



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DOTTORATO DI RICERCA IN “DIRITTO E IMPRESA”  
XXXIV CICLO**

**L’ARBITRATO NEI RAPPORTI ASIMMETRICI: TUTELA  
DELL’INVESTIMENTO E DEL RISPARMIO NELL’ERA TECNOLOGICA**

**TUTOR  
Chiar.mo Prof.  
Andrea Panzarola**

**DOTTORANDA  
Annalisa Signorelli  
Matr. DT30115**

**COORDINATORE DEL DOTTORATO  
Chiar.mo Prof. Antonino Gullo**

**Anno Accademico 2021-2022**

# INDICE

Indice.....	I
Introduzione.....	V

## Capitolo I

### L'arbitrato nel sistema degli ADR e i rapporti asimmetrici.

<b>1. L'arbitrato nel panorama degli ADR.</b> .....	1
<b>2. L'arbitrato e i rapporti asimmetrici.</b> .....	10
2.2. L'arbitrato nelle controversie tra professionisti (B2B). .....	14
2.2.1. <i>Clausole compromissorie contenute in condizioni generali di contratto.</i> ...	15
2.2.2. Clausole compromissorie contenute nei contratti B2B asimmetrici.....	18
2.3. L'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale. ....	18
<b>3. L'arbitrato nelle controversie tra consumatori e professionisti (B2C): l'arbitrato di consumo.</b> .....	22
3.1. Arbitrabilità delle controversie in materia consumeristica. ....	28
3.2. La validità della clausola arbitrale nei contratti B2C tra vessatorietà e consenso all'arbitrato. ....	31
3.2.1. <i>Le questioni connesse alla "vessatorietà" della clausola compromissoria nell'arbitrato di consumo.</i> .....	36
3.2.2. <i>Considerazioni conclusive.</i> .....	45
<b>4. Le clausole arbitrali ibride.</b> .....	47
4.1. Prima e seconda questione, di carattere sostanziale: la formazione della volontà arbitrale e la validità della clausola arbitrale unilaterale o ibrida. ....	50
4.2. Terza e quarta questione, di carattere processuale: le modalità dell'esercizio dell'opzione in sede procedurale e la possibilità di giudizi paralleli. ....	60
<b>5. Le garanzie di protezione del consumatore nella procedura arbitrale.</b> .....	65
5.1. Garanzie di imparzialità e indipendenza degli arbitri. ....	65
5.2. Poteri cognitivi e decisorii degli arbitri. ....	66
<b>6. Considerazioni conclusive alla luce dell'analisi economica dell'arbitrato.</b> .	71

## Capitolo II

### L'arbitrato internazionale in materia di investimenti.

<b>1. Introduzione: l'arbitrato in materia di investimenti nell'eterogeneo panorama sostanziale e processuale.</b> .....	73
--	----

1.1. Pluralità di istituti e modelli di risoluzione non giurisdizionale delle controversie. ....	73
1.2. Controversie Stato-investitore straniero e arbitrato internazionale. ....	76
<b>2. Il rapporto asimmetrico Stato-investitore: i sistemi di risoluzione ISDS. ..</b>	<b>78</b>
2.1. Breve premessa di carattere storico e inquadramento degli istituti. ....	80
2.2. L'asimmetria "connaturata" all' <i>investment arbitration</i> . ....	85
<b>3. L'arbitrato ICSID. ....</b>	<b>88</b>
3.1. La giurisdizione ICSID <i>ratione personae</i> e la nozione di investitore straniero. ....	89
3.2. La giurisdizione ICSID <i>ratione materiae</i> : le controversie compromettibili in arbitrato. ....	90
3.3. Clausola compromissoria e consenso all'arbitrato. ....	96
3.3.1. <i>Offerta arbitrale sottoposta a condizione di procedibilità</i> . ....	107
<b>4. L'effettività della tutela processuale degli investitori stranieri: l'esecuzione e l'annullamento dei lodi. ....</b>	<b>109</b>
4.1. Tutela della disparità nella fase di esecuzione del lodo arbitrale. ....	110
4.2. Tutela della disparità nella fase di annullamento del lodo arbitrale. ....	112
<b>5. La tutela dell'investitore e le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza europea e arbitrale. <i>Achmea e post Achmea</i>. ....</b>	<b>117</b>
5.1. Effettività della tutela per gli investitori tra retroattività e <i>potestas iudicandi</i> . ....	122
5.2. Le vicende successive ad <i>Achmea</i> . ....	124
5.3. Le inefficienze del nuovo quadro rimediabile per la tutela dell'investitore. ...	148
5.3.1. <i>L'incerta sorte dei procedimenti arbitrali pendenti: l'esecuzione e l'annullamento del lodo contrario ad Achmea</i> . ....	136
5.3.2. <i>Considerazioni conclusive</i> . ....	146
5.4. Critiche alla decisione <i>Achmea</i> tra regole sostanziali e regole processuali. ...	152
5.5. Alternative all'arbitrato internazionale nello spazio giuridico europeo. ....	156
5.5.1. <i>Considerazioni conclusive</i> . ....	163

## Capitolo III

### L'arbitrato nel settore finanziario e bancario. Il rapporto asimmetrico incumbent-investitore.

<b>1. Introduzione: gli ADR e il rapporto asimmetrico incumbent-investitore..</b>	<b>165</b>
1.1. Tutela dell'investitore tra ADR e giurisdizione ordinaria. ....	168
1.2. Concorso e dialogo tra ADR nel settore bancario e finanziario e funzione giurisdizionale ordinaria. ....	172

1.3. Concorso tra strumenti di risoluzione alternativa delle controversie nel settore bancario e finanziario. ....	174
1.4. Considerazioni conclusive. ....	177
<b>2. L'Arbitro Bancario Finanziario.</b> ....	178
2.1. La competenza dell'ABF. ....	181
2.2. Tipologie di controversie. ....	182
2.3. Poteri di cognizione e di decisione dell'ABF. ....	186
2.4. Fase procedimentale. ....	191
2.5. Fase decisoria. ....	195
2.6. Considerazioni conclusive sull'effettività della tutela per l'investitore. ....	197
<b>3. L'Arbitro per le controversie finanziarie.</b> ....	200
3.1. La competenza dell'ACF. ....	203
3.2. Tipologie di controversie. ....	204
3.3. Poteri di cognizione e di decisione dell'ABF. ....	208
3.4. Fase procedimentale. ....	214
3.5. Fase decisoria. ....	216
3.6. Considerazioni conclusive sull'effettività della tutela per l'investitore. ....	216

## Capitolo IV

### **La digitalizzazione delle procedure arbitrali in materia finanziaria. Stato dell'arte e prospettive evolutive.**

<b>1. Introduzione. L'arbitrato e le nuove tecnologie: un rapporto mutualistico.</b> .....	219
<b>2. La digitalizzazione di primo livello degli ADR: lo sviluppo delle ODR e l'ODR-arbitrato nel settore di consumo.</b> .....	227
<b>3. La digitalizzazione di secondo livello: arbitrato e <i>decision making</i> algoritmico nel settore di consumo e degli investimenti.</b> .....	234
3.1. L'arbitrato predittivo. ....	240
3.1.1. Predittività della decisione arbitrale. ....	241
3.1.2. Predittività nella decisione arbitrale. ....	245
3.1.3. Profili di criticità. ....	258
3.1.3.1. <i>Limiti di ordine giuridico all'arbitrato predittivo: consenso, ambito di operatività ristretto, rimedi esperibili, responsabilità per errore, immobilismo giurisprudenziale, bias cognitivi e valutativi dell'arbitro, riservatezza del lodo.</i> .....	259
<b>4. L'arbitrato e il <i>Fintech</i>.</b> .....	275

4.1. Le evoluzioni del mercato finanziario e l'avvento del <i>Fintech</i> . .....	276
4.2. La tutela rafforzata nel settore <i>Fintech</i> . .....	280
4.3. I rischi nell'ecosistema di negoziazione <i>Fintech</i> . .....	281
4.4. L'interazione tra AI, tecnofinanza e arbitrato. ....	288
<b>5. Prospettive regolatorie della digitalizzazione dei procedimenti arbitrali: maggiore effettività di tutela? .....</b>	<b>293</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>298</b>

# INTRODUZIONE

La rilevanza degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (ADR - *alternative dispute resolution*) è cresciuta negli ultimi decenni in svariati settori. La loro funzione è quella di facilitare la risoluzione delle dispute grazie ad una riduzione dei costi, una maggiore qualità e certezza della decisione, che costituiscono incentivi dei partecipanti rispetto alla scelta del ricorso alla giustizia ordinaria<sup>1</sup>.

Il presente lavoro origina dalla volontà di analizzare l'istituto dell'arbitrato, come strumento alternativo di risoluzione delle controversie, nel contesto specifico dei rapporti asimmetrici di consumo e di investimento.

Sempre più spesso gli ADR, oltre a costituire una valida alternativa alla giustizia statale, rivestono un ruolo ulteriore, di veri e propri "strumenti di tutela" di posizioni giuridiche differenziate. Tanto si ritiene che valga sia per i CADR (*Consumer Alternative Dispute Resolution*), sia per gli strumenti alternativi di risoluzione che assurgono a strumenti di buon funzionamento dei mercati, indipendentemente dal funzionamento delle corti<sup>2</sup>.

Si è affermata l'idea che gli ADR possano assurgere all'obiettivo di svolgere efficacemente il duplice ruolo di risoluzione delle controversie e di tutela delle posizioni sostanziali specifiche: «*In questa prospettiva gli ADR hanno iniziato a svolgere funzioni ulteriori a quelle della sola risoluzione delle controversie, tra cui quelle di "consulenza" verso clienti e produttori, quella di aggregazione dei dati e quindi di creazione di informazione relativa alle criticità sui mercati, di pressione sui mercati stessi attraverso le decisioni adottate*»<sup>3</sup>.

Il ruolo degli ADR rispetto a categorie deboli nei rapporti contrattuali emerge sia nel settore consumeristico, sia nei mercati finanziari: sistemi efficaci di risoluzione alternativa delle controversie contribuiscono a ristabilire un rapporto fiduciario tra cliente e intermediario su questi mercati.

Eppure, è oggi diffuso il convincimento che lo stesso ricorso all'arbitrato rappresenti, una forma discriminazione a carico di una parte<sup>4</sup> e che possa ingenerare una disparità di poteri tra le parti.

---

<sup>1</sup> V. L. LUPOLI, *Manuale delle alternative Dispute Resolution. Le ADR nella normativa italiana ed europea*, Napoli, 2016; F. REGGIO, *Concordare la norma. Gli strumenti consensuali di soluzione della controversia in ambito civile: una prospettiva filosofica-metodologica*, Padova, 2017; S. SHAVELL, *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*, in *The Journal of Legal Studies*, The University of Chicago Press, Vol. 24, 1, 1995, p. 1 ss.. N. SOLDATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Milano, 2005.

<sup>2</sup> M. BIANCO, *L'Arbitro Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 40.

<sup>3</sup> M. BIANCO, *L'Arbitro Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita*, cit..

<sup>4</sup> Così icasticamente R. MARTUSCELLI, *Mutualità e unilateralità della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), p. 10.

L'indagine che si intende condurre muove da un insieme di interrogativi di fondo: posto che nell'arbitrato le parti hanno margini per la scelta della via arbitrale e di parte delle regole procedurali da applicare alla controversia, è necessario un intervento per mano pubblica? L'arbitrato positivizzato e disciplinato a livello nazionale ed internazionale è idoneo ad assicurare la simmetria di poteri processuali tra le parti ovvero a ripianare sul piano processuale quell'asimmetria di poteri sul piano sostanziale? E soprattutto, nell'ambito delle regole processuali "flessibili" in materia di arbitrato, *i.e.* quelle che sono modulabili dalle parti, quali scelte possono consentire di tutelare maggiormente il contraente debole? Oppure in ricorso alla via arbitrale si pone in termini di neutralità rispetto alle asimmetrie?

Il dubbio sovviene con riferimento ai rapporti asimmetrici, ove alla disparità di poteri da un punto di vista sostanziale potrebbe sommarsi una disparità di poteri da un punto di vista processuale.

Si pensi al settore degli investimenti, in cui i modelli di tutela processuale "privata" a disposizione dell'investitore possono essere molteplici, ma non sempre – per come sono configurati o per come si sono evoluti nel tempo, pur nelle migliori intenzioni del legislatore – hanno consentito di realizzare una tutela effettiva della parte debole del rapporto.

In questa prospettiva, l'idea di fondo è quella di condurre un'analisi oculata per dimostrare che – alla luce dell'attuale quadro normativo e delle evoluzioni tecnologiche – nei settori in cui si rinvergono asimmetrie di posizioni contrattuali tra le parti l'arbitrato non è fonte di ulteriori discriminazioni, bensì può contribuire ad uno sviluppo sostenibile del settore del consumo e degli investimenti e ad assicurare a pieno l'effettività della tutela, riuscendo (anche solo in parte) a neutralizzare sul piano processuale le disparità di poteri sostanziali.

Una premessa metodologica si impone, al fine di una maggiore comprensione della struttura del presente lavoro.

Dato il carattere fortemente trasversale dell'analisi che si intende condurre si è ritenuto di dover procedere dapprima ad un'analisi generale dei rapporti asimmetrici B2C (Capitolo I), e poi specificatamente dei rapporti asimmetrici che coinvolgono gli investitori stranieri nel rapporto con lo Stato ospitante (Capitolo II) e dei rapporti asimmetrici incumbent-investitore (Capitolo III).

Per ciascuna di queste categorie di rapporti, se ne evidenziano i principali aspetti problematici sotto il profilo sostanziale e le conseguenze dell'applicazione delle regole procedurali arbitrali. La metodologia impiegata in questa prima parte è dunque di analisi trasversale degli istituti e di riconduzione a sistema delle asimmetrie.

In dettaglio, nel primo capitolo si ripercorreranno gli itinerari seguiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza circa le caratteristiche e i requisiti che una procedura arbitrale deve possedere per assicurare una tutela effettiva del consumatore<sup>5</sup>.

In tale contesto, particolare attenzione verrà dedicata alle clausole arbitrali ibride o unilaterali o asimmetriche, che costituiscono esempio di come le tecniche processuali possano combinarsi con i profili sostanziali, con l'obiettivo di ripristinare l'equilibrio sostanziale tra le parti.

Nel secondo capitolo, invece, si procederà ad un'estensione delle considerazioni svolte per via generale nell'arbitrato di consumo allo specifico contesto dei rapporti di investimento considerati e dalla prospettiva degli istituti arbitrali maggiormente rilevanti.

Per ciascuno degli istituti esaminati, si riserverà particolare attenzione alle principali novità normative e giurisprudenziali, avendo riguardo a come le innovazioni legislative abbiano inciso sulla struttura e sulla configurazione degli stessi (è il caso delle recentissime riforme dell'ABF e dell'ACF) ovvero a come l'evoluzione giurisprudenziale abbia condotto a mutamenti "sistemi" (come evidenziano le vicende connesse al sistema ISDS, ed in particolare all'arbitrato ICSID).

Il *fil rouge* portante dell'intera analisi è costituito dall'esigenza di assicurare l'attuazione del cd. ordine pubblico di protezione in relazione alla singola fattispecie di rapporto asimmetrico analizzata, per verificare se gli strumenti processuali a disposizione consentono o meno la configurazione di un sistema arbitrale a tutela rafforzata.

L'idea di fondo è che l'ordine giuridico di protezione, volto a tutelare determinate categorie di soggetti costituisce una sorta di limite "interno" all'arbitrato<sup>6</sup>, che ne determina la necessità di modulare l'istituto secondo i crismi della protezione della parte debole che vi accede.

L'indagine circa l'esistenza e la consistenza di un sistema di giustizia arbitrale rafforzata in materia consumeristica e di investimenti richiede postula una stretta commistione tra regole sostanziali e regole processuali, di talché la loro valutazione ai fini del presente elaborato avverrà sempre in parallelo.

Si deve dare atto, per ragioni di chiarezza e di onestà espositiva, che anche all'interno delle due categorie sopra menzionate, è possibile individuare una pluralità di rapporti asimmetrici rilevanti, in ragione del singolo mercato di riferimento o delle tipologie negoziali che vengono in esame. In dottrina si è parlato, a tal proposito, di una vera e propria "frammentazione del contraente debole"<sup>7</sup>, di

---

<sup>5</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2014, p. 997 ss., la quale ha avvalorato la tesi dell'arbitrato amministrato di consumo.

<sup>6</sup> A differenza dell'ordine pubblico di direzione, che costituisce un limite esterno.

<sup>7</sup> Così S. PAGLIANTINI, *La frammentazione del contraente debole*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 193 ss.



talché non possa parlarsi di un unico (modello di) “contratto asimmetrico”, quanto piuttosto di un insieme di «*contracts asimmetrici calibrati sullo specifico applicativo dei singoli apparati di norme*»<sup>8</sup>. Per cui ci si limiterà, nella presente trattazione, a prendere in considerazione soltanto alcuni dei possibili rapporti asimmetrici che vengono in rilievo nell’ordinamento giuridico nazionale e internazionale nei settori indicati.

Il capitolo IV invece si propone di esaminare l’impatto del digitale sugli ADR in generale e specificatamente nel settore finanziario, ritenendo sussistente un rapporto mutualistico tra arbitrato e nuove tecnologie.

Qui l’approccio metodologico muta: partendo dall’analisi degli istituti esaminati ai capitoli precedenti, si vorrà esaminare la permeabilità del sistema tradizionale di ADR e se la variabile tecnologica può influire sull’effettività della tutela della parte debole nei rapporti asimmetrici.

Si ritiene di poter condividere l’opinione di chi rileva che «*le tutele giudiziali e quelle stragiudiziali presentano un’impostazione nettamente differente, se non opposta, quanto all’utilizzazione della tecnologia*»<sup>9</sup>, sull’assunto che nel primo caso vi siano maggiori ostacoli alla permeabilità della disciplina normativa rispetto all’ingresso dei meccanismi di AI in ragione dei pericoli per la tutela dei diritti fondamentali, mentre nel secondo caso l’armonizzazione a livello europeo e la rimessione all’autonomia privata possono lasciare maggiori margini.

Infatti, le forme di tutela stragiudiziali sono, per la maggior parte dei casi, ricomprese nell’alveo delle discipline di stampo privatistico, oramai armonizzate a livello europeo, incentrate sull’autonomia negoziale.

Per cui, una riflessione sulla relazione tra l’arbitrato e le nuove tecnologie richiede una duplice analisi: in primo luogo, di come le tecnologie digitali possono essere applicate all’arbitrato; e in secondo luogo, di come l’arbitrato possa servire le tecnologie digitali.

Così il presente lavoro si compone di due anime: l’una, più tradizionale, che si basa sull’analisi dei dati normativi, giurisprudenziali ed empirici sinora raccolti e sull’inferenza di conclusioni di ordine generale; l’altra, più innovativa e sperimentale, che si fonda sulla verifica e la valutazione delle soluzioni tecnicamente possibili per implementare un arbitrato “sostenibile”, muovendo dal *de iure condito* per approdare al *de iure condendo*.

Il lavoro si arricchisce di spunti comparatistici, nella prospettiva trasversale comune a tutto il lavoro, e beneficiando del carattere *lato sensu* internazionale degli ADR, i quali – sebbene diversamente disciplinati nei vari ordinamenti – rispondono alla medesima esigenza di rappresentare una valida alternativa alla giustizia statale. E

---

<sup>8</sup> Così S. PAGLIANTINI, *La frammentazione del contraente debole*, cit., p. 301.

<sup>9</sup> Così C. PILIA, *L’intelligenza artificiale e la mediazione nei sistemi ADR/ODR*, in *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO, Milano, 2022, p. 858-859, il quale osserva che nelle forme di tutela stragiudiziale, le parti sono libere di scegliere di avvalersi dei meccanismi compositivi consensuali, anche per quanto attiene all’utilizzazione delle tecnologie.

se le regole della giustizia statale presentano una profonda connotazione “nazionale” (quanto alla loro matrice e alla loro implementazione), le regole della giustizia privata sono modulabili anche in base alle specificità di altri ordinamenti, non necessariamente a base statutale. Per questo motivo, ad esempio, l’arbitrato internazionale in materia di investimenti risponde a delle logiche a se stanti, diverse da quelle degli Stati che vi partecipano, e che pure vi soggiacciono per espressa adesione alle convenzioni internazionali che disciplinano l’istituto.

L’intero impianto di trattazione sarà fondato sull’analisi economica del diritto applicata all’istituto dell’arbitrato nelle relazioni contrattuali, in modo da verificare se allo stato dell’arte vi sia un sistema di incentivi favorevoli, con una possibile riduzione dei costi di transazione relazionati alla prestazione giurisdizionale, anche alla luce delle nuove istanze poste dalla tecnologia.

Le decisioni decorrenti dalla giustizia statale tradizionale rispetto all’arbitrato, influenzano direttamente o indirettamente il flusso economico dei contratti. Infatti, l’inefficienza del sistema di tutela giudiziaria tradizionale aumenta il rischio giuridico a motivo dell’incertezza nell’interpretazione dei contratti e dell’imprevedibilità delle decisioni giudiziarie, riduce l’attrazione degli investimenti e incide sul mercato di credito, oltre ad influenzare la politica economica verso maggiori interventi, che compromettono l’efficienza e la crescita economica.

In generale, il riferimento teorico circa i costi di transazione relazionati al costo-beneficio nel contesto dell’utilizzazione dell’istituto arbitrale, si costituisce quale importante sistema di incentivi. In questo caso, va tenuto in conto non soltanto il costo del valore dell’arbitrato che, in sé, è elevato, ma anche la relazione fra il calcolo strategico del costo in rapporto alla celerità e alla flessibilità della procedura, alla specializzazione degli arbitri e alla confidenzialità, oltre ad altri vantaggi.

La libera scelta manifestata dall’autonomia di volontà della parte incentiva l’agente razionale a massimizzare l’utilità, a partire dal momento in cui opta per la via arbitrale che possano fornirgli una migliore relazione di costo-beneficio, con tendenza alla riduzione di tali costi generata dalla concorrenza nel mercato dell’arbitrato.

Per questo motivo, l’arbitrato si trasforma in un’alternativa praticabile con la possibilità di riduzione dei costi di transazione e di un maggiore equilibrio nelle relazioni negoziali. La convenzione arbitrale potrà essere adottata quale mezzo preventivo dalla negoziazione alla celebrazione del contratto, trasformandosi in un mezzo adeguato di soluzione dei conflitti nel contesto imprenditoriale, in quanto considera i reali effetti che la decisione arbitrale potrà recare ai suoi utilizzatori, in modo da garantire l’esecuzione contrattuale stabilita fra le parti interessate.

L’idea di fondo è tale per cui, se i costi di transazione risultano molto alti a motivo della asimmetria delle informazioni e degli errori di mercato che impediscono le negoziazioni, l’allocazione efficiente delle risorse dipenderà, molte volte, dalle

norme giuridiche strutturate dallo Stato o dalle Istituzioni arbitrali per mezzo di incentivi per la diminuzione dei costi e la tutela più efficiente delle parti deboli, in una prospettiva di benessere collettivo.

Regole sostanziali e regole processuali si fondono in questa trattazione, nell'idea che le prime siano frutto di una scelta di politica legislativa protezionistica per i rapporti asimmetrici, e le seconde possano invece rappresentare il naturale e giuridico proseguimento di quella *voluntas* di tutela speciale.

# Capitolo I

## L'arbitrato nel sistema degli ADR e i rapporti asimmetrici. L'arbitrato di consumo.

**SOMMARIO:** 1. L'arbitrato nel panorama degli ADR. – 2. L'arbitrato e i rapporti asimmetrici. – 2.2. L'arbitrato nelle controversie tra professionisti (B2B). – 2.2.1. Clausole compromissorie contenute in condizioni generali di contratto. – 2.2.2. Clausole compromissorie contenute nei contratti B2B asimmetrici. – 2.3. L'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale. – 3. L'arbitrato nelle controversie tra consumatori e professionisti (B2C): l'arbitrato di consumo. – 3.1. Arbitrabilità delle controversie in materia consumeristica. – 3.2. La validità della clausola arbitrale nei contratti B2C tra vessatorietà e consenso all'arbitrato. – 3.2.1. Le questioni connesse alla “vessatorietà” della clausola compromissoria nell'arbitrato di consumo. – 3.2.2. Considerazioni conclusive. – 4. Le clausole arbitrali ibride. – 4.1. Prima e seconda questione, di carattere sostanziale: la formazione della volontà arbitrale e la validità della clausola arbitrale unilaterale o ibrida. – 4.2. Terza e quarta questione, di carattere processuale: le modalità dell'esercizio dell'opzione in sede procedurale e la possibilità di giudizi paralleli. – 5. Le garanzie di protezione del consumatore nella procedura arbitrale. – 5.1. Garanzie di imparzialità e indipendenza degli arbitri. – 5.2. Poteri cognitivi e decisorii degli arbitri. – 6. Considerazioni conclusive alla luce dell'analisi economica dell'arbitrato.

### 1. L'arbitrato nel panorama degli ADR.

La rilevanza degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (ADR - *alternative dispute resolution*) è cresciuta negli ultimi decenni in svariati settori. La loro funzione è quella di facilitare la risoluzione delle dispute grazie ad una riduzione dei costi, una maggiore qualità e certezza della decisione (in ragione dell'expertise del “decisore”), che costituiscono incentivi dei partecipanti rispetto alla scelta del ricorso alla giustizia ordinaria<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> V. L. LUPOLI, *Manuale delle alternative Dispute Resolution. Le ADR nella normativa italiana ed europea*, Napoli, 2016; F. REGGIO, *Concordare la norma. Gli strumenti consensuali di soluzione della controversia in ambito civile: una prospettiva filosofica-metodologica*, Padova, 2017; S. SHAVELL, *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*, in *The Journal of Legal Studies*, *The University of Chicago Press*, Vol. 24, 1, 1995, p. 1 ss.. N. SOLDATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Milano, 2005.

Il tema degli ADR ha assunto negli anni più recenti un rilievo di primo piano nelle politiche dell'Unione Europea la quale, al fine di garantire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, anche in vista del buon funzionamento del mercato interno, promuove lo sviluppo dei mezzi alternativi di risoluzione delle liti tra le azioni volte a rafforzare la cooperazione giudiziaria in materia civile<sup>2</sup>

Gli ADR si distinguono tradizionalmente in due grandi categorie: strumenti di risoluzione autonoma (detti anche strumenti *facilitative*) e strumenti di risoluzione eteronoma (detti anche strumenti c.d. *determinative* o *evaluative*) delle controversie<sup>3</sup>.

Nei primi, che rappresentano dei modelli di tipo consensuale-facilitativo, la soluzione della controversia viene raggiunta direttamente dalle parti controvertenti, con l'ausilio di un soggetto terzo che si limita a facilitare la controversia senza tuttavia poter imporre alcuna decisione. In questo modello, la determinazione delle parti circa gli interessi in gioco prescinde dalla valutazione del torto o della ragione, ed è frutto solo di una scelta "conveniente" volta a soddisfare gli interessi di tutte le parti in lite, con il minor sacrificio per ciascuna di essa.

Nei secondi, che rappresentano dei modelli di tipo aggiudicativo-decisorio, la soluzione della controversia viene invece affidata a un soggetto terzo che assume una decisione imparziale rispetto alle differenti posizioni delle parti. Il terzo, dunque, detta le concrete regole di condotta secondo diritto, e sulla base di una previa ricognizione della realtà sostanziale.

La principale differenza tra i due modelli attiene non solo al ruolo svolto dal soggetto terzo (ove presente), ma soprattutto alle modalità di determinazione del contenuto dell'atto risolutivo della lite, che ha luogo secondo opportunità e convenienza negli strumenti autonomi, secondo giustizia negli strumenti eteronomi.

In entrambi i modelli (autonomi ed eteronomi) l'atto finale ha sempre efficacia e forza di legge tra le parti<sup>4</sup>, ma diversi sono i mezzi di impugnazione dell'atto finale, il relativo regime sostanziale e processuale e i motivi per i quali può essere impugnato.

---

<sup>2</sup> V. M.P. GASPERINI, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 6, 2017, p. 135.

<sup>3</sup> Cfr. F.P. LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2011; F.P. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 325 ss.

Già Carnelutti (F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, IV ed., Roma, 1951) distingueva, a tal proposito, tra mezzi di "autocomposizione" o composizione diretta" della controversia, e i mezzi di "eterocomposizione": nei primi rientravano la rinuncia, il riconoscimento e la transazione, mentre tra i secondi, il più rappresentativo veniva considerato proprio l'arbitrato.

<sup>4</sup> Come ha sottolineato F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, vol. V, VII ed., Milano, 2011, p. 10, «*si tratta, in definitiva, di vie alternative che conducono alla medesima meta*».

In tale contesto, tra gli ADR della prima categoria, quelli di natura eteronoma sono maggiormente funzionali a neutralizzare le asimmetrie delle parti, in quanto il *deficit* di equilibrio che connota *ab origine* il rapporto tra le parti difficilmente può essere ripianato attraverso degli strumenti meramente facilitativi della composizione della lite.

Infatti, la composizione della lite in via autonoma risulta efficace solo ove posta in essere in condizioni di parità di potere contrattuale tra le parti in lite. diversamente, vi è il rischio che la disparità originaria sostanziale si riverberi anche sulla soluzione negoziale o conciliativa della lite, con inefficiente allocazione finale delle risorse.

Invece, gli strumenti di risoluzione eteronoma consentono – almeno *in votis* – di addivenire ad una composizione della lite maggiormente tutelante della parte debole del rapporto, in considerazione delle loro caratteristiche peculiari<sup>5</sup>: il procedimento si svolge mediante le garanzie di indipendenza e imparzialità del terzo, che interviene in funzione giudicante e non meramente conciliativa, mediante l'adozione di una decisione (nella maggior parte dei casi) vincolante<sup>6</sup>.

I tratti caratteristici degli ADRs eteronomi ne determinano la maggiore vicinanza e somiglianza alla giurisdizione ordinaria, tant'è vero che anche il Maestro Carnelutti ne discuteva qualificandoli come veri e propri «*equivalenti giurisdizionali*».

In questo panorama, la giustizia arbitrale, inizialmente utilizzata per la risoluzione dei conflitti sorti in ambito internazionale, con il tempo è divenuta uno strumento per comporre liti tra singoli cittadini<sup>7</sup>, anche per le liti di carattere domestico.

L'arbitrato<sup>8</sup>, quale strumento di risoluzione alternativa in via eteronoma delle controversie<sup>9</sup>, può definirsi un istituto poliforme: può manifestarsi in modi

---

<sup>5</sup> I tratti caratteristici ivi elencati sono quelli maggiormente comuni e frequenti negli ADRs eteronomi, ferma restando la specificità di ciascuno di essi e la possibile differente modulazione dei caratteri individuati.

<sup>6</sup> Generalmente l'arbitrato, sia interno sia internazionale, si conclude con una decisione vincolante ed equiparata *quoad effectum* alla sentenza del giudice (esclusi gli effetti esecutivi, fatto salvo quanto previsto per l'arbitrato ICSID: cfr. Cap. II, § 4.1.). Tuttavia, la vincolatività della decisione finale non è sempre requisito necessario per l'ascrizione di uno strumento di composizione della lite nel novero degli ADRs di tipo aggiudicativo-decisorio, ove vengono ricompresi anche meccanismi quali l'ABF e l'ACF, e – secondo alcuni – la mediazione di tipo aggiudicativo (ove il mediatore non si limita a favorire l'incontro tra le volontà delle parti, ma effettua una vera e propria proposta).

<sup>7</sup> Cfr. G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in *Informatica e diritto*, XXXIII, Vol. XVI, 1-2, 2007, n. 1-2, p. 481, la quale osserva che «*le ragioni per cui si è fatto ampio ricorso a questa procedura sono riconducibili al fatto che pur garantendo un risultato aggiudicativo sulla controversia, l'arbitro non è un organo dello Stato ma un soggetto privato che non sottostà a vincoli di carattere amministrativo*».

<sup>8</sup> L'arbitrato, infatti, «*è un processo privato, volto ad una giustizia alternativa rispetto a quella di cognizione somministrata dal giudice statale. Ha per oggetto controversie su posizioni e pretese giuridiche; si svolge innanzi ad un privato – l'arbitro – con la partecipazione dei litiganti in contraddittorio; mette capo ad una disposizione, il lodo dell'arbitro vincolante tra le parti*»: così E. FAZZALARI, *Arbitrato nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, p. 81.

<sup>9</sup> Cfr. F.P. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, cit., p. 325 ss., il quale ritiene che l'arbitrato si presenti come una giustizia alternativa a quella statale; mentre qualora le

differenti, ma presenta talune caratteristiche costanti<sup>10</sup>, relative al fondamento giuridico e agli effetti dello stesso.

La prima costante è rappresentata dalla base consensuale dell'arbitrato: infatti, la via arbitrale è percorribile solo se le parti scelgono di devolvere la controversia al giudice privato, stipulando a tal fine un contratto comunemente denominato patto compromissorio o convenzione di arbitrato, ovvero inseriscono una clausola compromissoria *ad hoc* in un contratto al fine di regolamentare un rapporto giuridico nel quale i litiganti si impegnano a risolvere con l'arbitrato tutte le questioni che potranno insorgere durante la sua esecuzione o per la sua interpretazione<sup>11</sup>.

La giustizia arbitrale ha dunque quale presupposto cardine il consenso dei soggetti interessati, che investe non solo la devoluzione della lite in arbitri ma anche l'individuazione della figura di un giudice privato terzo neutrale<sup>12</sup>, mediante un successivo accordo tra le parti.

Per quanto riguarda la seconda costante, invece, emerge che l'arbitrato, rispetto all'ordinamento statale, produce sempre due ordini di effetti: «*uno negativo, impediente l'attività del giudice statale su una certa controversia, e uno positivo, esplicantesi nella soluzione vincolante che della controversia che individua l'arbitro*»<sup>13</sup>. Questi effetti possono però esplicarsi in modo “tecnicamente non omologo”<sup>14</sup>, e, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, diverse possono essere le configurazioni degli effetti in questione, nonché della struttura del contratto di arbitrato.

Infine, un ulteriore tratto costante è dato dalla vincolatività per le parti della decisione finale<sup>15</sup>, che assume la denominazione di lodo, e che è suscettibile di esecuzione, sebbene a determinate condizioni.

---

parti in lite risolvano la controversia attraverso uno strumento di composizione negoziale, non si parla di giustizia alternativa bensì di alternativa alla giustizia.

<sup>10</sup> Cfr. M. BOVE, *La Giustizia privata*, V ed., Milano, 2021, p. 3, il quale evidenzia che all'interno dell'istituto “arbitrato” vi sono sia mezzi giurisdizionali sia mezzi negoziali.

<sup>11</sup> V. sul punto V. F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, cit., p. 67: «quando vogliono affidare la decisione di una controversia agli arbitri le parti concludono una convenzione, alla quale si dà nome di compromesso oppure di clausola compromissoria, secondo che riguardi una lite *jam nata* (art. 807) oppure una lite *nondum nata* (art. 808); poiché se non è già sorta la lite, dev'essere almeno già costituito il rapporto, dal quale può sorgere». Sul piano interno, infatti, la convenzione arbitrale, che si configura come fattispecie unitaria rientrante nella tipologia del contratto con comunione di scopo, è suddivisa nei tre sottotipi del compromesso – con cui le parti scelgono di percorrere la via arbitrale a lite già insorta – della clausola compromissoria – con cui le parti scelgono l'arbitrato per eventuali liti che dovessero sorgere in relazione ad un determinato rapporto contrattuale –, e della convenzione arbitrale non contrattuale: v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 122 ss.

<sup>12</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, I ed., Padova, 2000.

<sup>13</sup> Cfr. M. BOVE, *La Giustizia privata*, cit., p. 4.

<sup>14</sup> Cfr. M. BOVE, *La Giustizia privata*, cit., p. 4.

<sup>15</sup> Proprio tale elemento fa dubitare della riconducibilità all'istituto arbitrale dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) previsto dall'art. 128-*bis* (D.lgs. 385/1993) e dell'Arbitro per le Controversie finanziarie (ACF) regolato dal D.lgs. n. 130/2015, dato che le decisioni conclusive dei

Gli istituti che costituiranno oggetto di indagine si presentano come variegati nella forma e nella struttura, seppur riconducibili al *genus* dell'arbitrato<sup>16</sup>.

In generale, e in via di prima approssimazione, può dunque ritenersi che le caratteristiche che rendono l'arbitrato tale sono: la volontarietà della devoluzione della controversia ad arbitri, minore formalismo nelle regole procedurali, la vincolatività per le parti della decisione finale.

A questi, si aggiungono – per via di interpretazione e sull'assunto del paragone con le forme di tutela giurisdizionale – i corollari del fondamentale principio del contraddittorio<sup>17</sup>, tra cui non solo il principio di parità delle armi ma anche il principio di terzietà e indipendenza dell'organo giudicante.

---

relativi procedimenti non sono vincolanti per le parti. Tale aspetto, che verrà trattato *funditus* capitolo 2, non esime comunque dall'analisi dei due strumenti in questione, perché rappresentano un importante tassello nella ricostruzione del sistema di tutele alternative dell'investitore.

<sup>16</sup> Con tutte le precisazioni del caso relative alla qualificazione della natura giuridica che sono insorte con riferimento ad alcuni istituti: si pensi, ad esempio, all'ABF e all'ACF (v. Cap. III § 2 e § 3)

<sup>17</sup> Sul principio del contraddittorio in arbitrato si richiamano *ex multis*, F. CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 1 ss.; C. COSSU, *Arbitrato e principio del contraddittorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 269 ss.; M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova 2010, p. 196 ss.; L. LAUDISA, *L'arbitro e il principio del contraddittorio*, in *Il giusto processo civile*, 2007, p. 373 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012, p. 16 ss.; N. RESTAINO, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento arbitrale e decisorietà del lodo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, V, p. 100 ss., in nota a Cass. civ., 14 marzo 1953, n. 611; L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario al Codice di Procedura Civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2014, p. 389 ss.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, V ed., Torino, 2015, p. 120 ss.; E. VULLO, *Una conferma in tema di applicazione del principio del contraddittorio nell'arbitrato rituale*, in *Dir. arb.*, 1995, p. 441 ss., in nota a Cass. civ., 17 dicembre 1993, n. 12517.

Ferma restando la portata operativa dell'art. 111, comma 2, Cost. anche con riguardo all'arbitrato (a fortiori dopo il riconoscimento della sua natura e funzione "giurisdizionale", quantomeno con riguardo all'arbitrato rituale), il nostro sistema di diritto processuale positivo prevede espressamente l'attuazione del principio del contraddittorio nell'arbitrato rituale: ad esempio, l'art. 816-bis, c. 1, c.p.c. prevede che gli arbitri «*debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*» e, ai sensi dell'art. 829, c. 1, n. 9, c.p.c., l'impugnazione del lodo per nullità è ammessa, tra l'altro, «*se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio*»; ancora, in caso di morte o estinzione della parte «*gli arbitri assumono le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio*» (art. 816-sexies, c. 1, c.p.c.). V. in argomento E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, p. 231 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, XI ed., Milano, 2021, p. 214 ss.; G. TARZIA, *Sub art. 829*, in G. TARZIA-R. LUZZATTO-E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995, p. 172;

Inoltre, anche nel caso di arbitrato irrituale, il legislatore ordinario ha dato attuazione al principio del contraddittorio prevedendo che anche la determinazione contrattuale che sostanzia il lodo irrituale è annullabile «*se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio*» (art. 808-ter, c. 2, n. 5, c.p.c.). Sul punto L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario al Codice di Procedura Civile*, cit., p. 181 ha precisato che «*il principio del contraddittorio si erge infine a regola generale il cui rispetto presiede l'intero andamento del procedimento che conduce alla pronuncia del lodo contrattuale, pena la sua annullabilità*».

In tema di rispetto del principio del contraddittorio, la recente Cass. civ., sez. I, 31 dicembre 2021, n. 42091 ha ricordato che l'omessa osservanza del contraddittorio non è un vizio formale, ma di attività, sicché la nullità che ne scaturisce, ex art. 829, n. 9, c.p.c., implica una concreta



La rilevanza dell'istituto arbitrale risiede quindi non tanto e non solo nella forma e nella efficacia giuridica del lodo, quanto nel procedimento impiegato per emanarlo e negli strumenti messi a disposizione delle parti.

La giustizia arbitrale infatti offre sì le garanzie del contraddittorio (e, in questa prospettiva, ingloba i crismi del *fair process*), ma il concreto svolgersi della dialettica processuale e del contraddittorio tra le parti possono essere regolate in maniera flessibile, aperta e meno formalistica rispetto al processo statale<sup>18</sup>.

Come noto, nell'ampio *genus* dell'arbitrato si suole distinguere tra arbitrato interno e arbitrato internazionale. Il *discrimen* tra l'arbitrato italiano e l'arbitrato straniero è dato dalla sede dell'arbitrato, arg. *ex art.* 816 c.p.c. che prevede espressamente che le parti determinano la sede dell'arbitrato nel territorio della Repubblica, così implicitamente riconoscendo che l'arbitrato avente sede in Italia è sottoposto alla legge italiana<sup>19</sup>.

All'interno della prima categoria (arbitrato interno) si distingue ulteriormente tra arbitrato *ad hoc* (artt. 806 ss. c.p.c.), arbitrato istituzionale o amministrato<sup>20</sup> (previsto dall'art. 832 c.p.c) e arbitrato dei gruppi.<sup>21</sup>

---

compressione del diritto di difesa della parte processuale (Cass. civ., 27 dicembre 2013, n. 28660). In particolare, nei casi in cui agli arbitri non sia attribuito il compito di applicare le norme del codice di rito, essi sono tenuti a realizzare il contraddittorio delle parti, «assicurando loro la possibilità di svolgere l'attività assertiva e deduttiva, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dagli arbitri per la pronuncia, ognuna dovendo avere la possibilità di far valere le sue posizioni e di contrastare le ragioni avversarie, affinché sia garantita la dialettica processuale».

<sup>18</sup> Ciò spiega perché molto spesso l'arbitrato viene scelto nelle controversie che interessano il diritto commerciale internazionale proprio per le sue caratteristiche di informalità e riservatezza. Un forte impulso alla sua diffusione deriva inoltre dalla diffidenza che alcune società multinazionali nutrono

nei confronti della legislazione e dell'ordinamento giudiziario di paesi esteri. In certe condizioni un procedimento istruito da un soggetto terzo che applica una legge conosciuta, libero di decidere secondo equità, offre maggiori garanzie della giustizia togata.

<sup>19</sup> Si discute in dottrina se nel caso di arbitrato italiano (*ad hoc*) le parti possano scegliere una diversa legge applicabile alla controversia: in tal senso, deporrebbero sia l'art. 810, c. 3, c.p.c. (che prevede che il presidente del tribunale competente provveda alla nomina richiestagli, se la convenzione di arbitrato non è manifestamente inesistente o non prevede manifestamente un arbitrato estero) sia l'art. 840, c. 3, n.5, c.p.c. (alla stregua del quale il lodo non è ancora divenuto vincolante per le parti o è stato annullato o sospeso da un'autorità competente dello Stato nel quale, o secondo la legge del quale, è stato reso). La questione, per i cui termini si rinvia a C. PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 399, solleva diverse problematiche quanto ai profili di impugnativa del lodo e della sua esecutività.

<sup>20</sup> V. in argomento S. AZZALI, *Arbitrato amministrato e arbitrato ad hoc*, in *Appunti di Diritto dell'Arbitrato*, a cura di G. IUDICA, Torino, 2012, p. 101 ss.; E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato amministrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2001, p. 1 ss.; R. SALI, *Arbitrato amministrato*, in *Digesto civile*, 2007; V. VIGORITI, *L'arbitrato amministrato*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 369 ss.

<sup>21</sup> V. F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, vol. V, XI ed., Milano, 2021, p. 149 ss.

L'arbitrato internazionale, invece, è previsto espressamente nel nostro ordinamento all'art. 839 c.p.c., congiuntamente all'art. 4 della L. n. 218/1995 di diritto internazionale privato<sup>22</sup>.

Sin dal codice del 1940, l'arbitrato ha formato oggetto di particolare attenzione da parte della giurisprudenza e della dottrina, specificatamente con riguardo ai profili della sua "collocazione sistematica" nell'ordinamento e nel complesso sistema della giustizia, e della sua natura giuridica<sup>23</sup>.

Volendo brevemente ripercorrere in questa sede l'*iter* seguito negli ultimi decenni dal dibattito sulla qualificazione giuridica dell'arbitrato (rituale), al fine di poterne comprendere a pieno le potenzialità applicative nei rapporti sostanziali asimmetrici, si principierà dalla querelle sulla natura giuridica e sul rapporto con il processo ordinario.

In un primo momento si era consolidata l'opinione che ascriveva il fenomeno arbitrale interamente all'ambito della autonomia privata, considerando la stipulazione di una convenzione di arbitrato un atto negoziale<sup>24</sup> con il quale le parti sottraggono la risoluzione della controversia alla giurisdizione statale, rinunciando ad avvalersi di essa. Si era dunque parlato di giurisdizionalizzazione *a posteriori*, valorizzando come il passaggio dalla sfera negoziale al sistema della giustizia mediante l'omologazione<sup>25</sup>.

Muovendo dalla considerazione della natura negoziale del patto compromissorio, era poi invalsa un'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale che avvalorava la tesi della natura *tout court* negoziale dell'arbitrato (sia rituale sia irrituale, così

---

<sup>22</sup> Entrambe le norme contemplano la deroga alla giurisdizione italiana in favore dell'arbitrato straniero, cui dovrebbe trovare coerentemente applicazione la *lex arbitri* del luogo della sede in cui si trova l'arbitrato.

<sup>23</sup> Sul problema della natura dell'arbitrato v., *ex multis*, E. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 7 ss.; C. PUNZI, "Efficacia di sentenza" del lodo, in *Riv. arb.*, 2005, p. 832 ss.; E.F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, a cura di E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Milano, 2006, p. 24 ss.; E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 635 ss.

<sup>24</sup> La natura contrattuale dell'accordo compromissorio è comprovata sia dal suo fondamento consensuale, sia dalla sua strumentalità rispetto alla decisione della situazione giuridica soggettiva sottostante e dalla sua idoneità a essere fonte per le parti di diritti e di obblighi, *i.e.* di posizioni giuridiche di poteri e di soggezioni funzionali alla risoluzione della controversia: cfr. E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959); sulla natura contrattuale del patto compromissorio v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato, Commentario diretto da F. CARPI*, II ed., Bologna, 2007, p. 6 ss.

<sup>25</sup> Tale impostazione si fondava sull'ancoraggio dell'esperibilità dei rimedi di impugnazione avverso il lodo al previo ottenimento dell'omologazione giudiziaria: sicché, soltanto quando il lodo fosse divenuto "sentenza arbitrale" avrebbe potuto costituire oggetto di impugnativa. Il superamento di tale concezione avvenne definitivamente con legge n. 25 del 1994, con cui il legislatore eliminò la previsione contenuta nell'art. 825, c. 3, c.p.c., sostituendo ogni riferimento alla sentenza arbitrale con il termine "lodo" ed eliminando definitivamente l'obbligo di deposito, sganciando l'esperibilità dei mezzi d'impugnazione dalla previa omologa giudiziaria. V. in argomento M. BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di un patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 543, in nota a Cass., civ., 25 gennaio 1997, n. 781.

facendo venire meno la distinzione tra lodo-sentenza e lodo-contratto)<sup>26</sup>. L'assunto di fondo della cd. teoria negoziale dell'arbitrato rituale era tale per cui dalla natura giuridica della fonte dell'arbitrato (patto compromissorio) si faceva derivare, con rigore concettuale, la medesima natura dell'effetto (lodo), e dunque dell'intero procedimento arbitrale che assumeva connotati negoziali.

Si è poi via via fatta strada la tesi della natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, per via delle numerose critiche sollevate dalla dottrina<sup>27</sup> rispetto alla tesi della natura negoziale, nonché del noto arresto della Corte costituzionale<sup>28</sup>. L'arbitrato

---

<sup>26</sup> La giurisprudenza si era orientata in tal senso agli inizi degli anni 2000; v. la nota Cass. civ., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, con nota – *ex multis* – di E. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 4, 2000, p. 704 ss.; G. MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*, in *Giust. civ.*, 3, 2001, p. 761 ss.; E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 259 ss.; M. RUBINO SAMMARTANO, *Vittoria di tappa - Arbitrato irrituale come processo: un sogno impossibile?*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 704 ss. Nela richiamata sentenza del 2000, la Corte di Cassazione, nell'affrontare la questione della esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione in pendenza del giudizio di impugnazione per nullità di un lodo arbitrale, ha proceduto ad una disamina dell'arbitrato rituale a seguito della riforma introdotta con la legge n. 25 del 5 gennaio 1994, ritenendo che le significative modifiche apportate dalla novella richiamata abbiano inciso sulla stessa natura della pronuncia degli arbitri, configurata ora come un atto di autonomia privata, compiuto da soggetti il cui potere trova la propria fonte non nello “*ius imperii*”, ma nell'investitura loro conferita dalle parti, e pertanto non assimilabile ad una pronuncia del giudice. Sicché, ha rigettato la relativa istanza sull'assunto che l'esperibilità tale strumento sarebbe stata preclusa, infatti, non già dall'esistenza di una precedente decisione (il lodo), ma dal carattere non giurisdizionale dell'istituto arbitrale.

La pronuncia era stata poi seguita dalle successive Cass. civ., Sez. Un., 06 febbraio 2002, n. 1556 e Cass. civ., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9070, con nota di N. SOTGIU, *Natura e regime dell'eccezione di nullità del patto compromissorio nel giudizio di impugnazione avverso il lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 299. *Conf.*: Cass. civ., sez. I, 14 gennaio 1999, n. 345; Cass. civ., Sez. Un., ord. 26 aprile 1996, n. 377; Cass. civ., Sez. Un., 24 maggio 1995, n. 5690; Corte cost., 12 febbraio 1963, n. 2.

In dottrina G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, I, 1923, p. 106 ss., per il quale: «*l'opinione sostenuta da alcuni scrittori, e dominante nella giurisprudenza, che attribuisce all'arbitro carattere giurisdizionale, mi sembra profondamente errata*»; S. SATTÀ, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1932, *passim*.

<sup>27</sup> V. E. F. RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 259 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527; E.F. RICCI, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 565, che manifestava alcune perplessità in ordine ai possibili rischi rispetto alla circolazione del lodo italiano all'estero e G. VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. VERDE, III ed., Torino, 2005, p. 5 ss., che sottolineava le implicazioni della teoria negoziale in punto di sottrazione dell'arbitrato all'applicazione dei principi regolatori del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e alla tutela cautelare.

<sup>28</sup> Corte cost., sent. 19 luglio 2013, n. 223, con nota di C. ASPRELLA, *Translatio iudicii nei rapporti tra arbitrato e processo*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1388 ss.; A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo della pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 657 ss.; C. CONSOLO, *Il rapporto tra arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1109 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Finalmente! La corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitrato e giudice*, in *Foro it.*, 2013, I, p. 2695 ss.; S. MENCHINI, *Nota a Corte costituzionale del 19 luglio 2013*, in *Riv. arb.*, 1, 2014, p. 99 ss.; di B. SASSANI, *Nota a Corte costituzionale del 19 luglio 2013*, in *Riv. arb.*, 1, 2014, p. 109 ss.; R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica*

viene così concepito come un procedimento che è finalizzato alla risoluzione di una controversia attraverso un'attività sostitutiva di quella dei giudici, e destinata a sfociare in un provvedimento (il lodo) idoneo ad assumere la stessa efficacia di una sentenza fin dalla sua sottoscrizione (fatta eccezione per l'efficacia esecutiva, per la quale è necessaria la richiesta e la concessione dell'*exequatur*: art. 825 c.p.c.). Ad oggi, dunque, pare prevalere quasi unanimemente la teoria giurisdizionale dell'arbitrato rituale, che sembra aver trovato avallo anche nella riforma con il D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, di larga parte delle disposizioni in tema di arbitrato, contenute nel Titolo VIII del Libro IV del codice di procedura civile<sup>29</sup>. Senza entrare nel merito della diatriba che divide le due diverse scuole di pensiero in ordine alla natura dell'arbitrato rituale (che per l'una si esaurirebbe nell'ambito dell'autonomia privata, mentre per l'altra parteciperebbe, per taluni aspetti, alla giurisdizione), occorre tuttavia prendere atto che il legislatore della riforma del 2006 ha tra l'altro, ridisegnato lo svolgimento del procedimento arbitrale attraverso un insieme di nuove disposizioni (artt. 816-*bis* a 816-*septies* c.p.c.).

---

*decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2883 ss.. Con tale decisione il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 c.p.c.

V., tra le più recenti, Cass. civ., sez. VI, 16 novembre 2021, n. 34569; Cass. civ., Sez. Un., 26 ottobre 2020, n. 23418; Cass. civ., sez. VI, 8 maggio 2020 n. 8660; Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2019, n. 27847; Cass. civ., Sez. Un., 17 gennaio 2019, n. 1251 Cass. civ., Sez. Un., 13 giugno 2017, n. 14649; Cass. civ., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153.

Da ultimo, sull'inquadramento dei rapporti tra giudice statale e arbitrato estero in termini di giurisdizione, Cass. civ., Sez. Un., 24 novembre 2021, n. 36374, con nota di M. SUMMA, *L'eccezione di applicabilità di una clausola compromissoria è un'eccezione di rito e dà luogo a una questione di giurisdizione*, *Diritto & Giustizia*, 226, 2021, p. 4 ss.

La recentissima pronuncia ha riconosciuto la natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario da attribuirsi all'arbitrato rituale in conseguenza della disciplina complessivamente ricavabile dalla l. 5 gennaio 1994, n. 25, e dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40; di talché, la relativa eccezione di compromesso deve ricomprendersi, a pieno titolo, nel novero di quelle di rito, dando così luogo ad una questione di giurisdizione e rendendo ammissibile il regolamento preventivo di cui all'art. 41 c.p.c.

In dottrina, l'afferenza dell'arbitrato rituale alla sfera pubblicistica era stata già sostenuta in tempi antichi: v. tra gli altri, M. AMAR, *Giudizi arbitrali*, Torino, 1876, p. 36; P. BONFANTE, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti, ma non esecutivi nel senso e nella forma dei giudizi*, in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1921; T. CARNACINI-M. VASETTI, *Arbitri*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1937, I, p. 653 ss.; E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 13 ss.; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1899, p. 52.

Per una ricostruzione del problema v. anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 113 ss.

Sul piano storico, la tendenza a superare la impostazione privatistica dell'arbitrato, per imporne una giuspubblicistica si manifesta a partire dal XVI secolo, essendo connessa al diffondersi, per determinate materie, dell'arbitrato «necessario».

<sup>29</sup> Per una efficace sintesi di tale riforma v. E. FAZZALARI, *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc.Dir.*, Annali II, T. I, Milano, 2008, p. 47 ss. L'a. tuttavia solleva alcuni dubbi di compatibilità costituzionale della nuova riforma, ritenendo che il riconoscimento al lodo rituale degli effetti propri della sentenza del giudice statale costituirebbe violazione della Carta Costituzionale poiché affiderebbe a privati l'esercizio della giurisdizione in contrasto con l'art. 102 Cost..

Le regole introdotte dalla riforma in tema di rispetto del contraddittorio, di (eventuale) assistenza tecnica del difensore, di arbitrato multiparte, di intervento e di successione nel diritto controverso, inducono a riflettere se sia ancora corretto parlare di “procedimento” arbitrale o se non sia invece più appropriato riferirsi al fenomeno “processo”.

In effetti, gli indici rinvenibili nelle disposizioni sopra richiamate sembrano deporre univocamente nel senso che il “procedimento” arbitrale è un vero e proprio “processo”<sup>30</sup>, la cui peculiarità risiede nel fatto venga gestito da privati, secondo regole autodeterminate nei limiti consentiti dall’ordinamento.

Tale impostazione è stata accolta anche dalle recenti Sezioni Unite con ordinanza n. 24153/2013 sulla natura dell’arbitrato rituale. In particolare, la Corte di Cassazione ha confermato che la normativa introdotta con riforme del 1994 e 2006 contiene fondamentali indici sintomatici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale<sup>31</sup>.

In questa prospettiva di arbitrato-processo si giustificano tanto l’insistenza del legislatore sul rispetto del principio del contraddittorio, ma anche la possibilità per gli arbitri (rituali) di sollevare questione di legittimità costituzionale (art. 819-*bis*, comma 1, n. 3, c.p.c.), quella di risolvere le questioni pregiudiziali (in taluni casi) con decisioni aventi efficacia di giudicato (art. 819, comma 2, c.p.c.) e le regole sulla impugnazione del lodo rituale, nonché l’attribuzione al lodo dell’efficacia di sentenza.

## 2. L’arbitrato e i rapporti asimmetrici.

La considerazione del “*procedimento*” arbitrale alla stregua di un vero e proprio “*processo*”<sup>32</sup>, destinato a concludersi con una pronuncia alla quale la legge attribuisce “*gli effetti della sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria*”<sup>33</sup>, se

---

<sup>30</sup> Cfr. T. GALLETTO, *Procedimento e processo nell’arbitrato: i problemi dell’istruzione probatoria*, in *Foro Padano*, 1, 2011, II, 1, p. 2.

<sup>31</sup> Tra gli indici esaminati dal giudice di legittimità nella richiamata pronuncia, si segnalano: la proponibilità dell’impugnazione non più subordinata al decreto di esecutorietà del lodo; l’applicabilità dell’art. 111 c.p.c. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso; l’assimilazione della domanda arbitrale alla domanda giudiziale quanto agli effetti sostanziali e processuali, ed in particolare agli effetti sulla prescrizione e sulla trascrizione; l’equiparazione, *expressis verbis*, degli effetti del lodo arbitrale rituale a quelli della sentenza *ex art. 824-bis c.p.c.*; la possibilità, prevista dall’art. 819-*bis c.p.c.*, per gli arbitri di sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi al Giudice delle Leggi.

<sup>32</sup> V. E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 653 ss.

<sup>33</sup> L’equiparazione, *quoad effectum*, del lodo alla sentenza giudiziaria è riferibile agli effetti di accertamento, costitutivi e di condanna (cioè quelli relativi alla tutela di cognizione), ma non anche agli effetti esecutivi, per i quali tutt’oggi permane la necessità dell’*exequatur* del tribunale (art. 825 c.p.c.), sicché può inferirsi che mentre gli effetti della tutela di cognizione siano connaturati al lodo

raffrontata con la disposizione che abilita le parti a dettare esse stesse le regole di tale processo (art. 816-*bis* c.p.c.), pone delicate questioni in ordine ai limiti dell'autonomia privata nel definire tali regole<sup>34</sup>.

L'arbitrato, quale *Alternative Dispute Resolution*, nasce infatti quale strumento dei privati alternativo alla giustizia statale, ma la sua assimilazione – sotto differenti profili<sup>35</sup> – alla giurisdizione statale evidenzia ancor di più come l'istituto in esame soggiaccia a due tipologie di limiti generali: l'ordine pubblico di direzione e l'ordine pubblico di protezione<sup>36</sup>.

Il primo è costituito dall'insieme di principi fondamentali che determinano la prevalenza dell'interesse generale su quello del singolo: per cui si pone l'esigenza di garantire che determinati diritti individuali siano sottratti alla possibilità di accertamento (e, più in generale, di tutela) mediante il ricorso ad un processo arbitrale privato. Siffatto limite trova attuazione sul piano sostanziale della tutela del diritto individuale, e preclude *in limine* il ricorso allo strumento arbitrale.

La conseguenza di tale limite è rappresentata dalla non compromettibilità in arbitrato<sup>37</sup> – per indisponibilità di tali diritti (art. 806, comma 1, c.p.c.) – e la conseguente inesistenza del lodo arbitrale, sottratta addirittura all'assorbimento delle nullità nei vizi di impugnazione<sup>38</sup>.

Il secondo invece non comporta la prevalenza dell'interesse generale sugli interessi individuali, sicché non preclude che per determinati diritti (o determinate categorie di diritti) individuali sia esclusa la via arbitrale, ma richiede che siano predisposte particolari garanzie di tutela che si traducano in un «*iter processuale che permetta il realizzarsi della tutela “rafforzata” dall'interesse generale*»<sup>39</sup>.

Questo ordine pubblico si risolverebbe, dunque, sul piano esclusivamente processuale e non sul piano sostanziale della tutela del diritto litigioso: in altri termini, non comporterebbe la non arbitrabilità del diritto, ma solo la necessità di utilizzare delle regole processuali che realizzino una tutela differenziata per realizzare un «*giusto arbitrato*»<sup>40</sup>.

---

arbitrale, gli effetti esecutivi discendono comunque da una omologazione formale da parte del giudice statale.

<sup>34</sup> V. in argomento G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 423 ss.

<sup>35</sup> Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 113 ss.

<sup>36</sup> Si richiama sul punto l'efficace distinzione riportata da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2014, p. 1000 ss.

<sup>37</sup> Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, p. 151.

<sup>38</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., nt. 17.

<sup>39</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 1000.

<sup>40</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 1001, che richiama L.P. COMOGLIO, *Approccio*

Su questo aspetto ci si soffermerà nel presente capitolo, avendo riguardo, da un lato, alla libertà per le parti di stabilire le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento (e la facoltà per questi ultimi, in mancanza di indicazioni delle parti, di regolare lo svolgimento del procedimento nel modo ritenuto più opportuno), e, dall'altro, la necessità di salvaguardare i diritti individuali dei consumatori quale categoria istituzionalmente protetta: il delicato bilanciamento tra autonomia privata e tutela "rafforzata" degli interessi riferibili a soggetti deboli nel rapporto negoziale. L'indagine che s'intende condurre si rende opportuna anche alla luce del diffuso convincimento che lo stesso ricorso all'arbitrato sia percepito dall'ordinamento positivo come una forma di discriminazione a carico di una parte<sup>41</sup>.

Riprova di tale convincimento si rinviene, ad esempio, nella espressa ricomprensione della clausola compromissoria nel novero di quelle clausole, previste dall'art. 1341, comma 2, c.c., che, proprio per lo squilibrio che comportano, vengono definite vessatorie nei contratti per adesione. La disposizione richiamata, inserita nel contesto delle previsioni generali sul contratto, vale a testimoniare come anche nell'"ordinamento civilistico delle simmetrie" il legislatore ha ritenuto necessario – in particolari contesti negoziali – predisporre una tutela rafforzata che, senza stigmatizzare *tout court* l'utilizzo dello strumento arbitrale, fornisca un presidio ulteriore a tutela della scelta (o non scelta<sup>42</sup>) arbitrale operata.

La soluzione adottata dal legislatore codicistico, che fa salve le clausole compromissorie potenzialmente vessatorie sulla base della separata sottoscrizione da parte del contraente non predisponente, costituisce un valido scudo in presenza di disallineamenti di potere contrattuale nei limiti dei rapporti contrattuali "ordinari", *i.e.* nei rapporti in cui lo strumento negoziale impiegato (contratto per adesione, contratto standard) può essere fonte di disparità tra le parti in assenza di negoziazione diretta, specifica e individuale, ma in cui non vengono in rilievo le qualità soggettive dei contraenti.

*Quid iuris* per i casi in cui l'asimmetria è consustanziale al rapporto contrattuale, in virtù della qualità soggettiva delle parti? Una simile tutela, offerta sul piano esclusivamente sostanziale, può ritenersi idonea e sufficiente nel caso in cui la fonte della disparità sia non già lo strumento negoziale utilizzato, bensì uno *status* soggettivo cui il legislatore sostanziale della normativa speciale ha già dedicato particolare attenzione?

---

*comunitario e garanzie di tutela del consumatore*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde* a cura di F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Napoli, 2010, p. 240, che richiama la proprietà industriale e dà rilievo alla tutela da arbitrato amministrato; spunti anche in R. CAPONI, «*Natura*» dell'arbitrato e controversie arbitrabili, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde* a cura di F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Napoli, 2010, p. 123 ss.

<sup>41</sup> Così icasticamente R. MARTUSCELLI, *Mutualità e unilateralità della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, in [www.comparazioneDirittoCivile.it](http://www.comparazioneDirittoCivile.it), p. 10.

<sup>42</sup> Dubitandosi fortemente della possibilità per l'aderente di negoziare individualmente la clausola compromissoria già contenuta nei contratti per adesione.

L'esempio tipicamente addotto riguarda la posizione del consumatore, ma il ragionamento può estendersi anche ad altre categorie "strutturalmente deboli", tra le quali, per ciò che rileva ai fini della trattazione, anche l'investitore.

Ma non solo. Parimenti, si può sostenere che una simile esigenza di intervento legislativo pubblico si sia manifestata nel settore giuslavoristico, allorquando il legislatore della riforma del diritto del lavoro ha limitato notevolmente l'ammissibilità della stipula della clausola compromissoria<sup>43</sup>.

L'arbitrabilità delle controversie giuslavoristiche ai sensi dell'art. 409 ss. c.p.c. è riconosciuta in forza del disposto dell'art. 806 c.p.c., nonché dagli artt. 412 e 412-bis c.p.c., eppure il legislatore è successivamente intervenuto prevedendo due ordini di limiti.

Il primo limite concerne la necessità che la clausola compromissoria, a pena di nullità, debba dapprima costituire oggetto di previsione ed approvazione da parte della contrattazione collettiva e poi debba costituire oggetto di certificazione da parte delle commissioni di certificazione, ai sensi dell'art. 31, comma 10, della L. 183/2010<sup>44</sup>.

Il secondo limite introduce invece una vera e propria preclusione: si è escluso la sua stipulazione nelle liti che abbiano ad oggetto la risoluzione del contratto di lavoro e la sua sottoscrizione prima della fine del periodo di prova o prima che siano trascorsi trenta giorni dalla sottoscrizione del contratto di lavoro.

Tali limitazioni costituiscono espressione di esigenze di tutela del cd. ordine pubblico di protezione: nonostante l'espressa previsione di arbitrabilità delle controversie di lavoro<sup>45</sup>, si è ritenuto opportuno introdurre dei correttivi a tutela del lavoratore, al fine di evitarne "la solitudine" di fronte al datore di lavoro<sup>46</sup>.

Volendo operare una generalizzazione, può osservarsi che nei settori caratterizzati da asimmetria strutturale o funzionale tra le parti viene in rilievo il richiamato "ordine pubblico di protezione", che impone valutazioni caso per caso: ciò in quanto non può ritenersi che la scelta di adire il giudice arbitrale, soprattutto se si tratti dell'arbitrato istituzionalizzato – e perciò regolato e controllato da una istituzione arbitrale a ciò preposta –, si traduca in un'automatica menomazione dei diritti di difesa della controparte.

E neppure si può ritenere che l'inserimento di una clausola compromissoria nel contratto sia necessariamente frutto di una velleità ingiustificata del contraente

---

<sup>43</sup> V. sul punto V. BERTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla l. 4 novembre 2010, n. 183*, in *Riv. proc. civ.*, 2011, p. 851 ss.

<sup>44</sup> Come ricorda M. BOVE, *La Giustizia privata*, cit., p. 16, un'ipotesi simile è prevista – *mutatis mutandis* – dall'art. 209 del d.lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici), in forza del quale la clausola compromissoria è possibile solo se vi sia autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice.

<sup>45</sup> V. *amplius* E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 470 ss.

<sup>46</sup> Cfr. M. BOVE, *La Giustizia privata*, cit., p. 17.



forte, ma, anzi, può rispondere ad un preciso interesse di ambo le parti o addirittura solo del contraente debole.

L'obiettivo allora dell'indagine di questo capitolo è di dimostrare che le regole procedurali, le regole di funzionamento dell'arbitrato e prassi applicative dei collegi arbitrali fanno sì che l'arbitrato si trasformi in un'alternativa praticabile con la possibilità di riduzione dei costi di transazione e di un maggiore equilibrio nelle relazioni negoziali, a differenza delle tradizionali forme di tutela giurisdizionale.

Nella prospettiva di valutare se il ricorso all'arbitrato si traduca sempre e automaticamente in una scelta svantaggiosa per la parte debole di un determinato rapporto obbligatorio (sì da aggravare la disparità di trattamento già connaturata a tale rapporto), ovvero possa invece rappresentare un valido strumento di riequilibrio delle posizioni delle parti, l'indagine sarà condotta secondo i crismi dell'analisi economica del diritto, applicata all'istituto dell'arbitrato.

In via di prima approssimazione, infatti, può anzitutto osservarsi che la libera scelta manifestata dall'autonomia negoziale della parte incentiva l'agente razionale a massimizzare l'utilità, a partire dal momento in cui opta per strumenti di risoluzione arbitrale della lite che possano fornirgli una migliore relazione di costo-beneficio, con tendenza alla riduzione di tali costi generata dalla concorrenza nel mercato dell'arbitrato.

Nel corso del primo capitolo verranno in particolare esaminati i rapporti B2B, ma il *focus* sarà incentrato sui rapporti tra professionisti e consumatori (B2C). Nel secondo e nel terzo capitolo al capitolo successivo, invece, si indagherà lo strumento arbitrale con riguardo ai rapporti di investimento, sia nella prospettiva Stato-investigatore (Cap. II) sia nella prospettiva incumbent-investigatore (Cap. III).

## **2.2. L'arbitrato nelle controversie tra professionisti (B2B).**

I rapporti contrattuali tra professionisti rientrano nel novero dei rapporti cd. simmetrici secondo il codice civile, rispetto ai quali il problema dell'asimmetria può porsi secondo due diversi profili. In primo luogo, la clausola arbitrale può venire in rilievo nei contratti B2B cd. standard o per adesione, in cui si pone il problema della validità della clausola arbitrale predisposta unilateralmente e uniformemente da uno dei contraenti.

In secondo luogo, la clausola arbitrale ha un "peso specifico" differente laddove sia inserita in un contesto contrattuale tra professionisti connotato da asimmetrie negoziali: si tratta di tutti quei casi in cui il legislatore, a tutela di categorie protette diverse dal consumatore, predispone delle disposizioni di maggior protezione del contraente debole, come nel caso della legge sulla subfornitura.

Analizziamo separatamente le due ipotesi.

### **2.2.1. Clausole compromissorie contenute in condizioni generali di contratto.**

Nel caso in cui il testo contrattuale venga predisposto da uno solo dei contraenti (accordi per condizioni generali di contratto di cui all'art. 1341 c.c. e accordi per moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali di cui all'art. 1342 c.c.), la clausola compromissoria costituisce una delle ipotesi di clausole vessatorie che, ai sensi dell'art. 1341, c. 2, c.c., richiedono una specifica approvazione per iscritto della clausola compromissoria.

In dottrina e in giurisprudenza si è indagato il rapporto tra la previsione della specifica sottoscrizione richiesta dall'art. 1341, comma 2, c.c. e gli artt. 806 e 807 c.p.c. che prescrivono la forma scritta a pena di nullità del compromesso e della clausola compromissoria.

Secondo un risalente orientamento, il combinato operare delle due disposizioni imporrebbe un rafforzamento della forma scritta *ad substantiam*, nel senso che una clausola compromissoria contenuta nei contratti per adesione dovrebbe essere redatta e approvata specificatamente per iscritto, in modo separato e distinto rispetto al restante regolamento negoziale, a pena di nullità assoluta. In questo modo, l'art. 1341, comma 2, c.p.c. individuerrebbe un requisito di forma ulteriore, e la causa dell'inefficacia ivi menzionata sarebbe la nullità assoluta ordinaria.

Tuttavia, come è stato da più parti osservato<sup>47</sup>, una simile impostazione non sarebbe coerente con la *ratio* delle disposizioni in esame, che è rinvenibile nella tutela del contraente debole, *i.e.* il contraente che versa in una situazione di svantaggio conoscitivo e di potere contrattuale rispetto al predisponente. Una siffatta *ratio* impone allora una sanzione diversa dalla nullità assoluta, che andrebbe a detrimento anche del contraente svantaggiato, e la sostituzione con una "inopponibilità" (per inefficacia) della clausola medesima a vantaggio del contraente debole.

Tale conclusione, che dunque esclude che la norma in commento introduca un requisito di forma "rafforzativo", appare maggiormente in linea con l'esigenza di tutela del contraente debole a fronte di possibili conseguenze negative derivanti da una sua insufficiente conoscenza del regolamento negoziale: in guisa che la specifica sottoscrizione costituisca una specifica tecnica di protezione dell'aderente volta a saggiare la sua effettiva volontà di scegliere la via arbitrale.

Inoltre, la sanzione della inefficacia relativa della clausola compromissoria non sottoscritta dall'aderente è coerente con le scelte legislative operate in altri settori dell'ordinamento, in cui è parimenti avvertita l'esigenza di verificare la corretta comprensione dei termini del regolamento contrattuale da parte del contraente

---

<sup>47</sup> V. M. BOVE, *La Giustizia privata*, cit., 2021.

debole, e tale esigenza viene presidiata non già con la nullità *tout court* della clausola (o, peggio, dell'intero contratto in cui essa è inserita), bensì con forme di nullità di protezione e di vincolatività unidirezionale

In questa prospettiva, e in linea con quanto previsto sia dagli artt. 33-36 cod. cons. sia dall'art. 6 del d.lgs. n. 179/2007<sup>48</sup>, a fronte di una clausola compromissoria inserita in un contratto *standard* senza specifica approvazione per iscritto deve ritenersi ammissibile la prova contraria che la medesima abbia costituito oggetto di una trattativa specifica ed individuale tra il predisponente e l'aderente.

E tuttavia, occorre segnalare che il problema che qui si pone è tuttavia parzialmente diverso da quello della tutela del contraente fisiologicamente debole, tra cui in primis il consumatore (ma anche il professionista "debole"), perché diverso è il background di riferimento. Rispetto alla normativa a tutela dei consumatori, gli artt. 1341 e 1342 c.c. attengono a problemi parzialmente diversi.

Infatti, la normativa del 1942 sulle condizioni generali di contratto aveva fondamentalmente lo scopo di razionalizzare le modalità e i costi delle operazioni negoziali coinvolgenti le imprese, nell'ambito delle contrattazioni con la massa dei destinatari delle loro attività, donde l'utilità di una disciplina uniforme per tutti i rapporti.

In siffatto contesto, le disposizioni relative all'inefficacia delle clausole di cui all'art. 1341, comma 2, c.c., servivano da limite al sacrificio sofferto dall'autonomia contrattuale della controparte (sia che fosse imprenditore, sia che fosse consumatore).

La Direttiva europea del 1993, invece, ha inteso accentuare sensibilmente la tutela di una specifica categoria di soggetti, e cioè gli utenti e i consumatori, nei loro rapporti con i c.d. professionisti, ossia con le figure professionali ovvero le imprese che utilizzano il contratto nell'esercizio della loro attività; l'esigenza di protezione del contraente "debole" discende dalla disparità dei rapporti di forza e dalla mancata partecipazione alle trattative.

La normativa interna di recepimento della Direttiva ha ampliato, rispetto all'art. 1341 c.c., il novero delle clausole abusive e ha aggravato le sanzioni e il regime consequenziali alla relativa violazione; ha inoltre messo a disposizione dell'interprete più ampi criteri ermeneutici delle fattispecie da ritenere vessatorie. Onde, non appare possibile concludere con un automatismo tale per cui la "vessatorietà" di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. sia da interpretarsi nello stesso senso e con lo stesso peso specifico delle clausole vessatorie del Codice del consumo; di talché le soluzioni giurisprudenziali raggiunte sulle prime non possono essere automaticamente utilizzate per l'interpretazione delle seconde<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Ai sensi del quale la clausola compromissoria inserita nei contratti di investimento vincola solo l'intermediario, a meno che questi non provi che essa sia il frutto di una trattativa specifica.

<sup>49</sup> V. in questo senso Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2015, n. 7176, con riguardo al rapporto tra il previgente *corpus* di cui all'art. 1469-*bis* ss. c.c. e gli artt. 1341 e 1342 c.c.

Recentemente la Cassazione<sup>50</sup> è tornata sul tema, ritenendo che non sia sufficiente – ai fini della “specificità” della sottoscrizione, che la clausola compromissoria sia inserita in un contesto di regolamento negoziale generico. La legge richiede infatti una tecnica redazionale delle clausole che attiri l’attenzione del contraente debole sul loro contenuto<sup>51</sup>: di tale principio generale si deve tener conto anche nella predisposizione della clausola compromissoria.

Chiaramente la prova contraria, volta a salvare la clausola compromissoria dallo stigma dell’inefficacia per mancata specifica sottoscrizione, avrà ad oggetto il carattere *non standard* del contratto<sup>52</sup> – o di quella parte del contratto in cui è inserita la clausola compromissoria, *i.e.* che la clausola ha costituito oggetto di una trattativa negoziale individuale tra le parti.

Vi sono poi alcune categorie di accordi che, per loro natura, non sono suscettibili di essere stipulati come contratto redatto mediante moduli o formulari, ai sensi dell’art. 1342 c.c., né come contratto recante condizioni generali, ai sensi dell’art. 1341 c.c., tra i quali ad esempio l’appalto<sup>53</sup>. L’impossibilità di qualificare un determinato contratto come contratto *standard* implica conduce di per sé ad escludere l’applicabilità alla fattispecie della disciplina in tema di limiti di efficacia delle clausole vessatorie, per cui la clausola può ritenersi comunque valida ed efficace anche in assenza di specifica sottoscrizione, perché non è vessatoria.

---

<sup>50</sup> Cass. civ., 24 luglio 2019, n. 20078, in cui la controversia riguardava un contratto di *leasing*, di cui la parte attrice sosteneva la nullità. Il Giudice di primo grado (il Tribunale di Siena) ha accolto la domanda attorea, rigettando l’eccezione della convenuta di improponibilità della domanda in forza della clausola compromissoria contenuta nel contratto di *leasing*. Conf.: Cass. civ., sez. VI, 10 settembre 2018, n. 21942.

<sup>51</sup> Cass. civ., sez. VI, 12 ottobre 2016, n. 20606.

<sup>52</sup> V. in argomento Cass. civ., sez. I, 15 aprile 2015, n. 7607: «Un contratto è qualificabile per adesione secondo il disposto dell’art. 1341 c.c. - e come tale soggetto, per l’efficacia delle clausole cosiddette vessatorie, alla specifica approvazione per iscritto - solo quando sia destinato a regolare una serie indefinita di rapporti e sia stato predisposto unilateralmente da un contraente». V. anche Cass. civ., sez. I, 30 novembre 2020, n. 27320, che ha escluso la specifica approvazione per iscritto la clausola compromissoria contenuta in un contratto ultranovennale di locazione predisposto da uno solo dei due contraenti, ma con riferimento ad una singola vicenda negoziale ed a seguito delle trattative intercorse tra le parti, non potendo tale negozio qualificarsi come un contratto per adesione cui si applica la disciplina delle clausole vessatorie.

<sup>53</sup> In questi termini si è espressa Corte appello Brescia sez. I, 11/02/2019, n. 267, ritenendo che «Il contratto di appalto, ed anche quello di subappalto, che ne costituisce sottospecie, non è ordinariamente compatibile con la struttura del contratto standard in quanto, per sua stessa natura, suppone la previa verifica, concertata, della situazione in essere in funzione della realizzazione dell’opus commissionato, con correlata contrattazione della fornitura e dei suoi singoli elementi. Di conseguenza, il contratto di subappalto in cui è inserita la clausola compromissoria, non si presenta come atto negoziale predisposto su modello standard da uno dei due contraenti (art. 1342 c.c), né reca condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c).»

### **2.2.2. Clausole compromissorie contenute nei contratti B2B asimmetrici.**

Con riferimento alle clausole compromissorie contenute nei contratti B2B asimmetrici, si pone come maggiormente pregnante l'esigenza di tutela del contraente debole.

In risposta a tale esigenza, in alcuni casi il legislatore ha qualificato le pattuizioni di devoluzione della controversia ad arbitrato, inserite nei contratti, alla stregua di clausole vessatorie.

Si pensi, ad esempio alla disciplina della dipendenza economica tra imprese: la disciplina di cui all'art. 10 l. 192/1998 prevede proprio il ricorso ad un particolare arbitrato per la risoluzione delle controversie riguardanti il rapporto di subfornitura. Per cui, sembrerebbe che alcun dubbio possa avanzarsi in ordine alla questione dell'arbitrabilità delle controversie in materia di abuso di dipendenza economica. La Suprema Corte<sup>54</sup>, ha precisato che la domanda di risarcimento danni fondata su un preteso abuso di dipendenza economica rientra nell'ambito della responsabilità contrattuale e la relativa controversia va considerata come relativa al contratto; ciò in quanto l'abuso disciplinato da tale norma si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di "rapporti commerciali", e presuppone quindi che tali rapporti siano regolati da un contratto.

### **2.3. L'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale.**

Nel precedente paragrafo sono state esaminate alcune delle caratteristiche generali che l'arbitrato possiede e che fanno sì che possa parlarsi di "*genus*", ricomprensivo di una pluralità di istituti tra loro in parte differenti.

Appare tuttavia opportuno far un riferimento alla distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale.

Sin da quando si iniziò una ricostruzione ed un inquadramento sistematico dell'istituto dell'arbitrato, per legittimare l'esistenza dell'arbitrato irrituale si è valorizzata la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale focalizzandosi sull'efficacia della pronuncia: forza di sentenza da un lato e di contratto dall'altro<sup>55</sup>. Da qui trae origine il dualismo tra contrattualità dell'arbitrato irrituale e

---

<sup>54</sup> Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2011, n. 24906.

<sup>55</sup> Tant'è che la dottrina risalente ha sempre evidenziato che l'arbitrato irrituale è dotato di minori garanzie proprio in ragione del fatto che non verrà mai inglobato nella giurisdizione statale e non potrà assumere valore di cosa giudicata. V. P. BONFANTE, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, cit., p. 45 ss.

giurisdizionalità dell'arbitrato rituale<sup>56</sup>, che sembrerebbe *prima facie* avvalorato dal disposto testuale dell'art. 808-ter c.p.c. che riconosce la natura di “determinazione contrattuale” alla decisione di chiusura dell'arbitrato rituale, nonché dal regime impugnatorio riservato al lodo irrituale, che sarà annullabile dal giudice di primo grado, individuato secondo le normali regole di competenza.

Tuttavia, ad una lettura complessiva dell'istituto in rapporto all'omologo “giurisdizionale”, sembra invece potersi affermare carattere di vero e proprio processo privato dell'arbitrato libero<sup>57</sup>, così come disciplinato dalla nuova norma, e ciò nonostante il lodo abbia natura contrattuale.

In particolare, è stato sostenuto che dalla negozialità della determinazione finale non si potrebbe far discendere automaticamente la necessaria ricostruzione dell'intero istituto su base esclusivamente sostanziale; si può ben ritenere che un atto destinato ad avere efficacia obbligatoria solo tra le parti, sia connotato dai caratteri del giudizio, ottenuto all'esito di un procedimento, nel rispetto delle le garanzie minime di una giusta decisione.

È espressamente statuito il necessario rispetto del principio del contraddittorio, che viene ad assumere rilevanza autonoma e si discosta dalla ricostruzione in chiave sostanziale che dottrina e giurisprudenza gli avevano nel tempo attribuito, quale mero strumento conoscitivo a sostegno del convincimento del giudice. Le parti potranno svolgere, nella parità delle armi, le proprie attività assertive, di allegazione e di prova.

Non solo, ma se si pone mente alla disciplina dell'impugnativa del lodo, appare evidente come i motivi previsti dal comma 2° dell'art. 808-ter siano modellati su quelli dell'arbitrato rituale, di cui all'art. 829 c.p.c., con evidente emersione del carattere processuale del fenomeno irrituale. Accanto al carattere negoziale della pronuncia non si potrà, così, disconoscere quello procedimentale dell'*iter* che porta alla decisione, né la sussistenza, alla base dell'arbitrato irrituale, di una vera e propria controversia.

Proprio alla luce dell'avvicinamento tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, e l'affermazione per cui quest'ultimo costituisce «*il modo di regolare un conflitto di interessi raggiungendo una determinazione contrattuale attraverso un processo*»<sup>58</sup>,

---

<sup>56</sup> V. C. ARRIGONI, *Riflessioni sulla natura dell'arbitrato irrituale*, in *Giustizia senza confini*, 2011, p. 4.

<sup>57</sup> Cfr. B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 25 ss. che ritiene che la riforma del 2006 abbia inteso non accentuare le distinzioni tra le due forme arbitrali, ma piuttosto avvicinarle, all'insegna di una disciplina procedimentale simile (e differenziarle per quanto riguarda gli effetti del lodo); C. PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, cit., p. 395 ss., spec., p. 404; C. PUNZI, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, in *Il processo civile, sistema e problematiche*, vol. III, Torino, 2008, p. 258 ss., spec. p. 267, che sulla base di una lettura della norma alla luce della delega ricevuta, deduce una volontà del legislatore di unificare l'istituto arbitrale nel suo complesso, applicando ad esso la disciplina codicistica, salva la possibilità delle parti di derogarvi.

<sup>58</sup> P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1159 ss., spec. p. 1163.

si pone l'esigenza di indagare gli standard di tutela che l'arbitrato libero è in grado di assicurare rispetto alle situazioni di asimmetria tra le parti.

Invero, il tema della tutela delle asimmetrie contrattuali rispetto all'arbitrato irrituale si pone in misura diversa rispetto all'arbitrato rituale, e ciò per una pluralità di ordini di ragioni.

Anzitutto perché mentre il patto compromissorio rituale opera, a livello di ordinamento statale, quale presupposto processuale negativo, *i.e.* come condizione che non deve esistere perché il giudice statale possa e debba decidere nel merito la lite di fronte a lui instaurata, invece per il patto compromissorio irrituale non è prevista legislativamente una siffatta efficacia impediente<sup>59</sup>. Mentre il primo è – unanimemente – qualificato come un accordo con effetti processuali<sup>60</sup>, il secondo è piuttosto un contratto con effetti sostanziali, da cui deriverebbe una temporanea improponibilità della domanda giudiziale, la cui relativa eccezione ha natura non processuale bensì sostanziale<sup>61</sup>.

Il riconoscimento degli effetti meramente sostanziali del patto compromissorio irrituale non esime tuttavia dall'analizzare la questione dell'eventuale vessatorietà della clausola compromissoria per arbitrato irrituale, *ex art.* 1341 c.c. ovvero *ex artt.* 33-36 del d.lgs. 205/2005.

Quanto all'art. 1341 c.c., non vi è concordia di opinioni tra dottrina e giurisprudenza sulla necessità di specifica approvazione per iscritto anche del patto compromissorio irrituale.

In linea generale occorre considerare che la giurisprudenza anteriore alla riforma del 2006 optava costantemente per la non soggezione della clausola arbitrale irrituale alla disposizione di cui all'art. 1341, comma 2, c.c.<sup>62</sup>.

Diversamente, la dottrina ha ritenuto che in caso di controversia devoluta ad arbitri la specifica sottoscrizione dovesse investire le «*condizioni che sanciscono clausole compromissorie*», cioè valendo sia per l'arbitrato rituale sia per l'arbitrato irrituale<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> V. M. BOVE, *La Giustizia privata*, cit., p. 267, il quale evidenzia che anche il dato positivo non soccorre in tal senso: né l'art. 808-*ter* c.p.c., che precisa solo che il patto compromissorio irrituale è alla base di quella che sarà un'efficacia "contrattuale" del responso degli arbitri, senza nulla dire in ordine alla sua efficacia negativa, né l'art. 819-*ter* c.p.c.

<sup>60</sup> F. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Ristampa con prefazione di Virgilio Andrioli, Napoli, 1980, p. 107.

<sup>61</sup> In questi termini si è sempre espressa la giurisprudenza dei primi anni 2000, poi ripresa alcune pronunce più recenti: cfr., *inter cetera*, Cass. civ., 19 maggio 2016, n. 10332; Cass. civ., 27 marzo 2007, n. 7525. Prima della riforma del 2006 che ha introdotto l'art. 808-*ter* c.p.c., v. G. GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 1555 ss.; C. CONSOLO-M. DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 468.

<sup>62</sup> Cass., 28 giugno 2000, n. 8788; cfr. per rilievi critici e per ulteriori richiami anche B. SASSANI, *Sub art. 808 ter*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI E R. VACCARELLA, VII, Torino, 2014, p. 129, nota 5.

<sup>63</sup> Cfr. P. BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, in *Arbitrato*, a cura di F. CARPI, Bologna, 2007, p. 171; M. BOVE, *Sub art. 808 ter*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, 2010, p. 80 ss.; B. SASSANI, *Sub art. 808 ter*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di P.

Si ritiene sul punto di dover accogliere l'opinione di chi ritiene che se la necessità di specifica sottoscrizione si pone per l'arbitrato rituale, *a fortiori* deve porsi per l'arbitrato irrituale. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 808-ter c.p.c., la scelta per la via arbitrale irrituale deve essere espressamente voluta dalle parti, non solo in alternativa alla giustizia statale, ma anche in alternativa alla giustizia arbitrale rituale<sup>64</sup>. Per cui, la scelta per la via arbitrale irrituale deve essere espressa; da ciò consegue che se la clausola per arbitrato rituale deve essere formalmente approvata per iscritto, *a fortiori* dovrà essere approvata anche per iscritto la clausola per arbitrato irrituale<sup>65</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale successivo, sia dei giudici di merito sia dei giudici di legittimità, si è infatti orientato in senso prevalente nel ritenere la vessatorietà delle clausole compromissorie introdotte nei contratti dei consumatori, senza porre alcuna distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale.

Tale conclusione deve considerarsi valevole anche per le clausole vessatorie ai sensi degli artt. 33-36 cod. cons., anzi considerato che l'arbitrato irrituale presenta minori cautele rispetto al modello rituale<sup>66</sup>, dovrebbe concludersi per la necessaria approvazione per iscritto delle clausole compromissorie per arbitrato irrituale inserite nei contratti tra professionisti e consumatori.

Peraltro, la stessa Direttiva comunitaria 1993/93/CEE manifestava una certa diffidenza rispetto a forme di arbitrato simili al nostro arbitrato irrituale, e anche la direttiva sugli ADR dei consumatori predilige forme di arbitrato rituale.

A fronte degli orientamenti dottrinali ai quali si è fatto rapido cenno in precedenza, la posizione della giurisprudenza risulta oggi maggiormente omogenea nell'affermare l'abusività delle clausole compromissorie inserite nei contratti dei consumatori, siano esse riferite all'arbitrato rituale ovvero a quello irrituale<sup>67</sup>.

---

COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI E R. VACCARELLA, VII, Torino, 2014, p. 129. In particolare, Bove e Biavati sembrano affermare, con riguardo ai rapporti tra professionisti e consumatori, la natura vessatoria della clausola compromissoria per arbitrato irrituale. Invero, in particolare, Bove, sostiene che — pur potendosi dubitare che ogni clausola compromissoria (rituale o irrituale) sia soggetta alla disciplina degli artt. 33-36 del codice del consumo —, laddove si opti per la vessatorietà, non si possa affatto distinguere tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale. Anzi, proprio a voler distinguere tra le due modalità, «*si dovrebbe semmai ravvisare nella scelta dell'arbitrato libero quella più pericolosa, e quindi più bisognosa di cautele normative [...]*» (p. 82)

<sup>64</sup> L' art. 808-ter, comma 1, c.p.c., prevede infatti che le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'art. 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale: ne consegue che, in mancanza di espressa previsione scritta, l'arbitrato si considererà di *default* rituale.

<sup>65</sup> Così M. BOVE, *La Giustizia privata*, cit., p. 272.

<sup>66</sup> Tant'è che M. BOVE, *La Giustizia privata*, cit., p. 273 definisce la scelta per l'arbitrato irrituale maggiormente "pericolosa", e dunque più bisognosa di cautele normative.

<sup>67</sup> Il Tribunale di Roma, ad esempio, sin dal 1998 si è espresso nel senso che la clausola compromissoria riveste natura vessatoria in quanto diretta a sancire a carico del consumatore "deroghe alla competenza dell'Autorità Giudiziaria" e lo stesso Tribunale si è ancora recentemente espresso nel senso che "*si presume vessatoria la clausola che prevede la devoluzione a arbitrato irrituale delle controversie insorgende relativamente ad un contratto di servizi di investimento stipulato tra un privato ed un intermediario finanziario*: Cfr. rispettivamente Trib. Roma 8 maggio



### 3. L'arbitrato nelle controversie tra consumatori e professionisti (B2C): l'arbitrato di consumo.

Il tema dei rapporti tra arbitrato e diritto dei consumatori ha da sempre creato difficoltà operative, le cui ragioni vanno principalmente ricondotte al difficile temperamento di esigenze diverse.

Da un lato, vi sono le esigenze connesse alla tutela del consumatore, quale soggetto debole del rapporto negoziale con il professionista e in quanto tale bisognoso di presidi protezionistici sotto il profilo sia sostanziale sia processuale; dall'altro la spinta all'incentivazione degli strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie in un settore, quale appunto quello consumeristico, in cui la necessità di giustizia celere ed efficiente è particolarmente avvertita.

I rischi per i consumatori principiano dall'asimmetria contrattuale delle parti, sicché vi è l'interesse ad evitare un'indebita imposizione della clausola compromissoria da parte del contraente forte; quanto ai benefici, il ricorso agli strumenti di ADR rappresenta una soluzione efficace in termini di giustizia rapida e tecnica, in grado di superare le criticità della giurisdizione statale<sup>68</sup>.

Senonché, queste preoccupazioni devono sempre essere accompagnate da un approccio efficientistico della giustizia, non solo in termini di economicità, ma anche di sostanza e dunque di satisfattività dei diritti<sup>69</sup>.

---

1998 in *Foro It.*, 1998, I, 1989 e Trib. Roma, 18 agosto 2006 in *Banca, Borsa, Tit. Cred.* 2008, 110 ss. In senso sostanzialmente conforme si sono pronunciati altri Giudici di merito.

Particolarmente interessante si rivela la recente decisione della Corte di Appello di Genova del 30 gennaio 2008 (in *Nuova Giurisprudenza Ligure*, 2008, 5 ss.), che a quanto consta è la seconda decisione di secondo grado edita in materia (l'altra è App. Roma 7 maggio 2002, in *Foro It.*, 2002, I, 2823 ss.).

Si legge nella menzionata decisione, in punto vessatorietà della clausola compromissoria quanto segue:

*“L'art. 1469 bis c.c., sorto in attuazione della direttiva CE n. 93/13, considera tra l'altro al n. 18 vessatorie sino a prova contraria (e pertanto inefficaci per effetto dell'art. 1469 quinquies c.c.) le deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria. L'espressione si discosta alquanto dal testo della direttiva che considera abusive le clausole che obbligano il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato; ma non par dubbio che essa vada interpretata in senso estensivo, comprensivo anche delle clausole compromissorie che demandino ad un arbitrato, sia esso rituale o irrituale, la cognizione di una controversia che dovesse sorgere tra le parti.*

*Anche la clausola compromissoria per arbitrato irrituale, infatti, implica la rinuncia preventiva, sia pure temporanea, alla tutela giudiziaria del consumatore; il che è contrario allo spirito della direttiva che si propone l'obiettivo di rimuovere la situazione di inferiorità del medesimo cui vengono imposte clausole onerose”.*

<sup>68</sup> V. G. ALPA, *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, 1997, p. 759.

<sup>69</sup> Così C. MANCUSO, *La clausola compromissoria nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e consenso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1215, che richiama il pensiero di Alpa in G. ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 793 ss., dove l'a. mette in luce le diverse esigenze, anche in campo economico, prese in considerazione dai lavori della commissione di studio istituita con d.m. 7 marzo 2016 dal ministro della giustizia per elaborare un'organica

Dal quadro sinteticamente esposto, si comprende come il binomio arbitrato-consumo abbia destato non pochi problemi, favorendo la nascita di opinioni diverse sul punto, e muovendosi sempre nel solco del timore che l'adesione alla clausola arbitrale avvenga per ignoranza e non per consapevole volontà ha portato ad una implementazione prudente degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie nel campo del consumo.

Negli ultimi anni si è via via riconosciuto agli ADR un ruolo ulteriore – rispetto a quello di alternativa alla giustizia statale – ovvero di strumenti di tutela in particolari settori, quali quello consumeristico<sup>70</sup>.

Infatti, come osservato, gli ADR per i consumatori (altrimenti detti CADR, *consumer alternative dispute resolution*<sup>71</sup>) «raccolgono esigenze di tutela che non accedrebbero alla giustizia ordinaria (ad esempio perché riguardanti controversie di ammontare contenuto) e per questa via contribuiscono ad accrescere (o ristabilire) la fiducia nello scambio»<sup>72</sup>.

A livello europeo, la previsione di sistemi di utilizzo di ADR come forme di soluzione delle controversie alternative alla via giudiziale ordinaria è stata sancita con l'accordo di Lisbona<sup>73</sup>, nella prospettiva di assicurare al consumatore una tutela effettiva, rapida ed economica dei propri diritti e interessi<sup>74</sup>.

---

riforma degli strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie, con particolare riferimento alla mediazione, negoziazione assistita e all'arbitrato.

<sup>70</sup> Ricorda P. LICCI, *I sistemi di risoluzione alternativa delle liti*, Frosinone, 2016, p. 11, che il tema dell'accesso dei consumatori alla giustizia e della risoluzione delle controversie in materia di consumo hanno costituito tema di notevole interesse nella legislazione comunitaria sin dal Libro Verde del 1993, cui sono poi seguite diverse politiche di armonizzazione tra tutti gli Stati membri.

<sup>71</sup> Le procedure di *Consumer Alternative Dispute Resolution* si sono sviluppate in molti Stati membri dell'UE, diversificandosi per le tecniche adoperate, ma accomunati dalla gestione di controversie tra professionisti e consumatori. Per un'analisi delle procedure nazionali si veda C. HODGES–I. BENÖHR–N. CREUTZFELDT–BANDA, *Consumer ADR in Europe*, Oxford, 2012; J. STUYCK–E. TERRY–V. COLAERT–T. VAN DYCK–N. PERETZ–N. HOEKX–P. TERESZKIEWICZ, *An Analysis and Evaluation of Alternative Means of Consumer Redress Other than Redress through Ordinary Judicial Proceedings: Final Report*, Catholic University of Leuven, 17 gennaio 2007, disponibile al link: [ec.europa.eu/consumers/redress/reports\\_studies/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/index_en.htm).

<sup>72</sup> M. BIANCO, *L'Arbitro Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 40.

<sup>73</sup> Il Trattato di Lisbona ha inserito nel Trattato Europeo l'art. 81, c. 2, lettera g) per il quale il Parlamento Europeo ed il Consiglio adottano «*misure volte a garantire: [...] lo sviluppo di metodi alternativi di risoluzione delle controversie*».

<sup>74</sup> M. RISPOLI FARINA, *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie nel settore finanziario. Pluralità di modelli ed effettività della tutela*, in *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione nazionale per le società e la borsa*, a cura di G. MOLLO, *Quaderni Giuridici Consob*, n. 9, Roma, 2015, p. 267. V. anche G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., pp. 479-481, che richiama la distinzione – tipica dei paesi di *common law* – tra ADR di tipo aggiudicativo (*decision oriented*), concluse con un provvedimento che riconosce unilateralmente le richieste di una delle parti e ADR di tipo consensuale (*consensual*), terminate quindi con l'incontro delle volontà delle parti. Tuttavia, secondo l'a., solo nei sistemi anglosassoni l'arbitrato verrebbe ricompreso tra gli ADR (tant'è che, come ricorda, l'istituto in questione viene citato nella definizione di ADR contenuta nel U.S. Code come modificato dall'Alternative Dispute Resolution Act del 1998), mentre nei sistemi di *civil law*

Tra le iniziative europee di incentivo agli ADR nel settore di consumo si segnalano: il Regolamento CE n. 861 del 2007 che prevede un procedimento europeo per la soluzione delle controversie di lieve entità; il Regolamento sulle ODR del 21 maggio 2013 e la Direttiva UE n. 11 del 2013, c.d. direttiva ADR, nel settore del consumo, la quale è stata poi attuata di recente con il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 che ha modificato il Codice del consumo. e, in particolare, l'art. 141 che individua gli organismi di ADR quali enti idonei a gestire e facilitare la soluzione amichevole delle controversie di consumo; il Regolamento di esecuzione UE n. 1051 del 2015, relativo, invece, alla risoluzione online delle controversie e alle modalità di coordinamento con il Regolamento UE n. 524 del 2013 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione online delle controversie dei consumatori. L'arbitrato nelle controversie in materia di diritto dei consumatori ha costituito oggetto di attenzione da parte degli interpreti soprattutto alla luce dell'adozione della Direttiva n. 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori<sup>75</sup>.

La Direttiva, che ha l'obiettivo di pervenire ad un'armonizzazione dei sistemi nazionali di *Consumer ADR* sottoponendoli a principi comuni<sup>76</sup>, introduce una disciplina volta a consentire una soluzione amichevole delle controversie nascenti da un reclamo del consumatore circa gli adempimenti degli obblighi contrattuali provenienti da contratti di vendita tra professionisti e consumatori, ubicati nel territorio europeo.

Con la richiamata Direttiva, il legislatore euro-unitario ha inteso prendere atto delle lacune nella tutela effettiva per i consumatori<sup>77</sup>. Tali lacune riguardano, in particolare, la mancata corretta attuazione o il mancato funzionamento delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie, per cui anche le violazioni di piccola entità il ricorso alla giurisdizione sarebbe troppo oneroso.

---

l'arbitrato sarebbe un "vero e proprio procedimento processuale affidato a giudici privati": *«il tratto fondamentale dell'arbitrato sta nel rappresentare un vero e proprio processo, anche se di natura privatistica, cosa che induce a definirlo come procedura quasi giurisdizionale e a trattarlo autonomamente dalle altre forme di soluzione alternativa delle controversie»*.

<sup>75</sup> Per un commento sulla Direttiva v. G. GIOIA, *Il nuovo «pacchetto» della Commissione europea sull'Adr*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 697 ss.; G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 1, 2018, p. 4 ss. V. anche O. DESIATO, *Le politiche dell'Unione europea in favore della degiurisdizionalizzazione e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2016, p. 1793 ss.

<sup>76</sup> Ci si riferisce, in particolare, ai requisiti e agli *standard* di qualità delle procedure e degli organismi incaricati della gestione dei meccanismi di risoluzione delle controversie.

<sup>77</sup> La richiamata direttiva è stata ideata allo scopo di realizzare concretamente procedure *«indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie»* tra professionisti e consumatori. Il Considerando n. 5 della Direttiva riconosce espressamente che *«la risoluzione alternativa delle controversie (ADR) offre una soluzione semplice, rapida ed extragiudiziale alle controversie tra consumatori e professionisti. Tuttavia l'ADR non è sviluppata in maniera sufficiente e coerente nell'Unione»*

Nella materia consumeristica la questione appare particolarmente delicata, in quanto, da un lato, il legislatore domestico – sulla scia di quello europeo<sup>78</sup> – ha inteso promuovere l'utilizzo dei sistemi di soluzione extragiudiziale delle liti; dall'altro, rimane comunque forte il timore che l'allontanamento dalla giurisdizione statale naturale danneggi il consumatore in assenza di una scelta consapevole e meditata.

Il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie tra professionisti e consumatori apparrebbe dunque *prima facie* essere soluzione più appropriata, in quanto i costi e soprattutto la durata del processo civile ordinario costituiscono in molti ordinamenti un serio ostacolo ad una tutela efficace ed effettiva delle ragioni del consumatore<sup>79</sup>. Tale *ratio* è maggiormente evidente laddove si consideri che tali strumenti sono volti ad assicurare anche presidiare il corretto funzionamento del mercato interno dell'UE e ad agevolare le transazioni transfrontaliere.

E allora, i sistemi di ADR previsti non mirano solo ad assicurare una ricomposizione del sinallagma contrattuale alterato, o a disciplinare gli effetti dell'alterazione di tale sinallagma, bensì a “coprire” quella zona grigia di insoddisfazione del consumatore o del cliente.

Infatti, sovente, nelle controversie tra consumatori e professionisti, i rimedi contrattuali di gestione dei difetti genetici e funzionali del rapporto contrattuale – sebbene ampiamente previsti dalla disciplina protezionistica – rischiano di rivelarsi inadeguati e insufficienti; sicché – in alcune circostanze – non giova una tutela domestica volta a stabilire il torto o la ragione rispetto ad una vicenda negoziale che non ha avuto una fisiologica esecuzione, ma occorre piuttosto «*normalizzare le ulteriori pretese non previste o che ancora non hanno trovato individuazione tra le soluzioni predeterminate o ante-viste in uno degli atti normativi comunitari*»<sup>80</sup>.

Le ADR oggetto dell'intervento di regolazione e armonizzazione dell'Unione europea, con la predetta Direttiva, hanno carattere facoltativo, sono attivabili dal

---

<sup>78</sup> Cfr. l'adozione della direttiva n. 2013/11/UE, in modifica al regolamento n. 2006 del 2004 e alla direttiva n. 2009/22/Ce, ideata allo scopo di realizzare concretamente procedure «indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie», utilizzabili dal consumatore in qualità di attore: pertanto, restano escluse non solo le liti fra professionisti (art. 2, lett. d)), ma anche le procedure avviate da un professionista nei riguardi del consumatore (art. 2, lett. g).

<sup>79</sup> Inoltre, le ADR non sono mai sostitutive o di impulso all'apertura di un contenzioso canonico.

<sup>80</sup> In questi termini M. FRANCESCA, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2015, p. 19.

solo consumatore e sono obbligatorie solo per il professionista<sup>81</sup>; l'ambito di applicazione è circoscritto alle liti tra professionisti e consumatori<sup>82</sup>.

Si tratta delle «*procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie... attraverso l'intervento di un organismo ADR che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole*» (art. 2). Dalla definizione emerge che la copertura legislativa euro-unitaria riguarda diversi strumenti di ADR, sia di carattere facilitativo sia di natura aggiudicativa ("imporre"), tra cui anche l'arbitrato<sup>83</sup>, purché si tratti di procedure gestite da un "organismo ADR". In altri termini, la Direttiva del 2013, quanto almeno all'arbitrato, sembrerebbe riferirsi esclusivamente alle forme di arbitrato amministrato o comunque istituzionale, restandone invece escluso l'arbitrato *ad hoc*.

Secondo alcuni autori, la previsione a livello europeo di strumenti di ADR per il consumatore risponderebbe ad una logica protezionistica di stampo paternalistico, volta a "fidelizzazione" l'utente/operatore del mercato unico europeo verso le contrattazioni con carattere di extraterritorialità, in guisa da paralizzare le esternalità negative derivanti dalla necessità di ricorrere al contenzioso ordinario<sup>84</sup>. Ma i pur innegabili vantaggi che il ricorso a procedure di arbitrato per la risoluzione delle controversie dei consumatori tenderebbe ad assicurare devono essere attentamente riconsiderati alla luce dell'innegabile squilibrio delle posizioni in conflitto, essendo evidente che consentire al soggetto economicamente più forte (il professionista) di imporre negozialmente al consumatore il ricorso a procedure di arbitrato, con esclusione dell'accesso alla giustizia ordinaria, potrebbe comportare un significativo e non auspicabile vantaggio per il contraente più forte.

Il problema si pone con riguardo alle ipotesi in cui la clausola compromissoria sia contenuta in un contratto di consumo e non rientri nei casi in cui il legislatore vi accorda espressa validità; più precisamente, la questione sembrerebbe investire per l'arbitrato *ad hoc*, in quanto per gli arbitrati amministrati la richiamata copertura

---

<sup>81</sup> V. M. FRANCESCA, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution*, cit., p. 21, la quale evidenzia che il riferimento alla obbligatorietà della partecipazione del professionista alla procedura risolutiva compare in più tratti della Direttiva, tra cui l'art. 9, comma 2, a), lasciando intendere che «*la linea sia, ancora una volta, quella di riconoscere un'azione aggiuntiva al consumatore, utile a garantire, insieme, tutela dell'interesse della parte presunta debole e conservazione del contratto*». Secondo l'a., l'obbligatorietà della partecipazione del professionista si presterebbe ad essere qualificata come forma di «*sanzione in sé rispetto a vizi in vario modo impedienti l'esatta evoluzione del segmento esecutivo del rapporto contrattuale*».

<sup>82</sup> Sono infatti escluse dalla disciplina le liti fra professionisti (art. 2, lett. d)), ma anche le procedure avviate da un professionista nei riguardi del consumatore (art. 2, lett. g)). Sono altresì escluse la negoziazione diretta tra consumatore e professionista (art. 2 lett. f)) e i tentativi messi in atto da un giudice al fine di giungere a una composizione della controversia nel corso di un procedimento giudiziario riguardante la controversia stessa;

<sup>83</sup> Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 997.

<sup>84</sup> Cfr. M. FRANCESCA, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution*, in *judicium.it*, 2015, p. 22.

legislativa di “armonizzazione” ha introdotto alcuni “standard” minimi che le procedure arbitrali devono rispettare.

Da un punto di vista dell’ordinamento interno, occorre segnalare che l’intervento legislativo del 2006 ha segnato un avvicinamento tra le forme di arbitrato *ad hoc* – sia rituale che irrituale – e l’arbitrato amministrato, ponendo la questione se il primo sia idoneo ad assicurare una tutela processuale arbitrale sufficientemente differenziata a fronte di situazioni sostanziali asimmetriche.

Se è vero che in linea di principio l’autonomia negoziale consente alle parti di optare contrattualmente per l’arbitrato, che «*ha la funzione di accertare i diritti tramite un processo privato*»<sup>85</sup>, e quindi di predeterminare le modalità processuali per la tutela dei propri diritti, è altresì vero che – in ragione delle richiamate esigenze di tutela rafforzata – la libertà e la discrezionalità delle parti può essere variamente limitata nella prospettiva del rispetto del cd. «ordine pubblico arbitrale»<sup>86</sup>, o meglio dell’ordine pubblico di protezione<sup>87</sup>, indirizzato alla salvaguardia di determinati soggetti.

Il punto di partenza consiste allora nel valutare se tale ordine pubblico di protezione possa essere assicurato dalle regole dell’arbitrato di consumo<sup>88</sup>, ovvero se occorranza ulteriori presidi.

Si ritiene che l’indagine debba principiarsi dalla valutazione se la clausola compromissoria contenuta in un contratto di consumo e non rientrante nei casi in cui il legislatore vi accorda espressa validità sia vincolante per il consumatore; in caso di risposta positiva; si vorrà poi, nei successivi capitoli, verificare l’adeguatezza delle regole processuali che il conseguente arbitrato deve rispettare (se, cioè sono in grado di assicurare l’eguaglianza sostanziale tra parti formalmente diseguali) e l’eventuale possibilità di individuare dei correttivi per adeguare la tecnica arbitrale e consentire l’attuazione di un sistema arbitrale a tutela rafforzata e differenziata, necessaria per realizzare un «*giusto arbitrato*»<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 1000.

<sup>86</sup> In questi termini E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 1000, la quale richiama il concetto di ordine pubblico di protezione di matrice ed elaborazione dottrinale francese.

<sup>87</sup> Secondo la formula utilizzata da T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, II, Milano, 1951, p. 748.

<sup>88</sup> Il problema si pone, con riguardo alle liti consumeristiche, perché – a differenza di altri settori – non è espressamente previsto dalla legge che il ricorso alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie sia presidiato da tutele in favore della parte debole del rapporto obbligatorio. Ad esempio, nel settore considerato, manca una previsione simile all’art. 2113 c.c. dettata in materia di rapporti di lavoro. La disposizione in questione, insieme agli artt. 410, 411, 412, 412-ter, 412-quater e 420 c.p.c. stabilisce che con riferimento al rapporto di lavoro, le rinunzie e le transazioni aventi ad oggetto i diritti dei lavoratori sono valide solo se raggiunte davanti al giudice o ad un collegio di conciliazione o comunque ad un organo conciliativo o arbitrale costituitosi secondo le norme di legge. V. sul punto P. LICCI, *I sistemi di risoluzione alternativa delle liti*, cit., p. 13.

<sup>89</sup> L.P. COMOGLIO, *Approccio comunitario e garanzie di tutela del consumatore*, cit., p. 240.

