrale.

Ai fini della risoluzione del problema posto, un primo indizio potrebbe essere desunto dalle disposizioni dettate per il funzionamento della segreteria tecnica (par. 1, sez. IV, Disp. B. It.), che, pur contenendo un elenco dettagliato delle attività organizzative e delle funzioni di tale organo, tra di esse non menzionano il rilascio delle copie di atti e documenti alle parti.

Ciò potrebbe indurre a ritenere, pertanto, che tale possibilità non sia stata prevista perché non consentita. In tal modo si dovrebbe optare per una procedura connotata da segretezza, e dunque anche la mancata previsione in ordine alla successiva inutilizzabilità (in sede giurisdizionale o arbitrale) di atti e documenti conosciuti nel corso dell'ABF potrebbe essere motivata dall'inutilità di divieti di tal genere.

L'ipotizzata segretezza, del resto, non porrebbe insuperabili ostacoli allo svolgimento della procedura, atteso che la mancanza di scambio di informazioni tra le parti non impedirebbe agli organi dell'ABF né di formare il fascicolo del procedimento, né di richiedere integrazioni, né di emanare la decisione finale.

Molto più semplicemente si potrebbe ricostruire il procedimento in oggetto inquadrandolo in uno schema di tipo 'inquisitorio'.

Il dettato della Raccomandazione, tuttavia, è di ben altro tenore.

Il testo enucleato riguardo al principio del contraddittorio prevede, infatti, che "la procedura da seguire comporta la possibilità, per tutte le parti interessate, (...) di prendere conoscenza di tutte le posizioni e di tutti i fatti avanzati dall'altra parte, nonché eventualmente delle dichiarazioni degli esperti". Ancor più penetrante il testo del sedicesimo 'considerando', il quale ricorda che "gli interessi delle parti possono essere protetti solo se la procedura consente loro (...) di informarsi sui fatti esposti dalla controparte".

La perentorietà delle espressioni utilizzate dalla Commissione U.E. non lascia adito a dubbi, nel senso che è stato

chiaramente indicato agli Stati membri di non adottare procedure connotate dal metodo 'inquisitorio' e di assicurare alle parti il più ampio accesso alle allegazioni e alle prove della controparte.

Il parametro interpretativo tratto dalla Raccomandazione deve considerarsi, d'altronde, del tutto in linea con la natura dell'istituto in questione.

Come già rilevato supra (al par. 3 del presente capitolo), infatti, l'ABF, pur rientrando nelle procedure di ADR, è connotato da caratteristiche del tutto singolari ed è in ogni caso da escludersi che possa appartenere al genus della mediazione o della conciliazione, non partecipando della stessa natura.

Di conseguenza, l'ABF non pone i seri problemi di garanzia della privacy che invece caratterizzano tutti i procedimenti appartenenti alla categoria della mediazione (in senso ampio). Non si dimentichi, a tal fine, che una caratteristica essenziale dell'ABF è quella di imporre una decisione alle parti, mentre il tratto caratterizzante della mediazione è quello di predisporre metodi, strutture ed organi che promuovano o facilitino la costruzione di soluzioni consensuali.

A riprova di tutto ciò, si rileva che in tutto il testo della Raccomandazione (né fra i principi né fra i 'considerando') vi è alcun riferimento a qualsivoglia questione relativa alla riservatezza.

Ne deriva che, nonostante la lacunosità delle disposizioni italiane, l'interpretazione più corretta appare senz'altro quella secondo la quale nel corso dello svolgimento dell'ABF non può impedirsi alle parti di accedere a tutti gli atti e a

tutti i documenti depositati dalla controparte nel corso del procedimento.

Tale accesso, ad eccezione degli atti introduttivi che sono ricevuti dall'intermediario (sempre) e dal cliente (solo se espressamente richiesto nel ricorso), non può che avvenire tramite richiesta da presentarsi alla segreteria tecnica.

Al fine di assicurare la massima estensione dei poteri di informazione come specificati nella Raccomandazione, inoltre, tale accesso dovrebbe consentire alle parti sia di prendere visione sia di estrarre copia degli atti e dei documenti in questione.

Di conseguenza, tutte le informazioni di cui trattasi, in mancanza di alcun divieto, potranno essere utilizzate nel corso del successivo processo o arbitrato.

Tale conclusione risulta avvalorata anche dal fatto che uno degli scopi principali dell'ABF è costituito, come si ricava dalle disposizioni di apertura della Banca d'Italia, da quello di incentivare il rispetto del principio di correttezza e conseguentemente aumentare la fiducia del pubblico nei prestatori di servizi bancari e finanziari contribuendo alla stabilità degli intermediari e del sistema bancario e finanziario in generale (57).

A tal proposito autorevole dottrina ha evidenziato che "Il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie che è stato individuato nell'ABF finisce col rappresentare, così, un opportuno complemento di quella disciplina di trasparenza alla cui osservanza sono assoggettati gli intermediari ai fini di una maggiore tutela della clientela nei loro confronti, sempre

---

(57) Cfr. FANTETTI, *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore ed intermediario* in *La Responsabilità Civile 2010*, 855 e segg.

in una prospettiva di riequilibrio delle rispettive posizioni”  
(58) .

Lo stesso Autore ha altresì sottolineato che anche gli interventi di natura officiosa tanto della segreteria tecnica quanto del collegio decidente (legittimati a chiedere ulteriori chiarimenti alle parti) risultano funzionali “ad assicurare il riequilibrio delle posizioni delle parti, avendosi di mira il raggiungimento, in vista della realizzazione di una giustizia sostanziale, di una verifica effettiva” (59).

Se, dunque, uno degli scopi principali dell’ABF è quello di favorire la realizzazione della trasparenza verso i consumatori (nel quadro del perseguimento di interessi generali del sistema creditizio) apprestando misure tese a riequilibrare le posizioni di questi ultimi nei confronti degli intermediari, e se anche eventuali iniziative rivolte a stimolare produzioni documentali debbono considerarsi emanazione dello stesso principio di trasparenza, non vi è dubbio che proprio in nome della medesima trasparenza tra cliente e istituto bancario tutta la documentazione prodotta nel corso del procedimento di ABF possa essere successivamente utilizzata dalle parti, anche e specialmente in sede giurisdizionale o arbitrale.

---

(58) Cfr. QUADRI, *L’Arbitrato bancario finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie* in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2010 II, 308

(59) Cfr. QUADRI, *L’Arbitrato bancario finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie* in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, cit., 316

## Conclusione del procedimento

Secondo quanto previsto dal par. 4, primo comma, sez. VI, Disp. B. It., l'esito del procedimento è costituito da una decisione assunta sulla base della documentazione raccolta nel corso della fase di istruttoria, applicando la previsioni di leggi e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca.

Come già esposto, ancorché il testo della Raccomandazione abbia previsto la possibilità di includere nel novero delle regole da porre a fondamento della decisione anche l'equità, quest'ultima è stata esclusa dalla disposizione in questione.

Tale scelta deve ritenersi quanto mai opportuna in quanto, sottoponendo il giudizio dell'organo decidente alle regole giuridiche, consente una maggior probabilità di corrispondenza tra l'esito dell'ABF e quello dell'eventuale e successivo processo giurisdizionale o arbitrale, in ossequio ai già delineati scopi deflattivi e di efficacia dell'istituto.

La decisione sul ricorso è deliberata a maggioranza, ed immediatamente dopo la verifica dei voti il presidente detta a verbale il dispositivo della decisione adottata (art. 9 del regolamento per il funzionamento dell'organo decidente dell'ABF).

Successivamente la decisione viene stesa per iscritto e in lingua italiana dal relatore, salvo diversa determinazione del presidente che può affidare ad altro componente del collegio (compreso se stesso) la relativa redazione (art. 11 del regolamento). Essa è comunicata dalla segreteria alle parti

entro trenta giorni dalla pronuncia (par. 4, secondo comma, sez. VI, Disp. B. It.).

La descrizione del contenuto della decisione, formulata dall'art. 10 del regolamento, replica sostanzialmente (ma anche formalmente) quanto previsto dall'art. 132 c.p.c. per il contenuto della sentenza (indicazione del collegio, del nome dei componenti e di chi li ha designati, indicazione delle parti, la motivazione, luogo e data della deliberazione, sottoscrizione del presidente).

In particolare, anche la formula utilizzata per la motivazione ("la concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto della decisione"), praticamente identica a quella utilizzata dal codice di rito per la sentenza, tradisce senza equivoci l'intenzione di avvicinare - per quanto possibile - il metodo di giudizio del collegio dell'ABF a quello dell'autorità giurisdizionale.

A tal fine, è sufficiente leggere qualunque decisione pubblicata sul sito internet dell'ABF per comprendere con immediatezza che ogni motivazione è redatta secondo lo schema tipico delle sentenze, sia dal punto di vista del contenuto che da quello della forma.

Un particolare interesse assumono gli elementi che, invece, possono essere inclusi nella decisione e che non trovano corrispondenza con il contenuto della sentenza.

Essi sono due: le indicazioni volte a migliorare i rapporti tra i soggetti coinvolti e il termine di adempimento.

Il primo di tali elementi è disciplinato dal primo comma del par. 4, sez. VI, Disp. B. It. (come ribadito dall'art. 10, terzo comma, del regolamento), secondo cui "la decisione può

contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti".

Tale potere discrezionale del collegio, che ad una prima lettura sembra identificarsi in una sorta di invito dall'apparente valore generico e neutrale, in realtà può assumere un peso specifico assai rilevante.

Innanzitutto, anche se la disposizione in oggetto non individua specificamente alcun destinatario delle indicazioni, esse non possono che essere dirette agli intermediari.

E' infatti evidente che, qualora l'organo decidente ravvisasse l'opportunità di fornire indicazioni per favorire le relazioni tra i soggetti appartenenti alle due categorie, ciò non potrebbe comunque assumere un valore 'recettizio' nei confronti dei clienti, per i quali (a differenza degli intermediari) non è previsto alcun obbligo di uniformarsi al contenuto delle decisioni. Il cliente, inoltre, è costituito da un soggetto sempre diverso in relazione alla fattispecie concreta oggetto della decisione, mentre gli intermediari rappresentano un numero chiuso di soggetti, costituito dai professionisti appartenenti alle categorie sopra già descritte e la cui adesione all'ABF è obbligatoria.

Ne consegue che una eventuale indicazione di tal genere rivolta al cliente resterebbe priva di significato, in quanto non è ipotizzabile che possa trovare applicazione per futuri casi analoghi.

Al contrario, una indicazione rivolta all'intermediario rivestirebbe un significato tutt'altro che irrilevante, in quanto potrebbe costituire un valore di precedente 'rafforzato'.