Prima di addentrarsi nell'analisi specifica delle disposizioni rilevanti, appare tuttavia doverosa una premessa di carattere metodologico: l'indagine circa l'esistenza e la consistenza di un sistema di giustizia arbitrale rafforzata in materia consumeristica richiede postula una stretta commistione tra regole sostanziali e regole processuali, di talché la loro valutazione ai fini del presente elaborato avverrà sempre in parallelo.

### **3.1. Arbitrabilità delle controversie in materia consumeristica.**

In primo luogo, come già anticipato, originariamente si dubitava della compromettibilità in arbitrato delle liti consumeristiche.

La questione, che investe il limite del cd. ordine pubblico di direzione, è stata oramai sdoganata, anche alla luce della Direttiva n. 22/2013 che – sebbene non faccia espresso riferimento alle procedure arbitrali – disciplina e favorisce il ricorso alle procedure che “impongono una soluzione”, tra le quali vi è senz'altro l'arbitrato.

In passato si era invece dubitato dell'arbitrabilità in ragione di un dato positivo non sempre chiaro: come osservato in dottrina<sup>90</sup>, l'art. 141 cod.cons sembrerebbe ammettere per via generale la possibilità della devoluzione ad arbitri quando afferma che «*nei rapporti tra consumatore e professionista, le parti possono avviare procedure di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo, anche in via telematica*»; tuttavia, successivamente precisa che «*il consumatore non può essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale*», il che significa che la soluzione dell'organismo non potrà avere mai l'efficacia di un lodo arbitrale<sup>91</sup>.

A ben vedere, a prescindere da un'espressa positivizzazione in tal senso, l'arbitrabilità delle liti consumeristiche può comunque essere desunta, per via

---

<sup>90</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 998, nt. 5, la quale infatti ritiene che l'art. 141 cod. cons. debba più correttamente riferirsi solo alle procedure di conciliazione o negoziazione con l'ausilio di un terzo.

<sup>91</sup> L'art. 141 del Codice del Consumo, infatti, intitolato alla “*composizione extra giudiziale delle controversie*”, ipotizza la formazione di un elenco di organi di composizione extra giudiziale delle controversie in materia di consumo, reputando senz'altro di ascrivere tra questi quelli costituiti presso le Camere di Commercio ai sensi dell'art. 2 comma 4 della L. 29/12/1993 n. 580, il quale dispone che le Camere di Commercio possono “*promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti*”.

Il citato art. 141 del Codice dispone altresì la non vessatorietà delle clausole inserite nei contratti dei consumatori che prevedano il ricorso ad organi di composizione extra giudiziale istituiti in conformità alle previsioni del medesimo articolo.

generale, dall'applicazione dell'unico criterio relativo alla indisponibilità dei diritti: se il diritto azionato dal consumatore è un diritto disponibile, nulla osta alla devoluzione della controversia sullo stesso agli arbitri; se, diversamente, non è disponibile, la cognizione e la decisione della controversia non potranno che spettare al giudice statale.

Infatti, l'operatività del cd. ordine pubblico di protezione nell'ambito dei rapporti asimmetrici B2C non costituisce, come detto, un ostacolo alla arbitrabilità della controversia, ma semmai impone solamente la predisposizione di maggiori tutele processuali a presidio della debolezza della parte.

Per la verità, la soluzione non è sempre stata pacifica in dottrina e in giurisprudenza. Si è infatti discusso se il confine della disponibilità del diritto potesse coincidere con la inderogabilità della normativa a tutela del consumatore. Infatti, le clausole compromissorie vengono inserite in contratti tra professionisti e consumatori che soggiacciono a diverse norme inderogabili, sicché si è posta la questione se la presenza di tali norme costituisce un ostacolo per la devoluzione delle eventuali liti agli arbitri ogniqualvolta venga in rilievo un profilo controverso regolato proprio da una disposizione inderogabile.

La questione è stata risolta dalla dottrina, in maniera pressoché unanime<sup>92</sup>, nel senso che la inderogabilità della disciplina di determinati diritti non può comportare indisponibilità del diritto stesso: i concetti di disponibilità e di inderogabilità operano su piani del tutto differenti. Infatti, la disponibilità del diritto preclude alle parti di compiere attività negoziali – di carattere sostanziale e di carattere processuale – su un diritto, mentre l'inderogabilità rappresenta uno strumento tecnico attraverso il quale l'ordinamento tenta di correggere lo squilibrio tra le posizioni di un rapporto, tutelando quella più debole<sup>93</sup>.

L'inderogabilità attiene, cioè, alla normativa che regola un determinato rapporto e che deve essere necessariamente applicata, sia in sede sostanziale sia in sede processuale: così, impone che ogni atto di disposizione dei diritti coperti da normativa inderogabile sia conforme alle norme di applicazione necessariamente. Di conseguenza, a fronte di una disciplina inderogabile, l'effetto non sarà quello della indisponibilità dei diritti, bensì quello di obbligare il giudicante nella determinazione dell'assetto di interessi a rispettare la normativa in questione.

Appare preferibile dunque la tesi della irrilevanza della circostanza che la disciplina di tutela del consumatore si componga anche (ma non solo) di norme inderogabili,

---

<sup>92</sup> Come osserva M. BOVE, *La Giustizia privata*, cit., p. 9, occorre evitare confusione tra l'indisponibilità del diritto in sé e la indisponibilità, conseguente ad inderogabilità, delle norme o della materia che disciplinano quel diritto: solo il primo costituisce il criterio generale ai fini dell'arbitrabilità/non arbitrabilità della controversia, ben potendoci invece esservi diritti disponibili, e dunque arbitrabili, disciplinati da norme inderogabili (che, in quanto tali, dovranno essere oggetto di applicazione anche nel corso del giudizio arbitrale, con preclusione dell'arbitrato di equità).

<sup>93</sup> V. P. LICCI, *I sistemi di risoluzione alternativa delle liti*, cit. p. 24.



perché la presenza di siffatte norme impone solo la necessità che vengano applicate dagli arbitri in sede di giudizio arbitrale.

Per cui, se originariamente il tema dell'arbitrabilità delle liti consumeristiche veniva retto dalla necessità di trovare il giusto equilibrio tra rischi e benefici a tutela del consumatore, oggi da un'oculata lettura sistemica delle disposizioni può ritenersi che l'equilibrio sia stato raggiunto.

Peraltro, ad uno sguardo attento alle tipologie di controversie che possono insorgere tra professionisti e consumatori (relative alla fase pre-contrattuale, alla fase di perfezionamento vero e proprio del contratto e alla fase esecutiva del contratto concluso), non appare che possano sorgere dubbi quanto alla compromettibilità in arbitrato, posto che il rapporto sostanziale cui si riferisce il patto compromissorio è di solito un rapporto contrattuale<sup>94</sup> e la scelta della via arbitrale assume la forma della clausola compromissoria di cui all'art. 808 c.p.c., nella quale i contraenti stabiliscono di devolvere alla decisione degli arbitri tutte o alcune delle liti che possono insorgere dall'interpretazione e/o dell'attuazione del contratto sostanziale. Come precisato da dottrina<sup>95</sup> e giurisprudenza, se le parti deferiscono agli arbitri la risoluzione delle controversie derivanti dal rapporto contrattuale, ciò implica che tutte le liti appunto derivanti dal contratto arbitrale rientrino nella competenza arbitrale<sup>96</sup>.

Sicché deve concludersi che, in linea di principio, non vi sono ostacoli alla compromettibilità in arbitrato delle liti consumeristiche.

---

<sup>94</sup> Tale conclusione deve ritenersi valevole anche a fronte di contestazioni che inseriscono alla fase pre-contrattuale, ove la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede delle parti (e, specificatamente in materia consumeristica, degli obblighi informativi) determina responsabilità pre-contrattuale che – secondo le più recenti ricostruzioni giurisprudenziali – ha natura di responsabilità da contratto sociale qualificato e soggiace al regime della responsabilità contrattuale.

<sup>95</sup> V. Cass. civ., 20 giugno 2011, n. 13531; Cass. civ., 10 settembre 2012, n. 15068, che hanno ricompreso nell'ambito di operatività della clausola compromissoria comprendente le liti derivanti dall'interpretazione e dall'applicazione del contratto anche l'azione di risoluzione per inadempimento. V. anche la recente Cass. civ., 31 giugno 2019, n. 14884, che ha riconosciuto l'estensione anche all'azione di simulazione del contratto.

<sup>96</sup> Più specificatamente, la giurisprudenza tende a specificare che il limite dell'operatività della clausola compromissoria debba rinvenirsi nelle liti che abbiano nel contratto – cui accede il patto compromissorio – la loro causa petendi: cfr. Cass. civ., 15 febbraio 2017, n. 4035, Cass. civ., 13 ottobre 2016, n. 20673, e Cass. civ., 3 febbraio 2012, n. 1674. Un ulteriore limite riguarda il collegamento negoziale: cfr. Cass. civ., 17 gennaio 2017, n. 941, in cui si è specificato che la clausola compromissoria contenuta in un contratto non si estende automaticamente a liti relative ad un altro contratto collegato.

### 3.2. La validità della clausola arbitrale nei contratti B2C tra vessatorietà e consenso all'arbitrato.

Via via la questione della arbitrabilità o meno è stata assorbita da un tema centrale nel dibattito sul connubio arbitrato-diritto dei consumatori<sup>97</sup>, *i.e.* la vessatorietà o meno della clausola arbitrale inserita nei contratti tra professionisti e consumatori<sup>98</sup>.

Dall'analisi della disciplina europea in materia di clausole vessatorie, si esclude che le clausole arbitrali possano considerarsi *tout court* vessatorie.

Per quanto rileva ai fini dell'indagine in tema di arbitrabilità delle controversie dei consumatori, la Direttiva del Consiglio 93/13/CEE, all'art. 3, n. 1, dispone che: «una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto».

L'allegato alla direttiva contiene un elenco indicativo delle clausole che possono essere dichiarate abusive. Tra queste, il n. 1, lett. q), dell'allegato annovera le clausole che hanno per oggetto o per effetto di “sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto”.

L'indicazione, da parte del legislatore comunitario, nell'elenco delle clausole che possono essere dichiarate abusive di quelle che obbligano “il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche” ha posto e pone tuttora delicati problemi interpretativi ai quali le diverse legislazioni nazionali, in sede di recepimento della direttiva, hanno dato soluzioni difformi.

---

<sup>97</sup> G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 619 ss.; T. GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, in *Riv. arb.*, 1, 2011, II, p. 127 ss.; E. GUERINONI, *I contratti del consumatore: principi e regole*, Torino, 2011, p. 167; R. MARENCO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 57 ss.; C. ZOPPÈ, *Clausole arbitrali e di conciliazione nei contratti conclusi dai consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 107 ss..

<sup>98</sup> G. ALPA, *L'arbitrato. Profili sostanziali*, cit., p. 753 ss.; C. CONSOLO-M.DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 468 ss.; G. GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 555 ss.; E. GRAZIUSO, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2013, p. 285 ss.; F. RESCIO, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, Frosinone, 2015; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato, Commentario diretto da F. CARPI*, II ed., Bologna, 2007, p. 93 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 997 ss.

Un primo punto fermo può però essere posto: la Direttiva del Consiglio 93/13/CEE, considera come abusivi solo gli arbitrati non regolamentati dalla legge, sicché non dovrebbero sorgere dubbi in merito alla legittimità della clausola compromissoria sia per arbitrato rituale sia per quello irrituale, trovando essi stessi una regolamentazione normativa.

Il quadro di riferimento eurounitario in materia ricomprende anche la Raccomandazione della Commissione delle Comunità Europee del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo e la Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 25 maggio 2000, relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo.

Nel tentativo di contemperare i benefici e i rischi della incentivazione del ricorso a procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie in materia di consumo (ritenute maggiormente efficienti, ma suscettibili di pregiudicare la tutela del consumatore, parte debole del rapporto), gli organi comunitari sembrano suggerire una soluzione asimmetrica: da un lato il ricorso alla procedura ADR potrebbe essere vincolante per il professionista ma, dall'altro, non dovrebbe esserlo per il consumatore.

Quest'ultimo avrebbe la facoltà, dopo l'insorgenza della lite, di optare per la procedura stragiudiziale (purché assistita dalle garanzie enunciate nei principi in precedenza richiamati) oppure di adire direttamente l'autorità giudiziaria.

Si tratta, come è evidente, di una soluzione che presenta rilevanti difficoltà applicative e che può comportare seri ostacoli alla diffusione delle ADR in materia. Tra i principi fissati dalla Commissione Europea nelle raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE vi è il principio di libertà, in forza del quale la decisione dell'organo di risoluzione stragiudiziale della lite può essere vincolante per le parti solo se ne sono state precedentemente informate e l'hanno accettato espressamente. Ad una prima lettura formalistica di tale principio sembrerebbe che l'adesione del consumatore alla procedura stragiudiziale non possa derivare da un vincolo *ante causam*, tale da privarlo *ab origine* del diritto di ricorrere ad un giudice statale.

Per la verità – come si vedrà meglio nel prosieguo – appare preferibile una lettura della previsione, orientata alla *ratio* dell'intera disciplina protezionistica del consumatore, che valorizzi una effettiva libertà di scelta del contraente debole, il quale deve essere posto nella condizione di poter scegliere – ad informazioni fornite – la via arbitrale, senza che ciò si traduca però nell'esclusione della clausola compromissoria *ante causam*.

Ne consegue che appaiono ammissibili sia clausola compromissoria sia compromesso, purché adeguatamente informato il consumatore.

Da un punto di vista della disciplina domestica, il Codice del consumo (d. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) nulla prevede circa il regime di vessatorietà della clausola arbitrale, non dicendo se sia vietata o meno.

Il dato normativo domestico è poco chiaro: infatti la formulazione dell'art. 33 cod. cons., infatti, è poco felice e ha alimentato un interessante dibattito in dottrina in merito alla sua corretta interpretazione, proprio in considerazione dell'evidente disallineamento rispetto alla disciplina di matrice comunitaria. La Direttiva 93/13/CE, infatti, espressamente si riferisce a procedure «*non disciplinate da disposizioni giuridiche*»; puntualizzazione che, invece, non si rinviene nell'imprecisa formulazione dell'art. 33 cod. cons.

Infatti, l'art. 33 comma 2 lett. t) del Codice del Consumo riproduce fedelmente le disposizioni previste dall'abrogato art. 1469-*bis* n. 18 c.c.<sup>99</sup>, che considerava abusiva la clausola che sancisce “*deroghe alla competenza dell'Autorità Giudiziaria*”, e ne prevede la nullità (di protezione) rilevabile anche d'ufficio al solo vantaggio del consumatore (art. 36 comma 3 del Codice). Si osserva che la definizione normativa è rimasta immutata sul punto e che conseguentemente si reputano nulle le clausole che comportano “*deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria*”.

La permanente ambiguità del testo normativo consentiva diverse interpretazioni quanto alla abusività della clausola compromissoria eventualmente inserita in un contratto standard tra professionista e consumatore<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> La disciplina previgente, contenuta nel codice civile gli artt. da 1469-*bis* a 1469-*sexies* destinati a disciplinare i contratti del consumatore (Introdotti nel corpus codicistico con legge 6 febbraio 1996 n. 52, con cui è stata recepita nell'ordinamento italiano la Direttiva 93/13), non ha riprodotto il resto della Direttiva in punto di clausole vessatorie che obbligano il consumatore “*a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche*”, ma l'art. 1469-*bis* n. 18 c.c. ha invece considerato abusiva la clausola che sancisca “*deroghe alla competenza dell'Autorità Giudiziaria*”.

Il mancato esplicito richiamo, nel novero delle clausole che si presumono abusive sino a prova contraria, della clausola compromissoria ha posto la questione della corretta interpretazione da assegnarsi alla locuzione “*deroghe alla competenza dell'Autorità Giudiziaria*”.

Che la disposizione in esame non fosse intesa a sancire l'abusività delle clausole di deroga alla competenza territoriale dell'autorità giudiziaria era reso evidente dal successivo numero 19 dell'art. 1469-*bis*, il quale appunto si riferiva esplicitamente alle deroghe alla competenza territoriale, che attribuissero la controversia ad un foro diverso da quello in cui il consumatore aveva residenza o domicilio elettivo.

Sotto la vigenza della previa disciplina v. M. SANNIA, *Commento sub art. 1469-bis, comma 1*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. CESARO, Padova, 1998, p. 101 ss.

<sup>100</sup> Come osserva T. GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, cit., p. 132, il recepimento della direttiva non aveva inciso sulla disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto (art. 1341 cod. civ.) nel cui ambito, come è noto, si dispone che in ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che, tra l'altro, stabiliscono “*clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'Autorità Giudiziaria*”

Il testo dell'art. 1341 cod. civ. sembrava dimostrare che il legislatore ritenesse distinte le clausole di devoluzione della controversia ad arbitrato e quelle di deroga alla competenza dell'Autorità Giudiziaria, rendendo di fatto ambigua la scelta operata in sede di recepimento della

Le evidenti difficoltà interpretative connesse alla ambigua formula legislativa riferita genericamente alle deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria si sono inevitabilmente riflesse sia in sede dottrinale che giurisprudenziale.

Nel silenzio della legge, è invalsa la tendenza ad inserire la clausola compromissoria nel concetto di vessatorietà, ritenendo che la clausola compromissoria inserita nei contratti tra professionista e consumatore sarebbe potenzialmente una clausola abusiva, come tale inefficace poiché colpita dalla c.d. *nullità di protezione* che presidia l'asimmetria sostanziale della posizione contrattuale del consumatore rispetto a quella del professionista<sup>101</sup>.

In secondo luogo, e in una prospettiva generale (che per la verità prescinde dalla materia consumeristica), la previsione di una clausola compromissoria nella materia considerata configgerebbe con il c.d. principio di libertà che presidia il diritto di adire la giurisdizione competente per la risoluzione della controversia, garantito dall'art. 6 CEDU<sup>102</sup>. Inoltre, anche la valorizzazione della natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, a partire dalla nota sentenza della Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223<sup>103</sup>, non giova ai fini dell'esclusione della vessatorietà<sup>104</sup>.

In via di generale approssimazione, all'indomani del recepimento della direttiva si sono manifestati tre indirizzi fondamentali<sup>105</sup>.

Secondo un primo orientamento, tutte le clausole compromissorie, siano esse rituali o irrituali, sono da considerarsi abusive<sup>106</sup>. Tale conclusione sarebbe avvalorata dalla necessità di una interpretazione della norma di recepimento in coerenza ai principi ispiratori della direttiva che indurrebbero a ritenere comunque presuntivamente abusive tutte le clausole compromissorie in quanto potenzialmente svantaggiose per il consumatore.

---

direttiva in cui, come detto, le clausole compromissorie e più in generale il ricorso all'arbitrato non sono menzionate tra le clausole presuntivamente abusive.

V in generale G.F. GOSI, *La clausola compromissoria*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale*. IV., II. *Clausole abusive*, a cura di P. CENDON, Torino, 2001, p. 665 ss.

<sup>101</sup> T. GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori*, cit., p. 127.

<sup>102</sup> Così osserva T. GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, cit., p. 127.

<sup>103</sup> Su cui v. supra nota\_\_\_\_; la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità hanno infatti sostenuto che l'arbitrato rituale ha "il risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum del giudice statale".

<sup>104</sup> Cfr. F. CAMPIONE, *La perizia contrattuale nel sistema dell'arbitrato e delle clausole vessatorie*, in *Riv. arb.*, 4, 2015, p. 701 ss. e spec. p. 708, nt 12, in nota a Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2015, n. 7176, il quale opportunamente osserva che la qualificazione in termini giurisdizionali dell'arbitrato rituale, a ben vedere, dovrebbe necessariamente condurre a ritenere comunque vessatoria la clausola compromissoria per arbitrato rituale se si optasse per l'idea che il codice del consumo richiama la (deroga alla) competenza in senso tecnico.

<sup>105</sup> Secondo la ricostruzione rinvenibile in G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 619 ss., spec. 623.

<sup>106</sup> E. D'ALESSANDRO, *Clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione inibitoria nei contratti dei consumatori*, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 1211; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 26; S. LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, 4, Milano, 2011, p. 38; R. MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, cit., p. 73.

Un secondo orientamento circoscrive invece l'abusività alle sole clausole compromissorie per arbitrato irrituale<sup>107</sup>, in quanto quest'ultimo non verrebbe disciplinato da regole legislative e come tale confliggente con l'indirizzo comunitario che considera abusive le convenzioni arbitrali non regolate da norme giuridiche.

Un terzo orientamento, infine, che propende per la vessatorietà delle clausole compromissorie all'esito di un'indagine da effettuarsi *case by case*, ferma restando la possibilità per il professionista di dimostrare che l'introduzione di tali clausole è stata oggetto di una specifica trattativa con il consumatore<sup>108</sup>. Tale conclusione poggiava sulla valorizzazione dell'orientamento del legislatore comunitario tende a favorire, per quanto possibile, la soluzione extra giudiziale delle controversie dei consumatori e quindi nella necessità di verificare in ogni singola situazione se effettivamente vi sia uno squilibrio delle posizioni con conseguente necessità di proteggere il consumatore.

Successivamente, il dibattito, partendo da tale ultimo orientamento, si è spostato sulla prospettiva della qualificazione delle clausole in questione<sup>109</sup> quali patti di deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria<sup>110</sup>, dalla quale derivano una pluralità di implicazioni.

---

<sup>107</sup> L'orientamento è apparso fin da subito poco convincente, a maggior ragione in seguito all'introduzione dell'art. 808-ter c.p.c. Prima della riforma del 2006 che ha introdotto l'art. 808-ter c.p.c., v. G. GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 555. ss.; C. CONSOLO-M. DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 468. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, p. 212; Gabrielli, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 555. In giurisprudenza, v. Trib. Torino, 27 novembre 2001, in *Giur. merito*, 2002, 112; Trib. Roma, 28 ottobre 2000, in *Contratti*, 2001, 441; nello stesso senso Trib. Roma, 8 maggio 1998, in *Dir. econ. ass.*, 1998, 1024.

<sup>108</sup> V. G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 623, secondo il quale siffatta soluzione sembra anche essere quella accolta dal Libro Verde del 16 novembre 1993 in tema di accesso dei consumatori alla giustizia, il quale fa riferimento all'arbitrato come strumento idoneo a rimediare alle inefficienze della giustizia ordinaria; M.V. BENEDETTELLI, *Arbitrato, base-valori ed internazionalizzazione dei mercati finanziari*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 1322 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 999, secondo la quale la soluzione appare la più convincente anche se ciò significa aumentare la discrezionalità del giudice: a tale conseguenza è tuttavia possibile rimediare, individuando precisi parametri guida di cui si deve tenere conto.

In giurisprudenza v. Trib. Monza, 21 gennaio 2003; Trib. Napoli, 4 giugno 2002.

<sup>109</sup> Si esclude che la clausola possa essere qualificata come una forma di rinuncia preventiva alla giurisdizione, tale da essere inammissibile: v. in tal senso CEDU, 24 marzo 2016, n. 31069, con nota di G. ZARRA, *Rinuncia preventiva all'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali e compatibilità con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. arb.*, 2, 2016, p. 293 ss. e Cass. civ., sez. I, 28 settembre 2005, n. 18919. *Contra*: R. MARTUSCELLI, *Mutualità e unilaterale della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, cit., p. 9.

<sup>110</sup> Secondo T. GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, cit., p. 133, le ragioni di tale interesse per la riconducibilità della clausola compromissoria al patto di deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria sono rinvenibili, da un lato, nel noto orientamento della Suprema Corte che ascrive il fenomeno arbitrale alla sfera dell'autonomia privata, tanto con riferimento all'arbitrato rituale quanto a quello irrituale, e, da altro lato, nella recente novella legislativa in tema di arbitrato (d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40) che invece sembra ricondurre il ricorso all'arbitrato rituale ad una vera e propria deroga alla competenza dell'Autorità giudiziaria.

### 3.2.1. Le questioni connesse alla “vessatorietà” della clausola compromissoria nell’arbitrato di consumo.

La questione della vessatorietà racchiude in sé una molteplicità di sub-questioni:

- a) la qualificazione del patto compromissorio come un accordo di deroga alla competenza all’autorità giudiziaria.
- b) la vincolatività (o meno) della clausola compromissoria introdotta dal professionista nei contratti *standard* sottoscritti per adesione dai consumatori<sup>111</sup>.
- c) le conseguenze della vessatorietà: regime processuale della nullità conseguente alla vessatorietà della clausola e al relativo potere officioso dei giudici arbitrali.

Muovendo da una analisi congiunta dei tre profili *supra* menzionati, e principiando dalla qualificazione della clausola compromissoria, si deve dare atto di una molteplicità di opzioni ermeneutiche sviluppatesi nel tempo.

Secondo una prima tesi, di carattere più prettamente formalistico, il deferimento della controversia ad arbitri non costituisce propriamente una deroga di competenza, ma attiene piuttosto alla proponibilità della domanda, quale rinuncia all’azione giudiziaria.

Di talché, potrebbe concludersi in ordine all’esclusione delle clausole arbitrali (inclusa anche l’opzione di arbitrato) dall’applicazione della disciplina a tutela dei consumatori contenuta nell’art. 33 del Codice del Consumo ed in particolare nella sua *lett. t)*, che riguarda infatti le deroghe alla competenza.

Tale tesi che è stata sostenuta da parte della giurisprudenza di merito che sposa una visione estensiva del concetto di «*deroga alla competenza dell’autorità giudiziaria*» ex art. 33, comma 2, lett. t), si da includervi anche le clausole arbitrali<sup>112</sup>; ciò, in quanto, diversamente opinando, si rischierebbe di violare la *ratio* della Direttiva n. 93/1993, il cui obiettivo è quello di rimuovere la posizione di inferiorità del consumatore al quale vengono imposte clausole onerose.

---

<sup>111</sup> T. GALLETTO, *L’arbitrato dei consumatori e la sindrome dell’«anatra zoppa»*, cit., p. 127 ss. osserva che soltanto nell’esperienza statunitense l’introduzione di clausole compromissorie nei contratti standard con i consumatori è ritenuta ammissibile senza l’adozione di particolari cautele, diverse da quelle previste per gli ordinari contratti commerciali. Questa è peraltro la posizione della Corte Suprema Federale, riferita quindi a rapporti che presentino caratteristiche di inter statualità, mentre il panorama dei singoli ordinamenti statali sembrerebbe essere piuttosto variegato: v. per una efficace ricostruzione dell’evoluzione dell’ordinamento nord-americano in tema di arbitrabilità delle controversie tra produttori e consumatori v. R. MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, cit., p. 57 ss.

<sup>112</sup> La giurisprudenza di merito tende ad affermare l’abusività delle clausole arbitrali inserite nei contratti di consumo; in tal senso v. Trib. Roma, 8 maggio 1998; Trib. Roma, 18 giugno 2006, secondo cui deve presumersi vessatoria la clausola che devolve ad arbitrato irrituale le controversie relative ad un contratto di servizi di investimento; App. Genova, 30 gennaio 2008, secondo cui «*l’art. 1469-bis c.c., sorto in attuazione della direttiva Ce n. 93/13, considera tra l’altro al n. 18 vessatorie sino a prova contraria (e pertanto inefficaci per effetto dell’art. 1469-quinquies c.c.) le deroghe alla competenza dell’autorità giudiziaria*».

Tuttavia, diverse sono state le critiche avanzate a tale orientamento.

In primo luogo, viene in rilievo il dato letterale. Il mancato riferimento alla clausola arbitrale, non solo nel vecchio testo dell'art. 1469-*bis* c.c., ma anche in quello nuovo dell'art. 33 cod. cons., sarebbe un chiaro indice che la clausola non è di per sé abusiva e che alla soluzione contraria si perviene soltanto attraverso un'interpretazione estensiva della norma che, per ciò solo, risulta forzata.

In secondo luogo, una siffatta posizione si scontrerebbe con le politiche dell'Unione Europea, indirizzate verso il potenziamento degli strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie dei consumatori, nella convinzione che tale soluzione rappresenti, non tanto uno svantaggio per il consumatore, quanto un più efficace strumento di tutela<sup>113</sup>. Senonché, la primauté del diritto europeo impone al legislatore e all'interprete di uniformarsi allo spirito della normativa sovranazionale; di conseguenza, nell'incertezza del dato normativo, dovranno prevalere quegli orientamenti che, pur non privando il consumatore delle opportune tutele, siano maggiormente finalizzati al rafforzamento delle ADR.

Una seconda tesi, pur muovendo dalla medesima qualificazione della clausola in questione nei termini di rinuncia all'azione giudiziaria, perviene ad una conclusione opposta sulla base di un'interpretazione letterale e teleologica, che guarda sia alla lettera della legge (ed in particolare al diverso riferimento normativo degli artt. 33, comma 2, lett. b) cod. cons. e art. 36 cod. cons.) e allo spirito delle direttive europee e del Codice del Consumo, i quali mirano chiaramente ad evitare che siano sottratte al consumatore rimedi ed azioni nei confronti del professionista, sostituite da soluzioni - quali, in ipotesi, quelle arbitrali - non altrettanto garantiste.

In questa prospettiva, se infatti viene riconosciuto che con una determinata clausola una parte abbia rinunciato all'azione giudiziaria nei confronti dell'altra, risulterebbe evidente l'abusività di una simile clausola contrattuale perché tende ad *“escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista ... in caso di inadempimento totale o parziale o di inadempimento inesatto da parte del professionista”*, in applicazione dell'art. 33, comma 2, lett. b) cod. cons.

Ne conseguirebbe l'inevitabile inefficacia della clausola ai sensi ed effetti dell'art. 36 del Codice del Consumo, rientrando la medesima in quella c.d. lista nera, il cui carattere vessatorio non è passibile neppure di prova contraria avente ad oggetto la specifica trattativa individuale<sup>114</sup>.

Entrambe le tesi, che pervengono a conclusioni opposte, muovono invero da una erronea assimilazione del ricorso allo strumento arbitrale alla rinuncia alla tutela giurisdizionale del diritto e, de relato, alla rinuncia stessa del diritto. Tale applicazione della proprietà transitiva, dal piano processuale al piano sostanziale, non appare del tutto convincente per la considerazione che il ricorso allo strumento

---

<sup>113</sup> V. in argomento C. RASIA, *Tutela giurisdizionale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, p. 22 ss..

<sup>114</sup> V. M. BOVE, *La Giustizia privata*, cit., p. 273.



arbitrale non determina alcuna rinuncia definitiva del diritto di azione, ma costituisce uno strumento alternativo alla giustizia statale, concorrente con quello ordinario.

Proprio in quest'ottica di concorrenza-alternatività, non appare agevolmente sostenibile la correlazione tra elezione per la via arbitrale e la rinuncia *tout court* al diritto, *a fortiori* ove si consideri che la funzione tipica dell'arbitrato è quella di giungere all'accertamento del diritto posto in essere da un privato imparziale, in seguito a un processo in contraddittorio e con la garanzia dell'impugnativa della decisione per violazione di norme inderogabili<sup>115</sup>.

Appare tuttavia preferibile la tesi che, muovendo dalla considerazione della clausola arbitrale (in generale, ed ibrida nello specifico) quale clausola di deroga della competenza<sup>116</sup>, il terreno di indagine può spostarsi sulle *lett. t, u, v-bis* e *v-ter* dell'art. 33, comma 2, cod. cons.

Il Codice del Consumo italiano include nell'elenco delle clausole considerate vessatorie sia le clausole volte a sancire a carico del consumatore deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria (art. 33, comma 2, *lett. t*) cod. cons.<sup>117</sup>) sia le clausole che stabiliscono come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore (art. 33, comma 2, *lett. u*) cod. cons.<sup>118</sup>).

Con riguardo alle prime, come noto la presunzione *iuris tantum* di vessatorietà può essere superata fornendo la prova – a carico del professionista – che le clausole sono state oggetto di trattativa individuale (art. 34, comma 4, cod. cons.<sup>119</sup>) ovvero che le suddette clausole non sono vessatorie in quanto non determinano, in concreto<sup>120</sup>, a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

---

<sup>115</sup> V. E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., p. 653 ss.; E.F. RICCI, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grande arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 370.

<sup>116</sup> Tale interpretazione è suffragata, tra l'altro, dalla qualificazione dei rapporti tra arbitro rituale e giudice civile in termini di competenza sin dalla storica Corte cost., sent. 19 luglio 2013, n. 223, con nota di S. MENCHINI, *Nota a Corte costituzionale del 19 luglio 2013*, in *Riv. arb.*, 1, 2014, p. 99 ss; di B. SASSANI, *Nota a Corte costituzionale del 19 luglio 2013*, in *Riv. arb.*, 1, 2014, p. 109 ss.

<sup>117</sup> L'art. 33, comma 2, *lett. t*) cod. cons. prevede che si presumono vessatorie fino a prova contraria tutte le clausole che hanno per oggetto o effetto «*sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi*».

<sup>118</sup> L'art. 33, comma 2, *lett. u*) cod. cons. prevede che si presumono vessatorie fino a prova contraria tutte le clausole che hanno per oggetto o effetto «*stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore*».

<sup>119</sup> L'art. 34, comma 4, dispone, infatti, che «*non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale*».

<sup>120</sup> Il carattere vessatorio delle clausole va sempre accertato in concreto. Al riguardo, sono stati individuati alcuni indici sintomatici, la cui presenza deve essere accertata in concreto, caso per caso. Il giudice dovrà, infatti, verificare se la trattativa invocata dal professionista a scudo della sua

Con riguardo alle seconde, invece, occorre considerare che il foro del consumatore è un foro esclusivo, e pertanto la legge presume come vessatoria (e dunque nulla) una clausola che preveda un foro diverso, fatto salvo che si dimostri che la clausola sia stata oggetto di una trattativa seria, effettiva ed individuale<sup>121</sup>. Altrimenti, la clausola è nulla.

La valutazione verrà condotta alla luce degli interessi coinvolti nella singola, concreta contrattazione, saggiando la meritevolezza di tutela del patto e della sua utilizzazione, secondo l'ordinamento giuridico. Occorrerà, dunque, verificare se la clausola, senza comportare un sostanziale beneficio all'una parte, si risolve in una ingiustificata pretesa dell'altra o, addirittura, in un mezzo per conseguire risultati elusivi, per rendere più difficile all'altra parte la difesa delle proprie ragioni.

Dottrina e giurisprudenza concordemente ritengono che una clausola possa dirsi negoziata solo quando il consumatore ne abbia potuto determinare il contenuto; in altre parole, la clausola deve essere il frutto concreto della contrattazione delle parti<sup>122</sup>. Il sindacato del giudicante non potrà, invece, avere ad oggetto il contenuto della clausola compromissoria, al fine di verificare se la specifica procedura arbitrale in essa prevista è governata da disposizioni giuridiche pregiudizievoli per il consumatore.

Infine, si è posta all'attenzione degli interpreti la questione della natura della negoziazione all'interno della fattispecie abusiva<sup>123</sup>.

Il dibattito muove dalla corretta interpretazione dell'art. 34, comma 4, cod. cons. e alla considerazione della trattativa individuale e specifica alla stregua di elemento costitutivo o impeditivo della fattispecie. La questione non ha una portata meramente teorica, sicché la scelta dell'una o dell'altra impostazione ermeneutica si ripercuote inevitabilmente sul riparto dell'onere probatorio, secondo quanto disposto dalla regola generale di cui all'art. 2697 c.c., considerato che il comma 5 dell'art. 34 cod. cons. pone a carico del professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, inseriti in contratti standard, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore.<sup>124</sup>

---

clausola, abbia effettivamente avuto quei caratteri di "lealtà" e "serietà" sufficienti a garantire l'aderenza alla *ratio* della normativa consumeristica. Solo in presenza di questi requisiti si può affermare che il consumatore ha ponderato una scelta consapevole in merito al contenuto della clausola, sicché, tale circostanza, fa venire meno l'intento di protezione in favore del principio di autonomia privata e di autoresponsabilità. V. in argomento C. MANCUSO, *La clausola compromissoria nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e consenso*, cit.

<sup>121</sup> Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2010, n. 18785.

<sup>122</sup> L.A. SCARANO, *Sub art. 1469-ter*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. ALPA – S. PATTI, Milano, 2003, p. 958.

<sup>123</sup> Il profilo è ben evidenziato da C. MANCUSO, *La clausola compromissoria nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e consenso*, cit., p. 1213 ss.

<sup>124</sup> L'art. 34, comma 5, cod. cons. prevede infatti che «Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi

Un primo orientamento<sup>125</sup> ritiene che la trattativa opererebbe un fattore impeditivo della vessatorietà, poiché la clausola, in quanto negoziata, non potrebbe determinare quello squilibrio normativo del contratto, la cui valutazione è oggetto del giudizio di abusività. L'impostazione richiamata poggia sul dato normativo della disposizione considerata, secondo cui «*non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale*», nonché sulla sua collocazione sistematica nell'ambito di una norma dedicata alla valutazione giudiziale della vessatorietà, qual è l'art. 34 cod. cons. Corollario di tale opzione, che qualifica la trattativa come un elemento impeditivo della vessatorietà, rilevante in sede di accertamento giudiziale, è che la prova dell'avvenuta negoziazione, quale fatto impeditivo o estintivo del diritto vantato dal consumatore, graverà sulla controparte professionista. Il regime probatorio previsto dal comma 5 dell'art. 34 cod. cons. viene dunque generalizzato ad ogni contratto concluso tra consumatore e professionista<sup>126</sup>, anche se non avente standard.

Tale soluzione si fonda certamente sulla necessità di protezione del consumatore, alla luce della *ratio* della Direttiva europea e, dal punto di vista processuale, dal rispetto del principio della vicinanza alla prova: sarebbe infatti più agevole per il professionista dimostrare l'esistenza della trattativa, anziché per il consumatore dimostrarne l'assenza<sup>127</sup>.

Un secondo orientamento, invece, ritiene che la trattativa dovrebbe qualificarsi come un elemento costitutivo della fattispecie, anteriore al momento dell'accertamento, idoneo ad escludere l'applicazione della normativa a tutela del consumatore. Tale soluzione comporta, quanto al regime probatorio, che l'onere di provare che la clausola è stata predisposta individualmente dal professionista incomberà generalmente sul consumatore, in quanto si tratterebbe di un «*fatto costitutivo del diritto fatto valere*», secondo il disposto dell'art. 2697 c.c. In altre parole, il comma 5 costituirebbe una deroga alla regola generale: avrebbe cioè la

---

*di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore.»*

<sup>125</sup> C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 380; V. ROPPO, voce *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur. Treccani VI*, Roma, 1996 p. 9; L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, p. 159 ss..

<sup>126</sup> Sul punto, v. S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO - E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 380 ss., secondo il quale, in virtù dell'art. 2697 c.c., graverebbe sul professionista l'onere di provare la trattativa individuale, quale fatto impeditivo e sul consumatore — tranne che nelle ipotesi di cui all'art. 33, comma 2°, cod. cons. che si presumono vessatorie — l'onere di dimostrare la vessatorietà della clausola; v. anche M. FARNETI, *Della trattativa individuale: ancora delucidazioni da parte dei giudici di legittimità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 99 ss.

<sup>127</sup> Sul punto, v. Cass. civ., 20 agosto 2010, n. 18785: l'art. 34, commi 4 e 5, cod. cons. deve essere letto, in modo sistematico, dando rilevanza, al di là dell'aspetto meramente formale, all'aspetto funzionale, volto ad alleggerire gli oneri probatori in capo al consumatore

funzione — al pari dell'art. 3, par. 2, dir. n. 13 del 1993 — di invertire l'onere probatorio in ipotesi eccezionali, di cui si presume l'assenza di trattativa<sup>128</sup>.

Questa seconda impostazione, nonostante si traduca in una minor tutela – sotto il profilo processuale – per la parte debole del rapporto obbligatorio, si rivela essere maggiormente aderente alla realtà: la trattativa di una clausola, infatti, non esclude aprioristicamente lo squilibrio contrattuale, ma esclude, per ragioni di politica legislativa, la sola applicazione della disciplina di settore alla clausola negoziata, ritenuta vessatoria. Si è infatti osservato che l'art. 33, comma 1, cod. cons. fa dipendere il giudizio di vessatorietà della clausola unicamente dallo squilibrio significativo del contratto contrario a buona fede, sicché, in questi termini, la trattativa non assumerebbe alcuna rilevanza in merito alla natura vessatoria della clausola medesima, né sarebbe in grado di impedirne il carattere suddetto; ciò posto, come spesso accade, anche contratti negoziati possono risultare in concreto squilibrati<sup>129</sup>.

La giurisprudenza sul punto ha adottato una soluzione di compromesso, tenendo, da un lato ad interpretare estensivamente il dettato del comma 5 dell'art. 34 cod. cons., addossando in generale sul professionista la prova della trattativa, anche se il contratto non sia stato predisposto su moduli o formulari; dall'altro, ad addossare sul consumatore, quantomeno, l'onere di allegare e provare la predisposizione unilaterale del contratto da parte del professionista. Detta circostanza, in effetti, non sembra discostarsi più di tanto dalla diversa ricostruzione di chi qualifica la trattativa come un elemento costitutivo della fattispecie<sup>130</sup>.

Recenti orientamenti giurisprudenziali hanno poi fornito importanti contributi ermeneutici per sciogliere il nodo interpretativo relativo alla inclusione o meno

---

<sup>128</sup> Sul punto v. Cass., 28 settembre 2008, n. 24262, con nota di R. PARDOLESI, in Foro it., 2008, 12, I, p. 3528 ss., in cui l'a. critica la posizione della Cassazione secondo cui «*la trattativa individuale, o meglio, la sua assenza, non assurge ad elemento costitutivo della vessatorietà*», sull'assunto che tale impostazione comporta, sotto il profilo probatorio, che gravi sul professionista il compito di dimostrare la sussistenza di un effettivo negoziato con il consumatore. Invece, secondo l'a. occorre procedere ad una lettura *a contrario* dell'art. 34, comma 5, cod. cons., in guisa da dal quale desumerne un differente regime probatorio per i contratti con i consumatori non conclusi tramite moduli o formulari. Sicché, in linea generale, spetta al consumatore provare che il testo contrattuale è stato predisposto unilateralmente dal professionista, sebbene la prova della predisposizione unilaterale del contratto da parte del consumatore potrebbe rivelarsi ardua, nonché soggetta ad abusi da parte del professionista, di cui il consumatore dovrà comunque dare prova, quantomeno in via presuntiva. Cfr. anche R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in Riv. crit. dir. priv., 1995, p. 535 ss..

<sup>129</sup> V. L.A. SCARANO, *Sub art. 1469-ter*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, p. 943 ss..

<sup>130</sup> Sul punto, cfr. Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, secondo cui incombe comunque sul consumatore l'onere di «allegare che trattasi di controversie concernente un contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, ovvero dal professionista unilateralmente predisposto per il singolo affare»; v., anche, Cass., 20 marzo 2010, n. 6802; Cass., 26 settembre 2008, n. 24262; Cass., 23 febbraio 2007, n. 4208; Cass., 8 marzo 2005, n. 5007.

nella locuzione “deroghe alla competenza dell’Autorità Giudiziaria” delle clausole compromissorie inserite nei contratti dei consumatori.

Una decisione della Suprema Corte del 2007<sup>131</sup> ha, per la verità, ha sfiorato l’argomento giudicando in tema di clausole inserite nei contratti assicurativi che devolvono ad una perizia contrattuale la formulazione di un apprezzamento tecnico che le parti si impegnano ad accettare

Nella citata decisione i giudici di legittimità, dopo aver ricordato che la clausola che prevede una perizia contrattuale non ha carattere compromissorio o comunque, derogativo della competenza del giudice ordinario, per cui non rientra fra quelle da approvarsi specificamente per iscritto a norma degli artt. 1341 e 1342 c.c., ed aver rilevato che tali clausole hanno natura sostanziale e non processuale, hanno ritenuto non applicabile comunque *ratione temporis* la disciplina sui contratti dei consumatori, in quanto il contratto oggetto della controversia era stato stipulato anteriormente all’entrata in vigore della legge di recepimento della direttiva comunitaria.

Parte della giurisprudenza di merito<sup>132</sup> aveva invece considerato la clausola per perizia contrattuale come vessatoria, in quanto in deroga alla competenza dell’autorità giudiziaria, precludendo alla parte debole del rapporto contrattuale la possibilità di chiedere la tutela dei diritti dinanzi al giudice statale. In quest’ottica, la disciplina a tutela del consumatore deve essere interpretata alla luce degli scopi prefissati dalla normativa comunitaria di riferimento, la quale assicura al soggetto debole del mercato la possibilità di chiedere giustizia agli organi statuali, senza che possa vedersi imposto il ricorso a una giurisdizione di arbitrato non regolato da disposizioni giuridiche (tale essendo considerato l’arbitrato irrituale, di cui la perizia contrattuale altro non sarebbe che una *species*).

Anche dottrina autorevole<sup>133</sup> ha osservato che la perizia contrattuale è da qualificarsi come un fenomeno arbitrale, finalizzato alla soluzione di una questione di pregnanza tecnica, rilevante nella fattispecie di un diritto controverso, impregiudicato l’accertamento definitivo circa l’attuale esistenza del diritto stesso. Sebbene dall’angolo di visuale dell’istituto della perizia contrattuale, la pronuncia in commento si segnala – insieme alla successiva giurisprudenza di legittimità<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Cass. civ., Sez. III, 22 maggio 2007 n. 11876.

<sup>132</sup> Cfr. Cfr., *ex multis*, Trib. Mantova 24 settembre 2010; Trib. Torino, 27 novembre 2001; Trib. Roma, 5 ottobre 2000.

<sup>133</sup> Cfr. in tal senso M. BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2002; M. BOVE, *La perizia contrattuale*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. GABRIELLI-F.P. LUISO, Torino, 2005; F.P. LUISO, *L’oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 670 ss. V. anche F. CAMPIONE, *La perizia contrattuale nel sistema dell’arbitrato e delle clausole vessatorie*, in *Riv. arb.*, 4, 2015, p. 712, in nota a Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2015, n. 7176, per il quale l’istituto denominato perizia contrattuale costituisce un mezzo “privato” di soluzione di un contrasto tecnico circa un elemento rilevante nella fattispecie di un diritto o di un rapporto.

<sup>134</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2015, n. 7176, con nota di F. CAMPIONE, *La perizia contrattuale nel sistema dell’arbitrato e delle clausole vessatorie*, in *Riv. arb.*, 4, 2015, p. 701 ss, relativa al problema dell’abusività, in un contratto concluso tra un professionista e un consumatore

sull'argomento – per aver aperto la strada ad una risoluzione, una volta per tutte, del problema qualificatorio della clausola compromissoria in termini di patto derogatorio alla competenza giurisdizionale.

I più recenti orientamenti giurisprudenziali sembrano operare un ritorno al primo degli orientamenti sulla qualificazione della clausola compromissoria in termini.

Ad esempio, in tema di arbitrato tra banca e consumatore i giudici di legittimità nel 2017<sup>135</sup> hanno precisato che la validità della clausola compromissoria è subordinata alla specifica negoziazione ed approvazione per iscritto, onde nei casi in cui essa sia inserita in contratti contenenti condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti (il professionista), la stessa deve essere dichiarata nulla perché, in forza di quanto previsto dall'art. 33, comma 2, lettera t), del d.lg. 6 settembre 2005, n. 206, la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria al di fuori di tali condizioni è da considerarsi vessatoria e contraria alla disciplina di protezione del consumatore.

I giudici hanno dunque qualificato come presuntivamente vessatoria *ex art. 33, comma 2°, lett. t)*, cod. cons. la clausola compromissoria inserita nel contratto, specificando che, nel caso di specie, non si trattasse di una deroga al foro del consumatore *ex art. 33, comma 2, lett. u)*, cod. cons., ma di una «*ancor più gravosa*» limitazione alla competenza dell'autorità giudiziaria prevista dall'art. 33, comma 2, lett. t) del medesimo codice<sup>136</sup>.

La Corte ha quindi sottolineato la centralità della trattativa, quale «*prius logico*»<sup>137</sup> rispetto alla dimostrazione della non vessatorietà della clausola arbitrale, gravando il professionista che intenda avvalersene del relativo onere probatorio.

Sul punto è intervenuta recentemente la Suprema Corte di Cassazione<sup>138</sup> precisando che la clausola compromissoria inserita nei contratti del consumatore è da considerarsi valida ed efficace qualora sia il frutto di una trattativa caratterizzata

---

(nella specie, un contratto di assicurazione), della clausola contenente la previsione di una c.d. perizia contrattuale.

<sup>135</sup> Cass. civ., sez. VI, (ord.) 13 febbraio 2017, n. 3744, con nota di C. MANCUSO, *La clausola compromissoria nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e consenso*, cit., p. 1213 ss., che riguardava un caso di clausola compromissoria inserita in un contratto quadro. Sul punto, i giudici di legittimità hanno preliminarmente ritenuto il contratto come concluso da consumatori, con conseguente applicazione della relativa normativa. Secondariamente, hanno qualificato come presuntivamente vessatoria *ex art. 33, comma 2, lett. t)*, cod. cons. la clausola compromissoria inserita nel contratto; infine, in mancanza di una specifica trattativa tra le parti, volta a superare la presunzione di abusività, hanno dichiarato la nullità della clausola.

<sup>136</sup> Tuttavia, sembrerebbe che decisione in commento muova dall'aprioristica convinzione secondo cui le proposte del professionista volte a prevedere modalità di risoluzione alternativa delle controversie siano, da sé sole, espressione di uno squilibrio normativo del contratto.

<sup>137</sup> Al riguardo, la Cassazione ha applicato il principio di diritto già enunciato da Cass. civ., sez. VI, (ord.) 10 luglio 2013, n. 17083, con riguardo alla deroga al foro del consumatore *ex art. 33, comma 2, lett. u)*, cod. cons.

<sup>138</sup> Cass. civ., sez. VI, 14 gennaio 2021, n. 497, con nota di M. LASCIALFARI, *Osservazioni sulla "trattativa individuale" avente ad oggetto clausole vessatorie di un contratto preliminare immobiliare*, in *Giust. civ.*, novembre 2021. Conf: Cass. 24 novembre 2008, n. 27911; Cass. 6 settembre 2007, n. 18743.

dai requisiti della serietà (ossia svolta mediante l'adozione di un comportamento obiettivamente idoneo a raggiungere il risultato di una composizione dei contrapposti interessi delle parti), della effettività (rispettosa dell'autonomia privata delle parti, non solo nel senso di libertà di concludere il contratto ma anche nel suo significato di libertà e concreta possibilità di determinarne il contenuto) e della individualità (dovendo riguardare tutte le clausole, o elementi di clausola, costituenti il contenuto dell'accordo, prese in considerazione sia singolarmente, oltre che nel significato desumibile dal complessivo tenore del contratto). E il relativo onere della prova circa l'avvenuta trattativa individuale sulle clausole di cui all'art. 33 cod. cons., è a carico del contraente professionale<sup>139</sup>.

Se ne deduce, pertanto l'ammissibilità della clausola compromissoria inserita in un contratto tra professionista e consumatore, purché – analogamente a quanto avviene per tutte le altre clausole dei contratti, sia stata oggetto di una trattativa individuale seria e specifica.

Infine, un'ultima sentenza della Cassazione<sup>140</sup> sembra aver definitivamente qualificato la clausola compromissoria in termini di “*deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria in favore degli arbitri, ex art. 33, comma 2, lett. t), D.Lgs. n. 206/2005*”, riconoscendone l'ammissibilità solo ove venga provata l'esistenza di una specifica trattativa tra le parti, prova il cui onere ricade sul professionista che intenda avvalersi della clausola arbitrale in deroga e che rileva quale elemento logicamente antecedente alla dimostrazione della natura non vessatoria della clausola.

Secondo una diversa prospettiva, la questione della vessatorietà è stata esaminata sotto il profilo della corretta informazione della parte debole del rapporto negoziale. Prescindendo cioè dal profilo della trattativa individuale e specifica sulla clausola compromissoria inserita nel contratto tra professionista e consumatore, vi è chi pone l'accento sul più volte richiamato principio di libertà, inteso nel senso di precludere la stipula di accordi *ante causam* derogatori alla competenza ordinaria del giudice statale. Sicché, non in tutti i casi si verserebbe in ipotesi di vessatorietà, e l'opzione arbitrale sarebbe percorribile soltanto qualora il consumatore la accetti esplicitamente, in piena conoscenza di causa ed in una fase *posteriore* all'insorgere della controversia<sup>141</sup>. Da ciò conseguirebbe che la stipulazione di un *compromesso arbitrale ex post litem* per la risoluzione di una controversia tra un professionista

---

<sup>139</sup> Cass. 13 febbraio 2017, n. 3744, Cass. 10 luglio 2013, n. 17083.

<sup>140</sup> Cass. civ., sez. I, 31 dicembre 2021, n. 42091. La Cassazione, anzitutto, si interroga in merito alla validità della clausola arbitrale inserita nel contratto, e precisa come, nella specie, tale clausola non vada qualificata come una deroga al foro del consumatore, ex art. 33, comma 2°, lett. u) del decreto legislativo n. 306/2005, ma come una «*ancor più gravosa*» limitazione alla competenza dell'autorità giudiziaria, prevista dal comma 2, lett. t) del medesimo articolo.

<sup>141</sup> Così T. GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, cit., p. 127 ss.

ed un consumatore sarebbe tendenzialmente ammissibile, perché il consumatore avrebbe modo di valutare e di accettare esplicitamente il patto arbitrale.

Allo stesso modo, particolari difficoltà non sembrerebbero rinvenirsi nei casi in cui la clausola compromissoria vincoli solo il professionista, perché in tal caso il consumatore potrà parimenti valutare la scelta del professionista dopo che la lite sia insorta, sebbene talune difficoltà potrebbero derivare dalla concreta configurazione delle cd. clausole arbitrali unilaterali o asimmetriche<sup>142</sup>.

In tutti gli altri casi, e nel più frequente caso di clausola compromissoria bilaterale, i margini di operatività della via arbitrale appaiono ristretti<sup>143</sup>: nei casi di compromesso, di clausola compromissoria unilaterale o di clausola compromissoria frutto di trattativa privata, il modello ordinario di arbitrato presenta sufficienti garanzie. Invece la clausola compromissoria *ante litem* sarà da considerarsi vessatoria ogniqualvolta l'arbitrato non dia sufficienti garanzie di tutela ai consumatori.

Tuttavia tale impostazione, se da un lato appare pregevole per l'accento posto sulla necessità dell'effettiva conoscenza ed effettiva informazione al consumatore, appare eccessivamente rigida sul piano teorico e gremita di pericolose conseguenze sul piano pratico.

Sul piano teorico, infatti, il dovere informativo in capo al professionista sullo strumento di risoluzione alternativa della controversia non implica necessariamente che l'informazione debba essere fornita *ex post litem*, ma – anzi, è ciò che sovente accade – può ben essere assolto in sede di trattative pre-contrattuali (purché ci sia sempre una trattativa specifica sulla scelta arbitrale).

### 3.2.2. Considerazioni conclusive.

A ben vedere, la *querelle* della vessatorietà o meno della clausola compromissoria è tuttavia suscettibile di perdere la rilevanza che ha assunto in passato, ad uno sguardo attento della *ratio* di fondo della disciplina stessa delle clausole vessatorie con riguardo ai rapporti B2C.

Infatti, la disciplina in esame mira a tutelare il contraente più debole a fronte dei *deficit* informativi (e di conseguenti poteri negoziali) rispetto alla controparte professionista, onde anche la sanzione prevista (nullità di protezione) risponde all'esigenza non già di invalidare *tout court* il regolamento negoziale, bensì di

---

<sup>142</sup> Il tema costituirà oggetto di più ampia trattazione al par. 3 di questo Capitolo.

<sup>143</sup> Per tali ragioni i legislatori hanno avvertito la necessità di un approccio molto cauto alla materia dell'arbitrabilità delle controversie tra professionisti e consumatori, giungendo in talune esperienze a negarla ed in altre a regolamentarla in una prospettiva di adeguata tutela degli interessi della parte economicamente più debole: per un'efficace sintesi v. T. GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, cit., p. 127 ss.



rendere inopponibile la clausola presa in considerazione. E ciò sul presupposto che, in assenza di una specifica trattativa individuale, il consumatore non abbia avuto modo di avere contezza piena del contenuto e della portata applicativa della clausola vessatoria.

In questa prospettiva, a ben vedere, assume rilievo preminente la corretta informazione del professionista al consumatore circa la scelta arbitrale.

Tale profilo è ben evidenziato dalla Direttiva n. 22 del 2013 che (art. 13) prevede uno specifico onere informativo in capo al professionista circa gli organismi ADR presenti sul territorio (il loro sito web), e si precisa altresì che le informazioni in questione devono essere fornite «*in modo chiaro, comprensibile e facilmente accessibile*» o mediante il sito web dell'impresa o attraverso una effettiva informazione nei singoli contratti di vendita. Sebbene le due modalità siano previste in alternativa, la seconda appare certamente preferibile al fine di assicurare una piena ed effettiva conoscenza del consumatore.

In altri termini, un'informazione accurata, specifica e non ingannatoria, sulle caratteristiche dello strumento di soluzione delle liti prescelto elimina il limine molte delle problematiche connesse alla vessatorietà della clausola arbitrale e costituisce un forte elemento a fondamento dell'eventuale prova contraria – gravante sul professionista – in ordine alla trattativa individuale sulla clausola compromissoria.

Sul piano pratico, infine, l'esclusione delle convenzioni arbitrali *ex ante litem* finirebbe per censurare automaticamente tutte le convenzioni arbitrali già in essere, per il sol fatto di “precedere l'insorgere della controversia”, senza verificare – alla luce di una interpretazione teleologicamente e convenzionalmente orientata al diritto europeo – ci sia stata o meno una trattativa individuale e se siano stati assolti i doveri di informativa pre-contrattuale.

Può conclusivamente ritenersi che il reale problema diviene quello di verificare che la clausola compromissoria sia il frutto di una scelta espressa e meditata da parte del consumatore e, in questa prospettiva, uno strumento d'ausilio può certamente essere costituito dall'impiego di clausole arbitrali unilaterali<sup>144</sup> quale parziale correttivo alle asimmetrie negoziali, purché sapientemente strutturate.

---

<sup>144</sup> Una soluzione del genere era già stata positivamente sperimentata dal legislatore di settore in tema di arbitrato Consob: l'art. 6 del d.lgs. n. 179 del 2007 prevedeva, infatti, che «*la clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati dagli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa privata*».

## 4. Le clausole arbitrali ibride.

Nella prassi commerciale internazionale, ed in particolare nel settore finanziario, si stanno diffondendo sempre più le clausole arbitrali cd. ibride, unilaterali o asimmetriche<sup>145</sup>.

Tali clausole arbitrali differiscono dalle clausole arbitrali *tout court* per la loro connaturata asimmetria<sup>146</sup>: si ritiene di doverne parlare in questa sede, con riguardo ai rapporti asimmetrici, sia perché sono sovente utilizzate nei contratti di finanziamento, sia perché rappresentano un esempio di patto sostanziale ad effetti processuali ontologicamente preposto a creare disparità di trattamento e di poteri processuali tra le parti. È certamente un istituto poliedrico, che si presta ad essere utilizzato sia su rapporti sostanziali di per sé formalmente simmetrici sia nei rapporti sostanziali connotati da asimmetria strutturale.

Tali clausole arbitrali unilaterali differiscono, quanto a struttura e ad effetti, dalle clausole arbitrali che assumono la forma del negozio unilaterale che si configura come mera proposta o offerta al pubblico<sup>147</sup>. Mentre questi ultimi rispondono allo schema generale dell'istituto di cui all'art. 1336 c.c., e non vincolano ancora nessuna delle parti (né il proponente né il destinatario), le clausole arbitrali asimmetriche di cui si discute vincolano una sola delle parti, lasciando l'altra libera di adire o meno l'autorità giudiziaria<sup>148</sup>, richiamandosi – come si dirà più approfonditamente in seguito – il contratto di opzione di cui all'art. 1331 c.c.

Inoltre, mentre la proposta unilaterale di arbitrato è idonea a far concludere una convenzione di arbitrato nel momento in cui il destinatario della stessa adisce il giudice arbitrale<sup>149</sup>, la clausola asimmetrica integra già di per sé un patto arbitrale nel momento in cui viene accettata e sottoscritta dalle parti contraenti.

---

<sup>145</sup> Poiché tali clausole asimmetriche possono essere inserite in contratti sia B2C sia B2B, si ritiene opportuno una trattazione in un capitolo a sé, sebbene – seguendo l'impostazione metodologica anticipata al par. 3 quanto al *modus procedendi* per “fasi” del processo arbitrale, l'argomento attenga alla fase iniziale della procedura arbitrale.

<sup>146</sup> In argomento v. G. CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, in *Riv. arb.*, 2, 2019, p. 273 ss. Nella terminologia inglese, si parla di “*one-way, one-sided, unilateral, asymmetrical jurisdiction agreement/clauses*”. Sull'ammissibilità di tali clausole v.: F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 22; V. FERRO, *Il compromesso*, in *Arbitrato, profili sostanziali*, a cura di Alpa, I, Torino, 2000 p. 589 ss.

<sup>147</sup> A questa struttura risponderebbero le clausole arbitrali nel settore degli investimenti, dando vita al cd. *arbitration without privity*: v. *amplius* sul punto Cap. 2 par. 2.

<sup>148</sup> Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 156-157. V. anche M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, Padova, I, 2010, p. 427.

<sup>149</sup> Come si vedrà *amplius* al Cap. II § 3.3 con riferimento alle clausole arbitrali nel settore degli investimenti stranieri, l'accettazione non deve rispondere a determinati requisiti di forma, e può anche essere fornita per *facta concludentia*, mediante la proposizione della domanda arbitrale da parte dell'investitore. In ossequio ai principi civilistici, è sempre e comunque necessario che l'accettazione aderisca pienamente alla proposta.

Le clausole asimmetriche possono essere sia di giurisdizione sia di arbitrato: si tratta di clausole con le quali una parte contraente accetta, in via pattizia, una determinata competenza giurisdizionale o l'arbitrato quale metodo di risoluzione delle future controversie; l'altra parte, invece, pur accettando negoziabilmente tale scelta, si riserva una libertà, più o meno ampia e regolata di volta in volta sulla base del contenuto dell'accordo, di "svincolarsi" da tale patto e di adire un'altra corte giurisdizionale o arbitrale.

L'effetto di tali clausole è, dunque, quello di determinare sia la giurisdizione sia l'arbitrato quale strumento di composizione delle controversie.

In caso di deroga giurisdizionale la clausola può essere strutturata in modo tale da allocare la giurisdizione in via esclusiva in capo ad un foro e consentire una deroga facoltativa in favore del foro della controparte; oppure "presso qualsiasi giudice che abbia competenza secondo la legge applicabile"; o, ancora, con individuazione della sola giurisdizione senza indicazione del criterio in base al quale si dovrà individuare quale sia la corte straniera ad essere competente.

Per il caso di opzione di arbitrato, la struttura della clausola può essere tale per cui i contraenti pattuiscono che una parte sia vincolata a sottoporre la controversia ad arbitrato, mentre l'altra parte resti libera di affrancarsi dal procedimento arbitrale e di adire giudizi nazionali, già individuati o individuabili; ovvero, i contraenti pattuiscono che una parte sia vincolata a sottoporre la controversia ad una corte di un individuato ordinamento, mentre l'altra parte resta libera di sottoporre la questione ad arbitrato, per il quale la prima presta il proprio consenso.

L'unilateralità o asimmetria risiede nel fatto che ad essere vincolata è una sola parte contraente, laddove l'altra parte si riserva il diritto di scegliere tra un ventaglio di possibilità la sede della controversia o lo strumento di risoluzione.

Solitamente, tali clausole vengono inserite in contratti che regolano un rapporto del medesimo contenuto con più soggetti operanti in paesi diversi<sup>150</sup>.

La stipulazione di tali clausole corrisponde all'esigenza del preponente di poter scegliere tra giurisdizioni ovvero tra la soluzione arbitrale e quella giurisdizionale in ragione di molteplici fattori, tra i quali la minore o maggiore difficoltà di eseguire una decisione di un giudice o di un arbitro in un singolo ordinamento straniero ovvero l'utilità di radicare un giudizio nel foro della controparte, laddove ivi vi siano beni del debitore aggredibili anche in via cautelare<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Anche se prevalentemente la clausola è utilizzata in contratti di natura finanziaria, è dato riscontrarne l'uso anche in contratti di distribuzione, cfr. *Unilateral Jurisdiction Clauses in International Financial Contracts, position paper prepared by the Legal Committee of the ICC Commission on Banking, 2015*, reperibile in <http://www.iccwbo.org>.

<sup>151</sup> Cfr. F. BORTOLOTTI, *Drafting and negotiating international commercial contract, a practical guide*, Parigi, 2008.

Come evidenziato<sup>152</sup>, in Italia l'utilizzo concreto della opzione di arbitrato (o "clausola compromissoria unilaterale", come anche viene definita) è stato assai raro<sup>153</sup>. Ciò, perché la legge prevede due meccanismi per deferire all'arbitro la decisione delle controversie: la clausola compromissoria ed il compromesso; ed in questi la scelta dell'alternativa (arbitro o giudice ordinario) è attribuita ad *entrambi* i contraenti, ed al loro *accordo*; nessuno dei due istituti prevede quella facoltà di scelta affidata ad una parte soltanto, tipica della *arbitration option*.

In base al dibattito sviluppatosi intorno alle clausole arbitrali unilaterali, le principali questioni concernono tre differenti profili: il primo e il secondo, di carattere sostanziale, relativi rispettivamente alla formazione e al perfezionamento della volontà negoziale di deferimento della lite agli arbitri e alla validità e/o alla vessatorietà delle clausole ibride; il terzo, di ordine più strettamente processuale, concerne le modalità dell'esercizio dell'opzione in sede procedurale e la possibilità di giudizi paralleli.

L'istituto della *option to arbitrate* è di sicuro interesse e tende ad offrire soluzione a problemi che sempre più si pongono in un mondo globalizzato, nel quale la circolazione delle decisioni, arbitrali o giurisdizionali esse siano, può essere complessa, soprattutto nei confronti di ordinamenti assai lontani da quelli occidentali. Tuttavia, la clausola deve essere redatta con particolare attenzione; l'attenzione deve essere rivolta non solo al suo contenuto, ma anche alle concrete modalità e tempi di esercizio della facoltà di scelta garantita dall'opzione, che devono rispondere a requisiti di chiarezza e certezza della scelta e, soprattutto, garantire alla controparte la possibilità di adire la "giusta" autorità alla quale devolvere la lite, senza essere esposta a eccezioni che potrebbero rendere oltremodo difficile o gravosa, anche economicamente, la tutela dei propri diritti.

Ai fini della presente trattazione, si ci vorrà in particolare soffermare sull'incidenza della unilateralità sul problema delle asimmetrie nei rapporti contrattuali tra le parti, sotto il duplice profilo della volontà negoziale e della validità della clausola. Si vorrà poi verificare se il meccanismo di opzione possa confliggere con la disciplina processuale in favore del concedente, precludendo l'esercizio dell'azione giudiziaria.

---

<sup>152</sup> Da R. MARTUSCELLI, *Mutualità e unilateralità della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, cit.

<sup>153</sup> Un esempio di clausola arbitrale unilaterale, seppur con tutte le peculiarità del caso, è prevista in materia di contratti pubblici dall'art. 209 del d.lgs. n. 50/2016, in forza del quale la stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il successivo contratto conterrà o meno la clausola compromissoria e l'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione, con espressa esclusione del compromesso *ex post*. Dalla disciplina in esame emerge che la facoltà di inserire una clausola compromissoria nel successivo contratto a seguito dell'aggiudicazione è rimessa alla stazione appaltante – previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice – e il contraente aggiudicatario può solo scegliere se mantenerla o ricusarla, senza poter successivamente stipulare un patto compromissorio.

#### **4.1. Prima e seconda questione, di carattere sostanziale: la formazione della volontà arbitrale e la validità della clausola arbitrale unilaterale o ibrida.**

Con riguardo al primo profilo, si è dubitato della configurabilità una clausola compromissoria “unilateralmente obbligatoria”<sup>154</sup> per carenza del requisito del mutuo consenso in forma scritta alla deroga della giurisdizione a favore dell’arbitrato. Ci si è chiesti, dunque, se l’asimmetria confligga con i principi generali del nostro ordinamento<sup>155</sup>.

Secondo taluna dottrina, la risposta al quesito sarebbe negativa sull’assunto che le clausole di opzione unilaterale sono inapplicabili per mancanza di consenso reciproco, poiché la legge richiede a tutte le parti ad accettare di sottoporre la controversia ad arbitrato, e il fatto che tutte le parti abbiano approvato l’opzione prima che sia sorta la controversia è insufficiente<sup>156</sup>.

Altra parte della dottrina tende a ricondurre il fenomeno delle clausole arbitrali ibride entro il quadro delle fattispecie complesse, sulla considerazione che dapprima formano un vincolo sulla scelta della giurisdizione o della via arbitrale e poi attribuiscono ad una parte soltanto la facoltà di scegliere l’altra via<sup>157</sup>. Si è dunque ritenuto che la prima parte della clausola fosse perfetta e vincolante, ma destinata a venir meno per effetto della scelta di una delle parti; di talché al contraente opzionario si riconoscerebbe un duplice diritto: dapprima quello di recedere *ad nutum* dal patto concluso<sup>158</sup> e, poi, quello di accettare l’opzione e così concludere il diverso patto, arbitrale o giurisdizionale esso sia.

Diversamente, la giurisprudenza<sup>159</sup> propende a ritenere legittima la clausola, riconducendola nello schema del patto d’opzione di cui all’art. 1331 c.c.: in questo modo, una delle parti rimarrebbe vincolata alla propria dichiarazione, avente ad oggetto la devoluzione ad arbitri delle eventuali controversie che in futuro dovessero insorgere con riferimento al contratto cui la clausola accede, mentre

---

<sup>154</sup> R. MARTUSCELLI, *Mutualità e unilaterali della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, cit..

<sup>155</sup> G. CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., p. 285.

<sup>156</sup> V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 779; E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 308; M. PACCHIONI, *In tema di clausole compromissorie*, in *Giur. it.*, 1942, I, p. 60; E. F. RICCI, *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, II, Torino, 1981, p. 126 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, Milano, 1988, p. 132; V. VECCHIONE, *Sulla validità della clausola compromissoria unilaterale*, in *Giur. it.*, 1963, p. 65 ss.

<sup>157</sup> G. CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., p. 286, il quale esclude che si tratti di obbligazione alternativa *ex uno latere*, anche al fine di escludere possibili censure di indeterminatezza.

<sup>158</sup> V. sul punto M. BOVE, *L’estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1988, p. 688; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, cit., p. 68 ss.

<sup>159</sup> V. Cass., 19 ottobre 1960, n. 2837; Cass. 22 ottobre 1970, n. 2096.

l'altra avrebbe la facoltà di scelta tra la competenza del giudice ordinario e quella degli arbitri.

Una possibile via d'uscita potrebbe consistere nello scindere il momento perfezionativo della volontà negoziale insistente sulla clausola compromissoria inserita nel contratto e il momento concreto di esercizio dell'opzione: sicché la mutualità o reciprocità del volere sarebbe propria del primo momento, ma verrebbe meno nel secondo, che invece si caratterizzerebbe per la sua unilateralità.

Tuttavia, una simile soluzione postula un'indagine accurata circa la determinatezza e autosufficienza della clausola compromissoria isolatamente considerata: occorre, cioè, che le parti esplicitino chiaramente e compiutamente il meccanismo attraverso il quale è possibile esercitare l'opzione di arbitrato, ancorché non sia stato già predeterminato il foro o l'arbitro competente.

La mancata determinazione del meccanismo di funzionamento dell'opzione potrebbe determinare due ordini di conseguenze.

Il primo, relativo alle implicazioni sotto il profilo sostanziale, in termini di rimedi contrattuali e di correttezza nell'esecuzione del contratto: si ritiene che solo nel caso di uno specifico regolamento contrattuale sul punto l'opzione potrebbe essere considerata invalida. Diversamente, l'opzione non potrebbe essere considerata invalida, non trattandosi di profili previsti a pena di nullità del compromesso o della clausola compromissoria (*ex artt. 807 ss. c.p.c.*)<sup>160</sup>.

Il secondo, relativo alle implicazioni sotto il profilo più strettamente processuale dell'attivazione dell'arbitrato. Muovendo dalla considerazione della clausola compromissoria o del compromesso in termini di contratto ad effetti processuali<sup>161</sup> cui si applicano – per quanto compatibili – le disposizioni sui contratti in generale previste dal Codice Civile<sup>162</sup>, ci si chiede quali siano gli effetti processuali di un patto così costruito.

Secondo taluni, occorre distinguere tra il caso in cui il patto concluso sia quello arbitrale, dal quale la parte receda per adire una corte giurisdizionale secondo le ordinarie regole, da quello nella quale il patto concerna l'individuazione di una giurisdizione, dalla quale la parte si sciolga per dare corso ad un arbitrato. Nel primo caso, infatti, la rinuncia ad avvalersi della convenzione di arbitrato non è vincolata a forme particolari, ben potendo conseguire al comportamento concludente della parte, che rinunci alla relativa eccezione in giudizio<sup>163</sup>. Non occorre alcun patto specifico per dare corso alla lite innanzi al giudice che abbia giurisdizione e/o

---

<sup>160</sup> R. MARTUSCELLI, *Mutualità e unilateralità della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, cit.

<sup>161</sup> Richiamando così l'antica concezione chiovendiana del patto compromissorio come un contratto a effetti processuali: F. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Ristampa con prefazione di Virgilio Andrioli, Napoli, 1980, p. 107

<sup>162</sup> In tali termini M. BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1988, p. 688; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, II ed., Padova, 2012, p. 331; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 154.

<sup>163</sup> Cfr. Cass. civ., 29 gennaio 1993, n. 1142,

competenza secondo i criteri generali, poiché l'altra parte può accedere alla scelta omettendo di sollevare la relativa eccezione, In questo caso, dunque, la parte che dia inizio alla lite manifesta con il proprio comportamento il recesso (convenzionalmente pattuito) dal patto arbitrale, senza necessità di ulteriori formalità.

Nel secondo caso, invece, la situazione è diversa: vi è un accordo tra le parti per la devoluzione della lite ad una giurisdizione (o a una corte specifica) individuata e manca un patto arbitrale, rispetto al quale è obbligata una sola parte; occorre porsi il problema relativo alla conclusione della convenzione di arbitrato, mediante accettazione della parte non obbligata dell'offerta integrante l'opzione, che deve avvenire in forma scritta prevista *ad substantiam*<sup>164</sup>, e al venir meno dell'accordo "giurisdizionale".

Nessuna questione può sorgere se la parte comunica negozialmente la propria volontà di sciogliersi dal patto sulla giurisdizione e di aderire alla convenzione di arbitrato prima di avviare il procedimento; se invece, come sovente accade, ciò non avvenga e la parte proponga direttamente la domanda di arbitrato, si pone il problema, già affrontato da dottrina e giurisprudenza, della ammissibilità della conclusione dell'accordo arbitrale per *facta concludentia*, proprio e solo attraverso la domanda di arbitrato.

Secondo l'opinione dottrinale<sup>165</sup> e giurisprudenziale<sup>166</sup> prevalente, l'accordo arbitrale si può formare anche e solo a seguito della domanda di arbitrato, della contestuale o successiva nomina degli arbitri e del contegno processuale della parte che, nella prima difesa innanzi agli arbitri, ometta di sollevare alcun rilievo sulla inesistenza o nullità della convenzione; la domanda di arbitrato, la nomina degli arbitri e il silenzio della parte convenuta costituirebbero, nel loro insieme, elementi

---

<sup>164</sup> Secondo quanto sostenuto da G. CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., p. 288. V. anche in questo senso M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 403 ss.; L. SALVANESCHI, *Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840. Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2014, p. 66 e ss. e p. 86 e ss.; F. TIZI, *La forma dell'accordo arbitrale rituale*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 629 ss.; G. VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2000, p. 43 ss.. Ma v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, II ed., Padova, 2012, p. 355 ss., il quale sostiene che la clausola compromissoria, richiede la forma scritta *ad probationem*.

<sup>165</sup> V. D. AMADEI, *Note in tema di inesistenza di accordo compromissorio per arbitrato rituale e impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 305 ss., in nota a Cass., 27 gennaio 2001, n. 1191; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 933; A. ATTERITANO, *L'esperienza del forum prorogatum negli arbitrati in Italia e all'estero*, in *Riv. arb.*, 2008, p. 177 ss.; M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 422; F. P. LUISSO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 16; L. SALVANESCHI, *Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840. Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2014, p. 566.

<sup>166</sup> Cass. civ., sez. I, 2 febbraio 2007, n. 2256, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Conclusione dell'accordo mediante atti di nomina degli arbitri?*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 237 ss.; Cass. civ., sez. I, 11 luglio 2014, n. 15993; Cass. civ., sez. I, 8 maggio 2014, n. 10000; Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 2000, n. 1989, con nota di D. AMADEI, *Lo scambio degli atti di nomina come stipulazione del compromesso*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 35 ss.

integranti un contegno giuridicamente rilevante per la conclusione del patto arbitrale<sup>167</sup>; l'inequivocità del comportamento deriverebbe non solo dalla nomina dei rispettivi arbitri, ma anche della tacita rinuncia a sollevare alcuna eccezione nel rigoroso termine previsto dall'art. 817 c.p.c.

In disparte le ulteriori considerazioni in ordine alla necessità dell'informazione, *i.e.* la necessità che l'opzionario porti a conoscenza del concedente la volontà di esercitare il suo diritto di opzione in un senso o nell'altro. Se, infatti, è vero che l'opzionario può tendenzialmente esercitare il proprio diritto a tempo indeterminato, la buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 c.c.) imporrebbe un dovere di informativa in capo all'opzionario circa l'esercizio della scelta.

Tale dovere, oltre ad assumere rilievo – da un punto di vista sostanziale – ai fini dell'esatto adempimento degli obblighi derivanti dal contratto, consentirebbe anche di evitare il verificarsi di una serie di *impasse* procedurali. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il concedente, in assenza di comunicazione da parte dell'opzionario circa la scelta per la via arbitrale, persegua la via alternativa della giurisdizione statale. In questo caso, la domanda giudiziale – in virtù della clausola option to arbitrate – potrebbe essere dichiarata improcedibile sulla base della decisione unilaterale dell'opzionario di avviare un contenzioso arbitrale assunta dopo che quello giudiziale sia già stato instaurato dalla parte che non gode del diritto di opzione<sup>168</sup>. Si ritiene pertanto che, quanto alla specifica indicazione del meccanismo di funzionamento della clausola arbitrale ibrida, le esigenze di predeterminazione – sempre nel rispetto dell'autonomia negoziale – debbano prevalere sull'elasticità di forme che connota il procedimento arbitrale.

Il Regolamento comunitario (CE) n. 44/2001<sup>169</sup> prevede che se il consumatore agisce come attore contro un professionista che ha la propria sede legale in un altro Paese dell'Unione Europea, è competente il giudice dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il convenuto oppure il giudice del luogo in cui è domiciliato il consumatore (c.d. foro del consumatore). Ciò significa che il consumatore ha il diritto di scegliere dove citare il professionista.

---

<sup>167</sup> E. D'ALESSANDRO, *Conclusioni dell'accordo compromissorio mediante meri atti di nomina degli arbitri?*, in *Riv. arb.*, p. 243 e 247, in nota a Cass. civ., 2 febbraio 2007, n. 2256, che sottolinea come questa tesi si ponga in assonanza con la tesi espressa da parte della dottrina civilistica secondo la quale sarebbe ammessa la conclusione per tacito consenso anche dei contratti per i quali la forma scritta è prevista *ad substantiam*.

<sup>168</sup> R. MARTUSCELLI, *Mutualità e unilateralità della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, cit., pp. 3, 6 e 8. L'a. tuttavia sottolinea che «il tempo trascorso o iniziative giudiziali in senso contrario potrebbe ingenerare il legittimo affidamento nell'altra parte circa il mancato esercizio dell'opzione, e rendere quindi quest'ultimo illegittimo».

<sup>169</sup> Si rammenta che il Regolamento in esame prevede come regola generale la competenza del Giudice del luogo in cui l'obbligazione è stata o deve essere eseguita. Tuttavia lo stesso Regolamento comunitario ha previsto dei principi fondamentali ispirati a finalità di protezione dei consumatori, attraverso disposizioni più favorevoli rispetto alla regola generale.



Se, invece, il consumatore viene convenuto in giudizio dal professionista, il Regolamento (CE) n. 44/2001 prevede che il consumatore può essere solamente citato in giudizio davanti ai Giudici dello Stato membro in cui è domiciliato.

Tali principi sono derogabili, ma tale deroga deve essere stabilita per iscritto e solamente posteriormente al sorgere della controversia. Se invece tale patto viene firmato anteriormente al sorgere della controversia, la deroga deve essere a favore del consumatore, il quale può rivolgersi a giudici diversi da quelli espressamente indicati nel Regolamento (CE) n. 44/2001.

Inoltre al momento della conclusione del contratto consumatore e professionista, i quali hanno il domicilio o la residenza nello stesso Stato membro, possono attribuire la competenza a decidere in caso di lite ai Giudici di un altro Stato, a meno che tale patto non sia vietato dalla legge dello Stato chiamato a decidere<sup>170</sup>.

Ne deriva che, nel quadro legislativo europeo, sebbene il Regolamento Bruxelles I non concerna specificatamente l'arbitrato, le clausole arbitrali ibride possono trovare cittadinanza solo se l'opzione concessa al consumatore non gli precluda la facoltà di scelta del foro del consumatore stesso. Ovvero, se l'opzione è riconosciuta in capo al professionista, se il patto è stipulato successivamente all'insorgere della controversia.

Conclusioni analoghe investono i rapporti che coinvolgono gli investitori, considerato che la disciplina del foro competente per le controversie sorte fra professionista e consumatore che individua il giudice presso cui incardinare il giudizio in funzione del luogo di residenza della parte debole del rapporto, trova applicazione, ricorrendone i requisiti soggettivi, anche nei rapporti di intermediazione finanziaria<sup>171</sup>.

Il secondo profilo da esaminare attiene alla validità o meno di siffatte clausole<sup>172</sup>, alla luce della disciplina europea e nazionale sulle clausole abusive o vessatorie: ci si chiede<sup>173</sup>: «*in sostanza, se la disparità delle posizioni sia accettabile e in linea*

---

<sup>170</sup> Questa disciplina vale per tutti i contratti conclusi dai consumatori; fanno eccezione i contratti di trasporto.

<sup>171</sup> In questo senso v. Trib. Perugia, 31 luglio 2018, n. 1068.

<sup>172</sup> Sulla questione della validità della clausola unilaterale v. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, II ed., Padova, 2012, p. 333, nt. 45; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, p. 133 ss.; V. VECCHIONE, *Sulla validità della clausola compromissoria unilaterale*, in *Giur. it.*, 1963, p. 65 ss..

<sup>173</sup> G. CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., p. 275; P. GIAMPIERI, *L'opzione di arbitrato nell'esperienza statunitense e italiana*, in *Riv. arb.*, 1994, parte 1, p. 193 e ss. e, parte 2, p. 393 e ss.; S. FERRERO, *Le clausole di elezione di foro e le convenzioni arbitrali "unilaterali". Recenti sviluppi nel panorama internazionale e spunti di riflessione nel diritto italiano*, 6 *BusinessJus* 56, 2014; R. MARTUSCELLI, *Mutualità e unilateralità della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, cit..

In chiave critica A. FRIGNANI, *Libertà delle parti e clausole patologiche nell'arbitrato internazionale*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, I, p. 957, considera le clausole miste quali facenti parte della "rassegna delle clausole patologiche" ed osserva che «*le clausole combinate o miste che si riferiscono sia alla giurisdizione arbitrale che a quella dei giudici ordinari creano difficoltà nello scoprire le reali intenzioni delle parti*».

*con i principi generali dei vari ordinamenti; e se il problema è in parte analogo, quando la clausola pone l'alternativa tra giurisdizione e arbitrato si pongono alcuni problemi ulteriori e diversi»<sup>174</sup>.*

Sul piano strettamente formale, non pare potersi dubitare della piena validità delle clausole di opzione di arbitrato, in quanto espressione della volontà e dell'autonomia negoziale delle parti. Inoltre, come precisato *supra*, la clausola arbitrale unilaterale sarebbe astrattamente suscettibile nello schema tipico del patto di opzione di cui all'art. 1331.

Si tratta di una prospettiva che salvaguarderebbe la necessità del mutuo consenso delle parti: infatti, il meccanismo dell'opzione di arbitrato viene tradotto nel senso che entrambe le parti sono d'accordo sulla possibilità di derogare alla competenza del giudice ordinario; soltanto, si rimette ad una di esse la decisione finale sul punto. E si introduce anche un meccanismo garantistico, perché la parte vincolata può sempre rivolgersi all'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 1331, comma 2, c.c., nell'ipotesi in cui la clausola non sia stata redatta in modo tale da prevenire abusi dell'opzionario.

Tale facoltà sarebbe posta, peraltro, a presidio della più generale autonomia negoziale delle parti, sull'assunto che sarebbe piuttosto illegittimo vietare alle parti di determinarsi in ordine alle clausole contrattuali.

Diversamente, secondo altra tesi, l'opzione di arbitrato sarebbe illecita, perché porrebbe un obbligo eccessivamente gravoso in capo ad una delle parti. Sarebbe ingiusto cioè, che un soggetto sia lasciato arbitro di decidere se rivolgersi al giudice statale, oppure all'arbitrato.

Tale tesi muove invece dalla considerazione per cui la volontà del legislatore, espressa per mezzo del compromesso e della clausola compromissoria, sarebbe quella di mantenere i contraenti su di un piano di assoluta parità, consentendo anche alla parte più debole di scegliere consapevolmente e volontariamente se rinunciare al foro del consumatore.

Indagando la *voluntas legis* intima dei patti contenenti un compromesso o una clausola compromissoria, può in un primo momento osservarsi che l'ordinamento avrebbe adottato come valore una logica della pari opportunità, nell'intenzione di proteggere le parti contrattuali più deboli. In tale prospettiva, la possibilità per il soggetto debole del rapporto contrattuale di inserire in un regolamento negoziale una clausola compromissoria o di addivenire successivamente ad un compromesso costituisce un'esaltazione dell'autonomia negoziale, e consente una deroga ai tradizionali criteri di allocazione della giurisdizione.

---

<sup>174</sup> G. CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., p. 275, il quale precisa che «la validità della clausola asimmetrica di giurisdizione pone un problema di sua compatibilità con l'ordinamento europeo e con il Regolamento di Bruxelles; al contrario, la clausola di opzione di arbitrato fuoriesce da questo problema, poiché, come noto, l'arbitrato non rientra nelle materie alle quali si applica il Regolamento».

Invece, con l'opzione di arbitrato, una parte soltanto ha la possibilità di scegliere (quella titolare del diritto potestativo), e l'altra, invece, versa in uno stato di soggezione. Ciò potrebbe implicare uno squilibrio nei rapporti contrattuali, di cui la parte contrattualmente più forte potrebbe essere tentata di approfittare in modo scorretto.

Diversamente, abbracciando la richiamata concezione autonomistica, può osservarsi che se il problema fosse la vessatorietà, non dovrebbe essere illegittima soltanto l'opzione di arbitrato: dovrebbe essere illegittimo l'arbitrato stesso, vessatorio esso per primo, ex lege.

D'altronde, è vero che l'art. 1341 c.c. menziona tra le clausole abusive anche la clausola compromissoria; ma è anche vero che la stessa, se oggetto di specifica sottoscrizione da parte dei contraenti, è valida<sup>175</sup>. Ciò può predicarsi con riguardo ai rapporti contrattuali – anche standard o per adesione – disciplinati dal codice civile, siano essi B2B o C2C.

Ma *quid iuris* per i rapporti contrattuali asimmetrici disciplinati da normative speciali?

Come noto, per alcune categorie di rapporti contrattuali, il legislatore (europeo e domestico) ha avvertito la necessità di tutelare diversamente e più profondamente il contraente debole, attraverso la predisposizione di uno strumentario protezionistico *ad hoc*. Di tale strumentario fanno parte anche le disposizioni sulle clausole vessatorie, e il correlato apparato rimediale approntato per far fronte ad esigenze di tutela più stringenti.

A fronte di tale quadro normativo, potrebbe ragionevolmente presumersi che nei rapporti caratterizzati da strutturale e fisiologica asimmetria di poteri contrattuali tra le parti, una clausola arbitrale ibrida rischierebbe solo di aggravare la già debole posizione di una delle parti<sup>176</sup>.

La prima questione che si pone è se una clausola arbitrale unilaterale possa rientrare nel novero delle clausole vessatorie previste dal Codice del Consumo. La soluzione

---

<sup>175</sup> Secondo quanto previsto espressamente dalla disposizione di cui all'art. 1341 c.c., la mancanza di doppia sottoscrizione determina l'inefficacia della clausola vessatoria. La norma non parla espressamente di nullità, mentre vi fa riferimento la giurisprudenza (Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2009, n. 16394; Cass. civ., sez. II, 18 gennaio 2002, n. 547). La volontà del contraente aderente è inoltre tutelata anche dalla interpretazione a favore della parte debole (art. 1370 c.c.).

<sup>176</sup> R. MARTUSCELLI, *Mutualità e unilateralità della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, cit., p. 10, il quale osserva che «L'opzione di arbitrato diventa, allora, anche una cartina di tornasole dell'incertezza su certi principi di fondo: e cioè sui rapporti - sempre discussi, ed oggi di particolare attualità, non solo nel mondo giuridico - tra il valore della libertà, ed il valore dell'autorità; se si debbano prevedere garanzie e controlli, senza i quali la libertà non è altro che occasione del soggetto economicamente più forte di sopraffare quello economicamente più debole; se invece di divieti se ne debbano prevedere il meno possibile, per evitare vincoli, laccioli ed intralci al libero, benefico e produttivo dispiegarsi dell'autonomia privata.»

che è stata fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza muove dalla diversa qualificazione delle clausole in questione<sup>177</sup>.

Secondo una prima tesi, di carattere più prettamente formalistico, il deferimento della controversia ad arbitri non costituisce propriamente una deroga di competenza, ma attiene piuttosto alla proponibilità della domanda, quale rinuncia all'azione giudiziaria.

Di talché, potrebbe concludersi in ordine all'esclusione delle clausole arbitrali (inclusa anche l'opzione di arbitrato) dall'applicazione della disciplina a tutela dei consumatori contenuta nell'art. 33 del Codice del Consumo ed in particolare nella sua *lett. t)*, che riguarda infatti le deroghe alla competenza.

Una seconda tesi, pur muovendo dalla medesima qualificazione della clausola in questione nei termini di rinuncia all'azione giudiziaria, perviene ad una conclusione opposta sulla base di un'interpretazione letterale e teleologica, che guarda sia alla lettera della legge (ed in particolare al diverso riferimento normativo degli artt. 33, comma 2, lett. b) cod. cons. e art. 36 cod. cons.) e allo spirito delle direttive europee e del Codice del Consumo, i quali mirano chiaramente ad evitare che siano sottratte al consumatore rimedi ed azioni nei confronti del professionista, sostituite da soluzioni - quali, in ipotesi, quelle arbitrali - non altrettanto garantiste.

In questa prospettiva, se infatti viene riconosciuto che con una determinata clausola una parte abbia rinunciato all'azione giudiziaria nei confronti dell'altra, risulterebbe evidente l'abusività di una simile clausola contrattuale perché tende ad *“escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista ... in caso di inadempimento totale o parziale o di inadempimento inesatto da parte del professionista”*, in applicazione dell'art. 33, comma 2, lett. b) cod. cons.

Ne conseguirebbe l'inevitabile inefficacia della clausola ai sensi ed effetti dell'art. 36 del Codice del Consumo, rientrando la medesima in quella c.d. lista nera, il cui carattere vessatorio non è passibile neppure di prova contraria.

Entrambe le tesi, che pervengono a conclusioni opposte, muovono invero da una erronea assimilazione del ricorso allo strumento arbitrale alla rinuncia alla tutela giurisdizionale del diritto e, de relato, alla rinuncia stessa del diritto. Tale applicazione della proprietà transitiva, dal piano processuale al piano sostanziale, non appare del tutto convincente per la considerazione che il ricorso allo strumento arbitrale non determina alcuna rinuncia definitiva del diritto di azione, ma costituisce uno strumento alternativo alla giustizia statale, concorrente con quello ordinario.

---

<sup>177</sup> Si esclude che la clausola possa essere qualificata come una forma di rinuncia preventiva alla giurisdizione, tale da essere inammissibile: v. in tal senso CEDU, 24 marzo 2016, n. 31069, con nota di G. ZARRA, *Rinuncia preventiva all'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali e compatibilità con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. arb.*, 2, 2016, p. 293 ss. e Cass. civ., sez. I, 28 settembre 2005, n. 18919. *Contra*: R. MARTUSCELLI, *Mutualità e unilaterali della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, cit., p. 9.

Proprio in quest'ottica di concorrenza-alternatività, non appare agevolmente sostenibile la correlazione tra elezione per la via arbitrale e la rinuncia tout court al diritto, *a fortiori* ove si consideri che la funzione tipica dell'arbitrato è quella di giungere all'accertamento del diritto posto in essere da un privato imparziale, in seguito a un processo in contraddittorio e con la garanzia dell'impugnativa della decisione per violazione di norme inderogabili<sup>178</sup>.

Appare tuttavia preferibile la tesi che, muovendo dalla considerazione della clausola arbitrale (in generale, ed ibrida nello specifico) quale clausola di deroga della competenza<sup>179</sup>, il terreno di indagine può spostarsi sulle *lett. t, u, v-bis* e *v-ter* dell'art. 33, comma 2, cod. cons.

Il Codice del Consumo italiano include nell'elenco delle clausole considerate vessatorie sia le clausole volte a sancire a carico del consumatore deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria (art. 33, comma 2, *lett. t*) cod. cons.<sup>180</sup>) sia le clausole che stabiliscono come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore (art. 33, comma 2, *lett. u*) cod. cons.<sup>181</sup>).

Con riguardo alle prime, come noto la presunzione *iuris tantum* di vessatorietà può essere superata fornendo la prova – a carico del professionista – che le clausole sono state oggetto di trattativa individuale (art. 34, comma 4, cod. cons.) ovvero che le suddette clausole non sono vessatorie in quanto non determinano, in concreto, a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Con riguardo alle seconde, invece, occorre considerare che il foro del consumatore è un foro esclusivo, e pertanto la legge presume come vessatoria (e dunque nulla) una clausola che preveda un foro diverso, fatto salvo che si dimostri che la clausola sia stata oggetto di una trattativa seria, effettiva ed individuale<sup>182</sup>. Altrimenti, la clausola è nulla.

La valutazione verrà condotta alla luce degli interessi coinvolti nella singola, concreta contrattazione, saggiando la meritevolezza di tutela del patto e della sua

---

<sup>178</sup> V. E.F. RICCI, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grande arrêt della Corte Costituzionale)*, cit., p. 370.

<sup>179</sup> Tale interpretazione è suffragata, tra l'altro, dalla qualificazione dei rapporti tra arbitro rituale e giudice civile in termini di competenza sin dalla storica Corte cost., sent. 19 luglio 2013, n. 223, con nota di S. MENCHINI, *Nota a Corte costituzionale del 19 luglio 2013*, in *Riv. arb.*, 1, 2014, p. 99 ss; di B. SASSANI, *Nota a Corte costituzionale del 19 luglio 2013*, in *Riv. arb.*, 1, 2014, p. 109 ss.

<sup>180</sup> L'art. 33, comma 2, *lett. t*) cod. cons. prevede che si presumono vessatorie fino a prova contraria tutte le clausole che hanno per oggetto o effetto «sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi».

<sup>181</sup> L'art. 33, comma 2, *lett. u*) cod. cons. prevede che si presumono vessatorie fino a prova contraria tutte le clausole che hanno per oggetto o effetto «stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore».

<sup>182</sup> Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2010, n. 18785.

utilizzazione, secondo l'ordinamento giuridico. Occorrerà, dunque, verificare se la clausola, senza comportare un sostanziale beneficio all'una parte, si risolve in una ingiustificata pretesa dell'altra o, addirittura, in un mezzo per conseguire risultati elusivi, per rendere più difficile all'altra parte la difesa delle proprie ragioni.

Se ne deduce che probabilmente non è esatto sostenere che la clausola particolarmente onerosa sia sempre espressione della prevalenza economica dell'opzionario.

Neppure sembra corretto configurare il concedente sempre come contraente sprovveduto, ed economicamente più debole, ma può verificarsi il caso in cui la predisposizione di una siffatta clausola arbitrale risponda agli interessi specifici e concreti di ambo le parti: l'interesse dell'opzionario, di colui che si riserva se adire effettivamente l'arbitrato, potrebbe essere, ad esempio, quello di verificare l'effettiva "efficienza" dell'arbitrato. Cioè, l'opzionario potrebbe utilizzare la clausola compromissoria unilaterale per poter adire la giustizia arbitrale, se questa, nel caso concreto, possa realizzare gli obiettivi che l'opzionario si propone (rapidità ed economicità del giudizio, efficienza nell'esecuzione della decisione); ma anche per riservarsi, contemporaneamente, la facoltà di percorrere le vie ordinarie, ove l'arbitrato non si riveli strumento corrispondente alle attese.

E quindi, in quest'ottica, la clausola compromissoria tradizionale, la quale vincola i soggetti a rivolgersi al giudizio arbitrale, potrebbe anche essere rifiutata dagli interessati, perché giudicata un "salto nel buio".

In alternativa, può appunto essere consigliabile l'inserimento, nei contratti, di un'opzione di arbitrato, che lascerebbe la parte (ma nulla vieta che l'opzione sia concessa a tutte le parti contrattuali) libera di "attendere alla prova" la reale funzionalità ed appropriatezza della procedura arbitrale in una determinata occasione.

È invece inderogabile il foro esclusivo del luogo in cui il consumatore ha la residenza (art. 66 d.lgs. 206/2005) nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali dell'imprenditore e nei contratti a distanza conclusi tra consumatore e imprenditore. Di talché, in quest'ultimo caso, la clausola arbitrale ibrida sembrerebbe di difficile configurabilità.

Occorre infine considerare la compatibilità della cd. *option to arbitrate* con l'art. 33, comma 2, lett. *v-bis*) e *v-ter*) cod. cons.. La lett. *v-bis*) della disposizione considerata presume *iuris tantum* vessatorie le clausole che abbiano per oggetto o per effetto quello di imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V, di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un unico organismo ADR. La lett. *v-ter*), invece, mira ad evitare la predisposizione di clausole vessatorie che rendano eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V cod. cons.

Può ipotizzarsi che, con riguardo alle clausole arbitrali ibride, la vessatorietà della clausola possa essere evitata attraverso un'accurata predisposizione dei meccanismi di esercizio dell'opzione, in guisa da non precludere o non rendere eccessivamente difficoltoso per il consumatore l'accesso alle procedure di ADR disciplinate dal Codice del Consumo.

#### **4.2. terza e quarta questione, di carattere processuale: le modalità dell'esercizio dell'opzione in sede procedurale e la possibilità di giudizi paralleli.**

Con riguardo, invece, al problema delle modalità di esercizio dell'option to arbitrate, occorre distinguere tra il caso in cui l'opzione venga esercitata dall'opzionario ovvero dal concedente/oblato.

Nel primo caso, laddove l'opzionario avvii l'arbitrato, il concedente, che sia stato convenuto in giudizio arbitrale, non dovrebbero sorgere particolari difficoltà: poiché il concedente ha già manifestato espressamente e per iscritto la propria volontà di deferire le eventuali liti ad un collegio arbitrale, si viene a formare la convenzione di arbitrato per comportamento concludente. Poiché la domanda d'arbitrato ha per sua natura forma scritta, può ritenersi che il patto arbitrale si sia validamente concluso. La domanda di arbitrato contiene infatti in sé sia l'effetto sostanziale – negoziale di recedere dall'accordo sulla giurisdizione e di concludere la convenzione di arbitrato sia quello processuale di dare inizio alla lite.

Resta fermo tuttavia che, ai fini della disciplina di cui all'art. 817 c.p.c. in punto di non contestabilità della competenza arbitrale in sede di impugnazione del lodo, il concedente dovrebbe essere comunque abilitato a far valere i motivi di invalidità o inefficacia della clausola arbitrale come patto, per evitare la preclusione che deriverebbe se la relativa eccezione non sia stata ritualmente proposta entro la prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri.

Nel secondo caso invece, ove cioè l'iniziativa arbitrale venga intrapresa dalla parte che ha concesso l'opzione, possono verificarsi due ipotesi.

Se il concedente avvia un arbitrato, si espone all'eccezione di inesistenza dell'accordo arbitrale, rispetto al quale manca il consenso della controparte opzionaria che avrebbe invece dovuto esercitare l'opzione; e la relativa eccezione potrebbe essere fatta valere dal beneficiario – secondo la tesi preferibile – entro il termine di decadenza di cui all'art. 817 c.p.c.<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> Per una lettura limitativa dell'art. 817 c.p.c., tale per cui non riguarderebbe le decadenze e le preclusioni nel procedimento arbitrale, bensì quelle, in tesi diverse, concernenti i motivi di impugnazione del lodo, v. il lodo del Collegio Arbitrale costituito a Padova del 21 gennaio 2020, disponibile al seguente link: <https://www.arbitratoitalia.it/wp-content/uploads/2020/09/lodo-pd->

La parte beneficiaria dell'opzione, tuttavia, potrebbe "sanare" l'inesistenza<sup>184</sup> dell'accordo arbitrale procedendo alla nomina del proprio arbitro ed omettendo di sollevare la relativa eccezione, e la convenzione di arbitrato si concluderebbe così per *facta concludentia*.

Laddove invece il concedente inizia la lite innanzi al giudice togato convenzionalmente individuato nell'accordo concluso; e in questo caso si pone il problema se (i) l'altra parte possa ancora esercitare l'opzione a favore dell'arbitrato nonostante la pendenza della lite, (ii) quali siano gli effetti di questa opzione e se (iii) vi sia un limite temporale al suo esercizio.

Con riguardo alla possibilità di esercitare ancora l'opzione (i), il problema non si pone laddove l'esercizio dell'opzione venga disciplinato nella convenzione di arbitrato, con facoltà di interpello della parte, che viene così invitata a dichiarare se voglia esercitare o meno l'opzione: in questi casi, in applicazione dei principi di correttezza e buona fede, anche un eventuale silenzio della parte interpellata è preclusivo ad un successivo esercizio dell'opzione a lite iniziata. Quando, invece, il meccanismo di funzionamento dell'opzione non è compiutamente disciplinato dal regolamento negoziale, e sempre che il concedente non richieda al giudice la fissazione di un termine per l'esercizio dell'opzione *ex art. 1331 c.c.*, si pone il problema della persistenza del potere dell'opzionario di esercitare l'opzione *sine die*<sup>185</sup>.

Sul punto vi è chi sostiene che l'opzione possa essere esercitata dal beneficiario in qualsiasi momento *lite pendente*, sull'assunto che «*non appare sensato ritenere che il procedimento giudiziale già instaurato dalla parte concedente l'opzione paralizzi il diritto di adire gli arbitri da parte di chi gode del diritto di opzione, poiché altrimenti il concedente potrebbe rendere inefficace per sua stessa iniziativa il patto cui a suo tempo aveva consentito. Appare dunque giocoforza ritenere che la causa giudiziale intentata dal concedente l'opzione di arbitrato venga dichiarata improcedibile in ragione della decisione dell'opzionario di avviare un contenzioso arbitrale*»<sup>186</sup>.

---

[210120.pdf](#), con nota di R. OLIVA, *Inesistenza della clausola compromissoria*, in *Arbitrato in Italia*, 5, 2020, p. 39 ss.

<sup>184</sup> Secondo la tesi preferibile espressa da L. SALVANESCHI, *L'arbitrato*, Bologna-Roma, 2014. L. SALVANESCHI, *Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840. Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2014, p. 563, per la quale «*sia che la convenzione di arbitrato manchi del tutto [...], sia che sia nulla per vizio di forma, o annullabile [...] è sufficiente la mancata deduzione del vizio nei termini [...] per sanare il vizio*».

<sup>185</sup> Si ritiene di condividere l'opinione di chi afferma che in questa ipotesi non si ponga invece un problema di conclusione del patto arbitrale *ex post*: cfr. G. CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., p. 290, per il quale un conto è la situazione in cui l'accordo arbitrale tra le parti sopraggiunga *ex novo* e *lite pendente*, altro conto è la situazione in cui una delle parti compia una scelta unilaterale ad un certo punto della lite (arbitrale o giurisdizionale) e decida di farla venir meno esercitando l'opzione.

<sup>186</sup> Cfr. R. MARTUSCELLI, *Mutualità e unilaterali della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, cit., pp. 6-8.



Principi generali in materia di correttezza e buona fede sul piano sostanziale e sul piano delle dinamiche processuali impongono di ritenere che l'esercizio dell'opzione debba essere temporalmente circoscritto; e se la delimitazione temporale non avviene *ex contractu* occorre guardare alla dinamica del processo e ritenere che l'opzione possa essere esercitata comunque *in limine litis*<sup>187</sup>.

Sull'esatta individuazione del momento in cui opererebbe la preclusione processuale all'esercizio dell'opzione, vi è la necessità di coordinare due principi: da un lato, il principio della *perpetuatio iurisdictionis*<sup>188</sup> (art. 5 c.p.c. e artt. 4 e 8 l. 218/1995), a mente del quale gli eventi successivi alla proposizione della domanda non devono avere effetto sulla giurisdizione, a presidio della parte che richiede la tutela giurisdizionale; dall'altro lato, vi è l'esigenza di rispettare – sul piano sostanziale – la volontà contrattuale originaria delle parti che hanno concordato l'opzione e – sul piano processuale – di evitare che il concedente l'opzione possa rendere inefficace, per sua stessa iniziativa, il patto cui a suo tempo aveva consentito, impedendo così alla controparte la facoltà di scelta in forza di preclusioni eccessive.

Il primo principio conduce a ritenere che la notificazione della domanda giudiziale precluda la facoltà di scelta, per cui il termine ultimo, entro il quale la parte possa e debba esercitare l'opzione, sia quello rappresentato dalla notifica della domanda innanzi al giudice o all'arbitro.

---

<sup>187</sup> In tal senso G. CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., p. 290, il quale ritiene che, ai fini dell'individuazione del termine ultimo per l'esercizio dell'opzione, l'alternativa si ponga tra l'inizio della lite (i.e., la sua pendenza) e la prima difesa innanzi al giudice.

<sup>188</sup> Principio oggi ritenuto applicabile in sede arbitrale, attesa la qualificazione dell'eccezione di patto compromissorio come eccezione di incompetenza, sebbene a seguito di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

L'orientamento più risalente, assimilando l'*exceptio compromissi* all'eccezione d'incompetenza per territorio semplice, riteneva che l'istituto fosse applicabile al procedimento arbitrale, con la conseguenza che la competenza degli arbitri avrebbe dovuto ritenersi insensibile ai mutamenti di fatto e di diritto intervenuti dopo l'instaurazione del procedimento: cfr., in giurisprudenza, Cass. civ., Sez. Un., 12 giugno 1997, n. 5299; in dottrina, M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 255; L. SALVANESCHI, *La domanda d'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 668. In senso contrario all'applicazione di tale istituto al giudizio arbitrale ha invece opinato la giurisprudenza successiva al *revirement* del 2000, sulla base del ritenuto carattere negoziale dell'arbitrato: cfr. Cass. civ., sez. I, 21 luglio 2004, n. 13516, con nota di B. CAPPONI, *Arbitrato e perpetuatio jurisdictionis*, in *Riv. arb.*, 1, 2005, p. 260 ss.; R. MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*, in *Corr. giur.*, 5, 2005, p. 655 ss.; di G. SANTAGADA, *Rapporti tra giurisdizione ordinaria e arbitrato: una peculiare questione di diritto intertemporale*, in *Riv. arb.*, 3, 2005, p. 523 ss.. Benché la dottrina avesse ripetutamente evidenziato come l'applicazione dell'art. 5 c.p.c. dovesse ritenersi sganciata dalla qualificazione dei rapporti fra arbitri e giudici, essendo essa espressione del generale principio *tempus regit actum* ed essendo essa funzionale a garantire alla parte che avesse notificato la domanda di arbitrato la medesima tutela prevista per la parte che avesse adito l'autorità giudiziaria (cfr. B. CAPPONI, *Arbitrato e perpetuatio jurisdictionis*, in *Riv. arb.*, 1, 2005, p. 265), oggi, l'applicazione dell'istituto in questione sembrerebbe fuor di discussione, in conseguenza della qualificazione dei rapporti fra arbitri e giudici in termini di competenza; cfr. B. CAPPONI, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, in *www.Judicium.it*.

La scelta della parte favorita negozialmente può dunque essere fatta valere in via di eccezione, al fine di paralizzare la domanda della controparte che abbia dato inizio alla lite innanzi alla corte o al collegio arbitrale per il quale esiste il vincolo contrattuale, soltanto qualora essa sia già stata formulata sul piano negoziale ed extraprocessuale in un momento antecedente.

Tale soluzione appare rispettosa delle dinamiche sia sostanziali sia processuali dell'*option to arbitrate*.

Sotto il profilo sostanziale, infatti, si osserva che lo scioglimento del patto arbitrale non potrebbe avvenire *lite pendente*<sup>189</sup>, perché se si parla di una convenzione di arbitrato, non è consentito sciogliersi dalla convenzione che abbia già avuto esecuzione con la domanda di arbitrato e la nomina dell'arbitro.

Sotto il profilo processuale, appare assorbente la funzione svolta dal principio della *perpetuatio iurisdictionis*, là dove – diversamente opinando – si tratterebbe di una deroga unilaterale rispetto a quanto previsto nel giudizio arbitrale<sup>190</sup>.

Infine, una simile soluzione sarebbe imposta anche dai canoni di buona fede e correttezza e tenuto conto dell'asimmetria della clausola arbitrale ibrida, dovrebbe essere tale da non creare ostacoli alla parte che chieda tutela.

Invece la seconda opzione ermeneutica, che ritiene esercitabile l'opzione per l'arbitrato anche successivamente alla proposizione della domanda giudiziale, ma entro la prima udienza o la prima difesa, se antecedente, consentirebbe di far valere l'*exceptio compromissi* entro i termini di cui all'art. 167 c.p.c. (*ex art. 819-ter*, comma 1, c.p.c.).

Sicché nel primo caso opererebbe, più che una preclusione processuale, una vera e propria causa estintiva del patto compromissorio; mentre nel secondo caso potrebbe parlarsi di preclusione processuale vera e propria: la mancata formulazione dell'*exceptio compromissi* del giudice ordinario darebbe origine soltanto a una preclusione processuale consistente nell'impossibilità di proporre domanda di arbitrato o di proseguire il giudizio arbitrale eventualmente pendente sulla controversia, senza tuttavia incidere sul patto compromissorio, con la conseguenza che laddove il giudizio ordinario si estingua o comunque non pervenga ad una decisione sul merito, la convenzione arbitrale manterrà intatta la propria efficacia<sup>191</sup>

Infine, con riguardo alla possibilità di giudizi paralleli, si osserva che quando una

---

<sup>189</sup> Sul punto v. M. BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1988, p. 688.

<sup>190</sup> Non è infatti prevista una disposizione di tenore analogo con riferimento al giudizio arbitrale, per cui una siffatta deroga mal si concilierebbe con il *favor arbitrati* che ispira tutta la recente riforma dell'arbitrato.

<sup>191</sup> In tal senso v. S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, p. 321; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova, I ed., 2014, p. 506; S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di patto compromissorio e sulla sentenza che la decide*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 454; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, p. 221; F. P. LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 787; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, p. 98.

parte (quella obbligata) dia inizio al giudizio nelle forme e avanti all'autorità secondo il vincolo che la astringe e l'altra eserciti la propria facoltà di scelta dando inizio ad un secondo giudizio nella diversa forma, arbitrale o avanti il giudice togato, che le è consentita, sorge un problema di contemporanea pendenza di due giudizi sulla medesima pretesa.

In caso di clausola asimmetrica giurisdizionale si genera un problema di "litispendenza" se le due controversie avanti il giudice togato pendono in Italia o di *lis pendens* se l'una o l'altra hanno sede in un altro ordinamento;

La giurisprudenza europea<sup>192</sup> ritiene che vi sia *lis pendens* quando i due giudizi pendono tra le stesse parti ed hanno la medesima *cause of action*<sup>193</sup>; in questi casi, secondo quanto previsto dalla Convenzione di Bruxelles II<sup>194</sup>, opererebbe l'istituto della sospensione del giudizio introdotto per secondo. Inoltre, le c.d. *antisuit injunctions*<sup>195</sup>, pronunciate da un giudice a tutela di una convenzione arbitrale, sono state dichiarate incompatibili con la normativa europea<sup>196</sup>.

Se la contemporanea pendenza si pone tra un giudizio arbitrale ed uno innanzi al giudice togato, il problema si pone, almeno per il nostro ordinamento, in modo affatto diverso. Infatti, secondo il nostro diritto positivo, non si può discutere della sospensione di un processo arbitrale in attesa che sia deciso quello per primo iniziato innanzi al giudice, poiché, sebbene vi sia litispendenza o pregiudizialità - dipendenza tra le due azioni ai sensi dell'art. 295 c.p.c., gli arbitri non potranno dare corso alla sospensione del giudizio, poiché, secondo l'opinione dominante<sup>197</sup>, i casi disciplinati all'art. 819 bis c.p.c. sono tassativi e non estensibili per via analogica.

Gli arbitri, dunque, potranno conoscere e decidere la lite, salvo il coordinamento tra i due giudizi secondo il principio delle c.d. vie parallele, che caratterizza oggi, a seguito della riforma del 2006, il rapporto tra il giudizio arbitrale e quello innanzi al giudice togato<sup>198</sup>. Il principio generale introdotto con la riforma del 2006 riconosce infatti agli arbitri il potere di decidere su ogni questione insorta nel

---

<sup>192</sup> Cfr. in particolare CGUE, *Erich Gasser GmbH v MISAT Srl.*, Case C-116/02, 2003.

<sup>193</sup> Per tutti si veda la nota controversia CGUE, *Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palumbo*, Case 144/86, 8 dicembre 1987.

<sup>194</sup> L'art. 29 ss. della Convenzione di Bruxelles II prevede il principio noto come "*first come, first served*".

<sup>195</sup> In argomento v. M. A. LUPOI, *Antisuit injunctions e arbitrato: l'esperienza inglese*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 441 ss.

<sup>196</sup> Sul punto v. *amplius* E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 239 ss. Per un esame del problema dei procedimenti paralleli nell'arbitrato in materia di investimenti, v. G. ZARRA, *Parallel proceedings in investment arbitration*, Torino, 2016.

<sup>197</sup> L. SALVANESCHI, *sub. Art. 819 e 819 bis*, in *Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840. Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2014, p. 641 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *Questioni pregiudiziali e sospensione del giudizio arbitrale*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 843 ss.

<sup>198</sup> In questo senso sembra potersi indirizzare la lettura dell'art. 819-ter c.p.c., introdotto dalla riforma del 2006: la ratio della norma andrebbe ricercata nella volontà di garantire la massima autonomia e indipendenza fra il procedimento arbitrale e quello ordinario.

giudizio innanzi a loro o comunque utile alla pronuncia del lodo, senza che l'eventuale pendenza di un processo innanzi al giudice togato possa costituire un limite.

## **5. Le garanzie di protezione del consumatore nella procedura arbitrale.**

La protezione del contraente debole nei rapporti asimmetrici B2C è presidiata anche dall'insieme delle regole procedurali che disciplinano l'arbitrato. Non potendo, in questa sede specifica, operare una ricognizione onnicomprensiva delle regole delle procedure arbitrali che vengono in rilievo (oltre a quelle generali del codice di rito, applicabili di *default* nell'arbitrato *ad hoc* e amministrato), ci si limiterà ad una indicazione degli aspetti rilevanti – ai fini dell'indagine che si intende condurre – delle garanzie che attengono all'imparzialità e all'indipendenza dell'arbitro, nonché di alcune questioni relative ai poteri cognitivi e decisorii dello stesso.

### **5.1. Garanzie di imparzialità e indipendenza degli arbitri.**

Con riferimento alle garanzie di imparzialità ed indipendenza del giudicante nell'arbitrato di consumo, che si applicano pacificamente anche al giudizio arbitrale (quantomeno rituale), può anzitutto osservarsi che il sistema di presidio dei richiamati principi appare idoneo a consentire alle parti un'adeguata tutela.

Infatti, il primo presidio (di carattere positivo) è rappresentato dalla considerazione del difetto di imparzialità alla stregua di una vera e propria violazione dell'ordine pubblico, come emerge dalla stessa disciplina della ricazione degli arbitri prevista dal codice di rito (art. 815 c.p.c.). Si prevede infatti che, l'oggettiva situazione di rischio, dovuta a una mancanza di terzietà, se non fatta valere nel previsto termine breve di dieci giorni, non può inficiare in alcun modo la decisione emanata<sup>199</sup>.

Tuttavia, secondo un altro orientamento dottrinale, il presidio sarebbe piuttosto da rinvenirsi nel diverso riferimento alla violazione dell'ordine pubblico processuale<sup>200</sup>.

Il secondo presidio, sempre di ordine positivo, è dato dalla previsione del divieto per le istituzioni a carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza di

---

<sup>199</sup> Così C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Ricazione degli arbitri*, in *Arbitrato*, a cura di F. CARPI, Bologna, 2016, p. 289.

<sup>200</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 776 ss.; in senso contrario S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo <<rituale>>*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 843 ss.

interessi di categorie professionali, la possibilità di nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi (art. 832, comma 4, c.p.c.), ove si ritenga che tale norma abbia portata generale e sia suscettibile di applicazione anche al di fuori del contesto dell'arbitrato amministrato<sup>201</sup>.

Infine, secondo un orientamento dottrinale emerso negli ultimi tempi, che muove da un approccio internazionalistico alla materia dell'arbitrato, sarebbe ragionevole estendere, seppure il nostro ordinamento non lo preveda espressamente, a differenza di quelli stranieri e dei regolamenti arbitrali, la possibilità di *disclosure* da parte degli arbitri<sup>202</sup>.

## 5.2. Poteri cognitivi e decisorii degli arbitri.

La tutela del consumatore passa anche per il compendio di poteri cognitivi e decisorii degli arbitri, che viene qui esaminato sotto un duplice profilo: da un lato, la latitudine dei poteri di controllo dell'arbitro sulla vessatorietà o meno della clausola compromissoria che, a ben vedere, riporta alla più generale valutazione sulla sussistenza o meno della sua *potestas iudicandi*; dall'altro lato, appurata la non vessatorietà della clausola compromissoria nel singolo giudizio arbitrale pendente, rileva la questione della necessità di applicazione delle norme inderogabili dettate a protezione del consumatore, al fine di assicurare la pienezza e l'effettività della tutela.

Partendo dal primo profilo, può anzitutto osservarsi che la questione appare particolarmente complessa in quanto verte non già sul potere dell'arbitro di censurare – eventualmente *ex officio* – la vessatorietà o meno di qualsiasi clausola del contratto B2C sottoposto alla sua cognizione, bensì sulla possibilità di rilevare la vessatorietà di quella particolare clausola, il patto di arbitrato, che fonda la sua stessa *potestas iudicandi*.

La questione è stata poi affrontata dai giudici europei, nelle diverse pronunce rese sul tema del connubio tra arbitrato e tutela dei diritti dei consumatori.

---

<sup>201</sup> Cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 997 ss. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, cit., p. 470, la quale lo reputa applicabile alle nomine degli arbitrati di lavoro.

<sup>202</sup> Lo ritengono un principio immanente nel nostro sistema C. CONSOLO, *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 17 ss.; L. SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 427.

Sin dalla storica sentenza resa sul caso *Mostaza Claro*<sup>203</sup> è stato affermato che la questione della tutela del consumatore attiene all'ordine pubblico comunitario<sup>204</sup>: onde ne è discesa l'affermazione di un importante principio in punto di tecniche processuali.

È stata infatti riconosciuta la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola, quale presupposto per assicurare al consumatore una tutela effettiva, tenuto conto del rischio non trascurabile che questi ignori i suoi diritti o incontri difficoltà per esercitarli, quali ad esempio i costi correlati ad un'azione giudiziaria. Ciò in ragione della configurazione del sistema di tutela istituito dalla direttiva n. 1993/13/CEE, fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse. È stato così riconosciuto un principio che avrà larga fortuna nella cultura protezionistica – sia europea sia domestica – ossia il potere del giudice di rilevare *ex officio* la nullità dell'accordo compromissorio non eccepita nelle prime difese nell'ambito del procedimento arbitrale.

In questo modo è stato riconosciuta la necessità di superamento delle regole processuali interne, quali le preclusioni al rilievo officioso del vizio di vessatorietà della clausola compromissoria. E ciò è stato affermato considerazione che la Direttiva comunitaria in materia di contratti dei consumatori dispone che le clausole abusive “non vincolano il consumatore” e tale norma deve essere qualificata di

---

<sup>203</sup> CGUE, Sez. I, 26 ottobre 2006 C-168/05, *Mostaza-Claro* con nota di G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 619 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza - Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 673 ss.; da E. MARINUCCI, *Impugnazione del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale: inammissibilità di preclusioni*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 64 ss., che parte dal presupposto della inarbitrabilità dei diritti del consumatore; di E.F. RICCI, *Clausola compromissoria “vessatoria” e impugnazione del lodo*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 673 ss. Per un approfondimento, v. E. SALOMONE, *La Corte di Giustizia sulla clausola arbitrale nei contratti dei consumatori: riflessioni sull'ordine pubblico comunitario e sull'impugnazione dei lodi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, p. 701 ss. La controversia che ha dato origine al rinvio pregiudiziale riguardava il caso di una consumatrice che, avendo stipulato un contratto di abbonamento ad una linea di telefonia mobile, non ne aveva poi rispettato i termini di durata. La società fornitrice del servizio aveva attivato la clausola compromissoria contenuta nel contratto che devolveva le controversie ad un arbitrato amministrato.

La consumatrice non si era avvalsa del termine assegnatole dalla istituzione arbitrale per rifiutare l'arbitrato e si era difesa nel merito; l'arbitrato si era poi concluso in senso a lei sfavorevole. Impugnato il lodo da parte della consumatrice che sosteneva la nullità della clausola compromissoria in quanto essa avrebbe assunto carattere abusivo, la competente autorità giudiziaria spagnola da un lato reputava effettivamente abusiva la clausola compromissoria de qua, ma dall'altro lato rilevava che secondo la disciplina dell'arbitrato vigente all'epoca dei fatti il giudice dell'impugnazione del lodo non avrebbe potuto rilevare *ex officio* la nullità dell'accordo compromissorio non eccepita nelle prime difese nell'ambito del procedimento arbitrale.

Di qui il rinvio pregiudiziale incentrato sulla conformità o meno al diritto comunitario di tale preclusione processuale con riferimento ai contratti dei consumatori.

<sup>204</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 1005.

natura imperativa in quanto volta ad assicurare un equilibrio sostanziale e non soltanto formale tra le parti.

La natura imperativa di tale disposizione consentirebbe dunque, anche alla luce del principio di effettività, di affermare che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, indipendentemente dalle preclusioni processuali a tale rilievo eventualmente previste dall'ordinamento nazionale.

Successivamente, nella nota vicenda *Asturcom*<sup>205</sup>, la Corte di Giustizia è stata chiamata ad affrontare, sempre in via di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE (ex art. 234 CE), un delicato profilo relativo alla facoltà per il giudice nazionale dell'esecuzione di rilevare d'ufficio la nullità di una clausola compromissoria abusiva. La Corte ha ritenuto che la nullità (o abusività) della clausola arbitrale contenuta in un contratto stipulato da un consumatore sia necessariamente rilevabile d'ufficio dal giudice.

Se nel caso *Mostaza Claro* veniva riconosciuto il superamento delle regole processuali interne relative alla preclusione processuale derivante dall'impossibilità di far valere nei motivi di gravame del lodo il vizio di nullità del patto arbitrale non tempestivamente eccepito, nel caso *Asturcom* si afferma addirittura il superamento delle regole processuali interne che attribuivano l'autorità di cosa giudicata alla decisione arbitrale<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> CGUE, Sez. I, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom*, con nota di E. D'ALESSANDRO, *La Corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il Consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *www.iudicium*, 2010. La vicenda trae origine da una controversia nell'ambito della quale la società *Asturcom Telecomunicaciones* ha proposto ricorso per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo che condannava una cliente al pagamento di somme dovute in esecuzione di un contratto di abbonamento alla telefonia mobile. Il giudice spagnolo investito della domanda per l'esecuzione forzata del lodo arbitrale che aveva acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, rilevato che la clausola compromissoria contenuta nel contratto di abbonamento aveva carattere abusivo e constatato che la legge processuale spagnola non prevede alcuna disposizione relativa alla valutazione del carattere abusivo della clausola compromissoria ad opera del giudice competente a statuire su un ricorso per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo, dubitava della compatibilità della normativa nazionale con il diritto comunitario. Investita della questione pregiudiziale, la Corte si è dovuta confrontare con tale peculiare situazione, in cui l'inerzia della consumatrice aveva determinato la formazione del giudicato sulla pronuncia arbitrale e il rilievo della abusività della clausola compromissoria era effettuato, d'ufficio, soltanto in fase di esecuzione forzata del lodo.

<sup>206</sup> Nell'esaminare la vicenda la Corte ha innanzi tutto ribadito il principio secondo cui il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario. Ha tuttavia ricordato che tali norme non debbono essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di diritti conferiti dall'ordinamento comunitario (principio di effettività).

Avendo constatato che le norme spagnole non violavano il principio di effettività, con riferimento al principio di equivalenza la Corte ha considerato che la tutela accordata al consumatore dall'art. 6 della direttiva 93/13 è posta da una norma imperativa, da assimilare alle norme di ordine pubblico dell'ordinamento interno di ciascun Stato membro.

Sicché, in forza di tale pronuncia, qualora un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo debba, secondo le norme procedurali interne, valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali d'ordine pubblico, egli è parimenti tenuto a valutare d'ufficio il carattere abusivo di detta clausola alla luce dell'art. 6 della Direttiva 93/13, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine.

In questa prospettiva la Corte ha quindi risolto la questione dichiarando che la Direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola.

La soluzione della Corte rafforza la tutela del consumatore nei confronti delle clausole compromissorie abusive e sottolinea l'importanza che, a livello comunitario, viene dedicata alla ricerca di un equilibrio sostanziale delle posizioni delle parti nelle controversie dei consumatori.

Applicando, *mutatis mutandis*, il ragionamento anche al potere degli arbitri stessi – e non già del giudice ordinario – di rilevare la vessatorietà della clausola compromissoria, occorre poi valutare la compatibilità con le regole processuali interne e, soprattutto, con i principi che governano l'istruttoria.

Quanto al primo aspetto, si osserva che, da un punto di vista dell'ordinamento interno, sussistono alcune preclusioni di ordine processuale alla rilevabilità della invalidità della convenzione di arbitrato

Anzitutto, dal lato degli arbitri, l'art. 817 c.p.c. sembra subordinare la delibazione degli arbitri sulla validità, sul contenuto o sull'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri alla previa contestazione di parte. E anche l'art. 819-ter, ult. comma, c.p.c., che si riferisce invero alla impossibilità di proporre domande giudiziali (dinanzi al giudice) aventi ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione d'arbitrato in pendenza del procedimento arbitrale, sembra escludere la possibilità di rilevare successivamente la questione<sup>207</sup>.

Quanto al secondo aspetto, invece, si segnala che una volta riconosciuto il potere degli arbitri di rilevare d'ufficio la vessatorietà della clausola compromissoria, si

---

<sup>207</sup> V. M. BOVE, *La Giustizia privata*, cit., p. 69, per il quale l'art. 819-ter c.p.c. escluderebbe altresì il principio per cui ogni giudice è giudice della propria competenza, facendo di una simile questione un autonomo oggetto di accertamento giudiziale



pone la necessità di assicurare che disponga degli adeguati strumenti probatori per la valutazione sull'invalidità della clausola, soprattutto ove gli elementi allegati dalle parti non suppliscano in tal senso.

Rispetto ai poteri istruttori officiosi del giudice in *subiecta materia* è intervenuta la Corte di Giustizia dell'UE. Dapprima, nel noto caso *Pannon* del 2009<sup>208</sup> la Corte ha ribadito l'obbligo per il giudice nazionale di rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola contrattuale (nella specie, di foro convenzionale coincidente con quello del professionista) quando dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari a tal fine.

Nel più recente caso *Pènzügyi* del 2010<sup>209</sup> il giudice europeo, al fine di precisare quanto affermato nella precedente decisione *Pannon*, ha enunciato un principio innovativo nel panorama del diritto euro-unitario: viene cioè posto in capo al giudice nazionale l'obbligo di adottare d'ufficio misure istruttorie per verificare l'abusività di una clausola contrattuale, anche al fine di supplire ad una inadeguata attività processuale del contraente debole.

Così, viene supportata l'adozione officiosa delle misure istruttorie appropriate al fine di verificare la validità in concreto di una clausola compromissoria inserita in un contratto tra professionista e consumatore<sup>210</sup>.

Qui il principio dell'effettività della tutela del consumatore è ritenuto prevalente su ogni altro e quindi idoneo a derogare al *principio dispositivo delle prove*, che si ritiene pacificamente applicabile anche nel giudizio dinanzi agli arbitri.

Si tratta di una ulteriore applicazione del concetto di ordine pubblico processuale comunitario già enunciato, nel caso *Asturcom*, che depone inequivocabilmente nel senso di una necessaria prevalenza del diritto europeo dei consumatori sugli ordinamenti processuali dei singoli Stati membri.

Muovendo poi all'analisi del secondo profilo, *i.e.* le regole sostanziali a tutela del consumatore che vengono in rilievo *nel merito* della controversia, deve rilevarsi che la censurabilità della violazione delle norme inderogabili costituisce uno dei mezzi previsti dalla legge per compensare lo squilibrio sostanziale tra le parti. Se ne deduce che gli arbitri stessi non solo potranno, ma dovranno assicurare l'applicazione delle norme inderogabili dettate a protezione del consumatore, se del caso anche mediante la qualificazione delle medesime come norme di "ordine

---

<sup>208</sup> CGUE, Sez. IV, 4 giugno 2009, causa c. 243/08, *Pannon*, con nota di A. PALMIERI in *Foro It.*, 2009, IV, p. 489 ss..

<sup>209</sup> CGUE, Grande Sezione, 9 novembre 2010, causa c. 137/2008, *Pènzügyi Lizing Lizing Zrt. c. Ferenc Schneider*, con nota di F.P. PATTI, *Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, in *I contratti*, 2011, p. 113 ss.

<sup>210</sup> Si afferma infatti che «il giudice nazionale deve adottare d'ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola attributiva di competenza giurisdizionale territoriale esclusiva contenuta nel contratto, che costituisce l'oggetto della controversia di cui è investito e che è stato concluso tra un professionista e un consumatore, rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, in caso affermativo, valutare d'ufficio il carattere eventualmente abusivo di una siffatta clausola».

pubblico” di protezione da applicarsi al merito della controversia, anche nella prospettiva di assicurare la compatibilità con il dettato dell’art. 829, comma 3, c.p.c.

## **6. Considerazioni conclusive alla luce dell’analisi economica dell’arbitrato.**

La richiamata concezione dell’arbitrato da mero procedimento a vero e proprio processo, dinanzi ad un terzo imparziale, con le garanzie del contraddittorio e con i vantaggi di celerità, competenza tecnica e speditezza hanno avvalorato la tesi della particolare fruibilità dello strumento alternativo rispetto all’ordinaria giustizia statale. Infatti il processo di solito costituisce la *sedes* nella quale gli squilibri contrattuali tra le parti vengono neutralizzati grazie alla presenza di un soggetto terzo e imparziale che applica le regole di diritto.

Infatti, la sproporzione tra la modesta consistenza economica delle controversie in materia di consumo e i tempi necessari per la risoluzione stragiudiziale della lite impongono la necessità di far ricorso a strumenti stragiudiziali in grado di offrire tutela a costi contenuti e in tempistiche ridotte, senza però far venir meno le garanzie tipiche del processo ordinario attraverso le quali è possibile porre le parti su un piano di eguaglianza sostanziale<sup>211</sup>.

Si è ritenuto di dover accogliere la posizione di chi ritiene che ad oggi possa affermarsi il pieno riconoscimento dell’arbitrabilità delle liti consumeristiche<sup>212</sup>, e della tendenziale validità delle clausole compromissorie inserite nei contratti B2C, onde la libera scelta manifestata dall’autonomia di volontà della parte incentiva l’agente razionale a massimizzare l’utilità, a partire dal momento in cui opta per l’arbitrato che possano fornirgli una migliore relazione di costo-beneficio, con tendenza alla riduzione di tali costi generata dalla concorrenza nel mercato dell’arbitrato.

Per questo motivo, l’arbitrato si trasforma in un’alternativa praticabile con la possibilità di riduzione dei costi di transazione e di un maggiore equilibrio nelle relazioni negoziali. La convezione arbitrale potrà essere adottata quale mezzo preventivo dalla negoziazione alla celebrazione del contratto, trasformandosi in un mezzo adeguato di soluzione dei conflitti nel contesto imprenditoriale, in quanto considera i reali effetti che la decisione arbitrale potrà recare ai suoi utilizzatori, in modo da garantire l’esecuzione contrattuale stabilita fra le parti interessate.

L’idea di fondo è tale per cui, se i costi di transazione risultano molto alti a motivo della asimmetria delle informazioni e degli errori di mercato che impediscono le

---

<sup>211</sup> Così osserva P. LICCI, *I sistemi di risoluzione alternativa delle liti*, cit., p. 12.

<sup>212</sup> V. *supra* § 3.2.

negoziazioni, l'allocazione efficiente delle risorse dipenderà, molte volte, dalle norme giuridiche strutturate dallo Stato per mezzo di incentivi per la diminuzione dei costi e la tutela più efficiente delle parti deboli, in una prospettiva di benessere collettivo.

Dando quindi per presupposto il superamento del vaglio del primo ordine di limiti (ordine pubblico di direzione) *sub specie* arbitrabilità delle controversie, si vorrà dunque verificare l'operatività e la latitudine dell'ordine pubblico di protezione con riferimento alle singole fattispecie di rapporto asimmetrico analizzate nei successivi capitoli.

# Capitolo II

## L'arbitrato internazionale in materia di investimenti.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: l'arbitrato in materia di investimenti nell'eterogeneo panorama sostanziale e processuale. – 1.1. Pluralità di istituti e modelli di risoluzione non giurisdizionale delle controversie. – 1.2. Controversie Stato-investitore straniero e arbitrato internazionale. – 2. Il rapporto asimmetrico Stato-investitore: i sistemi di risoluzione ISDS. – 2.1. Breve premessa di carattere storico e inquadramento degli istituti. – 2.2. L'asimmetria "connaturata" all'*investment arbitration*. – 3. L'arbitrato ICSID. – 3.1. La giurisdizione ICSID *ratione personae* e la nozione di investitore straniero. – 3.2. La giurisdizione ICSID *ratione materiae*: le controversie compromettibili in arbitrato. – 3.3. Clausola compromissoria e consenso all'arbitrato. – 3.3.1. Offerta arbitrale sottoposta a condizione di procedibilità. – 4. L'effettività della tutela processuale degli investitori stranieri: l'esecuzione e l'annullamento dei lodi. – 4.1. Tutela della disparità nella fase di esecuzione del lodo arbitrale. – 4.2. Tutela della disparità nella fase di annullamento del lodo arbitrale. – 5. La tutela dell'investitore e le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza europea e arbitrale. *Achmea* e *post Achmea*. – 5.1. Effettività della tutela per gli investitori tra retroattività e *potestas iudicandi*. – 5.2. Le vicende successive ad *Achmea*. – 5.3. Le inefficienze del nuovo quadro rimediale per la tutela dell'investitore. – 5.3.1. L'incerta sorte dei procedimenti arbitrali pendenti: l'esecuzione e l'annullamento del lodo contrario ad *Achmea*. – 5.3.2. Considerazioni conclusive. – 5.4. Critiche alla decisione *Achmea* tra regole sostanziali e regole processuali. – 5.5. Alternative all'arbitrato internazionale nello spazio giuridico europeo. 5.5.1. Considerazioni conclusive.

### **1. Introduzione: l'arbitrato in materia di investimenti nell'eterogeneo panorama sostanziale e processuale.**

#### **1.1. Premessa. Pluralità di istituti e modelli di risoluzione non giurisdizionale delle controversie.**

Nel delicato settore degli investimenti, il panorama dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie appare variegato e composito. Le ragioni di tale varietà si rinvencono in una pluralità di fattori.

In primo luogo, l'espressione "arbitrato in materia di investimenti" si riferisce ad una pleora di istituti eterogenei, sicché risulta difficoltoso inquadrarlo all'interno di un'unica categoria processuale<sup>1</sup>. Tale eterogeneità è dovuta, da un lato, alla connaturata ampiezza del *genus* investimenti; dall'altro, nel pluralismo soggettivo della materia degli investimenti, che si connota per un insieme di attori ciascuno con qualifiche differenti e portatori di interessi distinti.

L'intersecarsi dei menzionati profili oggettivo e soggettivo determina una eterogeneità di possibili rapporti asimmetrici prospettabili.

In secondo luogo, occorre considerare il fattore della stratificazione legislativa multilivello: a seconda dell'istituto considerato, che concerne rapporti di investimento specificamente qualificati quanto al profilo soggettivo (*players* coinvolti) e oggettivo (tipologie di investimento), le fonti di riferimento si rinvencono ora nei trattati internazionali, ora nella disciplina euro-unitaria, ora nella legislazione domestica.

L'arbitrato in materia di investimenti è anzitutto regolato dalle convenzioni internazionali, relative agli arbitrati internazionali e stranieri, ma che hanno significativa influenza anche sull'arbitrato domestico. Le principali convenzioni di riferimento sono la Convenzione di New York del 1958, la Convenzione di Ginevra del 1961<sup>2</sup> e la Convenzione di Washington del 1965<sup>3</sup> istitutiva dell'International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

All'interno dell'ordinamento giuridico europeo rileva poi il Regolamento UE n. 1215 del 2012 sulla giurisdizione e sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che esclude espressamente dal suo ambito di applicazione l'arbitrato e richiama al contempo la Convenzione di New York: così facendo, la convenzione diviene fonte della normativa europea<sup>4</sup>.

Nello specifico, per la materia degli investimenti, può rilevare anche la già richiamata Direttiva n. 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie

---

<sup>1</sup> Così osserva L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, 2, 2017, p. 424.

<sup>2</sup> La Convenzione di Ginevra sull'arbitrato internazionale commerciale del 1961 è stata siglata principalmente per disciplinare l'arbitrato tra le parti degli Stati Membri dell'UE. L'Italia ha proceduto alla ratifica con L. 10 maggio 1970, n. 418, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 6 luglio 1970, n. 167 ([https://www.bg.camcom.it/sites/default/files/contenuto\\_redazione/pagina\\_base/PDF/convenzione-ginevra-1961.pdf](https://www.bg.camcom.it/sites/default/files/contenuto_redazione/pagina_base/PDF/convenzione-ginevra-1961.pdf)).

<sup>3</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States del 14 ottobre 1965, disponibile al seguente link: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf)

<sup>4</sup> V. in argomento C. RASIA, *Il nuovo Regolamento UE n. 1215/2012 e l'arbitrato: a storm in a tea-cup*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 193 ss..

dei consumatori<sup>5</sup>, che, in virtù dell'ampia destinazione soggettiva, può ritenersi senz'altro applicabile anche ai rapporti di investimento<sup>6</sup>.

Infine, quanto alla normativa domestica italiana, si segnalano la disciplina di cui al codice di rito (art. 806 ss c.p.c.), che non conosce preclusioni quanto all'oggetto delle controversie compromettibili in arbitrato né quanto alla qualifica dei soggetti, e la disciplina settoriale per le controversie bancarie e finanziarie<sup>7</sup>.

Ciascuno strumento ADR considerato presenta presupposti di operatività ben delineati, quanto all'ambito territoriale, oggettivo e soggettivo di applicazione.

Gli evidenziati fattori di profonda eterogeneità – di fonti, di soggetti coinvolti, di tipologie di rapporti, di categorie di “investimenti” – rendono particolarmente arduo il tentativo di riconduzione ad un sistema unitario sotto il profilo processuale.

Si è visto nel precedente capitolo che l'analisi delle tecniche di tutela processuale delle posizioni sostanziali asimmetriche nei rapporti B2C si basa su alcune costanti, rappresentate dalle qualità soggettive (professionista-consumatore), su cui si innesta la variabile della differente modulazione delle clausole compromissorie.

Invece, nel caso dell'arbitrato in materia di investimenti non vi sono fattori costanti, ma solo variabili: qualità soggettive delle parti, tipologie (e nozioni differenti) di investimenti, fonti normative diverse.

A fronte di tale *mare magnum*, occorre circoscrivere l'indagine che si intende condurre nel presente lavoro con riguardo all'arbitrato nel settore degli investimenti, e il criterio di selezione sarà dato dalla tipologia di rapporto asimmetrico che viene in rilievo.

Muovendo dalle qualifiche dei soggetti coinvolti nell'investimento, si tenterà nel presente capitolo e nel successivo di analizzare due dei possibili rapporti asimmetrici dunque di procedere per classificazioni, distinguendo tra il rapporto asimmetrico Stato-investigatore nell'arbitrato internazionale in materia di investimenti<sup>8</sup> e il rapporto asimmetrico *incumbent*-investitore nelle controversie

---

<sup>5</sup> Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori) disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011&from=FR>.

<sup>6</sup> Si v. l'art. 4, par. 1, lett. a) della Direttiva, che definisce consumatore «*qualsiasi persona fisica che agisca a fini che non rientrano nella sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale*».

<sup>7</sup> Il riferimento è agli istituti dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) e dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), sebbene – come si avrà modo di vedere meglio in seguito – non configurino propriamente procedimenti arbitrali. Le controversie devolute alla competenza dell'ABF e dell'ACF, relative al rapporto tra investitore/cliente e intermediario/emittente verranno esaminate al capitolo successivo.

<sup>8</sup> Anche sotto questo profilo ragioni di sintesi impongono di circoscrivere l'indagine solo ad alcune fonti normative e alcuni regolamenti di arbitrati amministrati. Così, nel presente capitolo ove si analizza l'arbitrato internazionale in materia di investimenti stranieri, ci si focalizzerà primariamente sull'arbitrato disciplinato dalla Convenzione ICSID – per la rilevanza, sul piano internazionale, dello strumento in esame –, con alcuni cenni anche all'arbitrato commerciale internazionale non ICSID.

domestiche devolute a sistemi di risoluzione alternativa alla giurisdizione statale, con focus sulle procedure dinanzi all'ABF e all'ACF e ai mutamenti determinati nell'intermediazione finanziaria dallo sviluppo del *Fintech*.

All'interno di ciascun rapporto asimmetrico individuato, si vorranno quindi esaminare l'insieme degli strumenti approntati dalle diverse fonti di riferimento per la tutela delle parti nella prospettiva dell'uguaglianza formale e della uguaglianza sostanziale.

## **1.2. Le controversie Stato-investitore straniero e l'arbitrato internazionale.**

Il rapporto di investimento costituisce, per le due parti coinvolte, uno strumento comune per raggiungere scopi diversi, ma convergenti. Da un lato, infatti, l'investitore straniero ha interesse ad accedere al mercato estero allo scopo di ottenere una fonte di potenziale profitto e di espandere la propria attività; dall'altro lato, l'apporto di risorse e capitali provenienti dall'estero costituiscono per lo Stato ospitante un efficace strumento per il potenziamento dell'economia interna. L'investimento estero consente così un'efficiente allocazione delle risorse e degli interessi delle parti in vista di comuni benefici e vantaggi, e per questo è destinatario di protezione sotto il profilo sostanziale e processuale, a livello sia di ordinamenti giuridici interni sia di ordinamento internazionale. Infatti, l'esigenza di assicurare il fisiologico svolgimento del rapporto di investimento instaurato costituisce condizione necessaria per la crescita dei mercati, in una dimensione sempre più globalizzata.

Sotto il profilo sostanziale, gli strumenti di diritto internazionale hanno tentato di ripianare il disallineamento fisiologico che si verifica tra le posizioni delle parti considerate (Stato ospitante e investitore), mediante *in primis* il riconoscimento del *fair and equitable treatment* (FET)<sup>9</sup> quale parametro *standard* minimo che gli Stati ospiti devono garantire nei rapporti con gli investitori stranieri – al fine di favorirne la promozione e la protezione – e indipendentemente dagli eventuali differenti canoni di trattamento riservati dallo Stato ospitante agli investimenti interni – si riferisce, secondo la ricostruzione ormai unanimemente condivisa, alla soddisfazione dei seguenti requisiti indefettibili. Il rispetto del citato parametro del trattamento imparziale ed equo implica l'obbligo di assicurare la prevenzione di trattamenti discriminatori ed arbitrari, l'utilizzo della diligenza ragionevolmente esigibile nella gestione del rapporto di investimento, la tutela delle legittime aspettative degli investitori e il ricorso a sistemi di giustizia terzi e imparziali.

---

<sup>9</sup> V. in argomento F.M. PALOMBINO, *Il trattamento «giusto ed equo» degli investimenti stranieri*, Bologna, 2012.

Agli obblighi di carattere positivo, le norme sulla protezione degli investimenti stranieri aggiungono poi una serie di divieti, quali quello di discriminazione nei confronti degli investitori esteri; l'espropriazione di investimenti esteri senza risarcimento; il diniego di giustizia ai danni degli investitori esteri presso i tribunali nazionali.

Diviene dunque fondamentale che l'effettività delle regole sostanziali, poste a presidio dei diritti e delle aspettative degli investitori che si trovano ad operare sul territorio straniero, sia assicurata anche mediante un sistema di tutela giurisdizionale efficiente.

La variabile "giustizia", infatti, costituisce uno dei requisiti fondamentali per il successo di un'operazione di investimento, idonea ad incidere direttamente sulle scelte economiche e, in definitiva, sulla qualità e sull'efficienza dei traffici giuridici.

Il legame tra l'efficienza della giustizia e l'efficienza del sistema economico è stato ampiamente indagato<sup>10</sup>, nei diversi settori dell'ordinamento, muovendo dalla premessa teorica che si riferisce a un mercato che funziona in condizioni di efficienza, in cui gli scambi avvengono a parità di forza contrattuale e con costi di transazione nulli. Sulla base di questo scenario, si ipotizza che la giustizia abbia costi e tempi di accesso diversificati che incidono sulle condizioni di efficienza del mercato.

In particolare, nel contesto delle controversie in materia di investimenti esteri, si pone l'esigenza di neutralizzare (o, comunque, di attenuare) i possibili fattori di asimmetria, rappresentati da elementi di disuguaglianza, di disparità di trattamento tra investitori stranieri e investitori locali, di disomogeneità territoriale.

Tali elementi di asimmetria risultano di particolare importanza nei processi dinamici di inefficienza, perché tendono a diventare il canale di trasmissione di mutue esternalità negative tra sistema giudiziario e sistema economico.

Pertanto, sotto il profilo processuale si è reso necessario assicurare un sistema di risoluzione delle controversie idoneo a garantire competenza, rapidità, flessibilità procedurale, confidenzialità e, soprattutto, neutralità del giudice.

---

<sup>10</sup> Per un'analisi del rapporto tra efficienza della giustizia civile ed efficienza del sistema economico v. D. MARCHESI, *L'inefficienza della giustizia civile, conseguenze sull'economia*, in *L'Italia da semplificare. I. Le istituzioni*, a cura di S. CASSESE-G. GALLI, Bologna, 1998.



## 2. Il rapporto asimmetrico Stato-investitore: il sistema di risoluzione alternativa delle controversie ISDS.

Nel contesto delle controversie internazionali sugli investimenti, ove diversi sono gli strumenti di risoluzione autonoma ed eteronoma delle liti<sup>11</sup>, il principale meccanismo per la composizione delle controversie Stato-investitore è rappresentato dall'*Investor-State Dispute Settlement* o ISDS.

Il sistema ISDS consente infatti l'avvio di procedura per risolvere le liti internazionali direttamente tra investitori stranieri e Stati ospiti (*Investor-State Dispute Settlement* o ISDS), ed è stato creato proprio al fine di assicurare agli investitori stranieri la possibilità di intraprendere un investimento in uno Stato ospitante con la garanzia che, in caso di controversia, avrebbero avuto accesso ad un giudizio arbitrale con arbitri indipendenti e qualificati, destinato a concludersi con un provvedimento definitivo ed esecutivo.

Si segnala sin d'ora che il sistema ISDS viene primariamente identificato nell'arbitrato disciplinato dalla Convenzione ICSID che costituirà oggetto di approfondimento nel presente capitolo. Tuttavia, accanto all'arbitrato ICSID, le parti del rapporto di investimento possono ricorrere anche gli arbitrati previsti dalle diverse istituzioni arbitrali. Tra questi, ad esempio, vengono in rilievo le procedure arbitrali presso la SSC di Stoccolma o Camera di commercio internazionale (ICC). Inoltre, le parti possono scegliere di sottoporre il proprio arbitrato internazionale *ad hoc* alla disciplina dettata dall'UNCITRAL Model Law del 1985 (come emendato nel 2006).

Inoltre, di recente in seno al CETA, è stato istituito l'*Investment Court System* (ICS)<sup>12</sup>, un meccanismo di risoluzione della controversia che consente agli

---

<sup>11</sup> Tra gli altri meccanismi di risoluzione delle controversie nel settore del commercio internazionale si richiamano il meccanismo presso l'OMG e il *Bilateral Dispute Settlement* (BDS), ma non consentono una risoluzione per via diretta della controversia tra lo Stato e l'investitore. Il primo prevede un sistema di risoluzione delle controversie basato su due livelli: i *Panels*, che rappresentano il primo grado di giudizio, sono formati da esperti che possono avere funzione conciliativa o giurisdizionale, e l'*Appellate Body*, che opera quale organo di appello permanente. Il meccanismo di risoluzione bilaterale delle controversie (*Bilateral Dispute Settlement*, BDS), incluso dall'Unione Europea in tutti i suoi accordi commerciali conclusi dopo il 2000, consente ai paesi interessati di usufruirne per risolvere in maniera più rapida le controversie derivanti dall'accordo ed è modellato sul sistema di risoluzione dell'OMC.

<sup>12</sup> Dopo una consultazione pubblica sulle proposte di riforma della protezione degli investimenti e del quadro di risoluzione delle controversie tra investitori del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) con gli Stati Uniti d'America, il Parlamento europeo ha chiesto la sostituzione del quadro tradizionale di arbitrato con un nuovo sistema giudiziario. La Commissione europea e il Canada hanno successivamente rinegoziato le disposizioni pertinenti dell'Accordo economico e commerciale globale (CETA) per stabilire un nuovo sistema giudiziario per gli investimenti (ICS). L'ICS si discosta, per alcuni profili, dal tradizionale modello di arbitrato ISDS, in particolare per quanto riguarda la nomina dei giudici, ma presenta forti aspetti di similarità. Per tali ragioni, nel dibattito internazionale, permangono alcune preoccupazioni riguardanti sia il

investitori stranieri che si sentano danneggiati da un provvedimento dell'autorità pubblica, di citare in giudizio lo Stato che lo ha emesso davanti ad un tribunale speciale con lo scopo di ottenere il risarcimento dei danni.

Quanto all'arbitrato in materia di investimenti, ad una prima lettura delle principali caratteristiche del sistema, si comprende la prospettiva *investor-oriented*<sup>13</sup>.

In primo luogo, assume una pregnanza specifica l'esigenza di garantire una protezione bilanciata degli interessi delle parti coinvolte, che sia al contempo rispettosa dei diritti degli investitori e di quelli degli Stati e che consenta un'elastica conciliazione tra finalità pubbliche e statutarie perseguite dagli attori di tali iniziative.

In secondo luogo, e come si vedrà *funditus*, assume particolare rilievo la circostanza del riconoscimento del diritto potestativo unilateralmente spettante all'investitore straniero di adire direttamente la procedura arbitrale internazionale, sulla base del preventivo consenso espresso per il futuro dallo Stato "ospitante" in un trattato internazionale di promozione e protezione degli investimenti ovvero in una legge nazionale<sup>14</sup>.

Sicché dalla tradizionale subordinazione del ricorso alla procedura arbitrale alla sussistenza di una specifica clausola arbitrale o compromissoria, contenuta nell'accordo concluso tra Stato ed investitore (c.d. *mutual consent in writing*), si è giunti alla definitiva affermazione del perfezionamento dell'accordo arbitrale per effetto dell'incontro tra l'offerta generale ed irrevocabile di arbitrato, manifestata preventivamente dallo Stato in un trattato ovvero in una legge interna, e la domanda di arbitrato proposta dall'investitore.

Altro elemento di particolare pregnanza, connesso all'ultimo richiamato, riguarda il valore vincolante del consenso espresso dallo Stato attraverso l'adesione al trattato o attraverso la previsione di una specifica legge interna sugli investimenti stranieri, non già la mera natura di espressione di intenti o di policy, priva di effetti cogenti.

Infine, particolare attenzione deve essere riposta sulla prospettiva di assicurare una giurisprudenza uniforme degli arbitrati, da cui discenda una ragionevole prevedibilità e certezza delle decisioni, allo scopo di consolidare il ricorso all'arbitrato nella prospettiva dell'adeguata tutela dei diritti e degli obblighi, sia degli investitori stranieri, sia degli Stati ospitanti.

---

diverso trattamento tra investitori stranieri e nazionali, sia l'incertezza sulla compatibilità del sistema ICS con il principio di autonomia dell'ordinamento giuridico dell'UE.

<sup>13</sup> Come emerge dalla Risoluzione dell'Istituto di diritto internazionale nella sessione di Tokio del 13 settembre 2013.

<sup>14</sup> Cfr. M. POTESTÀ, *Il consenso all'arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospitante dell'investimento*, in *Dir. comm. int.*, 2010, p. 379 ss.

## 2.1. Breve premessa di carattere storico e inquadramento degli istituti.

Giova effettuare una breve premessa di ordine storico al fine di tracciare il *finium regundorum* tra l'*investment arbitration* e altri istituti simili.

La storia dell'*Investment arbitration* è recente. La sua nascita si colloca verso la metà del XX secolo<sup>15</sup> e, in particolare, viene fatta risalire al 1959, quando fu sottoscritto il primo Trattato bilaterale sugli investimenti (Bilateral Investment Treaty o BIT)<sup>16</sup>.

Nell'ottica di incoraggiamento degli investimenti transfrontalieri i Governi degli Stati membri dell'Unione Europea hanno avviato procedure di negoziazione e stipulazione di trattati bilaterali di investimento<sup>17</sup>, che riconoscono agli investitori degli Stati contraenti il *right to national treatment* e il *right to most favourable nation treatment*, oltre al diritto ad un trattamento giusto ed equo<sup>18</sup>. All'interno di

---

<sup>15</sup> A partire dal 1950, infatti, un numero crescente di Stati ospitante iniziò a fornire il consenso all'arbitrato all'interno dei contratti con gli investitori stranieri: C.F. DUGAN-D. WALLACE-N.D. RUBINS-B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2011, p. 3.

<sup>16</sup> Si afferma che il primo BIT sia stato quello concluso tra Germania e Pakistan, *i.e.* il Treaty for the Promotion and the Protection of Investment, del 25 novembre 1959: v. W.S. DODGE, *Investment Treaties between Developed States: The Dilemma of Dispute Resolution*, in *The future of investment arbitration*, a cura di C.A. ROGERS-R.P. ALFORD, Oxford University Press, 2009, p. 165 ss.; J. PAUWELYN, *At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as A Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2014, p. 372 ss.

Osserva C. TRAPUZZANO, *L'arbitrato internazionale in tema di investimenti*, in *Giustiziacivile.com*, 24 marzo 2016, p. 4 che «l'esigenza di garantire un'adeguata protezione degli imprenditori che investano all'estero – trova spiegazione, in larga parte, nella creazione di un organismo internazionale di gestione delle controversie tra investitore estero e Stato ospitante mediante uno strumento pattizio internazionale»

<sup>17</sup> C.N. BROWER-S.W. SCHILL, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, in *Chicago Journal of International Law*, 2009, p. 1 ss.; A. GIARDINA, *L'arbitrato internazionale in materia di investimenti: impetuosi sviluppi e qualche problema*, in *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico*, a cura di N. BOSCHIERO-R. LUZZATTO, Napoli, 2008, p. 319. Uno dei primi BIT in materia di investimenti fu il Trattato sulla promozione e la protezione degli investimenti tra Germania e Pakistan, concluso nel 1959. Oggi esistono oltre 3000 accordi internazionali di investimento che contengono disposizioni in materia di composizione delle controversie tra investitore e Stato e gli Stati membri dell'UE sono firmatari di circa 1400 trattati.

<sup>18</sup> Il trattamento imparziale ed equo o *fair and equitable treatment* (FET), quale parametro internazionale minimo *standard* che gli Stati ospitanti devono garantire nei rapporti con gli investitori stranieri – ai fini di favorirne la promozione e la protezione, indipendentemente dagli eventuali differenti parametri minimi di trattamento riservati dallo Stato ospitante agli investimenti interni – si riferisce, secondo la ricostruzione ormai unanimemente condivisa, alla soddisfazione dei seguenti requisiti indefettibili: la giusta procedura da seguire, la prevenzione di trattamenti discriminatori ed arbitrari, l'uso della diligenza esigibile ed il rispetto delle legittime aspettative. V. F.M. PALOMBINO, *Il trattamento «giusto ed equo» degli investimenti stranieri*, cit.. V. anche C. DE STEFANO, *Attribution in International Investment Law*, Oxford University Press, 2020, p. 169, il quale ricorda che «*under international investment law, the primary obligation of due diligence incumbent on the State and its organ under customary international law is usually complemented and strengthened through the codification in IIAs of higher standards of protection, such as fair and*

tali trattati, conclusi tra due Stati, viene delineata la disciplina dei rapporti in materia di investimenti tra gli Stati-parte e si prevede che le relative controversie siano devolute ad arbitrato.

L'effettività dei diritti sostanziali degli investitori veniva infatti assicurata mediante la previsione di meccanismi di risoluzione delle controversie Stato-investitore (*ISDS*) alternativo alla giurisdizione statale<sup>19</sup>, basati sul ricorso a procedure internazionali di arbitrato, che costituivano strumento privilegiato per assicurare la protezione degli investitori contro le violazioni dei trattati da parte degli Stati ospitanti<sup>20</sup>, in virtù delle loro caratteristiche intrinseche e della facilità di accesso alla tutela<sup>21</sup>.

L'attribuzione di tale categoria di controversie alla decisione di un organismo imparziale ed astrattamente equidistante dalle parti in causa, oltre che specializzato<sup>22</sup>, è stato ritenuto uno dei fattori decisivi per l'incremento del livello

---

*equitable treatment or full protection and security [...] the FET standard consists mainly of an obligation on the host State's part to desist from behavior that is unfair and inequitable. By contrast, by assuming the obligation of full protection and security the host State promises to provide a factual and legal framework that grants security and to take the measures necessary to protect the investment against adverse action by private persons as well as State organs».*

<sup>19</sup> L'affermazione di tale modello di tutela processuale ha rappresentato un'evoluzione decisiva rispetto al sistema precedente: prima dello sviluppo dei BITs, infatti, l'investitore straniero che lamentasse una lesione ad opera dello Stato ospitante aveva a disposizione rimedi — quali il ricorso alla giustizia interna oppure la via diplomatica — considerati tendenzialmente insoddisfacenti: v. L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, cit., p. 424 ss., la quale precisa (nt. 8) che «l'apparato giurisdizionale interno allo Stato ospitante poteva essere (e spesso era) caratterizzato da un livello di garantismo inferiore a quello di provenienza dell'investitore; d'altronde si deve considerare che, soprattutto in un primo momento storico, il flusso degli investimenti si dirigeva prevalentemente da Paesi più sviluppati verso Paesi in via di sviluppo, in cui il sistema giudiziario non sempre presentava i medesimi standards di garanzia. Sotto un secondo profilo, la tutela diplomatica restava affidata all'iniziativa discrezionale del Paese di origine dell'investitore, oltre ad essere vincolata al previo esaurimento dei rimedi domestici». Sul punto, v. anche i rilievi della dottrina internazionalistica in E. DE BRANDABERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, 2014, p. 19; W.S. DODGE, *Investment Treaties between Developed States: The Dilemma of Dispute Resolution*, cit., p. 166; M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, 1993, p. 8.

<sup>20</sup> Mediante la sottrazione delle controversie tra di essi alla cognizione delle corti nazionali. Per una ricostruzione completa, v. F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti esteri nel diritto internazionale*, in *Neoliberismo internazionale e global economic governance*, a cura di A. COMBA, Torino, 2013, p. 131 ss.; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

<sup>21</sup> La specifica utilità del ricorso all'arbitrato nelle controversie che dovessero insorgere in tema di investimenti internazionali va indagata alla luce della neutralità, della competenza specifica, del maggior distacco dalle leggi nazionali, della maggiore snellezza, informalità e semplicità procedurale, nella rapidità, segretezza, facilitazione della composizione amichevole che lo strumento arbitrale è in grado, per sua stessa struttura e funzione, di garantire alle parti interessate: in questo senso C. TRAPUZZANO, *L'arbitrato internazionale in tema di investimenti*, cit..

<sup>22</sup> Infatti, con la previsione delle procedure arbitrali per le controversie Stato-investitore, è stato introdotto un sistema tendenzialmente neutrale di risoluzione delle controversie e, soprattutto, specificamente preposto alle controversie in tale materia. Sul punto, v. M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, cit., p. 9; G.

degli investimenti stranieri tra Stati, determinando allo stesso tempo un rapido proliferare dei BITs, che di tali investimenti iniziarono ad essere ritenuti strumento di attrazione<sup>23</sup>. Non a caso, l'arbitrato rappresenta oggi lo strumento scelto in via maggioritaria per la risoluzione delle dispute in tema di investimento, oltre che nei BITs, pure all'interno di accordi e trattati diversificati<sup>24</sup>.

Nell'affermazione dell'arbitrato sugli investimenti ha avuto un ruolo decisivo l'istituzione del Centro ICSID<sup>25</sup>, le cui regole, insieme a quelle UNCITRAL<sup>26</sup>,

---

LABORDE, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 1, 2010, pp. 97-99.

<sup>23</sup> Proprio in quanto propulsori di tale nuova modalità di risoluzione delle controversie, i BITs sono stati ritenuti un decisivo strumento di incremento degli investimenti stranieri, in quanto hanno consentito il superamento – o quantomeno l'attenuazione – delle diffidenze da parte degli investitori: v. sul punto, C.F. DUGAN-D. WALLACE-N.D. RUBINS-B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, cit. Soprattutto negli anni Novanta, i BITs hanno avuto una crescita esponenziale, fino a condurre alla conclusione di oltre 2900 BITs: v. G. LABORDE, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, cit., p. 102. Successivamente, dalla metà degli anni '90 al 2013, si è registrata invece una progressiva riduzione dei trattati bilaterali di investimento siglati, ivi compresi quelli incorporanti una clausola compromissoria, dovuta, oltre che alla permanenza in vigore di quelli già siglati, anche – come si dirà anche *infra* nel testo – al progressivo sviluppo di accordi multilaterali di investimento, unioni doganali o comunque convenzioni più evolute, complesse e comprensive, come gli FTAs: v. in argomento R. SABIA-C. TRECROCI, *Ascesa e declino dell'«Investor-State Arbitration», fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e Free Trade Agreements multilaterali*, in *Riv. arb.*, 1, 2016, p. 165 ss.

Sulle critiche al sistema ISDS v., di recente, A. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, in *Dir. comm. internaz.*, 2017, p. 193 ss.

<sup>24</sup> La pluralità e l'eterogeneità di accordi internazionali sugli investimenti hanno dato origine a un quadro altamente frammentario, privo di sistematicità: in tale materia vi è, infatti, una molteplicità di diversi strumenti in cui si prevede il ricorso all'arbitrato, come i MITs o IIs (Multilateral o International Investment Treaties), gli EIAs (Economic Integration Agreements), i FTAs (Free Trade Agreements), gli EPAs (Economic Partnership Agreements), seppure meno diffusi in rapporto ai BITs, rispetto ai quali il fenomeno viene maggiormente studiato: v. A.J. MENAKER, *What the Explosion of Investor-State Arbitrations May Portend for the Future of BITs*, in *The future of investment arbitration*, a cura di C.A. ROGERS – R.P. ALFORD, Oxford, 2009, p. 164 ss.

<sup>25</sup> Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States, 14 ottobre 1965, 575 UNTS 159 (“Convenzione ICSID”). V. in argomento A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 136, 1972, p. 331 ss.; A.R. PARRA, *The History of ICSID*, Oxford, 2012; C.H. SCHREUER-L. MALINTOPPI-A. REINISCH-A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 190 ss.

Tra le regole ICSID si segnalano, in particolare, le *Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings* (c.d. *Institution Rules*) e le *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings* (c.d. *Arbitration Rules*), nonché le *ICSID Additional Facility Rules* (relative a controversie – tra Stati e individui di Stati non membri ICSID, o che non sorgono direttamente da un investimento tra Stati e individui dei quali almeno uno sia membro ICSID – che diversamente sarebbero al di fuori del perimetro di applicabilità della Convenzione). V. in argomento A. ANTONIETTI, *The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules*, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2006, p. 427 ss.

<sup>26</sup> Diversamente dalla Convenzione ICSID, le regole UNCITRAL non sono state previste specificatamente per le controversie in tema di investimenti, ma per le liti nascenti dalle relazioni commerciali in senso lato: infatti l'*UNCITRAL Model Law*, adottato nel 1985, si applica «to

rappresentano oggi la disciplina privilegiata a cui le singole fonti volta per volta rimandano al fine di dettare le regole applicabili<sup>27</sup>. Per questo motivo, quanto alle regole procedurali, nel corso dell'indagine che si intende condurre si farà riferimento primariamente a queste due fonti di diritto internazionale.

La maggior parte dei BITs rinviava all'arbitrato ICSID per la soluzione delle controversie che fossero insorte con lo Stato ospitante. L'altra opzione cui hanno fatto riferimento più diffusamente i BITs era quella del ricorso ad una forma di arbitrato *ad hoc*, ai sensi delle norme arbitrali redatte dall'UNCITRAL<sup>28</sup>.

In tempi più recenti, poi, oltre alle previsioni arbitrali contenute in trattati settoriali (tra i quali deve segnalarsi, per importanza, l'Energy Charter Treaty<sup>29</sup>), il ricorso allo strumento arbitrale viene in rilievo anche all'interno di più generali trattati sul libero scambio nonché in accordi di carattere regionale ad ampio spettro, come il CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) e il TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership)<sup>30</sup>.

La devoluzione delle eventuali controversie tra l'investitore e lo Stato a tribunali arbitrali internazionali veniva contemplata anche nei successivi trattati regionali (ad es., NAFTA) o multilaterali (ad es., l'Energy Charter Treaty) in materia di investimenti conclusi dagli Stati membri e/o dall'Unione Europea con Paesi terzi.

---

*international commercial arbitration, subject to any agreement in force between this State and any other State or States» (art. 1).*

Successivamente sono state applicate anche per la risoluzione delle *investment disputes*, mediante un'interpretazione estensiva del termine "*commercial*" tale da comprendere le questioni derivanti da tutte le relazioni di natura commerciale, sia contrattuali che non, per tali intendendosi anche gli investimenti: I.L. DORE, *The UNCITRAL framework for arbitration in contemporary perspective*, Londra, 1993, p. 15 ss; G. SACERDOTI, *Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2004, p. 1 ss.

Sul tema, v. D.D. CARON-L.M. CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford, 2006, pp. 10-11; C. CROFT-C. KEE-J. WAINCYMER, *A guide to the UNCITRAL arbitration rules*, Cambridge, 2013, p. 20 ss..

<sup>27</sup> Le disposizioni ICSID e UNCITRAL rappresentano infatti i *corpora* normativi a cui si fa maggior rinvio per la disciplina dell'*Investment arbitration*, nel contesto delle convenzioni arbitrali o nelle previsioni di arbitrato contenute all'interno di leggi nazionali o di trattati tra Stati.

<sup>28</sup> F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, 2008, p. 521.

<sup>29</sup> All'ECT, sottoscritto nel 1994, partecipano, oltre che Stati, anche l'Euratom e l'Unione Europea.

<sup>30</sup> Il CETA è un Accordo economico e commerciale globale tra l'Unione Europea e gli Stati membri da un lato, e il Canada dall'altro; anche la proposta di accordo TTIP si configura come un accordo globale in materia di commercio e investimento, in corso di negoziazione. Ambo gli accordi individuano un duplice sistema di risoluzione delle controversie: uno generale, relativo alle dispute emergenti dall'interpretazione o applicazione del trattato che si verifichino tra le Parti contraenti e che, dunque, si caratterizza come sistema State-to-State dispute resolution, e un sistema specifico, relativo agli investimenti, che, invece, si configura come investor-State dispute settlement (ISDS). Inoltre, il sistema è implementato da disposizioni che richiedono il previo esperimento di procedimenti di consultazione e mediazione amichevole.

L'arbitrato in materia di investimenti si differenzia dall'autonoma categoria dell'arbitrato internazionale commerciale<sup>31</sup>, da cui pure sembrerebbe aver preso le mosse, e che ha quale ambito applicativo non già gli investimenti propriamente detti – sulla cui definizione si tornerà avanti – bensì i rapporti a distanza di natura commerciale, siano essi recepiti in un contratto o non, come si ricava dalle definizioni indirette e su base casistica che si rinvencono nella Convenzione di New York del 1958, nella Convenzione di Ginevra del 1961 e nella UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration del 1985 (emendata nel 2006).

Invece l'*investment arbitration* si è progressivamente emancipato dall'arbitrato internazionale commerciale<sup>32</sup>, tanto da potersi ritenere una tipologia di arbitro limitrofa ma del tutto distinta<sup>33</sup>.

Come anticipato, nell'arbitrato commerciale le controversie non hanno propriamente ad oggetto gli "investimenti", ma – in senso più ampio – i rapporti commerciali tra le parti: è possibile quindi rinvenire una prima distinzione sotto il profilo oggettivo.

Ma a ben vedere, il principale elemento differenziale concerne la qualità soggettiva delle parti, in quanto l'elemento specifico – idoneo a consentire una trattazione in termini unitari – riguarda la natura delle controversie che per il suo tramite si mira a risolvere: si tratta delle controversie nascenti da un investimento che insorgono tra un investitore straniero e lo Stato ospitante. Per ciò stesso, vi è sotteso un marcato interesse pubblicistico<sup>34</sup>.

Può in definitiva dirsi che nell'arbitrato internazionale in materia di investimenti – diversamente dall'arbitrato commerciale – deve esservi necessariamente uno Stato in qualità di parte, la transazione economica sottostante deve essere

---

<sup>31</sup> Per *International Commercial Arbitration* si intende l'arbitrato commerciale internazionale fondato sulla Convenzione di New York del 1958. Con tale locuzione si individua, in particolare, un arbitro «tra soggetti privati (o tra soggetti privati da un lato e Stati esteri, organizzazioni internazionali o entità statali agenti iure privatorum dall'altro)»: cfr. M.V. BENEDETTELLI-L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia e l'arbitrato internazionale*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 136 ss. La distinzione rispetto all'*Investment arbitration*, ad ogni modo, non è sempre netta, a maggior ragione se si considera che quest'ultimo può essere disciplinato dalle stesse regole dettate per l'arbitrato commerciale, in particolare l'UNCITRAL Model Law. V. sul punto J. LEVINE, *Navigating the parallel universe of investor-State arbitrations under the UNCITRAL Rules*, in *Evolution in investment treaty law and arbitration*, a cura di C. BROWN-K. MILES-L. NOTTAGE, Cambridge, 2011, p. 372 ss.

<sup>32</sup> La differenza fondamentale tra i due istituti concerne le finalità di protezione sottese: mentre l'arbitrato commerciale internazionale è finalizzato alla risoluzione di controversie emergenti da transazioni commerciali che hanno alla base un interesse delle parti, l'arbitrato sugli investimenti coinvolge altresì un interesse di natura pubblicistica.

<sup>33</sup> Secondo S.W. SCHILL, *Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, pp. 587-588, l'arbitrato sugli investimenti «has little in common with commercial Arbitration».

<sup>34</sup> Così si è precisato in dottrina: v. così A. BARLETTA, *In tema di arbitro degli investimenti e giurisdizione dello Stato*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 545; B. DEMIRKOL, *Remedies in Investment Treaty Arbitration*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, p. 404. V. anche A. TANZIF. CRISTIANI, *International investment law and arbitration: an introductory casebook*, Assago, 2013.

necessariamente qualificata come “investimento” e la normativa internazionale di settore assume un’incidenza preminente<sup>35</sup>.

Nell’ultimo ventennio lo strumento dell’arbitrato in materia di investimenti è stato utilizzato anche nel settore dei mercati finanziari<sup>36</sup>, ponendo questioni in ordine alla *governance* internazionale di sistemi di risoluzione delle controversie idonei a tutelare adeguatamente gli investitori nel settore bancario e finanziario<sup>37</sup>.

Fra le possibili alternative offerte a livello internazionale, la prassi decennale ha dimostrato una tendenza preferenziale verso l’arbitrato ICSID, il quale ad oggi costituisce il principale strumento di risoluzione eteronoma delle controversie Stato-investigatore in innumerevoli BITS<sup>38</sup> e MITs<sup>39</sup>.

L’ICSID si caratterizza per la sua completa autonomia ed autosufficienza rispetto a qualsiasi ordinamento giuridico nazionale, incluso quello della sede dell’arbitrato<sup>40</sup>, inoltre, il lodo reso all’esito del procedimento arbitrale ICSID è enforceable in tutti gli Stati parti della Convenzione di Washington<sup>41</sup>, senza che sia necessario alcun procedimento esecutivo interno.

In ragione della rilevanza del fenomeno, si ritiene opportuno affrontare la questione della disparità di trattamento tra le parti considerando le regole che presidiano al funzionamento di tale istituto, verificando i presupposti della potestas iudicandi degli arbitri e le questioni connesse alla formazione del consenso arbitrale, per poi esaminare la tutela sotto il profilo dell’enforcement e dell’annullamento del lodo arbitrale in una prospettiva comparata arbitrato ICSID-arbitrato non ICSID.

## 2.2. L’asimmetria “connaturata” all’*investment arbitration*.

Sebbene *in votis* l’arbitrato in materia di investimenti sia nato con l’obiettivo di porre investitori stranieri e Stati ospitanti sullo stesso piano<sup>42</sup>, l’istituto in esame

---

<sup>35</sup> P. BERNARDINI, *L’Arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Milano, 2008.

<sup>36</sup> V. M.C. MALAGUTI, *L’esperienza dell’arbitrato nell’ambito della finanza internazionale*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, pp. 19-20. L’a. richiama i casi del *default* argentino degli inizi del secolo scorso, della rinegoziazione del debito pubblico in Grecia e il caso di Cipro.

<sup>37</sup> Si pensi al caso *Abaclat a altri v. Repubblica Argentina*, Decisione sulla giurisdizione e sull’ammissibilità, ICSID Case No ARB/07/5, 4 agosto 2011.

<sup>38</sup> V. P. GHAFARI, *Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review*, in *12 Journal of World Investment & Trade*, 2011, p. 604.

<sup>39</sup> Il *Cartagena Free Trade Agreement*, il *Colonia Investment Protocol of Mercosur*, il *North American Free Trade Agreement* e l’*Energy Charter Treaty*.

<sup>40</sup> F. MARRELLA, voce *Arbitrato in materia di investimenti*, in *Enc. Treccani-Diritto online*.

<sup>41</sup> V. in argomento M. MAGILLO, *L’arbitrato in materia di investimenti. Convenzione di Washington. ICSID*, in *Appunti di diritto dell’arbitrato*, a cura di G. IUDICA, Torino, 2011.

<sup>42</sup> In questo senso A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, cit., p. 344; T.M. FRANCK, *Fairness in the international legal*



è sempre stato caratterizzato da strutturali problemi di disuguaglianza<sup>43</sup>. In particolare, si ritiene che tale arbitrato sia connotato da una duplice asimmetria, a direzioni opposte, da un punto di vista sostanziale e da un punto di vista processuale.

Sotto il profilo sostanziale, gli investitori possono essere svantaggiati da un abuso della posizione sovrana di uno Stato e dalla deferenza che i tribunali arbitrali talvolta mostrano nei confronti delle scelte di quest'ultimo<sup>44</sup>.

Sotto il profilo processuale, invece, il sistema può oggi apparire asimmetrico e sbilanciato in favore degli investitori, a partire dal diritto esclusivo di questi di iniziare un procedimento arbitrale<sup>45</sup>.

Inoltre, l'indiscutibile eterogeneità dei soggetti coinvolti ha portato alcuni a osservare come il sistema rischi di favorire la parte, sia essa uno Stato o un investitore, che riesca a esercitare il maggior "controllo" sulla procedura arbitrale. Ci si riferisce anche al crescente fenomeno del *Third Party Funding*, che è idoneo a determinare un ulteriore squilibrio tra le parti del processo arbitrale<sup>46</sup>.

In tale contesto, risultano di centrale importanza gli strumenti di tutela dell'uguaglianza offerti in particolare dall'arbitrato amministrato dal Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID)<sup>47</sup>, ovvero l'insieme delle garanzie di natura procedurale che devono essere assicurate a tutte le parti della controversia.

---

*and institutional system*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 240, 1993, p. 442 ss.

<sup>43</sup> In questo senso v. C. MILO, *Il principio della parità delle armi nell'arbitrato in materia di investimenti: una tutela incompleta?*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 1 settembre 2021, p. 707.

<sup>44</sup> Si veda sul tema della "deference to the State" T.W. WÄLDE, *Procedural Challenges in Investment Arbitration under the Shadow of the Dual Role of the State: Asymmetries and Tribunals' Duty to Ensure, Pro-actively, the Equality of Arms*, in *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, a cura di K. YANNACA-SMALL, 2010, Oxford University Press, p. 161 ss.

<sup>45</sup> C.N. BROWER-S.W. SCHILL, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, cit., p. 471 ss.; G. ZARRA, *International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors*, in *Legal Sources in Business and Human Rights*, a cura di M. BUSCEMI-N. LAZZERINI-L. MAGI-D. RUSSO, Leiden, 2020, p. 52.

<sup>46</sup> V. in argomento P. BERNARDINI, *Third Party Funding in International Arbitration*, in *Riv. arb.*, 1, 2017, p. 1 ss.

<sup>47</sup> Il tema è stato di recente affrontato in dettaglio dall'*Institut de Droit International* nell'*Equality of Parties before International Investment Tribunals*, Final Report, 2019, disponibile al seguente link: <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/06/Commission-18-Equality-of-parties-before-international-investment-tribunals-McLachlan-Travaux-La-Haye-2019.pdf>. V. anche in argomento F. MARRELLA, voce *Arbitrato in materia di investimenti*, cit., il quale sottolinea che «scopo dell'ICSID è, inter alia, proprio quello di incoraggiare – sia pure in modo indiretto – gli investimenti privati all'estero attraverso la predisposizione di meccanismi internazionali a carattere conciliativo-arbitrale in grado di risolvere effettivamente le controversie tra Stati e privati stranieri in subiecta materia»

In questa prospettiva, rivestono particolare rilievo sia il principio della parità delle armi<sup>48</sup> sia l'apparato rimediale in sede di *enforcement* e di annullamento nell'ambito dell'arbitrato in materia di investimenti.

Si vorranno qui analizzare le origini delle asimmetrie nell'*investor arbitration* e gli strumenti a disposizione degli arbitri e delle parti e volti a prevenire o a rimediare a situazioni di disuguaglianza, con particolare riferimento nell'arbitrato amministrato disciplinato dalla Convenzione ICSID e, successivamente anche nel regolamento arbitrale UNCITRAL<sup>49</sup> e nell'UNCITRAL Model Law<sup>50</sup>.

Infine, allo scopo sia di delimitare l'analisi che si intende condurre, si precisa che il perimetro di indagine sarà circoscritto alle sole *investor-State disputes*<sup>51</sup>, con esclusione delle *State-to-State disputes*<sup>52</sup>, che coinvolgono solo soggetti statali<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> V. in argomento, anche per le declinazioni applicative del principio di parità delle armi sul piano internazionale C. MILO, *Il principio della parità delle armi nell'arbitrato in materia di investimenti: una tutela incompleta?*, cit., pp. 707-708.

<sup>49</sup> V. sul punto le *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules*, 16 dicembre 2013.

<sup>50</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, nella versione emendata del 2006.

<sup>51</sup> V. C. TREVINO, *State-to-State investment Treaty Arbitration and the Interplay with Investor-State Arbitration Under the Same Treaty*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, p. 200, la quale evidenzia che «most bilateral investment treaties (BITs) provide for two forms of arbitration: investors can bring arbitral claims against host states for alleged treaty violation adversely affecting their investment, and treaty parties can bring claims against each other concerning the 'interpretation and/or application' of the treaty», evidenziando che tale circostanza possa determinare anche questioni legate alla duplicazione della tutela.

<sup>52</sup> Nel novero delle controversie che possono condurre all'attivazione di un arbitrato di investimento si distinguono infatti due macrocategorie: le *State-to-State disputes* e le *investor-State disputes*: le prime concernono l'interpretazione, l'applicazione o la violazione del trattato stesso, e sono escluse dall'indagine; nelle seconde, invece, l'arbitrato viene instaurato da un investitore straniero per risolvere le controversie emergenti dall'investimento nei confronti dello Stato ospitante.

V. in argomento. C. TREVINO, *State-to-State investment Treaty Arbitration and the Interplay with Investor-State Arbitration Under the Same Treaty*, cit., p. 200, la quale evidenzia che «most bilateral investment treaties (BITs) provide for two forms of arbitration: investors can bring arbitral claims against host states for alleged treaty violation adversely affecting their investment, and treaty parties can bring claims against each other concerning the 'interpretation and/or application' of the treaty», evidenziando che tale circostanza possa determinare anche questioni legate alla duplicazione della tutela.

<sup>53</sup> Si tratta di una forma di arbitrato in materia di investimenti che si svolge esclusivamente tra Stati – lo Stato di nazionalità dell'investitore che si afferma leso e quello ospitante dell'investimento – dando origine ad un sistema di *State-to-State dispute resolution*. L'istituto in questione costituisce un meccanismo di risoluzione delle controversie analogo al precedente sistema di tutela diplomatica tra Stati, in cui non si prevedeva un ruolo diretto del privato coinvolto nella controversia: era il cd. modello *no direct claim*, che escludeva la possibilità di esperire in via diretta un rimedio da parte dell'investitore, ma che si risolveva in uno strumento non particolarmente tutelante per l'investitore privato: v. in tal senso W.S. DODGE, *Investment Treaties between Developed States: The Dilemma of Dispute Resolution*, cit., pp. 167-168. V. anche F. MARRELLA, voce *Arbitrato in materia di investimenti*, cit., il quale osserva che «nel contesto degli investimenti diretti esteri, l'arbitrato garantisce giudicanti di varia estrazione che risultano, in the eyes of the parties, certamente più affidabili di giudici aventi la stessa nazionalità di una delle parti, in particolare quelli che risultano espressione dello Stato ospitante».

### 3. L'arbitrato ICSID.

La Convenzione ICSID prevede una disciplina specifica per l'arbitrato sugli investimenti. La latitudine e il perimetro della *potestas iudicandi* degli arbitri ICSID sono individuata alla luce di un duplice fondamento giuridico.

Il primo, di carattere generale, è rappresentato dalla previsione generale di cui all'art. 25(1) della Convenzione di Washington, ai sensi del quale «*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally*».

Dalla disposizione emergono chiaramente i tre requisiti indispensabili affinché il Tribunale arbitrale ICSID abbia giurisdizione su una determinata controversia: è necessario che la lite sorga direttamente da un investimento (*ratione materiae*) fra uno Stato parte della Convenzione e un investitore di un altro Paese che sia parte del trattato (*ratione personae*), i quali abbiano entrambi manifestato espressamente il proprio consenso all'arbitrato (*ratione voluntatis*).

Il secondo fondamento giuridico è invece costituito dalle singole e specifiche disposizioni dei BIT o degli altri trattati applicabili al caso concreto, le quali indicano le condizioni poste per il consenso delle parti firmatarie alla competenza del Tribunale arbitrale.

La dottrina, nel guardare al duplice livello di requisiti da soddisfare per l'allocatione della giurisdizione arbitrale ICSID, è infatti solita parlare di “*jurisdictional keyholes*”, proprio a voler indicare che la verifica della competenza arbitrale soggiace ad un duplice vaglio: se la controversia rientra nelle norme sulla risoluzione delle controversie generalmente inserite nei BITs, e se è suscumbibile nell'Articolo 25(1) della Convenzione di Washington<sup>54</sup>.

Ai fini dell'esatto inquadramento della problematica relativa al rapporto asimmetrico, si rende opportuno analizzare i presupposti della *potestas iudicandi* come indicati nell'art. 25 cit. e l'evoluzione giurisprudenziale che sugli stessi si è verificata, nella direzione di assicurare effettività della tutela giurisdizionale agli investitori.

---

<sup>54</sup> In questi termini anche la giurisprudenza arbitrale *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decisione sulla giurisdizione del 24 maggio 1999, par. 68, ove si afferma che «*A two-fold test must therefore be applied in determining whether this Tribunal has the competence to consider the merits of the claim: whether the dispute arises out of an investment within the meaning of the Convention and, if so, whether the dispute relates to an investment as defined in the Parties' consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definitions contained in Article I of the BIT*».

### **3.1. La giurisdizione ICSID *ratione personae* e la nozione di investitore straniero.**

Una delle principali questioni che si è posta in dottrina e in giurisprudenza concerne l'esatta individuazione dell'investitore beneficiario della protezione offerta dall'accordo convenzionale, e degli ulteriori strumenti proposti a livello internazionale.

Nel silenzio della Convenzione, la prassi si è orientata nel senso di un'interpretazione quanto più estesa possibile delle nozioni di investitore contenute nei trattati internazionali in materia di investimenti o nelle disposizioni nazionali, al fine di consentire ad una pletera quanto più vasta la possibilità di accedere ai benefici riconsociuti dal sistema ISDS.

È tuttavia requisito indispensabile la sussistenza di un collegamento con lo Stato "di appartenenza" dell'investitore, che la Convenzione di Washington riporta al concetto di nazionalità.

Il suddetto criterio vale tanto per le persone fisiche quanto per le persone giuridiche, e vale come presupposto di applicabilità della stessa Convenzione ICSID, e dunque quale elemento di fatto integrante il processupposto processuale della giurisdizione arbitrale.

Con riferimento alle persone fisiche il concetto di nazionalità ivi richiamato è stato pacificamente declinato nel senso della cittadinanza<sup>55</sup>, che viene – secondo i criteri generali di diritto internazionale – viene di solito determinata in conformità alla legge dello Stato che la attribuisce<sup>56</sup>. Problemi sorgono quando l'investitore ha una doppia o plurima cittadinanza, in questi casi la questione viene risolta tramite l'applicazione del criterio della cittadinanza effettiva, secondo il quale è da ritenersi prevalente la cittadinanza a cui corrisponde il legame più stretto dell'individuo con lo Stato che la attribuisce<sup>57</sup>.

Maggiormente complicata è invece l'applicazione del concetto di nazionalità alle persone giuridiche, posto che la Convenzione ICSID non individua all'art.

---

<sup>55</sup> Il criterio della cittadinanza è peraltro riconosciuto anche all'art 25(2)(a) della Convenzione ICSID.

<sup>56</sup> Nel caso di doppia o plurima cittadinanza dell'investitore, la questione viene risolta tramite l'applicazione del criterio della cittadinanza effettiva, secondo il quale è da ritenersi dominante la cittadinanza a cui corrisponde il legame più stretto dell'individuo con lo Stato che la attribuisce.

<sup>57</sup> Cfr. N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, IV ed., Torino, 2013, p. 367.

25(2)(b)<sup>58</sup> un criterio generale per stabilire la nazionalità di questa categoria di investitori<sup>59</sup>.

Grazie anche alla prassi sviluppatasi negli anni, dottrina e giurisprudenza hanno individuato uno o più criteri di collegamento, tra i quali quello del luogo di costituzione della società sembra tuttora il criterio più diffuso e anche quello che garantisce maggiore certezza in quanto maggiormente conoscibile. Nel tempo, al fine di assicurare una maggiore flessibilità, si è dato rilievo anche al criterio della sede sociale, secondo il quale la nazionalità della persona giuridica è basata sul luogo ove si trova la sede principale dell'attività di gestione<sup>60</sup>, mentre per i gruppi societari si è preferito il criterio del controllo, utilizzato per considerare come straniera una persona giuridica che, pur avendo la nazionalità dello Stato ospitante, è soggetta al controllo straniero.

Integrando un presupposto fattuale della propria *postestas iudicandi*, il tribunale ICSID può decidere – in ossequio al principio della *Kompetenz-Kompetenz* previsto dall'art. 41(1) della Convenzione ICSID – sulla sussistenza della “nazionalità” *sub specie* criterio di collegamento che di volta in volta viene in rilievo, ma ai limitati fini della decisione sulla questione della giurisdizione.

### **3.2. La giurisdizione ICSID *ratione materiae*: le controversie compromettibili in arbitrato.**

Un'ulteriore presupposto necessario per l'attivazione dell'arbitrato ICSID è rappresentato dalla sussistenza da una controversia in materia di investimenti<sup>61</sup>. L'art. 25 della Convenzione ICSID prevede espressamente che il requisito *ratione materiae* per la sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri ICSID sia costituito da una controversia sugli investimenti, onde appare di primario rilievo chiarire il

---

<sup>58</sup> La Convenzione ICSID, all'art. 25(2)(b), permette l'applicazione della disciplina «*ad ogni persona giuridica che possieda la nazionalità di uno Stato Contraente diverso dallo Stato che è parte nella controversia alla data in cui le parti hanno consentito di sottoporre la controversia alla conciliazione o all'arbitrato*».

<sup>59</sup> Sul punto A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, cit., p. 331 ha precisato che «*the parties should be given the widest possible latitude to agree on the meaning of 'nationality' and any stipulation of nationality made in connection with a conciliation or arbitration clause which is based on a reasonable criterion should be accepted*».

<sup>60</sup> V. M. SORNARAJAH, *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge, 2010, p. 324.

<sup>61</sup> L'art. 25 della Convenzione ICSID espressamente prevede «*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre*».

significato del termine “investimento” per riconoscere quali tipologie di dispute possano essere risolte dai Tribunali ICSID.

Può agevolmente osservarsi che la Convenzione di Washington non fornisce alcuna definizione al riguardo. Per la verità, la laconicità della nozione costituisce un elemento non solo voluto<sup>62</sup>, ma anche di particolare *favor* per l’investitore: difatti, una definizione eccessivamente puntuale avrebbe ridotto la flessibilità propria dello strumento arbitrale, rendendo particolarmente gravoso per i tribunali l’adattamento al mutevole panorama economico e alle variabili esigenze delle parti in lite.

Preso atto che non esiste una nozione universale di “investimento”, e che talvolta una perimetrazione – *ratione materiae* – della competenza degli arbitri è già contenuta nei trattati (BITs o MITs)<sup>63</sup>, gli sforzi ermeneutici sinora compiuti nel tentativo di fornire delle linee guida per gli interpreti sono essenzialmente compendiabili in due orientamenti.

Secondo il primo orientamento, che abbraccia una tesi soggettivistica, la nozione di investimenti deve ricavarsi solo alla luce della volontà delle parti contraenti, da indagarsi alla luce del contenuto e delle definizioni contenute nel BIT concluso tra lo Stato ospitante e lo Stato di appartenenza dell’investitore.

Tale soluzione, se in apparenza più semplice perché consente di individuare il perimetro della competenza arbitrale mediante un’operazione di sussunzione nelle disposizioni dei trattati internazionali in materia di investimenti, si rivela invece essere assai più complessa e, soprattutto, meno tutelante per l’investitore.

Infatti, l’indagine ai fini della verifica di una sussistenza di un “investimento” – da sottoporsi alla cognizione arbitrale – verrebbe condotta solitamente considerando la volontà delle parti contraenti il BIT, e non anche la volontà dell’investitore che ha concretamente effettuato l’investimento.

Inoltre, nell’ipotesi in cui il BIT contenga una *umbrella clause*, e l’inadempimento sia riferibile ad obbligazioni assunte nel contratto Stato-investitore, l’indagine potrebbe essere maggiormente complessa.

---

<sup>62</sup> V. a tal riguardo il *Report of the Executive Directors on the ICSID Convention, in 1 ICSID Reports*, par. 28, ove si specifica che «No attempt was made to define the term ‘investment’ given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25(4))».

<sup>63</sup> È il caso dell’accordo bilaterale tra Italia e Marocco del 18 luglio 1990, richiamato da F. MARRELLA, voce *Arbitrato in materia di investimenti*, cit.. L’art. 1, par. 1, lett. a) e b) del trattato prevede infatti che: «[p]er ‘investimento’ si intende, indipendentemente dalla forma giuridica prescelta e dall’ordinamento giuridico di riferimento, ogni bene investito, prima o dopo l’entrata in vigore del presente Accordo, da persone fisiche o giuridiche, compreso il Governo di una Parte contraente, nel territorio dell’altra Parte Contraente, in conformità delle leggi e dei regolamenti di quest’ultima. In tale contesto di carattere generale il termine ‘investimento’ include principalmente ma non esclusivamente: - a. diritti di proprietà su beni mobili ed immobili, nonché ogni altro diritto di proprietà come ipoteche, privilegi pegni usufrutti legati all’investimento; - b. azioni, obbligazioni, quote di partecipazione ed ogni altro titolo di credito nonché titoli pubblici in genere».

In forza di un secondo orientamento, oggettivistico, occorre invece individuare alcuni requisiti minimi che contraddistinguono gli investimenti internazionali suscettibili di protezione e promozione ed in ordine alle cui vertenze può farsi ricorso all'arbitrato internazionale<sup>64</sup>.

Accogliendo quest'ultima impostazione, il tribunale arbitrale adito sarebbe tenuto a verificare in sede di giurisdizione l'esistenza, alla base della controversia, di un investimento che soddisfi contemporaneamente i criteri del BIT applicabile e della Convenzione ICSID<sup>65</sup>, come sostenuto da buona parte della giurisprudenza ICSID nell'ultimo ventennio<sup>66</sup>.

In particolare, oggi si ritiene che la verifica della ricorrenza dei presupposti dell'investimento, idoneo a radicare la giurisdizione ICSID, debba passare attraverso il cd. Salini test, dal caso *Salini v. Marocco*<sup>67</sup> ove il tribunale arbitrale elencò in maniera dettagliata i quattro requisiti di riferimento.

Il primo requisito è rappresentato dalla natura duratura dell'investimento, sicché le operazioni commerciali istantanee, come le compravendite, non rientrano nel concetto rilevante di investimenti.

Deve altresì ricorrere un'aspettativa di profitto o di remunerazione per il privato investitore, in conseguenza dell'effettuazione dell'investimento.

È inoltre necessario, oltre che connaturato all'investimento in sé in quanto tale, l'assunzione di un certo rischio da parte dell'investitore, che non si limita al mero fisiologico rischio dell'inadempimento, ma che si estende all'intero successo dell'operazione di investimento intrapresa; sicché non soggiacciono alle regole dell'arbitrato internazionale le operazioni di investimento in cui lo Stato ospitante abbia assunto direttamente il rischio dell'intervento ovvero ne abbia previamente assicurato la copertura<sup>68</sup>.

Inoltre, le risorse impiegate dall'investitore ai fini della realizzazione dell'investimento devono avere una certa consistenza.

---

<sup>64</sup> V. in argomento F. YALA, *The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, in 22 *Journal of International Arbitration*, 2005, p. 106.

<sup>65</sup> Così C.H. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 116.

<sup>66</sup> Si richiama in particolare il leading case ICSID *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decisione sulla giurisdizione dell'11 luglio 1997, in cui gli arbitri riscontrarono l'esistenza di alcune "basic features of an investment", fra le quali spiccano «a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance for the host State's development».

<sup>67</sup> V. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decisione sulla giurisdizione del 23 luglio 2001, par. 52, ove si precisa che «The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction [...]. In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition».

<sup>68</sup> C. TRAPUZZANO, *L'arbitrato internazionale in tema di investimenti*, cit., p. 10.

Da ultimo, altro criterio rilevante per la selezione degli investimenti sottoposti ad arbitrato è costituito dalla verifica dell'incidenza (o del contributo) che l'investimento realizzato apporta (o è suscettibile di apportare) allo sviluppo economico dello Stato ospitante<sup>69</sup>.

Tali criteri fungono da linee guida generali, peraltro non sempre unanimemente accettati<sup>70</sup>, perché idonee ad individuare le caratteristiche comuni e più frequenti di un "investimento", anche se poi la prassi internazionale si è occupata di individuare la casistica di riferimento.

Infatti, ampi sono stati il dibattito e le ricostruzioni teoriche della nozione di investimento, al fine di perimetrare l'ambito di operatività dell'istituto arbitrale e, dunque, della *potestas iudicandi* degli arbitri.

La prassi più recente tende a ricomprendere nella nozione di investimenti le operazioni che riguardano sia i beni mobili che gli immobili, quelle che coinvolgono diritti di ipoteca, usufrutto, pegno e privilegio, le attività che interessano diritti di natura economica costituiti per legge o per contratto, come i diritti che trovano la propria fonte in licenze o concessioni ovvero quelli che implicano la prospezione, coltivazione od estrazione di risorse naturali<sup>71</sup>.

Secondo i modelli di BIT largamente prevalenti, sono inclusi tra gli investimenti anche gli acquisti di azioni in società che operano nello Stato ospitante, senza che costituisca un ostacolo a tale conclusione la netta distinzione tra regime cui è soggetto l'azionista e regime in cui ricade la disciplina della società di cui l'investitore è azionista. Ancora, tra i principali tipi di investimento sono indicati i diritti di proprietà industriale ed intellettuale, gli *know-how*, i segreti industriali e commerciali.

Sono invece unanimemente le ordinarie transazioni commerciali, quali ad esempio i contratti di vendita di beni *una tantum*<sup>72</sup>.

I casi di arbitrato internazionale su strumenti finanziari rivestono particolare interesse per le questioni relative alla giurisdizione: ad esempio, nel recente caso

---

<sup>69</sup> Non sempre tale requisito del "contributo allo sviluppo economico dello Stato ospitante" è stato accettato dalla giurisprudenza arbitrale: ad esempio, secondo il tribunale ICSID nel caso *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID Case No. ARB/03/08, par. 13, il contributo allo sviluppo economico non è qualificabile come elemento distinto per la sussistenza di un investimento, in quanto esso sarebbe implicito negli altri tre criteri classici del *Salini test*: «*Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus*».

<sup>70</sup> V. in argomento J.D. MORTENSON, *The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, in *51 Harvard International Law Journal*, 2010, p. 257 ss.

<sup>71</sup> Così C. TRAPUZZANO, *L'arbitrato internazionale in tema di investimenti*, cit. p. 10.

<sup>72</sup> V. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decisione sulla giurisdizione del 12 febbraio 2010, par. 93, ove si specifica: «*In the words of the tribunal in the case of SGS v. Paraguay: To cite the classic example, one would not say that a simple contract for the sale of goods, without more, would constitute an investment within the meaning of Article 25(1), even if defined as such in a BIT or in the contract itself*».



argentino *Abaclat*<sup>73</sup>, il tribunale ICISD ha concluso che l'acquisto di una obbligazione, anche se avviene sul mercato secondario senza un contatto diretto con lo Stato che la emette, è un investimento, che va tutelato esattamente come un investitore industriale in quel paese.

Anche i redditi prodotti dagli investimenti, a loro volta reinvestiti, rientrano nella nozione di investimenti rilevanti.

E così sono attratte alla definizione di investimenti le attività collegate con gli investimenti propriamente detti. Sicché, indipendentemente dalla forma giuridica prescelta e dall'ordinamento giuridico di riferimento, ogni bene, materiale o immateriale, che sia stato investito da persone fisiche o giuridiche in uno Stato ospitante, nel rispetto delle leggi e dei regolamenti di quest'ultimo, costituisce investimento<sup>74</sup>.

Ha assunto così rilievo anche il collegamento tra l'investimento principale e le eventuali attività satellite.

Invece, in una pronuncia recente resa sul caso *Repubblica di Moldova v. Komstroy*<sup>75</sup>, la Corte di Giustizia dell'UE ha escluso precisato che l'acquisizione, ad opera di un'impresa di una Parte contraente dell'ECT, di un credito derivante da un contratto di fornitura di energia elettrica, non associato a un investimento, detenuto da un'impresa di uno Stato che non è Parte contraente di detto trattato nei confronti di un'impresa pubblica di un'altra Parte contraente del medesimo trattato, non costituisce un "investimento" ai sensi delle disposizioni applicabili.

### **3.2.1. L'ambito della cognizione e della decisione degli arbitri: l'estensione della *potestas iudicandi*.**

Atteso che rientrano nella *potestas iudicandi* degli arbitri ICSID le controversie in materia di investimenti, in dottrina e in giurisprudenza arbitrale si è posta la questione di coordinamento tra quanto previsto nei trattati conclusi tra Stati parti e quanto invece contemplato nei successivi contratti conclusi tra i singoli Stati ospitanti e gli investitori per determinate operazioni di investimento.

Infatti, sovente un investimento viene realizzato tramite un contratto tra un investitore privato straniero e lo Stato ospitante, pur essendo in vigore un BIT che, appunto, già tutela gli investimenti in via generale ed astratta. Qualora vi fossero discrepanze, in punto di diritto sostanziale e di regole procedurali, tra le due diverse fonti, l'incoerenza fra i due strumenti (il contratto ed il trattato) può portare così ad

---

<sup>73</sup> *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decisione sulla giurisdizione e sull'ammissibilità del 3 agosto 2011.

<sup>74</sup> M.R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003.

<sup>75</sup> CGUE, Grande Camera, 2 settembre 2021, causa C-741/19, *Repubblica di Moldova v. Komstroy LLC*.

una situazione in cui, mentre il contratto contiene una clausola di designazione del foro competente, il trattato prevede l'arbitrato ICSID.

Per risolvere l'*impasse*, la giurisprudenza arbitrale ha delineato una sempre più marcata distinzione tra le azioni basate sul trattato (*Treaty claims*) e quelle basate sul contratto con lo Stato ospitante (*Contract claims*)<sup>76</sup>, ritenendo che la *potestas iudicandi* sussistesse solo in relazione alle prime e non anche rispetto alle seconde. La questione, che involve non solo i profili strettamente connessi alla giurisdizione ma anche alla esatta delle controversie devolvibili in arbitrato da un punto di vista dell'ambito di operatività dell'istituto arbitrale esaminato, ha assunto particolare rilievo negli ultimi anni, alla luce del frequente inserimento in alcuni trattati internazionali in materia di investimenti delle cd. cd. clausole ombrello (cd. *umbrella clause*)<sup>77</sup>, il cui effetto è quello di sussumere le materie dedotte in contratto nel trattato internazionale.

Diversi trattati bilaterali internazionali sulla protezione e promozione degli investimenti infatti contengono siffatte clausole che hanno la funzione di demandare agli Stati il rispetto delle obbligazioni che non hanno fonte nel trattato, bensì nel singolo contratto *ad hoc* concluso, di volta in volta, con gli investitori che decidono di operare in uno Stato firmatario del BIT. In questo modo, il consenso prestato da ciascuno Stato parte alla stessa *umbrella clause* comporta l'automatico consenso anche alle successive obbligazioni di fonte contrattuale.

I contratti che in linea generale sono evocati dal trattato, in forza dell'*umbrella clause*, sono quelli che disciplinano in via diretta gli investimenti stranieri e le condizioni per la loro praticabilità (c.d. *investment agreements* o *State contracts*)<sup>78</sup>. Se, dunque, in linea generale, gli arbitri ICSID sembrano aver auto-limitato la propria giurisdizione ai soli *Treaty claims*, in presenza delle clausole ombrello la giurisdizione arbitrale ICSID si espande per abbracciare la disciplina del trattamento dell'investitore straniero prevista dal contratto pur se differente da quella indicata nel trattato.

Poiché le *umbrella clauses*, per il loro meccanismo operativo, costituiscono un forte elemento di asimmetria – in sfavore dello Stato – nel rapporto con l'investitore, una lettura maggiormente orientata al riequilibrio delle posizioni può essere quella offerta da taluna dottrina con riguardo all'indampimento.

---

<sup>76</sup> Nei cd. *contract claims* le controversie sono fondate pretese collegate collegata a una violazione del contratto di investimento, e vengono risolte mediante gli strumenti di composizione previsti dal contratto stesso, il quale generalmente rimanda al giudice nazionale dello Stato ospite, il quale sarà quindi chiamato ad applicare norme sostanziali e processuali nazionali. V. in argomento M.R. MAURO, *Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: contract claims v. treaty claims*, in *Dir. comm. internaz.*, 2016, p. 728 ss.

<sup>77</sup> V. in argomento S.W. SCHILL, *Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*, in *Minnesota Journal of International Law*, 18, 2009.

<sup>78</sup> Come ricorda C. TRAPUZZANO, *L'arbitrato internazionale in tema di investimenti*, cit., p. 10, tale interpretazione è stata sostenuta sulla scorta del precedente rappresentato dall'art. 10.1 del trattato sulla Carta dell'Energia (ETC) del 1994 (emendato nel 1998).

Si è infatti ritenuto che l'inadempimento da parte dello Stato di un'obbligazione prevista da siffatti contratti integra anche violazione del trattato purché non si realizzi un mero inadempimento contrattuale, ma si verifichi più radicalmente la necessità dell'esercizio, a cura dello Stato, in conseguenza del comportamento assunto dall'investitore, di propri poteri di governo o, comunque, della pubblica autorità<sup>79</sup>.

Inoltre, sempre nella prospettiva di equilibrato contemperamento degli interessi in gioco, nel caso in cui un trattato contenga una clausola MFN<sup>80</sup>, ma non una *umbrella clause*, la clausola MFN non può essere applicata per incorporare una *umbrella clause* prevista nei rapporti tra lo Stato ospitante ed altro Stato<sup>81</sup>.

Ne consegue che, quando un BIT di un certo Stato ospitante non contiene una *umbrella clause*, non è possibile applicare la clausola MFN per rinviare ad una *umbrella clause* di un altro BIT che lo Stato ospitante ha siglato con uno Stato terzo<sup>82</sup>.

Si ritiene che tale conclusione sia ragionevole sia nella prospettiva di bilanciamento delle posizioni delle parti controvertenti, sia nell'ottica di rispettare l'effettiva intenzione delle parti che hanno sottoscritto il BIT.

### **3.3. Clausola compromissoria e consenso all'arbitrato.**

L'ultimo presupposto, individuato dall'art. 25(1) della Convenzione ICSID per la sussistenza della giurisdizione è il consenso tra le parti alla via arbitrale, cui verrà dedicata ampia trattazione per due ordini di ragioni.

In primo luogo perché proprio dall'analisi dei meccanismi di formazione del consenso nell'arbitrato in materia di investimenti emergono i principali profili di asimmetria nel rapporto tra Stato e investitore, oggetto dell'indagine che si intende condurre.

In secondo luogo perché le recenti vicende che hanno interessato il sistema ISDS nello spazio giuridico europeo – che costituiranno oggetto di approfondimento al par. 5 – hanno interessato in via diretta il tema del consenso all'arbitrato e delle convenzioni di arbitrato presenti nei cd. BITs intra-UE.

È un principio pacifico quello che nell'*investor-State arbitration* l'accordo arbitrale possa dirsi validamente concluso soltanto se vi sia un consenso reciprocamente prestato da entrambe le parti della controversia; ciò è messo chiaramente in rilievo

---

<sup>79</sup> Così M.R. MAURO, *Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato ed investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 67.

<sup>80</sup> Su cui v. *infra* § 3.3.1.

<sup>81</sup> Così prevede l'art. 12 della Risoluzione dell'Istituto di diritto internazionale nella sessione di Tokio del 13 settembre 2013.

<sup>82</sup> C. TRAPUZZANO, *L'arbitrato internazionale in tema di investimenti*, cit., p. 11.

nella Convenzione ICSID, in cui si afferma che la giurisdizione è fondata sul consenso<sup>83</sup>. Dalla stretta interconnessione tra i profili della validità del consenso arbitrale e il profilo della giurisdizione arbitrale deriva l'attenzione al tema della formazione dell'accordo arbitrale nell'istituto esaminato: se, come si è detto in precedenza, la *ratio* originaria dell'arbitrato di investimenti va ravvisata nell'esigenza di assicurare un'adeguata tutela processuale ai diritti sostanziali degli investitori stranieri, si comprende bene come sistemi di perfezionamento della volontà arbitrale non rispettosi del principio di consensualità espresso dalla Convenzione possano incidere negativamente sulla sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri e, in ultima analisi, sull'effettività della tutela degli investitori.

Tre sono le possibili modalità di conclusione di un patto arbitrale nell'arbitrato in materia di investimenti.

La prima modalità si basa su un accordo di natura contrattuale, concluso direttamente tra le parti, in modo non dissimile da quanto avviene nell'ordinamento interno: tale accordo può configurarsi come compromesso arbitrale, rispetto a controversie già insorte, oppure come clausola compromissoria<sup>84</sup>, contenuta nella convenzione con cui Stato e investitore straniero disciplinano i propri rapporti relativi ad uno specifico investimento, e riferita alle controversie future che possano emergere da quest'ultimo. Oppure può trattarsi di un accordo concluso direttamente tra Stato e investitore a valle di un'offerta di consenso suscettibile di accettazione contenuta all'interno di un BIT o di una legge nazionale<sup>85</sup>.

La seconda modalità, invece, si basa sul meccanismo della promessa di consenso arbitrale, che non è di per sé idonea ad integrare un'autonoma volontà di devolvere la controversia ad arbitri ma è fonte di un'obbligazione in capo allo Stato di prestare successivamente il proprio consenso alla via arbitrale<sup>86</sup>. In tal modo, lo Stato si impegna a prestare il proprio consenso all'utilizzo dell'arbitrato in relazione alle controversie che possano insorgere rispetto a determinati investimenti, e tale obbligo è di solito contenuto in trattati bilaterali o multilaterali. Il vincolo incombe sulla sola parte dalla quale proviene la promessa e, dunque, lo Stato. Al contrario,

---

<sup>83</sup> Ciò è confermato dal *Report of the Executive Directors on the on the ICSID Convention*, dove si sottolinea che il consenso delle parti «*is the cornerstone of the jurisdiction of the Centre*». Sul punto, v. M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, cit., p. 47; C.H. SCHREUER-L. MALINTOPPI-A. REINISCH-A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, cit., p. 190.

<sup>84</sup> Come previsto per il diritto dell'arbitrato interno: v. già F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, IV ed., Roma, 1951, p. 67.

<sup>85</sup> V. *amplius infra* nel testo.

<sup>86</sup> È il caso che si è posto con riferimento a *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Decision on Jurisdiction, 24 febbraio 2014, in cui venne in rilievo l'interpretazione di una «*shall assent clause*» contenuta all'interno dell'UK-Indonesia BIT come mera «*promise to consent*» oppure vera e propria «*standing offer to arbitrate*». Ritenendo tale espressione equivalente a quella «*hereby consents*» e simili, il tribunale ha concluso che vi fosse un'effettiva manifestazione anticipata del consenso.

l'investitore resta assolutamente libero di ricorrere all'arbitrato, oppure di procedere diversamente.

Nel caso di mancato adempimento dell'obbligo di prestare il consenso all'arbitrato – ferma restando la responsabilità dello Stato inadempiente sul piano internazionale – si ritiene che l'unica forma di tutela per l'investitore sia costituita dalla possibilità rivolgersi al proprio Stato di provenienza, firmatario a sua volta del BIT o del MIT, al fine di ottenere la protezione della situazione giuridica asseritamente lesa.

Infine, la terza e più frequente modalità di conclusione del patto arbitrale è costituita dalla combinazione di un'offerta di consenso da parte dello Stato e di una successiva accettazione da parte dell'investitore.

Sotto questo profilo, gli arbitrati Stato-investitore rappresentano un istituto del tutto peculiare, una terza via tra l'arbitrato tra soggetti privati e l'arbitrato tra Stati, connotato da un singolare meccanismo di formazione progressiva della volontà arbitrale: è il cd. *arbitration without privity*<sup>87</sup>, in forza del quale l'accordo sul consenso a sottoporre le controversie sugli investimenti (presenti o future) all'arbitrato si considera perfezionato nel momento in cui all'offerta "aperta" dello Stato ospitante segue il consenso – differito – dell'investitore<sup>88</sup>, *ad instar* di un "diritto potestativo procedurale" in favore della parte privata della controversia.

In assenza di una espressa previsione circa la forma e le modalità del consenso nella Convenzione ICSID<sup>89</sup>, si ritiene oramai pacificamente che il consenso all'arbitrato dello Stato ospitante dell'investimento può essere previsto a tre diversi livelli<sup>90</sup>: in un accordo tra le parti, nella legislazione nazionale<sup>91</sup>, oppure in un trattato, bilaterale o multilaterale, concluso con lo Stato dell'investitore<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, in *10 ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232.

<sup>88</sup> L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, cit.; M.D. NOLAN-F.G. SOURGENS, *Limits of consent – Arbitration without privity and beyond*, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, a cura di M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS-D. ARIAS, Madrid, 2010.

<sup>89</sup> Come evidenziato nella decisione arbitrale resa nel caso *PNG Sustainable Development Program Ltd v. Independent State of Papua New Guinea*, ICSID Case No. ARB/13/33, Lodo, 5 maggio 2015: «[a]lthough the ICSID Convention does not precisely define the form in which consent to the Centre's jurisdiction must be expressed, [...] it is well-established that such consent can be given in advance of any dispute, and that consent may be expressed in multiple forms».

<sup>90</sup> Sul punto, v. P. BERNARDINI, *L'Arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 255 ss.; M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, 1993, p. 47; C. SCHREUER, *Consent to Arbitration*, in *The Oxford Handbook of International Investment*, a cura di P. MUCHLINSKI-F. ORTINO-C. SCHREUER, Oxford, 2008, p. 831.

<sup>91</sup> La giurisprudenza arbitrale ICSID, a partire dalla celebre pronuncia *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction, 14 aprile 1988 ha affermato l'ideoneità di una legge statale ad esprimere un tale consenso all'arbitrato, dal lato dello Stato. Si v. anche il caso *Tradex Hellas S.A. v. Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2 del 1996.

<sup>92</sup> Come è stato ritenuto dalla giurisprudenza ICSID sin dalla decisione resa sul caso *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Lodo 21 giugno 1990.

La giurisprudenza arbitrale, nel caso *Lanco v. Argentina*<sup>93</sup> ha preso atto della particolare natura del consenso negli arbitrati in materia di investimenti, e con riferimento all'art. 25(1) della Convenzione di Washington del 1965 ha precisato l'asimmetria cronologica e *quoad effectum* tra la manifestazione di volontà compromissoria dello Stato e quella dell'investitore privato: mentre per lo Stato il consenso alla giurisdizione ICSID si manifesta con la sottoscrizione del trattato internazionale che incorpora la clausola arbitrale e deve intendersi come un invito generico (*generic invitation*) a tutti gli investitori che sono cittadini degli altri Stati contraenti a rimettere la risoluzione delle eventuali successive controversie all'ICSID, il consenso dell'investitore – che è cittadino di altro Stato contraente – deve essere espresso per iscritto e *ad hoc* per la singola controversia, anche se si ritiene ammissibile un'accettazione per *facta concludentia* mediante la proposizione della domanda arbitrale. Inoltre, affinché il patto compromissorio possa ritenersi validamente concluso, occorre che l'accettazione dell'investitore sia conforme alla proposta<sup>94</sup>.

Infine, il consenso statale è vincolante per lo Stato dal momento di entrata in vigore del trattato o della legge interna di recepimento, mentre non lo è per l'investitore, il quale potrà esercitarlo entro i termini di vigenza del trattato o del patto o della previsione che contempla la clausola arbitrale<sup>95</sup>.

In giurisprudenza<sup>96</sup> e in dottrina è stata ampiamente dibattuta la natura giuridica del consenso così fornito dalle parti.

---

<sup>93</sup> *Lanco International Inc v. Argentina*, ICSID Case No ARB/97/6, Preliminary Decision on Jurisdiction, 8 dicembre 1998, par. 43.

<sup>94</sup> Il consenso sussiste soltanto se (e nella misura in cui) offerta ed accettazione coincidano: cfr. C.H. SCHREUER-L. MALINTOPPI-A. REINISCH-A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, cit., p. 230. Nel caso *KilicÇ İnŞaat İthalat İhracat Sanayi Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, Lodo, 2 luglio 2013 si è espressamente affermato «*it is a fundamental principle that an agreement is formed by offer and acceptance. But for an agreement to result, there must be acceptance of the offer as made. It follows that an arbitration agreement, such as would provide for the Centre to have jurisdiction under Article 25 of the ICSID Convention, can only come into existence through a qualifying investor's acceptance of a host state's standing offer as made (i.e., under its terms and conditions)*».

<sup>95</sup> Si ritiene che, sotto il profilo temporale, l'accettazione debba intervenire fintanto che sia in vigore lo strumento (legge o trattato) in cui l'offerta dello Stato è contenuta; tali limiti di vigenza rappresentano sempre un termine implicito. Inoltre, devono essere rispettati gli eventuali termini finali espressamente imposti dallo Stato, che potrebbe essersi vincolato per un periodo di tempo prestabilito.

<sup>96</sup> La giurisprudenza arbitrale ha precisato che sussiste una differenza tra l'accordo arbitrale concluso in un contratto concluso direttamente tra lo Stato e l'investitore straniero e l'accordo arbitrale risultante dall'«*unilateral consent of the State, as expressed in an investment treaty*» e dall'«*investor's subsequent invocation of that consent*»: v. *İÇkale İsŞaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, lodo, 8 marzo 2016, ove si precisa altresì che «*The BIT is not a contract; it is a treaty concluded by two States, and consequently the arbitration agreement concluded between one of the State parties and an investor of the other State party is not an arbitration agreement concluded on the basis of privity of contract*».

Secondo un primo orientamento<sup>97</sup> il consenso all'arbitrato in materia di investimenti muove dall'assunzione di un impegno unilaterale da parte dello Stato, giuridicamente vincolante, a devolvere in arbitrato le controversie che dovessero insorgere rispetto a determinate categorie di investimenti (e/o nei confronti di determinate categorie di investitori), senza che assuma rilievo – ai fini del perfezionamento dell'accordo arbitrale in sé, che si forma per contratto unilaterale – la manifestazione di volontà dell'investitore<sup>98</sup>.

In altri termini, secondo tale prospettazione, mancherebbe la contestuale reciprocità dell'accordo, secondo il tradizionale schema basato sull'incontro di una proposta (o offerta) e un'accettazione.

Successivamente, invece, è stata esclusa *in limine* l'ipotesi di una clausola arbitrale unilaterale<sup>99</sup>, pur conosciuta in altri settori del diritto internazionale<sup>100</sup>, e dando atto della peculiarità, nelle controversie arbitrali *de quibus*, dell'assenza di un accordo arbitrale *ab initio*, anche nella forma unilaterale.

Difatti, al momento della sottoscrizione del trattato, o dell'inserimento della clausola arbitrale in una legge nazionale, vi è un solo consenso da parte dello Stato ospitante, mentre l'investitore è un soggetto ancora non identificato (*rectius*: identificabile solo in astratto<sup>101</sup>) il quale non si è ancora vincolato direttamente alla scelta arbitrale, soggiacendo solo al vincolo di obbedienza alla legge statale – che contempla la clausola compromissoria o di ratifica del trattato internazionale – dello Stato di appartenenza. Peraltro, la dazione del consenso da parte dello Stato non precede solo il verificarsi della controversia; al momento in cui lo Stato si vincola,

---

<sup>97</sup> V. ancora *İçkale İşŞaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, lodo, 8 marzo 2016, ove si precisa che la concezione delle clausole arbitrali inserite nei trattati come «provisions containing the State parties' "standing offer" to arbitrate, this is in fact conceptually inaccurate and legally incorrect», dovendosi piuttosto ravvisare «the State parties' "consent" to arbitrate [...] as a unilateral undertaking vis-à-vis a class of foreign investors». La posizione assunta dalla giurisprudenza sembra, dunque, essere molto più vicina all'assunzione di un impegno, giuridicamente vincolante, unilaterale da parte dello Stato nei confronti di una categoria di investitori; il che potrebbe tradursi in un accordo unilaterale, i.e. in una clausola arbitrale unilaterale.

<sup>98</sup> V. *İçkale İşŞaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Lodo, 8 marzo 2016, in cui si afferma chiaramente che «the arbitration agreement concluded between one of the State parties and an investor of the other State party is not an arbitration agreement concluded on the basis of privity of contract, that is, on the basis of an "offer" and "acceptance"».

<sup>99</sup> Su cui v. Cap. I § 4. Si esclude che possa trattarsi di clausola arbitrale unilaterale sull'evidenza che tale clausola postula un accordo già perfezionato tra le parti, delle quali, tuttavia, soltanto una si sia vincolata. Invece nel caso dell'*arbitration without privity*, ambo le parti sono vincolate alla scelta arbitrale, seppur in momenti e con modalità differenti.

<sup>100</sup> Per una ricognizione generale sull'argomento e un'analisi dettagliata dei recenti sviluppi della clausola arbitrale unilaterale nel panorama internazionale si rinvia a S. FERRERO, *Le clausole di elezione di foro e le convenzioni arbitrali "unilaterali". Recenti sviluppi nel panorama internazionale e spunti di riflessione nel diritto italiano*, in *BusinessJus*, 6, 56, 2014.

<sup>101</sup> Come osserva C. SCHREUER, *Consent to Arbitration*, cit., p. 833, l'offerta di consenso viene fatta «in general terms to foreign investors or to certain categories of foreign investors».

non sussiste nemmeno il rapporto sostanziale — cioè, il contratto di investimento — dal quale la controversia potrà eventualmente insorgere<sup>102</sup>.

Sicché, nell'arbitrato in materia di investimenti il consenso precede non solo l'instaurazione del rapporto processuale tra le parti, ma, ancor prima, precede l'instaurazione dello stesso rapporto sostanziale<sup>103</sup>.

La peculiarità in esame ha dunque fatto propendere per un'opzione ermeneutica diversa da quella prospettata dal primo orientamento, lasciando spazio a diverse soluzioni interpretative quanto ai meccanismi di formazione del consenso.

Si è fatta strada così la teoria che la manifestazione del consenso da parte dello Stato integrasse una proposta unilaterale di arbitrato<sup>104</sup>, secondo lo schema civilistico dell'offerta al pubblico<sup>105</sup>: in tal modo, lo Stato "offrirebbe" in via anticipata e rispetto a determinate categorie di controversie, il proprio consenso a vincolarsi all'arbitrato, nei confronti di una classe di investitori stranieri, i quali, a propria volta, acquisiscono la facoltà di accettare<sup>106</sup>.

In tale prospettiva, gli investitori destinatari dell'offerta sarebbero titolari non solo di una facoltà di accettazione, ma di un più forte diritto potestativo processuale. Infatti, a fronte dell'offerta di arbitrato, non è necessaria una nuova manifestazione di volontà da parte dello Stato, in quanto essa vale già, ad ogni effetto, come

---

<sup>102</sup> Secondo alcuna dottrina internazionalistica si tratterebbe di una "*predispute submissions to arbitration*": cfr. C.F. DUGAN-D. WALLACE-N.D. RUBINS-B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, cit., p. 242. Come si vedrà subito *infra* nel testo, la manifestazione del consenso statale alla via arbitrale è invero precedente non solo all'insorgere della controversia, ma, potenzialmente, dello stesso investimento da cui esso potrà eventualmente sorgere.