Si consideri, infatti, che, in generale, gli intermediari sono tenuti ad essere costantemente aggiornati sugli orientamenti seguiti dall'organo decidente e debbono valutare i reclami dei clienti considerando le soluzioni adottate in casi simili in sede di ABF (par. 1, terzo comma, sez. VI, Disp. B. It.). A maggior ragione gli intermediari dovranno adeguarsi a tali orientamenti qualora le decisioni non si limitino all'accoglimento del ricorso, ma contengano anche indicazioni rivolte all'intermediario per migliorare i rapporti con la clientela, anche perché "gli esiti dei ricorsi sono valutati dalla Banca d'Italia per i profili di rilievo che essi possono avere per l'attività di vigilanza" (par. 4, ultimo comma, sez. VI, Disp. B. It.).

Inutile aggiungere che una simile attività di controllo non può essere prospettabile nei confronti dei clienti.

Appare altresì chiaro che la scelta del collegio di rivolgere all'intermediario l'invito di cui trattasi costituisce logicamente un corollario dell'accoglimento, parziale o totale, del ricorso, in quanto individua in capo all'intermediario una o più condotte non corrette e, dunque, da modificare in senso migliorativo.

Ad esempio, con la decisione n. 21 dell'8 febbraio 2010 il collegio di Roma, dopo aver rilevato "che il comportamento della finanziaria non è stato improntato al puntuale rispetto dei principi di correttezza e di buona fede" ed aver fondato su tale violazione l'accoglimento parziale del ricorso, ha segnalato "all'intermediario, onde favorire le relazioni fra intermediari e clienti, la necessità che, nelle procedure di rilascio di carte di credito e in particolare di quelle del tipo cd. revolving, siano attuate, eventualmente d'intesa e in collaborazione con gli esercizi commerciali cui siano funzionalmente collegate, forme di assistenza e informazione,

che consentano al cliente di acquisire piena consapevolezza in ordine alle condizioni contrattuali di rilascio e di esecuzione del rapporto, con speciale riguardo alle modalità di rimborso degli importi finanziati e ai tassi di interesse applicati".

Come si può notare, trattasi di una serie di indicazioni quanto mai determinate che sottendono altrettante violazioni commesse dall'intermediario in questione.

Nel caso in esame, inoltre, le indicazioni in questione sono state pedissequamente riportate nell'ultimo punto della relazione di sintesi della Banca d'Italia in ordine all'attività svolta dall'ABF fino al 31 marzo 2010, diventando in tal modo un parametro di riferimento per tutti gli intermediari in situazioni analoghe.

Sul punto deve, pertanto, concludersi che le indicazioni di cui al par. 4, sez. VI, Disp. B. It. costituiscono un ammonimento che si traduce in una vera e propria segnalazione del valore primario della decisione quale precedente con efficacia nei confronti di tutti gli operatori del settore.

Il secondo elemento ulteriore e diverso rispetto alla sentenza contenuto nella decisione dell'organo decidente è costituito dall'indicazione del termine entro il quale l'intermediario è tenuto ad adempiere in caso di accoglimento del ricorso.

La previsione in oggetto non suscita particolari problemi interpretativi o applicativi, anche perché in mancanza di fissazione da parte del collegio tale termine è comunque fissato in trenta giorni, come espressamente disposto dal par. 4, terzo comma, sez. VI, Disp. B. It..

Appare, tuttavia, significativo segnalare a tal proposito che il collegio non esaurisce le proprie attribuzioni con la

decisione del ricorso, ma conserva alcuni compiti inerenti alla fase successiva, dovendo verificare l'adempimento da parte dell'intermediario.

Entro il termine stabilito per l'adempimento, infatti, l'intermediario deve comunicare alla segreteria tecnica le azioni poste in essere per dare attuazione alla decisione (par. 5, primo comma, sez. VI, Disp. B. It.) e, in caso di inadempimento, la segreteria tecnica rende pubblica l'inadempienza secondo le già descritte modalità di cui allo stesso par. 5.

Nei casi dubbi, tuttavia, la segreteria tecnica sottopone la questione al collegio (par. 5, secondo comma, sez. VI, Disp. B. It.). Si tratta di una previsione che denota la straordinaria importanza riservata alla fase attuativa nell'intera economia del sistema disegnato dalle disposizioni in oggetto.

Da ciò si desume, pertanto, che qualora l'intermediario non esegua una puntuale decisione del collegio (ad esempio quando è disposto il pagamento di una somma di denaro), la segreteria dovrebbe autonomamente qualificare tale condotta quale inadempimento e provvedere alla conseguente pubblicazione, mentre qualora la decisione del collegio contenga una o più prescrizioni di carattere più generale (ad esempio, l'obbligo a fornire indicazioni più trasparenti) la segreteria dovrebbe investire il collegio della questione, dando così vita ad una ulteriore fase della procedura da parte dell'organo decidente, avente ad oggetto la valutazione della condotta tenuta dall'intermediario fra la comunicazione della decisione e il termine fissato per l'adempimento.

In tale caso, tuttavia, si ritiene possibile, nonostante il silenzio serbato dalle disposizioni emanate dalla Banca

d'Italia, che il collegio inviti l'intermediario a fornire chiarimenti in proposito. Ciò non deriva da esigenze di trasparenza procedurali, ma appare necessario al fine di garantire il diritto di difesa, dato il carattere sanzionatorio della pubblicazione dell'inadempimento, ove accertato.

## Elementi di collegamento tra ABF, processo e mediazione

Come esposto al primo paragrafo del capitolo che precede, ai fini dell'efficacia di un sistema di risoluzione alternativa delle controversie giocano un ruolo decisivo gli elementi di collegamento tra quest'ultimo e il processo: quanto più essi sono chiari, sicuri e affidabili tanto più il sistema alternativo realizzerà gli scopi per i quali è stato creato.

Relativamente all'ABF, inoltre, atteso che trattasi di un mezzo alternativo non solo al processo ma anche all'arbitrato e alla mediazione, è opportuno porre in rilievo gli elementi di collegamento con tali istituti.

Essi sono principalmente tre: la sottoposizione della controversia all'autorità giurisdizionale, all'arbitrato o al tentativo di conciliazione, il regime della prescrizione e della decadenza e il valore della decisione adottata in sede di ABF in sede giurisdizionale.

- a) Sottoposizione della controversia all'autorità giurisdizionale, al procedimento arbitrale o al tentativo di conciliazione

Il quarto comma del par. 4, sez. I, Disp. B. It. esclude recisamente che il procedimento di ABF possa essere introdotto qualora sia inerente a "controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, rimesse a decisione arbitrale ovvero

per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione ai sensi delle norme di legge" (60).

In tali casi il ricorso deve essere dichiarato improponibile.

Come si può notare dalla formulazione della norma in questione, mentre per il processo e l'arbitrato l'esclusione è assoluta (opera, cioè, sia che essi siano pendenti sia che si siano già conclusi), per il tentativo di conciliazione è limitato alla sola pendenza, tanto è vero che il successivo inciso della stessa disposizione sottolinea che "il ricorso all'ABF è tuttavia possibile in caso di fallimento di una procedura conciliativa già intrapresa; in questo caso il ricorso può essere proposto entro 6 mesi dal fallimento del tentativo di conciliazione, anche qualora sia decorso il termine di 12 mesi di cui alla sezione VI, paragrafo 2".

Qualora, invece, il tentativo di conciliazione sia avviato in seguito alla presentazione del ricorso, il collegio, d'ufficio o su istanza di parte, dichiara l'interruzione del procedimento, che può essere ripreso con un nuovo ricorso entro sei mesi dal fallimento del tentativo di conciliazione (par. 3, quarto comma, sez. VI, Disp. B. It.).

Sebbene tale disposizione faccia riferimento alla 'riproposizione' del ricorso, non pare che tale atto di impulso introduca una procedura del tutto nuova, mentre sembra piuttosto che abbia l'effetto di far proseguire il procedimento interrotto (in modo paragonabile alla riassunzione nel rito civile).

---

(60) Il richiamo alle previsioni legislative deve essere letto nel senso che, ai fini che qui interessano, si considerano solamente i procedimenti di conciliazione disciplinati dalla legge. La stessa disposizione, a titolo di esempio, richiama infatti quello previsto dal rito societario (art. 38 d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) e quello previsto dal codice del consumo (art. 141 d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

In tale direzione conduce il sopra citato quarto comma del par. 4, sez. I, Disp. B. It., sia nella parte in cui esclude che il 'secondo' ricorso debba essere preceduto dal reclamo, sia nella parte in cui prevede che nella fattispecie le parti possano fare rinvio alla documentazione "già presentata in occasione della precedente procedura di ricorso".

Sia la condizione di procedibilità sia il (già formato) fascicolo, pertanto, sono riferibili ad una unica procedura.

Tuttavia, conseguentemente alla presentazione del 'secondo' ricorso da parte del cliente, l'intermediario è tenuto a depositare nuovamente (e cioè anche se lo abbia già fatto precedentemente) le proprie controdeduzioni. Ciò non si pone in contrasto con la concezione unitaria della procedura, anzi rafforza il parallelismo con l'istituto della processuale della riassunzione (nel corso della quale, infatti, la controparte ha l'onere di costituirsi con apposita comparsa).

Del resto la presentazione di ulteriori controdeduzioni appare necessario (nel senso di onere imposto all'intermediario), posto che, come si ricorderà, da tale deposito (o dal termine di scadenza per tale deposito) decorre il termine di conclusione del procedimento di ABF (par. 3, secondo comma, sez. VI, Disp. B. It.)

Pertanto, in caso di riproposizione del ricorso dopo il tentativo di conciliazione avviato a procedimento in corso e successivamente fallito, il solo elemento che decorre ex novo è proprio il termine di svolgimento del procedimento.

Se nel corso del procedimento di ABF è stato instaurato un processo o un arbitrato per la medesima questione, il par. 3, quinto comma, sez. VI, Disp. B. It. prende in esame la sola ipotesi in cui la controversia sia stata introdotta dall'intermediario, prevedendo che il ricorrente, interpellato

dalla segreteria tecnica, debba manifestare il proprio interesse "alla prosecuzione del procedimento dinanzi all'organo decidente" e che, qualora tale interesse non sia manifestato entro trenta giorni dalla richiesta, il collegio dichiari l'estinzione del procedimento.

Non è stato, invece, previsto alcunchè nel caso in cui nel corso del procedimento di ABF sia instaurata sulla medesima questione un processo o un arbitrato su iniziativa del cliente.

A tal proposito può ragionevolmente ritenersi che la procedura di ABF termini con una declaratoria di carenza di interesse a procedere in capo al ricorrente.

Il riferimento all'interesse alla prosecuzione del ricorso, infatti, proviene dalla già esposta soluzione prevista dalle disposizioni della Banca d'Italia nel caso in cui il processo o l'arbitrato siano promossi dall'intermediario. Se in tal caso è necessario che la segreteria interpelli formalmente il cliente in ordine al suo perdurante interesse alla conclusione della procedura (interesse che si presume essere venuto meno in caso di silenzio), è allora logico supporre che qualora sia lo stesso cliente a introdurre un processo o un arbitrato nel corso del procedimento di ABF lo stesso abbia perso interesse alla prosecuzione di quest'ultimo.

In altre parole, se quando il cliente 'subisce' la volontà dell'intermediario di trasferire la diatriba avanti al giudice o all'arbitro sussiste un dubbio (con presunzione negativa) in ordine alla sussistenza in capo al ricorrente dell'interesse a proseguire il procedimento alternativo, appare del tutto coerente presupporre che tale interesse non possa sussistere quando è il cliente stesso che, dopo aver promosso l'ABF,

torni sulle proprie posizioni e preferisca adire l'autorità giurisdizionale o l'arbitro.

Quanto alla mediazione, così come introdotta dal d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, il relativo art. 5, comma 1 prevede espressamente che il procedimento di ABF integri il requisito della condizione di procedibilità al pari della mediazione.

Da tale punto di vista, pertanto, l'ABF può considerarsi alternativo rispetto alla mediazione.

Alla luce dei chiarimenti che precedono, tutte le relazioni fra i diversi istituti sopra delineate possono semplicemente riassumersi nel seguente modo: l'ABF non può, di regola, procedere congiuntamente né successivamente al processo, né all'arbitrato, né alla mediazione, né alla conciliazione prevista dalla legge, a meno che quest'ultima non abbia già avuto esito negativo e con l'eccezione del processo o arbitrato introdotto dall'intermediario in corso di svolgimento dell'ABF (61).

Tale assunto denota chiaramente come le disposizioni in esame abbiano optato per una spiccata autonomia dell'ABF rispetto alle altre forme di risoluzione delle controversie.

Solo così può spiegarsi come mai l'ABF non possa iniziare o proseguire in caso di contemporanea pendenza di un tentativo di conciliazione (per poi eventualmente riprendere solo qualora il tentativo sia fallito, avendo quindi esaurito la sua funzione): fenomeno che appare assai strano, dato che, come visto nella trattazione delle varie forme stragiudiziali di risoluzione delle controversie (supra, cap. 3), normalmente le varie procedure alternative tendono a collegarsi fra loro

---

(61) Come evidenziato anche nelle questioni applicative del 2010 (par. 3) non si pone, invece, alcun problema di concorrenza con la sottoposizione della stessa controversia alla procedura di decisione dell'Ombudsman-Giurì bancario, attesa la tassatività delle cause di improcedibilità di cui alle disposizioni in esame.

contribuendo congiuntamente al raggiungimento di uno scopo comune. Nel caso dell'ABF, invece, l'autonomia procedimentale prevale addirittura sulla contemporanea procedibilità di istituti aventi la medesima finalità.

Anche l'unica eccezione prevista, a ben vedere, non si pone in antitesi con tale autonomia.

Deve ritenersi che la possibilità di proseguire il procedimento di ABF nonostante l'introduzione, da parte dell'intermediario, di una causa o di un arbitrato, sia dovuta esclusivamente alla necessità di evitare una facile elusione di quest'ultimo alla sottoposizione obbligatoria alla procedura in oggetto.

Appare chiaro, infatti, che per gli intermediari costituirebbe un fin troppo semplice escamotage quello di sottrarsi agli effetti dell'ABF 'sgradito' notificando alla controparte l'atto introduttivo della causa o dell'arbitrato durante lo svolgimento dell'ABF e prima della decisione del collegio.

Tutto ciò non fa che confermare quanto sopra esposto in ordine alla singolare natura della procedura di cui trattasi, da considerarsi sui generis nell'ambito del panorama delle ADR nazionali.

In tal senso può parlarsi dell'ABF come di una procedura alla quale è precluso ogni contatto (che non sia strettamente necessario) sia con le soluzioni decisionali (processo o arbitrato) sia con le soluzioni consensuali della lite, quasi vi fosse l'esigenza di iniziare e concludere il procedimento in oggetto senza interferenze esterne.

Comincia, allora, a sorgere l'idea che la finalità deflattiva, pur costituendo il principale scopo dell'ABF, non sia l'unico. In tal senso depone anche il sopra esaminato obbligo posto in

capo gli intermediari di considerare (e di adeguarsi a) gli orientamenti emergenti dalle decisioni dell'organo decidente di cui al par. 1, sez. VI, Disp. B. It.. Una tale forza 'propulsiva' degli esiti del procedimento non sarebbe giustificabile qualora lo stesso persegua esclusivi scopi di componimento bonario della vertenza, ed infatti un simile effetto è del tutto estraneo agli accordi stipulati all'esito di una conciliazione o di una mediazione.

Tale possibilità potrebbe contribuire a spiegare le ragioni della netta separazione tra lo svolgimento dell'ABF e quello di una eventuale procedura conciliativa.

Ciò non toglie, naturalmente, che la possibilità di raggiungere un accordo transattivo sia consentita anche durante lo svolgimento dell'ABF.

A tal proposito, infatti, il par. 4, quarto comma, sez. VI, Disp. B. It. fa salva per entrambe le parti non solo la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria o arbitrale, ma anche di avvalersi di "ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi" tra cui, ovviamente, deve ricomprendersi anche la transazione. In tal caso si sono già registrate decisioni del collegio che ha dichiarato la cessazione della materia del contendere (62).

#### b) Prescrizione e decadenza

Nonostante gli istituti concernenti la paralisi del diritto (sostanziale e/o processuale) per il decorso del tempo costituiscano un nodo fondamentale all'interno delle connessioni fra la risoluzione stragiudiziale della controversia e il processo, la disciplina dell'ABF è piuttosto

---

(62) Cfr., ad esempio, la decisione del collegio di Milano n. 15 del 2 febbraio 2010.

laconica, dedicando all'argomento solo alcune parole inserite nella nota n. 4 di cui al par. 4, terzo comma, sez. I, Disp. B. It..

Si tratta, peraltro, di una previsione di scarsa utilità in quanto precisa che "resta fermo che non possono essere sottoposte all'ABF le controversie per le quali sia intervenuta la prescrizione ai sensi della disciplina generale". Anche senza tale disposizione, infatti, non vi sarebbe stato alcun dubbio sull'efficacia della prescrizione "ai sensi della disciplina generale" anche in seno al procedimento di ABF, atteso che il collegio, nella propria decisione, deve applicare le previsioni di legge, compresa quindi anche la disciplina sulla prescrizione dei diritti.

Il pressoché totale silenzio della normativa in esame, dunque, impone di ricostruire gli effetti della decadenza e della prescrizione integralmente in via interpretativa.

Un primo punto appare fuori discussione: qualora nel corso del procedimento di ABF maturino in capo al cliente prescrizioni o decadenze, esse sarebbero idonee a paralizzare la pretesa del cliente nel successivo processo o arbitrato, ove ritualmente eccepite.

Ciò si desume, in primo luogo, dal fatto che la disciplina in esame non prevede alcuna specifica causa di sospensione o interruzione derivante dall'introduzione del procedimento alternativo. Di conseguenza, trattandosi di eventi la cui elencazione fornita dalla legge deve considerarsi tassativa, deve ritenersi che l'instaurazione dell'ABF di per sé non determini in via generale alcuna incidenza sulla decorrenza dei termini prescrizionali o decadenziali. A tal proposito deve escludersi la possibile applicazione della norma di cui all'art. 5, comma 6, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, secondo cui

dal momento di comunicazione alle altre parti la domanda di mediazione produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale con effetti anche sulla decadenza, posto che, come sopra già evidenziato, l'ABF non può essere identificato come un procedimento di mediazione (63).

In secondo luogo, il già ricordato par. 4, quarto comma, sez. VI, Disp. B. It. fa salva per entrambe le parti la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria o arbitrale e di avvalersi di ogni mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi, fra i quali diritti rientra a pieno titolo quello di giovare della prescrizione o della decadenza nel frattempo maturati.

La stessa disposizione può essere letta, tuttavia, anche al fine di sgombrare il campo da eventuali dubbi di compatibilità del sopra delineato assunto con il principio di effettività della tutela di cui all'art. 6 CEDU e richiamato dall'art. 128 bis T.U. bancario: qualora sia il cliente che la banca abbiano motivo di ritenere che nel corso della procedura di ABF stiano decorrendo termini di prescrizione o decadenza che possano compromettere i propri diritti, infatti, sono liberi di adire in ogni tempo l'autorità giurisdizionale evitando ogni rischio in tal senso.

In ogni caso, posto che il cliente si trova in una posizione più delicata rispetto a quella dell'intermediario (quantomeno poiché non è prevista l'obbligatorietà della difesa tecnica che possa assicurare l'adozione di scelte tattiche idonee a scongiurare il decorso dei termini in oggetto) appare necessario un approfondimento della questione separando le tematiche della prescrizione e della decadenza.

---

(63) In tal senso cfr. anche QUADRI, *L'Arbitrato bancario finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie* in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, cit., 314.

A tal proposito appare chiaro che, ove una delle parti (specialmente quella dotata di minori mezzi tecnici a sua disposizione) rischiasse la definitiva compromissione della propria posizione di vantaggio a causa dell'esperimento della procedura di ABF, ben difficilmente l'intero istituto potrebbe realizzare i suoi scopi.

Quanto alla prescrizione, tale rischio non pare concretamente sussistere.

Come sopra già esposto, l'avvio della procedura di ABF è preceduto dalla presentazione di un reclamo scritto da parte del cliente, che rappresenta una vera e propria condizione di proponibilità del ricorso, da presentare presso l'intermediario il quale è obbligato a dotarsi di adeguate strutture o procedure interne, istituendo un ufficio reclami o individuando un responsabile della gestione dei reclami (par. 1, secondo comma, sez. VI, Disp. B. It.).

Orbene, ricordando che ai sensi del par. 2, primo comma, sez. VI, Disp. B. It. il contenuto del reclamo deve corrispondere a quello del successivo ricorso ("il ricorso ha ad oggetto la stessa contestazione del reclamo"), ne consegue che la proposizione del reclamo possiede tutti gli elementi idonei ad integrare gli estremi della costituzione in mora ex art. 1219 cod. civ, in quanto costituisce un atto scritto del creditore, presentato direttamente al debitore e contenente la medesima pretesa oggetto del successivo procedimento di ABF.