<sup>103</sup> Tale schema, che potrebbe apparire inusuale, è invero conosciuto anche nel diritto interno: v. in argomento, sulla possibilità di stipulare una clausola compromissoria in un momento anteriore al contratto, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808 c.p.c.*, in *Arbitrato*, *Commentario* diretto da F. CARPI, III ed., Bologna, 2016, p. 174 ss.

<sup>104</sup> E non già, come sostenuto dai fautori del primo orientamento interpretativo, una vera e propria clausola compromissoria unilaterale. V. M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, cit., p. 52, secondo cui la manifestazione del consenso statale alla via arbitrale integrerebbe una "*unilateral offer*" che acquisisce la vincolatività dell'accordo una volta che l'investitore abbia, a sua volta, prestato il consenso; C.F. DUGAN-D. WALLACE-N.D. RUBINS-B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, cit., p. 221, per i quali la manifestazione del consenso si qualificerebbe come "*binding offer of consent*" da parte dello Stato ospitante, contenuta in una legge o in un trattato. V. anche C.H. SCHREUER, *Consent to Arbitration*, cit., p. 834, il quale evidenzia chiaramente che «*a legislative provision containing consent to arbitration is merely an offer by the State to investors [...] that offer must be accepted by the investor*».

<sup>105</sup> V. in argomento B.M. CREMADES, *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties* in, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, Colonia, 2001, p. 152-154; U. GRUSIC, *The Evolving Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, in *10 Journal of World Investment & Trade*, 2009, p. 71; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, pp. 156-157, che prospetta la ricostruzione dei meccanismi di formazione del consenso arbitrale nei termini dell'offerta pubblica, tale per cui la manifestazione del consenso da parte dello Stato varrebbe come proposta, con «*conclusione del contratto compromissorio su accettazione o su inizio di esecuzione, attraverso la proposizione della domanda di controparte*».

<sup>106</sup> V. C.F. DUGAN-D. WALLACE-N.D. RUBINS-B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, cit., p. 242.



proposta; pertanto, al fine di concludere l'accordo arbitrale è sufficiente l'accettazione dell'investitore, che, ovviamente, rimane libero di ricorrere all'arbitrato o di procedere in diverse modalità<sup>107</sup>. Inoltre, come è stato osservato, l'accettazione da parte dell'investitore non richiede particolari requisiti di forma: non è necessaria un'espressa manifestazione di volontà in tal senso, essendo sufficiente un'accettazione per *facta concludentia* mediante la proposizione della domanda arbitrale<sup>108</sup>.

Il singolare meccanismo che presidia la formazione – progressiva – del consenso arbitrale dell'*investor-State Arbitration* ha fatto più volte discutere sulla sufficiente giustificazione di tale asimmetria, alla luce dell'evidente consensualità attenuata dal lato dello Stato.

L'«asimmetria» che si viene a determinare nel rapporto tra l'investitore e lo Stato comporterebbe, quindi, una posizione di completa subalternità a svantaggio di quest'ultimo<sup>109</sup>, dovuto al fatto che il consenso statale può essere stato manifestato in un tempo risalente rispetto al verificarsi della controversia, e non rappresentare più una volontà effettiva ed attuale<sup>110</sup> in tale successivo momento; inoltre, si tratta di un consenso espresso in via generalizzata<sup>111</sup>, per categorie di liti soltanto astrattamente identificate, mentre è l'investitore a decidere in concreto se devolvere alla cognizione arbitrale la disputa che sia effettivamente insorta<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> Come osserva M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, cit., p. 55, l'effetto vincolante della clausola opera solo con riguardo allo Stato, e non anche per l'investitore, che non ha assunto alcuna obbligazione in tal senso. V. anche A. BROCHES, *Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes*, in *The Art of Arbitration. Essays on international arbitration*, Liber amicorum Pieter Sanders, a cura di J.C. SCHULTSZ-A.J. VAN DEN BERG, Deventer, 1982, p. 66 ss.

<sup>108</sup> V. in tal senso M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, cit., p. 55; C. SCHREUER, *Consent to Arbitration*, cit., p. 831. In ossequio ai principi civilistici, è sempre necessario che l'accettazione sia pienamente conforme e adesiva alla proposta.

<sup>109</sup> La situazione di asimmetria che viene a determinarsi è ben evidenziata da G. LABORDE, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, cit., p. 105, il quale evidenzia che «*this power to accept the offer to arbitrate, vested solely in the figure of the foreign investor, has introduced an asymmetry between host States and investors that has become the hallmark of investment arbitration*».

<sup>110</sup> In dottrina, vi è chi parla addirittura di “mandatory arbitration”, evidenziando che poiché con l'offerta si attribuisce il potere di accettare, l'investitore ha un diritto unilaterale di instaurare il procedimento arbitrale; di conseguenza, mancherebbe il requisito dell'attualità della volontà dello Stato a concludere l'accordo per quella specifica controversia: v. G. LABORDE, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, cit., p. 109 in cui si precisa che «*only investors may [...] determine the exact scope of this contract [...] Host States, having made the offer, no longer may modify it for as long as the treaty remains in force. Investors, conversely, could accept the offer for as little as a single dispute, in full, or anywhere in between*».

<sup>111</sup> V. E. DE BRANDABERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*, cit., p. 23, ove le controversie individuate *ex ante* e in astratto vengono considerate “*as a group*”, sulla base di caratteristiche omogenee. V. anche G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, cit., p. 63.

<sup>112</sup> La dottrina sul punto ha osservato che all'investitore spetta non solo la facoltà di rendere operativo il meccanismo di risoluzione arbitrale della controversia, ma altresì di scegliere quali

La facoltà di introdurre il procedimento arbitrale, infatti, spetta al solo investitore anche in presenza di una clausola che conferisca ad entrambe le parti il potere di proporre la domanda arbitrale, laddove non vi sia la relativa accettazione<sup>113</sup>.

Come è stato evidenziato, siffatta prassi «denota una mancanza di equilibrio tra le parti: infatti, mentre l'investitore può avviare la procedura senza la manifestazione di un consenso dello Stato ospitante rispetto al caso specifico, lo Stato non può agire in assenza della sottoscrizione da parte dell'investitore di un'apposita clausola arbitrale»; lo Stato, dunque, «deve subire tale scelta»<sup>114</sup>.

È opportuno tuttavia osservare che il fatto che lo Stato membro sia tenuto ad “attendere” il consenso – per accettazione – all'arbitrato da parte dell'investitore non implica che l'iniziativa processuale sia riservata esclusivamente a quest'ultimo, ben potendo essere invece lo Stato ospitante a proporre per primo la domanda arbitrale<sup>115</sup>.

Il paradosso risiede nel fatto che tale asimmetria è stata introdotta proprio al fine e allo scopo di tutelare e agevolare gli investimenti stranieri, e come garanzia di maggior tutela (o di tutela rafforzata).

In realtà si ritiene che l'esigenza di tutela sottesa a questa peculiare forma di consenso arbitrale sia più che giustificata, in ragione delle origini storiche e della *ratio* dell'istituto. In questa prospettiva, la regola (*rectius*: deroga) processuale è stata conformatata per far fronte ad esigenze di protezione sul piano sostanziale, sicché si introducono delle eccezioni non solo ai più tradizionali meccanismi di allocazione della giurisdizione arbitrale, ma anche ai tradizionali sistemi di formazione della volontà negoziale.

Nel bilanciamento tra il principio di consensualità e le esigenze di tutela degli investitori, che giustificano un meccanismo di perfezionamento asimmetrico della volontà arbitrale, si accorda prevalenza a queste ultime.

Ciò, peraltro, appare confermato dal regime dell'eventuale revoca al consenso statutale all'arbitrato, ritenuta ammissibile entro circoscritti limiti temporali, *i.e.* – in linea con i principi civilistici generali – fin tanto che la proposta non sia stata accettata da parte dell'investitore. Tale soluzione, inoltre, appare confortata anche

---

controversie sottoporre all'arbitrato: v. C.H. SCHREUER, *Consent to Arbitration*, cit., p. 834. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale conclusione è solo parzialmente accoglibile, in ragione del fatto che – come si è precisato *infra* nel testo – la facoltà dell'investitore di determinare l'operatività della clausola arbitrale inserita nel BIT o nella legge nazionale non include altresì una legittimazione esclusiva alla proposizione della domanda arbitrale.

<sup>113</sup> L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, cit., p. 424 ss.

<sup>114</sup> M.R. MAURO, voce *Investimenti stranieri*, in *Enc. Dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 632 ss.

<sup>115</sup> Così G. LABORDE, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, cit., p. 107 ss.

L'a. evidenzia che oltre al “*Classic Paradigm of investment disputes*”, che presenta le «*archetypal investment arbitration dispute features*», in cui la domanda arbitrale viene proposta dall'investitore, si può rinvenire anche un “*Reverse Paradigm*”, in cui «*it is the host State which, invoking treaty or contract provisions, or both, brings claims against an investor*», seppure si tratti di una percentuale minimale.

dal dato positivo dell'art. 25 della Convenzione ICSID, che esclude la revoca unilaterale allorquando ambo le parti abbiano prestato il proprio consenso<sup>116</sup>.

Sul punto si ritiene di condividere le osservazioni di chi fa notare come «*a fronte di una pregressa offerta di consenso, l'eventuale ripensamento dello Stato appare sempre idoneo a determinare una modifica peggiorativa del trattamento giuridico riservato agli investitori; [...] tuttavia, per questi ultimi, e salvo verificare l'applicabilità di diversi rimedi sul piano internazionale, la soglia dell'affidamento meritevole di tutela viene superata soltanto a fronte dell'accettazione dell'offerta arbitrale*»<sup>117</sup>.

Al fine di comprendere quando il consenso possa dirsi validamente prestato da ambo le parti, e – *de relato* – quando possa ritenersi sussistente la giurisdizione arbitrale – diventa di estrema rilevanza l'individuazione dei requisiti che consentano l'accertamento della sussistenza di una valida ed effettiva offerta arbitrale.

Affinché possa riconoscersi un'offerta di consenso, suscettibile di accettazione da parte dell'investitore senza necessità di ulteriori conferme da parte dello Stato, è necessario che quest'ultimo si sia vincolato all'utilizzo dell'arbitrato, preventivamente e unilateralmente, sulla base della libera manifestazione di una volontà attuale<sup>118</sup>.

Come mette in rilievo la giurisprudenza arbitrale<sup>119</sup>, è però indispensabile che il consenso sia espresso in modo inequivoco e in termini non ambigui.

I limiti alla prevalenza delle esigenze di tutela dell'investitore vanno allora individuati sul versante della configurazione contrattuale o pattizia della clausola arbitrale.

In quest'ottica, suscitano alcune perplessità i casi in cui la manifestazione di volontà arbitrale non appare univocamente diretta in tal senso.

---

<sup>116</sup> Ai sensi dell'art. 25 della Convenzione ICSID «[w]hen the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally».

<sup>117</sup> L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, cit., p. 424 ss. L'a. rappresenta che la clausola arbitrale può essere diversamente modulata: in alcuni rivolge l'offerta di consenso espressamente ed esclusivamente all'investitore (cd. "Canadian clause"), mentre in altre ipotesi la previsione arbitrale attribuisce ad entrambe le parti della controversia, investitore e Stato ospitante, il diritto di iniziare la procedura ("American clause"). Ciò nonostante, si mette in rilievo che l'offerta non è idonea a consentire allo Stato il ricorso alla procedura, laddove il consenso non sia stato prestato dall'investitore; si tratta comunque di un'offerta, che richiede accettazione, ciò che confermerebbe, dunque, l'asimmetria dei BITs e, in generale, degli strumenti che prevedono il ricorso all'arbitrato sugli investimenti.

<sup>118</sup> Si precisa che il consenso alla via arbitrale deve essere inequivoco: così M. POTESTÀ, *Il consenso all'arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospitante dell'investimento*, cit..

<sup>119</sup> V., *ex multis*, *Tidewater Inc., Tidewater Investment Srl, Tidewater C.A., Twenty Grand Offshore L.L.C., Jackson Marine L.L.C., Twenty Grand Marine Operators L.L.C., Zapata Gulf Marine Operators L.L.C. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on jurisdiction, 8 febbraio 2013, in cui è stata esclusa la presenza di una valida offerta di consenso; v. anche, nello stesso modo, in *Opic Karimun Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/14, Lodo, 28 maggio 2013, *ivi*, in cui il consenso è stato ritenuto ambiguo.

Si pensi a quei casi in cui il consenso all'arbitrato, seppure prestato dallo Stato all'interno di alcuni soltanto degli accordi intercorsi con un investitore per disciplinare un determinato investimento, sia ritenuto sufficiente a fondare la cognizione arbitrale rispetto al rapporto complessivamente considerato, in ragione dell'unitarietà dell'operazione; ciò quand'anche non vi sia un legame diretto tra la controversia insorta e lo specifico accordo contenente il consenso<sup>120</sup>.

In tali casi, si dubita che sia integrato il requisito della necessaria ed integrale corrispondenza tra proposta e accettazione, che impone che una convenzione arbitrale possa essere validamente conclusa soltanto in presenza di un reciproco scambio di consensi uniformi. In forza di tale principio, di matrice civilistica, l'investitore potrebbe sottoporre ad arbitrato solo quelle controversie che rientrino nell'ambito di applicazione della proposta<sup>121</sup>. Invece, secondo l'elaborazione pretoria, in virtù del collegamento delle controversie in quanto rispondenti ad un'unica operazione (anche se non si specifica se sia richiesto un collegamento giuridico ovvero solo economico), la giurisdizione degli arbitri subisce un ampliamento significativo, tale da ricomprendere anche le questioni relative ad operazioni collegate.

Tale conclusione, se da un lato appare poco aderente al tenore letterale delle clausole arbitrali contenute nei trattati (laddove circoscrivano l'ambito applicativo ad alcune controversie predefinite o a categorie di controversie) e al richiamato principio di necessaria corrispondenza tra proposta e accettazione arbitrale, è meritevole di apprezzamento per un duplice ordine di ragioni, di carattere sostanziale e processuale.

Infatti, la ricomprensione, nella *potestas iudicandi* degli arbitri, delle controversie relative ad un'unica operazione economica di investimento, appare maggiormente garantista per la posizione degli investitori sotto una pluralità di aspetti: la devoluzione ad arbitri delle controversie "connesse" assicura – in linea di massima – una maggiore completezza di giudizio, a fronte di una visione più ampia di tutti i termini della vicenda *sub iudice*, e risulta vantaggiosa sotto il profilo del contenimento dei costi dell'arbitrato.

Infine, certamente risponde ad esigenze di concentrazione e di economia processuale, consentendo la potenziale trattazione e decisione di diverse questioni che abbiano la medesima *causa petendi*.

---

<sup>120</sup> La giurisprudenza arbitrale ha infatti affermato il principio dell'«*unity of an investment operation*», in forza del quale in presenza di un'operazione unitaria non è necessario che la giurisdizione si fondi specificamente su un accordo: v. *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 aprile 2004 e *Cambodia Power Company and Kingdom of Cambodia v. Electricité du Cambodge*, ICSID Case No. ARB/09/18, Decision on jurisdiction, 22 marzo 2011.

<sup>121</sup> Il che, chiaramente, non si traduce in un obbligo di devoluzione alla cognizione arbitrale di tutte le controversie, ma nella possibilità di scegliere quali sottoporre e quali no, tra quelle previste nel trattato.

Parimenti, vengono in rilievo le ipotesi in cui il consenso dello Stato venga fondato su una *MFN Clause (Most Favoured Nation Clause)*<sup>122</sup>, ossia una clausola che consente di applicare ai cittadini dello Stato-parte del trattato in cui è contenuta il miglior trattamento previsto in un diverso trattato concluso tra l'altro Stato-parte ed uno Stato terzo. Laddove applicata al considerato ambito delle ISDS, la *MFN clause* viene a costituire il fondamento esclusivo del consenso. Sulla base di tale clausola, infatti, un investitore potrebbe avvalersi dell'offerta di consenso che lo Stato ospitante abbia rivolto agli investitori di un diverso Stato, nonostante si tratti di un soggetto proveniente da uno Stato terzo rispetto al trattato in cui l'offerta è contenuta<sup>123</sup>.

Probabilmente tali casi possono trovare cittadinanza laddove si acceda ad una nozione lata e sostanziale del requisito del consenso arbitrale "effettivo", in guisa da ammettere che la valutazione dell'effettività della proposta arbitrale possa emergere anche dal contesto in cui è collocata, senza doversi limitare al tenore letterale della stessa<sup>124</sup>. In quest'ottica – quella cioè della ricerca di una volontà reale, seppur non letterale – potrebbero forse comprendersi anche le ipotesi di apparente attenuazione del consenso di cui si è dato conto.

---

<sup>122</sup> V. in argomento L. BARBER, *Cart Before the Horse: Can MFN Clauses Expand the Key Definitions in Investment Treaties?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 2 settembre 2014, disponibile al seguente link: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/09/02/cart-before-the-horse-can-mfn-clauses-expand-the-key-definitions-in-investment-treaties/>; T. NGUYEN, *Most Favoured Nation Clause in Investment Treaties*, 2015.

<sup>123</sup> Sul punto, v. *Garanti Koza Llp v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, decisione sulla giurisdizione per mancanza di consenso arbitrale, 3 luglio 2013. Nel caso di specie la giurisdizione del tribunale arbitrale è stata ricavata in base ad una ricostruzione complessa: la domanda arbitrale si basava sull'U.K.-Turkmenistan BIT, ma lo Stato ospitante non aveva acconsentito all'arbitrato ICSID; tuttavia, aveva espresso tale consenso all'interno di un BIT con Stati terzi (in particolare, Switzerland-Turkmenistan BIT). L'investitore ha allora richiamato la MFN clause prevista nell'U.K.-Turkmenistan BIT, fondando su di essa il consenso del Turkmenistan, sulla base di quello prestato nel diverso BIT; tale ricostruzione era stata contestata dal convenuto, ma alla fine il tribunale ha ritenuto fondato il richiamo alla clausola della nazione più favorita.

<sup>124</sup> La giurisprudenza arbitrale si è orientata nel senso della necessità di valutare, ai fini della sussistenza della potestas iudicandi, l'intero contesto, anche storico, in cui si è collocata la proposta, nonché dei lavori preparatori al testo in cui essa era collocata: v. *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, decisione sulla giurisdizione, 24 febbraio 2014; *Tidewater Inc., Tidewater Investment Srl, Tidewater C.A., Twenty Grand Offshore L.l.c., Jackson Marine L.l.c., Twenty Grand Marine Operators L.l.c., Zapata Gulf Marine Operators L.l.c. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/5, decisione sulla giurisdizione, 8 febbraio 2013; *Opic Karimun Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/14, lodo, 28 maggio 2013, in cui è stata esaminata l'intenzione dello Stato, prendendo in considerazione i lavori preparatori e i disegni di legge che hanno preceduto la versione finale.

### 3.3.1. Offerta arbitrale sottoposta a condizione di procedibilità.

Le questioni relative al consenso alla via arbitrale per la risoluzione delle ISDS sono intimamente connesse alla *potestas iudicandi* degli arbitri internazionali. Quest'ultima può subire talvolta dei condizionamenti, *i.e.* essere subordinata al verificarsi di alcuni adempimenti, ovvero può anche essere esclusa.

Infatti, nello schema di formazione della volontà arbitrale, può accadere che l'offerta di consenso arbitrale sia condizionata da parte dello Stato. Lo Stato può dunque apporre alla proposta delle condizioni, dei limiti e dei termini, per l'accettazione dell'investitore.

Tali condizioni sono, nella maggior parte dei casi, di carattere processuale: come il previo esperimento di determinati procedimenti pre-arbitrali (quali mediazione e negoziazione), volti alla risoluzione amichevole della controversia (considerata una «*common condition*») o anche l'avvenuto esaurimento dei rimedi domestici.

Tali limitazioni possono rinvenirsi espressamente all'interno della clausola arbitrale inserita nel trattato oppure emergere per rinvio ad altre disposizioni della legge o del trattato<sup>125</sup>.

La dottrina e la giurisprudenza arbitrale si sono interrogate sulle conseguenze del mancato rispetto di tali condizioni preliminari.

Secondo un primo orientamento, il mancato previo adempimento delle condizioni preliminari determinerebbe un difetto di giurisdizione arbitrale<sup>126</sup>; secondo altro orientamento, più recente, si configurerebbe una vera e propria ipotesi inammissibilità della domanda arbitrale proposta dall'investitore<sup>127</sup>. Tale seconda impostazione si fonda sulla tendenza a qualificare la presenza di condizioni al consenso fornito dallo Stato non come un'offerta condizionata di arbitrato, la quale

---

<sup>125</sup> V. C.F. DUGAN-D. WALLACE-N.D. RUBINS-B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, cit., p. 223.

<sup>126</sup> In tal senso v. *KilicÇ İnŞaat İthalat İhracat Sanayi Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, lodo, 2 luglio 2013, in cui venivano in rilievo una *conditional offer to arbitrate* e una *condition precedent to consent to arbitrate*; v. anche *Ömer Dede e Serdar ElhÜseyini v. Romania*, ICSID Case No. ARB/10/22, lodo, 5 settembre 2013.

<sup>127</sup> V. *İÇkale İsŞaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Lodo, 8 marzo 2016. Nel caso di specie veniva in rilievo il Turkey-Turkmenistan BIT e il convenuto aveva eccepito la carenza di giurisdizione del tribunale arbitrale in quanto l'attore non aveva soddisfatto il *domestic litigation requirement*, ossia la procedura obbligatoria che richiedeva l'esperimento dei mezzi di risoluzione della controversia domestici. Il tribunale arbitrale, nel decidere sull'eccezione, ha escluso che, nel caso di specie, vi fosse una condizione per l'accesso alla giurisdizione arbitrale e ha – in linea generale – ritenuto che la necessità del previo esperimento di una procedura nazionale di risoluzione di una controversia non potesse qualificarsi come una vera e propria condizione del consenso degli Stati parti del trattato («*the consent of the two State parties to arbitrate [...] is unconditional*»). Nella prospettiva adottata dal tribunale, la clausola si limitava ad individuare la procedura domestica richiesta, con la conseguenza che il mancato rispetto della stessa opererebbe come causa di inammissibilità della domanda arbitrale piuttosto che come causa di carenza di potestas iudicandi del tribunale arbitrale internazionale («*any objection raised [...] must be characterized as an objection to the admissibility of the claim rather than as an objection to the tribunal's jurisdiction*»).

si perfezionerebbe soltanto a seguito dell'avvenuto rispetto delle condizioni imposte (ciò che si riverbera, appunto, sull'eventuale carenza di giurisdizione arbitrale), bensì come un'offerta già di per sé perfezionata, ma in cui è condizionato il diritto di accettare dell'investitore<sup>128</sup>. Ne consegue che i requisiti procedurali che devono essere soddisfatti prima di ricorrere all'arbitrato non potrebbero essere considerati «*as a "condition" to the State parties' consent to arbitrate*», in quanto lo Stato ha già espresso il proprio consenso all'arbitrato all'interno del trattato bilaterale o multilaterale, e tale consenso è da considerarsi come incondizionato<sup>129</sup>. Da parte sua, l'art. 26 della Convenzione ICSID<sup>130</sup> prevede che il consenso delle Parti all'arbitrato, che opera per effetto della previsione stessa nella Convenzione, è considerato come consenso a tale arbitrato ad esclusione di qualsiasi altro mezzo di tutela, salva diversa previsione. Infatti, ciascuno Stato contraente può richiedere l'esaurimento dei ricorsi amministrativi o giudiziari interni quale condizione del suo consenso all'arbitrato previsto dalla Convenzione medesima<sup>131</sup>.

Inoltre, possono venire in rilievo le clausole MFN (*Most Favoured Nation*), ove riguardino le clausole di risoluzione delle controversie arbitrali. Tali clausole fanno espresso rinvio all'applicazione di previsioni più favorevoli, in ordine alla disciplina della stessa materia, stabilite in altri trattati sottoscritti dallo Stato ospitante con uno Stato terzo (rispetto allo Stato di appartenenza dell'investitore). Tali clausole possono avere ad oggetto anche le previsioni arbitrali<sup>132</sup>: è il caso in cui il particolare trattato concluso tra Stato ospitante e Stato di appartenenza dell'investitore preveda una condizione di procedibilità per la proposizione della domanda di arbitrato e, al contempo, contenga la clausola della nazione più favorita, specificamente riferita anche alla materia arbitrale. In tale evenienza, l'investitore potrà adire direttamente il tribunale arbitrale, senza rispettare la condizione di

---

<sup>128</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products s.a., Abal Hermanos s.a., v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, decisione sulla giurisdizione, 2 luglio 2013, in cui si è escluso che la previsione all'interno del BIT di una condizione che prevedeva un «*six-month settlement attempt requirement*» prima di iniziare l'arbitrato fosse idonea ad influire sulla giurisdizione arbitrale.

<sup>129</sup> V. ancora *İçkale İşSaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Lodo, 8 marzo 2016, in cui si afferma che il mancato rispetto dei requisiti procedurali non può inficiare il consenso già prestato («*it does not condition the State's consent*») ma investe solo il diritto dell'investitore di adire il giudice arbitrale («*it only affects the investor's right to invoke it*»).

<sup>130</sup> La richiamata disposizione prevede che «*consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention*».

<sup>131</sup> Non sembrerebbe, tuttavia, essere richiesto un completo esaurimento dei mezzi di ricorso interni al pari di quanto avviene – seppure con diverse modalità – dinanzi ad altri tribunali internazionali. Altri trattati prevedono che, prima di poter iniziare l'arbitrato, l'investitore privato debba iniziare il contenzioso dinanzi ai giudici dello Stato ospitante per un dato periodo (di solito 18 mesi). Nonostante tale condizione restrittiva, gli investitori sono comunque riusciti ad avviare direttamente l'arbitrato avvalendosi della clausola della nazione più favorita.

<sup>132</sup> V. *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, lodo, 13 novembre 2000.

procedibilità, quando lo Stato ospitante abbia concluso altro trattato con uno Stato terzo che regoli la possibilità del ricorso diretto agli arbitri<sup>133</sup>.

In questo modo, l'accesso all'arbitrato è assicurato direttamente dalla MFN Clause, idonea a paralizzare la condizioni di procedibilità prevista nel BIT tra Stato ospitante e Stato di appartenenza dell'investitore.

Si è però altresì osservato che, *a contrario*, qualora tali clausole non si riferiscano espressamente anche alla materia della soluzione delle controversie per via arbitrale, l'evocazione della regolamentazione di tale aspetto contenuto in altri trattati non può avvenire sulla scorta della clausola MFN<sup>134</sup>.

Infine, possono esservi dei casi in cui la giurisdizione arbitrale possa essere preclusa da una scelta operata in limine dall'investitore straniero, mediante una cd. clausola *fork in the road*<sup>135</sup> che pone una scelta tra il ricorso a rimedi domestici e l'arbitrato internazionale. Tale clausola, che opera in guisa che *electa una via non datur recursus ad alteram*, attribuisce all'investitore straniero l'esercizio dell'opzione tra i giudici nazionali dello Stato ospitante oppure l'arbitrato internazionale. Una volta esercitata tale opzione, però, la scelta diviene definitiva.

#### **4. L'effettività della tutela processuale degli investitori stranieri: l'esecuzione e l'annullamento dei lodi.**

L'effettività della tutela processuale degli investitori stranieri è assicurata anche nella fase successiva alla decisione arbitrale, e dipende dalla configurazione assunta dall'*enforcement* del lodo e dall'apparato rimediabile.

Ai fini dell'indagine della tutela processuale dell'investitore nelle possibili fasi successive alla decisione, *i.e.* in sede di esecuzione o di annullamento del lodo arbitrale si procederà operando una distinzione tra l'arbitrato ICSID e l'arbitrato non regolato dalla Convenzione ICSID, al fine di verificare se gli strumenti processuali a disposizione, nonché le regole operative, sono orientati in una prospettiva *investor-friendly*.

---

<sup>133</sup> Così A. MIGNOLLI, *Arbitrato ICSID e tempestività dell'assoggettamento agli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 580.

<sup>134</sup> C. TRAPUZZANO, *L'arbitrato internazionale in tema di investimenti*, cit..

<sup>135</sup> V. in argomento C.H. SCHREUER, *Consent to Arbitration*, in *The Oxford Handbook of International Investment*, a cura di P. MUCHLINSKI-F. ORTINO-C.H. SCHREUER, Oxford, 2008, p. 835 ss..



#### 4.1. Tutela della disparità nella fase di esecuzione del lodo arbitrale.

Quanto al lodo ICSID, può preliminarmente osservarsi che uno dei più forti incentivi all'utilizzo dell'arbitrato in sede ICSID è la garanzia di esecuzione del lodo arbitrale in tutti gli Stati parte della Convenzione di Washington senza alcun intervento giurisdizionale interno<sup>136</sup>, “*as if it were a final judgment of a court in that State*”<sup>137</sup>, e l'esecuzione è regolata dal diritto dello Stato nel cui territorio è richiesta<sup>138</sup>. Tale previsione costituisce un riflesso del carattere di autonomia del sistema arbitrale regolato dalla Convenzione ICSID rispetto dall'ordinamento giuridico dei suoi Stati contraenti.

Diversi sono invece gli scenari prospettabili nel caso in cui sia richiesto il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo non disciplinato dalla Convenzione ICSID<sup>139</sup>.

La loro esecuzione è regolata dalla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (NYC), ed in particolare dall'Art. V, e dal diritto interno.

L'art. V disciplina il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi, al primo paragrafo, individua una serie di motivi in base ai quali può essere opposto il diniego di riconoscimento o esecuzione sulla base di motivi di ordine generale<sup>140</sup>. Tra questi,

---

<sup>136</sup> La rivelanza di tale valore aggiunto è stata ampiamente evidenziata in occasione del caso *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, dove l'investitore perferì l'arbitrato UNCITRAL a quello ICSID.

<sup>137</sup> V. art. 54(1) della Convenzione ICSID, ai sensi del quale «*Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State*». V. in argomento R. DOLZER-C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012, p. 300.

<sup>138</sup> V. art. 53(4) della Convenzione ICSID, ai sensi del quale «*Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territory such execution is sought*». V. anche l'art. 55 della Convenzione ICSID, in base al quale «*Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution*».

<sup>139</sup> Intendendosi per tali i lodi resi all'esito di procedimenti arbitrali disciplinati dall'UNCITRAL, dalla SCC, dall'ICSID Additional Facility o da altre regole arbitrali.

<sup>140</sup> L'Art. V(1) della Convenzione di NY prevede infatti che il riconoscimento o l'esecuzione del lodo possa essere rifiutato se «(a) *The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or (c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the*

diversi sono posti a presidio della parità delle armi nel processo arbitrale: in particolare vengono in rilievo sia l'incapacità di concludere la convenzione di arbitrato e l'invalidità della stessa (lett. a, da valutarsi secondo la legge dello Stato il cui giudice è richiesto dell'esecuzione ovvero dello Stato in cui è stata emessa il lodo), sia l'asimmetria informativa rispetto alla designazione dell'arbitro o della procedura d'arbitrato (lett. b).

Conformemente poi alla maggior parte delle regole procedurali arbitrali – sia nazionali sia internazionali – sull'annullamento (più che sull'esecuzione), si prevede che il riconoscimento o l'esecuzione possano essere negati nel caso in cui la controversia non fosse inclusa nel compromesso o nella clausola compromissoria, o nel caso di eccesso di potere e ultrapetizione (lett. c), ovvero per violazione delle regole procedurali stabilite nella convenzione di arbitrato o, in mancanza, previste dalla *lex loci arbitri* (lett. d), con ciò includendo di fatto tutte le disposizioni processuali espressione del *fair and due process*.

È poi significativo che l'autorità giudiziaria nazionale richiesta del riconoscimento e dell'esecuzione possa (anzi debba) negarli nei casi di non arbitrabilità della controversia secondo il proprio ordinamento giuridico ovvero di violazione dell'ordine pubblico<sup>141</sup>. Quanto al luogo di esecuzione, non vi sono limiti all'esecuzione in paesi diversi dallo Stato ospitante e dallo Stato di appartenenza dell'investitore straniero; anzi, considerato che talvolta la parte soccombente in giudizio è titolare di beni localizzati in diversi paesi, è ben possibile che la parte vittoriosa decida di eseguire il lodo arbitrale in diverse giurisdizioni.

Nella prospettiva, che qui si vuole indagare, di tutela dell'investitore sembra pertanto che le regole di esecuzione del lodo ICSID siano maggiormente tutelanti in quanto espongono a minori contestazioni, nel caso in cui l'investitore sia vittorioso in giudizio arbitrale; ove, invece, l'investitore sia soccombente, un maggiore spettro di tutela è assicurato dal regime di riconoscimento ed esecuzione assicurato dalla Convenzione di NY. Ciò anche in considerazione del fatto che – come si vedrà subito *infra* – le regole che presiedono all'annullamento del lodo arbitrale ICSID sono maggiormente stringenti.

Ne consegue che, nel caso in cui l'investitore sia soccombente, i margini per un ribaltamento (e, ancor prima, per la sospensione) del lodo arbitrale ICSID di prime cure in sede di annullamento sono ristretti. Mentre, nel caso di soccombenza a fronte di un lodo non ICSID, anche qualora lo Stato in cui venga richiesta

---

*agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made».*

<sup>141</sup> L'Art. V(2) prevede che il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo straniero possano essere rifiutati se l'autorità nazionale competente adita riscontri che: «(a) *The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country».*

l'esecuzione o il riconoscimento del lodo sia poco investor-friendly, è comunque assicurata una maggior tutela all'investitore perché tale Stato è comunque parte contraente della Convenzione di NY e pertanto l'investitore potrà ragionevolmente disporre di un più ampio spettro di motivi di impugnazione e – soprattutto – di un giudice diverso da quello che ha pronunciato il lodo da impugnarsi (circostanza, invece, non presente nell'arbitrato disciplinato dalla Convenzione ICSID che, come si vedrà, prevede che l'autorità competente per l'annullamento sia un'organo interno – benché superiore – della stessa istituzione arbitrale).

#### **4.2. Tutela della disparità nella fase di annullamento del lodo arbitrale.**

Anche con riferimento al bilanciamento del rapporto tra le parti nella fase eventuale di impugnazione del lodo arbitrale, occorre effettuare una distinzione tra l'arbitrato ICSID e l'arbitrato non regolato dalla Convenzione ICSID.

Nel caso di arbitrato disciplinato dalla Convenzione ICSID, giova ricordare che l'unico rimedio a carattere generale<sup>142</sup> a disposizione delle parti è l'annullamento previsto dall'art. 52 della relativa Convenzione, con espressa esclusione di ulteriori mezzi di impugnazione<sup>143</sup>. Dunque, anche sotto il profilo rimediale emerge l'autonomia del sistema ICSID di risoluzione delle controversie rispetto agli ordinamenti interni degli Stati contraenti.

L'annullamento del lodo<sup>144</sup> è disciplinato interamente dalla Convenzione di Washington del 1965 ed è precluso ai giudici nazionali. La procedura ivi prevista trova applicazione solo con riferimento ai provvedimenti qualificabili come "lodi", essendo invece esclusi altri provvedimenti interinali o ordinatori<sup>145</sup>.

Le domande di annullamento vengono presentate ad un altro organo arbitrale (Comitati *ad hoc*)<sup>146</sup>, composto da tre membri nominati dal Presidente del

---

<sup>142</sup> V. sul punto L. MAROTTI, *Il doppio grado di giudizio nel processo internazionale*, Torino, 2019, p. 75 ss.

<sup>143</sup> L'art. 53(1) della Convenzione ICSID prevede che «*The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention*».

<sup>144</sup> Sull'annullamento si veda R. DOAK BISHOP-S.M. MARCHILI, *Annulment under the ICSID Convention*, Oxford, 2012.

<sup>145</sup> Il riferimento è, ad esempio, alle decisions on jurisdiction, alle provisional measures, alle arbitrator challenges a ai procedural orders, che non sono "lodi" e quindi non possono essere annullati autonomamente ai sensi dell'art. 52(1) della ICSID Convention. Tuttavia, tali atti sono suscettibili di annullamento in quanto "parti" del lodo finale.

<sup>146</sup> Ai sensi dell'art. 52(3) l'annullamento del lodo ICSID è rimesso ad un Comitato *ad hoc* di tre membri nominati dal Segretario Generale, che non svolge alcuna funzione di "appello", non potendo pronunciarsi nel merito della questione: v. l'*Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*, 5 maggio 2016, par. 90 e cfr. D.D. CARON, *Framing the Work of ICSID Annulment Committees*, in *World Arbitration & Mediation Review*, 6, 2012, p. 173 ss.

Consiglio di Amministrazione, che agisce secondo le regole procedurali applicabili nei procedimenti principali e può annullare il lodo per intero o solo in parte.

La procedura deve essere avviata da una delle parti entro 120 giorni dalla data di adozione del lodo impugnato<sup>147</sup> e in pendenza della decisione è ammessa la possibilità di sospensione dell'esecuzione del lodo può essere sospesa e, qualora il procedimento si concluda con l'annullamento, la questione può essere ripresentata a un nuovo tribunale arbitrale, ma contro le decisioni non è possibile fare ricorso ad altra autorità giurisdizionale esterna.

Tra i motivi, tassativamente<sup>148</sup> elencati all'art. 52(1) della Convenzione ICSID<sup>149</sup>, per i quali è possibile richiedere l'annullamento del lodo ICSID, si esaminano ai fini dell'indagine sulla asimmetria delle parti quelli che maggiormente si pongono a presidio dei diritti sostanziali e procedurali delle parti.

Giova premettere che, in via generale, il rimedio in questione sconta una pluralità di limitazioni di ordine generale e procedurale.

In primo luogo, l'impugnativa sembra essere limitata ai soli profili di "legittimità" e non anche al merito della decisione, poiché il Comitato non svolge funzioni di giudice di gravame.

Inoltre, è prevista una generale preclusione processuale di cui all'art. 27 delle Arbitration Rules<sup>150</sup>, in forza del quale qualora la parte sia a conoscenza di una violazione di una norma procedurale e non vi obbietti immediatamente, rinuncia al proprio diritto di lamentare la violazione.

Quanto ai vizi del lodo che legittimano la richiesta di annullamento, può notarsi che i motivi di cui alle lett. *a*), *b*) e *d*) dell'art. 52(1) della Convenzione consentono la censura degli *errores in procedendo*. In particolare, il vizio di erronea costituzione

---

Come è stato osservato, nella decisione di annullamento il Comitato *ad hoc* ha ampia discrezionalità certa discrezionalità, spesso tradotta in una tendenza a far salvo il lodo in considerazione della "significance of the error relative to the legal rights of the parties": v. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, decisione di annullamento, 3 luglio 2002, par. 66.

<sup>147</sup> Eccezione fatta per la richiesta fondata sul motivo (*c*) *corruption on the part of a member of the Tribunal*, per la quale il termine di 120 giorni decorre dal momento della scoperta della corruzione e, in ogni caso, entro tre anni dall'adozione del lodo.

<sup>148</sup> Sul carattere tassativo dei motivi v. *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, decisione di annullamento, 5 febbraio 2002: «*These grounds for annulment are enumerated exhaustively... The power for review is limited to the ground of annulment as defined in this provision. These grounds are to be interpreted neither narrowly nor extensively*».

<sup>149</sup> V. art. 52(1) della Convenzione ICSID, ai sensi del quale l'annullamento può essere richiesto qualora ricorrano i seguenti motivi (considerati tassativi): «*a) that the Tribunal was not properly constituted; b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or e) that the award has failed to state the reasons on which it is based*».

<sup>150</sup> L'art. 27 ("Rinuncia") delle *Arbitration Rules* prevede infatti che «*A party which knows or should have known that a provision of the Administrative and Financial Regulations, of these Rules, of any other rules or agreement applicable to the proceeding, or of an order of the Tribunal has not been complied with and which fails to state promptly its objections thereto, shall be deemed—subject to Article 45 of the Convention—to have waived its right to object*».

del tribunale arbitrale (a) consente alla parte lesa di far valere la violazione delle regole – dettate dalla stessa Convenzione ICSID<sup>151</sup> – sulla corretta composizione del collegio arbitrale, nonché il fatto che il lodo sia stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro. Tale motivo, assieme a quello peculiare di cui alla lett. c) relativo alla corruzione di uno dei membri componenti il tribunale arbitrale, è funzionale a preservare l'integrità, l'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri.

Il vizio di manifesto eccesso dei poteri conferiti agli arbitri (b) può invece contenere in sé le censure relative alla pronuncia del lodo fuori dai limiti della convenzione di arbitrato<sup>152</sup>, violazione della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, o in qualsiasi caso in cui il tribunale arbitrale o eccede la sua giurisdizione<sup>153</sup> o la declina erroneamente, o non considera rilevante il diritto applicabile.

L'art. 52(1)(b) della Convenzione ICSID richiede che l'eccesso di potere sia manifesto, cioè chiaro, facilmente riconoscibile o evidente, secondo l'interpretazione fornita dai dei comitati *ad hoc*<sup>154</sup>.

Con specifico riguardo alla mancata applicazione della legge da doversi correttamente prendere in considerazione nel caso di specie, è stato precisato che la violazione può assumere la forma di una totale inosservanza della legge applicabile o dell'applicazione di una legge diversa da quella determinata ai sensi dell'art. 42(1) della Convenzione ICSID<sup>155</sup>.

Quanto, invece, al motivo sub d), *i.e.* “*a serious departure from a fundamental rule of procedure*” – che, come osservato, costituisce uno dei motivi più frequentemente invocati dalla parte che richiede l'annullamento del lodo<sup>156</sup> – sovente viene

---

<sup>151</sup> V. in particolare Convenzione ICSID, Capitolo IV, Sezione 2 “Costituzione del tribunale”.

<sup>152</sup> Eccependo cioè l'incompetenza per non essere la controversia arbitrabile, o per non derivare direttamente da un “investimento”, o per l'assenza di un valido consenso arbitrale: rientrano cioè nel novero di “eccesso di potere” i casi in cui mancano i presupposti per la competenza arbitrale *ratione materiae, ratione personae e/o ratione voluntatis*.

<sup>153</sup> Un eccesso di potere giurisdizionale si verifica quando il tribunale arbitrale assume erroneamente la giurisdizione su una controversia, eccede l'ambito della sua giurisdizione o declina erroneamente la sua giurisdizione. Nel decidere sulla sua giurisdizione, il tribunale deve considerare i requisiti giurisdizionali stabiliti dall'art. 25(1) della Convenzione ICSID e gli altri requisiti che possono essere stabiliti dal trattato o dal contratto che vengono in rilievo. Il tribunale è tenuto a declinare d'ufficio la sua giurisdizione se uno o più di questi requisiti non sono soddisfatti, anche se le parti non sollevano eccezioni, considerato anche che il tribunale arbitrale è giudice della propria competenza (art. 41(1) Convenzione ICSID).

<sup>154</sup> Si v. in particolare l'*Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*, 5 maggio 2016, par. 8. Inoltre, la giurisprudenza di alcuni comitati *ad hoc* ha aggiunto il requisito della gravità per l'esito della controversia: cfr. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (Vivendi I)*, ICSID Case No. ARB/97/3, decisione di annullamento, 3 luglio 2002, par. 8.

<sup>155</sup> L'art. 42(1) della Convenzione ICSID prevede che «*the Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable*». Pertanto, un semplice errore nell'applicazione delle norme di diritto non può costituire un motivo di annullamento, in linea con il principio che la procedura di annullamento in questione non è un appello.

<sup>156</sup> R. DOLZER-C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit., pp. 303-304.

richiamato per far valere le violazioni del principio di parità di armi processuali nel procedimento arbitrale ICSID.

La dottrina ha segnalato che l'ambito di operatività del motivo in esame, che richiama i canoni di "gravità"<sup>157</sup> (riferito alla deviazione) e di carattere "fondamentale"<sup>158</sup> (riferito alla regola procedurale), deve circoscriversi ai casi in cui la violazione si riferisca alle norme espressione di principi di *due process*<sup>159</sup>, tra i quali senz'altro può ricomprendersi anche il principio della parità delle armi<sup>160</sup>, il diritto di essere ascoltati, l'imparzialità del tribunale arbitrale, le regole di ammissione e assunzione dei mezzi di prova e le regole sul riparto dell'onere della prova, nonché quelle che presiedono alla deliberazione tra i membri del tribunale<sup>161</sup>. Ne consegue che grava sulla parte che chiede l'annullamento del lodo provare che i requisiti richiesti dall'articolo 52(1)(d) siano soddisfatti<sup>162</sup>, seppur nell'incertezza interpretativa ingenerata dalla giurisprudenza arbitrale, e la dimostrazione non è sempre agevole<sup>163</sup>. L'onere probatorio in questione risulta poi ulteriormente

---

<sup>157</sup> Ci si è chiesti quale fosse la dimensione della gravità richiesta dal requisito della *serious departure*. Secondo la giurisprudenza arbitrale «[it] establishes both quantitative and qualitative criteria: the departure must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide»: così *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, decisione di annullamento, 22 dicembre 1989, par. 5.05. V. per i riferimenti giurisprudenziali C. MILO, *Il principio della parità delle armi nell'arbitrato in materia di investimenti: una tutela incompleta?*, cit., p. 707 ss. In dottrina D.D. CARON, *Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction between Annulment and Appeal*, in *ICSID Review*, 7, 1992, p. 42 afferma che il motivo *sub d*) in esame «will not be in practice a source of many annulments because the twin hurdles of "serious" and "fundamental" are quite substantial».

<sup>158</sup> Si ritiene di condividere l'opinione di chi sottolinea che non ogni violazione di una norma che regola il procedimento arbitrale è di per sé idonea a legittimare l'annullamento del lodo.

<sup>159</sup> La giurisprudenza arbitrale dei Comitati *ad hoc* è uniforme sull'interpretazione del termine *fundamental* (83), intendendo per tale la violazione che coinvolge i principali *standard* procedurali (cfr. *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, decisione di annullamento, 5 febbraio 2002, par. 57 e *CDC Group plc v. Republic of Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Decisione di annullamento, 29 giugno 2005, par. 49).

<sup>160</sup> Così C. MILO, *Il principio della parità delle armi nell'arbitrato in materia di investimenti: una tutela incompleta?*, cit., p. 707 ss., il quale richiama la giurisprudenza di Comitati *ad hoc* sul tema, ed in particolare *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Decisione di annullamento, 22 dicembre 1989, par. 5.06 ove si faceva riferimento all'art. 18 della UNCITRAL Model Law "Equal treatment of parties". L'a. rileva anche che «le numerose decisioni dei Comitati *ad hoc* sul tema si limitano, tuttavia, a fare un generico riferimento alla parità delle armi [...], senza offrire chiarimenti sul suo contenuto e, al contrario, sottolineando che non vi sono incluse le "ordinary arbitration rules" [...]».

<sup>161</sup> V. *Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*, 5 maggio 2016, par. 99.

<sup>162</sup> *The Bolivarian Republic of Venezuela v. Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A.*, ICSID Case No. ARB/10/5, decisione di annullamento, 27 dicembre 2016, par. 160.

<sup>163</sup> Il Comitato *ad hoc* nel caso *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, decisione di annullamento, 2 novembre 2015, par. 61 ha infatti precisato che «*Serious departure from a fundamental rule of procedure is frequently invoked by applicants, normally in conjunction with other grounds. But the hurdles for the acceptance of this ground are high: in only a few cases has it led to the annulment of ICSID awards*»»

aggravato dalla preclusione processuale di cui al già richiamato dall'art. 27 delle *Arbitration Rules*.

Alla luce della tendenza maggioritaria sviluppatasi nella prassi, il lodo risultante da un procedimento arbitrale in cui vi sia stata una violazione del principio della parità delle armi è passibile di annullamento solo quando questa violazione sia tale da rendere il procedimento arbitrale nel suo complesso ingiusto<sup>164</sup>. L'oggetto della tutela è rappresentato però non tanto dall'ingiustizia della decisione arbitrale in sé (diversamente, si attingerebbe al merito), bensì dalla correttezza della procedura arbitrale nel suo complesso, *i.e.* il *due process*, che richiama, *mutatis mutandis*, il concetto di diniego di giustizia<sup>165</sup> davanti alle corti nazionali.

Infine, il caso *sub e)*, relativo alla mancanza di motivazione, costituisce probabilmente – per la sua idoneità a ricomprendere fattispecie variegata – lo strumento di maggior tutela per l'investitore, e si pone in continuità rispetto a quanto previsto dall'art. 48(3) della Convenzione ICSID, il quale stabilisce che il lodo deve prendere in considerazione ogni questione sottoposta al tribunale e deve indicare la motivazione della decisione del tribunale.

Al di là dell'importanza della motivazione per la sua funzione di presidio della effettività della tutela<sup>166</sup>, si osserva che il difetto di motivazione presentarsi sub specie totale assenza di ragioni od omissione di ogni questione rilevante per la decisione della controversia, o anche contraddittorietà o apparenza della motivazione<sup>167</sup>.

Invece, i lodi non disciplinati dalla Convenzione ICSID, sono soggetti alla *lex arbitri* del luogo dell'arbitrato e alla giurisdizione dei tribunali competenti per l'annullamento<sup>168</sup> (arg. *ex artt.* 35(2) e 6 delle UNCITRAL Model Law).

Sebbene, dunque, l'annullamento sia rimesso ai singoli tribunali individuati secondo le regole di competenza dagli Stati, quanto ai motivi di annullamento, si segnala che l'art. 35 delle UNCITRAL Model Law prevede fattispecie corrispondenti a quelle previste per il rifiuto di esecuzione (art. 36).

---

<sup>164</sup> *Ma v. contra Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, decisione di annullamento, 17 dicembre 1992, par. 9.08, ove è stata riconosciuta una autonoma tutela alla parità delle armi, sottolineando che: «[i]f a Tribunal takes a decision on the request of a Party without giving the other Party an opportunity to express itself on that request, it does not treat the Parties equally».

<sup>165</sup> Sul quale, per una declinazione internazionalistica, si richiama J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2005, p. 61 ss.

<sup>166</sup> Anche se, nel caso del lodo ICSID, la motivazione consente sì alle parti di avere contezza e di ricostruire l'*iter* logico-argomentativo del tribunale, ma non vale più di tanto ai fini dell'impugnazione della decisione arbitrale, posto che – come più volte precisato – non è previsto un grado di appello avverso i lodi dei tribunali arbitrali ICSID.

<sup>167</sup> V. *Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*, 5 maggio 2016, par. 105.

<sup>168</sup> Così K. BONDAR, *Annulment of ICSID and Non-ICSID Investment Awards: Differences in the Extent of Review*, in *Journal of International Arbitration*, 2015, p. 621 ss.

## 5. La tutela dell'investitore e le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza europea e arbitrale. *Achmea e post Achmea.*

Gli Stati membri dell'Unione Europea e l'Unione stessa hanno aderito nel corso del tempo a diversi trattati in materia di investimenti che prevedono la devoluzione delle controversie Stato-investitore straniero al tribunale arbitrale ICSID. Come anzidetto, la scommessa sull'ADR si fondava su diversi vantaggi offerti dall'*ISDS*: neutralità, *expertise*, semplicità, rapidità e informalità della procedura, *confidentiality*, facilitazione della composizione amichevole che lo strumento arbitrale è in grado, per sua stessa struttura e funzione, di garantire alle parti interessate<sup>169</sup>.

Negli ultimi anni la funzione e il ruolo dell'arbitrato ICSID per le controversie in materia di investimenti sono stati messi in discussione dalla Commissione Europea e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Le criticità rilevate attengono sia ai profili sostanziali di tutela dell'investitore sia ai profili procedurali, ed in particolare alla *potestas iudicandi* degli arbitri internazionali per le controversie in materia di investimenti nello spazio giuridico europeo.

Infatti, due importanti cambiamenti all'interno della Comunità Europea hanno successivamente alterato le coordinate della giurisdizione arbitrale sulle controversie in materia di investimenti: alcuni Paesi con cui gli allora Stati membri avevano precedentemente stipulato BIT hanno via via aderito all'UE, facendo sì che le norme sostanziali e procedurali degli accordi internazionali diventassero a tutti gli effetti un sistema di trattati paralleli che si sovrappongono alle norme del Mercato Unico Europeo<sup>170</sup>; inoltre, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>171</sup> la conclusione di nuovi trattati bilaterali in materia di investimenti esteri è stata attribuita alla competenza esclusiva dell'Unione Europea (art. 207, par. 1, TFUE).

---

<sup>169</sup> C. TRAPUZZANO, *L'arbitrato internazionale in tema di investimenti*, cit., p. 4.

<sup>170</sup> I rischi della sovrapposizione si verificano nel momento in cui impediscono in tal modo la piena applicazione del diritto dell'UE. È il caso, per esempio, dei BIT intra-UE interpretati in modo tale da costituire la base per l'assegnazione di aiuti di Stato illegali in violazione del principio della libertà della concorrenza nel mercato unico europeo: v., ad es., il caso *Micula v. Romania* (ICSID Case No. 2550-17), laddove la Commissione Europea (Decisione 2015/1470 del 30 marzo 2015) ha ritenuto che l'esecuzione del lodo ICSID di condanna della Romania al risarcimento del danno in favore dei fratelli Micula per violazione degli *standard* di protezione degli investimenti contenuti nel BIT concluso tra la Romania e la Svezia realizzasse una forma di aiuti di Stato incompatibile con il diritto UE. Sul tema si rinvia a DE BELLIS, *Regimi giuridici ultrastatali e conflitti: il caso della tutela degli investimenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, 355-369.

<sup>171</sup> Il Trattato di Lisbona è stato firmato il 13 dicembre 2007 ed è entrato in vigore a partire dal 1 gennaio 2009.



Si è via via insinuata l'ombra dell'incompatibilità degli *ISDS* con l'ordinamento giuridico dell'Unione Europea<sup>172</sup>, con riferimento sia al novero dei diritti sostanziali riconosciuti agli investitori sia al sistema di tutela giurisdizionale<sup>173</sup>, in aggiunta alle critiche della dottrina internazionalistica sulla legittimità e/o effettività dello strumento arbitrale per tali tipologie di controversie<sup>174</sup>.

Di conseguenza, la Commissione Europea, già sovente intervenuta in qualità di *amicus curiae* nei procedimenti arbitrali a sostegno degli Stati convenuti, ha invitato gli Stati membri a porre fine ai BIT conclusi<sup>175</sup> e ha avviato, a partire dal 2015, delle procedure di infrazione contro gli Stati membri che continuano a mantenere in vigore i trattati bilaterali di investimento intra-UE non più necessari perché assorbiti dalle competenze dell'Unione e, soprattutto, perché attribuiscono diritti su base bilaterale solo agli investitori di alcuni Stati membri, in violazione del fondamentale divieto di discriminazione tra gli investitori dell'UE all'interno del Mercato Unico<sup>176</sup>.

La posizione della Commissione Europea era volta, da un lato, ad impedire che le controversie intra-europee in materia di investimenti fossero sottratte alla giurisdizione degli Stati membri e giudicate da arbitri e, dall'altro lato (e più in generale), a sostituire il meccanismo arbitrale con forme di giurisdizione internazionale istituzionalizzata<sup>177</sup>.

---

<sup>172</sup> E. GAILLARD-H. RUIZ-FABRI, *EU Law and International Investment Arbitration*, IAI Series No. 11, 2018.

<sup>173</sup> V. N. LAVRANOS, *Is an International Investor-to-State Arbitration System Under the Auspices of the ECJ Possible?*, in *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*, a cura di N.J. CALAMITA-D. EARNEST-M. BURGSTALLER, British Institute of International and Comparative Law, 2013, p. 129 ss.

16 dicembre 2011.

<sup>174</sup> Per una compiuta ricostruzione delle diverse posizioni e prospettive di riforma dell'arbitrato internazionale Stato-investitore si rinvia a A. ROBERTS, *Incremental, systemic, and paradigmatic reform of investor-State arbitration*, in *Cambridge University Press*, 29 agosto 2018. L'a. prende in considerazione le opinioni di tre diverse categorie: gli incrementalisti, convinti sostenitori dello strumento arbitrale tra investitori e Stato quale migliore opzione disponibile, sebbene perfezionabile con modeste riforme che rimediano a preoccupazioni specifiche; i riformatori sistemici, che intendono mantenere la possibilità degli investitori di richiedere la tutela dei propri diritti direttamente a livello internazionale, ma prevedono la sostituzione dell'arbitrato con una corte di investimento multilaterale e un organo di appello; i fautori del cambiamento del paradigma di riferimento, che rifiutano *tout court* l'idea di tutela giurisdizionale dinanzi ad istanze internazionali (arbitrali o meno) e abbracciano una varietà di alternative, che vanno dai tribunali nazionali all'arbitrato da Stato a Stato.

<sup>175</sup> Con i suoi pareri motivati del 23 settembre 2016, la Commissione ha inviato una richiesta formale all'Austria, ai Paesi Bassi, alla Romania, alla Slovacchia e alla Svezia di porre fine ai loro BIT intra-UE.

<sup>176</sup> C. CALABRESI, *Svolta in materia di protezione degli investimenti nel settore delle energie rinnovabili*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 313, in nota a CSID 4 maggio 2017.

<sup>177</sup> V. sul punto G. ZARRA, *The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the EU and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step forward or a Hasty Reform?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2018, p. 389 ss.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è poi intervenuta con la sentenza pregiudiziale resa sul caso *Achmea*<sup>178</sup>, con cui ha riconosciuto l'incompatibilità delle clausole di arbitrato Stato-investitore inserite nei trattati bilaterali d'investimento "intra-UE" – *i.e.* conclusi tra Stati membri dell'Unione –, così di fatto ponendo le basi per escludere la cittadinanza dell'arbitrato ICSID nel sistema giuridico europeo<sup>179</sup>.

Infatti, il richiamo *preliminary ruling* ha rappresentato il punto d'emersione di un conflitto sistemico tra l'ordinamento giuridico internazionale e l'ordinamento

---

<sup>178</sup> CGUE, Grande Camera, 6 marzo 2018, causa C- 284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*. Per la sua portata dirompente, la decisione della CGUE ha costituito oggetto di centinaia di approfondimenti e commenti da parte della dottrina internazionalistica. Si richiamano in questa sede, *inter alios*, le note dei commentatori italiani: A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea, nota a Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 493 ss.; A. CIAMPI, *Postilla. Perché il diritto europeo rimanga com'è, la nozione autonoma di "giurisdizione negoziale" deve cambiare*, in *Giur.it*, 2018, p. 1977 ss.; B. CAPIELLO, *Il mantenimento in vigore dei BITs intra europei e la legittimità della clausola compromissoria negli accordi bilaterali e multilaterali di investimento alla luce della sentenza Achmea*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 258 ss.; C. CELLERINO, *More on the constitutional justification of the Achmea ruling and "less" on ... its impact on the Investment Court System*, in *The European Legal Forum*, 2019, p. 85 ss.; J. CILIBERTO: *Intra-EU BITs' Arbitration Clause and EU Law: the Countdown for the CJEU's Final Say*, in *Dir. comm. int.*, 2018, p. 217 ss.; C. CONSOLO, *La foglia di fico del (negato, ma per gli arbitri ICSID ancor più insostenibilmente) rinvio pregiudiziale. Da Denuit ad Achmea*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1975 ss.; M. FERMEGLIA-A. MISTURA, *The Fate of EU Environmental and Investment Law after the Achmea Decision*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, Vol. 17, 2020, p. 29 ss.; L. MELCHIONDA, *The European Court of Justice ruling in Achmea v. Slovak Republic: more questions than answers*, in *Dir. comm. internaz.*, 2018, p. 337 ss.; L. PANTALEO, *La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 689 ss.; M. STELLA, *Cala il sipario sull'arbitrato degli investimenti "intra-UE": la Corte UE esige che le liti tra investitori e Stati membri siano decise da giudici togati*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1969 ss.

<sup>179</sup> Più precisamente, nella pronuncia pregiudiziale *Achmea* la CGUE ha ritenuto che la disposizione sulla risoluzione delle controversie contenuta nel BIT tra Paesi Bassi e Slovacchia (art. 8 del BIT) fosse incompatibile con gli artt. 267 e 344 TFUE, nella misura in cui un tribunale arbitrale costituito ai sensi del BIT può dover applicare e interpretare il diritto dell'UE, ma non si qualifica come "corte o tribunale di uno Stato membro" ai sensi del 267 TFUE, e quindi non può formulare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Da ciò, il giudice europeo fa discendere che l'arbitrato in materia di investimenti intra-UE non garantisce l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'UE, che è un principio fondamentale del diritto euro-unitario, specie nell'arbitrato ICSID (che costituisce un sistema autonomo di soluzione delle controversie), ove non sarebbe possibile attivare il meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Come è stato evidenziato dalla Corte anche nella decisione sul successivo caso CGUE, Grande Sezione, *Repubblica di Moldova v. Komstroy LLC*, causa C-741/19, 2 settembre 2021 (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245528&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3161919>), ciò finirebbe per privare la Corte di giustizia dell'Unione del proprio ruolo di interprete unico del diritto UE ex artt. 267 e 344 TFUE. Nella prospettiva della Corte, mediante la previsione dell'arbitrato in un trattato in materia di investimenti, gli Stati membri che ne sono parte acconsentono a sottrarre tali controversie alla competenza dei propri organi giurisdizionali, e quindi al sistema di rimedi giurisdizionali che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE impone loro di stabilire nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

giuridico dell'Unione Europea sul delicato tema dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti<sup>180</sup>.

Per quanto d'interesse ai fini dell'indagine che si intende condurre, l'*iter* logico seguito dalla Corte di Giustizia, in accoglimento delle considerazioni della Commissione, è il seguente:

1) il diritto dell'UE è maggiormente tutelante per gli investitori stranieri nello spazio giuridico ed economico dell'UE, rispetto ai diritti riconosciuti dal diritto internazionale pattizio, ed in particolare dai BITs;

2) la devoluzione – in via esclusiva – delle controversie Stato-investigatore alla giurisdizione arbitrale impedisce l'applicazione diretta del diritto dell'Unione, perché sottrae le controversie medesime alla cognizione del giudice nazionale – abilitato ad adire in via pregiudiziale la CGUE –, il quale potrebbe esercitare un "controllo" sul lodo limitato alla luce delle disposizioni interne di ogni singolo Stato Membro<sup>181</sup>;

3) la sottrazione delle controversie Stato-investigatore alla cognizione, anche solo indiretta, del giudice europeo comporta un *vulnus* di tutela per l'investitore, perché lo priva del cd. "giudice naturale" della controversia, sulla base dei diritti sostanziali allo stesso riconosciuti nel Mercato Unico Europeo;

4) la scelta dello strumento di tutela processuale inficia le garanzie di ordine sostanziale degli investitori;

5) l'arbitrato ISDS è incompatibile con il sistema unitario di tutela giurisdizionale dell'UE, come assicurato dagli artt. 267 e 355 TFUE, idoneo ad assicurare – in via esclusiva – l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'UE;

6) posta tale incompatibilità e il principio di *primauté* del diritto dell'UE, non possono trovare cittadinanza nello spazio giuridico europeo gli arbitrati ISDS, sia che abbiano fonte nei trattati internazionali<sup>182</sup> sia che abbiano fonte in un vero e proprio contratto tra Stato e investitore<sup>183</sup>.

A valle della pronuncia pregiudiziale, anche la Commissione Europea ha rafforzato la precedente posizione, come emerge dalla *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo a al Consiglio* del 19 luglio 2018<sup>184</sup>.

---

<sup>180</sup> Rimane invece aperta la questione dell'effetto della giurisprudenza *Achmea* sull'arbitrato commerciale, anche se la Corte di Giustizia ha precisato che il suo ragionamento riguarderebbe solo l'arbitrato sugli investimenti, non anche l'arbitrato commerciale, ma parte della dottrina non considera persuasiva la distinzione.

<sup>181</sup> Cfr. il par. 53 della citata sentenza *Achmea*, in cui si è affermato che «*occorre constatare che [il] controllo giurisdizionale [del giudice interno] può essere esercitato dal suddetto giudice solo nella misura in cui il diritto nazionale lo consenta. Peraltro, l'articolo 1059, paragrafo 2, del codice di procedura civile [tedesco] prevede solo un controllo limitato, che riguarda, in particolare, la validità, alla luce della legge applicabile, della convenzione arbitrale o il rispetto dell'ordine pubblico per il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo arbitrale*».

<sup>182</sup> Era il caso nella vicenda *Achmea*.

<sup>183</sup> Caso *PL Holdings*.

<sup>184</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo a al Consiglio – Tutela degli investimenti intra-UE*, COM (2018)547 final, Bruxelles, 19 luglio 2018,

Nella prospettazione offerta dalla Commissione, il legame tra i profili sostanziali e processuali di tutela dell'investitore porta inevitabilmente alla conclusione della inadeguatezza del sistema di tutela arbitrale: nella Comunicazione si rappresenta chiaramente che il diritto dell'UE fornisce agli investitori un alto livello di protezione, mentre i BITs intra-UE conferiscono diritti soltanto agli investitori di uno dei due Stati membri interessati, in conflitto con il principio di non discriminazione tra gli investitori dell'UE all'interno del mercato unico sancito dal diritto dell'UE. Da ciò conseguirebbe l'inadeguatezza del tradizionale sistema di tutela ISDS, poiché «tramite l'istituzione di un sistema alternativo di risoluzione delle controversie, i TBI intra-UE sottraggono alla giurisdizione nazionale le controversie che riguardano misure nazionali e fanno riferimento al diritto dell'UE. Essi affidano tali controversie ad arbitri privati, i quali non possono applicare adeguatamente il diritto dell'UE, in assenza del dialogo giurisdizionale indispensabile con la Corte di giustizia»<sup>185</sup>.

Secondo la Commissione Europea, da un punto di vista sostanziale, i BITs intra-UE costituiscono un sistema di tutela dell'investitore parallelo che si sovrappone alle regole del Mercato Unico; da un punto di vista processuale, i BITs intra-UE devolvono le controversie che riguardano il diritto unionale a tribunali arbitrali non permanenti che non sono "organi" dello Stato, e che quindi non sono in grado di garantire la corretta e uniforme applicazione del diritto dell'UE in assenza di un dialogo giudiziario con la CGUE.

L'affermazione contenuta nel *decisum* per cui le clausole di arbitrato Stato-investitore inserite nei trattati bilaterali d'investimento intra-UE sono incompatibili con gli articoli 267 e 344 del TFUE<sup>186</sup> ha sollevato forti criticità: sul piano del diritto internazionale, ha lanciato una nuova sfida nella ricerca di un delicato equilibrio tra il principio generale *pacta sunt servanda* e gli obblighi derivanti dall'appartenenza al sistema UE; sul piano strettamente processuale – e per quanto di rilevanza ai fini

---

disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=IT>.

<sup>185</sup> Da ciò la Commissione Europea fa discendere la incompatibilità dei BITs intra-UE con il diritto euro-unitario e la necessità di porre fine ai BITs attualmente in vigore: «According to the Commission, that judgment “implies that all investor-State arbitration clauses in intra-EU BITs are inapplicable and that any arbitration tribunal established on the basis of such clauses lacks jurisdiction due to the absence of a valid arbitration agreement. As a consequence, national courts are under the obligation to annul any arbitral award rendered on that basis and to refuse to enforce it. Member States that are parties to pending cases, in whatever capacity, must also draw all necessary consequences from the Achmea judgment. Moreover, pursuant to the principle of legal certainty, they are bound to formally terminate their intra-EU BITs».

<sup>186</sup> Sul punto, la CGUE ha infatti chiarito che: «gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproca degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare».

del nostro discorso di indagine – ha creato una breccia sulla questione della giurisdizione arbitrale.

Gli addebiti che sono stati mossi contro il tradizionale sistema di risoluzione delle controversie investitore-Stato si fondano sull'assunto che il sistema è divenuto poco trasparente e orientato a far prevalere sempre le ragioni degli investitori, considerato che il procedimento in parola è stato *in votis* modellato per garantire all'investitore straniero un foro terzo e un equo processo.

### **5.1. Effettività della tutela per gli investitori tra reatattività e *potestas iudicandi*.**

All'esito del giudizio *Achmea* è emerso che il principio di effettività della tutela e la protezione delle aspettative ragionevoli e legittime degli investitori, per un verso, e la supremazia del diritto comunitario, per l'altro, sono in competizione, e vi è un concreto rischio per i diritti fondamentali degli investitori<sup>187</sup>.

In tale prospettiva *Achmea* e le successive evoluzioni sollevano questioni di compatibilità con i diritti di accesso di un investitore a un tribunale e all'uguaglianza di trattamento<sup>188</sup>.

In particolare, con riferimento al diritto di accesso alla giustizia arbitrale, si evidenzia che è basato essenzialmente sul consenso, e la fonte giuridica è costituita da trattato in materia di investimenti, che delimita tale consenso (e, correlativamente, la *potestas iudicandi* degli arbitri) sotto il profilo materiale, soggettivo e temporale.

Come è stato osservato, non vi sono altre fonti di diritto internazionale consuetudinario o pattizio alternative, e non sussiste un generale diritto ad un processo arbitrale, posto che ciò che la maggior parte degli strumenti internazionali a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali tutela genericamente il diritto ad un processo equo ed effettivo<sup>189</sup>, ma non (specificatamente) ad un processo arbitrale.

---

<sup>187</sup> Il problema è ben evidenziato da A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, in *Riv. arb.*, 4, 2020, p. 700 ss.

<sup>188</sup> V. sul tema A. CIAMPI, *EU's International Treaties, the New Investment Court System (ICS) and Human Rights*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, spec. p. 15 ss.

<sup>189</sup> Infatti, il diritto consuetudinario prevede solo un diritto generale di accesso alla giustizia, che può essere inferiore al diritto di intentare una causa direttamente contro lo Stato interessato davanti a un tribunale arbitrale indipendente e imparziale. Né la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), né altri strumenti sui diritti umani prevedono e tutelano un diritto individuale di accesso a un tribunale come necessariamente implicante il diritto di avviare un procedimento arbitrale. Neppure l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che garantisce il diritto a un processo equo e a un ricorso effettivo, come interpretato dalla CGUE, potrebbe essere invocato a tal fine.

La tutela della aspettativa legittima, tuttavia, postula che il soggetto non venga privato *ex tunc* del diritto di accesso ad un tribunale, senza avervi acconsentito o senza avervi prestato acquiescenza, ove il tribunale (arbitrale o meno) sia stato precedentemente individuato nel contesto di un complesso sistema di protezione dell'investitore.

In tale prospettiva, il sistema di risoluzione ISDS rappresentava per l'investitore un "giudice naturale", in guisa che una volta individuato un meccanismo di risoluzione che – almeno *in votis* – avrebbe dovuto assicurare il recupero dell'asimmetria nella posizione dell'investitore rispetto allo Stato ospitante, il primo non avrebbe potuto esserne privato<sup>190</sup>.

Proprio considerando tale ultimo aspetto si comprende bene come il principio affermato in *Achmea* sia particolarmente incisivo sulla effettiva protezione dei diritti fondamentali degli investitori non tanto sotto il profilo della dimensione sostanziale degli stessi, ma piuttosto sotto il profilo processuale in virtù della dimensione temporale degli effetti della pronuncia del giudice europeo.

In particolare, la questione relativa all'efficacia retroattiva o *pro futuro* del difetto di giurisdizione arbitrale ivi riconosciuto è stata foriera di interrogativi con riferimento agli arbitrati Stato-investitore in corso e a quelli conclusi con lodi eventualmente già passati in giudicato e/o eseguiti.

La sentenza *Achmea* non contiene indicazioni di diritto intertemporale e nulla viene specificato quanto alla decorrenza degli effetti del principio di incompatibilità, lasciando così aperta la possibilità che il vizio di invalidità inficiasse l'accordo compromissorio *ab initio* o dal momento di entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha disposto un diverso assetto ordinamentale<sup>191</sup> (come causa sopravvenuta di difetto di giurisdizione), o ancora dalla stessa pronuncia interpretativa della Corte di Giustizia (idonea ad incidere alla stregua di *ius superveniens* processuale sulle norme processuali arbitrali).

---

<sup>190</sup> Osservano sul punto A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., p. 700 che mentre non esiste un diritto individuale astratto e generale di avviare un procedimento indipendente e imparziale contro uno Stato straniero, il diritto internazionale dei diritti umani garantisce il godimento continuo di tale diritto, una volta che è stato concesso.

<sup>191</sup> In estrema sintesi, tali argomenti hanno fondato le tesi degli Stati convenuti in arbitrato e della Commissione Europea intervenuta come *amicus curiae* sulla carenza di giurisdizione nel contesto *pre-Achmea*.

Preme osservare che, come è noto, in linea di massima i *preliminary rulings* della CGUE sono per loro natura retroattivi<sup>192</sup>, e soltanto in ipotesi eccezionali la Corte può modulare gli effetti delle sue pronunce pregiudiziali nel tempo<sup>193</sup>.

Ne consegue che la retroattività del *dictum* in *Achmea* è idonea a ledere la posizione degli investitori e ad esporre gli Stati Membri dell'Unione e la stessa UE alla violazione dei diritti sostanziali degli investitori, sia sulla base del diritto unionale sia sulla base degli obblighi internazionali<sup>194</sup>.

## 5.2. Le vicende successive ad *Achmea* e l'attuale quadro del sistema ISDS nello spazio giuridico europeo.

Nella medesima prospettiva dell'incompatibilità del sistema ISDS si è mossa anche la giurisprudenza successiva della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Nel già richiamato caso *Repubblica di Moldova v. Komstroy*, la Corte ha ribadito che l'arbitrato intra-UE ai sensi dell'ECT era incompatibile con il diritto dell'UE, riprendendo in gran parte il ragionamento in *Achmea BV* contro Repubblica Slovacca. Anche se la decisione della CGUE non ha alcun impatto sulle future decisioni dei tribunali arbitrali formati ai sensi dell'articolo 26 dell'ECT, gli

---

<sup>192</sup> Le pronunce pregiudiziali della CGUE sull'interpretazione e applicazione del diritto euro-unitario si applicano generalmente *ex tunc*: cfr. CGUE, *Vent de Colère*, causa 262/12, 19 dicembre 2013 «l'interpretazione che [...] la Corte dà a una norma del diritto dell'Unione europea chiarisce e definisce il significato e la portata di tale norma come deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne consegue che la norma così interpretata può e deve essere applicata dai giudici ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza che si pronuncia sulla domanda di interpretazione».

<sup>193</sup> Cfr. CGUE, *Vent de Colère*, causa 262/12, 19 dicembre 2013, par. 40, ove si precisa che «Only in 'exceptional' circumstances will the Court impose temporal limitations on an interpretation of EU law», par. 40. La Corte non ha ritenuto sussistere tali condizioni di eccezionalità in *Achmea*, nonostante il governo di uno Stato membro aveva richiesto l'imposizione di una tale limitazione nel procedimento *Achmea*: v. anche la posizione della Commissione Europea quale *amicus curiae* a supporto della Spagna nel giudizio dinanzi alla US District Court for the District of Columbia, in *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36 (COMMISSIONE EUROPEA, *Proposed Brief of the European Commission on behalf of the European Union as amicus curiae in support of the Kingdom of Spain*, 13 marzo 2019, p. 18, nt. 17, disponibile al seguente link: [https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/eiser\\_amicus\\_curiae\\_2019\\_US\\_district\\_court\\_colombia\\_observation\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/eiser_amicus_curiae_2019_US_district_court_colombia_observation_en.pdf)).

<sup>194</sup> *Contra* COMMISSIONE EUROPEA, *Proposed Brief of the European Commission on behalf of the European Union as amicus curiae in support of the Kingdom of Spain*, 13 marzo 2019, p. 18 ss., la quale invece ha evidenziato che le questioni di retroattività non costituiscono un ostacolo all'applicazione del ragionamento di *Achmea*.

investitori possono essere scettici a investire poiché la loro protezione all'interno dell'UE è meno certa.

Nel successivo caso *PL Holdings*<sup>195</sup> la Corte di giustizia dell'Unione europea ha poi esteso l'*iter* argomentativo e le conclusioni di *Achmea* con riguardo all'arbitrato ICSID anche all'arbitrato su base contrattuale<sup>196</sup>, e dato l'ampio ambito di operatività, sembrerebbero applicabili a tutte le clausole arbitrali relative a controversie intra-UE in materia di investimenti<sup>197</sup>.

L'esercizio della competenza europea in materia di investimenti ha imposto all'Unione di disciplinare tanto il rapporto sostanziale quanto il rapporto processuale, proponendosi di individuare sin da subito lo strumento di risoluzione delle controversie.

L'Unione, preso atto dei problemi del sistema, sembra aver seguito la tendenza di ripensarne le norme processuali, in guisa da orientarle al rispetto dei principi generali che – in quanto propri dell'ordine pubblico internazionale processuale – dovrebbero informare l'attività di qualsiasi organo dotato del potere di *ius dicere*. Abbandonata, almeno temporaneamente, l'idea della istituzione di un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti<sup>198</sup>, gli

---

<sup>195</sup> CGUE, Grande Camera, 26 ottobre 2021, Case C-109/20, *Republiken Polen v. PL Holdings Sàrl*, avente ad oggetto un caso di convenzione d'arbitrato successiva al BIT applicabile al caso di specie e che ne duplicava il contenuto.

<sup>196</sup> V. *Republiken Polen v. PL Holdings Sàrl*, par. 47: «consentire a uno Stato membro, che è parte di una controversia che può riguardare l'applicazione e l'interpretazione del diritto dell'Unione, di sottoporre tale controversia a un organismo arbitrale avente le stesse caratteristiche di quello previsto da una clausola compromissoria nulla contenuta in un accordo internazionale [in materia di investimenti], mediante la conclusione di una convenzione di arbitrato ad hoc avente lo stesso contenuto di tale clausola, comporterebbe di fatto un'elusione degli obblighi derivanti per detto Stato membro dai Trattati e, in particolare, dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE nonché dagli articoli 267 e 344 TFUE».

<sup>197</sup> Per la verità, come è stato osservato, l'arbitrato nascente da contratto, fatto salvo il caso in cui ci si rivolga all'ICSID, è pur sempre una forma di arbitrato commerciale internazionale (seppur con la partecipazione di uno Stato) e la stessa Corte di Giustizia, a partire dal caso *EcoSwiss* (CGUE, 1 giugno 1999, Case C-126/97, case *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV.*), ha chiarito che questa forma di risoluzione delle controversie è compatibile con il diritto dell'UE giacché, all'atto dell'esecuzione del lodo o nella procedura di annullamento, è sempre consentito ai giudici degli Stati membri di controllare la compatibilità della decisione con il diritto dell'UE.

<sup>198</sup> L'idea dell'istituzione di siffatta corte multilaterale risale al 2015, quando la Commissione Europea a predisposto concept paper contenente un progetto: “replacing ISDS clauses by a permanent, multilateral ICS would be a reasonable compromise between the status quo, consisting of multiple ISDS mechanism, and the full re-nationalization of investment protection. It would eliminate the most important drawbacks of them existing ISDS mechanism whilst ensuring that foreign investments, especially those by small and medium sized companies, continue to enjoy adequate legal protection at the international level”.

Nel settembre 2017, quando la Commissione ha avviato una raccomandazione di decisione affinché il Consiglio l'autorizzasse ad avviare “i negoziati per una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti”. Successivamente, il 21 marzo 2018, il Consiglio accolto la predetta raccomandazione, sicché ad oggi la Commissione ha titolo per stipulare una convenzione tra l'Unione Europea, gli Stati membri e i Paesi terzi (già partner commerciali dell'UE) per istituire la corte multilaterale europea in materia di investimenti e introdurre le regole di procedura per il funzionamento. Una volta costituita, e



Stati membri dell'UE hanno dapprima preso posizione mediante le tre Dichiarazioni degli Stati Membri del gennaio 2019<sup>199</sup>, che “prendono atto” delle conseguenze giuridiche di *Achmea*<sup>200</sup>.

---

attivata, la predetta corte avrebbe la competenza a dirimere le controversie tra l'investitore straniero e uno Stato membro, che siano conseguenza della (presunta) violazione degli accordi di investimento sottoscritti dall'Unione in forma mista o bilaterale. Per quelli già stipulati, il mandato prevede invece che “*The Convention will should allow the Union to bring agreements to which the Union is or will be a party to under the jurisdiction of the multilateral courts*”. Il mandato precisa altresì che le controversie che dovessero sorgere per la violazione della ECT attualmente vincolante l'UE, gli Stati membri e paesi terzi non saranno sottoposti alla giurisdizione della predetta corte permanente.

Nel merito, linee guida per la definizione di regole di procedura della costituenda corte per allinearsi alle più attuali istanze di revisione delle regole di procedura dei procedimenti arbitrari investitore Stato ossia trasparenza, pubblicità, apertura a parti terze, nonché predisposizione di secondo grado di giudizio. La negoziata convenzione dovrebbe dunque favorire l'introduzione della procedura arbitrale investitore è stato armonizzata, sul modello di quanto avviene in seno all'ICSID o in altri centri istituzionalizzati; le regole sostanziali, come ad esempio quella relativa la legge applicabile, rimangono invece oggetto di definizione in ogni singolo accordo.

Tuttavia, alla luce dell'Accordo di cui si tratterà nel prosieguo, appare oggi dubbio che la richiamata corte riuscirà ad avere un seguito, in particolare con riguardo alla possibilità per la medesima di interpretare e applicare il diritto europeo qualora quest'ultimo fosse situato quale legge applicabile alla controversia. V. in argomento B. CAPPIELLO, *Il diritto europeo degli investimenti. Prospettive per una politica europea sostenibile*, Torino, 2019, pp. 140-141.

<sup>199</sup> *Declaration of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgement of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union* (signed by Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Denmark, Germany, Estonia, Ireland, Greece, Spain, France, Croatia, Italy, Cyprus, Latvia, Lithuania, Holland, Austria, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, United Kingdom), disponibile al seguente link: [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf); *Declaration of 16 January 2019 on the enforcement of the judgement of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union* (signed by Finland, Luxembourg, Malta, Slovenia and Sweden), disponibile al seguente link: <https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf>; *Declaration of 16 January 2019 on the legal consequences of the judgement of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union* (signed by Hungary), disponibile al seguente link: <http://www.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>.

<sup>200</sup> Le Dichiarazioni si aprono con l'enunciazione del principio di incompatibilità dell'arbitrato-investimenti affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e con il dovere degli Stati firmatari di trarre dalla pronuncia *Achmea* “*all necessary consequences from that judgement pursuant to their obligations under Union law*”. Si articolano poi in due distinte parti: la prima, relativa alle questioni giuridiche connesse agli effetti dell'arresto della CGUE sugli arbitrati Stato-investitore; la seconda, programmatica, che riferisce delle azioni da intraprendersi alla luce delle conseguenze illustrate.

Il *core* delle tre Dichiarazioni concerne propriamente le *intra-EU issues*: le clausole arbitrali, contenute in trattati bilaterali in materia di investimenti conclusi tra Stati membri dell'Unione Europea, che deferiscono la risoluzione delle eventuali controversie Stato-investitore ad un tribunale arbitrale sono contrarie al diritto dell'Unione e dunque non possono trovare applicazione all'interno dell'ordinamento giuridico unionale.

Nel nucleo comune alle tre intese<sup>201</sup>, gli Stati membri si obbligano ad informare del contenuto delle Dichiarazioni tutti i tribunali arbitrali di investimento dinanzi ai quali attualmente pendano procedure attivate ai sensi dei trattati; a mettere in guardia la comunità di investitori sulla necessità di evitare l'introduzione di alcun nuovo procedimento di arbitrato sugli investimenti intra-UE; a porre termine, entro il 6 dicembre 2019, a tutti i BITs intra-EU di investimento mediante stipulazione di successivi trattati bilaterali o multilaterali.

In tali Dichiarazioni, dopo l'affermazione della carenza di giurisdizione degli arbitri che originerebbe da *“a lack of a valide offer to arbitrate by the Member State party to the underlying bilateral investment Treaty”*, si prevede una disciplina di regolazione dello *status quo* differenziata a seconda che le procedure arbitrali si siano definite con lodo non ancora passato in giudicato o non ancora eseguito ovvero il lodo sia già divenuto definitivo (per scadenza dei termini di impugnativa, per conclusione del processo di impugnazione, per acquiescenza delle parti) e/o esecutivo (a seguito di *exequatur* o per spontanea esecuzione delle parti).

*De facto*, gli impegni assunti dagli Stati membri si traducono in un invito ai tribunali arbitrali internazionali a sospendere le procedure in corso, in un monito per i giudici nazionali a non dare esecuzione ai lodi adottati in contrasto con *Achmea* o ad annullarli, e – in definitiva – in un divieto sostanziale per gli investitori europei ad intraprendere nuovi procedimenti arbitrali.

Le soluzioni ivi proposte hanno tentato di attuare un delicato bilanciamento tra la legittima aspettativa degli investitori riposta nella possibilità (e facilità) di accesso ad un meccanismo di risoluzione delle controversie concordato nei trattati e la necessità di preservare il cd. ordine pubblico unionale e i principi di autonomia, prevalenza ed effettività dell'Unione<sup>202</sup>.

L'impegno politico assunto dagli Stati Membri con le Dichiarazioni svela la preoccupazione per una tutela effettiva dei diritti degli investitori, a fronte della privazione retroattiva della loro protezione in termini di impossibilità di accesso a

---

<sup>201</sup> Si rammenta che le tre Dichiarazioni manifestano posizioni divergenti sulla (possibilità di esprimere una posizione sulla) compatibilità unionale delle controversie intracomunitarie attivate in forza dell'ECT; pertanto, anche la seconda parte programmatica delle Dichiarazioni risente di tale diversità di impostazione, laddove la seconda e la terza Dichiarazione non estendono le azioni da intraprendersi anche ai trattati multilaterali o ai BITs misti, mentre la prima Dichiarazione estende le conseguenze dell'inapplicabilità sia ai BITs intra-UE sia all'ECT.

<sup>202</sup> Nelle Dichiarazioni del gennaio 2019 è precisato l'impegno politico assunto: *«Alla luce delle conclusioni del Consiglio ECOFIN dell'11 luglio 2017, gli Stati membri e la Commissione intensificheranno le discussioni senza indebito ritardo con l'obiettivo di garantire meglio una protezione completa, forte ed efficace degli investimenti all'interno dell'Unione europea. Tali discussioni includono la valutazione dei processi e dei meccanismi esistenti di risoluzione delle controversie, così come la necessità e, se la necessità è accertata, i mezzi per creare nuovi strumenti e meccanismi pertinenti o per migliorare quelli esistenti nell'ambito del diritto dell'Unione»* (par. 3). Gli Stati membri hanno inoltre dichiarato di impegnarsi a *«garantire una protezione giuridica efficace ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, sotto il controllo della Corte di giustizia, contro le misure statali che sono oggetto di un procedimento arbitrale in materia di investimenti intra-UE»* (par. 6).

nuovi o pendenti procedimenti arbitrari. Infatti, l'attenzione riposta sulla necessità di disciplinare lo status quo dei pendenti e nuovi procedimenti arbitrari denota la rilevanza stessa della questione temporale dell'efficacia retroattiva di *Achmea*.

Successivamente è stato adottato un approccio intermedio, nel tentativo di trovare una soluzione compromissoria tra la tradizione, intesa come preferenza verso il sistema arbitrale, e il cambiamento, che nega la sussistenza di ragioni giuridicamente valide a far prevalere il procedimento arbitrale su quelli interni ad ogni Stato Membro.

A valle delle Dichiarazioni degli Stati Membri del dicembre 2019, il 5 maggio 2020 quasi tutti gli Stati dell'UE<sup>203</sup> hanno siglato l'Accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea<sup>204</sup>.

L'Accordo in esame, in sintesi, contempla tre effetti importanti: *i*) estingue e priva di effetti tutte le disposizioni dei BITs<sup>205</sup>, *ii*) regola gli effetti della inapplicabilità della clausola compromissoria, *iii*) consente all'investitore l'accesso a meccanismi di soluzione delle controversie già sottoposte ad arbitrato prima del 6 marzo 2018 e non ancora risolte.

Per quanto riguarda le clausole compromissorie dei BIT (*ii*), l'Accordo prevede che esse siano inapplicabili per contrarietà al diritto dell'Unione e improduttive di effetti in modo retroattivo, a far data dall'adesione all'Unione della seconda parte contraente di ciascun BIT (art. 4)<sup>206</sup>. Si prevede specificatamente che tali clausole non possano più fungere da base giuridica per i procedimenti arbitrari<sup>207</sup>.

---

<sup>203</sup> Non tutti gli Stati membri sono parti contraenti dell'accordo in esame: l'Irlanda, l'Austria, la Svezia e la Finlandia vi sono rimasti estranei (l'Irlanda non ha attualmente BITs in vigore, mentre Austria, Finlandia e Svezia sono vincolate rispettivamente da 11, 10 e 11 BITs intra-UE). Ciononostante, anche su di loro grava l'obbligo di dare attuazione al principio di diritto espresso dalla sentenza *Achmea*, come ricordato dalla Commissione Europea, sicché la mancata adesione all'Accordo potrebbe determinare ingiustificate disparità di trattamento a svantaggio degli investitori nello spazio giuridico europeo. Infatti, in un contesto nel quale la maggioranza degli Stati membri ha estinto i BITs la posizione dei quattro Stati in questione potrebbe attribuire un indebito vantaggio agli investitori di tali Stati, a detrimento degli investitori degli altri Stati membri, e falsare le condizioni di concorrenza nel mercato interno.

<sup>204</sup> *Accordo sull'estinzione dei trattati Bilaterali di Investimento tra Stati Membri dell'Unione Europea (Termination Agreement)* del 29 maggio 2020, entrato in vigore il 29 agosto 2020, disponibile al seguente link: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=IT).

<sup>205</sup> L'Accordo in esame deroga al regime della denuncia quale stabilito dai BIT (elencati nell'allegato A), e determina la cessazione degli effetti della cd. *sunset clause*, che determina l'ultrattività delle disposizioni convenzionali, compresa la clausola compromissoria, a favore degli investimenti effettuati prima dell'estinzione del BIT. L'estinzione dei BIT non avviene in simultanea, perché l'Accordo entrerà in vigore con il deposito del secondo strumento di ratifica e ovviamente travolgerà i BITs a mano a mano che gli Stati ratificheranno. alla fine del 2020 l'accordo era entrato in vigore solo per otto Stati membri.

<sup>206</sup> L'Accordo mira dunque ad avere un effetto retroattivo, risalente alla data in cui l'ultimo Stato parte contraente di un BIT ha aderito all'UE.

<sup>207</sup> L'Accordo in questione non include tutte le clausole arbitrali contenute nei trattati in materia di investimenti di cui siano parti gli Stati Membri dell'UE o l'UE stessa. Infatti, come si evince dal preambolo dell'Accordo, esulano dal suo ambito di applicazione i procedimenti arbitrari *ex art. 26* del trattato sulla Carta dell'energia, di cui sono parti contraenti sia Stati membri, sia l'Unione.

L'Accordo detta, infine, misure transitorie afferenti ai procedimenti arbitrali pendenti (*iii*), nonché individua il regime da applicarsi ai procedimenti arbitrali conclusi e nuovi.

La necessità di disciplinare puntualmente questi aspetti deriva da una serie di considerazioni. Infatti, sul versante sostanziale, vengono in rilievo i diritti degli investitori coinvolti e la legittima aspettativa riposta su un sistema di risoluzione delle eventuali controversie terzo ed imparziale rispetto alla controparte statale.

Inoltre, sul versante strettamente processuale, la problematica in esame si innesta su quella degli effetti conservativi della domanda di arbitrato. Risulta chiaro come il principio espresso dalla Corte di Giustizia rischi di collidere con la (necessaria) tutela della legittima aspettativa degli investitori.

Di qui sorge il quesito se vi sia spazio per invocare *in parte qua* un principio assimilabile a quello della *perpetuatio iurisdictionis*<sup>208</sup>, e, nel caso di risposta affermativa, se un tale principio potrà essere ritenuto recessivo rispetto al principio (e alle sue conseguenze applicative) della supremazia del diritto dell'Unione Europea.

Gli Stati Membri sul punto si sono determinati con un regime differente a seconda che vengano in rilievo procedimenti arbitrali già conclusi, procedimenti arbitrali pendenti o nuovi procedimenti arbitrali<sup>209</sup>. Quanto alle prime due categorie, l'accordo prevede una disciplina di regolazione dello *status quo* differenziata a seconda che le procedure arbitrali si siano definite con lodo sia già divenuto definitivo (per scadenza dei termini di impugnativa, per conclusione del processo di impugnazione, per acquiescenza delle parti) e/o esecutivo (a seguito di *exequatur* o per spontanea esecuzione delle parti) ovvero con lodo non ancora passato in giudicato o non ancora eseguito.

---

Rispetto a tali procedimenti, permene un contrasto tra la visione europea, espressa dalla Commissione nel senso che la clausola compromissoria dell'ECT non possa essere invocata da un investitore di uno Stato membro per istituire un arbitrato nei confronti di un altro Stato membro (*Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio – Tutela degli investimenti intra-UE*, COM(2018) 547 final, Bruxelles, 19 luglio 2018), e quella espressa da alcuni tribunali arbitrali, per i quali, invece, la clausola del trattato è una valida manifestazione del consenso anche in tali casi.

Inoltre, sono esclusi anche i BITs extra-UE, non investiti dalla giurisprudenza *Achmea*. Appare dunque plausibile che le clausole compromissorie di tali BIT rimangono applicabili, anche alla luce della lettura che la stessa Corte di giustizia fa delle sue parole nel parere n. 1/17 sul CETA, ove ha precisato che le relazioni tra UE e Stati terzi non sono basate sul principio della fiducia reciproca, che invece fonda i rapporti tra gli Stati membri (CGUE, Parere 1/17 della Corte, Seduta Plenaria, del 30 aprile 2019, par. 129, disponibile al seguente link: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213502&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3089814>). Il ragionamento della CGUE può infatti essere esteso, *mutatis mutandis*, anche ai BIT extra-UE.

<sup>208</sup> V. A. GATTINI-A. TANZI-F. FONTANELLI, *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, *Nijhoff International Investment Law Series*, Vol. 12, 2018, p. 128.

<sup>209</sup> V. in argomento A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., p. 667 ss.

Con riguardo ai procedimenti arbitrali conclusi (art. 5), si prevede che nonostante la incompatibilità delle clausole compromissorie contenute nei BITs intra-UE, tali procedimenti restano impregiudicati (così come eventuali accordi transattivi) e non verranno più riaperti<sup>210</sup>.

In tali casi, infatti, il principio di certezza del diritto impone l'intangibilità dei rapporti giuridici così stabilizzatisi, per cui la soluzione adottata appare ragionevole quanto al rispetto della definitività sotto il profilo sia sostanziale sia processuale. Tuttavia, si è osservato che residuano alcune incongruenze sia sul versante internazionalistico, sia sul versante processuale.

Infatti, la previsione in esame non sarebbe del tutto coerente con l'obbligo degli Stati membri dell'UE di rispettare la sentenza *Achmea*, che deriva dal diritto primario dell'UE e quindi non può essere superato da un Accordo internazionale tra alcuni (o anche tutti) gli Stati membri, come il *Termination Agreement*<sup>211</sup>.

Inoltre, anche se l'Accordo mira a dare definitività ai procedimenti arbitrali conclusi, non vi è alcuna certezza giuridica che gli investitori le cui posizioni sostanziali siano state definite con "procedimenti arbitrali conclusi" non siano chiamati a restituire i pagamenti ricevuti in esecuzione dei lodi, posto che l'*enforcement* di questi ultimi può avvenire anche successivamente alla *deadline* individuata.

Con riguardo ai nuovi procedimenti arbitrali<sup>212</sup> (art. 5), fermo restando che chiaramente le clausole compromissorie presenti nei BITs non possono fungere da base giuridica per l'avvio di domande di arbitrato successive ad *Achmea*, con la conseguenza che viene meno il fondamento della potestas iudicandi degli arbitri aditi post 6 marzo 2018.

Gli Stati membri interessati dalle relative controversie devono depositare davanti al tribunale o alla corte competente le stesse dichiarazioni richieste per i procedimenti arbitrali pendenti (art. 7), i.e. informare i collegi arbitrali delle conseguenze giuridiche di *Achmea* e, qualora siano parte del nuovo procedimento arbitrale,

---

<sup>210</sup> Si precisa che rientrano nella categoria dei "procedimenti arbitrali conclusi" (art. 1, par. 1, n. 4) i procedimenti arbitrali conclusosi con un accordo transattivo o un lodo definitivo reso prima del 6 marzo 2018 (data della sentenza *Achmea*) purché: *a*) al lodo sia stata data debita esecuzione prima del 6 marzo 2018, anche qualora non sia stata eseguita o applicata una pretesa relativa alle connesse spese legali, e non sia pendente al 6 marzo 2018 alcun procedimento di impugnazione, riesame, revocazione, annullamento, esecuzione, revisione o altro procedimento analogo in relazione a detto lodo definitivo; oppure *b*) il lodo sia stato revocato o annullato prima della data di entrata in vigore dell'Accordo.

<sup>211</sup> V. A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., pp. 667-668, i quali osservano che «*It follows that, even if the Termination Agreement aims to give finality to concluded arbitration proceedings, there is no legal certainty that investors falling within this category will not have to return payments received in execution thereof.*»

<sup>212</sup> Per tali intendendosi i procedimenti arbitrali avviati a partire dal 6 marzo 2018 (art. 1, par. 1, n. 6 dell'Accordo).

richiedere al giudice nazionale competente, anche di un paese terzo, di revocare detto lodo, annullarlo o astenersi dal riconoscerlo e darvi esecuzione.

Per i procedimenti arbitrali futuri, la riconosciuta inapplicabilità delle *sunset clause* – inserite nei trattati *in votis* per assicurare la permanenza delle tutele del trattato e del diritto di ottenere il risarcimento per un periodo di tempo successivo al recesso unilaterale o alla conclusione del trattato stesso – preclude *ex abrupto* la futura controvertibilità in arbitrato di tutte le dispute Stato-investitore che possano insorgere dai trattati. La scelta, benché coerente con le premesse, potrebbe essere contestata sotto un duplice profilo.

In primo luogo, per contrasto alla *legitimate expectation* degli investitori assicurata da tutti i trattati in materia di investimenti, ove si consideri che anche la previsione di una clausola compromissoria nei BITs ha ingenerato un ragionevole affidamento degli investitori circa la possibilità di ricorrere ad uno strumento di risoluzione delle controversie particolarmente tutelante, per le svariate ragioni *supra* elencate.

In secondo luogo, per violazione delle regole processuali poste a presidio della certezza del diritto processuale e del diritto di azione: la soluzione contemplata dall'Accordo per i nuovi procedimenti arbitrali sarebbe ragionevole se per “nuovi” procedimenti arbitrali si intendessero solo quelli successivi all'entrata in vigore dell'accordo; invece, l'art. 1, par. 1 n. 6 individua come “nuovi” quei procedimenti arbitrali promossi il 6 marzo 2018 o successivamente (con effetto, dunque, retroattivo) sicché sembrerebbe che la pronuncia *Achmea* operi come una sorta di *ius superveniens* processuale idoneo a scalfire i possibili effetti della *perpetuatio jurisdictionis* connessi alla proposizione della domanda arbitrale post 6 marzo 2018. In terzo luogo, la soluzione prospettata nell'Accordo per i nuovi procedimento arbitrali si rivela fortemente svantaggiosa per gli investitori che desiderano avviare un procedimento arbitrale sulla base di un BIT intra-UE concluso da uno Stato membro dell'UE parte dell'Accordo di conclusione dei BIT del 2000 si trovano di fronte a un tipo di incertezza simile a quella di coloro che rientrano nella categoria degli arbitrati pendenti, anche se probabilmente con un rischio notevolmente maggiore di vedere la loro domanda arbitrale respinto ancor prima che venga pronunciato un lodo, per il sol fatto che lo Stato membro dell'UE non ha acconsentito all'arbitrato. In altri termini – come si vedrà *amplius* subito *infra* nel testo – mentre agli investitori coinvolti nei procedimenti arbitrali pendenti possono in qualche modo avere chances di portare a definitiva esecuzione la tutela loro riconosciuta nel lodo arbitrale, chiedendone l'*enforcement* in un paese terzo non soggetto al diritto dell'UE (e, dunque, neppure alle conseguenze giuridiche di *Achmea*), gli investitori che hanno avviato “nuovi” procedimenti arbitrali non partecipano delle medesime *chances*, perché la loro domanda arbitrale verrà paralizzata prima che il procedimento arbitrale giunga a conclusione. Inoltre, le misure transitorie che autorizzano le procedure di composizione non si applicano ai nuovi procedimenti arbitrali.

Con riguardo, infine, ai procedimenti arbitrali pendenti, la disciplina appare più articolata. L'art. 6 dell'Accordo prevede anzitutto un obbligo degli Stati parte dei BIT di informare i tribunali arbitrali della inefficacia delle clausole compromissorie assunte a base giuridica dell'arbitrato<sup>213</sup>, quale conseguenza giuridica derivante dalla sentenza *Achmea*, e dunque della mancanza del consenso all'arbitrato a causa dell'asserita incompatibilità con il diritto dell'UE delle clausole arbitrali incluse nel BIT risolto.

Per i lodi non ancora portati ad esecuzione gli Stati membri si impegnano ad informare le corti nazionali adite in sede di *exequatur* o di impugnazione del lodo, anche se di un Paese terzo, che dovranno, rispettivamente, astenersi dal riconoscere il lodo e non attribuirvi efficacia esecutiva o annullarlo (art. 7 Accordo).

Si prevede poi che l'investitore che abbia iniziato un procedimento arbitrale dopo la sentenza *Achmea*, che sia pendente alla data di entrata in vigore dell'accordo, può (o talvolta deve) transitare ad un altro regime di soluzione delle controversie.

In particolare, l'investitore può richiedere l'attivazione della procedura *ad hoc* ("dialogo strutturato") di facilitazione (extragiudiziale e extraarbitrale) per chiudere in modo amichevole la controversia, con una transazione, nei casi in cui: il procedimento arbitrale sia stato sospeso oppure il lodo sia già stato reso nel procedimento arbitrale pendente ma a cui ancora non sia stata data esecuzione o applicazione definitiva; in quest'ultimo caso l'investitore si deve impegnare ad astenersi dal proporre un procedimento per il suo riconoscimento, la sua esecuzione, la sua applicazione o il suo pagamento in uno Stato membro o in un paese terzo oppure, se detto procedimento è già iniziato, a chiederne la sospensione. Tali condizioni devono essere rispettate anche qualora la procedura di facilitazione venga richiesta dallo Stato parte nel procedimento arbitrale (art. 9 par. 1).

Inoltre, l'Accordo prevede che il meccanismo di risoluzione delle controversie sia obbligatorio se la Corte di Giustizia dell'UE o un giudice nazionale di uno Stato membro ha dichiarato, con sentenza non assoggettabile a impugnazione, che la misura nazionale in contestazione nel procedimento pendente è in contrasto con il diritto dell'Unione: di talché, laddove l'investitore faccia valere in giudizio che la misura adottata dallo Stato controparte ospitante violi il diritto unionale, occorrerà necessariamente avviare la procedura di facilitazione per la composizione della lite<sup>214</sup>.

In ambo i casi (facoltatività o obbligatorietà) il facilitatore avrà il compito di guidare la procedura verso una soluzione amichevole, "tenendo in debito conto" la

---

<sup>213</sup> Si precisa infatti che tali clausole compromissorie «cannot serve as a legal basis for Arbitration Proceedings».

<sup>214</sup> A meno che la Corte di Giustizia dell'UE o un giudice nazionale abbia dichiarato, con sentenza non assoggettabile a impugnazione, che la misura nazionale in contestazione nel procedimento arbitrale pendente non è in contrasto con il diritto dell'Unione. Lo stesso vale se la Commissione europea ha adottato una decisione poi divenuta definitiva la quale stabilisca che detta misura non è in contrasto con il diritto dell'Unione: cfr. art. 9, par. 4 dell'Accordo.

giurisprudenza della CGUE e dei tribunali nazionali, così come le decisioni della Commissione europea e i pareri consultivi *ad hoc*. La procedura di risoluzione alternativa prospettata richiede all'investitore di sospendere formalmente i procedimenti in corso, sia davanti a un tribunale arbitrale che a un tribunale nazionale.

Al fine di assicurare l'uniforme applicazione del diritto eurounitario in materia di investimenti, si prevede altresì che se è in corso un procedimento giurisdizionale il cui oggetto è ottenere la sentenza che accerti che la misura nazionale in contestazione nel procedimento arbitrale pendente è in contrasto con il diritto dell'Unione, l'avvio della procedura di risoluzione della controversia è sospeso finché il procedimento giurisdizionale non abbia dato luogo a una sentenza non assoggettabile a impugnazione.

All'esito della procedura, che assicura comunque un contraddittorio scritto tra le parti mediante la facoltà di presentare osservazioni, se la proposta del facilitatore viene accettata questa avrà valore giuridicamente vincolante, e i termini della composizione devono includere l'obbligo in capo all'investitore di rinunciare al procedimento arbitrale ovvero all'esecuzione di un lodo già reso ma a cui ancora non sia stata data esecuzione o applicazione definitiva, oppure, se del caso, tenere conto degli eventuali risarcimenti già corrisposti nel procedimento arbitrale pendente onde evitare il doppio risarcimento; e l'impegno ad astenersi dal proporre un nuovo procedimento arbitrale. L'atto transattivo può anche includere la rinuncia a tutti gli altri diritti e pretese connessi alla misura relativi al procedimento arbitrale pendente.

In via alternativa alla procedura di dialogo strutturato, si assicura agli investitori la possibilità di proporre azioni giudiziarie dinanzi ai tribunali nazionali, prevedendo l'inapplicabilità dei termini di decadenza nazionali, con rinuncia chiaramente al procedimento arbitrale in corso o, se questo si sia già concluso con lodo non ancora esecutivo, con rinuncia a darvi esecuzione (art. 10).

L'investitore che avvia un procedimento davanti a un giudice nazionale può basare la sua domanda sul diritto nazionale o su quello europeo; si specifica tuttavia che il diritto applicabile in tali procedimenti nazionali non potrà essere quello del BIT<sup>215</sup>: di talché le corti nazionali adite ai sensi dell'art. 10 dell'Accordo potranno applicare solo il diritto unionale, il diritto domestico – nei limiti in cui sia applicabile *ratione materiae* e *ratione loci* – e il diritto internazionale (sia consuetudinario sia pattizio, con esclusione del BIT oggetto di contestazione in sede arbitrale).

La delimitazione dei *corpora* normativi che possono fungere da diritto sostanziale applicabile al caso pendente dinanzi al giudice nazionale comporta che sebbene tale

---

<sup>215</sup> Tuttavia, tale previsione suscita qualche perplessità rispetto a quanto previsto in uno dei Consideranda, in base al quale l'Accordo «*lascia impregiudicata la questione della compatibilità con i trattati dell'UE delle disposizioni sostanziali contenute nei trattati bilaterali di investimento interni all'Unione*»



alternativa forma di risoluzione della controversia non esclude in teoria il risarcimento per gli investitori lesi, i tribunali nazionali possono avere *standard* diversi da quelli che l'investitore ha previsto quando ha strutturato il suo investimento secondo i termini del BIT e la relativa giurisprudenza arbitrale. In altri termini, vi è il rischio di lesione della legittima aspettativa degli investitori, riposta sui termini del BIT, non applicabile dinanzi al giudice nazionale.

D'altronde, tale soluzione costituisce naturale evoluzione e conseguenza della posizione della Commissione Europea, là dove si è voluto sottolineare che – sotto il profilo sostanziale – il sistema dei BITs non assicurava un'adeguata tutela per gli investitori, mentre l'ordinamento euro-unitario offrirebbe un quadro di protezione non discriminatorio e più efficace; la fisiologica conseguenza, sul piano processuale, di siffatta impostazione è rappresentata dalla necessità di rendere inapplicabili le previsioni dei BITs dinanzi all'autorità chiamata a dirimere la controversia tra lo Stato ospitante e l'investitore straniero.

Infine, si precisa che le previsioni di accesso alla giustizia domestica non possono essere interpretate nel senso di dare adito a nuovi ricorsi giurisdizionali che l'investitore non potrebbe esperire ai sensi del diritto nazionale applicabile: tale clausola vale a circoscrivere l'apparato rimediabile a disposizione dell'investitore ai soli strumenti che egli avrebbe ancora a disposizione ai sensi del diritto nazionale applicabile.

Anche nella prospettiva offerta dall'Accordo sembra non trovare adeguata soluzione la questione della privazione *ex tunc* di protezione effettiva degli investitori. Infatti, la cessazione dei BITs intra-UE a far data dal momento in cui l'ultima parte contraente ha aderito all'UE è problematica, nella misura in cui include gli investimenti effettuati mentre il trattato era (putativamente) in vigore, senza clausole di caducità che operino per garantire una protezione procedurale e sostanziale continua per un periodo di tempo ragionevole.

In via conclusiva, vale la pena sottolineare che, per quanto diropente possa essere la sua portata, l'Accordo ha una limitata applicazione *ratione personae* e, di conseguenza, anche *ratione materiae*. Infatti, sono fatti salvi i BITs conclusi tra gli Stati membri che non hanno firmato o hanno firmato ma non ratificato l'Accordo, sicché fin quando non vengano risolti in via bilaterale, continuano a restare in vigore quanto agli aspetti sostanziali e al sistema di tutela processuale arbitrale ivi prevista.

Inoltre, non è escluso che in sede di annullamento o di esecuzione dei lodi arbitrali dinanzi ai tribunali nazionali degli Stati firmatari l'applicazione dell'Accordo venga contestata *sub specie* diniego di accesso alla giustizia.

Le coordinate sulla sorte procedimenti arbitrali già attivati e/o definiti consentono di ricostruire, seppur con qualche difficoltà, il regime di efficacia temporale del difetto di giurisdizione degli arbitri internazionali: il relativo vizio può essere dedotto in qualsiasi momento, sussistendo uno specifico obbligo per le parti

contraenti del BIT di chiederlo al giudice nazionale dell'impugnazione o dell'*exequatur* del lodo, con l'unico limite del giudicato e dell'esecuzione del lodo. Le soluzioni proposte tentano di attuare un delicato bilanciamento tra la legittima aspettativa degli investitori riposta nella possibilità (e facilità) di accesso ad un meccanismo di risoluzione delle controversie concordato nei trattati e la necessità di preservare il cd. ordine pubblico unionale e i principi di autonomia, prevalenza ed effettività dell'Unione.

L'Accordo in questione ha certamente il pregio di porre fine ad un periodo di incertezza circa l'*enforceability* dei lodi arbitrari stranieri basati sulle clausole dei BIT, che era divenuta dilagante nella fase successiva ad *Achmea*<sup>216</sup>.

Probabilmente, negli arbitrati attualmente *sub judice* il difficile contemperamento tra il principio generale di "*acquired rights under international law*"<sup>217</sup> e la possibilità di far valere il difetto di giurisdizione *lite pendente* avrebbe imposto un approccio maggiormente cauto, basato sul ricorso alla sospensione dei procedimenti (che, peraltro, è stato prescelto dalle corti nazionali post *Achmea*<sup>218</sup>) oppure su un diverso criterio temporale. In particolare, si osserva che la retrodatazione dell'inefficacia delle clausole compromissorie contenute nei BIT intra-UE alla data di *Achmea* frustrerebbe lo stesso principio della *perpetuatio* connessa alla proposizione della domanda giudiziale.

Si ritiene che in questo caso, così come per la categoria dei "nuovi procedimenti", sarebbe stato più opportuno salvaguardare gli effetti processuali connessi alla

---

<sup>216</sup> Come dimostrato dalle numerose richieste di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sulla questione di compatibilità dell'arbitrato-investimenti *tout court* in sede di opposizioni al riconoscimento del lodo o di impugnative: è accaduto nel citato caso *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*: la Spagna aveva espressamente richiesto alla Corte d'Appello di adire la CGUE in pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* al fine di ottenere una pronuncia interpretativa sulla compatibilità del trattato-investimenti con il diritto dell'Unione.

Diversamente, nel citato caso *Rockhopper v. Italian Republic*, il tribunale ICSID ha rigettato la richiesta di sospensione del procedimento arbitrale formulata dall'Italia al fine di evitare un conflitto di sentenze (da parte degli arbitri e della Corte di giustizia dell'Unione europea), in considerazione della pendenza dinanzi alla Corte di Giustizia di un procedimento per rinvio pregiudiziale (cause riunite C-798/18 e C-799/18) sulle medesime legittime aspettative (*Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean LTD and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14, lodo parziale 26 giugno 2019, par. 199-202). La questione pregiudiziale è stata sollevata da due ordinanze di rinvio del TAR Lazio, rispettivamente n. 11206 del 20 novembre 2018 e n. 11124 del 16 novembre 2018, in cui è stata dichiarata che l'ECT, come firmato il 17.12.1994 dall'allora Comunità europea, deve essere considerato "parte integrante del diritto dell'Unione".

<sup>217</sup> *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, cit., par. 226.

<sup>218</sup> A pochi mesi di distanza da *Achmea* la *Svea Court of Appeal* ha accolto la richiesta della Spagna di sospensione dell'esecuzione del lodo reso nel caso *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/063 e ha ordinato che il lodo arbitrale non avrebbe avuto efficacia fino a nuovo avviso. La Spagna aveva inoltre espressamente richiesto alla Corte d'Appello di adire la CGUE in via pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* al fine di ottenere una pronuncia interpretativa sulla compatibilità del trattato sugli investimenti con il diritto dell'Unione.

proposizione della domanda arbitrale nell'arco temporale dal 6 marzo 2018 all'entrata in vigore degli accordi.

L'adozione del criterio temporale indicato, che individua in Achmea lo spartiacque tra efficacia e inefficacia delle clausole arbitrali contenute nel BIT, riporta poi al più generale problema della forza vincolante dell'Accordo sull'estinzione dei BITs intra-UE e dei suoi effetti<sup>219</sup>, in base anche alla collocazione nel rango delle fonti, dal punto di vista del diritto internazionale e del diritto processuale interno.

Tuttavia, le considerazioni svolte rendono plausibile ipotizzare rischi connessi al disallineamento geografico tra il territorio dell'UE e il resto del mondo e all'incremento di fenomeni di *forum shopping* per l'esecuzione dei lodi.

### **5.3.1. L'incerta sorte dei procedimenti arbitrali pendenti: l'esecuzione e l'annullamento del lodo contrario ad Achmea.**

Una volta individuato il regime applicabile ai "procedimenti arbitrali pendenti", per tali intendendosi sia quelli ancora *sub judice* per essere stati sopposti ad una richiesta di annullamento, sia quelli dei quali è richiesta l'esecuzione, resta aperta la questione della sorte degli stessi a fronte della prospettata incompatibilità con il *decisum* di Achmea.

---

<sup>219</sup> Il problema si era posto, sia in dottrina sia in giurisprudenza arbitrale, anche con riferimento alle Dichiarazioni degli Stati membri del gennaio 2019, posto che l'adozione delle stesse (e i loro effetti) hanno costituito spesso fondamento delle eccezioni di giurisdizione arbitrale sollevate dagli Stati convenuti nei procedimenti arbitrali. La *querelle* ha oramai perso gran parte della sua rilevanza, ancorata alle contingenti decisioni sulla *potestas iudicandi* degli arbitri in un periodo di transizione tra Achmea e l'adozione dell'Accordo di estinzione dei BITs intra-UE; tuttavia, la questione dell'interpretazione e dell'applicazione delle Dichiarazioni aveva suscitato non poco dibattito, tant'è che è stata affrontata, in particolare, in due recenti procedimenti arbitrali. Nel caso *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, decisione sulla richiesta di estinzione ed eccezioni intra-UE, 7 maggio 2019 il tribunale arbitrale ha riconosciuto la natura interpretativa delle Dichiarazioni, adottando un criterio sostanziale: «*in determining the legal nature of a statement formulated in connection with a treaty, the decisive criterion lies in the effective result that implementing the statement has (or would have). If it results (or would result) in modifying or excluding the legal effect of the treaty or certain of its provisions, it is a reservation however phrased or named; if the statement simply clarifies the meaning or scope that its author attributes to the treaty or certain of its provisions, it is an interpretative declaration*» (ILC 2011 Guide to Practice on Reservations to Treaties, 76, Comment (3)).

Nel successivo caso *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean LTD and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14, lodo parziale sulle eccezioni Intra-UE, par. 178 ss., le Dichiarazioni sono invece state qualificate alla stregua di "collective interpretative declarations", sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo.

In ogni caso, sembra che non fosse in alcun modo revocabile in dubbio che le Dichiarazioni *per se* fossero idonee ad apportare emendamenti o addirittura revocare i precedenti accordi assunti sul piano internazionale dagli Stati parti dei BITs intra-UE, come peraltro poi confermato dalla necessità di ricorrere ad altro strumento giuridico vincolante – l'Accordo di estinzione del 2020 – per sciogliersi dai precedenti trattati bilaterali sugli investimenti.

Il problema, che ha significativi risvolti processuali, è però anzitutto sostanziale: coinvolge, infatti, quelle categorie di investitori che si trovano nell'interregno dei procedimenti pendenti, e che – a seconda dell'esito dell'impugnativa o dell'esecuzione – rischiano di subire ingiustificate disparità di trattamento.

Le questioni che si pongono con riferimento al punto in esame sono essenzialmente tre, l'una connessa all'altra: *a*) la prima, relativa all'ambito dei poteri del giudice nazionale adito per il riconoscimento o l'esecuzione del lodo; *b*) la seconda, relativa alla categoria di vizio deducibile – e valutabile dal giudice – per il rigetto del riconoscimento o dell'esecuzione del lodo; *c*) la terza, il coordinamento con le regole processuali nazionali che eventualmente impongano termini di preclusione processuale per la rilevabilità dell'inefficacia e/o invalidità del lodo.

Il legame che avvince le tre questioni ne rende opportuna una trattazione congiunta, considerando che occorre distinguere tra arbitrato ICSID e arbitrati non regolati dalla Convenzione ICSID, considerando che le risultanze di *Achmea e post Achmea* possono incidere sulle questioni inerenti alla giurisdizione, ma non ineriscono all'esecuzione dei lodi arbitrati<sup>220</sup>.

Nel caso di arbitrato disciplinato dalla Convenzione ICSID, giova ricordare che l'annullamento del lodo è disciplinato interamente dalla Convenzione di Washington del 1965 ed è precluso ai giudici nazionali le domande di annullamento vengono presentate ad altri organi arbitrati (Comitati *ad hoc*), contro le cui decisioni non è possibile fare ricorso<sup>221</sup>. Anche analizzando i motivi<sup>222</sup> per i quali è possibile richiedere l'annullamento del lodo ICSID, non sembrerebbe esserci margine per una revisione a seguito di difetto di giurisdizione del tribunale che origina da un'interpretazione della CGUE (quella resa in *Achmea*) ovvero da un successivo Accordo di conclusione dei BITs intra-UE, e ciò anche là dove il trattato che veng

---

<sup>220</sup> V. in argomento, con riguardo all'arbitrato ICSID, A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., p. 692: «enforcement is separate from, and does not impinge on, jurisdiction», richiamando *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, lodo, 21 giugno 2019, par. 541 e *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decisione sulla questione Achmea, 31 agosto 2018, par. 230.

<sup>221</sup> Ai sensi dell'art. 52 (3) l'annullamento del lodo ICSID è rimesso ad un Comitato *ad hoc* di tre membri nominati dal Segretario Generale, che non svolge alcuna funzione di "appello", non potendo pronunciarsi nel merito della questione: cfr. D.D. CARON, *Framing the Work of ICSID Annulment Committees*, cit., 2012, p. 173 ss.

<sup>222</sup> V. art. 52(1) della Convenzione ICSID, ai sensi del quale l'annullamento può essere richiesto qualora ricorrano i seguenti motivi (considerati tassativi): «*a) that the Tribunal was not properly constituted; b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or e) that the award has failed to state the reasons on which it is based*».

in rilievo nel procedimento arbitrale ICSID sia proprio un trattato bilaterale per la promozione e protezione di investimenti concluso tra due Stati membri dell'UE<sup>223</sup>. Considerato il carattere di tassatività e di eccezionalità dell'impugnazione del lodo arbitrale, nonché la particolare vincolatività della pronuncia ICSID per le parti «*come se fosse una sentenza definitiva di una corte in tale Stato*» (art. 53)<sup>224</sup>, i limiti angusti entro cui l'invalidazione del lodo potrebbe operare riguarderebbero l'ipotesi di manifesto eccesso di potere degli arbitri (art. 52(2)(b) Convenzione ICSID) per aver riconosciuto la propria giurisdizione laddove questa fosse carente<sup>225</sup>.

Appare tuttavia preferibile un'interpretazione restrittiva, tale da escludere che il prospettato difetto di giurisdizione possa rientrare nel concetto di "eccesso di potere" fondante il motivo di annullamento di cui alla lett. b) dell'art. 52(1) della Convenzione ICSID<sup>226</sup>, più verosimilmente riferibile ai casi in cui il tribunale arbitrale abbia esorbitato dai limiti della clausola compromissoria e non anche ai casi – più radicali – di mancanza *tout court* della *potestas iudicandi*.

---

<sup>223</sup> Ciò in quanto – come già più volte evidenziato – il sistema arbitrale ICSID è del tutto autonomo rispetto agli ordinamenti giuridici delle parti controvertenti, e – dunque – anche rispetto all'ordinamento dell'UE (e dell'interpretazione che di questo è stato dato dalla CGUE). Sicché, anche qualora la CGUE abbia fornito un'interpretazione del BITs intra-UE che priva di validità e di efficacia la clausola arbitrale contenuta nel BITs, il fondamento della giurisdizione del tribunale arbitrale ICSID può comunque rinvenirsi – almeno in parte – nella stessa Convenzione ICSID: v. *supra* § 3.

<sup>224</sup> Gli artt. 53-55 della Convenzione ICSID dispongono il carattere autonomo ed obbligatorio dei lodi non solo tra le parti, ma anche tra gli Stati contraenti. In altri termini, il lodo ICSID non è mai un "lodo straniero" ai sensi della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 e della Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961, poiché la sua forza obbligatoria deriva dalla stessa Convenzione ICSID.

<sup>225</sup> La giurisprudenza arbitrale ICSID ha precisato che l'art. 52 dev'essere interpretato in linea con il suo scopo obiettivo; l'annullamento per insussistenza di una valida convenzione di arbitrato potrebbe verificarsi sulla base dell'interpretazione della volontà compromissoria delle parti, e sempre che abbia carattere manifesto: cfr. P. BERNARDINI, *The finality of international arbitral awards*, in *Riv. arb.*, 2019, p. 420. Recentemente, la Corte distrettuale di Nacka in Svezia ha rifiutato l'esecuzione del lodo arbitrale ICSID reso nel caso *Micula v. Romania* (ICSID Case No. 2550-17), ritenendo che in virtù del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, del TUE, vincolante anche per i tribunali nazionali degli Stati membri (Corte di giustizia nella causa C-213/89 *Factortame*, C-453/00 *Kühne & Heitz*, C-119/05 *Lucchini*, C-505/14 *Klausner* e, da ultimo, C-284/16 *Achmea*) dev'essere rifiutata l'esecuzione di un lodo che riconosce il diritto dell'investitore a ricevere dall'*host State* somme che integrano aiuti di Stato illegali. Nel ragionamento della Corte, si evidenzia che il tribunale nazionale che deve applicare il diritto dell'UE è obbligato a garantire che tale diritto sia pienamente efficace e, se necessario, ad astenersi dall'applicare qualsiasi disposizione di diritto nazionale che sia contraria al diritto dell'UE: *Decision of the Nacka District Court in Stockholm (Swedish)*, 12.

Diversamente, nel recente lodo definitivo sulla giurisdizione reso nel caso *9Ren Holding S.À.R.L. v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/15) del 31 maggio 2019, il tribunale ICSID ha ribadito che non sussiste alcun conflitto tra le disposizioni dell'ECT e il diritto eurounitario, che quest'ultimo non ha in alcun modo modificato le obbligazioni assunte dalla Spagna in forza dell'ECT, e che la giurisdizione del Tribunale arbitrale si fonda sulle disposizioni dell'ECT e non sul diritto eurounitario. Peraltro, ha ribadito che il Tribunale arbitrale ICSID, in quanto tale, non ha sede in alcuna giurisdizione nazionale e men che meno nell'Unione Europea.

<sup>226</sup> La disposizione in esame prevede infatti l'annullamento del lodo nel caso in cui «*the Tribunal has manifestly exceeded its powers*».

Per altro verso, però, non può non tenersi conto della giurisprudenza arbitrale ICSID che tende a ricomprendere nel novero delle ipotesi di “eccesso di potere” anche i casi in cui il tribunale arbitrale non abbia applicato la legge da doversi correttamente prendere in considerazione nel caso di specie, ai sensi dell’art. 42(1) della Convenzione ICSID<sup>227</sup>, sempre che tale violazione assuma la forma di una totale inosservanza della legge applicabile o dell’applicazione di una legge diversa da quella determinata in base alla richiamata disposizione.

Considerando che l’art. 42 cit. prevede che, in assenza di accordo sulla legge sostanziale da applicarsi alla controversia, il tribunale arbitrale applica la legge dello Stato contraente parte alla controversia (comprese le sue disposizioni che regolano il conflitto tra norme) e le norme di diritto internazionale eventualmente applicabili, potrebbe verificarsi che il diritto euro-unitario di *Achmea* possa far ingresso in sede di annullamento del lodo ICSID.

Per quanto riguarda, invece, l’*enforcement*, ai sensi della Convenzione ICSID la parte vittoriosa non deve ottenere l’*exequatur* dei lodi perché il lodo è esecutivo nel territorio di tutti gli Stati membri della Convenzione, “*as if it were a final judgment of a court in that State*”<sup>228</sup>, e l’esecuzione è regolata dal diritto dello Stato nel cui territorio è richiesta<sup>229</sup>.

È verosimile ritenere che le conseguenze che derivano dal riconosciuto difetto di giurisdizione dei tribunali arbitrali – incluso il tribunale ICSID – non inficino l’esecuzione dei lodi, per due ordini di ragioni.

La prima, di ordine teorico e generale, riguarda l’autonomia delle questioni di giurisdizione rispetto alle vicende esecutive del lodo arbitrale.

Infatti, come anticipato, l’esecuzione e la giurisdizione sono governate da regole diverse: l’esecuzione è regolata dalla legge della giurisdizione in cui viene richiesta, mentre la giurisdizione dipende dalla Convenzione ICSID e dal relativo trattato di investimento<sup>230</sup>. Ne consegue che le vicende che ineriscono la giurisdizione (tra cui, quanto affermato in *Achmea* e nelle successive prese di posizione da parte delle

---

<sup>227</sup> L’art. 42(1) della Convenzione ICSID prevede che «*the Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable*». Pertanto, un semplice errore nell’applicazione delle norme di diritto non può costituire un motivo di annullamento, in linea con il principio che la procedura di annullamento in questione non è un appello. V. *supra* §4.2.

<sup>228</sup> V. art. 54(1) della Convenzione ICSID, ai sensi del quale «*Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State*».

<sup>229</sup> V. art. 53(4) della Convenzione ICSID, ai sensi del quale «*Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territory such execution is sought*». V. anche l’art. 55 della Convenzione ICSID, in base al quale «*Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution*».

<sup>230</sup> V. *supra* nel testo.

Istituzioni Europee o dagli Stati membri) non dovrebbero inficiare le regole che presiedono all'esecuzione dei lodi<sup>231</sup>.

La seconda ragione riguarda la possibilità che l'esecuzione del lodo venga richiesta nel territorio (e ai giudici) di uno Stato terzo, in quanto l'esecuzione non è limitata ai tribunali dello Stato ospitante o degli Stati membri dell'UE. I possibili esiti finali sono in prospettiva totalmente differenti<sup>232</sup>.

Se l'esecuzione viene richiesta all'interno dell'UE, è verosimile che i giudici degli Stati membri diano seguito ad *Achmea* e decidano di non applicare l'art. 54 della Convenzione ICSID<sup>233</sup>, ovvero in sede di esecuzione sottopongano la questione della compatibilità del lodo con il diritto UE alla CGUE<sup>234</sup> per una pronuncia pregiudiziale, con esiti prevedibili.

Se, invece, l'esecuzione del lodo viene richiesta al di fuori dell'UE, i possibili esiti sono differenti<sup>235</sup>, perché i giudici di paesi terzi non sono in alcun modo vincolati al diritto (anche di fonte giurisprudenziale) dell'UE. Non si esclude, comunque, una responsabilità degli Stati membri dell'UE firmatari dell'Accordo sull'estinzione dei trattati Bilaterali di Investimento tra Stati Membri dell'Unione Europea del 2020 sul piano internazionale, ove si sono espressamente impegnati a richiedere “*al giudice nazionale competente, anche di un paese terzo, di revocare [il] lodo, annullarlo o astenersi dal riconoscerlo e darvi esecuzione, a seconda dei casi*”.

---

<sup>231</sup> Tant'è che, come sostenuto da giurisprudenza arbitrale, se gli atti di esecuzione possano costituire violazioni del diritto dell'UE – come affermato da alcuni Stati membri nei giudizi arbitrali sotto forma di eccezione alla giurisdizione – è al di fuori dell'ambito di una decisione sulla giurisdizione: cfr. *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decisione sulla questione *Achmea*, 31 agosto 2018, par. 231.

<sup>232</sup> V. P. GOLDSMITH-B. YIN, *Intra-EU BITs: Competence and Consequences*, in *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*, a cura di N. KAPLAN-M. MOSER, 2018, p. 241: «*it would be necessary to consider separately the position of EU Member States and non-EU Member States*».

<sup>233</sup> Tale conclusione appare plausibile considerando, prima di tutto, la configurazione del sistema di gerarchia delle fonti all'interno dell'ordinamento giuridico dell'UE: posto che, a prescindere da *Achmea*, la primauté del diritto euro-unitario fa sì che il diritto euro-unione sia prevalente non solo sul diritto nazionale, ma anche su altri trattati internazionali (cfr. CGUE, *Matteucci v. Communauté française de Belgique*, Case 235-87, 1988, ECR 5589; CGUE, *Exportur v. LOR*, Case C-3/91, 1992, ECR I-5529; CGUE, *Commission v. Germany*, Case C-546/7, 2010, ECR I-43, il giudice di uno Stato membro dell'UE può legittimamente rifiutarsi di applicare l'art. 54 della Convenzione ICSID).

<sup>234</sup> Come osservano A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., pp. 692-693 e spec. nt. 112, tale opzione non è implausibile, considerato quanto è stato già fatto per le diverse decisioni rese sul caso *Micula v. Romania*, in cui i ricorrenti hanno cercato di far rispettare un lodo ICSID contro lo Stato dentro e fuori l'UE. Nonostante l'articolo 54 della Convenzione ICSID, i tribunali competenti dell'UE hanno sospeso il procedimento di esecuzione in considerazione di un potenziale conflitto con le norme UE sugli aiuti di Stato.

<sup>235</sup> V. in argomento J. SCHEU-P. NIKOLOV, *The Setting Aside and Enforcement of Intra-EU Investment Arbitration Awards after Achmea*, in *Arbitration International*, 2020, p. 271 ss.

qualora siano coinvolti in un procedimento giudiziario relativo ad un lodo reso in forza di un BIT intra-UE<sup>236</sup>

Diversi sono invece gli scenari prospettabili nel caso in cui sia richiesto il riconoscimento o l'annullamento di un lodo non disciplinato dalla Convenzione ICSID.

Infatti, i lodi non disciplinati dalla Convenzione ICSID<sup>237</sup>, sono soggetti alla *lex arbitri* del luogo dell'arbitrato e alla giurisdizione dei tribunali competenti per l'annullamento<sup>238</sup>.

Per quanto concerne l'annullamento, occorre considerare che alla luce della pluralità delle leggi processuali che possono regolare i motivi di impugnazione (e, tra questi, quelli rilevanti rispetto alla “*Achmea issue*”), è difficile poter operare delle generalizzazioni.

Da una prima analisi delle principali regole processuali che disciplinano i principali arbitrati in materia di investimenti, può tentarsi una prima approssimazione dei motivi che legittimano l'annullamento del lodo in ragione degli effetti di *Achmea*: a) invalidità della convenzione arbitrale<sup>239</sup>, b) non arbitrabilità della controversia secondo la legge (sostanziale e/o processuale) dello Stato in cui si chiede l'annullamento<sup>240</sup> e c) violazione dell'ordine pubblico della giurisdizione in cui viene richiesta l'esecuzione<sup>241</sup>.

Se l'arbitrato ha sede all'interno dell'UE, il tribunale adito per l'annullamento del lodo baserà la sua decisione sul diritto dell'UE come parte del proprio diritto interno da applicarsi in sede di annullamento, utilizzando uno dei motivi di cui *supra*.

Non tutt e tre i motivi sopra richiamati potrebbero essere utilizzati come base per l'annullamento del lodo non ICSID in applicazione della giurisprudenza *Achmea*.

Quanto al primo (a), si osserva che può essere posto a fondamento dell'annullamento del lodo, posto che l'invalidità della convenzione arbitrale è una conseguenza dell'invalidità dell'offerta di arbitrato dello Stato membro dell'UE contenuta nel trattato di volta in volta applicabile. A ben vedere, a prescindere da quale sia il regime applicabile alla convenzione di arbitrato, la conclusione può essere nella direzione della invalidità.

---

<sup>236</sup> Cfr. art. 7, par. 1, lett. b) dell'Accordo sull'estinzione. Si noti, peraltro, che anche nelle Dichiarazioni degli Stati Membri del gennaio 2019 si prevede espressamente che «*gli Stati membri chiederanno ai tribunali, anche in qualsiasi paese terzo, che devono decidere in un procedimento relativo a un lodo arbitrale di investimento intra-UE, di annullare tali lodi o di non eseguirli a causa della mancanza di un valido consenso*».

<sup>237</sup> Intendendosi per tali i lodi resi all'esito di procedimenti arbitrali disciplinati dall'UNCITRAL, dalla SCC, dall'ICSID Additional Facility o da altre regole arbitrali, sia amministrati sia *ad hoc*.

<sup>238</sup> Così K. BONDAR, *Annulment of ICSID and Non-ICSID Investment Awards: Differences in the Extent of Review*, cit., 2015, p. 621 ss.

<sup>239</sup> Così l'art. 34(2)(a)(i) dell'UNCITRAL Model Law.

<sup>240</sup> Così l'art. 34(2)(b)(i) dell'UNCITRAL Model Law.

<sup>241</sup> Così l'art. 34(2)(b)(ii) dell'UNCITRAL Model Law.



Se, infatti, la convenzione arbitrale fosse regolata dal diritto applicabile al merito della controversia (*i.e.* il diritto nazionale dello Stato ospitante ovvero il diritto internazionale), posto il principio di primauté del diritto euro-unitario come riconosciuto dalla CGUE, il *dictum* di Achema sarebbe in grado di prevalere sul primo. Ed è verosimile che i giudici nazionali degli Stati membri UE si atterrano alle conclusioni della CGUE e dichiarerà invalido il consenso all'arbitrato.

Se, invece, le parti non hanno operato alcuna scelta in tal senso, di solito, le regole<sup>242</sup> che disciplinano l'individuazione della legge applicabile alla convenzione d'arbitrato prevedono che in assenza di un accordo delle parti, la convenzione arbitrale sia regolata dalla legge della sede dell'arbitrato, se l'arbitrato ha sede in uno Stati membro è verosimile che – in forza del diritto sostanziale applicabile – la convenzione d'arbitrato verrà ritenuta invalida per incompatibilità con il diritto dell'UE.

Infine, invece, se si ritenesse – secondo un approccio diverso – che convenzione arbitrale internazionale è regolata da una norma sostanziale che ne preserva la validità (a meno che la convenzione sia contraria all'ordine pubblico dell'ordinamento giuridico in cui si chiede l'annullamento) è comunque verosimile che le convenzioni di arbitrato per investimenti intra-UE siano considerate dai giudici come contrarie all'ordine pubblico e quindi non valide.

Quanto al secondo motivo di possibile annullamento del lodo sub Achmea (*b*), ossia la inarbitrabilità della controversia, parte della dottrina<sup>243</sup> ritiene che le controversie derivanti dalla presunta violazione degli obblighi degli Stati membri dell'UE ai sensi dei BITs possono essere considerate come “*non suscettibili di essere risolte mediante arbitrato*”. Per la verità, si tratterebbe di una applicazione desueta della nozione di “non arbitrabilità” della controversia, che tradizionalmente è invece riferita ai diritti sostanziali e non anche agli aspetti procedurali. In altri termini, l'estensione della non arbitrabilità anche alle previsioni – contenute nei BITs – di devoluzione delle controversie all'arbitrato rischierebbe di introdurre una nuova categoria – di carattere processuale – di non arbitrabilità, il cui fondamento (presumibilmente la violazione dell'ordine pubblico processuale unionale) potrebbe essere comune ad altre ipotesi e dunque aprire la strada ad applicazioni estensive<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> Così l'art. 34(2)(a)(i) dell'UNCITRAL Model Law.

<sup>243</sup> A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., p. 696, I quali osservano altresì che il linguaggio della sentenza Achmea è compatibile con questo approccio perché questa intende sanzionare solo la disposizione di risoluzione delle controversie investitore-Stato del relativo BIT, non anche i suoi obblighi sostanziali.

<sup>244</sup> Con il rischio di incorerenze di sistema: se, infatti, la ragione della non arbitrabilità delle controversie Stato-investitore va ricercata nella violazione dell'ordine pubblico processuale unionale, potrebbe non esservi alcuna distinzione tra il motivo di annullamento *sub b*) esaminato e il motivo *sub c*) – su cui vedi *infra* nel testo – che concerne la violazione dell'ordine pubblico (sebbene sia riferibile a quello interno degli Stati membri, alla luce del diritto unionale per come interpretato dalla CGUE).

Infine, quanto al motivo *sub c*), si ritiene che un lodo intra-UE tra investitore e Stato non regolato dalla Convenzione ICSID possa essere annullato a causa di una violazione dell'ordine pubblico dello Stato membro, ove si consideri l'art. 267 TFUE (ma anche l'art. 344 TFUE) come “*norma essenziale per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno*”. Sicché la violazione di tali norme, che ad avviso della CGUE sarebbe stata perpetrata mediante la devoluzione delle controversie al sistema ISDS arbitrale, comporterebbe effettivamente una violazione dell'ordine pubblico.

Dato l'obbligo degli Stati membri di interpretare il concetto di ordine pubblico alla luce del diritto dell'UE e la posizione della CGUE al riguardo, può osservarsi che la prospettata violazione osterebbe al riconoscimento dell'efficiacia a un lodo intracomunitario investitore-Stato e può condurre all'annullamento del lodo.

Quanto sinora prospettato rispetto all'ipotesi in cui venga richiesto l'annullamento del lodo non ICSID all'interno dell'UE non trova riscontro nel caso in cui i tribunali aditi per l'annullamento siano al di fuori dell'Unione.

Infatti, in tale ultimo caso, i tribunali nazionali non europei non sono vincolati ad Achmea e, poiché in sede di decisione di annullamento saranno tenuti ad applicare il lodo diritto interno, è verosimile che non daranno seguito ad Achmea.

In conclusione, nel caso di arbitrato regolato non dalla Convenzione ICSID, assume primario rilievo la scelta della legge applicabile alla convenzione arbitrale, ovvero la scelta della sede dell'arbitrato, poiché – in difetto di accordo tra le parti – è la *lex fori arbitri* che regola il regime di validità o meno della convenzione di arbitrato.

Fermo quanto precede in punto di possibili motivi di annullamento del lodo arbitrale, un'ulteriore questione che si pone investe il tema delle eventuali preclusioni processuali che possono incorrere alla luce della disciplina interna<sup>245</sup> di rilevazione del difetto di giurisdizione.

Se è ancora possibile l'impugnazione del lodo, poiché il difetto di giurisdizione degli arbitri internazionali deriverebbe dall'assenza di una valida convenzione di arbitrato alla base, la disciplina processuale interna di riferimento per l'annullamento del lodo attingerebbe alle norme sulla validità ed efficacia della volontà compromissoria<sup>246</sup>.

Mentre il problema non si pone tanto per il lodo ICSID (in quanto, come evidenziato, l'annullamento del lodo è disciplinato interamente dalla Convenzione di Washington del 1965 ed è precluso ai giudici nazionali), assume rilievo rispetto ai lodi non ICSID.

---

<sup>245</sup> Il tema delle preclusioni processuali che qui si intende affrontare differisce dai termini eventualmente previsti dalle regole delle procedure arbitrali previste dalle Istituzioni arbitrali di riferimento, bensì attiene ad eventuali termini o condizioni per l'annullamento previste dagli ordinamenti giuridici nazionali dei giudici cui la parte si rivolge per l'impugnativa.

<sup>246</sup> Così A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea, nota a Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, cit., p. 513.

A tal proposito, può osservarsi che laddove la *lex arbitrati* in questione subordini la rilevanza dell'eccezione di invalidità della convenzione arbitrale ad un meccanismo di preclusione (come previsto, ad esempio, nel nostro ordinamento dall'art. 817, c. 2, c.p.c.), e la relativa questione non sia stata sollevata nel corso del procedimento arbitrale, si aprono due possibilità: o si ritiene che, derivando la suddetta invalidità dalla contrarietà all'ordine pubblico<sup>247</sup>, possa operare una deroga rispetto alla regola generale che fissa la preclusione<sup>248</sup>; ovvero si ritiene che la questione sia definitivamente preclusa, non essendo ammissibile la rimessione in termini<sup>249</sup>, e allora la tutela dovrà essere ricercata sul piano della impugnabilità del lodo per *error in iudicando de iure* per violazione delle norme di ordine pubblico, ammettendo la rilevanza della relativa eccezione di *default* e in qualsiasi momento<sup>250</sup>. In quest'ultimo senso sembrerebbe essere l'Accordo all'art. 7, par. 1, lett. b), laddove sembrerebbe ammettere che – a fronte della richiesta di parte – il giudice nazionale sia tenuto ad annullare il lodo ovvero a negare direttamente l'*exequatur*.

Con specifico riguardo al lodo non ICSID, si è osservato<sup>251</sup> che l'esecuzione è generalmente regolata dalla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (NYC) e dal diritto interno.

Poiché non vi sono limiti all'esecuzione in paesi diversi dallo Stato ospitante e dallo Stato di appartenenza dell'investitore straniero, è ben possibile che gli esiti dei

---

<sup>247</sup> Inteso come ordine pubblico unionale, la cui violazione si verifica non solo quando sia attuato un lodo in concreto contrastante con esso, ma anche ogniqualvolta la decisione di diritto degli arbitri abbia come presupposto una manifesta falsa interpretazione o applicazione del diritto dell'Unione, pur se le conseguenze esecutive risultino neutre ed indifferenti rispetto all'ordine pubblico: v. A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea, nota a Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, cit., p. 512.

<sup>248</sup> V. A. ANDOLFI, *L'arbitrato in materia di investimenti alla prova dell'effettività del diritto dell'Unione*, in *Riv. arb.* 1, 2019, p. 151, nota a ordinanza del *Bundesgerichtshof* del 31 ottobre 2018, che richiama la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso *Mostaza Claro*, laddove la Corte ha consentito la rilevanza d'ufficio della nullità della clausola inserita nei contratti tra professionisti e consumatori per vessatorietà, anche se questa non fosse stata dedotta in primo grado dal consumatore.

<sup>249</sup> Cfr. A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea*, cit., p. 513.

<sup>250</sup> In quest'ottica si propone una lettura estensiva e "in senso conforme al diritto dell'Unione" dell'art. 829 c.p.c.: v. ancora A. ANDOLFI, *L'arbitrato in materia di investimenti alla prova dell'effettività del diritto dell'Unione*, cit., p. 136 ss., in nota a ordinanza del *Bundesgerichtshof* del 31 ottobre 2018, p. 157.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza *Asturcom* (C-40/08) del 6 ottobre 2009 ha affermato che la possibilità di impugnare il lodo per contrarietà all'ordine pubblico secondo le previsioni di rito nazionale non comporta che la contrarietà del lodo svanisca ove la questione non sia posta e decisa in sede di impugnazione per nullità. L'assunto si fonda non tanto sul principio di effettività, bensì sul principio dell'equivalenza, in quanto nel diritto spagnolo il giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo deve valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali di ordine pubblico: cfr. LUISO, *Dopo il lodo - Il controllo*, in questa *Rivista*, 2019, 7.

<sup>251</sup> V. *supra* § 4.1.

procedimenti di *enforcement* avviati siano differenti a seconda del luogo in cui si sceglie di eseguire il lodo.

Se l'esecuzione viene richiesta all'interno dell'UE, è verosimile che i tribunali nazionali competenti neghino l'esecuzione per motivi simili a quelli già visti riguardo all'annullamento, che si riflettono anche nella NYC, cioè invalidità della convenzione arbitrale<sup>252</sup>, non arbitrabilità della controversia secondo la legge (sostanziale e/o processuale) dello Stato in cui si chiede l'annullamento<sup>253</sup> e violazione dell'ordine pubblico della giurisdizione in cui viene richiesta l'esecuzione<sup>254</sup>.

In particolare, per quanto concerne la violazione dell'ordine pubblico, parte della dottrina ha osservato che per effetto della pronuncia *Achmea*, il lodo non sarebbe così riconoscibile ed *enforceable* per aver esorbitato dall'oggetto della clausola compromissoria (art. V, par. 1, lett. c della Convenzione di New York del 1958) e se eventualmente portato ad esecuzione sarebbe in contrasto con il cd. ordine pubblico "unionale"<sup>255</sup>.

Quanto alla consistenza della violazione dell'ordine pubblico dell'UE e degli Stati membri, sembrerebbe che la soglia rilevante possa considerarsi raggiunta, alla luce del fatto che la CGUE ha riferito l'incompatibilità dell'arbitrato sugli investimenti intra-UE al contrasto con i principi fondamentali del diritto unionale e con la stessa architettura istituzionale dell'UE<sup>256</sup>. In questa prospettiva, la violazione dell'ordine

---

<sup>252</sup> Così l'art. V(1)(a) della NYC, che consente al giudice competente di rifiutare l'esecuzione se la convenzione arbitrale non è valida «*under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made*». Se la sede dell'arbitrato è all'interno dell'UE, poiché il diritto dell'UE fa parte del diritto degli Stati membri dell'UE, a meno che le parti non abbiano concordato che la convenzione arbitrale sia disciplinata dal diritto di uno Stato non membro dell'UE, è probabile che al lodo venga negata l'esecuzione per il fatto che la convenzione arbitrale non è valida secondo la *lex arbitri*. Al contrario, se l'arbitrato ha sede al di fuori dell'UE, è improbabile che la disposizione richiamata possa costituire una base valida per rifiutare l'esecuzione, poiché la *lex arbitri* applicabile non riconoscerebbe l'invalidità della convenzione arbitrale.

<sup>253</sup> Così l'art. V(2)(a) della NYC, che prevede che l'esecuzione possa essere negata se «*the subject-matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of th[e] country [where enforcement is sought]*». Se l'esecuzione è richiesta all'interno dell'UE, la controversia può effettivamente essere considerata non arbitrabile e l'esecuzione può essere negata su questa base (ma v. *Contra*, J. SCHEU-P. NIKOLOV, *The Setting Aside and Enforcement of Intra-EU Investment Arbitration Awards after Achmea*, cit., p. 270, nel senso che «*the scope of the Achmea judgment is limited to the ISDS clause*»).

Se, invece, l'esecuzione è richiesta al di fuori dell'UE, il decisum *Achmea* non sarebbe vincolante per il giudice dell'esecuzione e non potrebbe rendere inarbitrabile una controversia che è stata decisa con lodo reso all'esito di un procedimento arbitrale avviato sulla base di un trattato di investimento. Poiché la nozione di arbitrabilità rilevante per l'art. V(2)(a) della NYC è solo quella del luogo di esecuzione, il luogo del procedimento arbitrale è irrilevante.

<sup>254</sup> Così l'art. V(2)(b) della NYC.

<sup>255</sup> Cfr. A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea, nota a Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, cit., p. 512.

<sup>256</sup> La violazione dell'ordine pubblico unionale si verifica non solo quando sia attuato un lodo in concreto contrastante con esso, ma anche ogniqualvolta la decisione di diritto degli arbitri abbia come presupposto una manifesta falsa interpretazione o applicazione del diritto dell'Unione, pur se

pubblico deriverebbe non dal lodo in sé<sup>257</sup>, ma piuttosto dai suoi effetti sull'ordinamento giuridico del luogo di esecuzione: pertanto, l'esecuzione di un qualsiasi lodo intra-UE, a prescindere dal fatto che esso applichi o meno il diritto dell'UE, sarebbe in conflitto con l'ordine pubblico degli Stati membri.

Invece, se l'esecuzione viene richiesta al di fuori dell'UE, non sembrerebbe esserci alcuna ragione per considerarla in violazione dell'ordine pubblico del paese in cui viene richiesta l'esecuzione, perché l'ordinamento giuridico di tale paese terzo non sarebbe influenzato dalla sentenza della CGUE resa sul caso *Achmea*.

Infine, si osserva che qualora la sede dell'arbitrato si trova nell'UE, il potenziale annullamento richiesto dinanzi al giudice nazionale competente del luogo in cui l'arbitrato ha la propria sede potrebbe costituire un motivo per rifiutare l'esecuzione anche ai sensi dell'art. V(1)(e) della NYC<sup>258</sup>. Ai sensi della richiamata disposizione, l'annullamento del lodo da parte del giudice nazionale nella sede dell'arbitrato ridurrebbe significativamente le prospettive di esecuzione del medesimo lodo al di fuori dell'UE, anche se non le escluderebbe del tutto<sup>259</sup>.

Sembra dunque potersi condividere qui l'opinione di chi<sup>260</sup> ritiene che l'esecuzione dei lodi dei trattati intra-UE non regolati dalla Convenzione ICSID è maggiormente problematica all'interno dell'UE, mentre sembra possibile al di fuori dell'UE se la sede dell'arbitrato è anch'essa al di fuori dell'UE, in quanto ciò comporterebbe la neutralizzazione non solo dei motivi di rifiuto dell'esecuzione ai sensi degli artt. V(2)(a) e V(2)(b) della NYC, ma anche quelli ai sensi degli artt. V(1)(a) e V(1)(e) della NYC.

### 5.3.2. Considerazioni conclusive.

Dall'analisi condotta emerge che mentre con riguardo all'arbitrato ICSID i margini di discrezionalità del giudice nazionale richiesto dell'esecuzione del lodo sono ristretti (potendosi lo stesso limitarsi o a non eseguire il lodo disapplicando la Convenzione ovvero sottopondendo la questione della compatibilità per via pregiudiziale alla CGUE), nel caso dell'arbitrato non ICSID si pone il problema del perimetro del sindacato del giudice nazionale.

---

le conseguenze esecutive risultino neutre ed indifferenti rispetto all'ordine pubblico: v. A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea*, cit., p. 512.

<sup>257</sup> A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., p. 698.

<sup>258</sup> Cfr. *Novoenergia II - Energy & Environment (SCA) v. Kingdom of Spain*, US District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 18-cv-01148 (TSC).

<sup>259</sup> Vi sono infatti casi giurisprudenziali in cui è stata concessa l'esecuzione dei lodi annullati nella sede dell'arbitrato: v. G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 3621 ss.

<sup>260</sup> A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., p. 669.

Infatti, nel caso di arbitrato ICSID il giudice nazionale di uno Stato membro dell'UE, adito ai fini dell'esecuzione del lodo arbitrato, ben potrebbe o non applicare l'art. 54 della Convenzione ICSID<sup>261</sup>, ovvero sottoporre la questione della compatibilità del lodo con il diritto UE alla CGUE<sup>262</sup> per una pronuncia pregiudiziale<sup>263</sup>.

Invece, nel caso di lodo reso all'esito di un arbitrato commerciale internazionale, che segue le regole della Convenzione di New York, il giudice nazionale richiesto dell'*exequatur* di un lodo arbitrato straniero dovrà valutare se sussisteva il consenso ad arbitrare prima di rilasciare l'autorizzazione ad eseguire il lodo.

Mentre, almeno in linea di principio, i tribunali nazionali degli Stati membri dell'UE, aditi per l'esecuzione o il riconoscimento di un lodo, saranno tendenzialmente più inclini dei tribunali arbitrali a riconoscere gli effetti di *Achmea* (e dell'Accordo)<sup>264</sup>, invece i tribunali nazionali di Stati extra-UE potrebbero non dar seguito ad *Achmea*, anche qualora il lodo sia stato reso a seguito di un procedimento arbitrato vertente su un BIT intra-UE. Può, infatti, accadere che l'esecuzione venga richiesta in un paese non facente parte dell'UE, sicché i tribunali nazionali competenti per il riconoscimento o l'esecuzione non saranno vincolati dal diritto UE. Poiché, dunque, il giudice nazionale in questione non è vincolato dal diritto dell'UE, né dell'interpretazione che di tale diritto ha fornito la CGUE, né da *Achmea* e dalle sue conseguenze, potrebbe ben accadere che argomentazioni alla base della carenza di giurisdizione non siano prese in considerazione ovvero il

---

<sup>261</sup> Tale conclusione appare plausibile considerando, prima di tutto, la configurazione del sistema di gerarchia delle fonti all'interno dell'ordinamento giuridico dell'UE: posto che, a prescindere da *Achmea*, la primauté del diritto euro-unitario fa sì che il diritto euro-unionale sia prevalente non solo sul diritto nazionale, ma anche su altri trattati internazionali (cfr. CGUE, *Matteucci v. Communauté française de Belgique*, Case 235-87, 1988, ECR 5589; CGUE, *Exportur v. LOR*, Case C-3/91, 1992, ECR I-5529; CGUE, *Commission v. Germany*, Case C-546/7, 2010, ECR I-43, il giudice di uno Stato membro dell'UE può legittimamente rifiutarsi di applicare l'art. 54 della Convenzione ICSID.

<sup>262</sup> Come osservano A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., pp. 692-693 e spec. nt. 112, tale opzione non è implausibile, considerato quanto è stato già fatto per le diverse decisioni rese sul caso *Micula v. Romania*, in cui i ricorrenti hanno cercato di far rispettare un lodo ICSID contro lo Stato dentro e fuori l'UE. Nonostante l'articolo 54 della Convenzione ICSID, i tribunali competenti dell'UE hanno sospeso il procedimento di esecuzione in considerazione di un potenziale conflitto con le norme UE sugli aiuti di Stato.

<sup>263</sup> In questa prospettiva, si evidenzia come in qualsiasi procedura di annullamento o di esecuzione che abbia luogo nell'UE, i giudici degli Stati membri possono pronunciarsi sulla corretta applicazione del diritto UE nel caso di specie e rimettere la questione, se necessario, alla Corte di Giustizia, sicché non può certamente ritenersi che l'arbitrato sia davvero impermeabile rispetto alla giurisdizione dell'Unione

<sup>264</sup> V. J. DAHLQUIST, *Swedish Court Declines to Enforce an ICSID Award, but on EU Law Grounds Without Addressing Question of Post-Achmea Validity of Intra-EU BITs*, in *Investment Arbitration Reporter*, 5 febbraio 2019; N. LAVRANOS, *A new Micula-type case on the horizon?*, in *Practical Law arbitration Blog*, 25 gennaio 2018; P. PASCHALIDIS-W. SADOWSKI, *EU countries to cancel BITs post-Achmea*, 17 January 2019, che avevano già evidenziato il pericolo subito dopo *Achmea*.

giudice nazionale non le ritenga validamente utilizzabili ai fini dell'annullamento del lodo o del diniego di riconoscimento o di esecuzione.

Per cui gli investitori potranno continuare a richiedere esecuzione delle sentenze al di fuori dell'UE – come accaduto per i lodi *Masdar*, *Novenergia II* e *Antin*, oggetto di un procedimento esecutivo nel Distretto di Columbia – dato che difficilmente le corti extra-UE riterranno il diritto dell'Unione rilevante e men che meno prevalente. Ciò potrebbe, all'evidenza, dar luogo a fenomeni di *forum shopping* per l'esecuzione dei lodi che non solo consentirebbero un'elusione della disciplina dettata dall'Accordo per lo spazio giuridico europeo, ma rimetterebbero all'aleatoria valutazione dei giudici nazionali la decisione se riconoscere o meno cittadinanza al sistema di risoluzione ISDS, con grave pregiudizio per la certezza dei diritti degli investitori.

### **5.3. Le inefficienze del nuovo quadro rimediale per la tutela dell'investitore.**

In definitiva, quanto ai procedimenti arbitrali pendenti, l'Accordo pone gli investitori di fronte ad una pluralità di alternative, ciascuna delle quali, per parte sua, presenta dei profili di criticità<sup>265</sup>.

Infatti, gli investitori possono scegliere di: *a*) continuare l'arbitrato ISDS ed affrontare il rischio (incrementato, post *Achmea*) di non ottenere alcuna esecuzione; *b*) optare per la procedura di composizione, che probabilmente offre scarse possibilità di ottenere un risultato<sup>266</sup> o *c*) accedere ai rimedi giudiziari nazionali disponibili contro la misura contestata nel procedimento arbitrale in corso.

Quanto alla prima opzione *a*), si evidenzia come, nonostante l'adozione dell'Accordo in questione, non sempre il tribunale arbitrale (o anche un comitato *ad hoc* dell'ICSID) perverrebbe ad un riconoscimento del difetto di giurisdizione, con contestuale conclusione del procedimento arbitrale pendente ovvero annullamento del lodo arbitrale adottato all'esito di un procedimento arbitrale precedente.

Infatti, anche prima di *Achmea*, diversi tribunali arbitrali non condividevano i rilievi – sovente formulati dalla parte statale – sul difetto di giurisdizione sulla base dell'interpretazione del BIT (o di altra fonte della clausola compromissoria) fornita di volta in volta; se ne deduce che anche adesso non può esservi garanzia che un

---

<sup>265</sup> V. sul punto A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., p. 669, i quali evidenziano come, all'esito delle soluzioni rimediali incorporate nell'Accordo, gli investitori si trovano in una situazione "fork-in-a-road".

<sup>266</sup> V. M. FERMEGLIA-A. MISTURA, *Killing all birds with one stone: Is this the end of Intra-EU BITs (as we know them)*, *EJIL Talks*, 26 Maggio 2020, <https://www.ejiltalk.org/killing-all-birds-wi-th-one-stone-is-this-the-end-of-intra-eu-bits-as-we-know-them>.

tribunale o una corte si dichiarino incompetenti sulla base delle opinioni – prospettate negli atti difensivi – da una delle due parti del BIT. Tant'è vero che, come è stato osservato<sup>267</sup>, tutti i tentativi degli Stati membri di enfatizzare la portata della sentenza *Achmea* davanti ai tribunali arbitrali si sono finora dimostrati infruttuosi: da quando la sentenza *Achmea* è stata emessa, i tribunali arbitrali per gli investimenti hanno costantemente respinto le obiezioni basate su *Achmea*<sup>268</sup>.

Qualora il tribunale arbitrale ritenesse sussistente la propria giurisdizione e pronunciasse un lodo contro uno Stato membro dell'UE, la questione della rilevanza di *Achmea* e dell'Accordo sorgerebbe nella fase di esecuzione del lodo davanti ai tribunali nazionali<sup>269</sup>.

Quanto alla seconda opzione *b*), si ritiene di condividere l'opinione di chi<sup>270</sup> ha sottolineato la ridotta capacità risolutiva dello strumento facilitativo individuato dall'Accordo, sia perché lo Stato coinvolto non ha alcun obbligo di partecipare ai negoziati o di stipulare un accordo transattivo sia perché la stessa pendenza di un procedimento arbitrale è sintomatica dell'esito negativo dei precedenti tentativi di transazione, mediazione e altre forme di soluzioni amichevoli<sup>271</sup>.

Quanto, infine, alla terza opzione disponibile *c*), come si è osservato, la percorrenza della via rimediale interna è comunque subordinata alla disponibilità di strumenti ai sensi del diritto nazionale applicabile.

L'inciso pone alcuni interrogativi, relativi a tre profili.

#### **A) Diritto nazionale applicabile e giudice nazionale munito di giurisdizione.**

In primo luogo, ci si chiede quale sia il **diritto nazionale applicabile** che viene in rilievo e quale sia il **giudice munito di giurisdizione**. L'esatta individuazione del

---

<sup>267</sup> A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., p. 668.

<sup>268</sup> Le obiezioni basate sulla presunta incompatibilità dell'arbitrato intra-UE (fondato sull'art. 26 ECT o sul BIT di volta in volta applicabile) con il diritto dell'UE, sono state respinte sull'assunto che «no legal rule or principle of EU law that would prevent [them] from exercising [their] functions»: cfr *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, lodo, 25 novembre 2015, para. 4.166. Conf. *RREF Infrastructure (G.P.) Limited and RREF PanEuropean Infrastructure Two Lux S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, decisione sulla giurisdizione, 6 giugno 2016; *Novoenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR v. Kingdom of Spain*, SCC No. 2015/063, lodo definitivo, 15 febbraio 2018; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, decisione sulla giurisdizione, 30 aprile 2010; *Charanne B.V. & Construction Investments S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*, SCC No. 2012/062, lodo, 21 January 2016; *Eiser Infrastructure Ltd. and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, lodo definitivo, 4 maggio 2017; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, lodo, 27 dicembre 2016.

<sup>269</sup> Su cui v. *supra*.

<sup>270</sup> V. A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., p. 669.

<sup>271</sup> Si consideri, infatti, che nella maggior parte dei BITs l'avvio di procedimenti arbitrali può essere soggetto a limiti di tempo, sotto forma di “periodi di riflessione” volti a consentire alle parti di ricercare una risoluzione della controversia in via amichevole prima di poter presentare una domanda di arbitrato; ovvero sotto forma di “statuti di limitazione” che precludono l'accesso all'arbitrato dopo che è trascorso un determinato periodo di tempo.



quadro normativo processuale di riferimento è infatti rilevante sia al fine di comprendere quale sia il giudice dinanzi al quale incardinare la controversia, sia al fine di individuare – secondo appunto le regole di diritto interno – quali rimedi sono ancora a disposizione per l’investitore.

Sul punto, gli Stati membri nell’Accordo si limitano a prevedere una generale garanzia di effettività della tutela, che tutti gli Stati membri sarebbero chiamati ad assicurare agli investitori<sup>272</sup>, ma nulla si specifica in ordine all’ordinamento processuale da prendersi a riferimento.

In generale, si ritiene che il giudice munito di giurisdizione debba essere lo stesso giudice che sarebbe stato competente se la procedura arbitrale non fosse mai stata attivata, da individuarsi applicando gli ordinari criteri di individuazione della *lex processus* secondo le norme di diritto internazionale applicabili<sup>273</sup>.

Se dovesse ritenersi che il giudice nazionale competente fosse quello dello Stato ospitante, ne conseguirebbero rischi di forte ineffettività della tutela. Infatti, una siffatta impostazione, sebbene maggiormente rispondente ai generali criteri di allocazione della giurisdizione in forza della disciplina di diritto internazionale privato processuale, appare fortemente svantaggiosa per l’investitore: sia perché si troverebbe ad incardinare una controversia in un’ordinamento giuridico straniero, con tutte le difficoltà che ne derivano in termini di maggiori oneri; sia perché – anche se l’art. 19, par. 1, secondo comma, TUE dovrebbe scongiurare i rischi di disparità di trattamento tra investitori stranieri e investitori “domestici” dello Stato ospitante – non è detto che le regole processuali interne dello Stato ospitante assicurino sempre e comunque una tutela effettiva, anche alla luce delle eventuali preclusioni intervenute<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> Si prevede infatti che gli Stati membri sono tenuti, a norma dell’articolo 19, par. 1, secondo comma, TUE, a stabilire rimedi giurisdizionali appropriati per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva per i diritti degli investitori ai sensi del diritto dell’Unione. In particolare ogni Stato membro deve garantire che i propri organi giurisdizionali, ai sensi del diritto dell’Unione, soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva (CGUE, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, par. 31-37). Inoltre si prevede che alla luce delle conclusioni del Consiglio ECOFIN dell’11 luglio 2017 gli Stati membri e la Commissione intensificheranno senza ritardo le loro discussioni nell’intento di meglio garantire una tutela piena, forte ed effettiva degli investimenti all’interno dell’Unione europea. Tali discussioni avranno ad oggetto anche gli attuali processi e meccanismi di risoluzione delle controversie, nonché la necessità di creare appositi nuovi strumenti e meccanismi o di migliorare quelli attualmente disponibili ai sensi del diritto dell’Unione e, qualora tale necessità venga accertata, i mezzi idonei a tal fine. (pp. 2-3 Accordo).

<sup>273</sup> In astratto, potrebbero essere competenti i giudici dello Stato ospitante sulla base dei seguenti criteri: 1) foro del luogo in cui viene eseguito l’investimento, sulla base del luogo di conclusione/esecuzione del contratto; 2) foro della parte convenuta in giudizio (sempre Stato, perché la legittimazione all’azione è ristretta all’investitore); 3) luogo della sede secondaria dell’investitore, sulla base del criterio della sede effettiva; 4) prevalenza della parte pubblica, in analogia con criteri interni di competenza che danno prevalenza al foro della PA. *De relato*, la *lex processus* applicabile, anche ai fini dell’individuazione dell’apparato rimediale ancora a disposizione, sarebbe quello dello Stato ospitante.

<sup>274</sup> Il tema sarà affrontato subito *infra* nel testo.

Alla luce di tali considerazioni, appare opportuno prevedere una soluzione maggiormente favorevole per l'investitore straniero: potrebbero essere competenti i giudici dello Stato di nazionalità dell'investitore, sulla base del criterio della tutela di quest'ultimo. In altri termini, in considerazione dell'evidente squilibrio di posizioni tra lo Stato e l'investitore straniero, la soluzione ermeneutica da privilegiarsi è quella di intendere quale "diritto nazionale applicabile" quello dello Stato dell'investitore, e di radicare la *potestas iudicandi* in capo al giudice di tale ultimo stato, con conseguente applicazione della *lex processus* ivi prevista.

### **B) Rimedi esperibili dall'investitore, preclusioni processuali, prescrizione.**

In secondo luogo, si pone il problema di individuare quali **rimedi sono ancora utilmente attivabili dall'investitore straniero**. Una volta individuato il foro competente, e dunque il diritto nazionale applicabile, occorre valutare se la *lex processus* consenta ancora l'esperimento di rimedi interni.

Può anzitutto osservarsi che l'angolo di visuale da cui viene affrontato il problema nell'Accordo è quello della sussistenza di preclusioni processuali, ove si prevede *expressis verbis* che sono inapplicabili i termini processuali per la proposizione dell'azione dinanzi ai giudici nazionali; nulla si dice, però, con riguardo alla prescrizione del diritto<sup>275</sup>.

L'Accordo (art. 10) si limita a prevedere che i termini previsti dall'ordinamento nazionale per accedere ai giudici nazionali si considerano a decorrere dalla data in cui l'investitore rinuncia al procedimento arbitrale pendente<sup>276</sup>, e hanno la durata prescritta dal diritto nazionale applicabile (art. 10, par. 2).

Sono possibili diverse soluzioni ermeneutiche.

Secondo un primo approccio, si potrebbe interpretare in senso ampio l'espressione "termini previsti dall'ordinamento nazionale per accedere ai giudici nazionali", come comprensiva non solo della decadenza ma anche della prescrizione.

Questa interpretazione può essere seguita considerando che se non si considerasse incluso anche il termine di prescrizione, verrebbe meno l'effettività della tutela e verrebbe svuotata di significato la stessa previsione della salvezza dei termini.

Resta tuttavia dubbio se la salvezza degli effetti processuali della domanda arbitrale possa riferirsi solo ad un effetto interruttivo della prescrizione, o coinvolga

---

<sup>275</sup> Si precisa che il termine di prescrizione che viene qui in rilievo è quello previsto dalla legislazione sostanziale e/o processuale nazionale che viene ad applicarsi per effetto dell'incardinamento del giudizio dinanzi al giudice domestico, e non anche quello eventualmente previsto in un BIT. Infatti, *ut supra* precisato, presupposto di operatività dei rimedi giurisdizionali nazionali è l'esclusione – quanto al diritto applicabile – delle disposizioni contenute nei BITs; sicché, i termini di prescrizione da prendere a riferimento non sono quelli – ove previsti – dei BITs, che non possono trovare applicazione.

<sup>276</sup> Ovvero, a seconda dei casi, all'esecuzione di un lodo già reso ma a cui ancora non sia stata data esecuzione o applicazione definitiva e in cui si impegna ad astenersi dal proporre un nuovo procedimento arbitrale.

anche l'effetto sospensivo<sup>277</sup>. In quest'ultimo senso milita la previsione contenuta nell'Accordo stesso, che sembrerebbe riferirsi al "nuovo decorso" dei termini dal momento della rinuncia all'arbitrato o all'esecuzione di un lodo già reso.

Diversamente, se s'intende l'espressione come circoscritta al diritto di agire in giudizio a fronte di termini di decadenza processuali, allora rimarrebbe ineffettiva la tutela per l'investitore.

Il problema della prescrizione si pone in considerazione del fatto che, proprio per effetto del venir meno dell'applicazione dei BITs (e di eventuali "statuti di limitazione", tra cui clausole sulla prescrizione, ivi previsti), può ingenerarsi una situazione di incertezza per gli investitori, a fronte di quadri giuridici diversificati quanto al termine di prescrizione<sup>278</sup>.

### **C) Prove precedentemente acquisite o assunte nel procedimento arbitrale.**

In terzo luogo, ci si chiede quale sia il regime applicabile alle prove raccolte nel corso del procedimento arbitrale, considerato peraltro che le regole che presiedono all'istruttoria nei diversi procedimenti arbitrali internazionali sono sovente diverse rispetto a quelle contemplate dalle legislazioni processuali nazionali<sup>279</sup>.

Al di là della questione compatibilità dei mezzi di prova assunti nel corso del procedimento, la risposta dipende da come si inquadra l'effetto dell'Accordo sui procedimenti pendenti, in termini di estinzione, e quale sia il regime degli atti precedentemente compiuti.

## **5.4. Critiche alla decisione *Achmea* tra regole sostanziali e regole processuali.**

L'intera vicenda *Achmea*, e tutte le sue successive evoluzioni, assume rilievo, ai fini della nostra indagine, sotto un duplice profilo.

Sotto il profilo sostanziale, in quanto la tutela dell'investitore è assunta a vessillo della battaglia della Commissione Europea (e della CGUE) contro il sistema di

---

<sup>277</sup> L'effetto permanente dell'interruzione del decorso della prescrizione, descritto nel nostro ordinamento dall'art. 2945, comma 2, c.p.c., si estende anche alla domanda arbitrale.

<sup>278</sup> Può ipotizzarsi, con riferimento all'ordinamento giuridico italiano, che il termine di prescrizione applicabile sia quello per la responsabilità extracontrattuale dello Stato italiano verso gli investitori stranieri: venendo meno la base pattizia costituita dai BITs intra-UE, non sarebbe a rigore possibile invocare una forma di responsabilità contrattuale; inoltre, di solito gli investitori promuovono azioni di responsabilità verso gli Stati ospitanti che abbiano adottato misure lesive dei loro diritti sostanziali, per come erano previsti dai BITs (e ora solo dalle altre fonti applicabili, ferma la clausola di impregiudicatezza dei diritti sostanziali degli investitori contenuta nel Considerando dell'Accordo).

<sup>279</sup> Per l'arbitrato ICSID, la disciplina delle prove, distinta a seconda che si tratti di "written procedure" o di "oral procedure", è contenuta nel Capitolo IV delle *Arbitration Rules*.

giustizia arbitrale ISDS, sicché l'intreccio delle norme sostanziali e processuali è particolarmente intenso: la scelta dell'*instrumentum processuale* ha significative conseguenze sul piano della tutela sostanziale; d'altro canto, sulla scorta della tutela sostanziale si afferma il difetto di *potestas iudicandi* degli arbitri.

Sotto il profilo processuale, si osserva che le conseguenze dell'impostazione europea sul tema ISDS investono l'istituto arbitrale dall'inizio alla fine della procedura: dalla questione della *potestas iudicandi* degli arbitri – che si ricollega al tema della validità della convenzione di arbitrato – alla questione del perimetro del sindacato del giudice nazionale sul lodo arbitrale reso in materia di controversie sugli investimenti.

Invero, come è stato osservato anche dai primi commentatori della vicenda *Achmea*, non sembra che la tutela dei diritti sostanziali dell'investitore verrebbero ad essere frustrati dal (mantenimento del) sistema di giustizia arbitrale ISDS in sé. In primo luogo, non pare potersi affermare che il diritto dell'UE a tutela degli investitori non possa trovare applicazione anche se la controversia viene decisa dagli arbitri, e ciò in ragione della considerazione che – quantomeno in Italia – il sistema di rimedi avverso il lodo arbitrale potrebbe comunque assicurare un adeguato livello di tutela, consentendo la *compliance* con il diritto sostanziale unionale.

Il tema è se le norme dell'ordinamento giuridico interno consentano un controllo – in sede di esecuzione o di annullamento del lodo – sul rispetto delle norme dell'UE, ed in particolare quelle a tutela dell'investitore.

Qui viene in rilievo non solo l'ordine pubblico “processuale unionale”, ma l'ordine pubblico “sostanziale unionale”: assume allora centralità la possibilità di qualificare le norme a tutela dell'investitore come norme di ordine pubblico (di protezione), analogamente a come avvenuto per la disciplina protezionistica del consumatore.

La questione è rilevante in quanto nel novero del concetto di ordine pubblico si tende oggi a far rientrare anche il rispetto delle fondamentali norme di diritto dell'Unione europea<sup>280</sup>. Se le norme a tutela degli investimenti possono essere qualificate come norme di ordine pubblico unionale<sup>281</sup>, allora si comprende bene come le statuizioni della Corte di Giustizia rese nel caso *Achmea* sul punto possano essere prive di riscontro non solo pratico, ma anche teorico, posto che sarebbe

---

<sup>280</sup> V. in tal senso O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, *passim*.

<sup>281</sup> Tale approccio ribalterebbe la prospettiva adottata dalla Commissione Europea nella sua Comunicazione sugli investimenti stranieri diretti (COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni - Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi fondamentali*, Bruxelles, 13.9.2017 COM(2017) 494 final, disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0494&from=SL>) ove invece si pone il tema della promozione degli investimenti esteri in bilanciamento con la sicurezza e l'ordine pubblico, anche se quest'ultimo verosimilmente inteso come ordine pubblico sostanziale.

comunque possibile per il giudice nazionale – e, *de relato* mediante il meccanismo del rinvio pregiudiziale, anche per il giudice europeo – verificarne il corretto rispetto e la corretta applicazione da parte degli arbitri quali norme prevalenti.

In questo modo, la tutela dell'ordine pubblico di protezione sostanziale degli investitori non entrerebbe in collisione con l'ordine pubblico unionale, ma anzi sarebbe attuato nelle pronunce arbitrali – come *lex* sostanziale da applicarsi – e nei successivi eventuali fasi di esecuzione o gradi di annullamento.

Quanto ai giudizi arbitrali, può infatti osservarsi che comunque non è preclusa agli arbitri la facoltà di applicare il diritto dell'UE, così come applicano qualsiasi forma di diritto nazionale: se, dunque, la prospettiva è quella di tutelare l'ordine pubblico (di protezione) sostanziale degli investitori – ordine che il giudice di Lussemburgo ha ritenuto di dover presidiare mediante una lettura interpretativa delle regole processuali sul sistema ISDS “annichilente” – non vi sono ostacoli a che i diritti sostanziali riconosciuti dal diritto unionale agli investitori stranieri possano trovare adeguato riconoscimento nelle pronunce dei tribunali arbitrali<sup>282</sup>.

Peramangono, tuttavia, alcune perplessità in ordine sia alla *legitimate expectation* degli investitori e alla tutela dei diritti sostanziali degli stessi, sia all'assenza di meccanismi di raccordo *ex ante* tra i tribunali arbitrali e i giudici degli Stati membri UE.

Sotto il primo profilo gli investitori, può osservarsi che avendo l'investimento avuto inizio prima del Trattato di Lisbona, hanno intrapreso il proprio *business* nella convinzione, tutt'ora legittima, di poter ricevere una specifica ed adeguata tutela per la propria attività economica e non percepiscono un'adeguata tutela dinanzi ai giudici nazionali.

Tale aspetto non è stato debitamente preso in considerazione dalle Istituzioni europee e dagli Stati membri firmatari dell'Accordo, i quali si preoccupano – solo incidentalmente – di considerare i diritti sostanziali degli investitori.

Infatti, nei “Consideranda” si prevede che l'Accordo lasci impregiudicata la questione della compatibilità con i trattati dell'UE delle disposizioni sostanziali contenute nei trattati bilaterali di investimento interni all'Unione: di talché sembrerebbe che i diritti sostanziali riconosciuti permangano<sup>283</sup>, anche se non è chiaro come potrebbero attuati posto che, quantomeno nell'alternativa processuale

---

<sup>282</sup> *Mutatis mutandis*, anche la stessa Corte di Lussemburgo, nel già richiamato Parere 1/17 della Corte (Seduta Plenaria) del 30 aprile 2019 ha riconosciuto che non può considerarsi pregiudizievole all'efficacia del diritto UE e al ruolo della Corte di Giustizia l'esistenza dell'Investment Court System previsto dal Comprehensive Economic Trade Agreement tra UE e Canada (CETA).

<sup>283</sup> La Commissione Europea, per parte sua, all'indomani della sentenza *Achmea*, aveva sottolineato nella già menzionata comunicazione sulla Tutela degli investimenti intra-UE, il carattere adeguato della normativa dell'Unione e aveva fatto il punto dei diritti che gli investitori possono ricavare dal diritto dell'Unione a tutela dei loro investimenti: v. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio “Tutela degli investimenti intra-UE”*, COM(2018) 547 final, 19 luglio 2018, disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=IT>.

(all'arbitrato) costituita dal ricorso al giudice nazionale, si esclude *expressis verbis* che nel diritto applicabile rientri anche il diritto dei BITs estinti (art. 10, par. 3, Accordo).

Il paradosso è che le soluzioni adottate a livello europeo per garantire una protezione giuridica efficace del diritto degli investitori nel diritto dell'Unione rischiano invece di frustrare le aspettative di effettività della tutela processuale. Invece, il principio di effettività della tutela avrebbe richiesto una valorizzazione della originale scelta degli investitori sullo strumento arbitrale al fine di risolvere le controversie di investimento, ma né *Achmea* né il successivo *Termination Agreement* paiono dedicare sufficiente attenzione al punto<sup>284</sup>.

Sotto il secondo profilo, il controllo sulla corretta applicazione del diritto UE è solamente *ex post*: benché, come sopra evidenziato, non vi siano ostacoli in teoria all'applicazione del diritto unionale da parte degli arbitri internazionali, non vi è alcuna garanzia che ciò si verifichi e il controllo da parte dei giudici nazionali degli Stati membri è solo eventuale e successivo. In altri termini, manca un meccanismo di coordinamento *ex ante* che consenta di risolvere una controversia di investimento secondo l'ordinamento giuridico euro-unitario.

Nel frattempo, gli investitori che partecipano a procedimenti arbitrali pendenti versano in una condizione di profonda incertezza, e l'unica forma di tutela rispetto alle conseguenze di *Achmea* consiste nel sostenere – in via di eccezione, in sede di annullamento del lodo richiesto dalla parte statale o in via diretta in sede di richiesta di esecuzione del lodo – che l'applicazione retroattiva dell'interpretazione di *Achmea* del diritto comunitario agli arbitrati pendenti è contraria al diritto internazionale e/o che il tribunale o la corte non dovrebbero applicare l'Accordo di estinzione ai casi specifici sottoposti alla loro attenzione. Ma anche in tali casi l'esito è alquanto aleatorio. Infatti, può ben accadere che il tribunale nazionale adito opti per la non validità del procedimento arbitrale originario e annulli il lodo o rigetti l'esecuzione sulla base delle considerazioni di mancanza della potestas iudicandi degli arbitri. Nelle prospettive maggiormente rosee, invece, è riconosciuto agli investitori "lesi" dal *dictum Achmea* e dalle successive evoluzioni un risarcimento per equivalente<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> Si condividono le osservazioni di chi ha evidenziato che «*In Achmea, the CJEU was concerned exclusively with EU governance issues [...] It failed to consider the position of investors. [...] The Termination Agreement purportedly removes rights that were previously granted to investors through the BITs, without, at the same time, proposing a replacement mechanism that can provide similar or equivalent protection. What is completely disregarded here is the protection of investors who have already made investments in reliance on a treaty, which had already been concluded, had come into force, had bestowed rights and in reliance of which investments have been made*»: così A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, cit., pp. 703-704.

<sup>285</sup> V. in tal senso J.I. BLANCK, *European Union Member States Sign Treaty to Terminate Intra-EU Bilateral Investment Treaties*, in *ASIL Insights*, vol. 24, Issue 18, 15 July 2020, disponibile al seguente link: <https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/18/european-union-member-states-sign-treaty-terminate-intra-eu-bilateral>.

In un'ottica di lettura secondo l'analisi economica del diritto, l'assetto del sistema di risoluzione delle controversie Stato-investitore risulta pertanto inefficiente, perché la variabile "tutela processuale" dei propri diritti sconta un tasso di aleatorietà troppo elevato per consentire un'efficiente allocazione delle risorse economiche tra le parti in gioco.

Per restituire un maggior grado di efficienza al sistema, occorre dunque individuare un meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie ragionevolmente disponibile e che assicuri l'originario equilibrio nella posizione delle parti.

### **5.5. Alternative all'arbitrato internazionale nello spazio giuridico europeo.**

La Commissione Europea ha sempre sostenuto che l'arbitrato fosse uno strumento processuale inadeguato per un'adeguata tutela degli investitori in quanto non consentiva l'applicazione diretta del diritto dell'UE, che invece era più garantista del diritto internazionale quanto alle posizioni degli investitori.

Tuttavia, alla luce dei mutamenti in atto nella disciplina dell'arbitrato Stato-investitore in materia di investimenti, sono state avanzate perplessità circa la capacità dell'attuale sistema di assicurare una tutela effettiva degli investitori.

Le suesposte questioni sulla giurisdizione arbitrale coinvolgono in generale la necessità di coordinamento tra il sistema giudiziario dell'UE e il sistema di arbitrato degli investimenti, ai fini di una protezione giudiziaria efficace, della certezza del diritto e della prevedibilità.

Si osserva che né la sentenza *Achmea* né il *Termination Agreement* propongono un meccanismo di protezione sostitutivo che fornisca una protezione simile o equivalente a quello assicurato dal tradizionale sistema ISDS. Ciò pone gli investitori europei in una posizione di svantaggio rispetto agli investitori extracomunitari, che continuano a godere della protezione offerta dai BITs o da altri accordi internazionali sugli investimenti.

La dottrina internazionalista ha scongiurato la possibilità di ricorrere a meccanismi di risoluzione delle controversie Stato-investitore straniero a carattere interstatale<sup>286</sup>, sia per le implicazioni che comporterebbe sul piano delle responsabilità internazionali ed europee degli Stati coinvolti<sup>287</sup>, sia perché in

---

<sup>286</sup> V. in argomento P. GOLDSMITH-B. YIN, *Intra-EU BITs: Competence and Consequences*, cit., p. 241; G. SACERDOTI, *Alternative all'arbitrato degli investimenti: protezione diplomatica e arbitrato interstatale*, in *Trattato di Diritto dell'Arbitrato. L'Arbitrato negli investimenti internazionali*, a cura di D. MANTUCCI, Vol. XIII, 2020, p. 1 ss.

<sup>287</sup> V. J. SCHEU-P. NIKOLOV, *The Setting Aside and Enforcement of Intra-EU Investment Arbitration Awards after Achmea*, cit., p. 269, i quali sottolineano che gli investitori potrebbero richiedere al loro Stato di appartenenza di avviare una composizione delle controversie interstatali dinanzi alla CIG ai sensi dell'art. 27(1) o 64 della Convenzione ICSID, ma poiché lo Stato di origine sarà è anche vincolato dal diritto dell'UE (e dall'interpretazione fornita dalla CGUE), la strada

definitiva inadeguati ad assicurare una diretta partecipazione degli investitori che si assumono essere stati lesi.

Negli ultimi anni, il sistema ISDS ha innescato diversi problemi legati alla mancanza o alla limitata legittimità, consistenza e coerenza dei meccanismi di arbitrato degli investimenti, così come l'assenza della possibilità di revisione dei lodi. Soprattutto, la mancanza di comunicazione giudiziaria tra i tribunali internazionali incide sull'efficacia del sistema ISDS, e in particolare, per quanto riguarda le questioni intracomunitarie, l'assenza di un meccanismo che permetta di risolvere una controversia di investimento secondo l'ordine giudiziario dell'UE<sup>288</sup>. Se i tribunali arbitrali non possono essere qualificati come "giudice a quo" in grado di sollevare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea<sup>289</sup>, si dovrebbe trovare un altro canale di comunicazione.

Il meccanismo di coordinamento non può essere ricercato nello *stare decisis*, per due ordini di ragioni.

Anzitutto in quanto – considerato che l'ISDS è un sistema giudiziario omogeneo – non esiste una relazione gerarchica tra i tribunali arbitrali nell'arbitrato sugli investimenti. Anche a voler ammettere che trovi spazio la dottrina del precedente, il dovere dei tribunali arbitrali di considerare i precedenti sarebbe limitato allo *stare decisis* orizzontale<sup>290</sup>.

Inoltre, appare difficile parlare di precedenti nella relazione tra sistemi giudiziari eterogenei – in questo caso, il sistema ISDS e il sistema giudiziario europeo – che sono indipendenti l'uno dall'altro, hanno radici e legittimità autonome e hanno una diversa portata oggettiva e soggettiva.

La riforma del sistema di risoluzione delle controversie sugli investimenti può essere realizzata a tre livelli e attraverso tre diversi tipi di approccio all'innovazione<sup>291</sup>.

### **1. Approccio sistemico.**

Il primo tipo di approccio è quello della riforma sistemica perseguita dagli Stati membri come linea d'azione comune condotta sotto l'egida dell'Unione Europea.

---

appare difficilmente percorribile, oltre che esporre lo Stato di appartenenza a possibili infrazioni per la violazione del dovere di leale cooperazione sancito dall'art 4(3) TUE.

<sup>288</sup> Come si è visto, attualmente vi sono meccanismi di coordinamento tra la giurisprudenza arbitrale e la giurisprudenza euro-unitaria che possono essere assicurati – sebbene in via successiva – mediante i poteri riconosciuti al giudice nazionale intra-UE; tuttavia, tali poteri sono limitati, sia perché – come più volte ribadito – operano con riguardo all'annullamento e all'esecuzione solo per l'arbitrato non ICSID, mentre per l'arbitrato ICSID la loro attivazione dipende dal giudice della sola esecuzione; sia perché consentono un controllo solo successivo ed eventuale, come si dirà meglio nel testo.

<sup>289</sup> V. *Achmea*, cit.

<sup>290</sup> V. G. ZARRA, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, Torino, 2016, pp. 31-32.

<sup>291</sup> Sia consentito il rinvio a A. SIGNORELLI, *The Intra-EU Investment Dispute Settlement After Achmea: Towards an Integrated Model of Justice*, in *2019 ESIL Annual Conference*, Atene, 24 maggio 2020, disponibile al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3609561>.



Qui l'innovatore – l'Unione europea – gestisce le redini di due meccanismi per generare sostegno al nuovo approccio: potere e persuasione<sup>292</sup>.

Una riforma condotta secondo un approccio sistemico sarebbe la proposta più congeniale per l'ordinamento giuridico dell'UE, poiché alla luce delle conclusioni del Consiglio ECOFIN dell'11 luglio 2017, è molto probabile che gli Stati membri e la Commissione europea intensifichino le discussioni con l'obiettivo di garantire meglio una protezione completa, forte ed efficace degli investimenti nell'Unione Europea. Le considerazioni si indirizzeranno verosimilmente nel senso della valutazione dei processi e dei meccanismi esistenti di risoluzione delle controversie, nonché sulla necessità e sui mezzi per creare nuovi strumenti e meccanismi di risoluzione esistenti nel diritto dell'Unione o per migliorarli.

Questo approccio potrebbe portare a due diverse opzioni di riforma.

La prima opzione è stata proposta dalla Commissione Europea per sostituire l'arbitrato investitore-stato con una Corte multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti e una (corte interna) d'appello. A tal proposito, la "*Recommendation for a Council Decision*" del 13 luglio 2017<sup>293</sup> prevede questo sistema dualistico basato su una convenzione adottata sotto l'UE, poiché il progetto di un tribunale multilaterale, nonostante la sua vocazione universale, è funzionale al suo utilizzo nel quadro UE.

L'istituzione di un tribunale multilaterale per gli investimenti potrebbe eliminare alcuni svantaggi dell'attuale sistema ISDS; per contro, si andrebbe incontro a rischi di carattere politico e giudiziario di diversa consistenza e natura<sup>294</sup>, tuttavia questa soluzione potrebbe essere osteggiata da altri partner del sistema d'investimento e da gruppi economici che hanno approfittato dell'attuale sistema flessibile ISDS. Inoltre, la Convenzione non prevede norme sul trattamento degli investitori stranieri, ma si limita ad alcune disposizioni volte all'istituzione della Corte.

Se così fosse, gli Stati dovrebbero rinegoziare i trattati di investimento esistenti con clausole arbitrali specifiche che prevedano la *potestas iudicandi* della Corte, perché l'istituzione della Corte senza regolazione della giurisdizione non ha alcun effetto. Alla luce delle perplessità manifestate dalla dottrina, si è ritenuto che la transizione da un regime estremamente frammentato a un regime multilaterale e unificato può essere meglio attuata con un'opzione più appropriata, *i.e.* l'istituzione di una Corte

---

<sup>292</sup> V. A. ROBERTS, *Incremental, systemic, and paradigmatic reform of investor-State arbitration*, in *American Journal of International Law*, 112(3), pp. 421-422. L'a. sottolinea la necessità di costituire una coalizione internazionale per l'attuazione della riforma, in quanto l'innovatore da solo non sarebbe in grado di provvedervi unilateralmente.

<sup>293</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *The Recommendation for a Council Decision, Authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes* adopted by the European Commission on 13 July 2017, disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0493&from=IT>.

<sup>294</sup> V. in argomento S. DI BENEDETTO, *La proposta europea di una Corte multilaterale sugli investimenti: tra critiche all'attuale sistema di ISDS e rischi di future inefficienze*, in *Federalismi.it*, 6, 2018, pp. 13-17.

d'appello multilaterale<sup>295</sup>. In questo modello la giurisdizione per le controversie investitore-Stato è ripartita tra i tribunali arbitrali esistenti, che manterrebbero il loro ruolo di tribunale di prima istanza, e la Corte d'appello multilaterale per come prevista da una specifica convenzione multilaterale.

Questa soluzione alternativa sembra essere maggiormente *suitable* nel contesto del diritto internazionale degli investimenti poiché permette di mantenere l'attuale sistema di tribunali arbitrali misti e, allo stesso tempo, garantisce che i lodi arbitrali siano conformi al diritto comunitario.

Il modello dualistico proposto ha molti vantaggi perché la struttura di un nuovo sistema di risoluzione delle controversie investitore-Stato assicurerebbe l'effettività delle decisioni, grazie alla decentralizzazione dei tribunali arbitrali di prima istanza e la centralizzazione dei meccanismi di revisione da parte della Corte d'appello multilaterale.

Di conseguenza, le decisioni arbitrali sarebbero più prevedibili e uniformi. Infatti, l'idea di un unico organo di appello potrebbe significativamente rafforzare il diritto degli investimenti dal punto di vista sostanziale e procedurale, assicurando l'uniforme e coerente interpretazione e applicazione del diritto degli investimenti, oltre ad assicurare un adeguato bilanciamento degli interessi e dei valori in gioco. Occorrerebbe poi assicurare i fondamentali requisiti di indipendenza dei giudici d'appello e della trasparenza dei procedimenti d'appello, mediante la predisposizione di regole procedurali *ad hoc*<sup>296</sup>.

In definitiva, l'istituzione di un organo multilaterale sarebbe la chiave di volta per la mancanza di comunicazione tra la CGUE e i tribunali arbitrali e potrebbe

---

<sup>295</sup> La proposta di un nuovo modello di BIT italiano prevede una clausola (nella parte relativa alla risoluzione delle controversie Stato-investitore, all'art. XII c. 6) che si riferisce, sullo stesso piano, sia all'ipotesi di tribunale multilaterale degli investimenti che a quella di un meccanismo multilaterale: v. in argomento M.C. MALAGUTI-A. PIETRANGELI-M. SILVI, *Why and how to upgrade the Italian model BIT*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2017, p. 389 ss., con l'allegato contenente la proposta di un nuovo modello italiano di Trattato bilaterale d'investimento.

<sup>296</sup> Verosimilmente mutuata da quelle già previste, per il tribunale multilaterale in materia di investimenti, nell'Allegato alla *Recommendation for a Council Decision* del 2017. L'Allegato in questione prevede infatti un pacchetto di norme volte a garantire l'indipendenza dei giudici e la trasparenza procedurale. In particolare, l'indipendenza della Corte dovrebbe essere garantita richiedendo ai giudici requisiti severi per quanto riguarda le loro qualifiche, l'indipendenza e l'imparzialità, prevedendo regole etiche di comportamento e meccanismi di contestazione dei provvedimenti interinali e ordinatori, nonché assicurando una remunerazione permanente ai membri della corte. Inoltre, i componenti della Corte dovrebbero essere nominati per un periodo di tempo fisso, lungo e non rinnovabile e godere della sicurezza del loro mandato, e dovrebbero essere nominati attraverso un processo obiettivo e trasparente (punto 9). I procedimenti davanti al tribunale multilaterale dovrebbero essere condotti in modo trasparente, inclusa la possibilità di presentare interventi di terze parti. Inoltre, è consentito l'utilizzo delle regole e degli *standard* previsti dalle regole *UNCITRAL Rules on Transparency for treaty-based investor-State arbitration*. V. *ANNEX to the Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes*, available at [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:df96826b-985e-11e7-b92d-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:df96826b-985e-11e7-b92d-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_2&format=PDF).

permettere ai tribunali internazionali di cooperare per un modello integrato di giustizia nelle controversie sugli investimenti.

Vale la pena notare che la proposta di una riforma sistematica non è necessariamente in contrasto con la decisione degli Stati membri di eliminare i BITs intra-UE. Infatti, l'Accordo di estinzione dei BITs del 2000 prevede solo misure temporanee, che inoltre si applicano solo ai procedimenti arbitrali in corso e non a quelli futuri. Pertanto, l'istituzione di una corte d'appello multilaterale potrebbe essere una buona riforma da intraprendere nel contesto (e a valle) dell'Accordo medesimo.

Questa riforma sistemica richiede uno sforzo collettivo degli Stati membri sotto la supervisione dell'Unione europea per ottenere un coordinamento formale.

## **2. Approccio basato sulla *cross-fertilization*.**

Il secondo tipo di approccio si basa sulla cosiddetta *cross-fertilization* e coinvolge direttamente i giudici (tribunali arbitrali, corti europee e nazionali), che sono chiamati a trovare e utilizzare nelle loro decisioni *escamotages* per evitare possibili contrasti tra ordinamenti (internazionale, europeo e nazionale). Tale approccio è stato sperimentato e incoraggiato da parte della dottrina internazionalistica, che ha evidenziato il potenziale dell'impiego di tecniche di "*cross-fertilization*"<sup>297</sup> come strumenti metodologici significativi per creare e rafforzare le decisioni processuali internazionali<sup>298</sup> ovvero il cd. "*taking into account approach*"<sup>299</sup>.

---

<sup>297</sup> V. C. BROWN, *The Use of Precedents of other International Courts and Tribunals in Investment Treaty Arbitration*, in *Transnational Dispute Management*, 3, 2008, sulla "*cross fertilization*" tra tribunali arbitrali sugli investimenti. Tale approccio è anche quello che sembra essere stato adottato dai redattori del CETA come possibile soluzione al problema della coerenza. Infatti l'art. 8(24) del CETA prevede che "[w]here a claim is brought pursuant to this Section and another international agreement and: (a) there is a potential for overlapping compensation; or (b) the other international claim could have a significant impact on the resolution of the claim brought pursuant to this Section, the Tribunal shall, as soon as possible after hearing the disputing parties, stay its proceedings or otherwise ensure that proceedings brought pursuant to another international agreement are taken into account in its decision, order or award".

Cfr. G. ZARRA, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, cit., p. 34, il quale fa riferimento ai casi *El Paso Energy International Co. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, lodo, 31 ottobre 2011, *BP American Production Co. et al. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/8, decisione sulla giurisdizione, 27 luglio 2006, *Pan America Energy LLC and BP Argentina Exploration Co. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/13, decisione sulle eccezioni preliminari, 27 luglio 2006.

<sup>298</sup> V. C. GIORGETTI, *Cross Fertilisation of Procedural Law Among International Courts and Tribunals: Methods and Meaning*, in *Procedural fairness in international courts and tribunals*, a cura di A. SARVARIAN-F. FONTANELLI-R. BAKER-V. TSEVELEKOS, *Law School Journal art UR Scholarship Repository*, p. 223 ss., per un quadro di tecniche specifiche di *cross-fertilization* utilizzate a sostegno di conclusioni specifiche nelle decisioni adottate dai tribunali. L'a. sottolinea che i continui casi di fecondazione incrociata sembrano mostrare anche la formazione iniziale di un diritto processuale internazionale comune applicabile a diverse corti e tribunali internazionali.

<sup>299</sup> V. G. GILBERT, *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2, 2011.

Ai fini dell'indagine che si intende condurre vengono in rilievo tre metodi di "fecondazione incrociata": a) l'applicazione del principio di effettività nell'interpretazione dei trattati; b) l'adozione di un "approccio evolutivo" per l'interpretazione dei trattati che tenga conto dello sviluppo delle relazioni internazionali e del diritto internazionale; c) il riferimento all'art. 31(3)(c) VCLT, che impone ai giudici di considerare – insieme al contesto – ogni norma pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti<sup>300</sup>.

In applicazione di tali metodi, il processo di coordinamento potrebbe permettere di ottenere una protezione efficace per gli investitori, una maggiore certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni.

Nell'impiego di queste tecniche, le possibili soluzioni devono trovare un equilibrio tra la legittima aspettativa degli investitori di accedere a un meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie e la necessità di preservare l'ordine pubblico dell'UE e i principi di autonomia e di prevalenza del diritto dell'Unione.

Si osserva infatti che l'approccio incrociato potrebbe essere un buon antidoto avverso il *deficit* di comunicazione tra i tribunali arbitrali e la CGUE.

Gli strumenti proposti permetterebbero alle corti e ai tribunali internazionali di interpretare i loro statuti e le loro regole prendendo in considerazione pratiche o principi di altre corti e tribunali internazionali. Così facendo, creerebbero una comunicazione incrociata – ma non formalizzata – tra le giurisdizioni.

Tuttavia, il tentativo di creare un dialogo tra ordini giudiziari attraverso questo tipo di approccio sarà probabilmente complesso a causa della varietà ed eterogeneità delle regole procedurali nell'ecosistema dell'arbitrato internazionale, da un lato, e delle regole procedurali nelle corti europee e nazionali, dall'altro.

### **3. Approccio integralista.**

Il terzo approccio esclude la possibilità di allocare la potestas iudicandi in capo a soggetti diversi dai tribunali arbitrali internazionali, e piuttosto si basa su una revisione dei meccanismi di formazione del consenso all'arbitrato, proponendo una riforma intrinseca e strutturale dell'attuale sistema ISDS.

Muovendo dalle cause scatenanti alcuni problemi sistemici dell'arbitrato internazionale e in particolare alle ragioni per cui gli Stati membri dell'UE hanno deciso di porre fine a tutti i trattati intra-UE sugli investimenti, si è osservato che *in nuce* le maggiori criticità riguardano proprio il consenso all'arbitrato.

Come si è già avuto modo di valutare<sup>301</sup>, l'arbitrato internazionale in materia di investimenti è un "*arbitration without privity*", il che implica che quando la

---

<sup>300</sup> V. C. BROWN, *The Use of Precedents of other International Courts and Tribunals in Investment Treaty Arbitration*, cit., pp. 40-52 and C. GIORGETTI, *Cross Fertilisation of Procedural Law Among International Courts and Tribunals: Methods and Meaning*, cit., pp. 237-238.

<sup>301</sup> V. *supra* §3.1.

clausola arbitrale del trattato d'investimento è sottoscritta, solo lo Stato membro ospitante ha dato il suo consenso a sottoporre la controversia agli arbitri, mentre l'investitore presterà il suo consenso alla via arbitrale solo in un momento successivo, *i.e.* quando la controversia insorge<sup>302</sup>.

Il consenso bilaterale all'arbitrato serve come base giuridica per la *potestas iudicandi* degli arbitri su tutte le controversie che possono sorgere dalle violazioni dei diritti e dei doveri riconosciuti nei trattati di investimento.

Ma il divario cronologico tra il consenso statale e quello privato non permette di prendere in considerazione i cambiamenti nell'UE e nell'ordine giuridico internazionale, specialmente dopo il Trattato di Lisbona. In altre parole, le clausole arbitrali originali sono rimaste cristallizzate nei BIT e non hanno seguito gli sviluppi giuridici.

Come possibile soluzione a ciò, gli integralisti<sup>303</sup> propongono una riforma strutturale volta a una revisione della teoria generale del consenso all'arbitrato basata sul "consolidamento progressivo". La riforma potrebbe essere realizzata su un'interpretazione più ampia della nozione di "consenso attuale" richiesto per deferire la controversia all'arbitrato: non solo il consenso deve esistere al momento della firma della clausola arbitrale – *ça va sans dire* –, ma deve anche continuare ad esistere in seguito.

In altre parole, il consenso all'arbitrato dovrebbe essere "attuale" sia per gli investitori che per gli Stati, e dovrebbe essere espresso ogni volta che la singola controversia si presenta. Senza dubbio, gli Stati non possono decidere individualmente di modulare il consenso per ogni singola controversia, altrimenti la protezione degli investitori sarebbe compromessa poiché l'accesso alla giustizia arbitrale sarebbe soggetto all'eventuale scelta arbitrale degli Stati<sup>304</sup>.

Tra i tre proposti, questo modello integralista è quello più esposto al rischio di abuso da parte degli Stati, poiché è probabile che essi possano negare il successivo consenso all'arbitrato. Per evitare questo rischio, le istituzioni arbitrali dovrebbero adottare nuove regole procedurali e predefinire specificamente le condizioni in cui è possibile il successivo<sup>305</sup> rifiuto dello Stato di rinviare all'arbitrato e i casi di responsabilità statale<sup>306</sup>.

---

<sup>302</sup> Si è infatti visto che l'accordo tra la parte pubblica e quella privata per sottomettere le controversie sugli investimenti all'arbitrato si considera totalmente concluso nel momento in cui l'offerta "aperta" dello Stato ospitante segue il consenso – differito – dell'investitore.

<sup>303</sup> V, ancora A. ROBERTS, *Incremental, systemic, and paradigmatic reform of investor-State arbitration*, Cambridge University Press, cit., p. 10.

<sup>304</sup> Infatti, se gli Stati fossero completamente liberi di scegliere se rinviare o meno all'arbitrato, violerebbero le legittime aspettative degli investitori e il principio della protezione giudiziaria effettiva ai sensi dell'art. 6 della CEDU.

<sup>305</sup> Rispetto all'originaria manifestazione di consenso contenuta nel trattato in materia di investimenti o in altre fonti.

<sup>306</sup> Queste regole terrebbero conto della necessità di protezione degli investitori sotto il profilo procedurale, dato che gli Stati non avrebbero alcun interesse a prestare il loro consenso a una controversia sollevata per la presunta violazione dei diritti degli investitori dagli Stati stessi. In altri

Questo approccio all'innovazione favorisce l'armonizzazione procedurale all'interno dell'arbitrato internazionale sugli investimenti, ma richiede uno sforzo collettivo da parte delle istituzioni arbitrali. Certamente, le nuove regole di procedura dovrebbero essere applicate in modo ampio per evitare discriminazioni tra investitori europei e non europei.

I suddetti livelli di riforma sono alternativi e gerarchici. In primo luogo, la riforma del sistema di risoluzione delle controversie investitore-Stato dovrebbe essere sistemica, ma sappiamo che l'innovazione sistemica può richiedere più tempo e sforzo per i partner coinvolti, quindi le tecniche di impollinazione incrociata sviluppate dalle giurisdizioni potrebbero certamente essere utili. Inoltre, entrare in nuovi trattati multilaterali o convenzioni richiede sforzi multilivello, mentre la ridefinizione delle regole di arbitrato potrebbe essere una misura disponibile.

### 5.5.1. Considerazioni conclusive.

Se, da un lato, il venir meno della base giuridica dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti rischia di frustrare le legittime aspettative degli investitori, dall'altro si osserva che vi sono alcuni *deficit* di responsabilizzazione dell'investitore in materia di diritti fondamentali. Sono da condividere le osservazioni di chi<sup>307</sup> ritiene che uno sforzo maggiore potrebbe farsi nella direzione di porre il rispetto dei diritti fondamentali quale obbligo positivo in capo agli investitori, il cui *enforcement* passerebbe per la rimozione di taluni emparse di ordine sia sostanziale sia procedurale.

Sotto il primo profilo, si osserva, che le modifiche al quadro normativo dovrebbero indirizzarsi verso l'inserimento di clausole che rendano direttamente vincolante in capo alle parti la tutela dei diritti fondamentali<sup>308</sup> ovvero clausole che richiamano i *corporate standard*.

Nel primo caso le clausole in esame, se inserite in accordi di investimento, dovrebbero vincolare anche gli investitori, che dunque sarebbero tenuti ad allineare la loro attività agli standard internazionali di tutela dei diritti fondamentali<sup>309</sup>.

---

termini, i riformatori dovrebbero tenere in debita considerazione i possibili rischi di ritornare allo schema tipico della protezione diplomatica (superato dal moderno diritto internazionale degli investimenti).

<sup>307</sup> Così B. CAPPIELLO, *Il diritto europeo degli investimenti. Prospettive per una politica europea sostenibile*, cit., p. 247 ss.

<sup>308</sup> In alcuni accordi sono già presenti tali clausole: si pensi all'art. 73 dell'Accordo di Partenariato tra l'Unione Europea e i Paesi del Gruppo CARIFORUM per il quale gli Stati, per incrementare i flussi di investimento sul proprio territorio, non possono abbassare gli standard posti a presidio dei diritti del lavoratore e dell'ambiente

<sup>309</sup> L'effettività di tali clausole sarebbe assicurata dal fatto che l'investitore continuerebbe a beneficiare delle garanzie del BIT a patto che rispetti l'obbligo di agire in buona fede e nel rispetto dell'ordinamento interno del suo Stato ospitante.

Nel secondo caso, invece, le clausole di richiamo dei *corporate standard (soft law)*, nel momento in cui vengono citate direttamente negli accordi, divengono vincolanti per le parti.

Sotto il secondo profilo, taluni hanno prospettato la possibilità di consentire allo Stato ospitante di poter citare direttamente in giudizio l'investitore che avesse violato una norma interna a presidio dei diritti fondamentali ovvero di prospettare l'esercizio della giurisdizione extraterritoriale civile da parte del Paese di provenienza dell'investitore<sup>310</sup>.

Nella prospettiva di un arbitrato Stato-investitore sostenibile, dunque, gli scenari che si prospettano after Achmea possono essere nella prospettiva per cui gli Stati possano governare "*active player of international community*"<sup>311</sup>.

Conclusivamente, si osserva che recentemente la Commissione Europea ha lanciato una *survey* a sostegno di uno studio sulla protezione e la facilitazione degli investimenti nell'UE<sup>312</sup>, chiedendo agli *stakeholders* di esprimere le loro opinioni sull'attuale sistema intra-UE di protezione degli investimenti, nonché le possibili idee e soluzioni per migliorarlo. I due problemi individuati nella survey in esame riguardano, da un lato, "*an uneven level of investment protection in different Member States that affects investor confidence*" e, dall'altro, "*Concerns about enforcement of rights and effective remedies for cross-border investors*".

Le preoccupazioni della Commissione sul punto costituiscono una tacita ammissione che la protezione degli investimenti nei diritti nazionali degli Stati membri e nel diritto dell'UE non è (ancora) equivalente ai diritti sostanziali e alle forme di protezione tipiche assicurate dai BITs, e che la loro applicazione è in molti casi ancora complicata.

---

<sup>310</sup> Cfr. B. CAPIELLO, *Il diritto europeo degli investimenti. Prospettive per una politica europea sostenibile*, cit., pp. 247-248, la quale ritiene la prima opzione (azione diretta dello Stato ospitante verso l'investitore) poco praticabile soprattutto nei Paesi in via di sviluppo, mentre avalla la seconda sulla scorta della prassi sviluppatasi nella giurisprudenza internazionale (richiamando a tal proposito l'*Advisory Opinion in Environment and Human Rights* emanata dalla Corte Inter-Americana sui diritti dell'Uomo che ha riconosciuto in capo agli Stati l'esistenza di obblighi positivi extraterritoriali con riguardo alla tutela dell'ambiente).

<sup>311</sup> Cfr. W.W. BURKE-WHITE-A.M. SLAUGHTER, *The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)*, in *Harvard International Law Review*, 47, 2006.

<sup>312</sup> *Survey set up to support a study on investment protection and facilitation in the EU* (the "EU Investor Survey"), originariamente al seguente link (e ora non più pubblica): <https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/EUInvestorSurvey>. Lo scopo dello studio è quello di raccogliere dati e prove sui problemi relativi agli investimenti transfrontalieri nell'UE e sul possibile impatto delle opzioni politiche da considerare per far fronte alle riscontrate criticità. L'indagine è progettata specificamente per gli investitori dell'UE impegnati in investimenti transfrontalieri negli Stati membri dell'UE o interessati a impegnarsi in investimenti transfrontalieri ma che non sono stati in grado di farlo a causa di ostacoli specifici.

## Capitolo III

### **L'arbitrato nel settore finanziario e bancario. Il rapporto asimmetrico incumbent-investitore.**

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: gli ADR e il rapporto asimmetrico incumbent-investitore. – 1.1. Tutela dell'investitore tra ADR e giurisdizione ordinaria. – 1.2. Concorso e dialogo tra ADR nel settore bancario e finanziario e funzione giurisdizionale ordinaria. – 1.3. Concorso tra strumenti di risoluzione alternativa delle controversie nel settore bancario e finanziario. 1.4. Considerazioni conclusive. – 2. L'Arbitro Bancario Finanziario. – 2.1. La competenza dell'ABF. – 2.2. Tipologie di controversie. – 2.3. Poteri di cognizione e di decisione dell'ABF. – 2.4. Fase procedimentale. – 2.5. Fase decisoria. – 2.6. Considerazioni conclusive sull'effettività della tutela per l'investitore. – 3. L'Arbitro per le controversie finanziarie. – 3.1. La competenza dell'ACF. 3.2. Tipologie di controversie. – 3.3. Poteri di cognizione e di decisione dell'ABF. – 3.4. Fase procedimentale. – 3.5. Fase decisoria. – 3.6. Considerazioni conclusive sull'effettività della tutela per l'investitore.

#### **1. Introduzione: gli ADR e il rapporto asimmetrico incumbent-investitore.**

Gli ADR hanno assunto di recente un ruolo sempre più rilevante nel settore degli investimenti, *i.e.* veri e propri “strumenti di tutela”, meccanismi che favoriscono e aiutano il buon funzionamento dei mercati<sup>1</sup>. Si è affermata l'idea che gli ADR possano assurgere all'obiettivo di svolgere efficacemente il duplice ruolo di risoluzione delle controversie e di tutela delle posizioni differenziate: «*In questa prospettiva gli ADR hanno iniziato a svolgere funzioni ulteriori a quelle della sola risoluzione delle controversie, tra cui quelle di “consulenza” verso clienti e produttori, quella di aggregazione dei dati e quindi di creazione di informazione relativa alle criticità sui mercati, di pressione sui mercati stessi attraverso le decisioni adottate*»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> M. BIANCO, *L'Arbitro Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 40.

<sup>2</sup> M. BIANCO, *L'Arbitro Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita*, *cit.*, p. 40.



Nel settore della *investor protection* sono diffuse sia forme autonome di risoluzione delle controversie (e specificatamente la mediazione<sup>3</sup>) sia strumenti eteronomi<sup>4</sup>: se le prime, ed in particolare la mediazione, si contraddistinguono per la loro idoneità a neutralizzare alcuni aspetti negativi delle controversie in tema di investimenti, quali l'*adverse selection* (associata a informazioni non rivelate prima della firma del contratto di investimento) e il *moral hazard* (legato a comportamenti opportunistici successivi alla sua stipula)<sup>5</sup>, i secondi in realtà appaiono più efficaci in presenza di una asimmetria di posizioni (quale è quella tra cliente e intermediario).

E ciò in ragione di un duplice ordine di fattori.

In primo luogo, alla luce della strutturale e ontologica posizione di debolezza contrattuale, dovuta alle asimmetrie informative degli investitori e al fatto che i servizi di investimento costituiscono dei "*credence goods*"<sup>6</sup>, ossia dei beni e dei servizi connotati dal fatto che una delle parti (l'investitore) ripone totale fiducia nell'altra (intermediario). Ciò determina che, laddove il rapporto di fiducia con la controparte professionista si sia interrotto, si palesa la necessità per l'investitore di poter contare su un sistema di risoluzione delle controversie efficace con le garanzie di imparzialità e di equidistanza del terzo rispetto agli interessi in gioco. In questa prospettiva, gli strumenti di risoluzione autonoma della controversia non attenuano, anzi rischiano di incrementare, il rischio di asimmetrie tra le parti, perché la risoluzione della controversia è rimessa esclusivamente – sebbene sovente con l'intervento di un terzo "conciliatore", ma non decisore – alle medesime parti che avevano instaurato il rapporto originario basato sulla fiducia, senza alcuna garanzia che in sede di composizione alternativa autonoma delle controversie la parte professionista effettui adeguata *disclosure* dei documenti e delle informazioni in suo possesso.

---

<sup>3</sup> Il ricorso a procedure di mediazione per la composizione di controversie nel settore degli investimenti è generalmente incoraggiato a livello europeo ed internazionale. Tra le recenti novità, si segnala che il 29 gennaio 2021 il Comitato per i servizi e gli investimenti dell'accordo economico e commerciale globale (CETA) ha adottato la decisione n. 2 del 2021 (pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 19 febbraio 2021), recante adozione delle norme in materia di mediazione ad uso delle parti della controversia nell'ambito delle controversie in materia di investimenti [2021/266] (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021D0266&from=SV>). La decisione disciplina il meccanismo di mediazione, avente l'obiettivo di agevolare la ricerca di una soluzione concordata mediante una procedura esauriente e rapida con l'assistenza di un mediatore; quanto all'ambito di applicazione, l'art. 7 della decisione n. 2/2021 chiarisce che il meccanismo di mediazione non va utilizzato come "*base per la risoluzione delle controversie prevista da altre procedure*".

<sup>4</sup> Sulla distinzione v. Cap. I, § 1.

<sup>5</sup> Così M. BIANCO, *L'Arbitro Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita*, cit., p. 39.

<sup>6</sup> V., se si vuole, A. SIGNORELLI, *Servizi finanziari e tutela dell'investitore sul banco di prova del Fintech: new eve for consumerism?*, in *Fintech, Smart Technologies e governance dei mercati. L'impatto del digitale sul settore bancario, finanziario e sulla regolazione pubblica*, a cura di A. NUZZO, Roma, 2022, p. 405.

Invece, l'asimmetria originaria può trovare una migliore e più adeguata attenuazione grazie agli strumenti di risoluzione eteronoma della controversia, tra cui *in primis* l'arbitrato, in ragione dell'elevata competenza tecnica dei componenti dei collegi arbitrali, della terzietà e imparzialità degli arbitri, delle garanzie procedurali di contraddittorio e di parità di armi.

In secondo luogo e in conseguenza, un fattore di rilievo è dato dalla discrasia tra rispetto dei requisiti formali e aspetti sostanziali che connotano la relazione tra le parti: a fronte di un rapporto "formalmente" rispettoso dei canoni di trasparenza, informazione, buona fede, si riscontra una relazione concreta in cui l'investitore non ha piena consapevolezza delle sue scelte economiche.

In questa prospettiva, gli strumenti di risoluzione autonoma delle controversie appaiono insufficienti, siccome la presenza di un terzo "facilitatore" della composizione della lite non sarebbe in grado di correggere le asimmetrie, anche a fronte di una *disclosure* maggiore della documentazione in possesso dell'intermediario. Infatti, spesso, le questioni che danno adito a controversie concernono il dato – formale – del mancato adempimento di obblighi di informativa nella fase pre-contrattuale o esecutiva, ovvero il mutamento delle condizioni contrattuali in costanza di rapporto; ma, da un punto di vista sostanziale, tali questioni celano una carenza di comprensione dell'operazione di investimento da parte dell'investitore. Sicché la mera ostensione di ulteriori documenti in una procedura conciliativa rischia solo di aggravare la condizione di *information overload*<sup>7</sup> in cui versa l'investitore.

Appare invece che gli strumenti di risoluzione eteronoma, siano maggiormente idonei a svolgere il richiamato ruolo di "strumenti processuali di tutela" della parte debole della relazione. E ciò in ragione della presenza di un soggetto terzo abilitato a decidere la controversia, con efficacia vincolate, secondo diritto<sup>8</sup> e con le garanzie del contraddittorio, dotato delle necessarie capacità tecniche e che abbia un bagaglio di conoscenze su controversie similari.

Il diverso e più incisivo ruolo degli ADR, come sopra delineato e come già visto in tema di *consumer protection*, si sta rivelando particolarmente importante nei mercati finanziari, in quanto sistemi efficaci di risoluzione alternativa delle controversie contribuiscono a ristabilire un rapporto fiduciario tra cliente e intermediario su questi mercati.

---

<sup>7</sup> V. in argomento J. AGNEW-L.R. SZYKMAN, *Asset allocation and information overload: The influence of information display, asset choice, and investor experience*, in *Journal of Behavioral Finance*, 2005, 6, 2, p. 57-70; F. DI PORTO, *Big data e scienze cognitive: ripensare la disclosure regulation nel settore finanziario*, in *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico per i servizi finanziari*, a cura di M.T. PARACAMPO, Torino, 2017, p. 104 ss.; F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 82, 2, p. 398 ss..

<sup>8</sup> Anche se non mancano casi di organismi che decidono anche in base a canoni di equità e fairness, che tuttavia secondo alcuni potrebbero non assicurare certezza e prevedibilità sul mercato: cfr. C. HODGES-BENHÖR I.-CREUTZFELDT-BANDA N., *Consumer ADR in Europe*, Oxford, 2012.

Più in generale, un fattore di sviluppo importante è stato l'affermarsi di sistemi di regolazione settoriale dei mercati con la supervisione di autorità indipendenti di regolazione: sistemi di risoluzione alternativa delle controversie sono diventati parte integrale di tali sistemi di regolazione<sup>9</sup>.

Nel presente capitolo si vorrà analizzare in prima battuta il rapporto asimmetrico *incumbent* tradizionale-investigatore, per verificare i modelli di tutela processuale del soggetto debole approntati a diversi livelli. All'interno della categoria di rapporti considerata, si distingueranno ulteriormente gli investitori professionisti dagli investitori neofiti che – quanto a disciplina protezionistica – si assimilano ai consumatori.

Una precisazione preliminare si rende opportuna, ai fini di distinguo rispetto al rapporto asimmetrico trattato nel primo capitolo del presente lavoro (consumatore vs. professionista).

Si è visto nel precedente capitolo che nell'analisi delle tecniche di tutela processuale delle posizioni sostanziali asimmetriche nei rapporti B2C le qualità soggettive delle parti (professionista-consumatore) costituiscono una costante; invece, nell'indagine che si intende condurre nel presente capitolo i rapporti considerati scontano alcune variabili che concernono le qualifiche soggettive delle parti<sup>10</sup> e le tipologie di rapporti di investimento che vengono in rilievo.

Dopo aver esaminato, nel precedente Capitolo, l'arbitrato "di consumo" nelle sue caratteristiche essenziali e in termini generali, si vorranno in questa sede esaminare i due principali strumenti approntati per la risoluzione delle le controversie bancarie e finanziarie, *i.e.* l'Arbitro Bancario Finanziario e l'Arbitro per le Controversie Finanziarie, che costituiscono procedure di ADR amministrative per diversi profili contigue all'arbitrato *stricto sensu*, ma se ne differenziano – come si vedrà *amplius* – per altri.

## 1.1. Tutela dell'investitore tra ADR e giurisdizione ordinaria.

---

<sup>9</sup> Si pensi all'istituzione dell'Arbitro assicurativo (AAS) presso l'IVASS, con D.L. del 21 maggio 2018, si occuperà della risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di assicurazioni e sarà strutturato secondo caratteristiche (quanto a competenza e funzioni) simili ad ABF e ACF.

<sup>10</sup> V. S. PAGLIANTINI, *La frammentazione del contraente debole*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 193 ss., che, nell'evidenziare il proliferare, nella legislazione speciale, di soggetti "deboli", parla di frammentazione del contraente debole ed esclude la possibilità di parlare di un unico contatto asimmetrico.

L'attuale sistema di ADR nel settore bancario e finanziario per le liti derivanti dai contratti bancari e finanziari si propone di rafforzare le tutele per consumatori ed imprese<sup>11</sup> e, allo stesso tempo, offrire agli intermediari percorsi utili a migliorare i rapporti con la clientela, senza impedire o rendere maggiormente gravoso l'accesso alla giurisdizione ordinaria.

Infatti, come è stato opportunamente osservato, «*i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie rappresentano un efficace sistema di enforcement che si affianca agli strumenti di tutela ex ante costituiti dalla regolamentazione, dai controlli delle autorità e dai programmi di educazione finanziaria*», in ogni caso, in un'ottica di sussidiarietà nei confronti della giurisdizione ordinaria<sup>12</sup>.

Nel delicato settore dei servizi bancari e finanziari, il percorso di avvicinamento del nostro legislatore a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie relative ai rapporti bancari e finanziari, iniziato quasi un ventennio fa, si è recentemente arricchito di novità interessanti<sup>13</sup>.

Le procedure di risoluzione alternativa delle controversie tra clienti e intermediari hanno avuto ingresso formale nel nostro ordinamento mediante la L. 28 dicembre 2005, n. 26<sup>14</sup>, e sono state definite con D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, finalizzato alla istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, nella prospettiva di assicurare una tutela sostanziale alternativa, da offrire ai clienti degli intermediari, più efficace e più efficiente della giustizia civile<sup>15</sup>.

Il Decreto ha istituito presso la CONSOB una Camera di conciliazione e arbitrato<sup>16</sup> per l'amministrazione dei procedimenti promossi per la risoluzione di controversie tra i risparmiatori e gli intermediari finanziari per la violazione da parte di questi

---

<sup>11</sup> V. in argomento M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007; M. PELLEGRINI, *Alternative Resolution Techniques in Banking Disputes*, in *European Business Law Review*, 1, 2010, p. 43 ss..

<sup>12</sup> Così E. MINERVINI, *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in *I contratti bancari*, a cura di E. CAPOBIANCO, Torino, 2016, p. 663.

<sup>13</sup> Per una ricognizione generale v. M. RISPOLI FARINA, *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie nel settore finanziario. Pluralità di modelli ed effettività della tutela*, in *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione nazionale per le società e la borsa*, a cura di G. MOLLO, Quaderni Giuridici Consob, n. 9, Roma, 2015, p. 267 ss.

<sup>14</sup> Con la L. 28 dicembre 2005, n. 26 si delegava l'Esecutivo affinché adottasse apposito decreto legislativo al fine di istituire procedure arbitrali e conciliative per la risoluzione di controversie insorte fra risparmiatori o investitori – esclusi gli investitori professionali – e le banche o gli altri intermediari finanziari circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela.