Può quindi affermarsi, avuto riguardo anche alla ampia nozione di costituzione in mora adottata dalla più diffusa dottrina e dalla consolidata giurisprudenza (64), che l'avvio del

---

(64) Cfr. AZZARITI-SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma 1977, 257 e segg.; TROISI, *Della prescrizione e della decadenza in Codice civile annotato con la giurisprudenza a cura di Perlingeri*, VI, Napoli 1991, 598 e segg.; ROSELLI-VITUCCI, *La*

procedimento di ABF è costituito da un atto idoneo ad interrompere la prescrizione ex art. 2943, ultimo comma, cod. civ. (65).

Alla luce della celerità dello svolgimento del procedimento di ABF, e dato che nella materia bancaria e finanziaria non appaiono configurabili ipotesi concrete di applicazione delle prescrizioni più brevi in capo al cliente, può quindi ritenersi che l'atto interruttivo posto necessariamente (e magari inconsapevolmente) in essere da quest'ultimo in sede di avvio della procedura possa ragionevolmente escludere il rischio di compromissione del proprio diritto a causa del decorso del tempo prescrizioneale.

L'analogo discorso si fa, invece, più complesso con riferimento alla decadenza. Tale istituto, infatti, seppur avente effetti simili alla prescrizione (consistendo comunque nella estinzione di una situazione soggettiva di vantaggio determinata dal suo mancato esercizio entro un dato termine), presenta rispetto ad essa alcune differenze la cui ricerca ha costituito uno dei temi più sviluppati dalla dottrina italiana del secolo scorso, il cui dibattito ha generato un vastissimo e variegato panorama di impostazioni, spesso tra loro contrastanti.

In ordine a ciò, infatti, una parte della dottrina ha ritenuto di individuare le differenze tra gli istituti sul piano delle finalità sostanziali, in quanto mentre la prescrizione avrebbe di mira la stabilità degli atti giuridici, la decadenza poggerebbe invece sulla necessità di speditezza del compimento

---

*prescrizione e la decadenza in Trattato Rescigno, Torino 1985, 431 e segg.; RUPERTO, Prescrizione e decadenza in Giur. Sist. a cura di Bigiavi, Torino, 1985, 173 e segg., nonché tutta la giurisprudenza riportata.*

(65) Alla stessa conclusione perviene anche QUADRI, *L'Arbitrato bancario finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, cit. 314.

di singoli e determinati atti (66), con la conseguenza che per quest'ultima non sarebbero rilevanti le condizioni oggettive del titolare del diritto (67), ciò che troverebbe giustificazione nel fatto che la prescrizione sarebbe sempre prevista dalla legge a tutela di un interesse generale a differenza della decadenza, talvolta stabilita anche a tutela di interessi individuali (68).

Altra parte più risalente della dottrina ha invece ritenuto di individuare le differenze nel risultato a cui perverrebbero i due istituti, poichè mentre la prescrizione estinguerebbe un diritto soggettivo, la decadenza ne impedirebbe l'acquisizione (69).

Altra parte ancora ha posto l'accento sulle diverse situazioni giuridiche a cui si riferirebbero i due istituti, atteso che mentre la prescrizione avrebbe ad oggetto diritti (dispositivi), la decadenza riguarderebbe poteri o diritti potestativi (70).

In tale panorama non è mancato chi ha negato la sussistenza di differenze, sottolineando che l'unico dato emergente dal diritto positivo consiste nell'omogeneità tra i due istituti, caratterizzati solo dal comune effetto estintivo dei diritti (71).

---

(66) Attorno ai quali si muovono interessi contrastanti; cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 1983 Napoli, pagg. 276-277).

(67) CANDIAN, *Decadenza e prescrizione in Temi 1950*, I; TORRENTE, *Manuale di diritto privato a cura di P. Schlesinger*, Milano, 1968, 140.

(68) SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, 121;

(69) GUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, Torino, 1943.

(70) A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1964, 173 e segg.; S. ROMANO, *Decadenza*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 46 e segg.

(71) GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1970, 892 e segg..

Proprio nella consapevolezza dell'impossibilità (o della estrema difficoltà) di dimostrare compiutamente differenze ontologiche tra i due istituti, parte della dottrina ha concentrato la propria attenzione su altre distinzioni, correlate più agli effetti che alla genesi degli istituti in questione.

Fra di essi, in primo luogo, il diverso significato dell'inerzia del titolare del diritto, che mentre nella decadenza non può essere intesa che quale inattività obiettivamente considerata, nella prescrizione assume invece il significato di mancata realizzazione dell'interesse dell'avente diritto (72).

Tale spostamento di interesse della dottrina ha determinato un incremento del dibattito intorno agli atti idonei ad evitare la decadenza e alle differenze con gli atti che paralizzano la prescrizione.

A tal proposito, posto che nell'ambito della prescrizione gli atti interruttivi possono dirsi a carattere generale poiché consistono in un comportamento che comunque si sostanzia in una manifestazione di esercizio del diritto (73), nella decadenza, sulla scorta dell'art. 2966 cod. civ. il quale fa espresso riferimento al "compimento dell'atto previsto", la dottrina maggioritaria ha distinto due categorie di atti impeditivi:

gli atti di esercizio *stricto sensu*, come quelli costituiti dall'esplicazione di attività giuridiche o di facoltà economiche;

---

(72) Cfr. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli 1971, 30; ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli 1977, 27-31.

(73) GRASSO, voce *Prescrizione* in *Enciclopedia del diritto*, XI, 65

gli atti cosiddetti 'singolari', il cui compimento non rientra nella nozione di esercizio del diritto, come ad esempio le denunce e le diffide (74).

Proprio quest'ultima categoria varrebbe a caratterizzare, secondo alcuni autori, l'istituto della decadenza, ed a coglierne l'essenza distintiva dalla prescrizione (75).

In buona sostanza, dunque, posto che la decadenza, com'è noto, non può essere interrotta (art. 2964 cod. civ.) ma, salvo le limitate e tassative ipotesi di sospensione, solamente impedita (art. 2966 cod. civ.), ed atteso che l'atto idoneo ad impedire spesso non coincide con l'esercizio del diritto ma con altro atto diverso da esso (di volta in volta prescritto dalla legge o convenzionalmente determinato), può affermarsi che, differentemente da quanto sopra esposto in materia di prescrizione, nel procedimento di ABF non possa ravvisarsi nella fase di avvio della procedura un meccanismo idoneo a scongiurare il rischio che si verificano in capo al cliente preclusioni decadenziali.

Più precisamente, lo stesso reclamo scritto che, integrando gli estremi di una costituzione in mora, costituisce atto interruttivo della prescrizione, potrebbe non contenere gli elementi necessari per impedire eventuali decadenze, soprattutto quando esse appartengano alla categoria degli atti cosiddetti 'singolari'.

Per la decadenza, pertanto, il cliente non può dirsi tutelato dalla circostanza che il reclamo debba avere ad oggetto la medesima contestazione oggetto del futuro ricorso del

---

(74) Cfr. MAGAZZUÒ *Voce decadenza (diritto civile)* in *Noviss. Dig. It.*, V, 235; AZZARITI-SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma 1977, 257 e segg.; TEDESCHI, *Decadenza (dir. e proc. civ.)* in *Enciclopedia dir.* XI, 770 e segg.

(75) V. TEDESCHI, op. cit. alla nota precedente, 776.

procedimento di ABF, in quanto, ove l'atto impeditivo sia rappresentato da una denuncia o da una diffida avente contenuto differente dalla manifestazione di esercizio del diritto, il reclamo, pur contenendo tutti gli elementi costitutivi della pretesa, potrebbe risultarne privo, con l'effetto che nel corso del procedimento di risoluzione alternativa della controversia si determinerebbe l'estinzione del diritto del cliente. Può cioè accadere che il compimento dell'atto costituisca, al tempo stesso, impedimento della decadenza ed interruzione della prescrizione, ma ciò rappresenta solo una coincidenza casuale, poiché l'atto in questione deve essere separatamente e distintamente valutato nei rispettivi confronti di decadenza e prescrizione (76).

Da un punto di vista pratico e relativamente alla statistica ricorrenza di fattispecie in cui i diritti del cliente verso l'intermediario siano assoggettati, nelle materie di competenza del procedimento di ABF, a decadenza, tuttavia, l'unica ipotesi significativa è rappresentata dal termine di sei mesi dalla ricezione per impugnare l'estratto conto in caso di errori di scritturazione, di calcolo, di omissioni o di duplicazioni, come stabilito dall'art. 1832 cod. civ. in materia di conto corrente ordinario ed applicabile anche in tema di conto corrente bancario.

In tale caso, peraltro, la giurisprudenza ha assunto un consolidato orientamento secondo il quale la mancata impugnazione entro il termine decadenziale rende inoppugnabili le risultanze dell'estratto conto sotto il profilo meramente contabile (ovvero della semplice esistenza delle annotazioni), senza precludere al correntista la possibilità di contestare la validità e l'efficacia dei rapporti obbligatori da cui

---

(76) V.TEDESCHI, op. cit. alla nota precedente, 786; AZZARITI-SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja e Branca*, cit., 257 e segg..

derivano le partite incluse nel conto (77). Tale interpretazione ha l'effetto di rendere poco rilevante l'inerzia del correntista sotto tale profilo, in quanto qualsiasi posta contabile inserita nel conto, anche se non contestata con l'atto impeditivo della decadenza, può sempre essere successivamente impugnata in uno con il rapporto obbligatorio sottostante.

Con ciò si intende sottolineare che, allo stato, nelle materie oggetto del procedimento di ABF non appaiono sussistere ipotesi particolarmente 'pericolose' per la tutela dei diritti il cliente in quanto assoggettabili in modo rilevante (ovvero statisticamente frequente) al rischio di decadenza.

In ogni caso tale considerazione, in base a quanto sopra esposto, non può ritenersi sufficiente ad evitare il rischio di verifica di decadenze a carico del cliente nel corso della procedura di ABF, soprattutto con riferimento ad eventuali termini decadenziali contrattualmente stabiliti.

Proprio a tal fine sarebbe oltremodo opportuno, de iure condendo, l'inserimento nella normativa secondaria di una disposizione che preveda (similmente a quanto accade in materia di mediazione) espressamente la neutralizzazione di ogni decadenza e di ogni prescrizione durante la pendenza del procedimento di ABF, e ciò proprio allo scopo di eliminare in capo al cliente possibili vuoti di tutela contrari alle finalità dell'istituto di risoluzione alternativa evitando, così, il verificarsi di una perdita di credibilità dell'intero istituto.

Tale meccanismo di neutralizzazione potrebbe essere individuato nella sospensione della decorrenza dei termini, che, essendo compatibile sia con la decadenza che con la

---

(77) Cfr. *ex pluribus* Cass. 19 marzo 2007, n. 6514.

prescrizione, appare per tale motivo preferibile all'interruzione.

c) Valore del procedimento e delle decisioni dell'ABF in sede giurisdizionale

La principale efficacia in tal senso delle decisioni adottate dall'organo decidente dell'ABF può senz'altro essere rappresentata dalla loro idoneità a fornire elementi di convincimento per il giudice del processo avente in tutto o in parte il medesimo oggetto della procedura di ABF.