<sup>15</sup> V. D. SICLARI, *La tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari. Spunti di riflessione*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, Quaderni Giuridici Consob, 16 febbraio 2018, p. 23. Il D.lgs. ha altresì istituito un sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori.

<sup>16</sup> Per la disciplina v. G. PERCOCO, *Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB all'Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Riv. arb.*, 1, 2017, p. 191 ss.

ultimi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori<sup>17</sup>.

In particolare, con riferimento al procedimento di arbitrato, il d.lgs. n. 179/2007 contemplava due forme di arbitrato: l'arbitrato ordinario, attivabile per le richieste di risarcimento pieno del pregiudizio subito dall'investitore, e quello semplificato, istituito al fine di riconoscere un indennizzo all'investitore a titolo di ristoro del mero danno patrimoniale subito<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Il regolamento della Camera di conciliazione e arbitrato è stato adottato dalla CONSOB con delibera n. 16763 in data 29 dicembre 2008. In data 22 marzo 2010 sono state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale (n. 67) le deliberazioni CONSOB n. 17204 e n. 17205 recanti rispettivamente l'approvazione dello Statuto della Camera di Conciliazione e Arbitrato ed il Codice Deontologico dei conciliatori e degli arbitri CONSOB. In argomento, *ex multis*, v. S. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la CONSOB*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 4 ss.; AA.VV., *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, a cura di G. BOCCUZZI, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, n. 68, Roma, settembre 2010; S. AMOROSINO, *Funzioni e poteri della Consob "nouvelle"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, p. 137 ss.; F. AULETTA, *Arbitro bancario e finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Le società*, 2011, I, p. 83 ss.; E. BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *I Contratti*, n. 4/2010, p. 422 ss.; in argomento v. altresì F. CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 1049 ss., secondo cui «sia il legislatore comunitario sia il legislatore italiano mostrano di privilegiare i mezzi alternativi di soluzione delle liti in materia di servizi d'investimento, rispetto al processo ordinario, ritenendo le procedure di conciliazione e di arbitrato, non ad hoc ma regolamentate, più consone alla tutela dell'investitore»; F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 270 ss.; R. CARLEO, *Gli strumenti di tutela di risparmiatori e investitori istituiti presso la Consob: procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo, fondo di garanzia*, in *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, a cura di A.F.S. MARTORANO-V. DE LUCA, Milano, 2008, p. 361 ss.; C. CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: "prima lettura" del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. società*, 2007, p. 1445 ss.; A. COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Società*, 2007, p. 8 ss.; F. CORSINI, *L'arbitrato in materia finanziaria*, Relazione al convegno "L'arbitro nella moderna giustizia arbitrale", Camerino, 24-25 settembre 2010; G. COSTANTINO, *La istituzione dell'«Arbitrato Bancario Finanziario»*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di F. AULETTA-G.P. CALIFANO-G. DELLA PIETRA- N. RASCIO, Napoli, 2010, p. 301 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La camera di conciliazione di arbitrato istituita presso la Consob*, in *Contratti*, 2008, p. 1178 ss.; E. GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, p. 301 ss.; L. ENRIQUES, *Il ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 705; G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'Abf? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2010, p. 665 ss.; T. MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 665 ss.; A. NASCOSI, *La nuova Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la CONSOB*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2009, p. 963 ss.; E. QUADRI, *L'«arbitrato bancario finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giust. civ. comm.*, 2010, p. 305 ss.; V. SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 29 giugno 2012; M. L. SERRA, *Brevi note sulla disciplina istitutiva della Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob*, in *Studium Iuris*, 2009, p. 262 ss.; N. SOLDATI, *La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 2009, p. 423 ss..

<sup>18</sup> L'art. 22 del Regolamento CCA stabiliva che il procedimento in questione fosse un arbitrato rituale a cui erano applicabili, oltre alle specifiche previsioni contenute nel Regolamento medesimo, le previsioni di cui agli artt. 806 ss. c.p.c.

L'idea di fondo era quella di assicurare una tutela sostanziale alternativa, da offrire ai clienti degli intermediari, più efficace e più efficiente della giustizia civile<sup>19</sup>.

Inoltre, il Decreto in esame ha introdotto l'art. 128-*bis* nel t.u.b. (D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) che richiede a banche e intermediari di aderire a un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela.

L'Arbitro Bancario Finanziario (di seguito ABF) è stato così istituito nel 2009<sup>20</sup>, e il meccanismo di funzionamento è stato di recente emendato con il decreto del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) del 10 luglio 2020<sup>21</sup>, che ha modificato la delibera CICR n. 275 del 29 luglio 2008.

L'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), è invece stato istituito presso la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) in base al d.lgs. n. 130/2015<sup>22</sup> (di attuazione della direttiva 2013/11/UE) e con delibera CONSOB n. 19602 del 4 maggio 2016, ed è operativo dal 9 gennaio 2017.

La dottrina ha evidenziato che nel settore bancario e finanziario la concorrente giurisdizione ordinaria non assicura un grado di efficienza tale da indirizzare le condotte degli intermediari, per cui i sistemi ADR svolgono un ruolo fondamentale

---

<sup>19</sup> V. F. AULETTA, *Arbitro bancario e finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, cit., p. 83 ss.; S. RUPERTO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Banca, Borsa Tit. Cred.*, 2010, p. 325 ss.; D. SICLARI, *La tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari. Spunti di riflessione*, cit., p. 23; N. SOLDATI, *L'Arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 2009, p. 853 ss.

<sup>20</sup> L'art. 128-*bis*, comma 2, t.u.b. prevede la determinazione, con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, dei criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, «*in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati*» e con la precisazione che «*Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela*». La suddetta delibera è stata adottata dal CICR (Delibera CICR n. 275 del luglio 2008), dettando le disposizioni applicative, poi completate dalle disposizioni della Banca d'Italia del 2009 (aggiornate, da ultimo, nel 2016). V. in argomento E.L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2, 2009, p. 240 ss.

<sup>21</sup> Con decreto d'urgenza (pubblicato in G.U. n. 181 del 20 luglio 2020) è stata prevista la "Modifica della delibera CICR n. 275 del 29 luglio 2008 — Risoluzione stragiudiziale delle controversie". In data 27 agosto 2020 sono state adottate dalla Banca d'Italia le nuove "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari" (disponibili al seguente link: [https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/Disposizioni\\_ABf.pdf](https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/Disposizioni_ABf.pdf)) in attuazione della delibera CICR come modificata col decreto d'urgenza, destinate ad applicarsi a far data dal 1° ottobre 2020.

<sup>22</sup> Il decreto in questione è intervenuto sull'art. 2 del d.lgs. n. 179/2007, istitutivo della Camera, inserendo all'interno della norma due nuovi commi, il 5-*bis* e il 5-*ter*. Il comma 5-*bis* prevede l'obbligo per tutti i soggetti vigilati dalla Consob (intermediari e persone fisiche) di aderire ad un sistema extragiudiziale di risoluzione delle controversie con gli investitori al dettaglio e prevede in casi di inosservanza una sanzione pecuniaria (art. 190, comma 1, per gli intermediari e art. 190-*ter* per i consulenti). Il comma 5-*ter*, invece, affida alla potestà regolamentare della Consob la disciplina dello svolgimento delle procedure e la composizione dell'organo.

in quanto accompagnano gli operatori verso le *best practices* consentendo altresì di perseguire i più elevati standard di correttezza e trasparenza<sup>23</sup>.

Proprio in ragione del rapporto di contiguità-complementarietà che caratterizza l'ABF e l'ACF rispetto alla risoluzione giurisdizionale delle controversie, nonché ad altri strumenti di composizione alternativa delle controversie (arbitrato e conciliazione), nel settore bancario e finanziario può rilevarsi un concorso con altri strumenti composizione delle liti<sup>24</sup>.

## **1.2. Concorso e dialogo tra ADR nel settore bancario e finanziario e funzione giurisdizionale ordinaria.**

Il primo rapporto da esaminare è quello tra ABF e ACF, da un lato, e giurisdizione ordinaria dall'altro, qualificabile in termini di complementarietà-sussidiarietà.

In linea di principio, può anzitutto osservarsi che trova applicazione la previsione generale di cui all'art. 141-*bis*, comma 2, lett. c) cod. cons., ai sensi del quale l'organismo ADR adito può rifiutare la trattazione della controversia se la medesima causa è già «*in corso di esame o è già stata esaminata da un altro organismo ADR o da un organo giurisdizionale*». Sicché, se ne deduce, la litispendenza di una causa identica ovvero la sua definizione precludono l'accesso alla via stragiudiziale della controversia.

Quanto all'ABF, sono previsti due meccanismi di raccordo tra la procedura arbitrale e il giudizio dinanzi all'autorità ordinaria. Il primo, disciplinato dall'art. 2, comma 6, delib. CICR n. 275/2008, regola l'ipotesi di precedente pendenza di un giudizio ordinario.

La disposizione richiamata, recentemente modificata dal decreto del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) del 10 luglio 2020<sup>25</sup>, in ossequio ad esigenze di economia processuale, riconosce la prevalenza del giudizio

---

<sup>23</sup> P. SIRENA, *I sistemi ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 9, p. 1772 ss.

<sup>24</sup> Per un efficace quadro ricostruttivo si veda E. FRANZA, *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie e ambito di competenza. Osservazioni preliminari alla sua entrata in attività*, in *Riv. dir. banc.it*, novembre 2016; M. RISPOLI FARINA, *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie nel settore finanziario. Pluralità di modelli ed effettività della tutela*, cit. V. anche V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 17 ottobre 2012, p. 2.

<sup>25</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. b) del citato Decreto, il nuovo testo del comma 6 dell'art. 2, comma 6, del delib. CICR n. 275/2008 prevede che «*Salvo le eccezioni previste dalla legge, non possono essere proposti ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione o di mediazione ai sensi di norme di legge promosso dal ricorrente o al quale questi abbia aderito*»

ordinario (e anche del giudizio arbitrale, nonché del tentativo di conciliazione) già avviato – purché sia stato incardinato dal cliente ovvero questi vi abbia aderito – rispetto al ricorso ABF.

La modifica legislativa, nel prevedere che la prevalenza – salve le eccezioni previste dalla legge – operi solo laddove il giudizio ordinario sia stato avviato dal “ricorrente”<sup>26</sup>, ha voluto espressamente rinforzare la tutela dei clienti nei rapporti con gli istituti bancari, rimettendo a questi ultimi la scelta se adire la via giurisdizionale ordinaria o arbitrale *stricto sensu* o conciliativa ovvero ricorrere all’ABF. Mentre il richiamato criterio della priorità temporale non opererebbe qualora il giudizio ordinario sia stato avviato dall’intermediario.

Inoltre, mentre nella versione originaria era escluso il concorso nel caso di mediazione<sup>27</sup>, il testo attuale del comma 6 dell’art. 2 esclude espressamente tale ipotesi.

Peraltro, come si è cennato, il ricorso all’ABF è recessivo anche qualora la controversia sia stata previamente devoluta ad arbitri; la *ratio* della previsione va ravvisata nella maggior tutela, assicurata dall’arbitrato, rispetto alla procedura ABF, considerato che il primo si conclude con una decisione vincolante fra le parti, mentre la seconda termina con una decisione che non può essere eseguita coattivamente nel merito in caso di rifiuto.

La previsione dell’alternanza tra procedimento ABF e conciliazione è inoltre confermata, nonostante l’introduzione della possibilità per il Presidente del Collegio di proporre alle parti soluzione anticipata della lite su base concordata<sup>28</sup>, che non vale ad alterare in alcun modo la natura dell’ABF e a trasformarlo in strumento di composizione negoziale.

Un secondo meccanismo di coordinamento disciplina l’ipotesi inversa, *i.e.* di previa pendenza del ricorso. In linea generale, la proposizione del ricorso all’ABF, comunque, non pregiudica il diritto dell’intermediario di portare la controversia innanzi all’Autorità giudiziaria ordinaria: in tale circostanza, si prevede un meccanismo di opzione in favore del cliente, il quale può decidere di dichiarare il suo interesse alla prosecuzione del ricorso dinanzi all’ABF entro 30 giorni.

Tale ultima previsione è finalizzata ad evitare che l’intermediario possa sottrarsi alla decisione sul ricorso sottoponendo la controversia all’Autorità giudiziaria, e astrattamente consente la coesistenza di due diversi giudizi (l’uno dinanzi all’ABF, l’altro davanti all’autorità giudiziaria ordinaria) sulla medesima controversia, con il rischio che si pervenga a due pronunce contrastanti.

---

<sup>26</sup> Per tale intendendosi il ricorrente dinanzi all’ABF, che può essere solo il cliente e non anche l’intermediario, posta la legittimazione esclusiva.

<sup>27</sup> Tant’è vero che la dottrina aveva ritenuto possibile il ricorso all’autorità giudiziaria quanto fosse stato esperito un tentativo di conciliazione ai sensi del d.lgs. n. 28/2010, con l’ulteriore conseguenza applicativa di un iniziale procedimento di mediazione secondo il d.lgs. n. 28/2010 (fallito), del successivo inizio dell’azione giudiziaria e infine del ricorso all’ABF.

<sup>28</sup> V. *Disposizioni*, p. 24. V. anche *infra* § 2.5.



Le disposizioni, peraltro, non contengono alcuna previsione che stabilisca la prevalenza della decisione giudiziaria rispetto a quella dell'ABF e, pertanto, muovendo dalla considerazione della diversa natura delle due decisioni e dell'indipendenza dello strumento stragiudiziale rispetto a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento sancita dalla legge (art. 128-*bis* TUB), la Banca d'Italia ha precisato che nell'ipotesi di condanna da parte dell'ABF, l'intermediario dovrà adempiere la decisione, indipendentemente dall'esito del giudizio eventualmente instaurato dinnanzi al giudice ordinario.

Anche rispetto all'ACF sono stati disciplinati meccanismi di raccordo con altre procedure di risoluzione giurisdizionale o stragiudiziale della controversia.

Un primo sistema di raccordo concerne le fattispecie di irricevibilità del ricorso<sup>29</sup>, come previste a seguito delle modifiche apportate dalla delibera Consob 2021, e volte a disciplinare sia i casi di litispendenza sia di preesistenza di una decisione nel merito: il ricorso è infatti irricevibile nel caso di pendenza di procedimenti arbitrali o giurisdizionali, o nel caso in cui sia già stata resa una precedente decisione di merito assunta dall'ACF ovvero all'esito di un procedimento giurisdizionale o arbitrale.

Il secondo meccanismo di raccordo disciplina invece l'ipotesi inversa, i.e. di previa pendenza del procedimento dinanzi all'ACF: in questo caso, secondo quanto previsto dall'art. 13 del Regolamento ACF, il procedimento è interrotto quando, sui medesimi fatti oggetto del ricorso, vengono avviate, anche su iniziativa dell'intermediario a cui l'investitore abbia aderito, altre procedure di risoluzione stragiudiziale.

Infine, si segnala che l'art. 4 del Regolamento ACF incoraggia la promozione di forme di collaborazione dell'ACF con gli altri organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie, anche al fine di risolvere questioni relative alla delimitazione delle reciproche competenze. Peraltro, è unanimemente condiviso che non tutte le controversie che riguardano la materia dell'intermediazione finanziaria debbono essere necessariamente rimesse all'arbitrato Consob. Se le parti scelgono l'arbitrato quale mezzo di risoluzione delle eventuali controversie in alternativa alla giustizia statale, rimane comunque ferma la possibilità d'inserire nei contratti d'intermediazione finanziaria una clausola che prevede la devoluzione delle eventuali controversie a un arbitrato di diritto comune.

### **1.3. Concorso tra strumenti di risoluzione alternativa delle controversie nel settore bancario e finanziario.**

---

<sup>29</sup> Cfr. art. 10, comma 2, Regolamento ACF.

La prima questione concerne il riparto delle competenze tra l'ABF e l'ACF, posto che la maggior parte delle controversie concerne in ambo i casi la violazione degli obblighi di informazione e di protezione del cliente che graverebbero sulle banche e, più in generale, sugli intermediari finanziari. Sul punto, come si avrà modo di vedere *amplius* nel prosieguo<sup>30</sup>, una prima delimitazione deriva senz'altro dall'ambito di competenza *ratione materiae*.

Infatti, come specificato delle *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari* all'ABF possono essere sottoposte controversie relative a operazioni e servizi bancari e finanziari, mentre sono escluse le controversie attinenti ai servizi e alle attività di investimento e alle altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del T.U. ai sensi dell'art. 23, comma 4, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58<sup>31</sup>.

La competenza per materia dell'ABF è così circoscritta alla sola materia bancaria, o più esattamente alle operazioni e servizi bancari e finanziari, fatta eccezione dai servizi di investimento, che rientrano nella competenza – individuata così *de residuo* – dell'ACF<sup>32</sup>.

Il *discrimen* tra la competenza dell'uno e dell'altro organo è dettato in applicazione del principio della prevalenza della finalità, valevole non solo in relazione alla finalità della domanda di documentazione, ma anche in relazione a profili più strettamente sostanziali, come quelli attinenti la funzione di un contratto astrattamente compreso tra quelli che potrebbero ricadere nell'ambito della giurisdizione ACF<sup>33</sup>.

Recentemente la Banca d'Italia e la Consob hanno stipulato un Protocollo d'intesa<sup>34</sup> volto a disciplinare forme di collaborazione tra ABF e l'ACF. Il Protocollo, a garanzia di un più elevato ed effettivo livello di tutela dei clienti, promuove l'istituzione di meccanismi di coordinamento e di scambio informativo tra i sistemi ABF e ACF, nel rispetto dell'autonomia dei rispettivi Collegi, su questioni di comune interesse nonché su iniziative di informativa al pubblico e di educazione finanziaria<sup>35</sup>. Quanto alla ripartizione delle competenze per materia, si prevede che

---

<sup>30</sup> V. in questo Cap. § 2.1 e § 3.1

<sup>31</sup> BANCA D'ITALIA, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, 2020, p. 7.

<sup>32</sup> In questo modo l'esclusione della materia dei servizi e delle attività di investimento, finisce con il limitare la materia "finanziaria" di competenza dell'ABF alle sole attività materiali che, pur incidendo su strumenti di investimento, prescindono totalmente da ogni elemento valutativo di merito: M. MARINARI, *L'ambito soggettivo e oggettivo di competenza. I limiti temporali*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 112.

<sup>33</sup> In tal senso cfr. ABF, Coll. Napoli, n. 5025/2017.

<sup>34</sup> Protocollo di intesa tra la Banca d'Italia e la Consob in materia di risoluzione alternativa delle controversie del 19 marzo 2020, disponibile al seguente link: <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/arbitro-controversie-finanziarie/index.html>.

<sup>35</sup> Il Protocollo ha la finalità (p. 3) di: *i*) prevenire l'insorgenza di conflitti interpretativi o di incertezze operative nella delimitazione degli ambiti di rispettiva competenza nelle materie di interesse comune; *ii*) tutelare la clientela, orientandola nella corretta individuazione del sistema

l'ambito di competenza dell'ABF e dell'ACF, definito dalle relative fonti normative, debba essere interpretato avendo precipuo riguardo all'oggetto del rapporto, del contratto o dell'operazione di cui al ricorso e alla sua attinenza alle competenze istituzionali della Banca d'Italia e della Consob (art. 2).

Per altro verso, si esclude che i meccanismi "arbitrali" di risoluzione in questione possano concorrere con gli strumenti di composizione negoziale o conciliativa della controversia.

Per quanto riguarda l'ABF, la sua stessa configurazione nelle sue caratteristiche peculiari vale ad escludere la sua assimilabilità al fenomeno della conciliazione stragiudiziale delle controversie. Anzitutto, in quanto il procedimento dinanzi all'ABF da un lato prevede, quale condizione di procedibilità della domanda, il preventivo esaurimento della fase di reclamo<sup>36</sup> – che opera come una sorta di *pre-trial* secondo il modello anglosassone – avanti all'ufficio reclami dell'intermediario finanziario interessato<sup>37</sup> e, dall'altro, qualora il reclamo non abbia avuto esito soddisfacente per il cliente ovvero non abbia avuto seguito nel termine di 60 giorni, il cliente può presentare ricorso all'ABF e l'organismo provvede a decidere il ricorso con decisione aggiudicativa<sup>38</sup>.

Inoltre, guardando alla modulazione e all'esito della procedura dinanzi all'ABF, può cogliersi che la componente conciliativa delle posizioni delle parti controvertenti non è presente, a differenza degli strumenti di risoluzione autonoma delle liti di tipo mediativo; ma, allo stesso tempo, manca il carattere di vincolatività della decisione finale, che invece caratterizza di solito gli strumenti di risoluzione eteronoma delle controversie.

Per quanto riguarda l'ACF, a seguito dell'abrogazione delle disposizioni del d.lgs. n. 179 del 2007<sup>39</sup> che regolavano la CCA, è stata definitivamente esclusa qualsiasi possibilità di sovrapposizione tra la Camera di conciliazione e arbitrato e l'Arbitro per le Controversie Finanziarie, soprattutto rispetto al procedimento di arbitrato amministrato.

---

competente; *iii*) promuovere la condivisione di buone prassi emerse nello svolgimento dell'attività di supporto svolta dalle rispettive Segreterie tecniche chiamate a garantire il buon funzionamento del sistema ovvero dell'attività decisoria dei Collegi; *iv*) favorire la condivisione dei criteri per l'esercizio dell'attività di verifica nel ruolo di Autorità nazionale competente sui rispettivi sistemi di risoluzione delle controversie.

<sup>36</sup> Sulla natura del reclamo, il Collegio di Coordinamento, 12 giugno 2017 ha precisato che il «"ricorso", con il quale è formulata la domanda all'Arbitro Bancario, è preceduto necessariamente da una fase interlocutoria diretta tra le parti, attivata da un atto di contestazione denominato reclamo, che integra una vera e propria condizione di procedibilità».

<sup>37</sup> BANCA D'ITALIA, *Disposizioni*, cit. p. 21.

<sup>38</sup> Così T. GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, in *Riv. arb.*, 1/2011, II, p. 140, il quale osserva sull'ABF che «si tratta quindi di una creatura ibrida che vorrebbe coniugare la conciliazione e la risoluzione con formula aggiudicativa delle controversie e che invece, per come è stata concepita, non coglie nessuna delle due opportunità».

<sup>39</sup> Per opera dell'art. 1, c. 47, l. 28 dicembre 2015, n. 208.

È poi previsto un meccanismo di raccordo tra il ricorso all'ACF e altre procedure ADR che – insieme alle richiamate disposizioni sulle condizioni di ricevibilità del ricorso – intende disciplinare il caso di previa pendenza di procedimenti di risoluzione stragiudiziale.

Il coordinamento è infatti altresì assicurato mediante la disciplina dell'interruzione di cui all'art. 13, comma 1, Regolamento ACF, in base al quale il Presidente dichiarerà l'interruzione del procedimento a seguito dell'instaurazione di ulteriori procedure di ADR riferite al medesimo *petitum* dopo la proposizione del ricorso dinanzi all'ACF. Tuttavia, qualora la procedura di risoluzione extragiudiziale non definisce la controversia, il procedimento dinanzi all'ACF può essere riassunto dal ricorrente entro dodici mesi dalla dichiarazione di interruzione (comma 2), in guisa da conferire effettività al diritto dell'investitore ad una decisione che definisca la controversia.

#### **1.4. Considerazioni conclusive.**

In definitiva, si ritiene di dover condividere la visione di chi ritiene che tali strumenti alternativi di risoluzione delle controversie stiano contribuendo progressivamente alla creazione di una “giurisdizione” specializzata nel settore bancario e finanziario<sup>40</sup>, che presenta indubbi vantaggi in termini di maggiore celerità ed efficienza nella risoluzione delle controversie – per ragioni di ordine tecnico, organizzativo e di competenza professionale.

Tuttavia, non può non osservarsi come, il carattere paragiurisdizionale degli strumenti alternativi in questione<sup>41</sup> e l'assenza di opportuni meccanismi di “dialogo” tra le decisioni la paragiurisdizione speciale di settore e la giurisdizione statale possano essere potenzialmente forieri di una tutela parziale o comunque ineffettiva.

I citati meccanismi di dialogo implicherebbero solo la possibilità di individuare gli strumenti processuali di coordinamento tra le decisioni degli ADR (ABF e ACF) e l'eventuale successiva decisione dell'autorità giudiziaria statale – strumenti che, in difetto di omogeneità quanto alla natura giuridica, difficilmente sarebbero prospettabili, ma non varrebbero ad assicurare comunque una convergenza circa le soluzioni giuridiche da adottarsi, in termini, ad esempio, di persuasività del precedente.

---

<sup>40</sup> In termini L.A. BIANCHI, *Conclusioni*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 88.

<sup>41</sup> Come si vedrà in prosieguo, non vi è concordia di opinioni circa l'assimilabilità dell'ABF all'arbitrato vero e proprio; mentre l'ACF viene qualificato – secondo l'impostazione dominante – come un procedimento non avente carattere giurisdizionale: v. *infra* § 2 e § 3.

Infatti, preso atto del fatto che il quadro normativo che disciplina i rapporti bancari e finanziari è in costante mutamento, e che la stessa regolamentazione delle procedure ADR e la sua evoluzione nel tempo in materia bancaria e finanziaria varia nel corso del tempo contribuendo a delineare un sistema complesso ed articolato<sup>42</sup>, appare fondamentale, nell’ottica di assicurare una tutela effettiva per l’investitore, prevedere non solo meccanismi di raccordo “processuale” tra ADR e giurisdizione statale (o arbitrato), bensì anche meccanismi di dialogo sulle questioni sostanziali.

Il che, lungi dal frustrare l’importante funzione interpretativa e applicativa che ciascuno organo – paragiurisdizionale e giurisdizionale – riveste rispetto alle norme di settore, consentirebbe invece instaurare un dialogo costruttivo nella prospettiva di assicurare una certa uniformità di vedute sulle questioni controverse e, in definitiva, una maggiore certezza del diritto.

## **2. L’Arbitro Bancario Finanziario.**

L’ABF risponde al modello degli ADR di tipo eteronomo; tale caratteristica appare particolarmente incisiva nell’ottica protezionistica dei beneficiari del rimedio, *i.e.* i clienti, per i quali l’asimmetria informativa e di ruolo rispetto agli intermediari è elevata, onde lo strumento in analisi appare confacente alle esigenze di accesso ad un meccanismo di composizione della lite che si avvicini quanto più possibile ai sistemi di giustizia ordinaria, ma con garanzie di speditezza ed expertise.

I vantaggi che l’istituto in esame presenta, nella richiamata prospettiva di tutela dell’investitore, sono molteplici ed emergono dall’analisi – che si intende qui condurre – delle regole che presiedono al suo funzionamento.

Occorre tuttavia segnalare sin d’ora che non è unanimemente riconosciuta la natura e la funzione propriamente “decisoria” del procedimento dinanzi all’ABF, in ragione di alcune sue caratteristiche ne lasciano residuare dubbi circa la sua equiparabilità ad un procedimento arbitrale vero e proprio<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Così M. MARINARO, *Il procedimento ABF nel quadro dei sistemi ADR: la risoluzione delle liti bancarie tra efficienza della giustizia e regolazione del mercato*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 73. Conf. E. MINERVINI, *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, cit.

<sup>43</sup> V. sul punto A. PIERUCCI, *L’Arbitro Bancario e Finanziario: l’esperienza applicativa*, in *Giur. comm.*, 4, 2014, p. 811 ss.; V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisori dell’Arbitro Bancario Finanziario*, cit., p. 13.

Ed infatti, secondo una diffusa corrente di pensiero, non potrebbe parlarsi di vero e proprio “arbitrato”, in ragione di una pluralità di considerazioni.

In primo luogo, come evidenziato da taluni autori<sup>44</sup>, mancherebbe anzitutto un accordo fra le parti, nella forma della convenzione di arbitrato, per la devoluzione della controversia a tale organo. In particolare, non è dato rinvenire né una clausola compromissoria *ex ante*, posto che nei contratti sostanziali che vengono di volta in volta in rilievo (ad es. contratto di conto corrente) non sempre sono contenute clausole di questo tipo; né un compromesso *ex post litem*, atteso che – come si vedrà *amplius* nel testo – la decisione del ricorrente di adire l’ABF è vincolante *ope legis* per l’intermediario, il quale dunque non presta alcun libero consenso ad aderire<sup>45</sup>, ma subisce l’iniziativa processuale del cliente<sup>46</sup>. Con riferimento alla posizione del cliente, potrebbe sostenersi che sia titolare di un vero e proprio diritto potestativo processuale (analogamente a quanto – *mutatis mutandis* – avviene per l’investitore nell’arbitrato ISDS<sup>47</sup>), in quanto egli è non solo libero di avviare il procedimento dinanzi all’ABF, ma è altresì sostanzialmente immune da effetti pregiudizievoli qualora il procedimento avesse un esito favorevole all’intermediario.

In secondo luogo, rilevante è la considerazione che il provvedimento con cui si conclude il procedimento dinanzi all’ABF non abbia carattere vincolante per le parti. Sebbene, infatti, per molti profili il procedimento in questione si avvicini al modello di processo arbitrale delineato dal codice di procedura civile, manca l’equiparazione *quoad effectum* alla sentenza propria dell’art. 824-*bis* c.p.c.).

Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale<sup>48</sup> con la sentenza 21 luglio 2011, n. 218, escludendo la natura giurisdizionale del procedimento dinanzi all’ABF,

---

<sup>44</sup> V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell’Arbitro Bancario Finanziario*, cit., p. 13.

<sup>45</sup> L’adesione dell’intermediario all’ABF non può definirsi libera e volontaria dal momento che costituisce «condizione per lo svolgimento dell’attività bancaria e finanziaria e per la prestazione di servizi bancari e finanziari» (art. 128-*bis* TUB). In tal senso v. M.R. LA TORRE, *L’arbitro bancario finanziario*, in *Trattato di diritto dell’economia*, a cura di E. PICOZZA- E. GABRIELLI, Padova, p. 263. È vero che l’intermediario può decidere di non prendere parte al procedimento dinanzi all’ABF, di non produrre controdeduzioni, ma in tal caso sarà considerato “contumace” e comunque soggetto alla decisione dell’ABF. Quanto ai destinatari del ricorso, la normativa di settore li individua nelle banche, negli intermediari finanziari iscritti nell’albo di cui all’art. 106 del Testo Unico Bancario (TUB); nei confidi iscritti nell’elenco di cui all’art. 112 TUB (fino alla istituzione dell’elenco di cui all’articolo 112 del TUB; negli istituti di pagamento (IP); negli istituti di moneta elettronica (IMEL).

<sup>46</sup> In dottrina, si è comunque rilevato che non si tratta neppure di arbitrato unilateralmente obbligatorio poiché non è impedito ad alcuna delle parti di accedere al giudice naturale sopra l’oggetto della lite, insomma promuovere il procedimento non impegna in alcun modo «l’agire in giudizio»: cfr. F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, cit., p. 83.

<sup>47</sup> V. *supra*, Cap. 2, § 2.

<sup>48</sup> Corte cost., 21 luglio 2011, n. 218, con la quale la Corte, adita dal Collegio di Napoli (ABF, Collegio di Napoli, 6 luglio 2010), ha escluso che l’Arbitro, in considerazione dei criteri e requisiti per la nomina, degli indici di riconoscibilità delle funzioni giurisdizionali e della natura ed efficacia delle decisioni emesse, potesse essere ricondotto alla nozione di “giudice” o “autorità giudiziaria” e considerarsi perciò legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale. La Corte sembra

sull'assunto che la decisione dell'Arbitro non assume alcun valore cogente per nessuna delle parti, svolgendo solo una funzione destinata ad incidere sull'immagine e sulla reputazione dell'intermediario in caso di mancata ottemperanza<sup>49</sup>. Non rileverebbe, in senso contrario, la circostanza il base alla quale il provvedimento debba essere adottato "secondo diritto", poiché è tipico di qualsiasi funzione giustiziale procedere e adottare le proprie determinazioni *secundum ius*, analogamente a qualsiasi organismo della pubblica amministrazione. Deve comunque osservarsi che la prescrizione per cui la decisione debba essere assunta dall'ABF secondo diritto è in linea di principio idonea ad assicurare un maggiore grado di osservanza spontanea in capo alle parti: infatti, se l'ABF ha identificato la "giusta" soluzione del caso di specie, le parti sono incentivate a darvi seguito in quanto la successiva azione in giudizio si concluderebbe probabilmente come indicato dall'ABF<sup>50</sup>.

Al di là dell'annosa *querelle* sulla natura giuridica dell'ABF, è oggi indubbio che lo strumento in questione presenti innumerevoli vantaggi nella prospettiva di tutela dell'investitore, e ha significativamente contribuito alla deflazione del contenzioso. L'effettività della tutela alternativa dell'ABF è assicurata sin dall'inizio del rapporto cliente-intermediario, mediante la previsione dell'obbligo di quest'ultimo di informare il primo della possibilità di ricorrere all'Arbitro. Infatti, a tal fine si prevede che gli intermediari forniscano alla clientela adeguata informativa in merito alle procedure di ricorso<sup>51</sup>.

Inoltre, la deliberazione CICR prevede che il diritto di ricorrere ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie non possa formare oggetto di rinuncia da parte del cliente<sup>52</sup>. Si riconosce così un vero e proprio diritto del cliente ad avvalersi del procedimento davanti all'ABF: una rinuncia a tale facoltà (come pure un accordo in senso derogatorio eventualmente contenuto nel contratto bancario) sarebbe priva di effetto.

Peraltro – come si vedrà *infra*<sup>53</sup> – la configurazione della legittimazione a ricorrere come riservata in via esclusiva al cliente assume rilievo anche ai fini del perimetro dei poteri cognitivi e decisorii dell'ABF.

---

sposare la tesi dell'assimilabilità dell'ABF all'arbitrato tradizionale, seppur irrituale. In argomento v. M.R. MAUGERI, *ABF e legittimazione a sollevare quesiti costituzionali*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 28 ss.

<sup>49</sup> Tale ultima caratteristica avvicinerrebbe più la decisione conclusiva del procedimento dinanzi all'ABF agli interventi di organi amministrativi in autotutela: cfr. I. PAGNI, *L'arbitro bancario finanziario: natura e funzioni di uno strumento particolare per la risoluzione delle controversie*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 5.

<sup>50</sup> Così V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell'Arbitro Bancario Finanziario*, cit., p. 11.

<sup>51</sup> Art. 2, comma 7, delib. CICR n. 275/2008.

<sup>52</sup> Art. 2, comma 8, delib. CICR n. 275/2008.

<sup>53</sup> V. *infra* § 2.3.

Il procedimento arbitrale ha natura rituale, ma le pronunce – come si è detto – non sono sentenze, non hanno quindi efficacia di titolo esecutivo<sup>54</sup>; non vincolano giuridicamente né il cliente né l'intermediario, i quali possono in ogni caso ricorrere alla giustizia ordinaria.

## 2.1. La competenza dell'ABF.

Nella disciplina dell'ABF i profili relativi alla competenza dell'organismo<sup>55</sup> sono intrinsecamente connessi a quelli di ammissibilità del ricorso<sup>56</sup>, onde la rilevanza che assume ai fini dell'effettività della tutela del cliente.

Per quanto concerne la competenza per materia e per valore, le Disposizioni della Banca d'Italia 2020 Sezione I, paragrafo 4, prevedono che *«all'ABF possono essere sottoposte tutte le controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono. Se la richiesta del ricorrente ha ad oggetto la corresponsione di una somma a qualunque titolo, la controversia rientra nella cognizione dell'ABF a condizione che l'importo richiesto non sia superiore a 200.000 euro»*, con un aumento del limite di valore originariamente fissato in 100.000 euro<sup>57</sup>.

Rientrano nell'ambito di competenza per materia dell'ABF le controversie relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari o servizi di pagamento, con esclusione delle controversie che riguardano servizi o attività con finalità di investimento<sup>58</sup> (art. 1, lett. b), della Delibera CICR), che invece sono rimesse alla competenza dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF)<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> Sotto questo profilo, può notarsi come l'ABF presenti delle caratteristiche simili ad altri organismi che, nel panorama internazionale, operano con modalità aggiudicativa, non vincolanti (tranne in alcuni casi, purché valgano specifiche condizioni, ad esempio l'accettazione da parte del cliente),

<sup>55</sup> Sulle competenze e sulla struttura dell'Arbitro Bancario Finanziario v. E. BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, cit.; A.V. GUCCIONE-C.A. RUSSO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2010, p. 475 ss.; S. RUPERTO, *L'arbitro bancario finanziario*, cit.; V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell'Arbitro Bancario Finanziario*, cit.; N. SOLDATI, *L'Arbitrato Bancario Finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, cit..

<sup>56</sup> V. M. MARINARI, *L'ambito soggettivo e oggettivo di competenza. I limiti temporali*, cit., p. 110, il quale osserva infatti che *«l'incompetenza, quindi, quale che ne sia la ragione, porta ad una pronuncia non semplicemente di incompetenza, ma di inammissibilità per incompetenza, salvo che per quanto riguarda l'ipotesi di incompetenza territoriale»*.

<sup>57</sup> La Delibera 29 luglio 2008, n. 275 del CICR, all'art. 2 originario prevedeva che l'ABF fosse competente a decidere questioni che *«vertono sull'accertamento di diritti, obblighi, facoltà, purché l'eventuale somma oggetto di contestazione non sia superiore a 100.000 euro»*.

<sup>58</sup> Si tratta delle fattispecie non assoggettate al Titolo VI del TUB, indicate dall'art. 23, comma 4, TUIF. Ad esempio la negoziazione o collocamento di titoli, la consulenza in materia di investimenti, la gestione di patrimoni.

<sup>59</sup> L'articolo 23, comma 4, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 esclude l'applicazione del titolo VI del T.U. ai servizi e alle attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari



Inoltre, la competenza dell'ABF è delimitata temporalmente: mentre nella disciplina previgente si escludevano i ricorsi presentati anteriormente al 1° gennaio, le *Disposizioni* hanno modificato la previsione escludendo che possano essere sottoposte all'ABF controversie relative ad operazioni o comportamenti anteriori al sesto anno precedente la proposizione del ricorso<sup>60</sup>.

La modifica si segnala per la maggiore praticità, oltre che per maggiore garanzia di effettività della tutela, in quanto consente più agevolmente la previsione oggettiva e preventiva dell'ambito di competenza temporale<sup>61</sup>.

Sono invece escluse le controversie che riguardano servizi o attività con finalità di investimento (ad esempio la negoziazione o collocamento di titoli, la consulenza in materia di investimenti, la gestione di patrimoni), che invece sono rimesse alla competenza dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF).

In diverse occasioni l'ABF ha avuto modo di precisare il perimetro della propria competenza per materia e per valore, in ragione degli equivoci insorti dalla formulazione normativa ove si fa riferimento quanto ad accertamento di diritti, facoltà e obblighi e al risarcimento del danno.

In particolare, sovente gli intermediari hanno contestato la competenza per materia dell'ABF per eccedenza rispetto all'importo indicato all'art. 3, par. 4, della Deliberazione CICR n. 275 del 2008, ma l'ABF ha chiarito che la competenza per valore indicata nella norma citata opera solo con riferimento alle eventuali domande di condanna al risarcimento del danno, mentre l'accertamento in sé del diritto, dell'obbligo o della facoltà può essere operato indipendentemente dal valore della richiesta risarcitoria<sup>62</sup>.

## 2.2. Tipologie di controversie.

Le possibili tipologie di controversie inerenti i rapporti tra banca e cliente possono essere suddivise in due categorie: le controversie che coinvolgono direttamente i rapporti tra il cliente e la banca, e che connotano lo specifico assetto

---

nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'art. 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I, del medesimo decreto legislativo. In ogni caso, ai sensi del citato art. 23, comma 4, alle operazioni di credito nonché ai servizi e conti di pagamento disciplinati dai capi I-bis, II, II-bis e II-ter del titolo VI del T.U. si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del medesimo T.U. Si richiama la competenza dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), istituito ai sensi del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, come modificato dal decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130 e disciplinato dal Regolamento Consob 4 maggio 2016. Il coordinamento tra ABF e ACF è rimesso a un protocollo di intesa.

<sup>60</sup> Cfr. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni*, cit., Sez. I, punto 4, p. 7.

<sup>61</sup> La limitazione temporale in questione non influisce in alcun modo sulla eventuale intervenuta prescrizione del diritto fatto valere dal ricorrente, come *expressis verbis* previsto dalla nota 2 all'art. 4 delle *Disposizioni*, che esclude la proponibilità del ricorso in tali ipotesi.

<sup>62</sup> V. ABF, Collegio di Roma, n. 17572/2018, vertente su un caso relativo ai SIC.

di interessi delle parti nel mercato, e le controversie che invece coinvolgono questioni relative all'allocazione delle responsabilità anche di soggetti terzi a seguito di condotte illecite<sup>63</sup>.

La prima categoria di controversie ricomprende, ad esempio, le questioni relative ai doveri di informativa precontrattuale, al credito al consumo<sup>64</sup>, alla concessione di finanziamenti, alla cessione del quinto dello stipendio<sup>65</sup>, alle operazioni su conto corrente; la seconda, invece, riguarda le vicende connesse all'impiego delle carte di credito e di debito, all'attività sui conti correnti a mezzo di *token*, al furto di identità e alle altre condotte – civilmente e/o penalmente rilevanti – che coinvolgono soggetti terzi<sup>66</sup>.

Tra le due individuate, l'indagine sarà focalizzata principalmente sulle prime, in quanto inquadrano dinamiche interne ai rapporti tra le parti considerate, per cui appare utile – ai fini del percorso di ricerca che si intende condurre – esaminare come l'esercizio delle funzioni di ADR dell'ABF possa incidere su tali dinamiche. Una delle questioni maggiormente problematiche investe il tema della trasparenza bancaria<sup>67</sup>.

L'arbitro bancario è stato chiamato subito in campo a controllare il rispetto della disciplina della trasparenza delle operazioni su servizi di pagamento – e in particolare ad applicare una disciplina di intensa tutela del cliente, utilizzatore dei servizi di pagamento, in ipotesi di illeciti penali – che, prevista dalla Direttiva sui servizi di pagamento è stata recepita nell'ordinamento nazionale dal D.lgs. n.10 del 2011. Mentre nella prassi contrattuale bancaria la responsabilità per i danni conseguenti al furto di una carta di credito e all'utilizzo abusivo dello strumento di pagamento per anni era venuta ad incidere sul cliente, la nuova disciplina ha invertito l'ottica di fondo. È l'intermediario che deve predisporre tutti i presidi per

---

<sup>63</sup> Per la distinzione si rimanda a R. DI RAIMO, *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura DI L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 212.

<sup>64</sup> Sul credito al consumo: F. QUARTA, *Il credito al consumo*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura DI L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 878 ss.

<sup>65</sup> Sulla cessione del quinto dello stipendio v. U. MALAVAGNA, *La cessione del quinto dello stipendio o della pensione e la delegazione di pagamento*, a cura DI L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 742 ss.

<sup>66</sup> Secondo la Relazione sull'attività dell'Arbitro bancario finanziario per l'anno 2019, pubblicata nel luglio 2020, e disponibile al seguente link: [https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/relazione-annuale/versione-italiana/Relazione\\_ABIF\\_2020.pdf](https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/relazione-annuale/versione-italiana/Relazione_ABIF_2020.pdf), negli ultimi anni la maggior parte delle controversie ha avuto ad oggetto questioni relative al conto corrente, alla portabilità dei servizi di pagamento, al diritto di ottenere copia della documentazione bancaria, alle estinzioni anticipate dei mutui, buoni fruttiferi, strumenti di pagamento, alle frodi informatiche, alle patologie negoziali, all'usura e all'anatocismo bancario.

<sup>67</sup> V. in argomento A.A. DOLMETTA, *Disciplina di trasparenza e principio di trasparenza*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura DI L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 193 ss.

il corretto funzionamento dei servizi di pagamento, in particolare rendere inaccessibili a terzi l'utilizzo degli strumenti di pagamento attraverso una adeguata protezione dei siti web, delle carte di debito e di credito. Pertanto, tranne che nell'ipotesi di dolo o colpa grave del cliente, che l'intermediario deve provare, è l'intermediario a rispondere, per una sorta di "responsabilità oggettiva" dei danni derivanti dall'"uso abusivo"<sup>68</sup>.

Le controversie aventi ad oggetto l'accesso al credito e la valutazione del merito creditizio ineriscono a contratti che vedono la banca quale controparte diretta, destinataria ultima degli effetti e non quale intermediario vero e proprio<sup>69</sup>. Come è stato opportunamente osservato, la maggior parte delle controversie relative ai temi in oggetto si risolvono nel binomio validità/invalidità del contratto<sup>70</sup>.

Le pronunce dell'ABF sull'argomento hanno denotato un'oscillazione tra le affermazioni di principio, in prima battuta della prospettiva di una tutela più effettiva dell'investitore, e le applicazioni pratiche dell'istituto della valutazione del merito creditizio.

Infatti, in linea di principio, è stato affermato che la *ratio* di fondo della previsione legislativa dell'obbligo di valutazione del merito creditizio «*non va ravvisata soltanto nell'esigenza di tutelare oggettivamente il mercato del credito*», e dunque in un'ottica prudenziale, ma anche – considerando il disposto dell'art. 124, comma 5, TUB – «*nella tutela di colui che ha formulato una richiesta di finanziamento, trattandosi di una valutazione che è anche funzionale alla concessione di un credito non eccessivo rispetto alle capacità finanziarie del cliente*»<sup>71</sup>.

Tuttavia, la posizione dei Collegi dell'ABF assunta in merito alle applicazioni pratiche della valutazione del merito creditizio sembra tradire le originarie premesse protezionistiche, là dove si nega la sussistenza di un dovere del finanziatore di valutare la convenienza dell'operazione di finanziamento per gli interessi del cliente finanziato. È stata, infatti, esclusa una responsabilità del finanziatore per sovra indebitamento, e un correlato obbligo di impedire o attenuare il verificarsi di ciò, sull'assunto che, diversamente, «*si porrebbe a carico del finanziatore un'obbligazione di tutela non prevista dall'ordinamento*»<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> In questo senso la decisione del Collegio di Coordinamento n. 2121 dell'8 aprile 2014.

<sup>69</sup> V. R. DI RAIMO, *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, cit., p. 211, il quale sottolinea che tali controversie ineriscono all' "antecedente fattuale dell'attività puramente bancaria", differenziandolo dall'antecedente fattuale dell'attività finanziaria, che invece vede la banca nel ruolo di vero e proprio intermediario e il rapporto intercorrente tra cliente e banca avente ad oggetto – per la maggior parte – prodotti emessi da soggetti terzi. Sicché, in quest'ultimo caso, la controparte del rapporto finanziario in senso stretto è l'emittente il cui titolo è stato acquistato dal cliente.

<sup>70</sup> V. R. DI RAIMO, *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, cit., p. 212.

<sup>71</sup> Cfr. ABF, Collegio di Roma, n. 153/2013; ABF, Collegio di Milano, n. 2464/2016.

<sup>72</sup> In termini ABF, Collegio di Bari, n. 16086/2018; conf. ABF, Collegio di Napoli, n. 1067/2018, che, nel confermare l'assenza di una siffatta obbligazione nel diritto positivo, ha escluso la possibilità di invocare «*più stringenti obblighi di informativa precontrattuale prescritti dal nuovo testo dell'art. 124 Tub [...] e di verifica del merito creditizio sanciti dall'art. 124-bis Tub*».

Tale approdo ermeneutico della disciplina sostanziale è ulteriormente aggravato dalle conseguenze che comporta sotto il profilo processuale: il mancato riconoscimento di uno specifico dovere di verifica dell'adeguatezza dell'operazione di finanziamento comporta regime probatorio largamente sfavorevole al consumatore, con imposizione in capo allo stesso dell'onere di provare la violazione dell'obbligo di valutazione del merito e di raccomandazione per la soluzione più adeguata per i suoi interessi finanziari.

In dottrina<sup>73</sup> si è tuttavia sottolineata l'erroneità di tale impostazione – che pare circoscrivere ai soli casi di patente violazione di buona fede una responsabilità del finanziatore – sostenendo di contro l'esistenza di un dovere di verifica della convenienza del finanziamento rispetto alla situazione finanziaria del cliente, la cui violazione determinerebbe un “eccesso di potere” dell'intermediario, che determinerebbe l'inefficacia degli atti posti in essere, suscettibile di essere conosciuta e dichiarata dal giudicante con pronuncia di accertamento.

Il riconoscimento di un dovere specifico in capo al finanziatore pare prospettarsi anche alla luce della più recente giurisprudenza in materia di obblighi di protezione, nel delicato bilanciamento tra «*autoresponsabilità del consumatore e responsabilità dell'intermediario*»<sup>74</sup>.

È stato opportunamente osservato che le pronunce dell'ABF in materia di valutazione del merito creditizio si sono poste in controtendenza rispetto alla giurisprudenza dei giudici europeo e nazionale ordinario<sup>75</sup>.

In particolare, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha offerto una lettura dell'istituto in chiave autonomistica, nel senso dell'indipendenza della disciplina quale strumento di tutela dell'interesse del consumatore, e ha specificato la sussistenza di un obbligo per l'intermediario di verificare il merito creditizio, se del caso anche attraverso la consultazione delle banche dati pertinenti<sup>76</sup>.

In questo modo, i giudici europei hanno enfatizzato non solo il profilo dell'*an* dell'obbligo in questione, ma anche quello del *quomodo*, ritenendo altresì che il giudice nazionale sia tenuto a verificare d'ufficio il rispetto di tale obbligo nella duplice dimensione rilevante e, in caso di valutazione negativa, trarne tutte le conseguenze derivanti sul piano del diritto nazionale.

-Rilevanti spunti provengono anche dalle controversie in materia di Sistemi di Informazioni Creditizie (SIC)<sup>77</sup>, ossia banche dati aventi ad oggetto richieste e/o rapporti riguardanti la concessione, nell'esercizio di attività professionale o commerciale, di un credito, di una dilazione di pagamento, di un pagamento

---

<sup>73</sup> V. ancora R. DI RAIMO, *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, cit., p. 226.

<sup>74</sup> R. DI RAIMO, *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, cit., p. 227.

<sup>75</sup> R. DI RAIMO, *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, cit., p. 222.

<sup>76</sup> V. CGUE, causa *OPR-Finance s.r.o. vs. GK*, C-679/2018, 5 marzo 2020.

<sup>77</sup> V. in argomento F. BRAVO, *I sistemi privati di informazione creditizia*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 229 ss.

differito, di un finanziamento o altra simile operazione, gestite da persone giuridiche, associazioni o altri organismi di diritto privato<sup>78</sup>.

Rispetto a tali controversie, si segnalano due questioni di particolare rilievo, relative all'ambito soggettivo di applicazione della disciplina. L'ABF ha infatti condotto un'operazione ermeneutica tale da assicurare l'applicazione dell'obbligo di preavviso di segnalazione negativa anche nel caso di persone fisiche che non abbiano formalmente lo *status* di consumatore perché, nei rapporti con l'intermediario segnalante, agiscono nell'ambito di un'attività imprenditoriale o professionale<sup>79</sup>.

Infine, si segnala che talune controversie sono sorte in relazione alla competenza per materia dell'ABF, in ragione della specificità che dovrebbe essere riconosciuta alla luce della fonte che disciplina le SIC. Con specifico riguardo alle controversie in materia di SIC, l'ABF, nel rigettare le eccezioni di incompetenza per materia in favore della competenza del Garante per la protezione dati personali in ragione della natura del rapporto giuridico oggetto di controversia, nonostante il fatto che la fonte regolativa l'istituto sia un provvedimento del Garante privacy.

### **2.3. Poteri di cognizione e di decisione dell'ABF.**

L'interrogativo che si pone quanto ai poteri di cognizione e di decisione dell'ABF attiene a due differenti profili.

Da un lato, infatti, si pone la questione della portata applicativa della previsione della competenza *ratione materiae* dell'ABF; dall'altro, la questione della sussistenza e della latitudine dei poteri ufficiosi dell'ABF.

Quanto al primo profilo, valgono due ordini di considerazioni.

La prima, che vale a delimitare l'ambito della cognizione dell'ABF, in quanto l'art. 2, comma 5, delib. CICR n. 275/2008, prevede che siano esclusi dalla cognizione dell'organo decidente i danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario, nonché le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto fra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti a esso collegati.

Se la prima parte della disposizione, che impone al cliente, nella formulazione del ricorso all'organo decidente, d'indicare i danni che ritiene di avere patito e di specificare per quale ragione essi sono conseguenza immediata e diretta

---

<sup>78</sup> V. art. 2, comma 2, lett. c) del Codice di condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità dei pagamenti, adottato dal Garante per la protezione dei dati personali con provvedimento n. 163 del 12 settembre 2019. I SIC erano già disciplinati da un precedente Codice deontologico adottato con provvedimento del Garante privacy n. 8 del 16 novembre 2004.

<sup>79</sup> Cfr. ABF, Coll. coord., n. 9311/2016.

dell'inadempimento dell'intermediario<sup>80</sup>, non pone particolari criticità, è la seconda parte che desta perplessità in quanto vale a circoscrivere significativamente la competenza dell'ABF ai soli beni o servizi bancari e finanziari, con apparente esclusione di tutte le questioni e operazioni economiche connesse.

Inoltre, come anticipato<sup>81</sup>, la circostanza che solo il cliente possa ricorrere all'ABF ha riflessi anche sull'ampiezza del *thema decidendum* rimesso al collegio. Al riguardo, è stato infatti ritenuto in dottrina è precluso alla banca presentare domande riconvenzionali all'ABF: il fatto che l'intermediario non possa rivolgersi all'ABF gli impedisce anche di estendere, per via riconvenzionale, l'ambito della decisione che deve essere assunta da tale organo<sup>82</sup>.

Tale conclusione sembra essere avvalorata anche dal Collegio di coordinamento il quale ha recentemente chiarito che i limiti di cognizione dell'ABF sono definiti dalla domanda formulata dalla parte ricorrente e dalle argomentazioni di segno contrario addotte dalla parte resistente<sup>83</sup>. Ne consegue che l'ABF si limiterebbe a esaminare la fondatezza della pretesa fatta valere dal cliente e le eccezioni in senso tecnico al riguardo sollevate dall'intermediario, senza possibilità di decidere in merito a eventuali separate pretese fatte valere dalla banca<sup>84</sup>.

La seconda considerazione investe, invece, i limiti oggettivi dei poteri decisorii dell'ABF, atteso che dalla disciplina di delimitazione della competenza<sup>85</sup> si desume che, quanto al *petitum* immediato, i poteri dell'organo decidente sono limitati alle pronunce di accertamento e alle pronunce condannatorie, con esclusione, quindi, a pena di inammissibilità, di pronunce costitutive.

Quanto al secondo profilo si pone la questione della possibilità di configurare in capo all'ABF il potere di controllo officioso sulla vessatorietà delle clausole contenute nei contratti tra cliente e intermediario, nonché sulla invalidità (per ragioni diverse dalla vessatorietà) di una clausola o dell'intero contratto, e sull'equilibrio economico e giuridico del contratto.

Può osservarsi che, da un punto di vista della delimitazione *ratione materiae* della competenza dell'ABF, non paiono esservi preclusioni, posto che l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà implicherebbe una facoltà di conoscere – quantomeno *incidenter tantum* – della fattispecie costitutiva degli stessi e, dunque, anche di

---

<sup>80</sup> Quanto alla disciplina del risarcimento del danno si ritiene pacificamente che possano trovare applicazione le disposizioni del c.c.

<sup>81</sup> V. *supra* § 2

<sup>82</sup> Così V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell'Arbitro Bancario Finanziario*, cit., p. 8.

<sup>83</sup> Cfr. ABF, Coll. coord., n. 10929 del 15 dicembre 2016.

<sup>84</sup> In questo senso pare esprimersi anche G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, p. 1220, laddove rileva che il provvedimento dell'ABF è «una decisione il cui contenuto ... non può mai andare al di là dell'oggetto della domanda dell'istante».

<sup>85</sup> V. *supra* § 2.1.

eventuali vizi che ne abbiano impedito il perfezionamento o che abbiano comunque comportato l'estinzione.

In linea generale, in ottemperanza al generale principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, e come recentemente chiarito anche dal richiamato Collegio di coordinamento<sup>86</sup>, i limiti di cognizione dell'ABF sembrerebbero escludere che l'arbitro possa esaminare situazioni fattuali diverse da quelle rappresentate dalle parti interessate<sup>87</sup>, a presidio della terzietà dell'arbitro<sup>88</sup>.

In ogni caso, dalla riconosciuta applicabilità al procedimento dinanzi all'ABF dei principi del processo civile, dovrebbe ritenersi che non dovrebbero esservi ostacoli all'applicazione del principio del contraddittorio, declinato anche ai sensi dell'art. 101 c.p.c. come possibilità per il collegio dell'ABF di rilevare le questioni d'ufficio, sempreché abbia sollecitato il contraddittorio – documentale – delle parti sul punto<sup>89</sup>.

Ne consegue che nella misura in cui per l'autorità giudiziaria ordinaria si ritiene ammissibile il controllo ufficioso sulla vessatorietà dei termini contrattuali e/o sulla nullità o risolubilità del contratto<sup>90</sup>, l'ABF potrà rilevare la relativa questione d'ufficio e sottoporla al contraddittorio tra le parti.

In tal senso si è pronunciato recentemente il Collegio di coordinamento dell'ABF<sup>91</sup>, con una pronuncia in materia di nullità dei contratti a valle di intese restrittive della concorrenza (a monte), seguita – seppur con una consistente differenza, di cui si darà atto *infra* – dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>92</sup>.

In quell'occasione l'Arbitro, constatata la violazione della norma imperativa e la conseguente nullità delle clausole che riproducevano le disposizioni dello schema contrattuale uniforme predisposto dall'ABI, ha confermato la tesi della «nullità

---

<sup>86</sup> ABF, Coll. coord., n. 10929 del 15 dicembre 2016.

<sup>87</sup> ABF, Coll. coord., n. 10929/2016, ha infatti precisato che «*sebbene l'arbitro abbia il potere-dovere di interpretare la domanda, nel senso di enucleare tutte le possibili implicazioni che vi sono contenute, si tratta di un potere-dovere che non può esorbitare dai limiti dell'interpretazione (cioè della decrittazione della volontà del ricorrente) per estendersi ad una interpretazione "integrativa" o "additiva", nel senso di esaminare situazioni di fatto non ricavabili dal tenore della domanda*».

<sup>88</sup> ABF, Coll. coord., n. 22745/2019.

<sup>89</sup> ABF, Coll. coord., n. 10929/2016 secondo cui al di fuori delle ipotesi della rilevabilità d'ufficio normativamente prevista, all'arbitro non è consentito esaminare questioni su cui non abbia sollecitato il contraddittorio delle parti.

<sup>90</sup> V., con riferimento all'arbitrato rituale, E. GABRIELLI, *Il contenzioso dei contratti e l'arbitrato interno*, in *Riv. arb.*, 2, 2021, p. 209 ss., spec. 240. L'a. evidenzia infatti che rientra nei poteri di controllo ufficioso degli arbitri quello di poter affrontare, secondo l'ordine logico delle questioni, anzitutto l'accertamento della sussistenza dei requisiti della nullità o risolubilità del contratto.

<sup>91</sup> Cfr. ABF, Coll. coord., 19.08.2020, n. 14555.

<sup>92</sup> V. Cass. civ., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, con nota di G. TARANTINO, *Fideiussioni redatte secondo lo schema ABI: contratto salvo, nulle solo le clausole 'anticoncorrenziali'*, in *Diritto & Giustizia*, 246, 2021, p. 11 ss. Nel caso oggetto di pronuncia delle Sezioni Unite venivano in rilievo alcune clausole inserire in contratti di fideiussione omnibus stipulati e redatti a valle secondo gli schemi predisposti dell'ABI e ritenuti parzialmente nulli dall'Autorità Garante in violazione dell'art. 2 L. n. 287/1990.

*parziale del contratto a valle, la quale è assoggettata alla disciplina generale dettata dall'art. 1419 cod. civ»*, incluso il regime della nullità parziale nel caso di clausole accessorie, per tali intendendosi quelle che «*ove [...] non fossero state apposte al contratto, quest'ultimo avrebbe comunque avuto un oggetto determinato o determinabile*». Inoltre, quanto al regime di l'ABF ha riconosciuto che

Il Collegio ha inoltre affermato che la nullità può essere fatta valere solo dal ricorrente, che è rilevabile d'ufficio nel suo interesse, e che egli può domandare la restituzione delle prestazioni previste nel contratto, se nel frattempo eseguite. Infine si è riconosciuto che la banca che ha aderito all'intesa anticoncorrenziale risponderà del danno cagionato a titolo di responsabilità extracontrattuale.

A seguire, la giurisprudenza di legittimità, risolvendo l'annosa *querelle* circa la tipologia di rimedio attivabile dal cliente colpito a valle da un'intesa restrittiva della concorrenza (a monte) nel caso di contratti meramente consecutivi all'intesa<sup>93</sup>, ha seguito la strada della nullità, come indicata dall'ABF, ma ritenendo che il vizio che inficiasse tali contratti fosse non già la nullità "generale" di cui al c.c., bensì una «*nullità speciale*», posta – *attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e della L. n. 287 del 1990, art. 2, lett. a) – a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell' "ordine pubblico economico"*; dunque «*nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva*», in ragione del fatto che «*colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un "nesso funzionale", non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale. La ratio di tale speciale regime - come detto - è da ravvisarsi nell'esigenza di salvaguardia dell' "ordine pubblico economico", a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed Europee antitrust*»<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> La questione sottoposta all'attenzione del giudice di legittimità riveste particolare rilievo in quanto i contraenti dei negozi a valle sono soggetti giuridicamente distinti dall'ABI, che aveva originariamente predisposto le clausole fideiussorie poi tacciate di nullità per contrasto con gli artt. 3, comma 2, lett. a) l. n. 287/1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. I cd. contratti a valle di un'intesa restrittiva della concorrenza possono distinguersi in due categorie: a) contratti attuativi dell'intesa, posti in essere tra i partecipanti all'intesa o tra i partecipanti all'associazione che ha concluso l'intesa e b) contratti meramente consecutivi all'intesa, stipulati non necessariamente tra i cartellisti tra di loro, bensì tra i cartellisti e soggetti terzi (tipo consumatori) oppure tra un soggetto terzo (che trae vantaggio dal cartello illecito) e i clienti finali.

Relativamente ai primi non può dubitarsi della loro nullità (strutturale), perché si tratta di contratti che hanno lo stesso oggetto e la stessa causa illecita dell'intesa e sono diretti a dargli puntuale attuazioni. Con riguardo ai secondi, invece, si è per lungo tempo dubitato della loro validità o meno, poiché non sono illeciti di per sé né quanto alla causa né quanto all'oggetto, ma potrebbero esserlo solo in quanto correlati all'intesa a monte; e tuttavia, come evidenziato, non sussiste un collegamento giuridico negoziale tra intesa e contratto, bensì solo un collegamento funzionale di tipo meramente economico, sicché si è dubitato della possibilità di applicare il regime della nullità.

<sup>94</sup> Cass. civ., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, par. 2.17. La pronuncia in esame, oltre a riconoscere espressamente la possibilità per il giudice di dichiarare la nullità (parziale) dei contratti a valle in ragione del nesso funzionale con l'intesa anticoncorrenziale a monte, nonostante la non coincidenza soggettiva (e neppure oggettiva), assume rilievo sotto altro interessante profilo: il riconoscimento di una nullità in ragione dell'ordine pubblico economico. La prospettiva adottata dal giudice di legittimità è, dunque, pubblicistica, senza che venga in rilievo l'ordine pubblico di



Indagando l'effetto di tale utilizzo della nullità *ex art. 1418 c.c.* come una sorta di "clausola generale", dal punto di vista della tutela sostanziale dell'investitore può rilevarsi, da un lato, che è certamente apprezzabile il riconoscimento di una protezione "rafforzata" quale quella assicurata sia dalla parzialità della nullità del contratto sia dal regime processuale di nullità<sup>95</sup>, dall'altro lato però il rischio è quello di frustrare il principio di certezza del diritto. Infatti, secondo la lettura della nullità che è stata data dai giudici di legittimità con riguardo ai casi di contratti a valle, lo stesso regime di rilevabilità ufficiosa è sottoposto ad una sorta di "valutazione di interessi", discrezionale, da parte del giudice.

In altri termini, posto che il giudice potrà rilevare d'ufficio la parzialità della nullità (ma non dichiararla, se l'originaria domanda di parte era nella direzione della nullità totale), e posto che tale nullità consegue alla contrarietà all'"ordine pubblico economico", è rimesso al giudice – e non all'investitore, parte debole del rapporto contrattuale – valutare in concreto gli interessi in gioco e decidere se sussiste o meno un'ipotesi di nullità.

Tale categoria di nullità, dunque, a differenza della nullità *cd. protezionistica* della legislazione speciale si rivela suscettibile di ampliarsi o restringersi in assenza di una puntuale previsione normativa, e che consente al giudice di decidere se c'è o meno nullità sulla base della valutazione degli interessi in gioco e della proporzionalità.

Può osservarsi che questa giurisprudenza dei valori o degli interessi rischia tuttavia di allontanarsi dai canoni di razionalità economica che dovrebbero presiedere le decisioni *in subiecta materia*, al fine di assicurarne anche la prevedibilità. Sotto questo profilo, è significativo che la categoria di nullità enucleata per via pretoria dalla richiamata giurisprudenza sia sottoposta ad una valutazione generalizzata di proporzionalità e di interessi in gioco, ma il punto di riferimento sia l'ordine pubblico economico.

Da un lato, ciò implica che l'ordine pubblico di protezione possa, in qualche modo, ricevere una tutela indiretta là dove la protezione dell'investitore passi per la necessità del ripristino della razionalità economica generale dell'operazione vietata (avendo cioè riguardo all'intesa e non ai contratti a valle).

Dall'altro, appaiono fondate le preoccupazioni circa la scarsa considerazione delle valutazioni di proporzionalità relative ai contratti a valle: mentre nella nullità parziale dei settori speciali ha quale parametro di valutazione l'interesse primario del soggetto debole alla conclusione del contratto in assenza della clausola nulla. Sicché la valutazione circa l'efficacia caducante o meno, dell'intero contratto, della singola clausola viene operata alla stregua dell'interesse del soggetto debole al

---

protezione dell'investitore. Infatti, si esclude espressamente che la nullità *de qua* rientri nelle categorie "che il sistema già conosceva", incluse dunque le nullità *cd. protezionistiche*.

<sup>95</sup> Sotto questo profilo, la giurisprudenza sulle clausole di fideiussione *omnibus* si pone in linea con le soluzioni positive già adottate in materia di nullità di protezione: cfr. le richiamate sentenze.

mantenimento del rapporto contrattuale; fatta salva la buona fede della parte debole, come dimostra la giurisprudenza in materia di contratti quadri e nullità dei singoli ordini di investimento.

Quanto, infine, alla possibilità dell'ABF di effettuare un controllo ufficioso su elementi di squilibrio contrattuale, nella prospettiva di ripristinare le originarie asimmetrie, permangono alcune perplessità.

*In primis* in ragione della stessa struttura del procedimento dinanzi all'ABF, che osterebbe ad un intervento integrativo-sostitutivo da parte del collegio sia perché non è consentita una pronuncia di tipo costitutivo sia perché non è possibile per l'intermediario introdurre domande riconvenzionali, e sovente l'esigenza di riequilibrio sorge in virtù di contrapposte pretese azionate in giudizio.

In secondo luogo e in via generale si osserva che la possibilità di intervenire sull'assetto di interessi predisposto nel regolamento contrattuale dalle parti è riconosciuta al giudice ordinario da disposizioni aventi carattere eccezionale, quindi difficilmente se ne potrebbe consentire un'applicazione analogica anche alla luce della natura non giurisdizionale del procedimento dinanzi all'ABF.

## **2.4. Fase procedimentale.**

Nella prospettiva che avvicina il sistema ABF ad un vero e proprio processo, si ritiene unanimemente che trovino applicazione i principi generali del processo civile<sup>96</sup>. muove anche il riconoscimento dell'operare, in quel procedimento, dei principi generali del processo civile.

Infatti, sono stati ritenuti applicabili, infatti, il principio della domanda, il principio del contraddittorio, il principio di terzietà del Collegio, il principio di disponibilità delle prove, l'onere di allegazione e della prova, il principio di non contestazione. In modo più generale, il Collegio di Coordinamento ha ribadito che in assenza di una specifica e dettagliata disciplina procedimentale, il giudizio dinanzi all'ABF deve necessariamente rispettare i principi del vigente sistema processuale civile e che il principio della domanda e del contraddittorio sono fondamentali, sicché devono informare anche il procedimento ABF<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> In argomento v. I. PAGNI, *L'arbitro bancario finanziario: natura e funzioni di uno strumento particolare per la risoluzione delle controversie*, cit., p. 13 ss.

<sup>97</sup> Così, ancora, ABF, Coll. coord., n. 10929/2016.; v. inoltre ABF, Coll. coord., n. 8049/2019.

Inoltre, trovano applicazione regole analoghe a quelle dettate dalla disciplina processualciviltistica generale in punto di litispendenza e di *ne bis in idem*<sup>98</sup> anche se l'accertamento compiuto dal Collegio non fa stato tra le parti<sup>99</sup>.

Parimenti, vengono in rilievo le condizioni dell'azione e i presupposti processuali relativi al giudice e alle parti, sebbene il difetto di competenza sia declinato in termini di inammissibilità o di irricevibilità della domanda e il difetto di legittimazione, quando è riferito al modo in cui la disciplina circoscrive, dal punto di vista soggettivo, i titolari dei rapporti giuridici su cui i Collegi sono chiamati a pronunciarsi, sia utilizzato in modo improprio, dato che il requisito dell'essere cliente o intermediario individua norme di competenza in senso stretto, che niente hanno a che vedere con la legittimazione<sup>100</sup>.

Infine, nella prospettiva di equo bilanciamento dei poteri processuali delle parti in lite, si ritiene che operino sia il divieto di frazionamento del credito<sup>101</sup> e il dovere di collaborazione richiesto all'intermediario, che va oltre il limite del dovere di lealtà dell'art. 88 c.p.c. e il potere di rilevare l'eventuale incompletezza della documentazione fissando un termine per l'integrazione.

Le recenti modifiche del procedimento dinanzi all'ABF, intervenute con le nuove *Disposizioni* della Banca d'Italia dell'agosto 2020 hanno accentuato le garanzie del contraddittorio, attraverso il riconoscimento di poteri processuali ulteriori in capo al cliente e maggiori garanzie di effettività della tutela.

Da un lato, vengono introdotti nuovi poteri processuali per il cliente.

Già in precedenza l'avvio del procedimento avveniva mediante la presentazione, da parte dal cliente oppure, per conto di questi, da un'associazione di categoria alla quale il cliente aderisca, dal rappresentante legale o da un soggetto munito di procura, del ricorso e la trasmissione tempestiva all'intermediario, il quale, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione, può inviare alla competente segreteria tecnica, le proprie controdeduzioni unitamente a tutta la documentazione utile ai fini della valutazione del ricorso, ivi compresa quella relativa alla precedente fase di reclamo.

Fermo restando che l'istruttoria mantiene il suo carattere documentale, adesso, è altresì previsto che entro il termine perentorio di venticinque giorni dalla ricezione

---

<sup>98</sup> Cfr. ABF, Coll. coord., n. 3962/2012; ABF, Coll. coord., n. 26525/2019, che ha precisato il significato dell'affermazione, contenuta nella pronuncia del 2012, secondo cui il fatto che la decisione ABF non faccia stato fra le parti né impedisca ad esse di ricorrere ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri interessi, non significa che sia ammissibile la proposizione di un nuovo ricorso che tenda a modificarla.

<sup>99</sup> Il che, come evidenziato da I. PAGNI, *L'arbitro bancario finanziario: natura e funzioni di uno strumento particolare per la risoluzione delle controversie*, cit., p. 11, esclude anche la necessità di una integrazione del contraddittorio ex art. 102 c.p.c.

<sup>100</sup> V. ancora I. PAGNI, *L'arbitro bancario finanziario: natura e funzioni di uno strumento particolare per la risoluzione delle controversie*, cit., p. 12.

<sup>101</sup> ABF, Coll. coord., n. 8226/2015; ABF, Coll. Napoli, n. 1134/2021.

delle controdeduzioni, il cliente possa trasmettere, a propria volta, una memoria di replica, nella quale, in linea con le regole del processo civile, non potrà ampliare la domanda iniziale. L'intermediario potrà a propria volta trasmettere una memoria di controreplica entro il termine perentorio di quindici giorni dalla ricezione delle repliche del ricorrente, ma non potrà proporre ulteriori eccezioni processuali e di merito relative alle circostanze, già esposte nell'atto introduttivo, che non siano state oggetto di contestazione nelle controdeduzioni, né può formulare domande riconvenzionali<sup>102</sup>.

In questo modo, come è stato osservato, la procedura dinanzi all'ABF ha assunto un carattere più marcatamente processuale, che ne accentua la funzione decisoria<sup>103</sup>, sebbene rispetto ad un giudizio arbitrale rituale, il procedimento dinanzi all'ABF si caratterizza per preclusioni maggiori, tanto temporali quanto con riferimento a tipologia e contenuto delle memorie.

Dall'altro lato, le nuove Disposizioni prevedono che il Presidente del Collegio possa formulare alle parti una proposta per una soluzione anticipata della lite su base concordata<sup>104</sup>, nei casi in cui sulla questione oggetto del ricorso esista un consolidato orientamento dei Collegi che comporti l'accoglimento non integrale della domanda<sup>105</sup>. In questo modo il cliente è posto nella condizione di scegliere la miglior forma di tutela, anche alla luce degli orientamenti invalsi presso l'ABF: in caso di mancata adesione alla soluzione proposta o in assenza di comunicazioni delle parti entro questo termine, la trattazione del ricorso prosegue davanti al Collegio per la decisione<sup>106</sup>; viceversa, laddove le parti aderiscano alla soluzione proposta dal Presidente, ne segue la declaratoria della cessazione della materia del contendere. Sono previste conseguenze diverse, a seconda dei casi, quando sia il ricorrente a non addivenire alla soluzione anticipata della lite e la decisione accolga il ricorso sostanzialmente nei termini di cui alla proposta del Presidente, o quando invece il fallimento della soluzione sia riconducibile al solo intermediario o a entrambe le parti.

---

<sup>102</sup> V. sulla impossibilità per l'intermediario di proporre domande riconvenzionali, già prima della riforma, V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisori dell'Arbitro Bancario Finanziario*, cit., p. 8.

<sup>103</sup> Così I. PAGNI, *L'arbitro bancario finanziario: natura e funzioni di uno strumento particolare per la risoluzione delle controversie*, cit., p. 8.

<sup>104</sup> Le Disposizioni 2020 escludono espressamente che la proposta per una soluzione anticipata della lite su base concordata rientri nell'ambito di applicazione degli artt. 11 e 12 del d.lgs. n. 28/2010 (p. 24); e anche la dottrina ha evidenziato che l'introduzione della proposta del Presidente non comporta in alcun modo l'attribuzione al sistema ABF della natura di strumento di composizione negoziale della lite, restando, quello dell'Arbitro, un giudizio in cui si accertano diritti e obblighi: così I. PAGNI, *L'arbitro bancario finanziario: natura e funzioni di uno strumento particolare per la risoluzione delle controversie*, cit., p. 9, la quale osserva peraltro che la proposta di conciliazione è prevista del resto anche nel sistema della giurisdizione, all'art. 185-bis c.p.c.

<sup>105</sup> V. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni*, cit. p. 24.

<sup>106</sup> La vocazione *investor-oriented* della disposizione è confermata anche dalla diversità di conseguenze previste per la mancata adesione da parte dell'investitore ovvero dell'intermediario: v. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni*, cit. p. 24.

Quanto all'istruzione probatoria, si segnala anzitutto che le norme che regolano la procedura ABF non contengono una disciplina organica sulla prova, né sulla ripartizione dell'onere probatorio, ma contengono un rinvio alle disposizioni di legge di carattere generale.

Così, il quadro normativo entro cui ci si muove per individuare la disciplina della prova nel procedimento ABF è costituito dalle disposizioni "comuni" del codice civile e del codice di procedura civile, oltre alle disposizioni "speciali" – *i.e.* dettate dai regolamenti –, tra le quali emergono in particolare le richiamate "*Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*".

Quanto alle disposizioni generali, è oramai superata la questione della compatibilità delle specificità del procedimento dinanzi all'ABF rispetto ai principi del processo civile, grazie all'intervento, sul punto, del Collegio di coordinamento dell'ABF che ha individuato, con la decisione del 12 giugno 2017, le linee guida per il coordinamento tra la disciplina processuale comune e la disciplina speciale.

In particolare, si ritiene che trovino applicazione il principio di acquisizione, il principio della vicinanza della prova e i modi di integrazione della *cd. semiplena probatio*.

Quanto, invece, alle disposizioni speciali di settore, emerge dalle richiamate *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari* che il procedimento dinanzi all'ABF non prevede l'assistenza di un difensore legale ed è un procedimento ad istruttoria esclusivamente documentale<sup>107</sup>, il che limita fortemente l'operatività del rinvio alle disposizioni generali<sup>108</sup>.

La procedura dinanzi all'ABF prevede l'intervento di una struttura del tutto peculiare, costituita dalla Segreteria Tecnica, istituita presso ciascuno dei sette Collegi territoriali. Tale struttura è composta da personale della Banca d'Italia, che provvede non solo a tutte le operazioni di carattere tecnico di registrazione e di gestione dei ricorsi e della relativa documentazione e delle decisioni (operazioni, peraltro, svolte telematicamente), ma anche a fornire un decisivo supporto tecnico per le attività di decisione dell'ABF.

Infatti, le Segreterie Tecniche predispongono le relazioni riepilogative prodromiche all'attività del Collegio, contenenti atti e documenti rilevanti per la decisione, i documenti trasmessi dalle parti, le disposizioni di legge pertinenti, la

---

<sup>107</sup> Secondo quanto previsto dalla Sezione VI "Procedimento e decisione", par. 3, p. 25 delle richiamate Disposizioni «*La decisione sul ricorso è assunta sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca*».

<sup>108</sup> Tuttavia, come è stato osservato, non può escludersi il ricorso alla testimonianza scritta, che risulta essere stata utilizzata in alcuni giudizi dinanzi all'ABF: cfr. M. MARINARI, *Ulteriori questioni processuali: in particolare i rapporti con altri procedimenti e l'onere della prova*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLIO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 147.

giurisprudenza ordinaria e arbitrale rilevante per il caso concreto; inoltre, sono titolari di autonomi poteri istruttori<sup>109</sup>.

Inoltre, il Collegio è titolare di poteri ufficiosi di istruttoria, in quanto può formulare richieste di integrazione della documentazione, secondo i principi fissati dal Collegio di coordinamento del 2017<sup>110</sup>.

La previsione di poteri istruttori ufficiosi per l'ABF costituisce una particolare garanzia a presidio della posizione dell'investitore ricorrente, soprattutto a fronte della tendenziale inerzia degli intermediari alla *disclosure* della documentazione informativa. Si pone, peraltro, in linea con il normativo generale nel quale emerge il rilievo attribuito all'intervento di soggetti diversi dal ricorrente per sanare le eventuali incompletezze del ricorso e giungere comunque ad una decisione di merito.

La normativa regolamentare di settore prevede espressamente che in caso di assenza della documentazione dovuta dall'intermediario, anche a seguito di eventuali richieste di integrazioni da parte del Collegio, l'organo decidente valuta la condotta dell'intermediario sotto il profilo della mancata cooperazione di quest'ultimo allo svolgimento della procedura, anche ai fini della pubblicazione dell'inadempimento<sup>111</sup>.

Inoltre, l'art. 7 del Regolamento ACF prevede espressamente che il Collegio – incluso quello di coordinamento – ha il potere di richiedere ulteriori elementi istruttori alle parti, ma non terrà conto della documentazione pervenuta oltre i termini perentori previsti. Inoltre, il collegio di coordinamento può, in relazione alla rilevanza della questione, chiedere alle parti di presentare ulteriori memorie, anche con il supporto delle associazioni di categoria.

Infine, a presidio di una completa valutazione degli elementi probatori, il Collegio è titolare di un potere di sospendere il procedimento qualora ritenga necessaria un'integrazione dell'istruttoria.

## 2.5. Fase decisoria.

---

<sup>109</sup> L'art. 6 della Deliberazione CICR del 29 luglio 2008 prevede che «*La segreteria tecnica svolge un'istruttoria preliminare diretta a valutare la sussistenza dei presupposti per la sottoposizione del ricorso al collegio. La segreteria tecnica, nell'ambito dei compiti ad essa attribuiti dalla Banca d'Italia, può chiedere ulteriori elementi alle parti, fissando un termine massimo per la loro produzione*». Inoltre, l'art. 11, comma 3, del Codice deontologico per i componenti dell'organo decidente prevede che «*i componenti dei collegi esaminano adeguatamente i fatti gli argomenti prospettati dalle parti nonché l'istruttoria tecnica predisposta dalla segreteria*».

<sup>110</sup> ABF, Coll. coord., n. 7716/2017, con commento di M. MARINARI, *La disciplina dell'onere della prova nel procedimento ABF*, in *Società*, 2018, p. 489 ss.

<sup>111</sup> V. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni*, cit., Sezione VI "Procedimento e decisione", par. 1, p. 22.

La decisione deve essere assunta dall'ABF applicando le previsioni di legge e regolamentari, nonché gli eventuali codici di condotta cui l'intermediario aderisca<sup>112</sup>: la decisione viene presa secondo diritto, il che vale ad escludere il possibile ricorso all'equità<sup>113</sup>, in linea con le previsioni processuali generali che per l'autorità giudiziaria indicano quale regola generale la pronuncia sulla base di norme di diritto (art. 113, comma 1, c.p.c.), mentre il ricorso all'equità è consentito nei pochi casi previsti dall'art. 113, comma 2, e 114 c.p.c.

Si ritiene generalmente applicabile il principio della ragione più liquida<sup>114</sup>.

Una delle questioni che si è maggiormente posta con riguardo all'ABF e all'effettività della tutela per l'investitore concerne l'*enforcement* delle decisioni dell'arbitro.

Come si è anticipato, la decisione definitiva dell'ABF non ha valore vincolante in senso tecnico, né costituisce titolo esecutivo<sup>115</sup>: non partecipa delle caratteristiche proprie della sentenza del giudice ordinario o del lodo dell'arbitro rituale, non essendo idonee ad acquisire autorità di cosa giudicata<sup>116</sup> né partecipando del carattere dell'esecutività.

La questione dell'*enforcement* riporta a quella – più generale – della natura delle decisioni assunte dall'ABF e della vincolatività delle stesse.

Secondo un primo orientamento, la decisione costituisce solo un atto conclusivo di un procedimento, in ragione del fatto che è priva dei caratteri tipici di una sentenza e in quanto il collegio dell'ABF non è investito dalle parti coinvolte (intermediari e cliente) del potere di decidere, ma solo di orientare la soluzione della controversia, definendola.

Secondo tale impostazione, dalla decisione dell'ABF non può derivare alcun nuovo diritto delle parti suscettibile di tutela innanzi all'A.G.O., né alcun corrispondente obbligo di adempimento, con la specifica conseguenza che, qualora l'intermediario non rispetti la delibera dell'ABF, il cliente non può far valere l'inadempimento in quanto tale, nei confronti dell'intermediario, innanzi al giudice o all'arbitro<sup>117</sup>.

---

<sup>112</sup> Cfr. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni*, cit. p. 6.

<sup>113</sup> Cfr. M. MAFFUCCINI, *Equità del giudice e potere arbitrario tra storia e attualità: riflessioni a margine di Corte cost. 6.7.2004, n. 206 e di Cass. 11.1.2005, n. 382*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 56 ss.; R. MARTINO, *Decisione equitativa e "principi informativi della materia"*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1353 ss.

<sup>114</sup> In questo senso v. ABF, Coll. coord., n. 6142/2020.

<sup>115</sup> Nonostante l'accostamento, ma ai soli fini della condizione di procedibilità, alla mediazione, contenuto nell'art. 5, c. 1-*bis*, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

<sup>116</sup> L'inidoneità della decisione dell'ABF ad acquisire autorità di cosa giudicata non esclude, tuttavia, che operi un principio di *ne bis in idem* rispetto al ricorso stesso: sicché, a procedimento concluso, sarà inibito al ricorrente presentare un nuovo ricorso per lo stesso motivo (identità di *petitum*, *causa petendi* e parti in causa). V. anche *supra* § 1.2.

<sup>117</sup> Si è così giunti a sostenere che l'atto conclusivo del procedimento innanzi all'ABF non produrrebbe alcun effetto giuridico tra le parti, neppure quelli propri del lodo irrituale ex art. 1372 c.c.; non potendo qualificarsi una «*determinazione contrattuale*» ex art. art. 808-*ter* c.p.c.: cfr. F. AULETTA, *Arbitro bancario e finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*,

In base ad una seconda impostazione, che comunque muove dal carattere non decisorio del provvedimento conclusivo dinanzi all'ABF, la decisione dell'ABF è stata parificata ad un mero parere<sup>118</sup> o responso<sup>119</sup>, avente valore meramente orientativo e di “pre-cognizione” rispetto agli orientamenti della giurisprudenza<sup>120</sup>. Tuttavia, altra parte della dottrina<sup>121</sup> ritiene che le controversie decise dall'ABF abbiano un ruolo “autenticamente decisorio”, in quanto le relative pronunce sono rese da un soggetto in posizione *super partes*, con applicazione delle norme di diritto, e la configurazione del procedimento stesso – grazie alle garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria – consente di inferire una maggiore somiglianza con i procedimenti giurisdizionali. Ove l'intermediario non si adegui alla decisione, l'inadempienza viene resa pubblica secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia.

## **2.6. Considerazioni conclusive sull'effettività della tutela per l'investitore.**

Come è stato opportunamente osservato, l'ABF riveste un ruolo preminente nel sistema delle tutele nel settore finanziario, e rappresenta uno dei “pilastri” accanto alla attività di vigilanza sugli intermediari<sup>122</sup> che, attraverso i controlli a distanza e in loco, è volta a garantire l'allineamento degli intermediari alle norme e alle buone prassi (l'*enforcement* pubblico) e trattazione degli esposti dei clienti (*enforcement* privato), che consente di avere informazioni sulle criticità e in molti

---

cit., p. 87, che ritiene che procedimento di cui all'art. 128-bis si inserisce in un procedimento amministrativo di vigilanza della Banca d'Italia.

<sup>118</sup> Cfr. A. BOSSI, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Il civilista*, 2010, 5, p. 1 ss., per il quale il provvedimento conclusivo del procedimento è un “parere qualificato” la cui probabilità di adempimento spontaneo si basa sui poteri di *moral suasion* della Banca d'Italia e sulle conseguenze reputazionali negative per l'intermediario.

<sup>119</sup> Così S. RUPERTO, *L'arbitro bancario finanziario*, cit.

<sup>120</sup> V. in questo senso C. CONSOLO-M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, nel nuovo arbitro bancario finanziario, “scrutatore” di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1652 ss. La tesi è avvalorata dal fatto che sovente le decisioni dell'ABF richiamano, e si ispirano, alle decisioni della Corte di Cassazione.

<sup>121</sup> V., anche per i riferimenti, I. PAGNI, *L'arbitro bancario finanziario: natura e funzioni di uno strumento particolare per la risoluzione delle controversie*, cit., p. 6. Secondo l'a. il ruolo autenticamente decisorio delle pronunce deriverebbe dalla «la specificità del sistema degli Arbitri previsti in materia bancaria, finanziaria e assicurativa».

<sup>122</sup> Quanto al collegamento con la funzione di vigilanza, si osserva che l'ABF si colloca a metà strada tra gli ADR del tutto indipendenti dall'organismo di regolazione e quelli collocati all'interno dell'autorità. Infatti, i collegi dell'ABF sono indipendenti, le strutture tecniche di supporto sono collocate all'interno della Banca d'Italia.



casi di giungere alla soluzione anche del caso singolo e all'educazione finanziaria del cliente<sup>123</sup>.

Secondo alcuni autori<sup>124</sup>, appare dubbia la capacità dell'organo decidente di assicurare in maniera imparziale "giustizia" nel contesto delle relazioni tra banche e clienti, in ragione dell'afferenza dell'ABF alla Banca d'Italia<sup>125</sup>.

Diversamente, si è sottolineato che, almeno da un punto di vista formale e di configurazione legislativa dell'istituto, l'ABF è idoneo a garantire i crismi della imparzialità e del "giusto processo": sia in ragione della composizione del collegio<sup>126</sup>, sia perché la decisione assunta dall'organo decidente è presidiata da un contraddittorio effettivo, in applicazione di norme di diritto e *iuxta alligata et probata partium*.

Inoltre, nella prassi sviluppatasi negli ultimi anni, ha assunto sempre maggior rilievo la funzione *lato sensu* nomofilattica svolta dal Collegio di coordinamento<sup>127</sup>,

---

<sup>123</sup> Così M. BIANCO, *L'Arbitro Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita*, cit., p. 42, la quale osserva che «è la combinazione di questi strumenti (e lo sfruttamento delle sinergie che emergono tra le diverse attività) che assicura una efficace tutela ai clienti».

<sup>124</sup> V. F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, cit., p. 261 ss. L'a., partendo da una assimilazione dell'ABF alla Banca d'Italia, ha sottolineato che nel sistema di ADR tratteggiato in attuazione dell'art. 128-bis t.u.b., ci si troverebbe dinanzi ad una sorta di "Giudice-Autorità", siccome articolazione interna dell'Autorità di settore (cfr. p. 273 ove si osserva: «a seguito dell'istituzione dell'ABF, l'Organo di supervisione bancaria finisce per assumere indirettamente anche il ruolo di "giudice" dei soggetti che sono, per un verso, destinatari delle prescrizioni normative da esso emanate, e per altro sottoposti agli accertamenti che il medesimo pone in essere sugli operatori del settore»).

<sup>125</sup> V. ancora F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, cit., per cui sembrerebbe che con l'istituzione dell'ABF, la Banca d'Italia finisca per assommare in sé i ruoli di regolatore, controllore e giudice rispetto a qualsivoglia comportamento delle banche nelle relazioni con la clientela. *Contra* G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, cit., il quale invece, nel sottolineare l'indipendenza dell'ABF, afferma che l'organo di composizione della lite non può essere considerato un'articolazione della Banca d'Italia, perché i componenti dei collegi decidenti – sebbene formalmente nominati con provvedimento della Banca d'Italia – sono scelti tra categorie di soggetti estranei alla "struttura" di Banca d'Italia, e che quindi per definizione non partecipano all'esercizio delle altre competenze; per cui, secondo l'a., non vi sarebbero rischi che i componenti conoscano e giudichino di "vicende conosciute in altre vesti", circa il fatto che i suoi componenti provengano dall'interno della Banca.

<sup>126</sup> Ricorda G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, cit., p. 665 ss. che i componenti devono presentare comprovati requisiti di professionalità e di esperienza; deve infatti trattarsi di «docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti agli albi nelle medesime materie con anzianità di almeno dodici anni, magistrati in quiescenza, ovvero altri soggetti dotati di una significativa e comprovata competenza in materia bancaria, finanziaria e di tutela del consumatore».

<sup>127</sup> Il Collegio è composto da 5 componenti dei collegi, di cui 3 Presidenti dei singoli Collegi e una rappresentanza di intermediari e dei clienti, ed è la sede a cui vengono rimandate dai singoli collegi questioni di particolare importanza o questioni che abbiano dato luogo o possano dare luogo a orientamenti non uniformi tra i singoli collegi. V. in argomento L. CARPINELLI, *Le funzioni di nomofiliachia e il dialogo con le corti di giustizia*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLIO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 33 ss.

idonea ad assicurare certo grado di prevedibilità e uniformità delle decisioni, oltre che aver significativamente contribuito anche alla definizione delle linee guida per le regole processuali applicabili al procedimento dinanzi all'ABF.

Data l'importanza dell'uniformità per assicurare una effettiva comprensione da parte degli intermediari degli orientamenti dell'ABF, nel 2016 è stato anche introdotto un ulteriore strumento di coordinamento, la Conferenza dei collegi<sup>128</sup>, convocata dalla struttura centrale di coordinamento della Banca d'Italia, d'intesa con i Presidenti, con periodicità almeno semestrale.

In definitiva, alla luce delle caratteristiche esaminate, può ritenersi che l'Arbitro Bancario Finanziario sia uno strumento a sé, nel panorama delle forme previste per la risoluzione delle controversie, che consente di pervenire ad una definizione eteronoma della controversia e non alla composizione del conflitto.

Gli strumenti processuali a disposizione del cliente (per tali intendendosi sia dei poteri e le facoltà di cui è titolare nel procedimento, sia gli istituti che – grazie all'integrazione probatoria permettono di riequilibrare l'originaria e fisiologica asimmetria informativa) consentono di poter configurare l'istituto in esame come un efficace meccanismo di composizione della lite.

Si ritiene, infatti, che la *querelle* relativa alla natura giuridica del procedimento dinanzi all'ABF possa oggi assumere un rilievo minore, alla luce della riconosciuta effettività dello strumento a risolvere le controversie in ottica sia satisfattiva del cliente sia deflattiva del contenzioso.

Il procedimento ABF, seppur nella sua natura ibrida<sup>129</sup>, appare più efficace ad incidere sulle condotte virtuose degli intermediari rispetto alla giurisdizione ordinaria il cui impatto è spesso trascurabile sul livello di *compliance* degli intermediari e sulla effettività della regolazione del mercato, svolgendo di fatto una funzione che è stata definita come “quasi-regolatoria” piuttosto che “quasi-giudiziaria”<sup>130</sup>

Si ritiene in definitiva di dover condividere le osservazioni di chi ritiene che l'ABF sia stato concepito per riequilibrare le forze tra impresa e cliente anche sul versante della gestione della lite, con *«la possibilità di una tutela effettiva pure riguardo a operazioni che, in sua assenza, nemmeno forse approderebbero nelle aule giudiziarie»*, e che ha l'ulteriore funzione di *«concorrere alla formazione di corretti orientamenti interpretativi delle norme, di promozione di comportamenti virtuosi e*

---

<sup>128</sup> Alla Conferenza partecipano due componenti per ciascun Collegio (il Presidente, o il suo sostituto, e un componente designato dal Presidente). La funzione dell'organo è quella di consentire l'analisi e l'approfondimento delle tematiche, sostanziali e procedurali, di particolare attualità o novità per i Collegi ovvero di interesse complessivo per il sistema.

<sup>129</sup> La cui unica componente conciliativa può essere riconosciuta alla fase precedente del reclamo che, come si è detto, opera come condizione di procedibilità del ricorso all'ABF e che è funzionale a consentire un'effettiva e soddisfacente interlocuzione tra l'intermediario e il per il chiarimento delle rispettive posizioni e a per favorire, ove possibile, una composizione bonaria dei possibili contrasti, e la soluzione negoziale della lite.

<sup>130</sup> Così P. SIRENA, *I sistemi ADR nel settore bancario e finanziario*, cit..

*conformi al diritto da parte degli intermediari, delineando così ex ante un criterio di governo giusto delle relazioni tipiche dell'economia di massa, e in modo da realizzare l'obiettivo, che rappresenta una delle idee guida e delle preoccupazioni di fondo di tutto il pensiero e l'opera ascarelliana, "di porre un freno a strapoteri pericolosi"»<sup>131</sup>.*

### **3. L'Arbitro per le Controversie finanziarie.**

L'Arbitro per le Controversie Finanziarie costituisce un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra consumatori e intermediari, mediante il quale si è inteso introdurre un meccanismo di composizione rapido, efficiente e con maggiore *expertise* in un settore connotato da profonde asimmetrie tra le parti<sup>132</sup>: mentre l'intermediario è un soggetto professionale, esperto nel settore dei mercati finanziari, l'investitore non dispone di corrispondenti competenze ed esperienze.

Se tale asimmetria, sotto il profilo sostanziale, viene corretta mediante l'imposizione *ope legis* a carico dell'intermediario di obblighi informativi, in modo che gli investitori siano posti nelle condizioni di compiere scelte economiche consapevoli<sup>133</sup>, sotto il profilo processuale l'antidoto è rappresentato dall'istituzione di un organismo in grado di presidiare l'effettività dei precetti sostanziali in punto di trasparenza e informazione.

L'istituzione dell'arbitrato Consob, all'interno di un sistema più ampio di riforme, risponde dunque ad un'ottica protezionistica, come dimostrato dai caratteri peculiari cui partecipa.

---

<sup>131</sup> G. GUIZZI, *Il valore delle decisioni dell'ABF (e dell'ACF) in un libro recente*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, p. 569.

<sup>132</sup> G. GUIZZI, *Un anno di ACF tra risultati raggiunti e qualche incognita*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 5 ss.

<sup>133</sup> Il principio è espresso a livello normativo nell'art. 21 TUF, ove si prevede espressamente che, nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento, i soggetti abilitati devono acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati.

Anzitutto, può osservarsi che l'attivazione dell'ACF è facoltativa e a legittimazione ristretta, in quanto la possibilità di rivolgersi all'ABF è riservata al cliente<sup>134</sup>, con esclusione della legittimazione attiva dell'intermediario<sup>135</sup>.

Inoltre, in linea con la funzione dell'ACF, che costituisce uno strumento di tutela per la parte debole del contratto (l'investitore), si prevede che il diritto riconosciuto all'investitore di ricorrere all'Arbitro «non può formare oggetto di rinuncia da parte dell'investitore ed è sempre esercitabile, anche in presenza di clausole di devoluzione delle controversie ad altri organismi di risoluzione extragiudiziale contenute nei contratti» e che di tale circostanza l'investitore debba essere specificatamente informato dall'intermediario «anche attraverso la documentazione contrattuale e il proprio sito web» (art. 3, comma 4, del Regolamento ACF).

La previsione in questione, oltre ad apprezzarsi in chiave sistematica, vista l'omologa per l'ABF contenuta nella delibera CICR 2008<sup>136</sup>, manifesta chiaramente l'obiettivo di «consentire al consumatore la piena libertà di accesso ad organismi ADR. Di qui [...], la tassativa individuazione dei casi in cui l'organismo può “rifiutare il trattamento di una determinata controversia” (art. 141-bis, comma 2, codice del consumo)»<sup>137</sup>.

Tra i casi di declinazione della competenza dell'ACF non rientrano dunque le ipotesi in cui nel contratto tra intermediario e investitore sia prevista una clausola contrattuale che individui, in via preventiva, l'organismo ADR cui devolvere eventuali controversie, ovvero escluda determinati organismi. La dottrina ha così ritenuto che una siffatta clausola sarebbe sia inopponibile all'Arbitro, sia in contrasto con l'art. 141-bis, comma 2, del codice del consumo, sia idonea a consentire il rilievo di vessatorietà ex art. 33, comma 2, lettere v-bis) e v-ter), cod. cons.<sup>138</sup>.

Davanti all'ACF il ricorso può essere presentato solo dall'investitore<sup>139</sup> singolarmente, ovvero da più soggetti congiuntamente purché titolari del medesimo

---

<sup>134</sup> Il termine “consumatore”, nell'art. 128-bis è stato sostituito con quello di “clientela” dall'art. 1, comma 6, d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303. La delibera CICR ha, tra l'altro stabilito, all'art. 3, comma 4, che la composizione dell'organo decidente è determinata «in funzione della tipologia dell'intermediario interessato, dell'oggetto della controversia, ovvero della categoria di appartenenza del cliente che ha presentato il ricorso».

<sup>135</sup> Gli intermediari sottoposti all'ACF sono generalmente tutti i soggetti nei cui confronti la CONSOB esercita la propria attività di vigilanza.

<sup>136</sup> Cfr. art. 2, comma 8, delib. CICR n. 275/2008: il diritto di ricorrere ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie non può formare oggetto di rinuncia da parte del cliente.

<sup>137</sup> Cfr. CONSOB, *Esiti della consultazione sulla proposta di adozione del regolamento attuativo delle disposizioni di legge relative ad un nuovo sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia finanziaria*, in [www.consob.it](http://www.consob.it), 2016, p. 6 ss.

<sup>138</sup> Cfr. G. PERCOCO, *Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB all'Arbitro per le Controversie Finanziarie*, cit., p. 203.

<sup>139</sup> Cfr. art. 10, comma 1, Regolamento ACF. la nozione di “investitore” non va confusa con le nozioni di “consumatore” e “professionista” date dall'art. 3 cod. cons. Per la nozione di investitore

rapporto controverso e la partecipazione dell'intermediario non è obbligatoria, a differenza di quanto accade nell'ABF, in quanto è diversa la natura del provvedimento per la nascita delle imprese di investimento, come è noto di natura abilitativa.

Quanto alle categorie di "investitori" legittimati attivi, si evidenzia che sono escluse le controparti qualificate e gli investitori professionali<sup>140</sup>: per cui, in definitiva, i beneficiari del rimedio sono gli investitori *retail*, che – in ragione della minore competenza ed esperienza – appaiono maggiormente bisognosi di una tutela rafforzata, non solo sotto il profilo sostanziale<sup>141</sup>, ma anche sul versante processuale.

Tuttavia, non v'è chi non abbia osservato che la circostanza che le procedure arbitrali davanti all'autorità di vigilanza possano essere avviate solo dai clienti al dettaglio, con esclusione dei clienti professionali e – a maggior ragione – delle controparti qualificate, non appare sufficientemente giustificata<sup>142</sup>, onde l'esigenza di assicurare strumenti di tutela maggiormente efficienti che è sottesa all'introduzione di un meccanismo di risoluzione delle controversie alternativo alla giurisdizione ordinaria o arbitrale potrebbe ragionevolmente estendersi anche alle altre categorie di investitori.

Il Regolamento ACF prevede, quale condizione di procedibilità del ricorso, a pena di irricevibilità, la previa presentazione del reclamo all'intermediario al quale è stata fornita espressa risposta, ovvero sono decorsi più di sessanta giorni dalla sua presentazione, senza che l'intermediario abbia comunicato all'investitore le proprie determinazioni<sup>143</sup>. Inoltre, si prevede che il ricorso all'Arbitro deve essere proposto entro un anno dalla presentazione del reclamo all'intermediario.

Dunque, differenza di quanto accadeva con la Camera di Conciliazione e Arbitrato, l'Arbitro esercita una funzione decidente, onde la rilevanza delle garanzie di indipendenza e di autonomia rispetto all'autorità di vigilanza, mediante il presidio dell'autonomia di giudizio, considerato che è chiamato a conoscere e decidere direttamente delle controversie che insorgano tra investitori ed intermediari e, a tal fine, a valutare il comportamento degli intermediari con riferimento all'applicazione ed al rispetto delle disposizioni regolamentari della CONSOB.

---

nella disciplina Consob e la complessa ricostruzione dovuta alla stratificazione normativa si rinvia a V. SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, cit., pp. 3-4.

<sup>140</sup> Per tali ragioni in dottrina si è dubitato che la disciplina attuale dell'arbitrato Consob sia in grado di assicurare sempre la realizzazione di quegli obiettivi di tutela che, astrattamente, si propone: così V. SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, cit., p. 2.

<sup>141</sup> Infatti, la *ratio* della distinzione tra gli investitori al dettaglio, i clienti professionali e le controparti qualificate, è, in prima istanza, di carattere sostanziale (e non processuale), in quanto è finalizzata a modulare le norme di comportamento degli intermediari finanziari a seconda della minore o maggiore competenza ed esperienza delle loro controparti.

<sup>142</sup> V. SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, cit., p. 3, il quale rileva che «nel momento in cui si istituisce una forma di arbitrato organizzato così specializzato, come quello presso la Consob, sarebbe opportuno consentirvi l'accesso a tutti gli attori dei mercati finanziari».

<sup>143</sup> Cfr. art. 10, comma 2, lett. b), Regolamento ACF.

Dall'analisi dei vantaggi e le opportunità che il sistema ACF può offrire agli investitori *retail* ed anche gli stimoli sul fronte degli intermediari, può ritenersi che la costituzione dell'ACF abbia avuto quale effetto quello di ampliare gli strumenti a disposizione del risparmiatore, avendo portato alla realizzazione di un sistema di tutela basato su tre livelli (reclamo all'intermediario; in caso di esito insoddisfacente, ricorso all'ACF; da ultimo, eventuale avvio di un procedimento giurisdizionale in sede civile). Inoltre, non v'è dubbio che, come per ogni A.D.R., anche con l'ACF il legislatore si sia posto quale obiettivo quello di ridurre notevolmente tempi e costi della procedura, a tutto vantaggio del risparmiatore.

Alcune questioni, strettamente correlate alla tutela degli investitori, hanno riguardato la competenza per materia e per valore dell'ACF in relazione alle tipologie di controversie proposte.

Recentemente la Consob ha modificato con delibera n. 21867 del 26 maggio 2021 il Regolamento ACF, al fine di semplificarne il procedimento ed efficientarne il funzionamento.

### **3.1. La competenza dell'ACF.**

Con riferimento alla competenza *ratione materiae* dell'ACF, viene in rilievo anzitutto l'art. 4, comma 1, del Regolamento ACF, che stabilisce che sono devolute all'organismo le controversie afferenti alla violazione da parte degli intermediari degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori nell'esercizio delle attività disciplinate nella parte II del TUF. Inoltre, a seguito della modifica intervenuta con delibera n. 21867 del 26 maggio 2021, l'ambito di operatività dell'ACF è stato esteso alle controversie relative alla violazione dell'obbligo di consegnare all'investitore il documento contenente le informazioni chiave di cui agli articoli 13 e 14 del Regolamento (UE) n. 1286/2014<sup>144</sup>.

Per ciò, rientreranno nella cognizione dell'arbitro tutte le attività tipicamente poste in essere dagli intermediari e conformate dagli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza contenuti nella disciplina del d.lgs. n. 58/1998 dedicata agli intermediari. Resta fermo che non tutte le controversie che riguardano la materia dell'intermediazione finanziaria debbono essere necessariamente rimesse all'arbitrato Consob. Se le parti scelgono l'arbitrato quale mezzo di risoluzione delle eventuali controversie in alternativa alla giustizia statale, rimane comunque ferma la possibilità d'inserire nei contratti d'intermediazione finanziaria<sup>145</sup> una

---

<sup>144</sup> Cfr. nuovo comma 1 dell'art. 4 del Regolamento ACF.

<sup>145</sup> Sul contratto d'intermediazione finanziaria cfr., *ex multis*, D. ACHILLE, *Contratto d'intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi d'informazione: tra nullità del contratto e*

clausola che prevede la devoluzione delle eventuali controversie a un arbitrato di diritto comune.

Quanto alla competenza per valore, l'art. 4 comma 2, del Regolamento è anche previsto un limite di valore; infatti, non sono sottoponibili alla cognizione dell'ACF le controversie che implicino la richiesta di somme di denaro per un importo comunque superiore a euro cinquecentomila.

Infine, recentemente è stato introdotto un termine per la competenza *ratione temporis*<sup>146</sup>, in linea con quanto previsto per l'Arbitro Bancario e Finanziario: deve infatti trattarsi di controversie che abbiano un'anzianità massimo decennale, al fine di contemperare la necessità di focalizzare l'attività dell'Arbitro su operazioni o comportamenti meno risalenti con l'esigenza di tutela degli investitori<sup>147</sup>. È stato inoltre chiarito che il *dies a quo* per il computo a ritroso del termine decennale vada individuato nel momento della proposizione del "ricorso", in linea con le disposizioni disciplinanti l'ABF.

### 3.2. Tipologie di controversie.

L'istituzione dell'ACF ha inteso fornire una risposta al bisogno di poter contare su una sede di rapida ed agevole soluzione delle controversie in materia di violazione degli obblighi di diligenza, correttezza, trasparenza ed informazione

---

*responsabilità dell'intermediario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1451 ss.; F. CALISAI, *La violazione degli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari – Il contratto di intermediazione davanti ai giudici, fino alla tanto attesa (o forse no) pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 155 ss.; S. GUADAGNO, *I confini dell'informazione precontrattuale e la "storia infinita" dei contratti di intermediazione finanziaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 241 ss.; E. GUERINONI, *Le controversie in tema di contratti di investimento: forma, informazione, ripensamento e operatore qualificato*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 35 ss.; G. LA ROCCA, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 107 ss.; N. MICHIELI, *Principi generali del contratto di attività di intermediazione finanziaria: limiti alla risarcibilità del danno non prevedibile*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 416 ss.; C. MIRIELLO, *Intermediazione finanziaria: inquadramento contrattuale e conseguenze dell'inosservanza degli obblighi informativi. Prime note*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 451 ss.; V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 485 ss.; V. SANGIOVANNI, *Il contratto d'intermediazione finanziaria*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 770 ss.

<sup>146</sup> Cfr. comma 3-bis dell'art. 4 del Regolamento ACF.

<sup>147</sup> Come emerge dalla Relazione illustrativa degli esiti della consultazione, delle conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori della Consob del 27 maggio 2021, p. 2, disponibile al seguente link: [https://www.dirittoelrisparmio.it/wpcontent/uploads/2021/05/Rel\\_illustr\\_cons\\_ACF\\_20210527.pdf](https://www.dirittoelrisparmio.it/wpcontent/uploads/2021/05/Rel_illustr_cons_ACF_20210527.pdf), il suddetto termine sembra idoneo a soddisfare l'esigenza di non escludere dalla competenza dell'ACF controversie in linea di massima ancora conoscibili dal giudice ordinario (in quanto il termine è allineato a quello ordinario di prescrizione) e comunque soggette alla condizione di procedibilità del preventivo tentativo di conciliazione.

nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento<sup>148</sup> nei confronti della clientela *retail*<sup>149</sup>.

In tale contesto, una gran parte delle domande dei consumatori hanno avuto ad oggetto la richiesta di annullare il contratto quadro, il contratto di investimento, o i singoli ordini, nella prospettiva di ripristinare lo squilibrio ingeneratosi riguardo alla posizione dell'investitore.

A fronte delle generali previsioni sulla competenza *ratione materiae* dell'ACF, si è sin da subito posto l'interrogativo circa l'oggetto – più o meno ampio – delle controversie sottoponibili all'ACF, e – in via correlata – il perimetro dei poteri cognitivi e decisorii dell'ACF.

Quanto al primo profilo, *i.e.* l'oggetto delle controversie sottoponibili all'ACF, due sono le principali questioni che si sono poste all'attenzione degli interpreti.

---

<sup>148</sup> In tema di doveri informativi degli intermediari finanziari cfr. la recente monografia di F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010. V. inoltre G. ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Econ. dir. terz.*, 2009, p. 395 ss.; A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2333 ss.; R. BRUNO, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione "adeguata" e "necessaria"*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 391 ss.; L. FRUMENTO, *Le informazioni fornite ai clienti*, in *La Mifid in Italia*, a cura di L. ZITIELLO, Torino, 2009, p. 279 ss.; P. GOBIO CASALI, *Prodotti assicurativi finanziari: disciplina normativa, qualificazione giuridica e tutela informativa del risparmiatore*, in *Giust. civ.*, 2010, II, p. 301 ss.; F. GRECO, *Intermediazione finanziaria e regole d'informazione: la disomogeneità del quadro rimediabile e la "tranquillità" della tradizione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2561 ss.; F. GRECO, *Obbligazioni Cirio e violazione dell'obbligo di informazione: un ulteriore tassello sul tavolo della roulette della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 428 ss.; R. MARAGNO, *L'orientamento del Tribunale di Venezia in tema di sanzioni degli inadempimenti ai doveri informativi a carico degli intermediari finanziari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1280 ss.; B. MUSCO CARBONARO-A. PANTALEO, *Impatto della Mifid sul contenzioso tra banche e clienti - Gli obblighi informativi*, in *La Mifid in Italia*, a cura di L. ZITIELLO, Torino, 2009, p. 917 ss.; R. NATOLI, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto "di risparmio"*, in *Contratti*, 2010, p. 67 ss.; L. PURPURA, *Strumenti finanziari e dovere di informazione degli intermediari: un "moderno" approccio giurisprudenziale a confronto con la normativa post Mifid*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 609 ss.; F. ROMEO, *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 647 ss.; V. SANGIOVANNI, *Omessa informazione sulla rischiosità dell'investimento e risoluzione del contratto*, in *Corr. mer.*, 2009, p. 973 ss.; F. SARTORI, *Violazione delle regole informative e modelli di responsabilità*, in *L'attuazione della Mifid in Italia*, a cura di R. D'APICE, Bologna, 2010, p. 615 ss.

<sup>149</sup> Infatti, come dimostrato dai numerosi dati empirici a disposizione messi in evidenza nelle relazioni sull'attività dell'Arbitro della Consob, nei primi mesi di attività dell'ACF un servizio critico si è rivelato essere quello di esecuzione ordini, in relazione alla contestata violazione da parte degli intermediari degli obblighi di correttezza e trasparenza in fase esecutiva; qui il dato è fortemente condizionato da situazioni, soprattutto seriali, in cui ciò che viene contestato dai ricorrenti è, in particolare, il mancato rispetto da parte dell'intermediario degli obblighi di tempestività nella fase di esecuzione dell'ordine impartito dal cliente e di osservanza del criterio cronologico nella trattazione degli ordini stessi (situazioni, ad es., di cd. "scavalcamiento"). Cfr. G.E. BARBUZZI, *Un primo bilancio semestrale dell'attività dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 33 ss.



La prima investe l'interrogativo se – nel silenzio della disposizione regolamentare – le condotte descritte dall'art. 4, comma 1 assumano rilievo solo nella fase contrattuale del rapporto tra investitore ed intermediario ovvero anche nella fase pre-contrattuale.

Infatti, la maggior parte dei ricorsi dinanzi all'ACF si sono incentrati sulle questioni relative al rispetto degli obblighi, anzitutto formali, legati alla nascita del rapporto contrattuale con il cliente per la prestazione di servizi di investimento, con possibili violazioni che vanno dalla semplice carenza informativa, alla totale assenza di avvertenze sulla natura e sui rischi dei prodotti, sino ai casi estremi del dolo determinante.

Dunque, le violazioni si verificano, tipicamente, nel momento precedente (informativa precontrattuale) o, anche, nel momento prima genetico e poi esecutivo del rapporto giuridico che lega le due parti.

La giurisprudenza di legittimità ha tuttavia chiarito, nella prospettiva di più ampia tutela per gli investitori, che gli obblighi in capo all'intermediario sorgono dal primo contatto con l'investitore e non dal momento della stipula del contratto di investimento, in quanto caratterizzano il rapporto tra investitore ed intermediario sin dal primo "contatto" che costituisce, di per sé, fonte di obbligazione la cui lesione determina responsabilità di tipo contrattuale<sup>150</sup>.

Quanto alle contestazioni mosse dalla clientela *retail* rispetto alla supposta violazione degli obblighi informativi, si nota che gli intermediari tendono sempre ad avvalorare la tesi del perfetto e puntuale adempimento degli obblighi di informativa pre e post contrattuale, sotto il profilo formale, i clienti si dolgono della mancata comprensione dell'operazione di investimento sottoscritta e della mancata adeguata ponderazione del rischio connesso, sotto il profilo sostanziale.

Questa criticità di fondo nella relazione cliente-intermediario (che invero riporta al più generale problema della configurazione degli obblighi informativi e della loro idoneità ad assicurare una conoscenza e comprensione effettiva dei termini dell'investimento in capo all'investitore, nonché al tema più generale dell'educazione finanziaria e dell'*empowerment* del cliente) è stata affrontata dall'ACF seguendo un approccio su due livelli.

Da un lato, l'Arbitro ha tentato tenere in considerazione la disciplina dell'onere della prova di cui all'art. 23 del TUF, in guisa da porre in capo all'intermediario l'incombenza probatoria in ordine agli elementi informativi e documentali utili per un'adeguata valutazione di ogni fattispecie (in ossequio al principio di vicinanza alla prova). Dall'altro lato, si è adottato un approccio casistico, cercando cioè anche di capire, caso per caso e sulla base delle allegazioni delle parti, se vi sia stato un

---

<sup>150</sup> Cfr. Cass. civ., SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, con nota di F. MAZZINI, in *Dir. banca merc. fin.*, 2008, p. 691 ss.; di V. SANGIOVANNI in *Contratti*, 2008, p. 221 ss.; di V. SCOGNAMIGLIO, in *Società*, 2008, p. 449 ss.; di A. RUSSO in *Dir. giur.*, 2008, p. 407 ss.. *Conf. Cass. civ. sez. I*, 10 aprile 2014, n. 8692; *Cass. civ. sez. I*, 26 ottobre 2015, n. 21711.

effettivo e concreto adempimento, nonché una corretta e completa esecuzione degli adempimenti precontrattuali e delle obbligazioni successive alla conclusione del contratto d'investimento<sup>151</sup>.

La seconda questione, invece, concerne la possibilità per l'Arbitro di censurare – oltre alla violazione dei doveri informativi *stricto sensu* degli intermediari finanziari, espressamente ricompresi nell'ambito di applicazione dell'arbitrato Consob – anche il mancato rispetto della regola c.d. di “adeguatezza”<sup>152</sup> delle operazioni d'investimento, che impone di identificare e di gestire i conflitti d'interessi.

Infatti, insieme al dovere d'informare gli investitori, una seconda importante regola di comportamento degli intermediari finanziari è quella che viene definita di “adeguatezza”, in base alla quale gli intermediari sono tenuti a valutare che la specifica operazione consigliata o realizzata nel quadro della prestazione del servizio di gestione di portafogli corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente, consenta all'investitore di sopportare qualsiasi rischio connesso all'investimento compatibilmente con i suoi obiettivi di investimento e sia di natura tale per cui il cliente possieda la necessaria esperienza e conoscenza per comprendere i rischi inerenti all'operazione o alla gestione del suo portafoglio.

Sebbene non espressamente ricompresa nel novero delle competenze per materia dell'Arbitro, il riconoscimento di poteri cognitivi e decisorii dell'Arbitro anche sulla menzionata regola di adeguatezza consentirebbe di assicurare a pieno la *ratio* della stessa, *i.e.* garantire che l'intermediario finanziario compia solo operazioni “adatte” sotto ogni profilo per l'investitore.

A tal fine, l'unica via percorribile appare quella di un'interpretazione estensiva dei obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza indicati dall'art. 4 del Regolamento ACF, tale da ricomprendere qualsiasi dovere di condotta funzionale alla protezione delle scelte economiche dell'investitore.

---

<sup>151</sup> Così G.E. BARBUZZI, *Un primo bilancio semestrale dell'attività dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, cit., p. 37.

<sup>152</sup> Sulla regola di adeguatezza degli investimenti finanziari cfr. A. ANTONUCCI, *Declinazioni della suitability rule e prospettive di mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 728 ss.; P. FIORIO, *Onere della prova, nesso di causalità ed operazioni non adeguate*, in *Giur. it.*, 2010, p. 343 ss.; F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: rimedi e adeguatezza in concreto*, cit.; S. GUADAGNO, *Inadeguatezza e nullità virtuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 460 ss.; F. MALERBA-N. BENTOGGIO, *Impatto della Mifid sul contenzioso tra banche e clienti - I profili di adeguatezza e appropriatezza*, in *La Mifid in Italia*, a cura di L. ZITIELLO, Torino, 2009, p. 939 ss.; V. SANGIOVANNI, *L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la Mifid*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1385 ss.; V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali fra intermediario e cliente*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. GABRIELLI-R. LENER, 1° vol., Torino, 2011, p. 281 ss.; F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 25 ss.; D. SPREAFICO-D. PENNATI, *L'adeguatezza e l'appropriatezza*, in *La Mifid in Italia*, a cura di L. ZITIELLO, Torino, 2009, p. 327 ss.

Per altro verso però, si osserva che probabilmente la volontà del regolatore non appare orientata in tal senso, atteso che in sede di revisione del Regolamento ACF del 2016 nel 2021 la competenza è stata estesa sì, ma (solo) ad ulteriori obblighi informativi (quelli previsti dagli artt. 13 e 14 del Regolamento UE n. 1286/2014). Si è persa l'occasione per assoggettare al controllo di un organo specializzato la questione relativa alla conformità dell'operato dell'intermediario alla regola di adeguatezza; questione che impone, peraltro, una valutazione altamente discrezionale, onde la necessità che l'indagine sulla stessa sia condotta con le dovute competenze tecniche.

Probabilmente l'esclusione si giustifica in ragione del fatto che l'Arbitro, benché formalmente indipendente dalla Consob, è comunque legato alle dinamiche degli operatori di settore degli intermediari: sicché – analogamente all'esclusione, operata dalla giurisprudenza dell'ABF di un dovere del finanziatore di valutare la convenienza dell'operazione di finanziamento per gli interessi del cliente finanziato<sup>153</sup> – si denota una certa resistenza degli organismi di risoluzione stragiudiziale nel settore bancario e finanziario ad addentarsi nelle valutazioni discrezionali sul comportamento delle controparti professionali.

### 3.3. Poteri di cognizione e di decisione dell'ACF.

Quanto al secondo profilo, *i.e.* il perimetro dei poteri di cognizione e di decisione dell'Arbitro, si segnalano due questioni rilevanti.

La prima questione concerne l'ammissibilità delle richieste di risarcimento diverse da quello pecuniario.

In particolare, se *prima facie* la disposizione attributiva della competenza all'ACF sembrerebbe circoscrivere i poteri cognitivi alle sole controversie per risarcimento pecuniario correlate a danni patrimoniali<sup>154</sup>, la conclusione oggi raggiunta – anche alla luce delle decisioni dell'ACF – è tale da includere anche i *claims* dei clienti diversi da quelli tendenti a ottenere una forma di ristoro pecuniario, nonché le domande diverse da quelle volte ad ottenere il risarcimento del danno sofferto in

---

<sup>153</sup> V. *supra* § 2.3. ove si è esclusa la responsabilità del finanziatore per le conseguenze economiche sfavorevoli e un correlato obbligo di impedire o attenuare il verificarsi di ciò, sull'assunto che, diversamente, «*si porrebbe a carico del finanziatore un'obbligazione di tutela non prevista dall'ordinamento*».

<sup>154</sup> Sulla base di una lettura restrittiva della disposizione, che stabilirebbe criteri delimitativi della competenza per materia e non solo di quella per valore quando la domanda sia risarcitoria: cfr. G. GUIZZI, *Sull'oggetto e sui limiti del potere decisorio dell'ACF. Un primissimo bilancio*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 52.

dipendenza di un inadempimento dell'intermediario agli obblighi che debbono essere assolti nella prestazione dei servizi di investimento<sup>155</sup>.

Si ritiene di condividere la posizione di chi ha ritenuto che «*i riferimenti contenuti nei commi 2 e 3 dell'art. 4 alle domande aventi a oggetto somme di denaro e all'impossibilità di chiedere il risarcimento del danno, se non conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, non mirano a specificare l'ambito della competenza dell'Arbitro, bensì hanno piuttosto significato solo esemplificativo delle domande più frequenti ed usuali, e poi, ma sempre e solo sulla premessa che una domanda risarcitoria o restitutoria sia stata effettivamente formulata, di fissare, ma esclusivamente per queste ultime, un limite di competenza per valore*»<sup>156</sup>.

Si è infatti osservato che la disposizione del primo comma statuisce chiaramente che la competenza dell'Arbitro è una competenza per materia – quella riguardante la prestazione di servizi di investimento – i cui limiti sono, tuttavia, definiti in funzione della *causa petendi* dedotta dal ricorrente, essendo condizione necessaria ma anche sufficiente che questi allegghi l'inadempimento dell'intermediario agli obblighi di diligenza e correttezza nella prestazione del servizio ovvero comunque la violazione delle norme in tema di informazione e più in generale dei principi di trasparenza nella sua esecuzione. Non assumerebbe, invece, rilievo il tipo di *petitum*, *i.e.* il tipo di rimedio richiesto.

Ne consegue, perciò, che il ricorrente – che lamenti l'inadempimento o la violazione dell'intermediario a uno degli obblighi o dei principi suddetti – ben può formulare, in ossequio al principio di atipicità ed effettività della tutela, la domanda che meglio ritiene confacente a soddisfare il suo interesse; si tratti di una domanda di risarcimento del danno per inadempimento, o piuttosto di restituzione di somme o ancora di una domanda volta a ottenere l'adempimento dell'obbligo rimasto inadempito.

La seconda questione riguarda, invece, la possibilità per l'Arbitro di conoscere ancorché in via incidentale e ove necessario ai fini di decidere sulle richieste di natura restitutoria, anche le domande di annullamento, risoluzione e rescissione del contratto, nonché ogni altra azione di impugnativa negoziale.

È infatti noto che, per consolidati principi processuali, la domanda risarcitoria presuppone o l'accertamento della invalidità dell'operazione di investimento (perché realizzata in contrasto con norme imperative sancite a pena di nullità o perché la violazione degli obblighi di informazione ha determinato nell'investitore un vizio del consenso che possa essere causa di annullamento del contratto), o la

---

<sup>155</sup> V. G. GUIZZI, *Sull'oggetto e sui limiti del potere decisorio dell'ACF. Un primissimo bilancio*, cit., p. 51.

<sup>156</sup> V. G. GUIZZI, *Sull'oggetto e sui limiti del potere decisorio dell'ACF. Un primissimo bilancio*, cit., p. 52. L'a. richiama a tal proposito le decisioni n. n. 67 del 5 ottobre e n. 75 del 6 ottobre 2017 dell'ACF.

risoluzione dell'operazione di acquisto, sulla premessa della gravità dell'inadempimento dell'intermediario (*ex artt. 1453 e 1455 c.c.*).

Peraltro, la giurisprudenza degli ultimi anni mostra che una parte non irrilevante del contenzioso fra investitori e intermediari finanziari ha investito proprio le questioni relative alla nullità del cd. contratto quadro<sup>157</sup>; considerato che siffatta nullità del contratto assume carattere assorbente rispetto ad ogni altra problematica, si comprende la rilevanza dell'estensione della cognizione dell'ACF anche a tale profilo.

Secondo una prima tesi, la questione della cognizione pregiudiziale dei vizi genetici o funzionali del rapporto contrattuale era ostativa ad una tutela effettiva in tutti quei casi in cui l'arbitro dovesse procedere non già ad un mero accertamento (nullità) ma ad una vera e propria pronuncia costitutiva (annullamento<sup>158</sup> o risoluzione giudiziale<sup>159</sup>). Sicché la natura costitutiva della pronuncia non avrebbe consentito una mera *cognitio incidenter tantum* del vizio di annullabilità o delle condizioni per la risoluzione giudiziale.

Un secondo orientamento, invece, ha ritenuto che l'*impasse* fosse superabile sulla considerazione che l'ACF potrebbe procedere solamente ad una delibazione incidentale della patologia contrattuale (annullabilità) ovvero del suo vizio funzionale (risoluzione), limitandosi a delibarne l'esistenza – senza però pronunciarla – al solo fine di poter poi ordinare la restituzione delle somme a favore del cliente<sup>160</sup>.

Diversamente, nulla osterebbe in linea di principio ad un accertamento vero e proprio (e dunque, *a fortiori*, di una cognizione *incidenter tantum*) della nullità del rapporto contrattuale, in ragione dell'implicito riconoscimento *ex iure positivo* del potere di conoscere della nullità del contratto contenuto nell'art. 11, comma 9, del Regolamento 19602/2016.

Oggi, la *querelle* appare definitivamente superata alla luce delle modifiche apportate all'art. 4 del Regolamento ACF dalla delibera Consob 2021, che ha introdotto un nuovo comma 1-*bis* ai sensi del quale l'Arbitro può conoscere di ogni domanda rientrante nell'ambito delle controversie su cui ha competenza – fermi restando i limiti di competenza per materia e per valore indicate dai commi 2 e 3 –

---

<sup>157</sup> Nel caso in cui il contratto d'intermediazione finanziaria non riveste la forma scritta, la legge prevede espressamente che il contratto è nullo (art. 23, comma 1, TUF).

<sup>158</sup> Ipotesi frequentissima nei casi di domanda restitutoria fondata sulla premessa dell'annullabilità delle operazioni di investimento per vizio del consenso conseguente alla non corretta informazione trasmessa dall'intermediario.

<sup>159</sup> Si pensi ai casi di risoluzione dell'operazioni di investimento per inadempimento dell'intermediario all'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione compiuta per conto del cliente

<sup>160</sup> In tal senso G. GUIZZI, *Sull'oggetto e sui limiti del potere decisorio dell'ACF. Un primissimo bilancio*, cit., p. 54. L'a. richiama a tal proposito l'ACF nella decisione n. 4 del 5 giugno 2017, riguardante un caso in cui il cliente aveva prospettato il vizio del consenso nell'acquisto di azioni emesse dallo stesso intermediario con cui intratteneva il rapporto per la negoziazione ed esecuzioni di ordini, derivante da dolo di quest'ultimo.

e anche delle domande di annullamento, risoluzione e rescissione del contratto, nonché di ogni altra azione di impugnativa negoziale, ancorché in via incidentale e ove necessario ai fini di decidere sulle richieste di natura restitutoria.

Il riconoscimento della possibilità per l'ACF di indagare il *titulus* dell'operazione di investimento, che deve essere conoscibile per poter valutare l'invalidità o la risoluzione del contratto assicura così al cliente l'accesso ad una tutela piena ed effettiva.

Peraltro, l'art. 9 cit., anche prima della riforma, già attribuiva al Collegio il potere di rilevare di ufficio la nullità<sup>161</sup> – ponendosi così in linea con la consolidata giurisprudenza sul regime processuale della nullità<sup>162</sup>.

La positivizzazione del potere dell'Arbitro di conoscere dei vizi genetici e funzionali del rapporto tra il cliente e l'intermediario, circoscritta *expressis verbis* alla *cognitio incidenter tantum*, sembra aver sopito anche il dibattito relativo alle difficoltà inerenti ai limiti soggettivi di efficacia di una eventuale pronuncia della nullità (*ex officio* o su domanda di parte).

Come segnalato da attenta dottrina<sup>163</sup>, nel caso in cui si ammettesse la possibilità per il Collegio non solo di conoscere incidentalmente, ma anche di decidere sulla nullità del rapporto contrattuale, sorgerebbero alcune criticità in considerazione della peculiare architettura dei rapporti sostanziali.

La criticità, di ordine processuale, ma connesse alla natura sostanziale di alcuni contratti di investimento, è relativa alla sostanziale inidoneità del rimedio risarcitorio ad assicurare una tutela effettiva all'investitore in ragione dell'inefficacia *ultra partes* della pronuncia dell'arbitro.

Infatti, frequentemente le controversie hanno ad oggetto servizi di investimento che riguardano l'esecuzione di ordini e, laddove il cliente lamenti la violazione degli obblighi informativi o l'omissione della valutazione di adeguatezza da parte dell'intermediario con connessa richiesta di restituzione delle somme, a ben vedere il soggetto tenuto alla restituzione non sarebbe l'intermediario.

In realtà la controparte sostanziale dell'operazione, vale a dire chi ha venduto o emesso gli strumenti finanziari verso cui l'investimento si è indirizzato, potrebbe essere un soggetto diverso dall'intermediario con cui si intrattiene il rapporto, o

---

<sup>161</sup> L'art. 11, comma 9 prevede poi l'obbligo di rimettere il procedimento sul ruolo, onde si consenta il contraddittorio delle parti e – per le nullità relative – per permettere al cliente di dichiarare se intende avvalersene.

<sup>162</sup> Cfr. le note sentenze gemelle Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243 e la più recente Cass., 18/06/2018, n. 16501. La rilevabilità d'ufficio della nullità da parte del giudice è subordinata al rispetto del principio processuale della domanda (artt. 99 e 112 c.p.c.). Si è stabilito, al riguardo, che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo.

<sup>163</sup> G. GUIZZI, *Sull'oggetto e sui limiti del potere decisorio dell'ACF. Un primissimo bilancio*, cit., p. 52 ss.

comunque con un soggetto che non aderisce al sistema di risoluzione delle controversie organizzato dalla Consob<sup>164</sup>.

Di talché, in ragione della non coincidenza soggettiva tra soggetto inadempiente degli obblighi lamentati (intermediario) dinanzi all'ACF e soggetto tenuto alla restituzione in ragione del rapporto sostanziale (soggetto emittente lo strumento finanziario)<sup>165</sup>, pare maggiormente ragionevole la soluzione per cui la decisione sulla domanda di restituzione delle somme investite sia consentita previa (sola) deliberazione di una invalidità o risoluzione della specifica operazione di investimento.

Quanto, invece, alle ipotesi in cui l'intermediario prestatore del servizio abbia operato su strumenti di propria emissione<sup>166</sup>, in prospettiva *de iure condendo* sembrerebbe potersi ipotizzare uno spettro di poteri del Collegio che vada al di là della mera cognizione incidentale. Infatti, in tali casi, la rilevata coincidenza soggettiva tra colui che si è reso inadempiente agli obblighi di comportamento nella prestazione del servizio di investimento – che individua la *causa petendi* delle controversie deducibili davanti all'Arbitro – e colui che ha poi compiuto, come controparte del cliente, l'operazione di investimento suscettibile di essere annullata o risolta in conseguenza di quella violazione, permette in definitiva di indirizzare correttamente la domanda restitutoria nei confronti dell'unico soggetto autenticamente titolato a riceverla, ossia colui che ha ricevuto le somme oggetto dell'investimento, ma che sia nel medesimo tempo anche un soggetto aderente al sistema.

Sicché in tali casi si renderebbe opportuna, ad avviso di chi scrive, un ampliamento dei poteri decisorii del Collegio anche alle domande di nullità. La diversa soluzione rischierebbe, infatti, di tradursi in un vuoto di tutela dell'investitore, quantomeno per i casi di coincidenza soggettiva tra emittente e intermediario<sup>167</sup>.

Ma a ben vedere, anche nei casi di alterità soggettiva il pericolo di vuoto di tutela è evidente, considerando che la tutela in forma specifica di tipo restitutorio costituisce un rimedio senza dubbio più efficiente rispetto alla tutela in forma generica di tipo

---

<sup>164</sup> Si fa riferimento a quelle ipotesi in cui l'intermediario inadempiente agli obblighi di corretta informazione nella prestazione del servizio di esecuzione di ordini, ovvero inadempiente all'obbligo di valutare l'adeguatezza del prodotto al profilo del cliente abbia compiuto operazioni su strumenti emessi da imprese diverse da banche o intermediari finanziari.

<sup>165</sup> Ipotesi frequente, posto che raramente collocamento ha per oggetto prodotti emessi dalla medesima banca: così osserva L.A. BIANCHI, *Conclusioni*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, cit., p. 89. L'a. osserva infatti che molte banche hanno adottato «un modello di business di natura essenzialmente distributiva, in quanto esso prevede il collocamento presso la clientela di prodotti che vengono “fabbricati” altrove».

<sup>166</sup> Come ha rilevato ACF, Collegio 5 giugno 2017, n. 4.

<sup>167</sup> Sebbene occorra dare atto che, nella prassi, la maggior parte delle controversie sottoposte alla cognizione dell'ACF riguardano rapporti sostanziali trilaterali (cliente, intermediario, soggetto emittente), per cui l'alterità soggettiva costituisce la regola e non l'eccezione; mentre sovente le controversie relative a rapporti diretti banca-cliente sono devolute alla cognizione dell'ABF, per cui sarebbero sottratte comunque alla competenza dell'Arbitro Consob.

risarcitorio<sup>168</sup>. Per cui l'esclusione del rimedio restitutorio in ragione della non coincidenza soggettiva rischierebbe di produrre il duplice effetto, da un lato, di privare il cliente di una tutela adeguata e, dall'altro lato, di produrre effetti distorsivi in termini di ingiustificato arricchimento per il cliente, il quale – in ragione delle dinamiche di conservazione dello strumento finanziario – non solo *certat de damno vitando*, ma *certat de lucro captando*<sup>169</sup>.

E allora si comprende bene come l'esclusione della tutela restitutoria rischi di alterare significativamente il rapporto tra cliente e intermediario; sicché le ragioni – di ordine processuale – ostative ad una pronuncia di restituzione in ragione dei limiti soggettivi di efficacia rischia di produrre conseguenze pregiudizievoli da un punto di vista della configurazione dei rapporti sostanziali.

Per tali ragioni, appare preferibile riconoscere la competenza dell'ACF anche nelle ipotesi in cui manchi la cennata identità soggettiva, e dunque allorché gli strumenti e titoli che hanno formato oggetto dell'operazione di investimento eseguita dall'intermediario siano stati emessi da terzi, in un'ottica di incrementare l'efficienza del sistema di tutela<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> In tal senso v. G. GUIZZI, *Attualità e prospettive nel sistema della tutela del risparmio*, in *Corriere giur.*, 6, 2016, p. 751. Si osserva a tal proposito che il rimedio restitutorio consente al cliente di essere posto esattamente nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato se l'investimento provocato dal comportamento non corretto dell'intermediario, o comunque dipendente dal suo inadempimento, non fosse mai stato effettuato.

<sup>169</sup> Come osserva L.A. BIANCHI, *Conclusioni*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, cit., p. 89 ss., una simile situazione può verificarsi nei casi in cui il cliente non abbia liquidato lo strumento finanziario acquistato ma lo conservi in portafoglio: se il cliente avesse accesso solamente alla tutela risarcitoria, la misura del danno non può prescindere dalla detrazione, dal capitale investito, del valore residuo dello strumento finanziario alla data dell'accertamento di responsabilità dell'intermediario, ma se l'operazione di investimento si protrae nel tempo, il cliente può godere di un'eventuale futura ripresa di valore degli strumenti acquistati e quindi, alla chiusura definitiva dell'operazione (perché essi vengono a naturale scadenza o piuttosto perché il cliente decide, successivamente al disposto risarcimento, di realizzarne il controvalore sul mercato), egli potrebbe anche venirsi a trovare in una situazione in cui sommando il risarcimento ottenuto al valore alla fine realizzato dall'investimento egli abbia non già semplicemente neutralizzato una perdita ma realizzato persino un lucro. Un esito simile, è, invece, a priori escluso in caso di rimedio restitutorio, giacché a fronte della restituzione delle somme investite il cliente è tenuto, a sua volta, proprio perché essa viene pronunciata previa delibazione della invalidità o risoluzione dell'operazione, a restituire all'intermediario gli strumenti finanziari oggetto dell'investimento.

<sup>170</sup> Così conclude G. GUIZZI, *Sull'oggetto e sui limiti del potere decisorio dell'ACF. Un primissimo bilancio*, cit., p. 55-57. L'a., nel sostenere la possibilità di porre l'obbligo di restituzione delle somme investite all'intermediario anche là dove le operazioni di investimento eseguite per conto del cliente si risolvano nell'acquisto di strumenti finanziari emessi da terzi, richiama il caso dei contratti cd. quadro concluso tra il cliente e l'intermediario, ossia il contratto che legittima il primo ad impartire ordini di investimento al secondo e che questi si obbliga ad eseguire. Contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità, l'a. ritiene che i singoli ordini a valle non rappresentino autonomi atti negoziali, suscettibili di dichiarazione di nullità, ma «dichiarazioni di volontà non negoziale che servono a specificare la prestazione, essenzialmente indeterminata, dovuta dall'intermediario, stabilendo di volta in volta l'operazione per il cui compimento si ricorre alla sua cooperazione». Così, il rapporto cliente-intermediario sarebbe inquadrabile nello schema codicistico del mandato: sicché, nel caso di violazione da parte dell'intermediario degli obblighi informativi o di mancata valutazione di adeguatezza, il rimedio esperibile non sarebbe la nullità, bensì tali ordini si considererebbero *tamquam non esset* perché non



Di recente, la questione dell'alterità soggettiva nei contratti di investimento ha assunto nuovamente rilievo alla luce della giurisprudenza in materia di nullità dei contratti a valle di intese restrittive della concorrenza<sup>171</sup>, di cui si è dato atto in precedenza<sup>172</sup>.

In quel caso, *mutatis mutandis*, la riconosciuta alterità soggettiva non è sufficiente idonea ad affermare la nullità dei contratti a valle, definita come una «“nullità speciale”, posta – attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e della L. n. 287 del 1990, art. 2, lett. a) – a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'“ordine pubblico economico”; dunque “nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva”», in ragione del fatto che «colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un “nesso funzionale”, non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale. La ratio di tale speciale regime - come detto - è da ravvisarsi nell'esigenza di salvaguardia dell'“ordine pubblico economico”, a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed Europee antitrust»<sup>173</sup>.

Nel contesto d'indagine, la richiamata pronuncia assume rilievo in quanto riconosce espressamente la possibilità per il giudice di dichiarare la nullità (parziale) dei contratti a valle in ragione del nesso funzionale con l'intesa anticoncorrenziale a monte, nonostante la non coincidenza soggettiva (e neppure oggettiva) evidenziata.

### 3.4. Fase procedimentale.

Il Regolamento Consob sull'ACF del 4 maggio 2016, recentemente modificato con delibera n. 21867 del 26 maggio 2021 il Regolamento ACF, prevede un arbitrato su base unicamente documentale.

In generale, come è stato osservato, l'arbitrato Consob si è sempre caratterizzato per contemplare una serie di escamotages funzionali ad uno snellimento delle regole processuali, in guisa da rendere lo strumento più *appealing*<sup>174</sup>.

---

imputabili al cliente-mandante, ma riferibili all'intermediario-mandatario ex art. 1711, comma 1, c.c. Verrebbe così *by-passato a priori* il problema dell'alterità soggettiva.

<sup>171</sup> V. Cass. civ., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, con nota di G. TARANTINO, *Fideiussioni redatte secondo lo schema ABI: contratto salvo, nulle solo le clausole 'anticoncorrenziali'*, cit., p. 11 ss. Nel caso oggetto di pronuncia delle Sezioni Unite venivano in rilievo alcune clausole inserite in contratti di fideiussione omnibus stipulati e redatti a valle secondo gli schemi predisposti dell'ABI e ritenuti parzialmente nulli dall'Autorità Garante in violazione dell'art. 2 L. n. 287/1990.

<sup>172</sup> V. *supra* § 2.3.

<sup>173</sup> Cass. civ., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, par. 2.17.

<sup>174</sup> Si tratta, nello specifico, della previsione, ove possibile, della nomina di un solo arbitro; dell'obbligo di tenere conto, ai fini della nomina ad opera dell'ente, della vicinanza del luogo di domicilio del consumatore alla sede dell'arbitrato, quando l'arbitrato non ha sede presso la Camera; in terzo luogo attraverso il disegno di un arbitrato semplificato, che assicuri comunque una

La rinnovata disciplina offre tuttavia interessanti spunti di riflessione sul punto. Si segnala anzitutto che il nuovo Regolamento ACF, come modificato dalla richiamata delibera Consob del 2021, introduce l'obbligo per le parti di utilizzare la modulistica presente sul sito web, favorendo in tal modo un processo di standardizzazione documentale, utile a una più celere definizione del procedimento<sup>175</sup>.

Anche per l'ACF valgono le considerazioni svolte in seno all'ABF rispetto al fondamentale ruolo di supporto della segreteria tecnica. Infatti, ai sensi del nuovo art. 11, comma 2, Regolamento ACF nel caso di documentazione insufficiente o carente la segreteria tecnica invita il ricorrente a trasmettere eventuali integrazioni o chiarimenti entro un termine non superiore a dieci giorni. Inoltre, lo stesso Collegio ove lo ritenga opportuno, può chiedere, attraverso la segreteria tecnica, che le parti forniscano ulteriori elementi informativi e documenti entro termini perentoriamente individuati.

È assicurato il contraddittorio, sempre documentale, tra le parti. Anzitutto si prevede che la stessa segreteria trasmetterà il ricorso così integrato all'intermediario, con *dies a quo* decorrente dalla scadenza del termine concesso al ricorrente per la trasmissione di integrazioni o chiarimenti.

L'intermediario potrà allora, entro il termine di trenta giorni dalla data in cui ha ricevuto il ricorso, trasmettere all'Arbitro le proprie deduzioni, corredate di tutta la documentazione afferente al rapporto controverso.

Quanto agli obblighi di produzione documentale posti in capo all'intermediario da assolvere contestualmente alla sua costituzione, si è precisato<sup>176</sup> che stante il limite dell'afferenza della documentazione al rapporto controverso, saranno ammissibili i documenti di natura strettamente negoziale relativa alla relazione con il cliente, anche le relative scritture contabili, nonché ogni altro documento, generato dall'intermediario o anche da terzi promotori.

In conseguenza delle difese processuali spiegate dall'intermediario, il ricorrente potrà presentare deduzioni integrative e l'intermediario potrà replicare alle deduzioni integrative del ricorrente

Infine, sempre nella prospettiva di agevolare la composizione bonaria della controversia tra le parti, il nuovo comma 9-*bis* del Regolamento prevede la possibilità di ricorrere all'istituto della sospensione del procedimento, che tuttavia dovrà essere contenuta nel termine massimo di 90 giorni.

Quanto al regime dell'onere probatorio, la disciplina del Regolamento prevede espressamente che «*la prova di avere assolto agli obblighi di diligenza, correttezza,*

---

piena cognizione.: cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2014, p. 1020.

<sup>175</sup> Cfr. art. 11 Regolamento ACF.

<sup>176</sup> V. Come rilevato da A.A. DOLMETTA-U. MALVAGNA, *Sul nuovo «ADR CONSOB»*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3, 2016, p. 262.

*informazione e trasparenza nei confronti degli investitori spetta sempre all'intermediario»* (art. 15, comma 2). La previsione, oltre ad essere in linea con il generale principio della vicinanza della prova, agevola sensibilmente la posizione del ricorrente investitore, al quale spetta non solo il privilegio dell'iniziativa processuale ma anche il beneficio di un regime probatorio favorevole. Entrambe le condizioni, si ritiene, contribuiscano al riequilibrio del rapporto asimmetrico tra le parti in questione, onde l'intermediario non solo si troverà a subire l'iniziativa dell'investitore, ma sarà tenuto a difendere attivamente il proprio operato nel rapporto con il cliente.

### **3.5. Fase decisoria.**

La decisione viene assunta dal Collegio dell'ACF applicando le norme giuridiche che disciplinano la materia e tenendo conto degli atti di carattere generale emanati dalla CONSOB e dall'AESFEM, delle linee guida delle associazioni di categoria validate dalla CONSOB, dei codici di condotta delle associazioni di categoria ai quali l'intermediario aderisce (art. 15, comma 1, Regolamento ACF). La riforma del 2021 ha inteso disciplinare in modo più puntuale la conclusione del procedimento stabilendo, in linea con le disposizioni ABF e in un'ottica di maggiore certezza e trasparenza, che entro novanta giorni dal completamento del fascicolo l'esito della decisione debba essere comunicato alle parti anche attraverso l'invio del dispositivo e prevedendo che, in tal caso, la decisione corredata della relativa motivazione venga trasmessa alle parti entro i successivi trenta giorni. La decisione non è vincolante per le parti né, di per sé, ha efficacia esecutiva. Secondo la dottrina si tratta infatti di *«pronunce aventi un valore autenticamente decisorio della lite, capaci perciò di incidere sulla realtà del diritto sostanziale e di creare un vincolo per le parti in forma analoga a quella prodotta dal lodo irrituale»*<sup>177</sup>.

### **3.6. Considerazioni conclusive sull'effettività della tutela per l'investitore.**

Il procedimento dinanzi all'ACF si presenta complessivamente come uno strumento di particolare *favor* per la tutela dell'investitore, nel contesto del rapporto asimmetrico con l'intermediario, in quanto idoneo a ripianare (o quantomeno attenuare) in sede processuale le disparità di potere sostanziale tra le parti in lite.

---

<sup>177</sup> Così G. GUIZZI, *Il valore delle decisioni dell'ABF (e dell'ACF) in un libro recente*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, p. 571.

Le modifiche introdotte con la riforma del Regolamento del 2021, cui si è fatto cenno in precedenza, muovono chiaramente in questa direzione.

Infatti, come si è avuto modo di osservare, nella prospettiva della tutela del cliente il nuovo Regolamento ACF, come modificato dalla richiamata delibera Consob del 2021 introduce due categorie di previsioni volte ad agevolare la composizione bonaria della controversia e l'adempimento delle decisioni.

Da un lato, infatti, viene prevista la possibilità per le parti di richiedere una sospensione del procedimento finalizzato al raggiungimento di un accordo tra le parti; dall'altro, si contempla la possibilità di adempimento tardivo dell'intermediario soccombente con la conseguente cancellazione della notizia del suo originario inadempimento.

Anche la disciplina delle cause estintive del procedimento dinanzi all'ABF (art. 13, comma 3, Regolamento) milita chiaramente nella prospettiva di assicurare all'investitore la tutela più efficiente possibile, consentendogli sia di rinunciare agli atti sia di avviare altri procedimenti arbitrali o giurisdizionali «*e non risulti la dichiarazione di improcedibilità e l'adozione del provvedimento previsto dall'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 28/2010*». Inoltre, a seguito della modifica intervenuta nel 2021, la nuova lettera *b-bis* del comma 3 prevede che il procedimento dinanzi all'ACF si estingua qualora l'intermediario, prima della decisione sul ricorso, fornisca documentazione attestante il raggiungimento di un accordo ovvero il pieno soddisfacimento della pretesa del ricorrente. Con tale ultima disposizione si è intesa rafforzare la libertà di scelta dell'investitore, consentendogli di scegliere una via transattiva o di componimento diverso della lite al di fuori del procedimento, purché sia effettivamente corrispondente ai suoi interessi e pienamente soddisfattiva. Al fine di presidiare l'effettivo soddisfacimento delle pretese dell'intermediario, la nuova disposizione pone a carico dell'intermediario l'onere di produzione documentale dell'accordo raggiunto.

Tuttavia, permangono alcune perplessità in ordine alla disciplina dell'onere probatorio che *in votis* mira ad agevolare la posizione dell'investitore ma, in concreto, rischia di rivelarsi insoddisfacente o ineffettiva.

Considerato infatti che la maggior parte delle contestazioni mosse agli intermediari dalla clientela *retail* attengono alla violazione degli obblighi informativi in occasione della negoziazione di strumenti finanziari, e che gli intermediari per difendersi sono tenuti a dimostrare quale sia stato in concreto l'effettivo livello delle informazioni fornite all'investitore in occasione delle singole operazioni di investimento e la correttezza dell'operato del proprio personale, la sola produzione documentale rischia di essere talvolta insufficiente.

La prassi ha dimostrato che la documentazione prodotta al fine di assolvere l'onere probatorio di aver correttamente e diligentemente adempiuto agli oneri informativi, se idonea in astratto ad informare, può in concreto non dare atto dell'effettiva conoscenza o informazione da parte dell'investitore.

In altri termini, l'onere probatorio in questione è adempiuto sol solo con la produzione documentale, ma permangono difficoltà nel dimostrare la scissione tra astratta conoscibilità e conoscenza in concreto dei rischi in cui è incorso l'investitore, posto che i documenti di per sé non riflettono sempre l'effettiva condizione informativa dell'investitore.

D'altra parte, vi è chi ha evidenziato che i suddetti limiti della disciplina istruttoria possano andare anche a detrimento dell'intermediario, con il rischio che qualora il Collegio, in una prima pronuncia, dovesse ritenere la modulistica utilizzata dal singolo intermediario non adeguata a dimostrare l'adempimento degli obblighi informativi, vi sarebbe il rischio di veder compromesse tutte le successive decisioni, senza poter supplire a tale "effetto domino" con altri mezzi istruttori<sup>178</sup>.

---

<sup>178</sup> A. BERNAVA, *Esperienze applicative dell'arbitrato Consob*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 81.

## Capitolo IV

### La digitalizzazione delle procedure arbitrali in materia finanziaria. Stato dell'arte e prospettive evolutive

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. L'arbitrato e le nuove tecnologie: un rapporto mutualistico. – 2. La digitalizzazione di primo livello degli ADR: lo sviluppo delle ODR e l'ODR-arbitrato nel settore di consumo. – 3. La digitalizzazione di secondo: arbitrato e *decision making* algoritmico nel settore di consumo e degli investimenti. – 3.1. L'arbitrato predittivo. 3.1.1. Predittività della decisione arbitrale. – 3.1.2. Predittività nella decisione arbitrale. – 3.1.3. Profili di criticità. – 3.1.3.1. Limiti di ordine giuridico all'arbitrato predittivo: consenso, ambito di operatività ristretto, rimedi esperibili, responsabilità per errore, immobilismo giurisprudenziale, *bias* cognitivi e valutativi dell'arbitro, riservatezza del lodo. – 4. L'arbitrato e il *Fintech*. – 4.1. Le evoluzioni del mercato finanziario e l'avvento del *Fintech*. – 4.2. La tutela rafforzata nel settore *Fintech*. – 4.3. I rischi nell'ecosistema di negoziazione *Fintech*. – 4.4. L'interazione tra AI, tecnofinanza e arbitrato. – 5. Prospettive regolatorie della digitalizzazione dei procedimenti arbitrali: maggiore effettività di tutela?

#### 1. Introduzione. L'arbitrato e le nuove tecnologie: un rapporto mutualistico.

Negli ultimi anni, la moderna società assiste ad un processo di reciproca fecondazione tra diritto e nuove tecnologie: il diritto è entrato nella società tecnologica, con tutti i suoi temi e problemi derivanti dall'applicazione delle tecniche giuridiche – sostanziali e processuali – nel vasto mondo della tecnologia e i suoi derivati<sup>1</sup>, e il progresso tecnologico sembra sempre più spesso precedere l'intervento regolatorio delle autorità tradizionali: *ubi societas technologica, ibi ius*<sup>2</sup>.

Il fulcro della fase attuale della rivoluzione tecnologica è rappresentato dall'intelligenza artificiale (AI), che sta già influenzando il modo in cui gli affari vengono condotti (*blockchain*), le transazioni vengono effettuate (*smart contracts*,

---

<sup>1</sup> Così T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in Liber amicorum Pasquale Costanzo. *Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, I, Genova, 2020, p. 1.

<sup>2</sup> Cfr. V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1980.

*bitcoin* e altri meccanismi di DLT), nonché le modalità attraverso cui le controversie vengono instaurate e risolte<sup>3</sup>.

L'innovazione tecnologica percorre anche l'ambito civilistico, e le importanti aperture che si registrano riguardano sia le posizioni giuridiche che le modalità di tutela. I due piani giuridici, sostanziale e procedimentale, presentano uno stretto collegamento evolutivo proprio con riferimento al sistema delle tutele stragiudiziali, individuabili negli ADR<sup>4</sup> e ODR (*online dispute resolution*)<sup>5</sup> in materia di consumatori. Le tutele stragiudiziali dei diritti disponibili, infatti, sono il principale campo d'elezione delle scelte che l'ordinamento rimette all'esercizio dell'autonomia delle parti contendenti che intendono trovare una soluzione compositiva condivisa.

Si ritiene di poter condividere l'opinione di chi rileva che «*le tutele giudiziali e quelle stragiudiziali presentano un'impostazione nettamente differente, se non opposta, quanto all'utilizzazione della tecnologia*»<sup>6</sup>, sull'assunto che nel primo caso vi siano maggiori ostacoli alla permeabilità della disciplina normativa rispetto all'ingresso dei meccanismi di AI in ragione dei pericoli per la tutela dei diritti fondamentali, mentre nel secondo caso l'armonizzazione a livello europeo e la rimessione all'autonomia privata possono lasciare maggiori margini.

Infatti, le forme di tutela stragiudiziali sono, per la maggior parte dei casi, ricomprese nell'alveo delle discipline di stampo privatistico, oramai armonizzate a livello europeo, incentrate sull'autonomia negoziale.

Per cui, una riflessione sulla relazione tra l'arbitrato e le nuove tecnologie richiede una duplice analisi: in primo luogo, di come le tecnologie digitali possono essere

---

<sup>3</sup> K. PAISLEY-E. SUSSMAN, *Artificial Intelligence Challenges and Opportunities for International Arbitration*, in *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, 2018, p. 35.

<sup>4</sup> Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), recepita in Italia con il Decreto legislativo agosto 2015, n. 130. Con riferimento alle discipline in materia di ADR/ODR di consumo, cfr. AA.VV., *ADR. Una giustizia complementare*, a cura di F. DANOVÌ-F. FERRARIS, Milano, 2018; AA.VV., *Le online dispute resolution (ODR)*, a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016; AA.VV., *The new regulatory framework for consumer dispute resolution*, a cura di P. CORTES, Oxford, 2016; E. GABELLINI, *L'attuazione della direttiva relativa alle ADR di consumo negli Stati europei: una breve panoramica*, in *Riv. arb.*, 2, 2018, p. 409 ss.; A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2017, p. 1064 ss.

<sup>5</sup> Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori).

<sup>6</sup> Così C. PILIA, *L'intelligenza artificiale e la mediazione nei sistemi ADR/ODR*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO, Milano, 2022, p. 858-859, il quale osserva che nelle forme di tutela stragiudiziale, le parti sono libere di scegliere di avvalersi dei meccanismi compositivi consensuali, anche per quanto attiene all'utilizzazione delle tecnologie. In tale prospettiva, «*non occorre una previa ed espressa norma legislativa per fondare l'ammissibilità delle soluzioni tecnologiche, anche di quelle più avanzate e forti legate alla robotizzazione dei meccanismi consensuali di composizione delle controversie*».

applicate all'arbitrato; e in secondo luogo, di come l'arbitrato possa servire le tecnologie digitali.

Negli ultimi anni un grande passo in avanti è stato compiuto rispetto alle primigenie forme di utilizzo delle tecnologie informatiche: in una prima fase, il connubio tra la tecnologia e il processo civile operava in funzione di ausilio delle professioni legali ovvero della giurisdizione, al fine di razionalizzare il funzionamento del processo civile (si pensi al processo civile telematico), di predisporre database giurisprudenziali o di creare strumenti di documentazione e organizzazione dei servizi a supporto degli operatori della giustizia<sup>7</sup>. Si tratta di impieghi dei *tools* tecnologici che sono stati finora sperimentati e hanno disvelato i potenziali vantaggi in termini di efficientamento del sistema giustizia, di maggiore rapidità e di agevole praticità.

Dall'idea del digitale come strumento prodromico alla razionalizzazione e all'organizzazione della giustizia si è passati ad indagare le possibilità di utilizzo dell'informatica e dell'intelligenza artificiale nel settore della decisione giudiziaria. Pertanto, non verranno prese in considerazione le tradizionali infrastrutture implementate per il funzionamento delle piattaforme, bensì si avrà riguardo a Big Data, Blockchain<sup>8</sup>, Machine Learning<sup>9</sup>, NLP, applicazioni di *text-mining*<sup>10</sup>, che costituiscono l'avanguardia della tecnologia del nuovo millennio, per comprendere come il loro impatto sugli aspetti procedurali possa incidere sulla tutela nei rapporti asimmetrici.

Anche se ad oggi le applicazioni pratiche in relazione al mercato dell'arbitrato sono poche – e la maggior parte delle esperienze sono straniere –, le nuove tecnologie si stanno pian piano introducendo all'interno della *community* degli ADR, ed in particolare dell'arbitrato, onde la necessità di indagarne lo stato dell'arte e le principali prospettive evolutive.

Può in primo luogo osservarsi che il rapporto che sussiste tra le nuove tecnologie e l'arbitrato è di mutua reciprocità: da un lato, l'implementazione delle tecnologie potrebbe incrementare l'efficienza degli strumenti arbitrali di risoluzione delle

---

<sup>7</sup> G. MAMMONE, *Considerazioni introduttive sulla decisione robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 30.

<sup>8</sup> La *blockchain*, che implementa la *distributed ledger technology*, si basa su una relazione peer-to-peer che garantisce la tracciabilità e l'inviolabilità di tutte le operazioni, permettendo così transazioni altamente sicure come la moneta digitale Bitcoin. I tre principi alla base di questa tecnologia innovativa sono i seguenti: *a*) si basa su una catena decentralizzata di transazioni, ognuna delle quali viene aggiunta lungo la catena come un blocco; *b*) non ci sono intermediari lungo la catena di transazioni; *c*) l'intero processo è automatico. In ragione di tali caratteristiche, la DLT è idonea ad assicurare diversi vantaggi, tra cui la sicurezza, la permanenza, l'immutabilità, e l'accessibilità delle transazioni.

<sup>9</sup> L'apprendimento automatico (o apprendimento profondo) è una tecnologia che permette a un programma basato sulle prove di reintegrare automaticamente nuove informazioni al fine di migliorare il proprio algoritmo.

<sup>10</sup> Il *text-mining* è il processo di analisi dei documenti basati sul testo per al fine di ricavare informazioni strutturate.



controversie; dall'altro, l'arbitrato costituisce lo strumento verosimilmente più idoneo alla risoluzione delle controversie che sorgono a seguito della conclusione di contratti in ecosistemi di negoziazione digitale.

Per quanto concerne il primo profilo, può qui evidenziarsi che l'utilizzo delle nuove tecnologie

Il loro uso potrebbe apportare benefici al sistema arbitrale in almeno due modi.

In primo luogo, le tecnologie digitali costituirebbero un mezzo per raggiungere una maggiore efficienza – intesa come rapporto tra tempo, costi e lavoro – del e nel processo arbitrale<sup>11</sup>. Ci si riferisce all'utilizzo dei Big Data, del *text-mining* e degli strumenti di *e-discovery* in funzione di supporto per la ricerca, l'analisi e la catalogazione della documentazione rilevante.

In secondo luogo, l'uso delle tecnologie digitali nell'arbitrato consentirebbe l'espansione dell'arbitrato in nuovi settori economici o anche nei settori economici già consolidati per le controversie di basso valore<sup>12</sup>, in quanto potrebbe rendere i procedimenti più accessibili, ad esempio mediante le diverse forme e modalità di digitalizzazione del procedimento.

La digitalizzazione del procedimento arbitrale può avvenire a due diversi livelli. Il primo livello è rappresentato dalle applicazioni delle nuove tecnologie in funzione di ausilio al *decision making* dell'arbitro, mediante anche la creazione di piattaforme di risoluzione online delle controversie

Il secondo livello, invece, è costituito dall'implementazione dell'AI in maniera più incisiva. Infatti, negli ultimi tempi si è sviluppato un dibattito sulle modalità di applicazione dell'intelligenza artificiale negli arbitrati<sup>13</sup>, che oggi sono rappresentate dall'analisi e dall'utilizzo dei micro-dati e dei macro-dati arbitrali in modo più efficiente ed efficace.

---

<sup>11</sup> V. J. KIRBY, *Efficiency in International Arbitration: Whose Duty Is It?*, in *Journal of International Arbitration*, 32, 6, 2015, p. 689 ss.; A. RESPONDEK, *Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings*, in *Journal of International Arbitration*, 31, 2014, p. 499 ss.. Si noti, peraltro, che la maggior parte delle regole delle istituzioni arbitrali, come quelle della Camera di Commercio (ICC) e della Corte di Arbitrato Internazionale di Londra (LCIA), configurano le procedure arbitrali in guisa da contribuire alla risoluzione efficiente delle controversie.

<sup>12</sup> Si nota che la tendenza recente delle Istituzioni arbitrali è proprio quella di incoraggiare ed agevolare il ricorso ad arbitrati di basso valore: v., ad esempio le ICC Arbitration Rules del 2017, all'art. 30, che prevedono una procedura semplificata per le controversie inferiori a due milioni di dollari. Anche in seno alla Camera Arbitrale di Milano, dal 1° luglio 2020, è entrata in vigore una nuova procedura di arbitrato semplificato, accanto all'arbitrato ordinario: si tratta di uno strumento più snello e più rapido per giungere alla definizione delle liti, con costi più contenuti.

<sup>13</sup> Tra le riflessioni sui potenziali usi dell'AI nel settore dell'arbitrato v. P. COHEN – S. NAPPERT, *The March of the Robots*, in *Global Arbitration Review*, 15 febbraio 2017, disponibile al seguente link: <http://globalarbitrationreview.com/article/1080951/the-march-of-the-robots>; J. M. DE LA JARA-A. INFANTES-D. PALMA, *Machine Arbitrator: Are We Ready?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 4 maggio 2017, disponibile al seguente link: <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/05/04/machinearbitrator-are-we-ready/>.

I micro-dati arbitrali riguardano le informazioni esteriori del procedimento arbitrale: le comunicazioni tra le parti; tra le parti e l'istituzione; tra gli arbitri e/o l'istituzione; le prove (comprese le comunicazioni via e-mail); i nomi e i dettagli dei testimoni, dei consulenti esperti e le loro testimonianze e relazioni, le comunicazioni tra gli arbitri, i progetti di lodo, ecc. Tali dati, con la digitalizzazione, praticamente, ogni informazione affrontata in un tipico arbitrato esiste in forma digitale.

Poi ci sono i macro-dati arbitrali, cioè le informazioni sul processo di risoluzione delle controversie e il suo risultato, che per la maggior parte è contenuto nel lodo (o nei lodi), compreso chi ha agito come avvocato, gli arbitri, il risultato della controversia, la logica della decisione, la teoria del danno, il metodo del danno, la valutazione, ecc.

Mentre l'applicazione dell'intelligenza artificiale ai lodi arbitrali è agli inizi e sarà un processo complesso, si prevede uniformemente che col tempo l'intelligenza artificiale sarà applicata per analizzare i dati e per prevedere le tendenze e i risultati che cambieranno per sempre la base su cui le controversie sono portate e il modo in cui sono decise. Tuttavia, questo richiede l'accesso ai lodi arbitrali che contengono le informazioni necessarie per fare queste previsioni.

Sul tema sono infatti emerse alcune delle stesse preoccupazioni del più ampio dibattito sui benefici e sui rischi della trasparenza rispetto alla riservatezza in generale e della pubblicazione dei lodi in particolare.

I potenziali benefici che si possono ottenere vanno dalla riduzione dell'incertezza dell'esito della controversia, alla possibilità di rendere il campo di gioco arbitrale più o meno uniforme ed equilibrato tra le parti a seconda di chi ha accesso all'intelligenza artificiale; infine, occorre considerare i prerequisiti per un'implementazione di successo dell'intelligenza artificiale, compresi i potenziali benefici per l'intelligenza artificiale derivanti da un maggiore accesso ai lodi.

Al suo attuale stadio di sviluppo, l'efficacia dell'IA dipende fortemente dalla qualità dei dati elaborati e dall'algoritmo applicato: ambo gli elementi sono fondamentali per comprendere sia i potenziali benefici che i rischi dell'applicazione dell'intelligenza artificiale all'arbitrato

Alla luce delle prospettate istanze innovative delle nuove tecnologie, si pone l'esigenza di investigare il diritto processuale arbitrale nelle sue intersezioni con le innovazioni tecnologiche nell'era digitale e dell'Intelligenza Artificiale (IA)

Una questione che si è posta all'attenzione riguarda le possibili implicazioni dell'interazione tra AI e arbitrato.

L'interazione può avvenire a diversi livelli: strumenti di AI di supporto agli arbitri nelle diverse fasi della procedura arbitrale e strumenti di AI in funzione decisoria totalmente o parzialmente sostitutiva.

Nel primo gruppo rientrano: *a)* strumenti di AI che consentono di selezionare gli arbitri della procedura per prevenire situazioni di conflitto di interesse; *b)* strumenti

di AI integrati per la gestione dei casi sottoposti all'attenzione dell'arbitro; c) strumenti di AI integrati per la gestione e l'analisi dei fatti.

Nel caso *sub a*), si osserva che l'implementazione di sistemi di AI che consentono di selezionare gli arbitri idonei a decidere la controversia potrebbe costituire un valido sistema per ovviare alle problematiche di indipendenza ed imparzialità<sup>14</sup>. La soluzione, che senz'altro appare implementabile negli arbitrati istituzionali e negli arbitrati amministrati, non è del tutto peregrina neppure nel caso di arbitrati *ad hoc*<sup>15</sup>.

Con riguardo al *sub b*), esistono applicazioni di IA che utilizzano il *machine learning* con la tecnologia di elaborazione del linguaggio naturale (*natural processing language* – NPL) al fine di assistere l'arbitro nella programmazione e nella pianificazione del carico di lavoro.

Gli assistenti intelligenti possono essere utilizzati per trovare gli slot per le riunioni importanti e organizzare le possibili date di deposito in accordo con il carico di lavoro degli arbitri o delle altre parti, dando priorità alla rilevanza attribuita a ciascun caso particolare.

Con riguardo al *sub c*), è dato riscontrare che vi sono attualmente applicazioni di IA si concentrano sulla fornitura di strumenti per la raccolta e l'analisi dei fatti ad arbitri e consulenti. In particolare, gli strumenti di AI sono in grado di identificare, estrarre e analizzare contratti e altri documenti, inclusi, ad esempio, i documenti presentati dalle parti e gli allegati, e rilevare le parti più importanti di un dato documento<sup>16</sup>.

Nel secondo gruppo, invece, rientrano strumenti di AI che coadiuvano o sostituiscono il decidente nell'attività di *decision making*.

Rientrano nella categoria degli strumenti di AI in funzione suppletivo-integrativa quei *tools* che consentono agli arbitri di emettere sentenze di migliore qualità e di implementare la legittimità delle loro decisioni; tali applicazioni si basano

---

<sup>14</sup> Sulle questioni correlate ai problemi di imparzialità e indipendenza degli arbitri, in una prospettiva nazionale e internazionale, v. C. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009. Cfr. anche IBA, *Guidelines of Conflicts of Interest in International Arbitration*, 2014 ove è stata evidenziata la rilevanza pratica della questione. Ma v. *contra* E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 73, la quale evidenzia che invece l'adozione di sistemi di algoritmi predittivi potrebbe minare l'indipendenza e l'imparzialità del giudicante.

<sup>15</sup> Sebbene i costi legati all'implementazione dei software difficilmente potrebbero essere sostenuti dalle singole parti, senza l'appoggio di una struttura arbitrale istituzionalizzata.

<sup>16</sup> Tra i diversi strumenti già esistenti si menzionano ROSS Intelligence, eBrevia e Kira Systems. ROSS Intelligence è un software per la ricerca, basato di tecniche di IA e di NLP, che consente agli utenti di porre domande e ricevere informazioni sulla lettura consigliata, sulla giurisprudenza correlata e sulle risorse secondarie. Invece eBrevia è strumento di *e-discovery* per il processo di revisione dei documenti, che utilizza l'apprendimento automatico per determinare le parti rilevanti dei documenti. Infine, Kira Systems è un'applicazione di *machine learning* in grado di identificare, estrarre e analizzare contratti e può essere utile per gli arbitri per scoprire informazioni rilevanti dai contratti indipendentemente dalla loro struttura.

principalmente su strumenti di analisi predittiva dei dati e su *dataset* delle decisioni<sup>17</sup>.

Affinché le applicazioni predittive possano essere implementate con successo, i dati devono essere di grande volume e di sufficiente varietà e veridicità.

In tali sistemi viene mantenuta l'autonomia decisionale dell'arbitro (o del collegio arbitrale), il quale si serve dell'apparato strumentale di AI a sua disposizione per emettere una decisione più rapida, più completa – perché adottata sulla base di un dataset maggiore – e, quindi, tendenzialmente, più “sicura”. Il ruolo della tecnologia è qui limitato a semplice *instrumentum*.

Diverso, invece, è il caso in cui si prospettino sistemi di vera e propria decisione o di co-decisione arbitrale algoritmica.

Volendo riassumere, i livelli di interazione arbitrato-AI possono essere di tre tipologie, secondo una dinamica di digitalizzazione e di automazione crescente: *i*) il decisore è l'arbitro umano, mentre gli algoritmi vengono impiegati alla stregua di “consulenti” per il controllo delle decisioni, secondo parametri pre-impostati; *ii*) gli arbitri AI e gli arbitri umani adottano una co-decisione finale della controversia arbitrale ed effettuano mutui controlli, in guisa che gli arbitri fisici supervisionino l'operato dell'algoritmo e gli algoritmi possano rilevare, grazie alle avanzate tecniche di AI, eventuali errori materiali o giuridici degli arbitri; *iii*) l'AI sostituisce *in toto* gli arbitri umani e sulla base degli *input* forniti, mediante un procedimento totalmente algoritmizzato, emettono un *output* finale che è il lodo.

Nella pratica odierna, il modello di interazione maggiormente ricorrente sembra essere il primo, la dove quindi il ruolo dell'AI è limitato ad una funzione di assistenza e di supporto all'attività istruttoria e decisoria dei giudici umani<sup>18</sup>. Infatti,

---

<sup>17</sup> Tra le applicazioni già in uso si segnalano, con specifico riferimento all'arbitrato. Si pensi ad *ArbiLex*, un *software* di analisi predittiva che offre supporto ai contendenti per valutare i rischi e i probabili costi connessi a una procedura arbitrale. Il programma è strutturato secondo un sistema di inserimento e rielaborazione dei dati, ispirato al principio del *machine learning* e alla teoria dei giochi (<https://www.arbilex.co/welcome>). *Arbitrator Research Tool (ART)* è invece un database internazionale di informazioni sugli arbitri che contiene e fornisce informazioni su sesso, nazionalità, esperienza, leggi applicabili, ecc. e una lista di arbitri (<https://globalarbitrationreview.com/arbitrator-researchtool>). *Liti-gate* è una piattaforma non dedicata esclusivamente all'arbitrato, ma riesce ad aiutare in ogni area del contenzioso. Fa un'analisi, controlla le informazioni, prepara le linee temporali, fornisce risposte e bozze di argomenti per il caso, crea pacchetti da una serie selezionata di documenti e si occupa anche della ricerca legale. (<https://www.litigate.ai/features/>)

Infine, la piattaforma di analisi legale di Lex Machina ha una funzione di “Timing analytics” che utilizza l'IA per prevedere il tempo stimato per un caso davanti a un giudice specifico. Lex Machina è un enorme strumento statistico che trae i dati da un catalogo di casi giudiziari e li usa per creare statistiche riguardanti il caso in questione. Se lo strumento ha un caso simile nel suo database, può stimare la probabilità di successo e/o fallimento del caso concreto (<https://lexmachina.com/what-we-do/>)

<sup>18</sup> Tra le esperienze internazionali, si segnalano il sistema di *Jurimetria*, uno strumento di previsione legale che lavora sull'analisi di milioni di decisioni giudiziarie. V. in argomento A.A. REHBEIN, *Artificial intelligence in international arbitration: from the legal prediction to the awards issued by robots*, 19 febbraio 2019, p. 3, disponibile al seguente link: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4caf6b-4243-4983-a1dd-42fa77f38a16>.

può osservarsi che anche sistemi in cui l'AI e gli arbitri umani co-decidono la controversia (pattern 2), non sembrerebbe revocabile in dubbio che gli arbitri umani possano svincolarsi dai “suggerimenti” dati o dalle soluzioni proposte dall'algoritmo.

Le questioni relative all'impiego dell'AI con finalità di supporto alle attività preparatorie od organizzative del processo arbitrale sono già state ampiamente analizzate e scandagliate nel dibattito attuale, con opinioni sostanzialmente favorevoli nella prospettiva di efficientamento del sistema. Peraltro, le applicazioni pratiche delle teorizzazioni concettuali paiono fornire *feedback* positivi, sicché può ritenersi che ad oggi le principali criticità investano invece il tema del coinvolgimento più intenso dell'AI nei meccanismi arbitrali.

Nel secondo paragrafo del presente capitolo verranno analizzati i sistemi algoritmici in funzione co-adiuvante, mentre nel terzo si procederà dunque ad analizzare le prospettive della digitalizzazione di secondo livello dell'arbitrato secondo i crismi della giustizia predittiva, per vagliarne i profili maggiormente problematici e possibili soluzioni.

L'interrogativo di fondo che accompagnerà la trattazione nel presente capitolo investe allora un duplice profilo: per un verso, se e come la tecnologia può apportare benefici all'arbitrato; per altro verso, se e come l'arbitrato può apportare benefici alla tecnologia, in ossequio al richiamato rapporto mutualistico esistente tra arbitrato e nuove tecnologie.

Nel contesto della prima questione (apporto delle nuove tecnologie all'arbitrato) si esamineranno i sistemi algoritmici a sostegno degli ADR (in particolare gli ODR e l'arbitrato predittivo), valutando da un lato, la responsività e la resilienza dei tradizionali sistemi di ADR (incluso l'arbitrato) alle nuove istanze poste dall'incessante dilagare delle ICT e, dall'altro, se e come le nuove tecnologie possono influenzare e mutare il *modus procedendi* dei sistemi di ADR.

Nel contesto della seconda questione (apporto dell'arbitrato alle nuove tecnologie), si vorranno indagare i benefici e vantaggi del ricorso a meccanismi di soluzione arbitrale delle controversie che originano da operazioni economiche svolte su piattaforme *online*. In particolare, ci si concentrerà sulla capacità dei meccanismi di ADR di reagire proattivamente ai cambiamenti verificatisi nel panorama dell'offerta di servizi finanziari e ai nuovi rischi e prospettive nell'ecosistema *Fintech*.

## 2. La digitalizzazione di primo livello degli ADR: lo sviluppo delle ODR e l'ODR-arbitrato nel settore di consumo.

Il fenomeno della digitalizzazione ha assunto sempre maggior rilievo nel settore degli ADR<sup>19</sup>, a partire dallo sviluppo<sup>20</sup> e dalla diffusione degli ODR (Online Dispute Resolution), il cui funzionamento è basato sull'impiego degli strumenti della Information and Communication Technology – ICT<sup>21</sup>.

Nella categoria delle ODR vengono ricomprese una vasta pluralità di procedure aventi scopo specifico di prevenire l'insorgere delle controversie ovvero di agevolare la risoluzione della lite già insorta fuori dalle sedi giurisdizionali, con funzione *lato sensu* di mediazione e conciliazione.

Si distinguono infatti, da una parte la risoluzione delle controversie vera e propria, che copre tutte quelle procedure che direttamente dirimono i conflitti, dall'altra quei servizi che svolgono funzioni di facilitazione e di prevenzione delle controversie senza, in nessun caso, risolverle.

A livello internazionale, assume rilievo l'opera dell'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), che nel 2016 ha elaborato un documento recante *Technical Notes on Online Dispute Resolution*<sup>22</sup>. A tale proposito, è

---

<sup>19</sup> A. QUARTA-G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Le Monnier Università, 2020.

<sup>20</sup> Secondo G. CASSANO, *Le nuove forme di Alternative Dispute Resolution (ADR) nell'era di Internet*, in *Giur. it.*, 4, 2005, p. 883 ss., le ragioni dello sviluppo di tali sistemi di risoluzione online delle controversie vanno ravvisate nella crescita esponenziale delle transazioni *online* di basso valore, nella diversità degli ordinamenti giuridici con conseguente difficoltà di far fronte alla transnazionalità della rete che determina la differente allocazione delle operazioni giuridiche poste in essere e maggiori esigenze di speditezza.

<sup>21</sup> In argomento v. E.M. APPIANO, *ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE*, in *Contr. impr./Eur.*, 2013, p. 965 ss.; C. CAMARDI, *Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 549 ss.; F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1299 ss.; E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, in *Le Online Dispute Resolution*, a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016, p. 7 ss.; T. ROSSI, *Effettività della tutela nella recente regolamentazione europea di ADR e ODR*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 831 ss.; V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 313 ss. Per una ricostruzione dell'evoluzione storica, anche in chiave comparatistica, degli ODR e le attuali prospettive v. C. MARESCA, *La sfida della trasposizione delle online dispute resolution sul suolo europeo: strumento realmente efficace o una chimera?*, in *Giustiziacivile.com*, 10 agosto 2021; C.E. PAPADIMITRIU, *Online dispute resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, in *Rivista di diritto del risparmio*, 1, 2021, p. 22 ss.; G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in *Informatica e diritto*, XXXIII, Vol. XVI, 1-2, 2007, p. 479 ss..

<sup>22</sup> UNCITRAL, *Technical Notes on Online Dispute Resolution*, 2017, disponibile al seguente link: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382\\_english\\_technical\\_notes\\_on\\_odr.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf). Come dichiarato dalla stessa UNCITRAL, le Note Tecniche rappresentano uno strumento volto ad aiutare tutti gli Stati membri nella implementazione dei sistemi ODR accessibili ad acquirenti e venditori in Paesi a tutti i livelli di sviluppo, stabilendo una visione uniforme di principi, fasi, scopi, lingua e *governance* delle ODR nell'*e-commerce*. V. sul punto F. SBORDONE, *L'UNCITRAL e l'edificazione di un Global*

significativo che le ODR vengano definite semplicemente come “*mechanism for resolving disputes through the use of electronic communications and other information and communication technology*”<sup>23</sup>, lasciando ampi margini di interpretazione circa il grado di incidenza delle nuove tecnologie.

La disciplina degli ODR è stata positivizzata in Europa mediante il regolamento 524/2013/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 (regolamento sull’ODR per i consumatori)<sup>24</sup>.

Da un punto di vista della competenza *ratione materiae*, gli strumenti in esame appaiono particolarmente flessibili, in quanto in astratto idonei a coprire tutte le eventuali controversie che possano insorgere nell’intero arco di contrattazione tra professionista e consumatore<sup>25</sup>, dai vizi genetici e funzionali del rapporto contrattuale tra professionista e consumatore che ne abbiano alterato il sinallagma, dall’esercizio del diritto di recesso, ai vizi di conformità.

Tuttavia, come è stato osservato in dottrina<sup>26</sup>, affinché i sistemi ODR svolgano il ruolo di veri e propri servizi di risoluzione online delle controversie, è necessario che questi si attengano a regole e metodologie che riguardano la procedura da seguire, l’ambito di applicazione, la richiesta preliminare per introdurre la domanda, la competenza dei terzi neutrali, il principio del contraddittorio, la tipologia di norme da rispettare, la consulenza legale per le parti, le strategie per la *privacy*, la lingua in cui viene offerto il servizio. Pertanto le procedure devono essere strutturate in guisa da avere una fisionomia delineata nelle regole da seguire e trasparente nello svolgimento del procedimento.

Quanto al profilo funzionale dell’intervento regolatorio attuato mediante la Direttiva ODR, pare di poter condividere in questa sede quanto già detto in proposito della Direttiva ADR<sup>27</sup>: sembrerebbe trattarsi di un intervento di stampo paternalistico volto a “fidelizzare” l’utente/operatore del mercato unico europeo verso le contrattazioni nello spazio digitale, per ovviare alle esternalità negative derivanti dalla necessità di ricorrere al contenzioso ordinario<sup>28</sup>.

---

*ODR System*, in *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016, p. 53 ss.

<sup>23</sup> UNICITRAL, *Technical Notes on Online Dispute Resolution*, cit., section V, p. 4.

<sup>24</sup> Regolamento (UE) N. 524/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (Regolamento sull’ODR per i consumatori), disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=DE>.

<sup>25</sup> Cfr. art. 9 del Regolamento ODR.

<sup>26</sup> Cfr. M. FRANCESCA, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution*, in *judicium.it*, 2015.

<sup>27</sup> Cfr. Cap. I, § 3.

<sup>28</sup> Nella contrattazione online le esternalità negative sono maggiori rispetto a quelle aventi carattere “transazionale”: come si avrà modo di precisare al § 4, i rischi del digitale si aggiungono a quelli della “fisiologica” extraterritorialità, sicché la regolazione di strumenti di risoluzione alternativa delle controversie online risponde all’esigenza di neutralizzare le difficoltà relative all’instaurazione di una ordinaria controversia domestica. Per cui, quando la contrattazione presenta

Sebbene *prima facie* i meccanismi di ODR possano sembrare una prima forma di digitalizzazione degli ADR, in realtà ne se differenziano in ragione sia la variabile della extraterritorialità, sia per la variabile del digitale<sup>29</sup> che li rende particolarmente fruibili a fronte della capillare diffusione dell'*e-commerce* degli ultimi anni<sup>30</sup>.

Da un punto di vista del grado dell'innovazione tecnologica, è possibile distinguere tra ODR di prima e ODR di seconda generazione<sup>31</sup>.

Le prime, le più risalenti ma le più utilizzate nel contesto europeo<sup>32</sup>, svolgono la funzione di porre in contatto le parti sfruttando le innumerevoli possibilità offerte dalle tecnologie dell'informazione e dal digitale. A tale *pattern* corrisponde la piattaforma ODR, attivata il 9 gennaio 2016 sulla base della Direttiva del 2013 sull'ADR per i consumatori, nonché del Regolamento del 2013 sulla risoluzione online delle controversie dei consumatori, che costituisce un portale interattivo che offre un unico punto di accesso per consumatori e professionisti europei che desiderano risolvere in ambito stragiudiziale le controversie derivanti da contratti di vendita o contratti di servizi online. La piattaforma garantisce ai consumatori e ai professionisti la possibilità di presentare reclami mediante la compilazione di un modulo elettronico disponibile in tutte le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione e di accludere i documenti pertinenti<sup>33</sup>.

Gli ODR di prima generazione si caratterizzano per la comunicazione a distanza, mediante strumenti elettronici, tra le parti contendenti e per la asincronia della procedura. Dunque, in tali ipotesi, l'ICT fornisce il mero *instrumentum* attraverso il quale si svolge l'ADR, lasciando all'opera dell'uomo l'organizzazione e l'esecuzione dell'attività di elaborazione e risoluzione della controversia: per tale

---

(solo) elementi di extraterritorialità, le criticità investono i profili della *lex contractus* o della *lex fori*, mentre se la contrattazione (oltre ad essere transazionale) avviene nell'ecosistema digitale, i due profili sopra richiamati assumono un grado di complessità maggiore.

<sup>29</sup> Il Regolamento richiama infatti la procedura già prevista per le ADR dalla direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, ma si differenzia da essa per la non necessità della presenza delle parti contrattuali.

<sup>30</sup> Tant'è vero che di recente è cresciuta l'attenzione verso tali sistemi di risoluzione online delle controversie: v. Conferenza Internazionale sulle ODR, *Equal Access to Information & Justice*, che si è svolta a Parigi il 12-13 giugno 2017, ove una sessione è stata dedicata in modo specifico all'impatto dell'AI e dei sistemi esperti sulle ODR.

<sup>31</sup> La distinzione è di G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., p. 477 ss. ed è ripresa da C.E. PAPADIMITRIU, *Online dispute resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, cit., p. 26 ss.

<sup>32</sup> Un primo esempio di ODR di prima generazione è stato utilizzato per la composizione negoziata online delle controversie aventi origine dai contratti transfrontalieri, stipulati dai consumatori europei, promosso dalla EEJ-Net (European Extra Judicial Network) e sviluppato dalla Commissione Europea (attiva dal 2001 al 2005, e poi sostituita dalla ECC-Net - European Consumer Network).

<sup>33</sup> Successivamente all'invio del reclamo, se la controparte accetta l'ODR, le parti si accordano, sempre mediante l'utilizzo della piattaforma, sull'organismo ADR che si occuperà della risoluzione della lite, individuandolo entro una lista precostituita di soggetti abilitati. Una volta espletata la fase di gestione e definizione della controversia (della durata massima di 90 giorni), che può svolgersi online grazie ai mezzi messi a disposizione gratuitamente dalla medesima piattaforma, l'organismo prescelto informa le parti dell'esito del reclamo.



ragione, queste ODR potrebbero essere definite “*human based*”<sup>34</sup>.

Possono essere di tipo conciliativo o seguire lo schema della mediazione.

Nella prima categoria (ODR-conciliazione) rientrano quei servizi in cui le parti possono procedere alla composizione della lite in uno spazio virtuale, che consente loro di introdurre i fatti di causa e manifestare i loro interessi ai fini della risoluzione della controversia, senza che vi sia un potere decisionale da parte del *provider* del servizio.

Invece, la seconda categoria (ODR-mediazione) ricomprende quei servizi di composizione della lite mediante l’intermediazione di un soggetto terzo, il quale – almeno negli ODR di prima generazione, può solo un agente fisico che utilizza i sistemi di comunicazione informativa. L’agente fisico può anche avvalersi del supporto di un software che traccia le linee guida all’interno delle quali deve essere condotta la discussione al fine di preparare l’attività conciliativa del mediatore fisico.

Le ODR di prima generazione hanno costituito oggetto di un processo di progressiva “istituzionalizzazione”, sicché i pubblici interventi di regolamentazione sono percepiti come indispensabili per garantire l’indipendenza, l’imparzialità e l’equità ai servizi di ODR, in modo tale da proteggere i consumatori<sup>35</sup> e di stimolare la loro fiducia nei confronti del mercato.

In questa prospettiva, nel dibattito internazionale sulle ODR sono state avanzate proposte che chiedono, ad esempio, di rendere obbligatorio il ricorso alle ODR<sup>36</sup>, o di istituire le *clearing houses*, organismi istituzionali che, oltre ad accreditare gli ODR provider, informano, indirizzano ed assistono gli utenti nei primi contatti con il provider.

Tuttavia, se *in votis* una regolamentazione istituzionale appare maggiormente tutelante per le categorie più deboli, occorre prendere atto di un duplice fenomeno che si sta sviluppando in seno alle ODR.

Da un lato, sta progressivamente venendo meno la rigida separazione tra sistemi di risoluzione giudiziale e sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie,

---

<sup>34</sup> C.E. PAPADIMITRIU, *Online dispute resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, cit., p. 26, la quale osserva conclusivamente che «*le ODR di prima generazione appaiono come versioni telematiche delle ADR, di cui rappresentano una sorta di evoluzione tecnologica. Il quid pluris è dato proprio dalla facile, veloce ed economica connettibilità in rete fra soggetti che si trovano in luoghi anche molto distanti*»

<sup>35</sup> In termini L. COMINELLI, *L’Online Dispute Resolution nel mondo: modelli a confronto*, in *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella Società dell’Informazione*, a cura di A. MAGGIPIINTO, Milano, 2006, p. 77 ss., la quale osserva che l’idea di ODR regolamentate, poste a protezione dei consumatori, che muovono da iniziative istituzionali e che integrano gli strumenti di tutela già previsti dall’ordinamento, è tipica del modello giuridico-culturale dell’Europa continentale, più sensibile a istanze collettivistiche di tutela delle categorie più deboli. Al contrario, gli ordinamenti di *common law* mantengono una concezione imprenditoriale delle ODR, fondata sull’iniziativa privata e guidata dall’obiettivo di favorire lo sviluppo e la crescita economica.

<sup>36</sup> V. in tal senso E. MINERVINI, *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Online Dispute Resolution*, a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016, p. 45 ss.

grazie alla diffusione delle cd. ODR *in courts*: corti e tribunali diventano essi stessi sedi di applicazione delle ODR, che si incardinano all'interno dei sistemi giudiziari nazionali<sup>37</sup>.

Così, l'alternativa ODR non viene più considerata come un *quid alius* rispetto alle sedi istituzionalmente preposte all'amministrazione della giustizia, ma come una *diversion* rispetto alle procedure formali, al processo giuridico come strumento regolato da norme statali<sup>38</sup>.

Dall'altro lato, le dinamiche della globalizzazione, il carattere transnazionale delle piattaforme che accedono a servizi di ODR e il crescente potere di auto-regolamentazione<sup>39</sup> delle piattaforme hanno indotto a dubitare dell'opportunità, o comunque dell'efficacia di una regolamentazione istituzionale dei meccanismi di risoluzione delle controversie.

Infine, sono stati variamente evidenziati anche i rischi della standardizzazione delle controversie. Poiché nelle piattaforme che ricorrono a strumenti algoritmici di risoluzione delle controversie la predisposizione delle interfacce, dei *software* e degli applicativi viene effettuata *more mathematico*, mediante cioè algoritmi, il risultato è la realizzazione di percorsi precostituiti, guidati da schemi ipotetici, alternative definite e categorie stabili<sup>40</sup>. Sicché appare elevata la possibilità che la standardizzazione in questione, da un lato, possa portare ad un appiattimento delle soluzioni delle liti sulla base di criteri pre-stabiliti e, dall'altro, in alcuni casi possa addirittura essere preclusiva dell'accesso alla stessa giustizia.

Negli ODR di seconda generazione, invece, l'impiego di strumenti di ICT non è limitato al mero supporto tecnico, ma investe la vera e propria esecuzione della specifica attività mediativo-conciliativa richiesta. Infatti, in tali *pattern*, l'intelligenza umana convive e si ibrida con l'intelligenza artificiale a diversi livelli ed intensità: gli algoritmi possono intervenire in alcune, solo, o in tutte le fasi in cui

---

<sup>37</sup> Si tratta di sistemi "integrati" in cui «*le ODR diventano "complementary tool to traditional in-court schemes and state-run judicial systems"*»: cfr. N.W. VERMEYS – K. BENYEKHLEF, *ODR and the Courts*, in *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, a cura di M.S. ABDEL WAHAB-E. KATSH-D. RAINEY, La Haye, 2012, p. 295 ss.

<sup>38</sup> Cfr. C.E. PAPADIMITRIU, *Online dispute resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, cit., *passim*.

<sup>39</sup> Il fenomeno della auto-regolazione e/o della meta-regolazione delle piattaforme inerisce maggiormente alle piattaforme di e-commerce, le quali sovente includono anche meccanismi di ODR interni per la gestione dei *claims* dei clienti. Sicché assume rilievo, ai fini dell'indagine che si sta conducendo, comprendere se e in che misura il potere regolatorio delle piattaforme possa incidere sull'individuazione di idonee garanzie processuali per i consumatori che se ne servono per le loro operazioni economiche. Sul tema della *self-regulation* v. C. BUSCH, *Self-regulation and regulatory intermediation in the platform economy*, in *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering. Standards, Contracts and Codes*, a cura di M.C. GAMITO-H.W. MICKLITZ, Edward Elgar, 2019, p. 115 ss.

<sup>40</sup> V. G. SARTOR, *Il diritto nell'informatica giuridica*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2015, p. 71 ss., per il quale sussiste il rischio che, a contatto con la controversia, il fenomeno della digitalizzazione finisca col burocratizzare e standardizzare la lite, da un lato, e "spersonalizzare" la giustizia, dall'altro.

si articola l'ODR, e quindi nella ricerca e predisposizione del contatto tra le parti, nella ricognizione dei fatti oggetto di controversia, nella valutazione dei dati raccolti, infine nella configurazione di una possibile soluzione della lite. Pertanto, si tratta di ODR che potremmo definire “*machine based*”, perché prevedono un coinvolgimento diretto dell'intelligenza artificiale nel *decision making*<sup>41</sup>.

Le ODR di seconda generazione sono funzionali alla vera e propria risoluzione della lite, e non anche alla prevenzione. Se nei primi sviluppi<sup>42</sup> tali applicazioni dell'IA si basavano su *software* piuttosto semplici, ad oggi sono prospettabili soluzioni di vario genere grazie ai progressi del *machine learning*, delle reti neurali artificiali, dell'integrazione delle reti neurali con i *big data*, e dal c.d. *deep learning*, tecnologia che dota l'AI di funzioni potenziate grazie alla combinazione di più livelli di reti neurali e allo sfruttamento della potenza computazionale offerta dai *provider*.

L'incidenza di tali strumenti consente di mutare prospettiva, e di connotare l'IA come un *quid* di qualitativamente diverso rispetto sia alla semplice funzione di supporto nelle fasi di accesso alla procedura e di istruttoria, sia alla automazione dei processi esistenti. Come è stato opportunamente osservato, l'IA applicata al processo non è più limitata alla creazione di algoritmi capaci di fornire risposte coerenti ad input corrispondenti, ma si sostanzia nella programmazione di sistemi di analisi (e di decisione) che si evolvono sulla base della propria esperienza maturata mediante l'autoapprendimento.

Accanto agli ODR che riproducono gli i sistemi di risoluzione autonoma delle controversie (mediazione, conciliazione e negoziazione assistita), sono state concettualizzate anche forme di ODR-arbitrato<sup>43</sup>, seppur non con poche difficoltà sia teoriche sia pratiche.

Una prima forma di ODR-arbitrato, che risponde allo schema delle ODR di prima generazione, è la procedura di arbitrato *online* che si distingue dall'arbitrato tradizionale esclusivamente per l'utilizzo degli strumenti informatici per lo svolgimento della procedura (ad esempio per la produzione probatoria) mentre

---

<sup>41</sup> G. PERUGINELLI, *Online Dispute Resolution e applicazioni di intelligenza artificiale*, in *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella società dell'informazione. Internet per la gestione della conflittualità nel mercato virtuale*, a cura di A. MAGGIPINTO, 2006, *passim*.

<sup>42</sup> Una delle prime ODR di questo tipo, offerte da società statunitensi come la NAM – *National Arbitration and Mediation* (<https://www.namadr.com/>) o la *CyberSettle* (<http://www.cybersettle.com/>), è stata la negoziazione *online* “a modello cieco”. Si tratta di un sistema indicato per risolvere soprattutto liti di carattere pecuniario, che si è rivelato particolarmente nelle controversie in materia assicurativa. V. in argomento C.E. PAPADIMITRIU, *Online dispute resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, cit., p. 29.

<sup>43</sup> V. in argomento la ricostruzione di A. FACHECHI, *Natura arbitrale delle ODR aggiudicatorie*. In particolare, la procedura UDRP, in *Le Online Dispute Resolution*, a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016, p. 75 ss, la quale riporta l'esempio della procedura UDRP (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*) per i casi di utilizzo di nomi a dominio identici o tali da recare confusione rispetto al marchio o a qualunque altro segno distintivo identificativo di imprese attive sul territorio.

conserva immutate le caratteristiche proprie dell'istituto. In particolare, viene assicurata la garanzia dell'indipendenza dell'arbitro, posto che i servizi di ODR mettono a disposizione dell'utente una lista di arbitri possibili tra cui le parti devono scegliere<sup>44</sup>. Per la verità, anche in questo caso il livello di interazione tecnologica-ADR è molto basso, sicché può ritenersi che il principio di neutralità tecnologica sia rispettato e nulla cambi in ordine alle tutele per le parti in causa.

Il passo successivo, verso forme di *cyber-arbitration*, appare invece maggiormente problematico. Si registra la tendenza verso forme di arbitrato nell'ambito delle quali l'avvio della procedura è libera e non resa obbligatoria da impegni precedentemente assunti (sì che il ricorso all'arbitro rappresenta soltanto una delle opzioni disponibili per dirimere la controversia) e, in alternativa o in concorso, le parti possono scegliere se vincolarsi o no alla determinazione finale, comunque non supportata da adeguate misure di *enforcement*<sup>45</sup>.

A ben vedere, però tali procedure – tradizionalmente indicate anche con la denominazione di “*non binding arbitration*” o “*optionally arbitration*” o “*truly non binding arbitration*” – che possono svolgersi secondo modalità telematiche e presentano un grado di automazione maggiore rispetto agli ODR di prima generazione, non presentano propriamente i connotati dell'arbitrato: né quanto alla fase di accesso (clausola compromissoria), né quanto alla fase procedurale vera e propria (mancato rispetto delle regole del giusto processo), né – infine – quanto alla fase decisoria (i meccanismi di *self-enforcement* previsti spiegano un'utilità innegabile ma comunque insufficiente a farne un'utile alternativa alla giustizia ordinaria).

Il rischio, dunque, è quello di utilizzare procedure che non consentono di livellare eventuali squilibri tra le posizioni delle parti, consentendo a quella dotata di un più copioso bagaglio informativo di consolidare la propria posizione di forza e senza avere le garanzie di un adeguato *enforcement*<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Ne parla G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, cit., p. 488.

<sup>45</sup> A. FACHECHI, *Natura arbitrale delle ODR aggiudicatorie. In particolare, la procedura UDRP*, cit., p. 75, la quale osserva che «in effetti, rispetto all'uso del termine 'arbitrato', di necessità e pacificamente abbinato a procedure basate sull'attuazione delle garanzie costituzionali del giusto processo e mirate all'assunzione di decisioni vincolanti, l'espressione “cyber-arbitration” può apparire, prima facie, “fuorviante” – poiché riferita tanto a procedure di risoluzione condotte interamente online, tanto a procedure di risoluzione condotte offline ma relative a questioni sorte nel contesto della contrattazione telematica – e “ingannevole”».

<sup>46</sup> Tant'è che la dottrina tende ad escludere che, al di là dei possibili nomina iuris impiegati, possa trattarsi di arbitrato, ma piuttosto che tali procedure rientrino nello schema della negoziazione assistita: in tali termini v. A. FACHECHI, *Natura arbitrale delle ODR aggiudicatorie. In particolare, la procedura UDRP*, cit., p. 75 ss. In questa prospettiva può richiamarsi anche P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 583 ss., il quale, nel delineare i rapporti tra giustizia statale e giustizia alternativa, indica il passaggio da un sistema di giustizia fondata sulla natura del soggetto ad una oggettiva, quest'ultima fondata sull'attuazione delle regole, e afferma che «la giurisdizione non è, in materia di rapporti civili, una esclusiva dello Stato, il quale, peraltro, è obbligato a garantire il giusto processo e i rimedi adeguati affinché qualsiasi

Le principali difficoltà nella configurazione di un ODR-arbitrato di seconda generazione sono le stesse che investono il tema dell'arbitrato predittivo. Per tali ragioni, saranno trattate più diffusamente al paragrafo seguente.

### **3. La digitalizzazione di secondo livello: arbitrato e *decision making* algoritmico nel settore di consumo e degli investimenti.**

Nei tempi recenti è sempre più acceso il dibattito sulla possibile incidenza delle nuove tecnologie, ed in particolare dei sistemi di IA, non solo sulla procedura in sé<sup>47</sup>, bensì sulla decisione finale.

Il tema, che coinvolge la questione dell'ammissibilità e della latitudine della decisione algoritmica, si pone ben oltre le attuali sperimentazioni e implementazioni delle nuove tecnologie negli ultimi anni che hanno riguardato il processo telematico ovvero le forme di standardizzazione dei provvedimenti del giudice e degli avvocati, o anche dalle c.d. forme di *on line court*<sup>48</sup>.

Si discute sempre più di algoritmi decisionali e processo civile, e si sono teorizzate le evoluzioni della cd. giustizia predittiva.

Le cause dell'accresciuto interesse per le tematiche in oggetto sono da rinvenirsi in una pluralità di fattori: esigenze di maggiore certezza del diritto, declinata come maggiore prevedibilità della decisione, anche a seguito della oramai consolidata crisi della fattispecie; necessità di arginare il crescente soggettivismo della decisione<sup>49</sup>; crescente proliferazione dei sistemi di tutela multilivello.

Tali fattori hanno determinato l'alterazione degli equilibri tra potere legislativo e giurisdizione si è indirizzata in favore di una crescente importanza della seconda, che viene sempre più a svolgere una funzione centrale nel sistema, anche dal punto di vista di fonte del diritto vivente, dissolvendo i confini tra sistemi giuridici di *civil*

---

*decisione vincolante sia assunta non soltanto nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa ma anche dei principi inderogabili del sistema ordinamentale».*

<sup>47</sup> Per la verità, come osserva F. SANTAGATA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO, Milano, 2022, p. 815, nt. 5, il problema si era già posto in passato, in concomitanza con i primi progressi in tema di IA e robotica, là dove si era evidenziata la necessità di «*esaminare, in termini generali, la questione dell'applicabilità dei moderni ritrovati della tecnica elettronica al processo giudiziario*»: in questi termini cfr. L. PERSICO, *Elettronica, cibernetica e processo (dal verbale magnetico al massimario automatico)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 1727, richiamato dall'autrice.

<sup>48</sup> Così osserva E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, cit., p. 63.

<sup>49</sup> Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 8.

*law* e di *common law*<sup>50</sup>, tanto da qualificare la nostra epoca come l'«età della giurisdizione»<sup>51</sup>. Il quadro istituzionale delineato sin dall'epoca delle codificazioni risente oggi di un profondo cambiamento dovuto allo spostamento del baricentro della giuridicità dal momento di formazione della legge al momento di applicazione della legge stessa che non solo ha determinato una sostituzione della *legislatio* con la *iurisdictio*, ma ha altresì messo in crisi la fortunata metafora comparatistica dei “tre signori del diritto”<sup>52</sup> (legislatore, dottrina, giudice).

Si è assistito ad una crisi del principio della certezza giuridica e più in generale del dogma dell'uguaglianza...

Alla luce della evidenziata disgregazione, si tende oggi a riporre grande fiducia nella tecnologia e *in primis* nell'intelligenza artificiale, percepita come in grado di garantire la calcolabilità e la prevedibilità delle decisioni giudiziali, assicurando, in ultima analisi, l'erogazione di prestazioni più efficienti rispetto a quelle fornite dall'essere umano in un'ottica di una sempre più diffusa uguaglianza fra i cittadini<sup>53</sup>. Il termine “giustizia predittiva” viene oggi riferito a quell'insieme degli strumenti di supporto alla funzione legale e giurisdizionale capaci di analizzare in tempi brevi una grande quantità di informazioni con l'obiettivo di prevedere l'esito, o i possibili esiti, di un giudizio<sup>54</sup>.

La giustizia predittiva, nella sua funzione anticipatoria (in quanto forma di “giustizia del futuro”) consente un maggiore sviluppo degli strumenti ADR: per la mediazione *ex* D.lgs. 28/2010 e per la negoziazione assistita *ex* D.L. 132/2014 perché, sapendo il possibile esito del processo, le parti saranno maggiormente indotte a concludere un accordo, al fine di risparmiare tempi e spese processuali, così discutendo direttamente del *quantum* e non più dell'*an*; per l'arbitrato perché, utilizzando modelli matematici, si potrà ridurre il rischio di parzialità, in uno con maggiore celerità e trasparenza.

---

<sup>50</sup> Sicché il *focus* dell'esperienza giuridica tende a spostarsi dalla legislazione alla decisione giudiziale, la quale si caratterizza per il fatto che, talvolta, i suoi criteri siano estratti al di là e al di sopra della legge: cfr. P. GROSSI, *Il ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, *passim*.

<sup>51</sup> Cfr. A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 119 ss., che qualifica l'età della giurisdizione come una «“partita fra giudici”: fra giudici nazionali, e fra giudici nazionali e giudici sovranazionali»

<sup>52</sup> M. GRANIERI-R. PARDOLESI, *Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, in *Il Foro Italiano*, V, 2012, p. 247 ss..

<sup>53</sup> V. E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, cit., p. 59 ss. V. anche E. BIAVATI, *Elasticità e semplificazione: alcuni equivoci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 1163 ss.

<sup>54</sup> V. L. VIOLA, voce *Giustizia Predittiva*, in *Enc. Giur. Treccani online*, 2018. V. in argomento anche, S. DE LA OLIVA, «Giustizia predittiva», *interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del «justizklavier»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2019, p. 838 ss.; S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale “predittiva”*, in *Cass. pen.*, 4, 2019, p. 1748 ss., Ci riferisce all'applicazione di algoritmi matematici ai meccanismi decisionali del giudice/arbitro, con elevato tasso di prevedibilità e maggiori benefici in termini di efficienza, terzietà, imparzialità di giudizio e certezza del diritto, scongiurando le possibilità di incidenza di stati emotivi o di pregiudizi.

Tutto ciò nell’ottica della prevedibilità<sup>55</sup> come valore imprescindibile per tutti gli operatori giuridici ed economici. Il prospettato connubio tra prevedibilità della decisione (intesa nel senso di “calcolabilità” della risposta giuridica) e certezza del diritto pone all’attenzione il tema della tutela effettiva dei diritti.

In generale, la possibilità di “pre-dire” le soluzioni dei casi concreti sottoposti all’attenzione del giudice si disvela particolarmente utile, infatti, non solo ai fini del calcolo delle probabilità di successo di una causa, ma anche nella prospettiva più ampia della calcolabilità e della misurabilità del diritto<sup>56</sup>.

Lo sviluppo di nuove tecnologie, sempre più avanzate, ha condotto a sperimentare gli utilizzi degli algoritmi che impiegano contenuti delle decisioni sia con finalità analitica-induttiva, mediante l’impiego e l’elaborazione di dati riguardanti decisioni già assunte, sia con finalità prospettico-predittiva, riuscendo a sviluppare prognosi di decisione<sup>57</sup>. Quando si parla di decisione robotica si fa riferimento a sia a strumenti volti ad automatizzare la ricerca giurisprudenziale (qualcosa di più della

---

<sup>55</sup> Il tema della prevedibilità della decisione è strettamente connesso a quello della certezza del diritto. V. R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi.it*, 12 settembre 2018, p. 1; N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Rivista delle società*, 2015, p. 801 ss.

Nel razionalismo formale teorizzato da Max Weber (M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1921) la calcolabilità giuridica è riferita al funzionamento dell’amministrazione della giustizia e alla decisione giudiziale, sia nei rapporti dei privati con l’amministrazione, sia nei rapporti tra privati. Essa è intesa quale condizione preliminare dello sviluppo capitalistico e della certezza dei traffici giuridici, nella convinzione che la certezza del diritto come prevedibilità delle decisioni ha una funzione propulsiva del sistema economico.

Anche la corrente giusfilosofica del realismo giuridico americano (cfr. O.W. HOLMES JR., *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 10, 1897, pp. 460-461, il quale sosteneva che «*the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*».) si fonda sull’idea della calcolabilità e prevedibilità del diritto, e quindi della giustificabilità e della correttezza della regola giuridica, e la certezza del diritto viene enfatizzata come prevedibilità della decisione giudiziale, e la decisione giudiziale è considerata calcolabile in quanto applicazione di un principio astratto ad una fattispecie concreta tramite la dommatica pura, scienza della fattispecie (v. G. CANZIO, *Calcolo giuridico e nomofiliachia*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 169).

<sup>56</sup> L’esigenza della prevedibilità della decisione giudiziaria è stata avvertita anche dai giuristi più illustri: Calamandrei si domandava se nel sistema della legalità fosse vero che la sentenza del giudice potesse essere prevedibile (P. CALAMANDREI, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, ried. 2019, p. 646).

Secondo parte della dottrina (P. ROSSI, *Razionalismo occidentale e calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 32), presupposti della “calcolabilità” in senso giuridico sono: l’esistenza di un insieme di norme tra loro coordinate; la rappresentazione di queste norme da parte di soggetti economici impegnati nel mercato; l’esistenza di un apparato coercitivo, tribunali o altro, a cui rivolgersi in caso di necessità; la capacità di intervento efficace da parte di questo apparato al fine di garantire la conformità del comportamento alle norme statuite.

<sup>57</sup> L. DE RENZIS, *Primi passi nel mondo della giustizia «high-tech»: la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanità*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 148.

mera costruzione di meri data base)<sup>58</sup> e dall'altra a veri e proprio robogiudici<sup>59</sup>, cioè «sistemi di IA che instancabilmente applicano gli stessi elevati *standard* legali a ogni giudizio», senza cadere, come sostengono alcuni, «vittime di errori umani come pregiudizi, stanchezza o carenza di conoscenze aggiornate»<sup>60</sup>.

Si discute pertanto di “giustizia predittiva”<sup>61</sup> quale forma di esercizio della funzione giurisdizionale mediante l'impiego di strumenti algoritmici di elaborazione dei dati e delle informazioni rilevanti nel giudizio, che presenti i vantaggi di maggiore rapidità ed efficienza rispetto all'*agere* esclusivamente umano<sup>62</sup>.

Il fenomeno di cui stiamo trattando concerne dunque la realizzazione di sistemi automatizzati di decisione giudiziale con applicazione di metodi che vedono interessata l'azione di algoritmi con grado di autonomia dell'intelligenza artificiale molto elevato e con emulazione dell'intelligenza umana<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> Tra i sistemi volti ad automatizzare la ricerca giurisprudenziale si può ricordare il già richiamato (v. *supra* nt. 16) *Ross*, creato dall'*Ibm*, partendo dall'applicativo *Watson*, che è in grado di comprendere il linguaggio umano (semplice), di fare collegamenti logici e proporre una soluzione specifica che aiuti il professionista giuridico, in particolare l'avvocato (ma non solo), a interpretare il caso e ad agire di conseguenza. Un altro strumento di analisi è *Prédicte*, sviluppato da una *start-up* in Francia, che consente di calcolare la probabilità della definizione della causa e dell'ammontare dei risarcimenti ottenuti in contenziosi simili. Si può, inoltre, ricordare lo spagnolo *Jurimetría*, che consente di stimare la durata del processo e le probabilità di successo delle proprie difese.

<sup>59</sup> Si tratterebbe di sistemi di AI volti a calcolare, sulla base delle precedenti statuizioni, attraverso meccanismi probabilistici, l'esito di una controversia: v. in argomento K.D. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, Cambridge, 2017, p. 107 ss. Tra questi sistemi si richiama l'algoritmo volto a predire l'esito finale del processo con riguardo alle violazioni dell'European Convention on Human Right, vi sono anche diversi esempi di applicazioni della robotica all'interno del giudizio o addirittura in sostituzione alla decisione c.d. umana.

Nella prima direzione si pone l'applicativo *Compas* (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) utilizzato per la determinazione del rischio di recidiva. Per una ricostruzione dei sistemi di robo-giustizia in via di sperimentazione nel panorama europeo e internazionale si rinvia a E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, cit., p. 59 ss.

<sup>60</sup> Così M. TEGMARK, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2017, p. 143.

<sup>61</sup> In Italia lo sviluppo di progetti sulla giustizia predittiva è ancora allo stato primordiale, ma la presa d'atto della rilevanza del tema è già avvenuta: v. A. BONAFINE-A. PANZAROLA, *Brevi considerazioni sul D.D.L. per la riforma del processo civile approvato dal Consiglio dei Ministri il 5 dicembre 2019*, in *Giustiziacivile.com*, 2019, p. 7.

<sup>62</sup> Cfr. C. CASTELLI-D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018, p. 153 ss.

<sup>63</sup> M.R. COVELLI, *Dall'informatizzazione della giustizia alla «decisione robotica»? Il giudice del merito*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 131, a proposito dello sviluppo robotico nell'attività giudiziaria. Si discute dunque della possibilità di elaborazione automatizzata dei dati in funzione predittiva in ambito giurisdizionale, ossia all'uso di strumenti basati su dati preesistenti e ricavati da banche dati ai fini della decisione del caso concreto in base a criteri statistico-matematici. Come è stato acutamente osservato, l'idea del giudice-robot è nata e si è sviluppata «come la rappresentazione icastica di una soluzione che si vorrebbe davvero capace di realizzare, addirittura in via ottimale, l'obiettivo di coonestare, finalmente in modo penetrante, il concetto di efficienza nelle sue plurime declinazioni, nello svolgimento dell'attività giudiziaria»: cfr. in termini E. VINCENTI, *Il «problema» del giudice robot*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 111.



La dottrina ha manifestato un approccio cauto alla tematica con riguardo alla giustizia civile<sup>64</sup>, in guisa da ponderare i vantaggi che potrebbero derivare dalla automazione del processo assieme ai rischi che ne potrebbero discendere<sup>65</sup>.

I tentativi sinora svolti di esaminare il tema della giustizia predittiva con riferimento al processo civile denotano una tendenza alla concezione “procedimentale” del processo<sup>66</sup>, che guarda più alla sequenza procedimentale, alla disciplina dell’ammissione, dell’assunzione e della valutazione delle prove e all’argomentazione giuridica più che al giudizio in sé.

Siffatto approccio, di teoria generale, consente *prima facie* l’ingresso alle considerazioni in punto di utilizzazione dell’AI nel sistema processuale; ma – come si preciserà in seguito – sconta inevitabilmente i limiti di non valorizzare adeguatamente l’attività di giudizio del giudicante, la sua funzione decisoria «*che disimpegna (costruita con i materiali della “ragione” e insieme aperta ad opzioni di valore; attività non meramente ricognitiva ma costantemente in bilico tra applicazione e creazione del diritto, alimentata da un elemento di scelta, di volontà soggettiva)*»<sup>67</sup>.

Le considerazioni relative alla giustizia predittiva nel processo civile possono essere svolte, *mutatis mutandis*, anche con riferimento all’arbitrato, ove è maggiormente – ma non decisamente – prevalente la concezione procedimentale suindicata<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Per una ricognizione delle varie questioni emerse in rapporto al processo civile, v. F. SANTAGADA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa. Rivista trimestrale*, 2020, p. 467 ss. V. anche A. DONDI, *Processo civile, new technologies e implicazioni etico-professionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2019, p. 863 ss.;

<sup>65</sup> V. sul tema dell’impiego delle nuove tecnologie nel processo R. BICHI, *Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2020, p. 423 ss.; A. CARRATA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 491 ss.; C. CASTELLI-D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, cit., p. 153 ss.; S. CHIARLONI, *Riflessioni minime su intelligenza artificiale e servizi giuridici*, in *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Scritti in memoria di Franco Cipriani, III*, Napoli, 2020, p. 2119 ss.; D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, V, 2018, p. 385 ss.; D. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *www.questionegiustizia.it*, 3 luglio 2019; J. NIEVA FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019.

<sup>66</sup> V. in argomento le differenziazioni concettuali tra processo e procedimento nella teoria generale del processo di E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1986, p. 819 ss.

<sup>67</sup> A. PANZAROLA, *Il processo civile e la rivoluzione tecnologica all’alba dell’era dell’Intelligenza Artificiale (considerazioni generali)*, in *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO, Milano, 2022, p. 812.

<sup>68</sup> La considerazione può essere valevole soprattutto per ABF e ACF e per taluni procedimenti arbitrali internazionali, mentre con riguardo all’arbitrato rituale interno *ad hoc* è oramai scalfita dalla consolidata equiparazione della giurisdizione arbitrale, quanto alla funzione e *quoad effectum*, alla giurisdizione statale. Cfr. Cap. I §1.

Occorre segnalare che il tema costituisce un relativamente recente *novum* nel dibattito dottrinale, per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, la poca attenzione riservata al tema dell'“arbitrato predittivo” è dettata dal polimorfismo del fenomeno arbitrale in sé, che – *ut supra* precisato<sup>69</sup> – si presenta variegato e talvolta specificatamente strutturato in ragione della tipologia di controversie e/o delle categorie di soggetti controvertenti coinvolti. Sicché, una disamina generale circa l'ammissibilità e la latitudine dell'impiego di strumenti predittivi dell'ecosistema arbitrato rischierebbe di essere necessariamente parziale, o comunque necessitante di ulteriori specificazioni a seconda delle peculiarità dei procedimenti arbitrali che vengono di volta in volta in considerazione.

In secondo luogo, i sistemi di ADR – a differenza della giustizia domestica – hanno già sperimentato alcune forme di automazione parziale, come dimostrato dagli analizzati meccanismi di ODR<sup>70</sup>, peraltro sotto l'egida del regolatore europeo, per cui l'esigenza di indagare prima, e disciplinare poi, le conseguenze dell'implementazione delle nuove tecnologie nei procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie è stata avvertita in misura minore.

Infine, vengono in rilievo anche le innegabili differenze tra giustizia arbitrale e giustizia statale. Se il tema della giustizia predittiva appare *disruptive* con riguardo alla giurisdizione statale – che in alcuni paesi soffre *deficit* di speditezza, efficienza ed effettività della tutela e rispetto alla quale l'apporto dei sistemi algoritmici appare foriero di grandi vantaggi – lo è certamente meno rispetto all'arbitrato, che, invece, si connota proprio per una maggiore efficienza e celerità e che sovente si svolge su controversie settoriali.

Cionondimeno, un'indagine circa i modelli di arbitrato predittivo può essere utile per comprendere se, e in che misura, l'implementazione di soluzioni di AI possa essere funzionale ad assicurare una migliore e più efficiente tutela in quelle controversie connotate da disparità di poteri tra le parti.

Infatti, i più recenti sviluppi della tecnologia hanno messo in crisi il principio di *technology neutrality*, che pur ha informato molte iniziative regolatorie a livello europeo. Se, dunque, la tecnologia non è neutrale, ma anzi è in grado di incidere sotto diversi profili sul dipanarsi delle relazioni giuridiche tra gli operatori economici, appare proficuo valutare in che modo le tecnologie sono in grado di apportare benefici al sistema arbitrale, nella prospettiva di riequilibrio delle asimmetrie di settore e con specifico riguardo alle asimmetrie B2C (sia settore consumeristico sia degli investimenti).

In ragione delle difficoltà di ricondurre in termini generali il discorso sull'automazione nell'arbitrato, si intenderà in un primo momento di evidenziare i profili in comune ai diversi procedimenti arbitrali che possono venire in rilievo, per

---

<sup>69</sup> V. Cap. Cap. I §1.

<sup>70</sup> V. *supra* §2.

poi tentare di analizzare le principali criticità connesse alle controversie nei settori considerati.

### 3.1. L'arbitrato predittivo.

Diverse possono essere le implicazioni dell'impiego delle tecnologie algoritmiche nel processo civile, alla luce degli studi della giurimetria<sup>71</sup>, secondo due diverse declinazioni del concetto di predittività.

La predittività può infatti essere intesa in due distinte accezioni: predittività *delle* decisioni arbitrali, che opera *ab externo* e che consente di individuare – mediante l'utilizzo di strumenti di *data research analysis* – i precedenti arbitrali aventi maggior rilievo, e predittività *nelle* decisioni arbitrali, che invece opera internamente ed inerisce ai processi di *decision making* dell'arbitro.

L'interrogativo di fondo che ci accompagnerà nella presente trattazione investe dunque il profilo della permeabilità degli attuali sistemi arbitrali alle istanze innovatrici dell'Intelligenza Artificiale, nonché la considerazione degli effettivi vantaggi che le tecnologie possono apportare.

Infatti, sebbene *in votis* destinata ad un efficientamento del sistema giudiziario e ad una generale garanzia di certezza del diritto, occorre considerare che nelle sue applicazioni pratiche (se non addirittura già nelle concettualizzazioni teoriche) la giustizia predittiva può recare seco anche possibili conseguenze svantaggiose o attrarre esternalità negative, *prima facie* non evidenti o obnubilate dalle paventate opportunità e dalla cultura del determinismo tecnologico<sup>72</sup>.

Un primo ordine di criticità, di ordine generale, investe il rispetto del principio del giusto processo arbitrale: l'utilizzo degli algoritmi nelle decisioni giudiziarie pone anzitutto i problemi di assicurare l'imparzialità e la terzietà del giudicante, oltre la trasparenza e la pubblicità della giurisdizione arbitrale<sup>73</sup>, quali valori fondamentali riconosciuti dalla nostra Carta costituzionale.

---

<sup>71</sup> La giurimetria può essere definita come la scienza che studia l'applicazione di metodi matematici per la risoluzione di problemi giuridici; in particolare, si è occupata della "misurazione" delle decisioni giudiziarie e della costruzione di modelli per la sua prevedibilità: v. V. L. VIOLA, voce *Giustizia Predittiva*, cit..

<sup>72</sup> L'espressione è ascrivibile al sociologo ed economista statunitense Thorstein Veblen, e descrive la concezione secondo la quale la tecnologia (l'a. richiama, a titolo esemplificativo, i particolari sviluppi tecnici, le tecnologie della comunicazione o i media) è l'unica causa (intesa come antecedente logico-causale) dei cambiamenti nella società, e pertanto è considerata come la condizione fondamentale che soggiace ai modelli di organizzazione sociale. La tecnologia rappresenta la variabile indipendente, cioè un fattore dotato di una forza che, in maniera autonoma, è in grado di guidare l'azione umana e di mutare la società. Cfr. T. VEBLEN, *Theory of the Leisure Class: An Economic Study of Institutions*, 1899.

<sup>73</sup> Il problema si è posto, in modo ancora più pregnante, con riguardo alla giustizia statale. Sul punto, le recenti conclusioni del 21 ottobre 2020 della Presidenza del Consiglio dell'Unione Europea

Un secondo ordine di criticità riguarda invece l’impatto dell’utilizzo degli algoritmi di intelligenza artificiale sul *modus operandi e decidendi* dell’arbitro.

Si ritiene opportuno precisare che, in linea di principio, le disposizioni di legge o contenute nei regolamenti arbitrali non escludono l’impiego dell’intelligenza artificiale a fini del funzionamento della procedura arbitrale o della decisione, per cui in linea di principio l’implementazione delle tecniche di AI potrebbe trovare agevole soluzione<sup>74</sup>.

### 3.1.1. Predittività della decisione arbitrale.

Nella prima accezione delineata, la predittività nel sistema arbitrale è funzionale a ricavare la probabilità dell’esito di una controversia in un certo collegio arbitrale, alla luce dei precedenti e degli orientamenti arbitrali invalsi. Come anticipato, la predittività della decisione arbitrale opera *ab externo*: ci si riferisce a quei fenomeni di calcolabilità delle decisioni degli arbitri.