A tal proposito è essenziale ribadire che, come previsto dal par. 4, primo comma, sez. VI, Disp. B. It. nonché dall'art. 8 del Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF, il collegio deve applicare "le previsioni di legge e regolamentari in materia" oltre ai codici di condotta: il collegio giudica, dunque, secondo diritto e non secondo equità.

E' altrettanto doveroso ricordare tutte le disposizioni sopra già esposte e analizzate che mirano ad assicurare che i collegi decidenti siano composti da membri autorevoli, competenti ed indipendenti.

Date tali premesse, è più che legittimo ipotizzare che alcuni orientamenti decisionali dei collegi dell'ABF possano essere ritenuti condivisibili dagli organi giurisdizionali nel corso dell'eventuale processo susseguente all'ABF e avente il medesimo oggetto.

Naturalmente tutto ciò non riguarda tanto i singoli casi concreti, nei quali la decisione del collegio decidente può, al massimo, rappresentare uno spunto per l'organo giurisdizionale (con ogni probabilità, anzi, i passaggi

motivazionali del collegio decidente dell'ABF saranno utilizzati dalla parte vittoriosa in tale sede per rafforzare la propria linea difensiva, essendo così trasfuse negli atti difensivi ed assumendo il ruolo di mere argomentazioni) ma concerne soprattutto gli orientamenti costanti.

E' infatti presumibile che una linea interpretativa consolidatasi in seguito a plurime e concordi decisioni secondo diritto di un organo settoriale e dotato di specifiche competenze induca le autorità giurisdizionali, nella maggior parte dei casi, ad adottare orientamenti conformi.

In ordine a ciò un ruolo decisivo può essere attribuito alla diffusione delle decisioni dei collegi decidenti dell'ABF ed alla facilità del relativo reperimento, esigenze assicurate non solo dalla pubblicazione di tutte le decisioni sul sito internet dell'ABF (di semplice consultazione) ma anche dalla redazione e dalla pubblicazione, a cura della Banca d'Italia, di una relazione annuale contenente la sintesi degli orientamenti principali degli organi decidenti.

Un altro importante effetto che può essere riconosciuto al procedimento di ABF con riflessi sul piano giurisdizionale riguarda l'eventuale emersione di documenti in sede di ABF.

Come già sopra esposto, l'interpretazione più corretta da attribuire alle lacunose disposizioni in materia di accesso agli atti e ai documenti in sede di ABF appare quella secondo la quale nel corso dello svolgimento dell'ABF non può impedirsi alle parti di accedere a tutti gli atti e a tutti i documenti depositati dalla controparte nel corso del procedimento con la conseguenza che tutte le informazioni di cui trattasi, in mancanza di espresso divieto, potranno essere utilizzate nel corso del successivo processo giurisdizionale.

In ordine a ciò, nulla di particolare deve segnalarsi: la parte che opta per il deposito di atti e documenti nel corso della procedura di ABF è conscia di far entrare (volontariamente e legittimamente) tali informazioni nella sfera di conoscenza della controparte, la quale del tutto legittimamente (se lo riterrà opportuno) utilizzerà tali informazioni in un futuro processo.

Deve tuttavia considerarsi, a tal proposito, anche il potere di iniziativa dell'organo decidente e della segreteria tecnica, i quali nel corso della procedura di ABF possono richiedere al cliente e all'intermediario chiarimenti alle parti, fissando un apposito termine per la produzione delle integrazioni richieste (par. 3, terzo comma, sez. VI, Disp. B. It.), laddove il termine "integrazioni" ricomprende anche i documenti.

Come già sopra esposto, le conseguenze della mancata produzione sono particolarmente significative per l'intermediario, in quanto ai sensi del par. 2, ultimo comma, sez. VI, Disp. B. It., qualora il ritardo e l'omissione del deposito di documenti da parte di quest'ultimo (anche in seguito della specifica richiesta in tal senso da parte della segreteria tecnica o del collegio) rendano "impossibile una pronuncia sul merito della controversia", ciò può essere valutato quale condotta di "mancata cooperazione (...) allo svolgimento della procedura", e può dar luogo all'adozione delle sanzioni previste dal successivo par. 5 (pubblicità dell'inadempimento dell'intermediario), con la conseguenza che mentre per il cliente la produzione documentale costituisce pur sempre un onere in senso stretto (nel senso che eventuali mancanze in tal senso potranno al massimo non giovare alla posizione procedimentale della parte ma non possono costituire condotte sanzionabili), l'attività di deposito di documenti da

parte dell'intermediario può talvolta costituire una attività doverosa la cui violazione configura un inadempimento sanzionabile.

Da tutto ciò si ricava che il procedimento di ABF può anche costituire la sede in cui si attua, nel rispetto del principio della trasparenza, una (non volontaria) discovery di informazioni (soprattutto documentali) dal parte dell'intermediario nei confronti del cliente

L'intermediario, dunque, tutt'altro che spontaneamente ma al solo fine di non incorrere nelle sanzioni previste, potrebbe essere indotto a produrre in sede di ABF documenti che la controparte potrà poi utilizzare nei suoi confronti in sede giurisdizionale.

Tale situazione non costituisce solamente un'applicazione del principio di trasparenza (del quale rappresenta probabilmente una delle più estese espressioni) ma rende altresì evidente che una delle caratteristiche più significative del procedimento di ABF è quello di costituire un centro di emersione (prima ancora che di regolamentazione) degli interessi delle parti.

Fino a qui sono stati analizzati due situazioni di collegamento tra ABF e processo di decisiva importanza nell'ottica sistematica, ma pur sempre indiretti.

E' ora necessario verificare se e in quali limiti sia possibile ipotizzare una rilevanza diretta della decisione dell'organo decidente dell'ABF in sede giurisdizionale.

La verifica in oggetto deve essere condotta sul terreno della tutela sommaria, e in particolar modo su quello del procedimento monitorio. A tal proposito due sono le questioni

che appaiono di rilevante spessore, anche se di non semplice soluzione:

- è ammissibile che la decisione dell'organo decidente dell'ABF favorevole al cliente possa costituire una prova scritta idonea all'ottenimento di un decreto ingiuntivo?
- indipendentemente dalla risoluzione del quesito precedente, è ipotizzabile che la decisione dell'organo decidente dell'ABF possa influire sulla decisione del giudice in ordine alla concessione (in sede monitoria o in seguito all'opposizione) o alla sospensione della provvisoria esecuzione?

In ordine alla prima questione, deve anzitutto rilevarsi che, in linea generale, la giurisprudenza non ritiene che l'elencazione delle prove scritte di cui agli artt. 634 s segg. cod. proc. civ. debba intendersi in modo tassativo, permettendo quindi, in seno al procedimento monitorio, la formazione di una nozione di prova scritta allargata rispetto a quanto accade nel processo ordinario.

Secondo il diffuso e consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, infatti, "Ai fini della prova richiesta dalla legge per l'emissione del decreto ingiuntivo è sufficiente qualsiasi documento di sicura autenticità, anche non proveniente dal debitore, da cui risulta con certezza l'esistenza del diritto di credito fatto valere in giudizio" (78). Più in particolare, "Costituisce prova scritta atta a legittimare la concessione del decreto ingiuntivo, a norma degli artt. 633 e 634 cod. proc. civ., qualsiasi documento, proveniente non solo dal debitore ma anche da un terzo, che, anche se privo di efficacia probatoria assoluta, sia ritenuto

---

(78) Cfr. Cass. 8 giugno 2004, n. 103830 in *Guida al Diritto* 2004, 29, 67.

dal giudice idoneo a dimostrare il diritto fatto valere, fermo restando che al completezza della documentazione va accertata nel successivo giudizio di opposizione nel quale il creditore può fornire nuove prove per integrare, con efficacia retroattiva, quelle prodotte nella fase monitoria" (79).

Sulla base di tale costante orientamento, pertanto, nulla dovrebbe impedire di considerare la decisione dell'organo decidente dell'ABF quale prova scritta (in senso lato) proveniente da un terzo e di sicura autenticità dalla quale desumere la sussistenza di un diritto di credito.

Ma vi è di più.

Come già esposto, infatti, il provvedimento conclusivo del procedimento di ABF si basa su elementi documentali. E' evidente, quindi, che in sede monitoria il cliente vittorioso in sede di ABF produrrà, a sostegno delle proprie ragioni, la decisione dell'organo decidente congiuntamente a tutti i documenti già prodotti in tale sede e posti a base della relativa decisione. Tali documenti, inoltre, saranno sia quelli prodotti dalla parte ricorrente sia quelli prodotti dalla controparte, spontaneamente ovvero in seguito ad eventuali iniziative ufficiose in sede di ABF.

In tale quadro, risulta molto difficile ipotizzare che l'eventuale provvedimento giurisdizionale di accoglimento del ricorso (ovvero il decreto ingiuntivo) possa essere fondato esclusivamente sulla decisione dell'organo decidente dell'ABF: esso non potrà che fondarsi in prima battuta sulla documentazione prodotta nel corso della procedura di ABF, ma il giudice potrà trarre eventuali spunti critici dal contenuto della decisione dell'organo decidente.

---

(79) Cfr. Cass. 9 ottobre 2000, n. 13429 in *Mass. Giur. It.* 2000.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'intermediario, convenuto in un procedimento di ABF dal cliente il quale chiede la restituzione di somme indebitamente corrisposte, non contesti (in tutto o in parte) tale credito ovvero produca (spontaneamente o in seguito alla richiesta di chiarimenti dell'organo decidente o della segreteria tecnica) documentazione confermativa del proprio (parziale o totale) inadempimento: ciò evidentemente non potrà che costituire un ulteriore elemento di convincimento del giudice del monitorio in ordine all'emissione del decreto ingiuntivo.

Per quanto non possa giungersi, pertanto, alla conclusione che il provvedimento che definisce il procedimento di ABF in modo favorevole al cliente integri in ogni caso gli estremi della prova scritta necessaria per l'emissione di un corrispondente decreto ingiuntivo (anche perché trattasi pur sempre di un giudizio, il quale dovrà essere oggetto di una rivalutazione complessiva da parte del tribunale), si può tuttavia affermare che l'accoglimento del ricorso in sede di ABF è idoneo a contenere frequentemente spunti critici e riferimenti documentali aventi l'effetto di innalzare le probabilità di concessione del decreto ingiuntivo.

Tale effetto non può che essere valutato positivamente, soprattutto perché idoneo (insieme alle sanzioni 'reputazionali') ad indurre gli intermediari a dare immediata ed esaustiva esecuzione agli adempimenti scaturenti dalle decisioni a sé sfavorevoli emesse in sede di ABF.

Analoghe considerazioni possono essere effettuate quanto alla provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo.

In relazione alla concessione della provvisoria esecuzione contestuale all'emissione del decreto, infatti, la decisione conclusiva del procedimento di ABF non rientra fra i documenti

ai quali il primo comma dell'art. 642 cod. proc. civ. ricollega l'immediata esecutorietà.

Tuttavia è possibile ipotizzare, per quanto sopra già esposto, che la decisione del collegio decidente dell'ABF si fondi anche su documentazione proveniente dall'intermediario: in tali casi sarà possibile fare applicazione del secondo comma dell'art. 642 cod. proc. civ. laddove prescrive che "la provvisoria esecuzione può essere concessa (...) se il ricorrente produce documentazione sottoscritta dal debitore comprovante il diritto fatto valere".

Ancora maggiore può essere l'impatto del provvedimento conclusivo del procedimento di ABF quando, dopo l'emissione del decreto ingiuntivo a favore del cliente e in seguito alla introduzione del giudizio di opposizione da parte dell'intermediario, il giudice debba pronunciarsi sulla concessione della provvisoria esecuzione (in precedenza non concessa) ovvero sulla sospensione di essa ai sensi degli artt. 648 e 649 cod. proc. civ..

E' infatti chiaro che tutti i possibili contenuti della decisione dell'organo decidente dell'ABF sopra evidenziati (ed inerenti tanto alla documentazione proveniente da entrambe le parti quanto alla condotta delle parti come, ad esempio, eventuali circostanze pacificamente ammesse o non contestate) possono determinare una maggiore o minore probabilità di fondatezza della domanda, fornendo in tal modo al giudice elementi in più per l'adozione del provvedimento in questione in un senso o nell'altro.

Naturalmente in tal caso il provvedimento conclusivo del procedimento di ABF potrebbe avvantaggiare non solo il cliente ma anche l'intermediario.

Si pensi, ad esempio, alla fattispecie in cui il cliente ottenga un decreto ingiuntivo in relazione ad una pretesa che, invece, non ha trovato accoglimento in sede di procedimento di ABF. In tal caso l'intermediario potrà produrre, in sede di opposizione al decreto, la decisione dell'organo decidente dell'ABF di mancato accoglimento della domanda, la cui motivazione, se contenente riferimenti documentali o spunti critici non ritenuti infondati dal tribunale, potrà fornire elementi idonei a considerare l'opposizione fondata su prova "di pronta soluzione" e quindi, ai sensi di quanto previsto dall'art. 648, secondo comma, cod. proc. civ., indurre il giudice a non concedere la provvisoria esecuzione al decreto.

## Conclusioni e spunti di riflessione

E' ora possibile addivenire ad un più esaustivo giudizio sulla natura e sulle caratteristiche dell'ABF.

Come già esposto al capitolo che precede, l'ABF non ha natura né di mediazione o conciliazione, né di arbitrato, né giurisdizionale, trattandosi di una fattispecie di ADR le cui singolari caratteristiche appaiono estranee alla tradizionale classificazione (sulla quale cfr. *supra*, cap. 1), atteso che non appare inquadrabile non solo con la mediazione (o conciliazione) in senso proprio, ma - non avendone la relativa natura - nemmeno con le tipologie cd. miste le quali, almeno in parte, tale natura presuppongono.

Richiamando quanto già esposto al cap. 3), inoltre, le caratteristiche comuni ai procedimenti di ADR maggiormente diffusi ed efficaci a livello internazionale sono:

- la commistione fra i metodi di ADR giudiziali e stragiudiziali (ovvero la creazione, in parte mediante la creazione di procedure miste, in parte tramite una reciproca osmosi di elementi, di plurimi punti di contatto tra gli uni e gli altri metodi);
- il ruolo di selezionatore del giudice (ovvero l'attribuzione all'organo giurisdizionale di scegliere la procedura di ADR ritenuta più congrua in relazione a tutti gli elementi della fattispecie);
- la discrezionalità e l'informalità dei poteri del giudice (ovvero la possibilità di interloquire, anche al di fuori di rigidi canali rituali, con le parti per comprenderne i reali interessi in un'ottica di *case management*);

- la segretezza, finalizzata a garantire la inutilizzabilità processuale delle informazioni acquisite nel corso del procedimento di ADR;
- la previsione e l'applicazione di sanzioni tese a colpire la parte non collaborativa con effetti ricadenti sul processo (ovvero sulla distribuzione delle spese di lite o addirittura incidenti sul merito della controversia).

Alla luce dell'analisi posta in essere nel capitolo che precede, appare evidente che l'ABF non possiede (se non in minima parte) alcuna delle caratteristiche sopra elencate, posto che trattasi di una procedura indipendente dal processo, che prescinde dall'impulso o da atti di selezione del giudice, che non prevede alcuna interlocuzione con gli organi giurisdizionali (o funzionari delegati), che è retta dal principio di trasparenza (con possibilità di utilizzazione di tutte le informazioni acquisite nel corso del procedimento) e che non prevede sanzioni aventi una efficacia endoprocessuale a carico della parte non collaborativa.

Si può quindi affermare che l'ABF rappresenta un *unicum* nel panorama delle procedure di ADR.

Quale può essere, allora, il livello di compatibilità e quali i possibili effetti di snellimento sul sistema giurisdizionale nazionale di un istituto così singolare all'interno dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie?

La singolarità dell'istituto è giustificata, innanzitutto, dalla settorialità del relativo campo di applicazione. Appare, infatti, chiaro che quanto più è specifico il settore in cui la procedura di ADR è chiamata ad operare (e quanto più sono peculiari le qualità delle parti coinvolte), tanto più sono necessari meccanismi di funzionamento statisticamente meno frequenti rispetto alle procedure alternative 'generaliste',

quelle cioè applicabili a materie molto diverse tra loro e che prescindono dalla qualità delle parti.

Sussistono pochi dubbi, a tal proposito, sul fatto che l'ABF abbia ad oggetto materie specifiche (quella bancaria e quella finanziaria) con un elevato livello di tecnicismo, e ancor meno dubbi possono nutrirsi sulle peculiari qualità delle parti, soprattutto con riferimento agli intermediari, non a caso obbligati per legge ad aderire all'istituto in questione.

Sotto il profilo dei possibili effetti positivi dell'ABF sull'ordinamento, invece, è necessario porre in essere alcune considerazioni di più ampio respiro.

In ordine a ciò un punto appare fuori discussione: la chiave di volta dell'efficacia dell'intero meccanismo dovrà essere valutata essenzialmente sul piano culturale.

A tal proposito un ruolo centrale deve essere attribuito alla capacità di penetrazione degli orientamenti espressi dai collegi decidenti dell'ABF in seno ai provvedimenti giurisdizionali.

E' chiaro, infatti, che un ampio recepimento da parte della giurisprudenza (soprattutto di merito) delle argomentazioni rese nei provvedimenti conclusivi del procedimento di ABF potrà conferire maggiore credibilità alla procedura alternativa, con immediati effetti deflattivi.

In tale ambito, richiamando quanto già esposto al capitolo precedente, può ritenersi che alcune scelte adottate dalla normativa di settore (la sottoposizione della decisione a regole di diritto, l'autorevolezza dei componenti dei collegi decidenti e la diffusione delle decisioni e degli orientamenti tramite *web*) costituiscano le migliori condizioni possibili affinché ciò si realizzi.

Tale fenomeno, inoltre, potrà incidere non solo sulla risoluzione dei conflitti ma anche su quella dei preconflicti.

Come illustrato da uno dei più noti studi nordamericani sul punto, infatti, all'interno di determinati contesti il conflitto (ovvero quello in cui il contrasto tra le parti non può essere gestito in altro modo e trascende in una formale contrapposizione che ha il suo naturale epilogo nei tribunali e che è oggetto di studio da parte delle scienze giuridiche) rappresenta solo la punta di un *iceberg*, poiché solo una minima parte delle situazioni preconflictuali diventa un conflitto vero e proprio <sup>(80)</sup>.

A tal proposito è utile sottolineare che il contesto economico-sociale in cui si sviluppa il rapporto banca-cliente è retto essenzialmente da logiche di natura commerciale, ed uno fra i principali obiettivi dell'intermediario è quello di fidelizzare (o comunque di non perdere) il cliente-correntista-investitore.

Ne discende che in tale situazione costituisce un interesse primario degli istituti di credito non solo risolvere con un metodo alternativo alla giurisdizione il conflitto, ma anche evitare la nascita di conflitti veri e propri che possano compromettere i rapporti con la clientela.

Di conseguenza, gli orientamenti emergenti dalle decisioni adottate dagli organi decidenti dell'ABF per la risoluzione dei conflitti in tale sede (a maggior ragione qualora trovassero conferma anche in sede giurisdizionale) potrebbero indurre il sistema bancario (ovvero l'insieme degli intermediari) a correggere alcune prassi al fine di ridurre l'insorgenza di conflitti, gestendo le situazioni

---

<sup>(80)</sup> Cfr. FELSTINER, ABEL SARAT, *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming* in *15 Law and Society Rev.*, 1981, 630 e segg.. Sullo stesso argomento FERRARI, *Funzioni del diritto*, Roma 1993 e PUPOLIZIO, *Una comunità all'ombra del diritto*, Milano 2005

preconflittuali in modo tale da conservare buoni rapporti contrattuali con la clientela.

Si genererebbe, pertanto, una funzione preventiva della procedura di ABF, avente l'effetto di invertire la logica di genesi del sistema: allo scopo primario dell'istituto (ovvero quello di risolvere le controversie in modo alternativo rispetto alla giurisdizione) si affiancherebbe quello di regolare i rapporti contrattuali tra le parti nella fase precedente alla nascita delle controversie (ovvero nelle situazioni preconflittuali).

Tale tema è strettamente correlato ai rapporti tra procedure di ADR in generale e organizzazione del sistema giudiziario.

Come è stato messo in luce già da tempo dalla più attenta dottrina, infatti, tutti i metodi alternativi di risoluzione delle controversie non possono essere considerati unicamente destinati a deflazionare una congestionata macchina della giustizia statale, poiché vale anche l'assunto contrario: proprio una organizzazione statale efficiente e rapida della giurisdizione garantisce la miglior resa ai sistemi alternativi <sup>(81)</sup>.

Ma la diatriba tra chi individua nella diffusione dei meccanismi di ADR una conseguenza e chi un presupposto di una efficiente giurisdizione si rivela alquanto sterile, nella consapevolezza della necessaria convivenza tra i due sistemi.

Invero dall'analisi dell'evoluzione dei metodi di ADR negli ordinamenti dei Paesi più sviluppati (si pensi, in particolare, alla *court annexed ADR* negli Stati Uniti, e alla *court referred mediation* britannica; cfr. *supra*, cap.3) e dal sempre maggiore spazio dedicato dal legislatore (soprattutto

---

<sup>(81)</sup> CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 752 e segg.

comunitario) ai metodi alternativi emerge un dato oramai incontrovertibile: nessun sistema giurisdizionale può sopravvivere in modo efficiente e rapido senza la creazione e la diffusione di un ventaglio di procedure di ADR complementari.

Qualsiasi impostazione abbia un determinato sistema, dunque, non può prescindere da un'organizzazione basata tanto sulla giurisdizione che sui metodi alternativi, collegati da un rapporto di integrazione reciproca.

Per tale motivo appare più corretto accomunare la giurisdizione e procedimenti di ADR sotto la matrice dell'*access to justice* <sup>(82)</sup>, soprattutto per sottolineare la necessaria complementarità tra i due meccanismi.

Il comune denominatore tra processo e ADR ha determinato, del resto, l'interesse, da parte della più attenta dottrina <sup>(83)</sup>, alla tematica dell'abuso delle procedure alternative di risoluzione delle controversie parallelamente al modo con cui si è sviluppato l'interesse al fenomeno del'abuso del processo, in particolare tramite la diffusione e l'affinamento di condotte formalmente *iure* ma sostanzialmente di mera dilazione <sup>(84)</sup>.

Deve cioè tenersi presente che i vasi comunicanti tra processo e ADR, se da un lato possono generare un circolo virtuoso con effetti altrimenti irraggiungibili sulla funzionalità dell'intero sistema della giustizia, dall'altro corrono il

---

<sup>(82)</sup> CAPPELLETTI, *Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide access-to-justice movement*, in *Modern Law Rev.* 1993, 282 e segg.

<sup>(83)</sup> CHIARLONI, *Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo in Giur. It.* 2000, 209.

<sup>(84)</sup> Cfr. TARUFFO, *Processo civile e litigiosità*, in *Scritti in onore di Mario Vellani*, II, Milano, 1998, 808 e segg.; id., *Elementi per una definizione di abuso del processo* in *Dir. Priv.* 1997, III.

rischio di traslare dall'uno all'altro meccanismo i principali vizi e difetti sviluppatisi per effetto di prassi antitetiche rispetto agli obiettivi di efficacia ed efficienza.

Ciò è strettamente collegato alla ripartizione delle spese sostenute in relazione al procedimento di ADR e al rapporto tra spese processuali e procedimento alternativo.

A tal proposito le soluzioni proposte dai vari ordinamenti e dalle diverse procedure sono davvero infinite, oscillando dalla cd. *american rule* (che pone in capo a ciascuna parte gli oneri sostenuti) alla cd. *english rule* (che tende ad addossare l'intero costo del procedimento di ADR in capo alla parte soccombente), ma con un alquanto variegato panorama di soluzioni intermedie <sup>(85)</sup>.

Non è a tal fine utile adottare una posizione di preferenza per una soluzione piuttosto che per l'altra, mentre è il caso di evidenziare che quanto più i costi di accesso alla giustizia alternativa sono onerosi, tanto più aumentano i rischi di diffusione di condotte strumentali, soprattutto da parte del soggetto economicamente più forte del conflitto, il quale più facilmente potrebbe - a seconda della convenienza - scoraggiare condotte realmente conciliative ovvero utilizzare la procedura alternativa a fini dilatori.

In ordine a ciò, l'ABF appare sostanzialmente al riparo dai rischi di abuso sopra evidenziati.

In primo luogo, infatti, non dovrebbe porsi alcun problema collegato alle spese procedurali, posto che i costi di accesso sono molto esigui (in particolare per il cliente, per il quale è previsto un versamento di 20 Euro rimborsabili

---

<sup>(85)</sup> Cfr. D'ANTONI, *L'analisi economica del contenzioso civile*, in *Pol. Dir.* 2005, 327 e segg. e PASSANANTE, *Modelli di tutela*, cit.

dall'intermediario qualora il ricorso sia accolto in tutto o in parte).

In secondo luogo, l'ABF non appare assoggettabile ad eventuali condotte strumentali, soprattutto di tipo dilatorio.

In tal senso depongono due elementi: la legittimazione alla proposizione del ricorso in capo al solo cliente (atteso che l'intermediario è obbligato, come già esposto al capitolo precedente, ad aderire alla procedura) e la possibilità del cliente, in ogni momento, di adire l'autorità giurisdizionale.

In tal modo sia l'avvio che la prosecuzione del procedimento di ABF sono esclusivamente nella disponibilità del cliente, il quale vi accede solo se lo vuole ed seguito, in caso di ripensamento ovvero qualora non sia soddisfatto della procedura, ne può fuoriuscire senza costi apprezzabili.

Tutto ciò è idoneo ad escludere la possibilità, per l'intermediario, di adottare qualsiasi atteggiamento coercitivo o dilatorio.

Tenuto altresì conto che non è nemmeno ipotizzabile prevedere condotte abusive da parte del consumatore (il quale ha proprio l'interesse contrario a ciò), può dunque affermarsi che il peculiare impianto dell'ABF può essere considerato, a differenza della maggior parte delle procedure di ADR, pressoché inattaccabile da ogni critica riguardante eventuali compromissioni dell'accesso alla giustizia in capo alle parti, anche sotto il profilo di possibili esposizioni al rischio di condotte abusive.

Tale assunto risulta ancora più importante nell'ottica generale del sistema, in quanto non può che conferire maggiore *appeal* e, quindi, maggiori probabilità di successo all'istituto in questione.

Può allora ritenersi legittima l'aspettativa che l'ABF possa realizzare concretamente i propri scopi, ispirando di conseguenza la genesi di istituti analoghi in altre discipline di settore.

## BIBLIOGRAFIA

ALPA, *La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Giust. Civ.* 1994, II, 111;

ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Pol. Dir.* 1997, 403;

AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli 1971, 30;

AZZARITI-SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma 1977, 257;

BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. process.* 2005, 785;

BONNEY, TRIBECK, WRONA, *Rule 68: awakening a sleeping giant*, in *65 Geo. Wash. L. R.* 1997, 379;

BORRE', *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966;

CANDIAN, *Decadenza e prescrizione in Temi 1950, I*;

CAPPELLETTI, *Access to Justice*, Milano, 1978;

CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 49;

CAPPELLETTI, *Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide access-to-justice movement*, in *Modern Law Rev.* 1993, 282;

CECCHI, *Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia*, Bari 1975;

CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 752;

CHIARLONI, *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 694;

CHIARLONI, *Giudici onorari e meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie*, in *Quest. Giust* 1998, 375;

CHIARLONI, *Anatomia di un disastro* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 361;

CHIARLONI, *Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo)* in *Giur. it.* 2000, 209;

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale, I, Le tutele*, Padova, 2003;

COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980;

CRIFO', *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 511;

CUBBAGE III, *Note. Federal rule 68 offers of judgment and equitable relief: where angels fear to tread*, in *70 Tex. L. Rev.*, 1991, 485;

CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2000, 1283;

CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, Padova, 2008;

DANOVI, *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione Europea* in *Giur. It.* 1997, IV, 326;

D'ANTONI, *L'analisi economica del contenzioso civile*, in *Pol. Dir.* 2005, 327;

DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione*, Milano, 1980;

DE PALO, in *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009, a cura di RUBINO SAMMARTANO;

EPSTEIN, *Procedural reform in Australia*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di TROCKER e VARANO, cit.;

EPSTEIN, *Mediazione senza regole. Il caso australiano, ne L'altra giustizia*, a cura di VARANO, 2007;

FANTETTI, *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore ed intermediario* in *La Responsabilità Civile* 2010, 855 e segg;

FELSTINER, ABEL SARAT, *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming* in *15 Law and Society Rev.*, 1981, 630;

FERRARI, *Funzioni del diritto*, Roma 1993;

FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959;

FREDIANI, *La conciliazione nella C.T.U.*, Milano, 2004;

GALANTER, *A world without trials?* in *J. Disp. Res.* 2006, 7;

GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1970, 892;

GRASSO, voce *Prescrizione* in *Enciclopedia del diritto*, XI, 65;

GUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, Torino, 1943;

HAZARD, TAIT, FLETCHER, BUNDY, *Pleading and procedure*, New York, 2005;

HEDEEN, *The evolution and evaluation of community mediation*, in *22 Confl. Res. Q.*, 2004;

LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *R. trim. proc. civ.*, 2004, 1201;

MACK, *Court referral to ADR: criteria and research*, 2003;

MAGAZZU', *Voce decadenza (diritto civile)* in *Noviss. Dig. It.*, V, 235;

MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, Torino, 2002;

MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti* in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, XIV, 4, Torino 1994;

ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli 1977;

PALMER, ROBERTS, *Dispute Processes: ADR and the primary forms of decision-making*, Londra, 2005;

PEYSNER, SENEVIRATNE, *The management of civil cases: a snapshot*, in *25 Civil Justice Q.* 2006, 316;

PUPOLIZIO, *Una comunità all'ombra del diritto*, Milano 2005;

QUADRI, *L'Arbitrato bancario finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie* in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2010 II, 308;

RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1983;

RESNIK, *Managerial judges* in *96 Harv. L. R.*, 1982, 376;

A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1964, 173 e segg.;

S. ROMANO, *Decadenza*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 46;

ROSELLI-VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza* in *Trattato Rescigno*, Torino 1985, 431;

RUPERTO, *Prescrizione e decadenza* in *Giur. Sist. a cura di Bigiavi*, Torino, 1985, 173;

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962;

SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963;

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1960;

SATTA, *Commentario al c.p.c. IV, 2*, Milano, 1971;

TARUFFO, *Processo civile e litigiosità*, in *Scritti in onore di Mario Vellani*, II, Milano, 1998, 808;

TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"* in *Dir. Priv.* 1997, III;

TEDESCHI, *Decadenza (dir. e proc. civ.)* in *Enciclopedia dir.* XI, 770;

TORRENTE, *Manuale di diritto privato a cura di P. Schlesinger*, Milano, 1968;

TROISI, *Della prescrizione e della decadenza* in *Codice civile annotato con la giurisprudenza a cura di Perlingeri*, VI, Napoli 1991, 598;

VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. Dir. Process.*, 2003, 371;

VERDE, *Lineamenti di diritto sull'arbitrato*, Torino, 2004;

ZUCKERMAN, *Court control and party compliance – the quest for effective litigation* in *TROCKER, VARANO The reform of civil procedure*, 143;

#### Sentenze citate

Cass. 14 dicembre 1994 n. 10713 in *Rep. foro it.1994*, voce *Esecuzione di obblighi di fare*, n.2;

Cass. 9 gennaio 1995, n. 11677 in *Rep. Foro it. 1995*, voce *procedimento civile* n. 238;

Cass. 13 gennaio 1997, n. 258 in *Rep. foro it. 1997* voce *Esecuzione di obblighi di fare*, n.1;

Cass. 9 ottobre 2000, n. 13429 in *Mass. Giur. It.* 2000;

Cass. 15 aprile 2002, n. 5441 in *Rep. Foro it. 2003*, , voce *Procedimento civile avanti al giudice di pace*;

Cass. 18 aprile 2003, n. 6288 in *Rep. Foro it. 2003*, voce *procedimento civile* n. 196;

Cass. 10 dicembre 2003, n. 18833 in *Guida. al Dir.* 2004, n. 6, 42;

Cass. 8 giugno 2004, n. 103830 in *Guida al Dir.* 2004, 29, 67;

Cass. 13 agosto 2004, n. 15768 in *CED Cass.* 2004;

Cass. 27 ottobre 2004, n. 20792 in *Guida al Dir.* 2004, n. 47, 61;

Cass. 3 ottobre 2008, n. 24590 in *Mass. Giur. It.* 2008;

Corte Costituzionale 12 luglio 2002 n. 366 in *Giust. Civ.* 2002, I, 2380.

## **ALLEGATO A**

Ladies and Gentlemen,

I would like, first of all, to thank the organisers of this meeting for inviting me and giving me the chance of participating in a subject which is very interesting to me.

It gives me pleasure to address a brief speech to all of you about courts and mediation.

Today's session offers a good opportunity to review our experience with colleagues and lawyers from other Member States, to take stock of current issues in the field and to consider future trends, with a spirit of co-operation.

It is my personal hope that co-operation at this level continues and intensifies in the future.

I am aware that the timing is of essence in today's meeting and that each of the judges representing the various Member States has been given maximum 15 minutes to complete the speech. I promise that my speech will be brief and will be contained within 15 minutes.

Let me turn now to the subject of today's discussions.

We all know that there are various ways to resolve disputes other than judicial decisions: arbitration, judicial conciliation and mediation in the strict sense are the main instruments in this sense.

While excluding arbitration from today's speech, I would like to briefly analyse the joint aspects (the substantial aspects, not the formal ones) of these processes, also because the Italian system does not always distinguish them clearly.

The first objective to be reached, therefore, is to resolve the disputes with alternative methods without denying or jeopardising the access to justice by the citizens. It is clear that the achievement of this objective is convenient for all not only because it is less costly for the parties, but also because it allows to speed up the times of justice and ensures greater stability of the solution.

Therefore it is essential to underline that all methods of alternative dispute resolution have a common goal. For this reason, I do believe that the correct way to address this matter correctly is by coordinating the various processes.

The best outcome should be represented by a solution that allows both the processes managed by an external mediator AND the processes managed by the judge responsible for any proceedings relating to the matter in dispute work efficiently and together.

Therefore, even if Directive 52 of 2008 concerns only the processes of mediation conducted by external mediators or by judges not responsible for the judicial proceedings relating to the matter in dispute (preamble number 12), it is necessary to extend my speech so as to find the common point between mediation in the strict sense and the judicial conciliation.

Such a common point is the court: it is evident that only the judge, due to his/her authority, experience and on the basis of his/her review of the parties' preliminary briefs, can select the most appropriate and the most likely successful process, in the light of the circumstances, being in a position to decide whether to keep the dispute for the judicial conciliation, or to give the dispute to an external mediator.

Generally speaking, if a dispute is mainly based on pure legal issues, it seems more appropriate that the judge keeps the dispute for himself for the attempt of judicial conciliation, while if a dispute is mainly based on "personal" issues, then it seems more advisable for the judge to give such a dispute to an external mediator.

For example, in a dispute relating to trademarks between competitors, it would seem more appropriate that the judge himself proposes the terms of a possible agreement, while in a dispute between neighbours or members of the same family involving a common property, it would seem to be better that the attempt of conciliation is conducted by an external mediator.

My personal professional experience indicates that, on average, out of 10 disputes relating to civil wrongs not arising from

contractual obligations, 4 of them are successfully solved and settled following an agreement that I propose. However, I have noticed that the percentage of the successful attempts is definitely higher (above 50% of the cases) where I deal with professionals (insurances, banks, companies etcetera) and the case is mainly based on pure legal issues, while only in a few cases the attempts of conciliation are successful if the parties involved are not professionals and the matter is based on personal elements.

Consequently, as far as regards those cases of non-professionals, I am convinced that the best resource is to give them to an external mediator.

In any case, the selection must be performed on a case-by-case basis, considering all the elements and the circumstances.

It is my intention to point out that, first of all, the judge plays an essential role as a “selector”.

That said, as far as regards the purposes of Directive 52, and taking due account of the above, I must say that the Italian lawmaker appears to be at least a bit confused.

As a matter of fact, considering that, since October 1999, the European Council at its meeting of Tampere has called for alternative procedures to be created by the Member States, and considering all the following resolutions and decisions of the Council and of the Commission in this sense, in the year 2005 the

Italian Parliament went in the opposite way, eliminating the mandatory attempt of conciliation from the Code of Civil Procedure (currently the attempt of conciliation is optional, provided all parties agree to it or if the judge so decides *ex officio*), as the Parliament believed that such a hearing was useless in most cases (Section 183 of Italian Code of Civil Procedure), with a few express exceptions, such as labour law.

At the same time, the mediation in the strict sense was introduced in Italy, even if limited to few cases, such as family law cases (Section 155 *sexies* of Italian Code of Civil Procedure).

On top of this, there are no forms of specific training or preparation for the judges in this sense, with the exception of a few generic courses on professional development.

Normally, the evaluation that all judges receive in terms of career are focused only on quantity and quality of judgments, while all the work carried out in the ambit of conciliation/mediation is not even taken into account for the purposes of the career.

Recently, anyway, there have been some good news.

In the first place, right as we speak, a reform (currently under way) of the Code of Civil Procedure, provides for the strengthening of the role of the judicial conciliation, specifically in relation to the sharing of the costs of the disputes. In particular, such a reform prescribes that the party unreasonably refusing the attempt of

conciliation may be declared responsible for bearing all the costs (including the counterparty's costs).

Secondly, the Italian lawmaker has approved a delegated act (Section 60, letter P, paragraph 3, of the text connected to the Financial Act of December 2008): it provides that the conciliation or the mediation must be included in all civil and commercial disputes. It is a provision not yet effective, as it is necessary to enact more specific legislation providing when and how this is practicable.

Finally, I should report that, in the last few years, an interesting project was implemented at the court of Milan, upon initiative of my colleague Mr. Marcello Marinari: it is called "PROGETTO CONCILIAMO". It provides that, in certain cases, the judge may delegate the mediation (which is a mediation in the strict sense, similar to that described in the Directive 52). There has been created an information centre within the court, comprising 16 providers to which the citizens may turn in order to obtain the necessary forms and information. This project is a sort of application *ante litteram* of Directive 52.

Currently, initiatives similar to the "PROGETTO CONCILIAMO" are being created also in other courts.

It is my personal hope that, by 2010, a similar project could be implemented also at the court of Biella, where I am currently working.

As you may have seen, these are sporadic initiatives by judges sensitive to this problem and incomplete legislative acts, but I am sure that we are going towards the right direction.

Many thanks for your attention.

(relazione tenuta da chi scrive ai rappresentanti del Consiglio della U.E. nel corso della riunione fra Istituzioni Comunitarie e i delegati dei Paesi Membri svoltosi in data 17 giugno 2009 presso la Escuela Judicial del Poder Judicial di Barcellona sullo sviluppo dei procedimenti di mediazione e conciliazione in ambito europeo, riunione alla quale chi scrive ha preso parte quale Esperto Nazionale in materia su incarico del Consiglio Superiore della Magistratura)

## **ABSTRACT**

La ricerca è stata condotta approfondendo il tema della risoluzione consensuale delle controversie attraverso metodi alternativi rispetto alla decisione giurisdizionale.

Il lavoro è stato strutturato partendo da una preliminare ricognizione dei sistemi alternativi in generale, al fine di individuare e di chiarire la nozione e le funzioni dei più noti ADR come la conciliazione, la mediazione e l'arbitrato.

In ordine a ciò la tesi ha approfondito le similitudini e le divergenze culturali e storiche dell'approccio europeo e comunitario (in seno al quale particolare rilievo assume la direttiva n. 52 del 2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio) e di quello extraeuropeo, in particolare dei Paesi leader nello sviluppo sia teorico che applicativo degli ADR, come gli Stati Uniti, il Regno Unito e l'Australia.

Quanto all'ordinamento italiano, la parte centrale della ricerca ha riguardato l'Arbitro Bancario Finanziario, mettendone in evidenza, attraverso l'esame di tutti gli elementi (origine, natura, fonti, principi, ambito di applicazione, organi, avvio, svolgimento e conclusione del procedimento), le caratteristiche per cui esso può essere considerato un istituto dalla natura unica e originale all'interno del panorama dei metodi alternativi per la risoluzione delle controversie.

Anche attraverso l'approfondimento degli elementi di collegamento tra ABF, processo e mediazione, infine, la tesi è giunta alla conclusione di ritenere legittima l'aspettativa che l'ABF possa realizzare concretamente i propri scopi,

ispirando di conseguenza la genesi di istituti analoghi in altre discipline di settore.

\* \* \*

This research has been done in an attempt to deepen the subject of the consensual resolution of disputes by means of alternative methods other than judicial decisions.

The work starts from a preliminary recognition of the alternative systems in general, for the purpose of detecting and clarifying the notion and the functions of the most known ADR's, such as the conciliation, the mediation and the arbitration.

In connection with the above, the thesis has examined in depth the cultural and historical similarities and differences between the European and Community approach (where Directive n. 52/2008 of the European Parliament and of the Council is of particular relevance) and the non-EU approach, in particular that of those countries which are leaders in the development (both from a theoretical and an actual perspective) of the ADR, such as the United States, the United Kingdom and Australia.

As far as regards Italian system, the core part of the research has focused on the "Arbitro Bancario Finanziario", highlighting, following the review of all the respective elements (the origin, the nature, the sources, the principles, the scope of application, the bodies, the commencement, the progress and the conclusion of the process), the features for which it can be considered as a system of a unique and

original nature within the ambit of the alternative methods for the resolution of the disputes.

Lastly, also following the deepening of the elements that bind the ABF with court litigation and mediation, the thesis has reached the conclusion that there exist likely expectations that the ABF may successfully realise its objectives, while consequently inspiring the genesis of similar systems in other sectors.