Una premessa di ordine generale impone di considerare le diversità tra i diversi procedimenti arbitrali, come cennato. Tuttavia, occorre considerare che – a differenza della giurisdizione statale, in cui assume rilievo la distinzione tra

---

hanno chiesto di affrontare l’opacità, la complessità, la parzialità, un certo grado di imprevedibilità e il comportamento parzialmente autonomo di alcuni sistemi di IA, per garantire la loro compatibilità con i diritti fondamentali e per facilitare l’applicazione delle norme giuridiche: cfr. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Presidency conclusions - The Charter of Fundamental Rights in the context of Artificial Intelligence and Digital Change*, 11481/20, 2020, disponibile al seguente link: <https://www.consilium.europa.eu/media/46496/st11481-en20.pdf>.

Nella Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21.04.2021, che stabilisce norme armonizzate in materia di intelligenza artificiale, si riconosce espressamente che tra gli obiettivi del nuovo quadro regolatorio sull’intelligenza artificiale dovrebbero esserci sia il rispetto e la più efficace applicazione del diritto vigente in materia di diritti fondamentali e i valori dell’Unione da parte dei sistemi di IA, sia la garanzia della certezza del diritto per facilitare gli investimenti e l’innovazione nell’IA. V. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts*, pag. 3, disponibile al seguente link: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2021/EN/COM-2021-206-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>. Come emerge dalla Comunicazione della Commissione Europea sulla promozione di un approccio europeo all’intelligenza artificiale del 21.04.2021, pag. 4, la richiamata proposta della Commissione per un quadro normativo sull’IA rappresenta uno snodo fondamentale nel percorso verso la protezione della sicurezza e dei diritti fondamentali e quindi la garanzia di fiducia nello sviluppo e nell’adozione dell’IA. L’atto della Commissione è stato preceduto dalle *Guidelines for Trustworthy AI* (2019) e dal *White Paper on AI* (2020) al quale è seguita una consultazione pubblica internazionale.

<sup>74</sup> La maggior parte delle attuali regole sui procedimenti arbitrali è “tecnologicamente neutra”, nel senso che pone degli obiettivi e prescinde dagli strumenti adoperati, perché al momento delle positivizzazione delle regole non si prospettava neppure lontanamente la possibilità di implementazione di soluzioni di AI ai fini di supporto nelle fasi procedurali e il *focus* è stato riposto sull’oggetto e sullo scopo della procedura, piuttosto che sulle tecnologie al momento disponibili.

ordinamenti di *common law*, caratterizzati dalla vincolatività del precedente<sup>75</sup> giurisprudenziale (*stare decisis*) e gli ordinamenti di *civil law*<sup>76</sup>, in cui il precedente ha un valore meramente persuasivo<sup>77</sup> – nei sistemi di arbitrato il precedente ha di solito un valore sempre rilevante<sup>78</sup>, e se non vincolante *de jure*, comunque ha un peso specifico *de facto*.

Il discorso è tuttavia analogo nei presupposti di partenza: per poter parlare di predittività delle decisioni arbitrali è infatti necessario che<sup>79</sup>: a) l'arbitro sia obbligato (in via più o meno intensa) a conformarsi ad una decisione adottata in precedenza (vincolatività orizzontale); b) l'efficacia vincolante della decisione arbitrale sia rapportata alla sola *ratio decidendi*, *i.e.* le argomentazioni giuridiche poste a fondamento e a giustificazione della decisione dell'arbitro, mentre gli *obiter dicta* avranno mero valore persuasivo<sup>80</sup>; c) il vincolo operi nei limiti in cui vi sia coincidenza tra gli elementi, di fatto e di diritto, del caso concreto portato all'attenzione dell'arbitro chiamato a decidere e gli elementi dei casi decisi in precedenza.

---

<sup>75</sup> Che può definirsi come «l'esito di una decisione giudiziaria che un altro giudice ha dato di un caso, che presenta una sostanziale identità di fattispecie con quello di cui si discute» v. E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, cit., p. 59 ss.

<sup>76</sup> Sebbene il nostro ordinamento giuridico sia di *civil law*, è noto che le riforme del legislatore processuale degli ultimi anni si siano indirizzate verso una riscoperta del valore del precedente, soprattutto di legittimità, vuoi con finalità deflattive (si veda, ad esempio, l'art. 360-bis c.p.c.) vuoi con finalità di assicurare l'uniforme interpretazione e applicazione della legge (si vedano l'art. 374, c. 3, c.p.c. e l'art. 118 *disp. att. c.p.c.*).

<sup>77</sup> Tale distinzione implica che il discorso sulla calcolabilità della decisione giudiziaria mediante l'impiego di strumenti algoritmici avrà un peso specifico diverso nell'uno e nell'altro sistema ordinamentale, comportando conseguenze diverse a seconda del grado di intensità del precedente stesso. Occorre dunque tenere presente la diversità di approcci filosofici e culturali alle decisioni giudiziarie, per cui, in alcuni paesi europei, compresa la Francia, vi è una cultura di precedenti e una conoscenza dettagliata da parte dei giudici delle banche dati di fatto di tutte le decisioni di primo e secondo istanza (banca dati *Ariane*) nel campo della giustizia amministrativa, mentre altri paesi o sistemi favoriscono l'indipendenza intellettuale di ogni tribunale, insieme al desiderio di affrontare ogni situazione caso per caso.

<sup>78</sup> Tale considerazione vale soprattutto per gli arbitrati amministrati, sia a livello nazionale sia a livello internazionale, mentre è certamente meno pregnante per gli arbitrati *ad hoc*.

<sup>79</sup> V., *mutatis mutandis* e con riferimento alla giurisdizione statale, M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, pp. 145-146.

<sup>80</sup> L'idea è quella di far riferimento al principio di diritto, che dovrebbe identificarsi con una *regula iuris*, caratterizzata però dal profondo legame con il caso concreto. Sul punto osserva F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 702 ss. che «educati come siamo ad argomentare dalla legislazione, noi abbiamo preteso che i precedenti di giurisprudenza ci fossero confezionati ad immagine e somiglianza delle leggi. Dalle sentenze, che sono decisioni su casi concreti, vengono per noi ricavate le massime, un genere sconosciuto al mondo anglosassone che sono proposizioni formulate e in termini generali ed astratti, al pari di altrettante norme di legge».

Tuttavia, vi è chi (L. VIOLA, voce *Giustizia Predittiva*, cit.) ritiene che si possa far riferimento anche ad un *obiter dictum*, sull'assunto che quando si cerca il precedente giurisprudenziale sia più corretto riferirsi alla c.d. dottrina della giurisprudenza (G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, Padova, 1986, p. 782).

A differenza della giurisdizione statale, nella giurisdizione arbitrale non sembrerebbe venire in rilievo il problema della cd. vincolatività verticale, i.e. dell'obbligo dell'arbitro "di prime cure" di conformarsi ad una decisione da parte di un organo di grado "superiore". Infatti, spesso i sistemi arbitrali prevedono un apparato rimediale interno avverso i lodi pronunciati<sup>81</sup>; in altri casi non sono affatto previsti meccanismi interni di impugnazione della decisione arbitrale<sup>82</sup> oppure si versa in ipotesi di giurisdizioni cd. parallele<sup>83</sup>, in cui non può esserci vincolo tra l'una e l'altra per la superiore considerazione che è la stessa legge ad ammettere possibili difformi soluzioni finali conclusive delle controversie.

Anche laddove sia *ex lege* deputato un giudice statale per il giudizio di impugnazione del lodo arbitrale<sup>84</sup>, si dubita che possa parlarsi di vincolatività, anche solo *lato sensu*, verticale: sia perché, a stretto rigore, il giudice statale che decide sull'impugnazione del lodo non può configurarsi e considerarsi come organo gerarchicamente superiore rispetto agli arbitri; sia perché, non sussiste alcun obbligo giuridico, per l'arbitro che si trovasse a risolvere una controversia simile a quella decisa con altro lodo precedentemente annullato, di rispettare le decisioni del giudice del gravame che ha annullato il lodo. Di talché, può solamente ritenersi che, *de facto*, gli arbitri delle controversie simili successive possano solo considerare – in un'ottica di dialogo tra giurisdizioni – il *dictum* del giudice dell'impugnazione dei lodi precedenti, ma senza necessariamente conformarvisi.

Ad analoghe conclusioni può pervenirsi anche se si considera il rapporto tra l'arbitro e il giudice dell'*enforcement* del lodo, al netto delle disposizioni di diritto internazionale processuale che impongono il riconoscimento dei lodi stranieri<sup>85</sup>.

E tuttavia, proprio in ragione dell'assenza di una vincolatività verticale o, più correttamente, collaterale (nei rapporti tra giurisdizione statale e arbitrale), appare maggiormente pregnante l'esigenza di uniformità che può essere assicurato dai sistemi di AI. Si pensi alla possibilità di interconnessione tra le decisioni arbitrali e i giudici dell'impugnazione del lodo o i giudici dell'*exequatur*: la possibilità di consentire una conoscenza della giurisprudenza statale in punto di motivi di impugnazione o di motivi ostativi al riconoscimento di efficacia potrebbe fornire un supporto non indifferente all'arbitro nella fase decisoria della controversia. In una prospettiva ancor più generale, e considerando il carattere sempre più

---

<sup>81</sup> È il caso dell'arbitrato ICSID, che alloca la competenza sulla domanda di annullamento del lodo arbitrale emesso in capo ad un organo interno al sistema ICSID stesso, il comitato *ad hoc*: cfr. Cap. II § 4.2

<sup>82</sup> Come nelle procedure dinanzi all'ABF e all'ACF. Cfr. Cap. III § 2 e § 3.

<sup>83</sup> Ove i meccanismi di raccordo tra procedura arbitrale e processo giudiziale non abbiano funzionato: Per l'ABF e l'ACF v. Cap. III § 1.3.

<sup>84</sup> È il caso sia dell'arbitrato internazionale amministrato non ICSID sia dell'arbitrato internazionale ad hoc, sia dell'arbitrato nazionale (v. ad esempio, il nostro sistema arbitrale, che prevede l'impugnazione del lodo dinanzi alla Corte d'Appello.)

<sup>85</sup> V. *supra* Cap. II § 4.1 e § 5.3.1. ove anzi si è visto che sovente potrà esserci una discrasia tra quanto deciso dagli arbitri internazionali e le valutazioni del giudice nazionale richiesto dell'*enforcement* o – tranne nei casi di lodo ICSID – dell'annullamento.

transazionale dei traffici giuridici e degli investimenti, appare particolarmente utile per gli arbitri stranieri conoscere la giurisprudenza domestica del luogo in cui il lodo è destinato ad essere eseguito, al fine di poter accordare una tutela più efficiente – nel senso che non incontrerà particolari ostacoli nell’ordinamento giuridico di destinazione del lodo.

Da un punto di vista strettamente tecnico, occorre considerare che le applicazioni algoritmiche operano mediante la lettura e l’analisi semantica delle precedenti decisioni e attraverso il calcolo probabilistico.

Di talché diviene di primario rilievo, da un lato, individuare la giurisprudenza arbitrale indispensabile per garantire il corretto operare dell’algoritmo e, dall’altro, creare una “gerarchia” delle decisioni immesse nella macchina anche rispetto al dettato normativo.

Il primo tema mette capo alla questione dell’accessibilità delle decisioni arbitrali<sup>86</sup>. Il secondo rimette alla questione della vincolatività, che – come precisato *supra* – non assume particolare rilievo nel contesto arbitrale. Tuttavia, una corretta declinazione dell’esigenza di “gerarchizzare” le sentenze potrebbe essere quella di prevederne una catalogazione secondo parametri prestabiliti.

L’idea di fondo sarebbe dunque quella di limitare l’uso del tipo di giurisprudenza da introdurre nell’algoritmo, oltre che il lasso temporale da prendere in considerazione<sup>87</sup>.

Il tema della predittività della decisione arbitrale assume allora rilievo nella prospettiva di assicurare la certezza del diritto e l’uniformità delle decisioni all’interno dello stesso sistema arbitrale, ma anche “al di fuori”: a tal proposito, si è già avuta occasione di affrontare la questione relativa alla necessità di dialogo tra arbitro e giudice statale<sup>88</sup>.

Con riguardo al settore degli investimenti, si è già avuto modo di precisare come le differenti posizioni assunte dall’ABF e dalle Sezioni Unite in tema di rimedio esperibile nei casi di contratti a valle di intese a monte restrittive della concorrenza<sup>89</sup> possa incidere significativamente sulla qualità e sulla effettività della tutela definitiva dell’investitore. Invero, sebbene i due organismi fossero allineati sulla tipologia di rimedio individuato – *i.e.* la nullità del contratto – diverse sono le modalità attraverso cui viene utilizzato lo strumento caducatorio: mentre l’ABF si è limitato a ritenere che il contratto fosse affetto da una nullità “ordinaria” ai sensi dell’art. 1418 c.c., la Corte di cassazione ha ritenuto che la nullità fosse adoperabile come una sorta di clausola generale, rimettendo il bilanciamento degli interessi in gioco ad una valutazione discrezionale da parte del giudice.

---

<sup>86</sup> Su cui v. *amplius infra* § 4.3.

<sup>87</sup> In guisa da ottenere risultati più sicuri, posto che la mole dei dati non porta necessariamente a una informazione più adeguata e pertinente: v. sul punto L.P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino, 2018, p. 235 e p. 286 ss.

<sup>88</sup> V. Cap. III, § 1.3.

<sup>89</sup> V. Cap. III, § 2.3.

### 3.1.2. Predittività nella decisione arbitrale.

Nella seconda accezione esaminata, la predittività nella decisione arbitrale riguarda la possibilità di calcolare i meccanismi di *decision making* dell'arbitro, sull'assunto che – come affermava il Maestro Calamandrei – la scienza processuale non è che una «metodologia», ovvero sia una «tecnica del ben ragionare in giudizio»<sup>90</sup>, i sistemi di AI dovrebbero poter essere in grado di intercettare i “meccanismi del ragionamento giuridico” dell'arbitro e riprodurli.

Un siffatto modello presuppone la previa mappatura delle regole procedurali di funzionamento dell'ADR prescelto ovvero quelle scelte dalle parti e applicabili *di default* nell'arbitrato *ad hoc*, nonché delle regole sostanziali da applicarsi alle controversie.

A ben vedere, le maggiori criticità si pongono non già con riferimento alle regole procedurali, bensì rispetto alle regole sostanziali.

Si rammenta infatti che nel caso di arbitrato internazionale il primo ostacolo è rappresentato dalla corretta individuazione della legge sostanziale applicabile alla controversia<sup>91</sup>, sicché ancor prima di procedere con l'applicazione occorrerebbe preventivamente assicurare che il *corpus* normativo individuato sia effettivamente quello corretto.

Diversamente, nel caso dei procedimenti dinanzi all'ABF e all'ACF, entrambi destinati a concludersi con pronunce da adottarsi secondo diritto, non si pone più di tanto la questione di *quale* legge sostanziale da applicarsi alla controversia, bensì di *come* applicarla.

Per la verità, il processo decisorio del giudicante – sia egli arbitro o giudice – si compone di una moltitudine di passaggi logici e di valutazioni interinali variabili ed eterogenee, per cui non è possibile dare aprioristicamente una risposta affermativa o negativa al quesito circa la riproducibilità del ragionamento decisorio. Si procederà dunque ad ipotizzare la prevedibilità dell'esito della singola controversia partendo dalle questioni di rito e dalle questioni di merito.

Le prime appaiono *prima facie* più facilmente adattabili a processi decisionali automatizzati, posto che il soggetto giudicante è chiamato ad effettuare una valutazione circa la sussistenza o meno dei presupposti processuali da verificarsi sì nel caso concreto, ma sulla base di parametri oggettivabili e, dunque, algoritmizzabili.

---

<sup>90</sup> Come richiamato da A. PANZAROLA, *Una lezione attuale di garantismo processuale: le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, Vol. 74, 1, 2019, p. 165. L'a. aggiunge che se si ha a che fare con una “tecnica del ben ragionare in giudizio”, «ne deriva che il processo stesso, innervato dal nutrimento del contraddittorio, non è una mera sequenza di atti o semplice successione di forme ed è invece uno strumento gnoseologico volto a ricomporre un fatto del passato e a propiziare l'applicazione del diritto».

<sup>91</sup> Su cui v. *supra* Cap. II.



In particolare, con riguardo alla sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri internazionali nel settore degli investimenti, i requisiti di allocazione della giurisdizione sono sovente predeterminati nelle convenzioni istitutive e/o contenenti la clausola compromissoria<sup>92</sup>, per cui *prima facie* facilmente intercettabili e applicabili dall’algoritmo sulla base di un *set* di dati preimpostato. Resta tuttavia il problema dei margini di discrezionalità valutativa, là dove il presupposto della giurisdizione sia stato predeterminato nelle suddette convenzioni, ma successivamente declinato anche a seguito della giurisprudenza arbitrale. Ad esempio, se difficilmente potrebbero porsi difficoltà con riguardo alla qualità soggettiva delle parti controvertenti (Stato e investitore), come noto la nozione stessa di “investimento”, alla base della giurisdizione ICSID, è stata variamente modulata nel corso del tempo e talvolta integrata per via pretoria<sup>93</sup>.

Per la verità, un mutamento giurisprudenziale circa l’estensione dei requisiti di allocazione della giurisdizione costituisce null’altro che causa modificativa e/o estintiva della giurisdizione<sup>94</sup> che, se inserita<sup>95</sup> opportunamente nel *dataset* verrebbe rilevata dal sistema algoritmico.

Parimenti, con riguardo alla competenza dell’ABF o dell’ACF, le fonti normative primarie e secondarie esaminate<sup>96</sup> consentono di individuare i criteri per valore e per materia, anche se – in una prospettiva di effettività della tutela per gli investitori – questi sono stati modulati nell’ottica di ampliamento, secondo un’interpretazione non strettamente ancora alla *littera legis*, ma funzionale e sistematica<sup>97</sup>. Quanto, alla competenza *ratione personae* (i.e. la legittimazione attiva e passiva al ricorso), si osserva che anche sul punto il legislatore è intervenuto chiaramente a definire le nozioni di parti attive e passive, ma soprattutto con riguardo ai “clienti” e agli “investitori” – rispettivamente per l’ABF e per l’ACF le criticità potrebbero sorgere in ordine all’operazione di sussunzione del caso di specie nell’ampia definizione astratta.

Invece, minori difficoltà sorgono nel caso degli arbitrati *ad hoc*, sia interno sia internazionale, posto che è maggiore il grado di autonomia rimessa alle parti nella

---

<sup>92</sup> Si rammenta che, nel caso dell’arbitrato ICSID la fonte (e i relativi requisiti) della *potestas iudicandi* degli arbitri è da rinvenirsi tanto nella Convenzione di Washington, istitutiva del tribunale arbitrale, quanto nei singoli trattati internazionali bilaterali o multilaterali conclusi tra gli stati (ovvero, sebbene in casi più rari, nelle disposizioni di legge nazionale dei singoli stati).

<sup>93</sup> Sul punto cfr. Cap. II, § 3.1.

<sup>94</sup> Analogamente a quanto avvenuto con la sentenza *Achmea*, e il successivo Accordo tra Stati Membri dell’UE, con riguardo all’esclusione dell’efficacia delle clausole compromissorie inserite nei BIT intra-UE. Cfr. Cap. II, § 5.2.

<sup>95</sup> Sarebbe tuttavia ragionevole ritenere che un mutamento giurisprudenziale circa l’estensione della *potestas iudicandi* possa operare come causa modificativa o estintiva (e quindi possa essere oggetto di un processo di *labelling* algoritmico come tale) solo laddove sia consolidato.

<sup>96</sup> Cfr. Cap. III, § 2 e § 3.

<sup>97</sup> Cfr. Cap. II, § 2.2 e § 3.2: si già avuto modo di discutere delle questioni relative alle domande risarcitorie dei clienti nei confronti degli intermediari e alla cognizione estesa ai vizi genetici e funzionali del rapporto contrattuale.

determinazione delle regole applicabili alla procedura e difficilmente si rinvergono limitazioni in punto di qualità soggettive delle parti.

In particolare, nel caso di arbitrato interno di consumo *ad hoc* (che si svolgerà, dunque, secondo le disposizioni del c.p.c.), non paiono esservi particolari criticità, là dove la valutazione circa la competenza degli arbitri deve essere effettuata con solo riguardo, da un lato, ai limiti posti dall'autonomia privata nella clausola compromissoria o del compromesso e, dall'altro, ai limiti posti dall'ordinamento con riguardo all'indisponibilità dei diritti (e, più in generale, all'arbitrabilità della controversia)<sup>98</sup>.

In generale, si pone il problema di verificare la sussistenza di quei presupposti processuali che “attingono al mondo esterno”, poiché la risoluzione di alcune delle questioni processuali implica la necessità che il giudice “si affacci” al merito per comprendere, seppur preliminarmente, le condizioni per l'azione in giudizio.

Infatti, secondo i noti insegnamenti<sup>99</sup>, i presupposti processuali hanno una loro fattispecie astratta, descritta dalla norma, entro cui sussumere la fattispecie concreta; quest'ultima può essere realizzata o da un fatto interno ovvero da un fatto esterno al processo. Nel caso dei presupposti processuali integrati da fatti endoprocessuali, laddove cioè la fattispecie del presupposto è integrata non tanto dall'effettiva esistenza del fatto storico bensì dalla sua affermazione in giudizio, il data-set dell'algoritmo dovrebbe già contenere (perché il “dato” è già stato immesso) l'informazione fattuale sufficiente a ritenere sussistente o meno quel presupposto.

Diversamente, nel caso dei presupposti processuali integrati da fatti extraprocessuali, occorre procedere ad una verifica circa l'effettiva esistenza storica del fatto stesso. Sotto questo profilo, un esempio rilevante proviene proprio dai requisiti della *potestas iudicandi* dell'arbitro ICSID ai sensi dell'art. 25 della Convenzione. Infatti – come si è già avuto modo di osservare<sup>100</sup> – la sussistenza della giurisdizione del tribunale ICSID postula un accertamento in ordine riguardo al fatto storico “investimento” nell'arbitrato in materia di investimenti, sicché la ricorrenza dell'investimento nella realtà storica e materiale rappresenta un elemento costitutivo della stessa *potestas iudicandi* dell'arbitro<sup>101</sup>. Parimenti, l'accertamento della nazionalità dell'investitore, secondo i criteri di collegamento esaminati<sup>102</sup>, è funzionale alla decisione sulla giurisdizione, ed attiene a fatti extraprocessuali

---

<sup>98</sup> F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, V, XI ed., Milano 2021, p. 141 ss. che, seguendo un'interpretazione rigorosa e letterale dell'art. 806 c.p.c., circoscrive i limiti all'arbitrabilità della controversia ai casi di indisponibilità del diritto.

<sup>99</sup> F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. Principi generali*, vol. 1, Milano, 2011, 118.

<sup>100</sup> Cfr. Cap. II, § 3.1.

<sup>101</sup> Cfr. art. 25(1) Convenzione ICSID: «*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment [...]*».

<sup>102</sup> Cfr. Cap. II, § 3.1.

(quali la cittadinanza dell'investitore persona fisica ovvero il luogo della sede sociale o della sede effettiva dell'investitore persona giuridica).

In questi casi, l'accertamento del fatto extraprocessuale nella sua materiale esistenza richiederebbe uno "sforzo conoscitivo" del mondo esterno che difficilmente potrebbe essere compiuto autonomamente dall'algoritmo, dovendosi invece procedere ad una verifica – mediante, ad esempio, l'assunzione di sommarie informazioni, secondo quanto previsto dall'art. 38 c.p.c. per la competenza – per mano umana.

Parimenti, nel caso delle pronunce relative alla litispendenza, alla continenza e alla connessione, i singoli *dataset* degli strumenti algoritmici potrebbero non essere sufficienti, se non resi opportunamente interoperabili simultaneamente tra loro al fine di consentire la verifica dei presupposti di operatività degli istituti in questione (identità o continenza, o tipologie di connessione fra cause).

Peraltro, è opportuno osservare che minori criticità si pongono in relazione all'ipotesi in cui la litispendenza sussista tra cause proposte dinanzi allo stesso organismo ADR, mentre le principali difficoltà insorgono qualora sussista contemporanea pendenza della medesima controversia dinanzi ad un organismo ADR e l'autorità giudiziaria.

La questione si pone, invero, più con riguardo all'arbitrato interno *ad hoc* nonché con riguardo ai procedimenti dinanzi all'ABF e all'ACF, rispetto all'arbitrato internazionale in materia di investimenti.

Infatti, all'arbitrato interno *ad hoc* (anche di consumo) trovano applicazione *di default* le regole stabilite nel codice di procedura civile quanto alla litispendenza, sicché sarà non solo necessario configurare e impostare l'algoritmo in guisa da consentire di rilevare i presupposti di operatività della contemporanea pendenza, ma anche rendere interconnessi i sistemi di giustizia arbitrale e di giustizia ordinaria.

Quanto, invece, ai procedimenti dinanzi all'ABF e all'ACF, può osservarsi che risulta maggiormente pregnante la necessità di assicurare il funzionamento dei due meccanismi di raccordo che disciplinano le ipotesi di previa pendenza di un precedente giudizio ordinario ovvero di altra procedura ADR<sup>103</sup>, in considerazione delle rilevanti conseguenze che ne derivano in termini di improponibilità del ricorso dinanzi all'ABF<sup>104</sup> ovvero di irricevibilità del ricorso dinanzi all'ACF<sup>105</sup>.

Analoghe considerazioni possono essere svolte anche rispetto alle ipotesi in cui sia già intervenuta una decisione sul merito della controversia.

Infine, come si è avuto modo di anticipare, le criticità relative alla litispendenza si pongono in misura minore rispetto all'arbitrato internazionale in materia di investimenti, atteso che – data la peculiarità delle controversie *investor-State* –

---

<sup>103</sup> Su cui v. in dettaglio *supra* Cap. III, § 1.3.

<sup>104</sup> Cfr. art. 2, comma 6, delib. CICR n. 275/2008.

<sup>105</sup> Cfr. art. 10, comma 2, Regolamento ACF.

difficilmente ricorre l'ipotesi di contemporanea introduzione della lite dinanzi all'arbitro internazionale e al giudice nazionale.

Tuttavia, non può non osservarsi che a seguito della vicenda *Achmea* e del successivo Accordo tra gli Stati membri dell'UE circa l'estinzione dei BITs intra-UE<sup>106</sup> che stabilisce quale alternativa al tradizionale sistema ISDS la possibilità per le parti di intraprendere un giudizio ordinario dinanzi al giudice nazionale competente, e date le incertezze legate all'esito dei procedimenti arbitrari ancora pendenti<sup>107</sup>, non è escluso che possa versarsi in ipotesi di vera e propria litispendenza. Diviene allora fondamentale comprendere se e in che misura l'AI sia in grado di rilevare la contemporanea pendenza di un precedente giudizio arbitrale (o anche di un nuovo procedimento, qualora l'investitore decida di non adeguarsi a quanto previsto dall'Accordo per le nuove liti) e di un nuovo processo ordinario instaurato in ottemperanza all'Accordo richiamato.

Le questioni di merito, invece, sono per definizione maggiormente “mobili”, ovvero sia eccessivamente mutevoli e non facilmente predeterminabili se non sulla base di una casistica ampia e variegata, e sono quelle che potrebbero maggiormente scontare il verificarsi di *bias* cognitivi e valutativi dell'organo giudicante.

Con riferimento alla *quaestio facti*, può anzitutto osservarsi che esattamente come i fatti (rilevanti) devono essere portati a conoscenza dell'arbitro, e quindi entrano a far parte della cognizione del giudicante umano in quanto allo stesso rappresentanti, parimenti nel caso di decisione algoritmizzata i fatti rilevanti per la decisione sono “immessi” nella macchina ed elaborati, con tutti i limiti cognitivi che ne possono ugualmente derivare<sup>108</sup>. Residuano due problemi.

In primo luogo, si osserva che, a fronte della allegazione rituale dei fatti nel processo, il giudice può sempre modificare l'individuazione dei fatti rilevanti per la decisione. Ciò implica che, se è indubbio che nella macchina debbano essere inseriti i dati “rilevanti” per il giudizio, e se è vero che tali dati non possono essere appresi *aliunde*<sup>109</sup>, è anche vero che il giudicante può anche a ricostruire la

---

<sup>106</sup> Su cui v. in dettaglio *supra* Cap. II, § 5.2.

<sup>107</sup> Su cui v. in dettaglio *supra* Cap. II, § 5.3.1.

<sup>108</sup> M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 81, per il quale dunque il “calcolo” esatto della macchina dipende pur sempre da un fallibile processo cognitivo umano. Il rilievo è condiviso anche da E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2, 2020, p. 280 ss. Sull'esigenza di completezza dei fatti allegati e/o dedotti dalle parti v. E. VINCENTI, *Il «problema» del giudice robot*, in *Decisione robotica*, cit., p. 119. V. anche M. DE FELICE, *Calcolabilità e probabilità. Per discutere di «incontrollabile soggettivismo della decisione»*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 37, il quale osserva che residua sempre un'insopprimibile margine di soggettivismo, posto che gli *input* (i.e. le informazioni fornite all'algoritmo per lavorare) sono elaborate da “filtri” soggettivi.

<sup>109</sup> A meno che non si tratti dei cd. fatti notori o delle massime di comune esperienza, generalmente identificata nell'insieme delle nozioni «che costituiscono il patrimonio culturale diffuso in un certo luogo ed in un certo momento storico»: v. M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza del ragionamento del giudice*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 122. Sul concetto di notorio, v. *inter cetera*, P. CALAMANDREI, *Per la definizione*

fattispecie storica in modo diverso, dando rilievo, per esempio, a fatti pure allegati dalle parti, ma da esse trascurati. Dalla diversa qualificazione (giuridica) dei fatti “rilevanti” può dunque emergere una diversa fattispecie astratta da applicarsi al caso di specie e – correlativamente – diversi effetti giuridici<sup>110</sup>.

Si dubita che un simile mutamento di qualificazione giuridica dei fatti sia delegabile alle tecniche di apprendimento automatico, in quanto esse effettuano elaborazioni automatizzate basate sul presupposto che la correlazione di grandi volumi di informazioni possa sostituire la comprensione dei veri nessi causali di una statuizione.

In secondo luogo, resta comunque aperto il problema della “completezza” dei dati immessi nel *dataset*: se, quanto al singolo giudizio arbitrale, la completezza è rimessa alle allegazioni delle parti affinché i fatti “entrino nel processo”, il problema si pone con riguardo ad altri giudizi arbitrali precedenti e dal raffronto tra il primo e i secondi per verificare se e in che misura possa sussistere analogia o similarità.

Infine, residuerebbe anche le criticità relative alla attività di accertamento dei fatti, che appaiono difficilmente devolvibili al giudizio di una macchina<sup>111</sup>. Infatti, benché tale accertamento si sostanzi nello stabilire la verità o la falsità dei fatti controversi, assai raramente vi è una assoluta certezza in base a detta valutazione, tanto che il giudicante si trova a dover stabilire quale ipotesi sui fatti sia più attendibile di un'altra, attraverso una valutazione discrezionale sull'efficacia conoscitiva di prove il cui valore non è rigorosamente predeterminato<sup>112</sup> (92).

Alla luce di tali considerazioni, parte della dottrina ha evidenziato come lo stato attuale della tecnica algoritmica consentirebbe di apportare un ausilio decisamente ridotto alla valutazione dei fatti da parte del giudicante<sup>113</sup>.

Con riferimento alla *quaestio iuris*, invece, la piena operatività di una decisione algoritmica dipende dalla tipologia di disposizione normativa, *i.e.* dal grado di determinatezza della fattispecie astratta contemplata dalla legge, posto che

---

*di fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, p. 274 ss.; F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico*, rist. Milano, 1992, p. 64 ss.; G. DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1947, p. 21 ss.; C. GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, in *Annali storia del diritto*, 1957, p. 403 ss.; M. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 551 ss..

<sup>110</sup> È quanto si verifica, ad esempio, nel caso in cui le parti in lite hanno discusso dell'adempimento del contratto, ma in sede di decisione il giudice rileva che dai fatti allegati emerge la sua nullità.

<sup>111</sup> V. in argomento E. FABIANI, *Intelligenza artificiale e accertamento dei fatti nel processo civile*, in *Il giust. proc. civ.*, 2021, p. 49 ss..

<sup>112</sup> V. in argomento M. FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo*, Milano, 2005, *passim*.

<sup>113</sup> Lo evidenzia E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, cit., p. 70, la quale evidenzia peraltro che «spesso si verifica una vera e propria spirale ermeneutica fra fatto e norma, nel senso che la norma rappresenta il criterio di selezione del fatto e il fatto, a sua volta, rappresenta il criterio di selezione della norma».

«affinché la legge possa essere applicata da un algoritmo, occorre che sia formulata in modo chiaro ed inequivoco»<sup>114</sup>.

Sul punto può osservarsi, in linea generale, che il processo di *decision making* del di solito basato sull'adozione di un metodo sillogistico-deduttivo<sup>115</sup>, *i.e.* di sussunzione del caso concreto nelle fattispecie astratte e conseguente applicazione della *regula iuris* così individuata, il che presuppone che il processo decisionale faccia riferimento a modelli normativi astratti compiutamente definiti. Se così è, la prevedibilità del diritto giurisprudenziale arbitrale mediante l'utilizzo di algoritmi sembrerebbe *prima facie* di facile realizzabilità, poiché è la struttura stessa dell'algoritmo ad avere una base sillogistica: date alcune premesse in fatto e il diritto (*input*) l'algoritmo è in grado di produrre un risultato, una conclusione (*output*) che è conseguenza diretta e immediata delle premesse.

Questo modello presuppone l'impiego di un algoritmo semplice, cui vengono fornite determinate istruzioni (premesse in fatto e in diritto) e che vengono da questo elaborate senza attingere ad informazioni o dati esterni, diversi da quelli forniti. È un modello che, tuttavia, può ben funzionare solo per giudizi a bassa complessità, per tali intendendosi: *a*) quei giudizi su casi concreti di facile e pronta soluzione; *b*) quei giudizi che non implicano la necessità di cd. eterointegrazione fattuale e/o valoriale.

Con riferimento all'ipotesi *sub a*), si vuol fare riferimento a quei casi, sottoposti all'attenzione del giudicante, che ben si attagliano ad un metodo decisionale automatizzato in quanto connotati da una scarna istruzione probatoria e/o la cui decisione implica *sic et simpliciter* l'applicazione di una regola di diritto al caso concreto.

Un esempio, relativo ai contratti a distanza tra professionisti e consumatori, è dato dal giudizio avente ad oggetto la *disclosure* di cui all'art. 49, comma 6, cod.cons. La norma prescrive che se il professionista non adempie agli obblighi di informazione sulle spese aggiuntive o sui costi della restituzione dei beni, il consumatore non deve sostenere tali spese o costi aggiuntivi.

In tal caso, la legge prevede espressamente la sanzione correlata all'inadempimento degli obblighi di *disclosure*, e il meccanismo è semplice da automatizzare in quanto tutti i costi aggiuntivi saranno resi visibili e ciò può assicurare al professionista alti livelli di *compliance*. In una valutazione globale, l'implementazione delle soluzioni algoritmiche consentirebbe di ridurre i costi di *compliance* per i professionisti e incentiverebbe la trasparenza nei rapporti B2C. In altri termini, se l'*enforcement* dell'obbligo di disclosure è assicurato mediante soluzioni algoritmiche più rapide

---

<sup>114</sup> V. A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, cit., p. 130.

<sup>115</sup> V. F. PATRONI GRIFFI, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 177.

ed automatiche, gli incentivi a condotte virtuose per gli operatori professionisti sono maggiori e la tutela per il consumatore leso è più rapida e sicura.

Rispetto alle controversie in materia di investimenti, tale ipotesi può ricorrere – ad esempio – nel caso di nullità del contratto per vizio di forma di cui all’art. 23 TUF: ove l’algoritmo riscontra la carenza della predetta forma scritta, è agevole l’applicazione della sanzione della nullità, direttamente prescritta dalla legge.

Con riferimento all’ipotesi *sub b)*, invece, ci si riferisce a quei casi in cui l’algoritmo può funzionare senza necessità di apprendere nuovi dati e informazioni dalla realtà esterna ovvero quando può procedere all’applicazione di una regola giuridica posta da una norma di legge dal contenuto precettivo di immediata applicazione, ovvero sia quelle fattispecie compiutamente determinate.

In questi casi, l’algoritmo riuscirebbe a leggere i documenti forniti dalle parti in lite e, sulla base di questi, della giurisprudenza, dottrina e fonti normative presenti nel database e costantemente aggiornate, sarà in grado di fornire una risposta sillogistica e l’output sarà vincolato, perché non necessita di ulteriori valutazioni di ordine economico o sociale.

Maggiormente complessa è invece la questione dei processi decisionali che richiedono una integrazione del compendio fattuale e/o un giudizio di ordine valoriale<sup>116</sup> o per clausole generali<sup>117</sup> o, più in generale, una valutazione discrezionale.

Infatti, come osservato<sup>118</sup>, il diritto sostanziale conosce i cd. modelli normativi “aperti”, in cui la determinatezza della fattispecie va riempita *aliunde* ad opera dell’interprete e del giudice; inoltre il legislatore sostanziale ha predisposto una serie di clausole codicistiche generali, che riferiscono a concetti elastici, quali la buona fede, la correttezza, la volontà effettiva delle parti<sup>119</sup>, il significativo equilibrio di diritti e obblighi nelle clausole vessatorie nei contratti B2C.

---

<sup>116</sup> Come sottolinea Irti (N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 43) «se il giudice decide secondo valori, e dunque non procede allo stretto controllo di conformità tra eventi e singole fattispecie, allora la parte può ben sciogliersi dal vincolo di causa petendi e petitum, e prospettare una complessa situazione di vita, per la quale chiedere la risposta del valore». V. anche M. LUPOI, *Giuscibernetica, informatica giuridica. Problema per il giurista*, in *Foro it.*, 1970, p. 79 ss.

<sup>117</sup> In argomento, da ult., v. N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, p. 5 ss.. Con riferimento alle clausole generali nel diritto processuale civile v. l’interessante ricostruzione di S. PATTI *Le clausole generali nel diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 25 ss. Si segnala sin d’ora, con riguardo a tale ultimo profilo, che il tema della decisione algoritmica arbitrale incide anche sulla questione delle clausole generali in sede processuale, tra cui *in primis* la clausola di buona fede come paradigma di valutazione del comportamento delle parti del processo.

<sup>118</sup> V. ancora F. PATRONI GRIFFI, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 178.

<sup>119</sup> Il che riporta al problema della “completezza” del dato normativo inserito nel database: v. L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, p. 118, il quale evidenzia che il dato normativo può dirsi completo allorquando non occorra una nuova attività interpretativa.

Ciò implica che l'attività del giudicante si sostanzia in un giudizio di applicazione delle clausole generali al caso concreto e decida di questo solo sulla base dei canoni di interpretazione giurisprudenziale. In questo senso, il metodo decisionale non sarà quello del sillogismo, bensì la cd. tecnica delle clausole generali che non presuppone una fattispecie determinata: anzi, «*a ben guardare, nemmeno di una fattispecie*»<sup>120</sup>. Ecco dunque che l'arbitro deve farsi “inventore”<sup>121</sup> di una fattispecie “giurisprudenziale”, che potrà essere suscettibile di previsione mediante utilizzo di impiego di algoritmi: ma questo attiene alla predittività *della* decisione arbitrale, anche di quella che concerne una fattispecie “giurisprudenziale”.

La questione qui attiene invece alla predittività *nella* decisione giudiziaria, e quindi la domanda che si pone all'attenzione è la seguente: è possibile prevedere – mediante algoritmi – una decisione dell'arbitro “inventore” di una fattispecie giurisprudenziale? È possibile cioè riprodurre il metodo decisionale del giudice persona fisica in termini computazionali, laddove quel metodo non sia strettamente sillogistico ma si traduca nell'eterointegrazione fattuale della fattispecie posta (incompiutamente) dalla norma? E ancora: è possibile tradurre in linguaggio computazionale un giudizio valoriale dell'arbitro?

È dunque un problema di metodo di *decisione* dell'arbitro<sup>122</sup>, ma è ancor prima un problema di *cognizione* dell'arbitro.

Dall'analisi della recente giurisprudenza in materia di clausole generali e concetti elastici la risposta sembrerebbe essere negativa, in quanto tali clausole e concetti necessitano di una loro “specificazione” e adattamento per il caso concreto, nonché un'applicazione in linea con i valori dell'ordinamento e, dunque, in continuo cambiamento<sup>123</sup>

Sotto questo profilo può osservarsi che alcuni sistemi di IA hanno la capacità di autoapprendimento, ovvero la capacità di assumere ed elaborare dati che vadano oltre al *dataset* di base, e che derivano dalla programmata elaborazione di operazioni poste in essere frequentemente. Quindi lo strumento algoritmico è in grado di generare un *output* che è frutto dell'elaborazione di informazioni e di pregresse esperienze; ma questa metodologia è applicabile alle decisioni dell'arbitro?<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> V. ancora F. PATRONI GRIFFI, *Tecniche di decisione*, cit., p. 179.

<sup>121</sup> Nel senso latino di *invenire*, i.e. trovare il diritto: cfr. P. GROSSI, *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 921 ss.

<sup>122</sup> A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 51 si domanda dunque se la macchina potrebbe decidere in senso simile a quanto fa il giudice, sulla base dell'analisi di alcuni fatti che possano essere comunicati alla macchina stessa o che quest'ultima raccoglie autonomamente e sulla base delle norme giuridiche che regolano un determinato settore.

<sup>123</sup> V. sul punto Cass. civ., sez. lav., 20 maggio 2019, n. 13534; in dottrina A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, cit., p. 499.

<sup>124</sup> G. MAMMONE, *Considerazioni introduttive* cit., 25.



Occorrerebbe prima chiedersi *come* decide il giudice. L'operazione conoscitiva ed ermeneutica del giudice può compendiarsi in tre passaggi fondamentali: nella ricostruzione del fatto, nella sua qualificazione giuridica e, infine, nell'individuazione dell'effetto giuridico predisposto dalla fattispecie astratta<sup>125</sup>.

Mentre la ricostruzione del fatto è presidiata dalla regola *iudex non agnoscit factum* – sicché, come evidenziato *supra* con riguardo alla *quaestio facti* – occorre che i fatti siano portati all'attenzione (mediante rituale allegazione) del giudicante, la fase della qualificazione giuridica e dell'individuazione dell'effetto giuridico sono basate sulla regola *iura novit curia*<sup>126</sup>.

Ne consegue che si pone il problema, da un lato, di assicurare la piena conoscenza della legge (intesa in senso atecnico, e quindi ricomprensiva di tutte le disposizioni di rango primario, secondario e financo la *soft law*) da applicarsi da parte del decidente; dall'altro, individuare i criteri di decisione del giudice una volta operata la sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta.

Volendo circoscrivere, per il momento, l'analisi alle decisioni secondo diritto, e riprendendo le indicazioni Natalino Irti<sup>127</sup> circa i parametri di decisione del giudice, è possibile distinguere tra diverse forme di decisione: decisione secondo la legge, decisione secondo i precedenti, decisione secondo il fatto, decisione secondo i valori, secondo una scala decrescente di calcolabilità. Infatti, la decisione secondo la legge è idonea ad assicurare il massimo grado di "calcolabilità" in senso weberiano<sup>128</sup>. Per cui può ipotizzarsi che la decisione secondo legge (nei modelli normativi "chiusi") sia algoritmizzabile, mentre la decisione su valori diviene più problematica, e dipende da come li si interpreta<sup>129</sup>.

In tali casi, dovrebbe poter soccorrere la costruzione di un algoritmo in grado di reagire dinamicamente a flussi informativi variabili: per alcune controversie la deduzione strettamente sillogistica ai fini decisorii rischia di non essere sufficiente, in quanto residuano margini di discrezionalità (v. ad es. clausole elastiche come buona fede). Occorre pertanto costruire un algoritmo che, valutando le applicazioni

---

<sup>125</sup> P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, p. 3 ss.

<sup>126</sup> Si v., con riferimento al processo statale, gli scritti di G.A. MICHELI, «*Iura novit curia*», in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 596 ss.; C. PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, 1965, p. 8 ss.

<sup>127</sup> N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 20 ss., e spec. p. 26.

<sup>128</sup> È stato acutamente osservato in dottrina che la prima fase della decisione secondo legge e la decisione secondo precedenti sono entrambe «*fondate sulla identificazione della fattispecie*»; pertanto tali forme di decisione sarebbero agevolmente riproducibili in termini algoritmici, mediante un sistema di analisi dei dati passati che sia in grado di operare una classificazione per fattispecie. E ciò in quanto «*l'esame dei dati passati per prendere una decisione è pertanto fatto comune tanto alla decisione robotica quanto a quella giuridica*»: cfr. A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica*, cit., p. 53.

<sup>129</sup> Si rinvia anche qui a N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica* cit., 23-24. L'a. distingue due possibili accezioni di "valori": come principi generali dell'ordinamento giuridico, ricavabili mediante un processo di generalizzazione dalle norme positive; ovvero come criteri metapositivi.

concrete delle clausole elastiche effettuate con riguardo a casi simili, sia in grado di individuare quale delle possibili applicazioni (discrezionali) sia più congeniale al caso di specie. In questo caso l'*output* sarebbe discrezionale e differenziato. Un siffatto modello presuppone la previa mappatura sia delle regole procedurali di funzionamento dell'ADR prescelto, sia delle regole sostanziali da applicarsi alle controversie, e specificatamente di quelle decisioni relative all'applicazione di una specifica clausola elastica o generale.

Alcuni esempi, tratti dalla materia consumeristica e dal settore dei servizi finanziari possono essere di ausilio.

L'art. 33 codice del consumo, nel definire la vessatorietà della clausola, rimette ad una valutazione discrezionale del giudice l'indagine circa l'idoneità (in concreto) di una clausola di determinare uno squilibrio giuridico del contratto<sup>130</sup>.

In tali casi, posto che la valutazione circa il carattere vessatorio di una clausola deve essere operata in concreto (anche là dove le clausole che vengono in rilievo facciano parte della cd. *grey list* di cui all'art. 33 cod. cons., ovverosia siano assistite da una presunzione *iuris tantum* di vessatorietà<sup>131</sup>), una decisione algoritmizzata sarebbe difficilmente ipotizzabile. Infatti, l'applicazione della sanzione della nullità della clausola, sebbene prevista in astratto dalla legge, necessita di un'ulteriore valutazione circa l'idoneità – per oggetto e per effetto – di determinare un significativo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti.

In altri termini, il ripristino della asimmetria disfunzionale tra le parti, dovuta allo squilibrio giuridico del contratto tra il professionista e il consumatore, sarebbe difficilmente operabile per via automatizzata, perché le variabili da processare sarebbero molteplici: una valutazione algoritmizzata presupporrebbe una conoscenza, da parte dell'agente intelligente, del contenuto e degli effetti dei singoli diritti e doveri previsti nel contratto, della disciplina loro applicabile, e dell'incidenza di ciascuno di essi nell'economia complessiva del contratto. Sarebbe cioè necessario effettuare una valutazione *ex ante* prognostica, in guisa da verificare se, eliminata la clausola sospetta di vessatorietà, il contratto sarebbe stato equilibrato tra le parti.

Non solo: l'esclusione della vessatorietà delle clausole in questione dipende dalla sussistenza o meno di una trattativa specifica, individuale ed effettiva sulla

---

<sup>130</sup> L'art. 33, comma 1, cod.cons. prevede espressamente che «*nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*».

<sup>131</sup> Se, infatti, la clausola rientra tra quelle che il legislatore presume vessatorie, ma con possibilità di prova contraria (e il relativo onere probatorio grava sul professionista), la discrezionalità del giudice investe proprio la ponderazione tra il carattere presuntivamente vessatorio della clausola e le allegazioni di prova contraria da parte del professionista.

Diverso è, invece, il caso in cui la clausola che viene in rilievo rientra nella cd. *black list*, cioè nell'elenco delle clausole che si presumono vessatorie *iuris et de iure*: in quel caso, i margini di discrezionalità non residuano, dovendo al più il giudice limitarsi a valutare se la clausola sottoposta al suo esame concreto sia suscumbibile nella fattispecie astratta prevista dalla legge.

medesima, sicché si pone l'ulteriore problema di consentire all'algoritmo di effettuare una valutazione in ordine all'*an* della trattativa e ai requisiti di specificità, individualità e – soprattutto – di effettività.

Infatti, si ritiene che sebbene i parametri della trattativa possano essere intercettati anche dall'algoritmo, sulla base dei documenti pre-contrattuali forniti dalle parti e sull'analisi del testo del contratto, della sottoscrizione specifica, la loro valutazione complessiva è comunque frutto di un percorso di ragionamento difficilmente riproducibile in via algoritmica.

Ma, a ben vedere, ad analoghe conclusioni si perviene anche nel caso in cui vengano in rilievo le clausole vessatorie *iuris et de iure*, *i.e.* quelle ricomprese nella “*black list*” di cui all'art. 36, comma 2, cod.cons.. S'intende che, anche laddove non sia necessario procedere all'indagine circa l'esistenza o meno di una trattativa specifica, individuale ed effettiva sulla clausola vessatoria, l'applicazione della sanzione della nullità non sarebbe affatto automatica (e, dunque, difficilmente automatizzabile), atteso che comunque dovrebbe procedersi ad una valutazione che l'oggetto o l'effetto delle clausole in concreto sia quello descritto dalla norma<sup>132</sup>.

Una siffatta valutazione, che presuppone una ponderazione, non appare possibile in via del tutto automatizzata; l'algoritmo, da solo, sarebbe in grado solamente di verificare se, dati certi parametri di partenza, una valutazione simile è già stata effettuata in casi analoghi in precedenti giurisprudenziali, ed eventualmente riprodurla anche nel caso di specie. Ma difficilmente sarebbe in grado di effettuarla *ex novo*.

Dunque, il rischio è quello di una valutazione eccessivamente semplicistica, non ponderata, e basata sulla – non sempre corretta<sup>133</sup> – applicazione di precedenti simili.

Parimenti, in tema di *disclosure* in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, l'art. 67-*septiesdecies* del Codice del consumo prevede la sanzione della nullità del contratto eventualmente concluso nel caso di violazione degli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche dell'operazione di investimento proposta.

---

<sup>132</sup> Sicché l'algoritmo dovrebbe essere in grado di valutare se la clausola che viene concretamente in rilievo escluda o limiti la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, e che tale effetto sia risultante da un fatto o da un'omissione del professionista (art. 36, comma 2, lett. *a*) cod.cons.); ovvero che escluda o limiti le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte e che ricorra la circostanza dell'inadempimento totale o parziale o dell'adempimento inesatto da parte del professionista (art. 36, comma 2, lett. *b*) cod.cons.); o, ancora, che preveda l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto, con accertamento anche di tale impossibilità fattuale (art. 36, comma 2, lett. *c*) cod.cons.)

<sup>133</sup> In ragione della estrema varietà dei regolamenti negoziali che possono essere posti in essere; chiaramente il margine di errore è invece minore nel caso di contratti di standard o per adesione, come si preciserà in seguito.

In questo caso l'applicazione della sanzione, sebbene prevista in astratto dalla legge, necessita di un'ulteriore valutazione circa l'incidenza "in maniera significativa" della violazione sulla corretta rappresentazione dell'investimento. Tale valutazione può essere algoritmizzata sulla base del raffronto con documenti presenti nel database che abbiano individuato, per casi simili, una siffatta violazione.

Infine, posto che in taluni casi la decisione può essere non secondo diritto ma secondo equità, il problema del giudizio valoriale appare ancora più pregnante.

Atteso che, come visto poc'anzi, la decisione sui valori (e sugli interessi) appare difficilmente automatizzabile, l'implementazione di sistemi di AI per le decisioni secondo equità richiederebbe che i valori non siano "misurabili"<sup>134</sup>.

A ben vedere, però, le criticità di un giudizio valoriale non ineriscono solo alla decisione adottata sulla base del canone dell'equità, ma anche ai casi di decisione secondo diritto (quindi fondata sull'applicazione delle regole di diritto) che però sconfinano in un bilanciamento di interessi o di valori in gioco.

La ricordata giurisprudenza dei valori in tema di nullità dei contratti conclusi tra la banca e il cliente a valle dell'adozione del modello ABI contenente clausole fideiussorie nulle perché anticoncorrenziali<sup>135</sup> costituisce un esempio calzante di come l'applicazione delle regole di diritto (in particolare la normativa nazionale ed europea sulle intese *antitrust*) possa piegarsi a valutazioni relative all'ordine pubblico economico e agli interessi delle parti in gioco. È, infatti, significativo che le SS.UU. abbiano individuato un rimedio, quale la nullità parziale, dei contratti a valle pur in assenza di una espressa previsione di legge e, anzi, perfino *praeter legem*. In quel caso il giudicante ha optato per una interpretazione del tutto innovativa delle disposizioni, sulla base dell'interesse della banca ad evitare la caducazione radicale del contratto assistito dalla fideiussione *omnibus* per ragioni di ordine pubblico economico e l'interesse del cliente a non concludere un contratto a condizioni più gravose perché frutto di una restrizione della concorrenza a monte (lesione della libertà di autodeterminazione negoziale).

A differenza dei casi visti in precedenza, qui il giudicante non si limita a riempire di contenuto e concretezza una clausola generale o elastica, declinandola nel caso sottoposto alla sua attenzione, bensì utilizza la categoria della nullità come vera e propria clausola generale.

In siffatte ipotesi, in cui il giudicante si trova a maneggiare gli istituti definitivi come clausole generali aperte appare complesso "calcolare a priori" gli esiti del ragionamento giuridico, e dunque trasporne i passaggi in un sistema automatizzato.

---

<sup>134</sup> CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica* cit., 57. L'a., per ovviare all'inevitabile esito della decisione secondo valori che «conduce ad una incalcolabilità giuridica» ritiene che la misurazione dei valori possa avvenire mediante la cd. metrica dei valori.

<sup>135</sup> V. *supra* Cap. III, § 2.3.

### 3.1.3. Profili di criticità.

Dall'analisi sopra effettuata emergono alcune difficoltà di ordine sia tecnico sia giuridico.

Sotto il primo profilo, si osserva infatti che i processi decisionali dei sistemi di A.I. risultano spesso intrinsecamente opachi, e che la loro natura di “*black box*” rende sovente impraticabile ricondurre *ex post* uno specifico *input* ad uno specifico *output*, e viceversa<sup>136</sup>.

Il problema è meno evidente negli algoritmi semplici; mentre gli algoritmi di *machine learning* non operano secondo schemi di natura causale, pur variando il livello di trasparenza a seconda delle diverse tipologie di sistemi algoritmici<sup>137</sup>. In altri termini, anche ove siano noti sia gli *input* che gli *output* di un processo decisionale automatizzato, non sempre risulterebbe conoscibile l'*iter* sulla base del quale tali *output* sono stati generati, né le modifiche che il sistema dotato di autoapprendimento dovesse avere autonomamente “apportato a sé stesso”, nel corso della propria operatività, per eseguire il compito assegnato<sup>138</sup>.

Atteso, dunque, che la peculiarità distintiva dei sistemi di A.I. risieda nella loro capacità di mutare, apprendere ed “evolvere” nel corso della propria operatività<sup>139</sup>, sulla base di un *training* iniziale con il quale l'algoritmo viene “addestrato”<sup>140</sup>, e come possano sussistere limiti tecnici talora invalicabili alla piena conoscibilità e prevedibilità di tale percorso evolutivo così come dell'*iter* decisionale della macchina, si ritiene di dovere concludere che la imposizione di obblighi di trasparenza, spiegabilità e monitoraggio in capo ai produttori di A.I. potrebbe non

---

<sup>136</sup> Cfr. R. CALO, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, in *California Law Review*, 2015, 103, p. 513 ss.; S. CHESTERMAN, *We, the Robots? Regulating Artificial Intelligence and the limits of the law*, Cambridge, 2021; D. KEATS CITRON-F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Wash. Law Rev.*, 89, 2014, 1, p. 10 ss.; S. QUINTARELLI, *Intelligenza Artificiale. Cos'è davvero, come funziona, che effetti avrà*, Torino, 2020; T. WISCHMEYER, *Artificial Intelligence and Transparency: opening the Black Box*, in *Regulating Artificial Intelligence*, a cura di T. WISCHMEYER-T. RADEMACHER, Cham, 2020, p. 75 ss.

<sup>137</sup> Più elevato, ad esempio, per i *decision tree algorithms*, mentre le reti neurali risultano spesso connotate da significativi livelli di opacità)

<sup>138</sup> V. M. PALMIRANI, *Interpretabilità, conoscibilità, spiegabilità dei processi decisionali automatizzati*, in *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, a cura di U. RUFFOLO, Torino, 2021, p. 69 ss. sui concetti di “interpretabilità”, “conoscibilità”, “comprensibilità” e “spiegabilità” dell'AI

<sup>139</sup> La peculiarità dei sistemi di AI dotati di autoapprendimento rispetto agli altri sistemi a base algoritmica è stata rilevata anche da una nota pronuncia del Consiglio di Stato (25 novembre 2021, n. 7891), la quale definisce il sistema di A.I. dotato di *machine learning* come un “*sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo 'tradizionale')* ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico”.

<sup>140</sup> Cfr. F. SANTAGATA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, cit., p. 815 ss.

rivelarsi sufficiente ad assicurare un idoneo livello di sicurezza dei sistemi in questione.

Infatti, occorre considerare che il salto qualitativo determinante della A.I. non risiede nella mera (pur imponente) moltiplicazione della capacità computazionale, bensì nella sua capacità di apprendimento (*machine learning*, *deep learning*, reti neurali...), ed anche di autoperfezionamento e di riproduzione autoevolutiva; e, dunque, come già accennato *supra*, nella riscontrata imprevedibilità ed inesplicabilità degli *outcome* ai quali tale processo di autoapprendimento evolutivo della macchina può talora condurre.

Inoltre, i *dataset* sulla base dei quali l'A.I. apprende ed evolve non sono soltanto quelli ad essa forniti durante la fase di addestramento (pur restando rilevante il ruolo, e la responsabilità, del *trainer*, così come dell'eventuale fornitore dei *training data*, per il complessivo sviluppo del sistema), ma altresì quelli che vengono raccolti dal sistema in modo più o meno autonomo nel corso della sua concreta operatività, successivamente alla sua prima messa in funzione; dati, questi, provenienti dall'ambiente nel quale la A.I. opera, e le cui fonti possono rivelarsi difficilmente verificabili dallo *human in command*.

*3.1.3.1. Limiti di ordine giuridico all'arbitrato predittivo: consenso, ambito di operatività ristretto, rimedi esperibili, responsabilità per errore, immobilismo giurisprudenziale, bias cognitivi e valutativi dell'arbitro, riservatezza del lodo.*

Da un punto di vista strettamente giuridico, possono ravvisarsi una pluralità di ostacoli all'arbitrato algoritmico.

È infatti condivisibile l'opinione di chi<sup>141</sup> ritiene che l'uso legittimo di un algoritmo a fini della decisione robotica soggiace ad un insieme di regole fondamentali volte ad assicurare l'effettiva sussistenza della volontà delle parti rispetto ad un arbitramento predittivo, la comprensibilità dei processi decisionali, il diritto delle parti soggette al processo algoritmizzato di richiedere spiegazioni o esperire rimedi, la responsabilità di una persona fisica o per gli effetti derivanti dall'uso di un sistema algoritmico, il diritto ad una decisione effettivamente scevra da *bias*, di poter contare su un'evoluzione giurisprudenziale adatta al caso di specie.

Tale considerazione disvela che, oltre agli esaminati *impasse* di carattere logico-matematico, la teorizzazione di una decisione totalmente algoritmizzata in rapporto all'attuale sistema processuale arbitrale sconta sette ulteriori ordini di limiti.

---

<sup>141</sup> V. D. DE KERCKHOVE, *La decisione datacratica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 105. L'a. richiama i risultati raggiunti sul punto da un gruppo di Bertelsmann Stiftung.

### **A) Consenso all'arbitrato predittivo.**

Il primo limite investe le possibili limitazioni all'automazione totale della decisione derivanti dall'assenza un espresso consenso all'arbitrato predittivo, pur in presenza di una convenzione di arbitrato "analogico".

Anzitutto si segnala che il problema si pone maggiormente per l'arbitrato *ad hoc* piuttosto che per l'arbitrato (internazionale o interno) amministrato, poiché in quest'ultimo caso l'adesione alle regole procedurali – ove queste siano integrate con forme di decisione algoritmica – dell'istituzione arbitrale potrebbe ritenersi sufficiente a ritenere valido il consenso anche ad una procedura automatizzata.

In linea generale, alla luce della già prospettata differenza tra tutele giudiziali e tutele stragiudiziali in rapporto all'intelligenza artificiale<sup>142</sup>, può osservarsi che il consenso delle parti ad una scelta arbitrale totalmente o parzialmente automatizzata non è esclusa da norme di legge. Nei limiti oggettivi entro i quali è ammesso l'arbitrato<sup>143</sup>, le parti potranno scegliere di compromettere la lite in arbitri, mediante il ricorso a procedure di *decision making* automatizzate.

Sul punto, alcuni spunti di riflessione provengono dalla disciplina europea in materia di protezione dati personali (Regolamento UE 2016/679<sup>144</sup>), che all'art. 22 disciplina il processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche<sup>145</sup>. La disposizione in questione, sebbene riferita espressamente al contesto della tutela della privacy, può costituire un utile addentellato positivo per la ricostruzione della disciplina del consenso arbitrale rispetto ad una procedura totalmente automatizzata.

---

<sup>142</sup> Cfr. Cap. IV, § 1.

<sup>143</sup> Si fa riferimento primariamente alle condizioni di arbitrabilità della controversia, e dunque alla disponibilità dei diritti; ma, volendo adottare una prospettiva più specifica e settoriale, occorrerà aver riguardo anche al perimetro di operatività di ciascun istituto arbitrale, i.e. verificare se sussistono limitazioni in punto di tipologie di controversie sottoponibili all'arbitro in ragione della sua competenza (o giurisdizione). Nel caso degli arbitrati in materia di investimenti, ad esempio, un valido consenso – con tutte le precisazioni circa la sua formazione individuate nel Cap. 2 – potrà essere espresso solo su controversie che rientrano in tale nozione.

<sup>144</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Il Regolamento europeo non stabilisce quali attività possano svolgersi con i processi automatizzati di trattamento dei dati, ma si limita a individuare una tutela minima di tipo procedimentale della persona: sicché quando il trattamento automatico dei dati incide sulla sfera di una persona, questa ha diritto di essere informata e, inoltre, di esprimere il consenso o la contrarietà e, comunque, di controllare l'esattezza del processo.

<sup>145</sup> L'art. 22, par. 1, GDPR prevede che «L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». V. in argomento F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. PIZZETTI, Torino, 2018, p. 34 ss.

Invero, la disciplina per la protezione dati personali prevede che la decisione automatizzata sia possibile nel caso in cui sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e il titolare del trattamento (*a*), ovvero sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato (*b*), ovvero si basi sul consenso esplicito dell'interessato (*c*).

In questa prospettiva, emerge il valore dell'autonomia privata delle parti, che abbiano inserito una clausola compromissoria in un contratto da eseguirsi (ipotesi *sub a*) ovvero abbiano stipulato un compromesso arbitrale (ipotesi *sub c*), in guisa da ritenere che la volontà negoziale possa *in apicibus* escludere possibili limitazioni al trattamento automatizzato mediante *decision making* algoritmico, ferme restando le garanzie procedurali.

Tuttavia, rispetto agli altri strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, l'arbitrato presenta un innegabile carattere para-giurisdizionale, con la conseguenza che l'introduzione di sistemi di decisione automatizzata dovrà necessariamente partecipare delle maggiori garanzie che presidiano il processo civile. Così, guardando l'arbitrato anche da questa prospettiva, non appare sufficiente la considerazione in termini "procedurali", ma – come già anticipato *supra*<sup>146</sup> – emerge in maniera più vigorosa l'anima del "processo", quanto alle tutele per i diritti fondamentali degli individui.

Tale conclusione pare *a fortiori* avallabile, alla luce del fatto che nei settori considerati è maggiormente pregnante l'esigenza di tutela del cd. ordine pubblico di protezione, sicché se certamente l'autonomia privata ha i margini per l'opzione tecnologica, vi sono crismi imprescindibili da dover tenere in considerazione<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> V. Cap. I.

<sup>147</sup> Sul punto si richiama la "*Carta Etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e loro ambiente*", adottata dal Consiglio Europeo, attraverso la Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ), nel dicembre 2018 e aggiornata il 13 settembre 2019, che rappresenta il primo tentativo di porre le basi per una regolamentazione a livello europeo dell'utilizzo dei sistemi di AI nei sistemi giudiziari.

in cui si rappresenta che l'uso degli strumenti di IA, *in votis* destinati a migliorare l'efficienza e la qualità della giustizia, deve comunque assicurare il rispetto dei diritti fondamentali della persona. Per cui se l'elaborazione delle decisioni giudiziarie mediante strumenti di intelligenza artificiale è in astratto possibile in materia civile, commerciale e amministrativa (al fine di contribuire a migliorare la prevedibilità dell'applicazione della legge e la coerenza delle decisioni giudiziarie), ciò deve avvenire nel doveroso rispetto dei cinque principi ivi elencati: 1) Principio del rispetto dei diritti fondamentali, 2) Principio di non discriminazione, 3) Principio di qualità e sicurezza, 4) Principio di trasparenza, imparzialità ed equità e 5) Principio "sotto il controllo dell'utente".

Si precisa inoltre che laddove lo strumento algoritmico sia stato progettato per finalità decisionali, è essenziale che il trattamento viene effettuato con trasparenza, imparzialità ed equità, da una valutazione esterna e indipendente di esperti. Per cui, i giudici devono essere sempre messi in condizione di poter rivedere e riesaminare le "decisioni algoritmiche", in relazione alle peculiarità del caso concreto.



## **B) Ambito di operatività limitato della decisione algoritmica.**

Il secondo profilo di criticità, già in parte evidenziato, concerne l'ambito oggettivo di operatività degli algoritmi in funzione (totalmente o parzialmente) sostitutiva dell'arbitro umano, che – per le ragioni suesposte – rischierebbe di essere fortemente limitato alle sole controversie seriali<sup>148</sup>, alle cause molto semplici, da istruirsi documentalmente<sup>149</sup>, alle cause standardizzabili (*i.e.* cause che si connotano per una maggiore presenza di fattori di automaticità e per una giurisprudenza oramai consolidata, cause relative a contratti standard o per adesione o comunque uniformi). Resterebbero invece escluse le controversie complesse da un punto di vista istruttorio e quelle caratterizzate da variabilità ed eterogeneità del quadro normativo di riferimento e/o da valutazioni rimesse alla discrezionalità dell'arbitro<sup>150</sup> (quali, ad esempio, quelle che prevedono l'applicazione delle clausole di buona fede, dei concetti giuridici indeterminati o delle clausole generali).

## **C) Rimedi esperibili avverso una decisione arbitrale automatizzata e onere motivazionale.**

In terzo luogo, alcune criticità sorgono anche con riferimento ai possibili rimedi esperibili avverso una decisione arbitrale automatizzata. Gli interrogativi che si pongono all'attenzione del giurista sono due: l'uno, più specifico, attinente al perimetro di operatività delle censure in sede di giudizio di impugnazione, l'altro, più generale, attinente all'onere della motivazione riconosciuto dalla maggior parte delle disposizioni che regolamentano il funzionamento delle varie procedure arbitrali.

---

Sugli aspetti etici e regolatori v. AA.VV., *Intelligenza artificiale - il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2020; AA.VV., *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti*, a cura di U. RUFFOLO-G. RICCIO-A.F. URICCHIO, Bari, 2020; D. AMOROSO-G. TAMBURRINI, *I sistemi robotici ad autonomia crescente tra etica e diritto: quale ruolo per il controllo umano?*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, p. 33 ss.; A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 2019, p. 47 ss.; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 10, 2018, p. 1787 ss.; F. LAGIOIA-G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale per i diritti dei cittadini: il progetto Claudette*, in *Ragion pratica*, 2020, p. 88 ss.; F. MAGGINO-G. CICERCHIA, *Algoritmi, etica e diritto*, in *Dir. inform.*, 6, 2019, p. 1161 ss.; B. MITTELSTADT-P. ALLO-M. TADDEO-S. WACHTER-F. FLORIDI, *The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate*, 2016, in <https://ssrn.com/abstract=2909885>, p. 8 ss.

<sup>148</sup> Sebbene sul punto non vi sia concordia di opinioni. In particolare, si accolgono i rilievi di chi (L. DE RENZIS, *Primi passi nel mondo della giustizia «high-tech»* cit., pp. 149-150), ha opportunamente evidenziato che la serialità della causa non è sintomo di automatica semplicità della stessa, e che anzi vi siano delle controversie seriali che si presentano complesse da un punto di vista tecnico-giuridico, che hanno anche una rilevanza nell'ambito economico-giuridico e che riguardano settori strategici per la società civile.

<sup>149</sup> Cfr. M.R. COVELLI, *Dall'informatizzazione della giustizia alla «decisione robotica»?* cit., p. 133, che richiama esempi in materia di diritto previdenziale (ATP).

<sup>150</sup> V. L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2019, p. 395 ss., per la quale «là dove siano in gioco valutazioni discrezionali, deve essere la persona ad agire, non la macchina che necessariamente riduce la discrezionalità ad un calcolo probabilistico».

Volendo provare una prima approssimazione di carattere generale, e prescindendo dalle peculiarità dei singoli sistemi arbitrali<sup>151</sup>, sotto il primo profilo può osservarsi che difficilmente il lodo sarebbe attaccabile sotto il profilo degli *errores in procedendo*, posto che l'errore informatico nel processo decisionale algoritmico è di non facile evidenza e riscontro (e dunque non agevolmente dimostrabile, poiché resta nella sequenza di istruzioni interne all'algoritmo di intelligenza artificiale)<sup>152</sup>. Tale esclusione sembra invalidante con riguardo a quelle censure relative alla violazione delle regole procedimentali che concorrono alla giustizia della decisione, quali ad esempio la violazione del principio di corrispondenza tra *petitum* e *decisum*, soprattutto là dove il *decisum* sia frutto di una rigida applicazione delle regole sulla competenza per materia.

Vale qui richiamare la ricostruzione estensiva, per via ermeneutica, della competenza dell'ACF, ritenuta ricomprensiva anche dei pronunciamenti di tutela cognitiva, oltre che di tutela condannatoria<sup>153</sup>.

Ma, a ben vedere, sembrerebbero escluse anche le censure relative agli *errores in iudicando de iure*<sup>154</sup>, posto che se la decisione del caso concreto è rimessa ad una combinazione algoritmica di fatti "rilevanti" e di norme nelle quali sussumere i

---

<sup>151</sup> Quanto ai rimedi esperibili, infatti, è vasto e variegato il panorama di riferimento. Per quanto riguarda l'arbitrato di consumo *ad hoc*, i motivi di annullamento del lodo e il giudice competente sono individuati dalla legge domestica. Per quanto riguarda gli arbitrati internazionali in materia di investimenti, come ricordato al Cap. II, § 4.1. nell'arbitrato ICSID, l'unico rimedio avverso il lodo arbitrale è dato dalla richiesta di annullamento al comitato *ad hoc*, per i motivi tassativamente elencati dalla Convenzione ICSID; mentre nell'arbitrato non ICSID i motivi di annullamento del lodo sono individuati generalmente dalla Convenzione di NY. Infine, con riferimento ai procedimenti dinanzi ad ABF e ACF (Cap. III, § 2.5. e § 3.5.) si rammenta che non è previsto nessun meccanismo di impugnazione avverso le decisioni assunte dall'Arbitro di riferimento.

<sup>152</sup> M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 83. L'a. solleva diversi dubbi sul punto, rilevando che sovente l'errore della macchina è "invisibile".

<sup>153</sup> Cfr. Cap. III, § 3.1. e § 3.2.

<sup>154</sup> Si rammenta che quanto all'arbitrato ICSID la censurabilità degli *errores in iudicando de iure* è sostanzialmente preclusa, rappresentando il vizio di motivazione l'unico strumento eventualmente (e nei limiti stringenti in cui è stato interpretato dalla giurisprudenza arbitrale) a disposizione delle parti. Quanto, invece, all'arbitrato *ad hoc*, nel nostro sistema processuale di arbitrato interno la censurabilità degli *errores in iudicando de iure* è limitata ai soli casi indicati dall'art. 829, comma 3, c.p.c.: si tratta dei casi in cui l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è prevista espressamente dalla legge o dalle parti, ovvero i casi di contrarietà del lodo all'ordine pubblico, oltre che nei casi specifici delle controversie assoggettate al rito lavoro *ex art. 409 ss. c.p.c.* e nel caso in cui la violazione della norma di diritto riguardi una questione appartenente ad una materia non arbitrabile.

primi<sup>155</sup>, e se gli elementi della premessa maggiore e minore sono interamente immessi nel sistema informatico, quest'ultimo deciderà «*tota lege perspecta*»<sup>156</sup>.

Volgendo lo sguardo alla disciplina dell'arbitrato interno contenuta nel c.p.c., e rammentando che la censurabilità degli errori in esame – sebbene in linea di principio esclusa nel caso di lodo rituale nell'arbitrato *ad hoc* – è ammessa proprio nel caso di violazione dell'ordine pubblico sostanziale, appare particolarmente limitante l'impossibilità di far emergere vizi inerenti all'ordine pubblico sostanziale cd. di protezione a tutela della parte debole.

Sotto il secondo profilo, connesso al primo (poiché «*il diritto di impugnazione si sostanzia proprio nella critica alla motivazione*»<sup>157</sup>) è stato acutamente osservato che in conseguenza della segretezza o inintelligibilità della logica sottesa al processo decisionale<sup>158</sup>, con la decisione algoritmica la motivazione, a bene vedere, finirebbe per assolvere essenzialmente solo alla funzione extraprocessuale di consentire il controllo sociale sull'operato dell'arbitro-robot, e non anche a quella endo-processuale di consentire la verifica dell'*iter* logico seguito dall'arbitro<sup>159</sup>.

Infatti, come è stato opportunamente osservato<sup>160</sup>, l'algoritmo predittivo finisce per privare di rilevanza il momento della spiegazione causale della scelta del decidere, favorendo, in ultima analisi, le più recenti tendenze in tema di motivazione della sentenza già emerse nel nostro ordinamento, tra le quali la motivazione *per relationem*<sup>161</sup>.

Si pone dunque un problema di verificabilità del ragionamento logico seguito dall'algoritmo, al fine della sua censurabilità in sede di impugnazione<sup>162</sup>.

---

<sup>155</sup> Anche a voler ammettere una banca dati ricomprensiva sia delle regole procedurali di funzionamento sia delle regole sostanziali da applicarsi al caso concreto. Si noti, inoltre, che alcuni casi tali database esistono: v. Regole Arbitrali dell'UNCITRAL e della Convenzione di NY: l'UNCITRAL dispone, infatti, di un proprio database c.d. *Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT)*, che può essere utilizzato come fonte di dati grezzi per entrambi i suddetti testi legislativi, mentre in relazione alla Convenzione, la giurisprudenza e i commenti sono inclusi in una banca dati separata in continua espansione.

<sup>156</sup> Cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., pp. 89-90.

<sup>157</sup> Cfr. E. VINCENTI, *Il «problema» del giudice robot*, cit., p. 121.

<sup>158</sup> V. G. RESTA, *Algoritmi, diritto, democrazia*, «Giustiziavivile.com», 11 aprile 2019, 4. Sul problema del cd. black box v. anche F. PASQUALE, *The black box society: The secret algorithms that control money and information*, Cambridge-London, 2015; D. PEDRESCHI - F. GIANNOTTI ET AL., *Open the Black Box. Data-driven Explanation of Black Box Decision Systems*, «ArXiv», 1, 2018, 1-2.

<sup>159</sup> M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., pp. 89-90.

<sup>160</sup> E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, cit., p. 73, la quale, nel richiamare la dottrina francese sulla c.d. «*factualisation*» del diritto, evidenzia che l'algoritmo predittivo pone tutti gli elementi funzionali al calcolo algoritmico sullo stesso piano e dissuade il giudice dal cercare la regola generale da applicare, e ciò determina un evidente cambiamento dei criteri fondanti la decisione.

<sup>161</sup> M. TARUFFO, *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 1241 ss.

<sup>162</sup> Lo evidenzia bene A. PANZAROLA, *Il processo civile e la rivoluzione tecnologica all'alba dell'era dell'Intelligenza Artificiale (considerazioni generali)*, cit., p. 813.

Come già detto *supra*, i processi decisionali dei sistemi di A.I. risultano spesso inerentemente opachi; ma-pur ammettendo che la parte interessata ad impugnare la decisione algoritmica riesca a scalfire l'iter logico-matematico seguito dall'algoritmo decidente, sorge l'ulteriore problema dell'effettiva rispondenza del giudizio di impugnazione così introdotto alle esigenze di giustizia: in altri termini, anche l'eventuale impugnazione, così algoritmizzata, resterebbe priva di quel carattere di "ripensamento" del percorso decisionale<sup>163</sup>.

#### **D) Responsabilità per la decisione algoritmica.**

In ultima analisi, preme osservare come alla decisione algoritmica si accompagni poi la più complessa questione della responsabilità del decidente e della riparabilità degli errori di giudizio<sup>164</sup>, da esaminarsi primariamente sotto tre diversi punti-chiave.

Il primo aspetto è compendiabile nel seguente interrogativo: è socialmente accettabile una responsabilità connessa alla decisione algoritmica?

Secondo alcuni autori<sup>165</sup>, il punto della responsabilità potrebbe essere affrontato considerando che se il giudizio operato dal robot è frutto di una metrica di valori condivisa e accettata dalla collettività, allora le conseguenze di tale decisione algoritmizzata sono inevitabili e devono essere considerate come «*il minimo danno accettabile*» dato che l'utilizzo di un determinato tool tecnologico è stato socialmente e giuridicamente accettato *a priori*.

Una volta ammessa e accettata, *in thesi*, la possibilità ontologica di una responsabilità per la decisione algoritmica, si pone l'ulteriore quesito circa l'individuazione del centro di imputazione della responsabilità<sup>166</sup> dei criteri sui quali si potrebbe fondare la riparabilità dell'errore giudiziario della macchina.

La questione è alquanto complessa e riporta al più generale problema dell'inquadramento del rapporto arbitro-macchina, che a sua volta riporta alla questione – più generale e non ancora definita – dello *status* giuridico degli algoritmi. Un sistema di risoluzione delle controversie basato sull'IA potrebbe essere funzionale solo se il sistema godesse di una sorta di status di entità giuridica secondo le leggi applicabili.

Ci si limita in questa sede a rilevare che la stessa si rimette all'inquadramento della dinamica uomo-macchina in termini oggettivi (sotto lo statuto della responsabilità

---

<sup>163</sup> Così L. DE RENZIS, *Primi passi nel mondo della giustizia «high-tech»* cit., p. 148.

<sup>164</sup> Cfr. A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica* cit., p. 51.

<sup>165</sup> V. A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica* cit., p. 61.

<sup>166</sup> Sulle questioni relative alla responsabilità v. G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 2, 2020, p. 713 ss.; N.F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in *Contratto e impresa*, 1, 2020, p. 458 ss..

da prodotto difettoso di cui alla Direttiva 85/374/CEE) ovvero soggettivi (secondo la configurazione di un rapporto di *agency*<sup>167</sup>.

Di conseguenza, la possibilità che un sistema completamente autonomo possa svolgere la funzione di arbitro dipende dal se, almeno ai fini della gestione di un processo arbitrale, tale sistema goda di capacità giuridica.

Svariati i tentativi di risposta a questo quesito: è stata proposta la creazione di un nuovo tipo di personalità giuridica specifica per i robot “avanzati” (c.d. *e-personality*), oppure l’istituzione di “*self-driving corporation*” in grado di fungere da arbitro, consentendo così una gestione di società integralmente automatizzata.

Residua poi la necessità di definire lo statuto della responsabilità così riconosciuta, i cui termini possono variare da ordinamento giuridico e da istituzione arbitrale di riferimento. Ci si limita in questa sede a segnalare che, a seconda di come viene modulato tale statuto, alcune criticità potrebbero sorgere rispetto ai criteri di imputazione soggettiva<sup>168</sup>.

### **E) Evoluzione del quadro giuridico per via pretoria.**

Un ulteriore problema ravvisato in dottrina<sup>169</sup> concerne la difficoltà delle decisioni algoritmiche di assicurare un’adeguata evoluzione del quadro giuridico e dell’interpretazione delle norme, di carattere sia sostanziale sia processuale.

Nel corso del tempo è stata compiuta ampia attività interpretativa, in senso estensivo, sul tema dell’oggetto del processo introdotto da azioni di impugnativa negoziale<sup>170</sup> o di violazione di doveri comportamentali, che è stato modellato nel tempo per via pretoria.

---

<sup>167</sup> G. TEUBNER, *Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten*, in *Ancilla Iuris*, 2018.

<sup>168</sup> Si pensi alla disciplina italiana in materia di responsabilità civile dei magistrati (Legge Vassalli n. 117/1988, come modificata dalla L. 18/2015), ove prevede i casi di dolo o colpa grave. Tra i casi di colpa grave, la legge in questione menziona la “violazione del diritto dell’Unione Europea”, per tale intendendosi anche il mancato assolvimento dell’obbligo – laddove previsto, alla luce anche della giurisprudenza eurounitaria – di rinvio pregiudiziale alla CGUE nel caso di supposto contrasto tra la norma di diritto interno e la norma di diritto euro-unitario<sup>168</sup>. È evidente dunque che l’algoritmo si troverebbe qui a dover effettuare una valutazione preliminare circa la sussistenza o meno di siffatto contrasto con il diritto dell’Unione; e che l’esito positivo o negativo di tale valutazione sarebbe idoneo ad incidere sull’*an* della responsabilità civile del magistrato. Se sussistono *in apicibus* dubbi, da un punto di vista tecnico-matematico, circa la riproducibilità tecnica di un siffatto ragionamento dubitativo in termini algoritmici, ne discenderebbe che l’errore del sistema di IA non sarebbe mai imputabile a titolo di “colpa grave”.

<sup>169</sup> E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, cit., p. 71, la quale – nel richiamare Calamandrei (P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, II, in *Opere giuridiche*, VII, Roma, ried. 2019, p. 73) evidenzia che «un’applicazione che decide solo in ragione del calcolo percentuale, ovvero di come in passato siano state assunte decisioni simili, se, da una parte garantisce l’uniformità del diritto, dall’altro non è in grado di recepire le evoluzioni delle esigenze sociali».

<sup>170</sup> V. in argomento il recente lavoro di L. PICCININI, *Azioni di impugnativa negoziale e oggetto del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1084 ss.

Ad esempio, in materia di poteri di cognizione e di decisione dell'ACF, è nota<sup>171</sup> la tendenza della giurisprudenza dell'Arbitro stesso ad ampliare l'ambito decisorio anche agli aspetti di accertamento relativi alla validità dell'operazione negoziale al fine di adottare una pronuncia condannatoria al risarcimento del danno dell'intermediario.

Sicché la questione della staticità del quadro normativo di riferimento (e dell'incapacità dell'algoritmo di assicurare un adeguamento alle evoluzioni che rappresentano la manifestazione di particolari esigenze di effettività della tutela), lungi dal rilevare solo sotto il profilo sostanziale, investe direttamente il profilo processuale quanto all'oggetto del giudizio e ai poteri di cognizione e decisione del giudicante.

Inoltre, con riguardo all'arbitrato, è particolarmente avvertito il rischio che l'adozione di algoritmi predittivi possa incrementare fenomeni di *forum shopping*. Infatti, ferme restando le superiori considerazioni in ordine alla scelta del foro a tutela delle categorie protette nelle relazioni negoziali<sup>172</sup>, si osserva che l'arbitrato, quale forma di giustizia privata, si presta già di per sé particolarmente a scelte strategiche della sede della controversia.

A ciò si aggiunga che, sotto questo profilo, la predittività della decisione arbitrale, che consente una vera e propria profilazione dei provvedimenti<sup>173</sup>, potrebbe acuire le pratiche di *forum shopping*, poiché definire come un collegio arbitrale si pone innanzi a un determinato tipo di lite consentirebbe di mappare i collegi arbitrali in base alla loro sensibilità a peculiari categorie di vertenze<sup>174</sup>.

#### **F) Bias cognitivi e valutativi dell'arbitro.**

Infine, sempre a livello di analisi generale, possono evidenziarsi talune criticità in ordine all'imparzialità e l'indipendenza del giudicante. Infatti, in dottrina si sono manifestate perplessità di vario genere<sup>175</sup> sulla reale assenza dell'aspetto emozionale del processo valutativo e decisorio.

---

<sup>171</sup> Come già evidenziato *supra*, Cap. III § 3.2.

<sup>172</sup> V. sul punto *amplius* Cap. I § 3 per quanto riguarda l'arbitrato di consumo.

<sup>173</sup> Così osserva E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, cit., p. 74.

<sup>174</sup> P. BUYLE-A. VAN DEN BRANDEN, *La robotisation de la justice*, in *L'intelligence artificielle et le droit*, a cura di H. JACQUEMIN - A. DE STREEL, Bruxelles, 2017, p. 296 ss.

<sup>175</sup> Per una ricostruzione v. J.M. DE LA JARA-A. INFANTES-D. PALMA, *Machine Arbitrator: Are We Ready?*, cit.. Gli a. escludono la possibilità di ricorrere ad un arbitrato totalmente automatizzato, sottolineando che «*an emotionless arbitrator without empathy and the ability to explain itself would not be able to fully understand the drama of the parties, their intent and the provided meaning besides the written text of the contract and documents*», e, condivisibilmente, optano per una soluzione di automazione parziale, che potrebbe guidare gli arbitri nella ricerca di precedenti, spiegando somiglianze e differenze tra i casi e persino suggerendo possibili argomenti che potrebbero essere utilizzati per la risoluzione della controversia. In questi casi, il sistema non prenderebbe la decisione, ma fungerebbe solo da guida per gli arbitri. In questo scenario, spetterebbe ancora agli arbitri umani riconoscere l'intento delle parti e valutare l'attendibilità e la rilevanza delle prove.

Se, *in votis*, l'implementazione delle soluzioni di AI dovrebbe agevolare l'adozione di decisioni assunte nella prospettiva dell'imparzialità, nell'ottica di una maggiore oggettività nell'applicazione del diritto, invero potrebbe determinare due effetti distorsivi. Infatti, da un lato, il giudicante potrebbe adeguarsi al dato statico, scegliendo di conformarsi all'interpretazione più accolta, dell'altro, invece, egli potrebbe consapevolmente decidere di discostarsi, non tanto perché reputi non corretta la lettura e l'interpretazione maggioritaria, ma per evitare che vengano poste in discussione proprio la sua imparzialità e indipendenza.

Tale problema riporta inevitabilmente alla più generale questione dei *bias*, che si pone in una triplice prospettiva: (i) l'algoritmo correttivo dei *bias*; (ii) i *bias* da algoritmo; (iii) i *bias* dell'algoritmo.

Con riguardo al primo profilo (l'algoritmo correttivo dei *bias*) può osservarsi che sovente i fautori della giustizia predittiva (anche arbitrale) valorizzano le potenzialità degli algoritmi predittivi di neutralizzare i possibili *bias* cognitivi e valutativi del giudicante, in una prospettiva di maggiore obiettività della decisione. L'obiettivo sarebbe realizzato proprio per il tramite di un calcolo matematico rigoroso, che guarda al precedente e che evita influssi emozionali del giudice<sup>176</sup> proprio grazie all'ancoraggio al percorso cognitivo e motivazionale seguito da precedenti giudicanti in casi analoghi.

Da più parti, infatti, si è sostenuto che l'AI rappresenterebbe un rimedio contro l'eccessivo soggettivismo del giudicante, contro le forme di *judicial activism*<sup>177</sup>, nella prospettiva di ri-conferire pienezza al principio della certezza del diritto<sup>178</sup> e dell'oggettiva e uniforme applicazione dello stesso.

Sicuramente l'ausilio delle tecnologie è da apprezzarsi in termini di maggiore "logicità" e coerenza della decisione, posto che non sempre un provvedimento è il risultato di variabili prettamente logiche.

Ciò accade allorquando gli individui, nell'assumere le proprie decisioni non sempre seguono i metodi deduttivi e induttivi, specialmente nelle ipotesi in cui essi risultino essere troppo dispendiosi. Tale atteggiamento determina il sorgere di errori, che possono essere evitati attraverso l'ausilio della tecnologia<sup>179</sup>.

Occorre tuttavia effettuare due ordini di considerazioni.

---

<sup>176</sup> V. in argomento F. VELLA, *Arbitri e giudici che decidono*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 312 ss.

<sup>177</sup> Cfr. J.W. DEAN, *What Exactly Is Judicial Activism? The Charges Made Against the President's Judicial Nominees*, in *FindLaw*, 17 giugno 2005; A. SCHLESINGER, *The Supreme Court: 1947*, in *Fortune magazine*, Vol. XXXV, 1, 1947.

<sup>178</sup> Sia consentito il rinvio, se si vuole, ad A. SIGNORELLI, *L'attivismo giudiziario tra diritti fondamentali e sicurezza giuridica: dal giudice bouche de la loi al giudice law-maker*, in *Les Cahiers Jean Monnet*, 2020, p. 457 ss.

<sup>179</sup> Così E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, cit., p. 75, la quale precisa che il supporto delle nuove tecnologie sarebbe idoneo ad evitare che il giudice faccia ricorso alle c.d. «torbide riserve della memoria», ovvero a rendere più incisivo il divieto di ricorso alla scienza privata da parte del magistrato.

In primo luogo, occorre considerare che l'algoritmo predittivo si basa su delle tecniche di raffronto testuale dei precedenti e, almeno allo stato attuale dell'arte, non è in grado di operare gli opportuni *distinguishing* rispetto a casi analoghi ma in parte diversi. Sicché, vi è il rischio, da un lato, che il giudicante incorra nello stesso *bias* in cui è incorso, *in thesi*, il precedente giudicante in un caso analogo (*bias* a cascata); e, dall'altro, che incorra nel *bias* di considerare valido un precedente che presenti profili di similarità ma che in realtà si differenzia per alcuni aspetti sostanziali.

Per cui, per far sì che l'algoritmo abbia un'efficacia correttiva del *bias* del giudicante occorrerebbe inserire delle impostazioni *by design* dell'algoritmo stesso che, segnalino opportunamente i rischi di decisioni distorte sotto i diversi profili considerati.

In secondo luogo, quanto ai *bias* da algoritmo (*ii*), occorre comunque considerare – *ut supra* evidenziato – che da un lato, l'arbitro potrebbe adeguarsi al dato statico, scegliendo di conformarsi all'interpretazione più accolta, dell'altro, invece, egli potrebbe consapevolmente decidere di discostarsi, non tanto perché reputi non corretta la lettura e l'interpretazione maggioritaria, ma per evitare che vengano poste in discussione proprio la sua imparzialità e indipendenza. In altri termini, l'arbitro incorrerebbe nel *bias* dell'eccessiva fiducia riposta nella tecnologia, in guisa da sostituire in toto il proprio giudizio e percorso valutativo a quello prospettato dalla macchina.

Infine, quanto ai *bias* dell'algoritmo (*iii*), non si può prescindere dalla considerazione che per loro natura, gli algoritmi, presentano un'"attitudine discriminatoria"<sup>180</sup>, perché il *dataset* è frutto degli *input* inseriti dai programmatori e non è onnicomprensivo<sup>181</sup>.

Difatti, nel rispecchiare tanto le impostazioni delle persone che li programmano quanto i dati che processano, riflettono facilmente le discriminazioni latenti in questi e (inevitabilmente) i pregiudizi propri di quelle (che rischierebbero, quando gli algoritmi fossero usati anche in parziale sostituzione dell'attività umana, di influenzare il giudizio)

Infine, si segnala che il problema deriva anche dalla mancata interazione tra le parti e l'organo giudicante. Difatti, come visto *sopra*<sup>182</sup>, anche nelle piattaforme che ricorrono a strumenti algoritmici di risoluzione delle controversie la predisposizione di piattaforme e interfacce, *software* e applicativi, è effettuata *more*

---

<sup>180</sup> Come rileva anche F. SANTAGATA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, cit., che richiama il noto caso dell'utilizzo dell'algoritmo COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), concepito per calcolare il rischio di recidiva e la pericolosità sociale di soggetti sottoposti a procedimenti penali.

<sup>181</sup> Nel duplice senso che i campioni inseriti possono essere "parziali" ovvero frutto di una scelta volutamente selettiva.

<sup>182</sup> V. Cap. IV, § 2 su ODR.



*mathematico*, mediante algoritmi. Il risultato è la realizzazione di percorsi precostituiti, guidati da schemi ipotetici, alternative definite e categorie stabili.

Le più recenti novità riguardano i progressi del cd. *affecting computing*<sup>183</sup>, volto a creare machine che riconoscano, comunichino e simulino emozioni.

Infine, occorre considerare che l'adozione di sistemi automatici di decisione potrebbe non consentire un'adeguata rappresentazione dei pareri e delle considerazioni di tutti i giudici componenti i collegi arbitrali.

Ciò, da un lato, non consente di individuare il componente cui imputare i passaggi motivazionali e decisori della decisione arbitrale, il che potrebbe costituire un significativo ostacolo alla completa efficienza dei sistemi di previsione algoritmica degli esiti delle controversie basati sull'arbitro-persona fisica<sup>184</sup>.

Dall'altro, vi è il rischio di un eccessivo immobilismo delle soluzioni giurisprudenziali, perché l'impiego dell'algoritmo potrebbe non consentire di dar conto e di valorizzare l'autonomia di ragionamento e l'eventuale conseguente eterogeneità di soluzioni proposte tra i membri del collegio arbitrale. In altri termini, non vi sarebbe spazio per le *dissenting opinion*, che in alcuni sistemi di arbitrato<sup>185</sup> è non solo consentita, ma anche auspicata in ragione della rilevanza delle stesse opinioni dissenzienti ai fini dell'impugnazione per annullamento del lodo<sup>186</sup>.

Ad esempio, nell'arbitrato ICSID gli artt. 48, par 4 della Convenzione ICSID e la regola 47 par. 3 delle ICSID Arbitration Rules riconoscono espressamente il diritto di ciascun arbitro di inserire la propria *dissenting opinion* al lodo.

### **G) Riservatezza del lodo.**

Ci sono due aspetti relativi alla questione della riservatezza, ognuno dei quali appare in punti diversi del processo arbitrale: in primo luogo, la questione dell'accesso ai precedenti, vale a dire, lodi arbitrali, durante la fase di preparazione, in particolare nella preparazione delle memorie scritte da parte degli avvocati; e in secondo luogo, la questione dell'*input* esterno necessario per far funzionare le tecnologie durante i procedimenti.

Il primo aspetto, relativo dunque al tema della trasparenza del processo arbitrale (e della disponibilità/pubblicità del suo esito, *i.e.* del lodo) è sicuramente di maggior rilievo con riguardo all'arbitrato commerciale e agli arbitrati o procedimenti para-arbitrali nazionali (sia *ad hoc* sia amministrati), in quanto in questi ultimi i lodi sono

---

<sup>183</sup> V. A. PAIVA–C. MARTINHO, *Affect in Interactions. Towards a New Generation of Computer Interfaces*, Berlino–New York, 2000.

<sup>184</sup> È il caso, già richiamato, di *Arbitrator Research Tool* (ART).

<sup>185</sup> V. *infra* nel testo per arbitrato ICSID.

<sup>186</sup> È noto che le *dissenting opinion* non influenzano l'*iter* logico o il risultato finale del lodo, e non rilevano ai fini dello *stare decisis*. Tuttavia, alcuni autori ritengono che le opinioni dissenzienti abbiano qualche effetto su un lodo che esprime il diritto internazionale consuetudinario, oltre ad essere rilevanti per le richieste di annullamento.

solitamente riservati<sup>187</sup>, a differenza della maggior parte degli arbitrati sui trattati di investimento, e a causa della decentralizzazione maggiormente spiccata.

Si è osservato<sup>188</sup> infatti che sinora l'ostacolo all'uso dell'IA per intraprendere ragionamenti e analisi più sofisticate ha investito il requisito dell'estrazione manuale e dell'organizzazione dei dati inseriti dagli esseri umani, ma la *text analysis* ad oggi consente l'estrazione automatica delle informazioni. Presupposto imprescindibile, tuttavia, è che i dati da cui le informazioni vengono estratte – in questo caso i lodi arbitrati – siano disponibili per essere analizzati<sup>189</sup>.

Fermo restando che la piena disponibilità delle decisioni arbitrali è sempre stata ampiamente auspicata dalla dottrina<sup>190</sup> anche prima e a prescindere dal coinvolgimento dell'AI, occorre considerare una piena e completa accessibilità del lodo arbitrale gioverebbe maggiormente – in punto di efficacia ed efficienza dell'impiego dei sistemi di AI – rispetto ad analoghe procedure applicate alle decisioni dei giudici nazionali. Ciò in ragione del fatto che per loro struttura i lodi contengono un insieme di informazioni circa le questioni sostanziali, processuali e istruttorie maggiormente dettagliate, mentre le decisioni dei giudici statali, seppur contenenti la riassunzione in fatto e in diritto dei termini della controversia, sovente non danno conto della complessità della medesima.

---

<sup>187</sup> Una delle caratteristiche dell'arbitrato commerciale internazionale è che i lodi arbitrati nei casi commerciali non vengono pubblicati. Al contrario, nell'arbitrato tra investitori e Stati ICSID – così come nell'arbitrato marittimo della *Society of Maritime Arbitrators* (SMA), e nell'arbitrato sportivo della *Court of Arbitration for Sport* (CAS) – in molti casi vengono pubblicati lodi non riservati. Infatti, nell'arbitrato ICSID il Segretario stesso incoraggia attivamente le parti a consentire alla pubblicazione del lodo; di fatto, la maggioranza dei lodi è disponibile integralmente sul sito web dell'ICSID.

La Corte Internazionale di Arbitrato dell'ICC (ICC), il Centro Internazionale per la Risoluzione delle Controversie (ICDR), il Centro Internazionale di Arbitrato di Singapore (SIAC), la Camera di Commercio di Stoccolma e la Camera Arbitrale di Milano pubblicano versioni ridotte di lodi selezionati, di solito con il consenso delle parti e con l'autorizzazione del tribunale, e in genere con l'omissione dei nomi dell'arbitro, delle parti e dei consulenti legali, e la ICC pubblica riassunti dei casi escludendo anche i nomi delle parti e degli arbitri e ha iniziato a pubblicare separatamente i nomi degli arbitri che siedono nei loro casi. La LCIA e la Camera di Stoccolma, tra le altre, pubblicano alcune decisioni "selezionate", tra cui le decisioni sulle rikusazioni degli arbitri con i nomi delle parti, dei consulenti e degli arbitri esclusi. V. in argomento AA.VV., *Arbitrato e riservatezza*, a cura di R. SALI-A. MALATESTA, Padova, 2011.

<sup>188</sup> K. PAISLEY-E. SUSSMAN, *Artificial Intelligence Challenges and Opportunities for International Arbitration*, cit., pp. 37-38. Gli a. osservano che la mancanza di una serie di dati facilmente accessibili, il processo decisionale decentralizzato e altre caratteristiche dell'arbitrato internazionale possono aumentare i costi iniziali e in corso e il tempo richiesto per usare l'AI al fine di prevedere i risultati dei procedimenti arbitrali.

<sup>189</sup> Evidenza bene tale necessità K.D. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*, cit., p. 5, il quale osserva che: «*in a cognitive computing paradigm ... the knowledge is embodied in the corpus of the texts from which the program extracts candidate solutions or solution elements and ranks them in terms of their relevance to the problem. This assumes of course that an available corpus of texts contains information relevant to the type of problem*».

<sup>190</sup> Cfr. A. MOURRE, *Giurisprudenza arbitrale e confidenzialità nell'arbitrato internazionale*, in *Arbitrato e riservatezza*, a cura di R. SALI-A. MALATESTA, Padova, 2011, p. 59;

Un modo per superare il problema dell'accessibilità è quello di accedere alle informazioni direttamente attraverso le istituzioni arbitrali. Il crescente bisogno di informazioni contenute nei lodi arbitrali ha anche portato diverse *legaltech* a iniziare a sviluppare banche dati che forniscono informazioni relative all'arbitrato. Per esempio, la *legaltech Dispute Resolution Data*<sup>191</sup> ha costruito il suo database di giurisprudenza con la cooperazione di venti istituzioni arbitrali. Per evitare qualsiasi problema di riservatezza, le istituzioni arbitrali caricano loro stesse i dati, assicurandosi che i nomi delle parti e altri dettagli sensibili rimangano confidenziali.

Invece *Arbitrator Intelligence*<sup>192</sup> metterà a disposizione le risposte a sondaggi dettagliati da completare da parte degli utenti dell'arbitrato che riferiranno le loro esperienze con specifici arbitri.

Infine, *Global Arbitration Review Arbitrator Research Tool (GAR ART)*<sup>193</sup> fornisce informazioni sui singoli arbitri che includono le risposte degli stessi arbitri sulle loro preferenze e pratiche procedurali, oltre a fornire i nomi degli avvocati che sono comparsi davanti all'arbitro e dei componenti di un determinato collegio arbitrale.

Il secondo aspetto legato alla riservatezza è che ogni ricorso alle tecnologie digitali o all'intelligenza artificiale implica qualche *input* esterno, il che significa che alla fine, esseri umani esterni al procedimento arbitrale programmeranno e gestiranno queste tecnologie.

Anche se la maggior parte delle giurisdizioni non prevede espressamente un obbligo di riservatezza che circonda il processo arbitrale, la maggior parte dei commentatori concorda sul fatto che qualche dovere generale di riservatezza è implicito in una convenzione arbitrale. È anche orientamento generale che i documenti prodotti nei procedimenti arbitrali siano riservati.

In quanto tale, è consigliabile che un tribunale arbitrale affronti la questione all'inizio del procedimento al fine di scegliere metodi che preservino la riservatezza del processo e dei documenti.

Non può, infatti, non considerarsi anche il profilo della tutela dei dati personali delle parti interessate nei procedimenti arbitrali. Si pone, pertanto, un'esigenza di delicato bilanciamento tra la tutela della privacy delle parti e la necessità di pubblicare (o comunque di rendere facilmente accessibili) le decisioni arbitrali per consentire di sviluppare a pieno le potenzialità offerte dall'AI<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> V. in argomento B. CANADA-D. SLATE-B. SLATE, *A Data-Driven Exploration of Arbitration as a Settlement Tool: Does Reality Match Perception?*, in *N.Y. Disp. Resol. Law.*, Vol. 11, Issue 1, 2018, p. 45 ss.

<sup>192</sup> V. in argomento C.A. ROGERS, *Arbitrator Intelligence: From Intuition to Data in Arbitrator Appointments*, in *N.Y. Disp. Resol. Law.*, Vol. 11, Issue 1, 2018, p. 41 ss.

<sup>193</sup> V. in argomento D. SAMUELS, *The Unusual Suspects—Easier to Find with GAR's ART*, in *N.Y. Disp. Resol. Law.*, Vol. 11, Issue 1, 2018.

<sup>194</sup> . Tuttavia, anche se i nomi delle parti e di qualsiasi persona fossero omessi, la capacità predittiva dell'IA sarebbe notevolmente migliorata se i lodi fossero disponibili con la motivazione

### 3.2. Considerazioni conclusive.

Le considerazioni svolte con riguardo all'automazione algoritmica dell'arbitrato consentono, infine, di effettuare alcune riflessioni di teoria generale e alcune di specifico riferimento alla tutela dei diritti delle parti deboli nelle relazioni contrattuali.

Dall'analisi condotta emerge che l'intelligenza artificiale ha il potenziale non solo di ridurre i tempi e i costi della risoluzione delle controversie, ma, aumentando la prevedibilità delle decisioni arbitrali e riducendo il rischio di errori valutativi, consente anche di scoraggiare le iniziative processuali poco (o del tutto non) fondate, nonché di agevolare ed incentivare tentativi di risoluzione anticipata della controversia.

Per altro verso, come illustrato, varie e diverse sono le preoccupazioni circa l'impatto che l'intelligenza artificiale avrà sui processi decisionali e sull'accesso alla giustizia, in dipendenza di una pluralità di variabili: alcune sfide riguardano il tema dell'incertezza del giudizio arbitrale, altre invece sono strettamente correlate alle caratteristiche dell'arbitrato.

In generale, si è osservato che le nuove frontiere contemplano l'espansione dell'uso dell'IA per analizzare i lodi arbitrali per sviluppare (o addirittura simulare) i percorsi di ragionamento e di valutazione in sede di interpretazione e applicazione delle norme, al fine di fornire consigli ragionati sugli esiti delle precedenti controversie, cioè di come gli arbitri hanno deciso le questioni e come sono stati liquidati i danni.

Questo significa che, per esempio, l'IA offre il potenziale di prevedere i risultati in anticipo, tra cui, per esempio: probabilità di successo in una controversia in generale, e con un particolare decisore; probabile costo del lodo, fatti relativi agli avvocati della controparte, compresa la loro esperienza in particolari questioni e di fronte a particolari decisori.

Quando si realizzeranno, il beneficio comune in tutti questi usi più avanzati dell'IA per prevedere i risultati nell'arbitrato è che ridurranno l'incertezza insita in qualsiasi processo di risoluzione delle controversie. Mentre ci sono ovviamente altri fattori non economici in gioco nelle controversie, ridurre l'incertezza sul risultato ridurrà sia il perseguimento di rivendicazioni infondate che permetterà di risolvere le controversie più rapidamente quando si presentano, con il conseguente impatto economico e sociale positivo.

In particolare, i vantaggi dell'implementazione di soluzioni di AI si indirizza verso la possibilità per le parti di scegliere gli arbitri in base ai probabili risultati; scegliere le argomentazioni giuridiche che hanno più probabilità di avere successo con quegli

---

completa e i nomi degli arbitri, dei consulenti e degli esperti, che in genere potrebbero dare il loro consenso in via anticipata alla divulgazione.

arbitri; ridurre i tempi e i costi della ricerca legale e dell'analisi dei dati, e pianificare budget più realistici.

La possibilità di usufruire di tali benefici è tuttavia subordinata ad un'accessibilità delle nuove infrastrutture da parte non solo degli esperti del settore, *i.e.* i difensori tecnici e gli arbitri, ma anche dalle stesse parti controvertenti.

Tale conclusione appare particolarmente suggestiva nel caso in cui vengano in rilievo rapporti asimmetrici. Infatti, se fosse negata l'accessibilità ai non-esperti, il rischio è quello di incrementare, anziché smorzare, il già fisiologico disallineamento tra le parti, in ragione del fatto che il gap tecnologico andrebbe solamente ad amplificare le asimmetrie informative tra le parti. Tale assunto è ancor più vero là dove si consideri che sovente le controparti "forti" in un rapporto negoziale dispongono di maggiori risorse economiche (e non solo) per accedere a sistemi intelligenti in grado di calcolare i termini di possibili future controversie.

Inoltre, l'accessibilità anche alle parti "deboli" del rapporto negoziale consentirebbe paradossalmente di svolgere un'importante funzione deflattiva del contenzioso, siccome permetterebbe loro di avere una cognizione più rapida dei problemi (potenziali) correlati al contratto che si accingono a stipulare. In altri termini, come si è avuto modo di precisare, la predisposizione di sistemi di AI può fungere da ausilio come deterrente delle controversie, coadiuvando le parti a ricercare la migliore soluzione e ad evitare di incorrere in determinati errori in sede stragiudiziale.

Appare dunque preliminare comprendere come si svilupperà l'IA e se le soluzioni di implementazione intraprese saranno in grado di favorire o limitare la partecipazione, guardando, da un lato, ai soggetti legittimati all'accesso alle soluzioni di "arbitrato predittivo" (e/o alle condizioni legittimanti l'accesso) e, dall'altro, ai costi per l'accesso.

Alcuni degli interrogativi che ruotano attorno al tema dell'accesso riguardano tuttavia anche i potenziali utilizzi distorsivi, connessi magari alla disponibilità dei dati da parte dei *third party funder*. Non solo, ci si chiede se l'accesso ai lodi e ad altri macro-dati arbitrari sarà aperto o chiuso, e quale sarà l'impatto sulla protezione dei dati personali delle parti coinvolte.

Per altro verso, le sfide di cui ci si occupa includono questioni riguardanti la riservatezza, il giusto processo, il ruolo dell'arbitro e la potenziale diminuzione della flessibilità.

Infine e in via del tutto generale, probabilmente sono da accogliere le considerazioni di chi ritiene che la funzione degli algoritmi possa essere quella di ausilio e di supporto, anziché di totale sostituzione agli arbitri<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> In questa prospettiva, con riguardo al processo statale, osserva A. PUNZI, *Diritto in formazione*, Torino, 2018, p. 157 ss., che sussiste una «contaminazione tra l'uomo e la macchina» e alla luce di ciò qualifica la macchina come «un novello Socrate che, senza sovrapporsi al suo interlocutore [rectius il giudice], ma anzi svolgendo la funzione di "levatrice", lo aiuti a far uscire da sé la risposta più razionale da fornire in relazione al caso concreto».

Tuttavia, rispetto al giudizio statale, l'implementazione delle nuove tecnologie di AI a livelli di cooperazione elevata rispetto al processo arbitrale appare maggiormente prospettabile: sia per la “doppia anima” del processo arbitrale – inteso sia come processo sia come procedimento, sia per l'innegabile (anche alla luce della riconosciuta natura e funzione paragiurisdizionale dell'arbitrato rituale) connotazione privatistica dell'arbitrato quale strumento di risoluzione delle controversie.

Se, dunque, gli algoritmi di AI sono stati impiegati nei diversi settori privatistici a livello di diritto sostanziale (basti pensare ai richiamati *smart contracts*), non si vede per quale ragione non se ne possa avallare (oltre che auspicare) una virtuosa integrazione anche nei sistemi di risoluzione delle controversie di stampo privatistico, alternativi alla giurisdizione statale.

#### 4. L'arbitrato e il *Fintech*.

Il dibattito sul tema della tutela – sostanziale e processuale – dei clienti e degli investitori ha acquisito una nuova dimensione a seguito della riconfigurazione del mercato finanziario.

La rivoluzione digitale degli ultimi anni ha profondamente inciso sul settore finanziario, predisponendo l'*humus* fertile per la nascita del fenomeno *Fintech*<sup>196</sup> e per la repentina diffusione di sistemi basati sulle nuove tecnologie per fornire servizi diretti ed innovativi.

Lo sviluppo tecnologico e l'affermazione della *platform economy* hanno profondamente inciso sull'assetto e la struttura dei mercati esistenti. In particolare si è assistito e si sta assistendo a significative modifiche nella configurazione degli operatori, nella capacità di scelta dei consumatori e nel *design* dei rapporti economici.

Nel presente paragrafo si vorranno indagare le potenzialità dell'impiego dell'arbitrato nei rapporti finanziari, con riferimento ai profili dell'innovazione tecnologica dettata dal *Fintech*.

---

<sup>196</sup> Secondo il Financial Stability Board (2017) «*Fintech is defined as technology-enabled innovation in financial services that could result in new business models, application, process or products with an associated material effect on the provision of financial services*». Lo sviluppo dimensionale delle nuove imprese *Fintech* è particolare e diverso rispetto a quello degli *incumbent*: grazie alla loro operatività *cross border*, assicurata dall'impiego di canali digitali, le *Fintech* mirano a strategie di crescita non solo interne, ma soprattutto esterne. V. in argomento D.W. ARNER-J.A. BARBERIS-R.P. BUCKLEY, *The Evolution of Fintech: a New Post-crisis Paradigm?*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2016, p. 1271 ss.; G. FALCONE, *Tre idee intorno al c.d. “Fintech”*, in *Riv. dir. banc.*, II, 2018, p. 351 ss.; M.T. PARACAMPO, *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017, p. 3 ss..

Il *focus* sarà rivolto verso i rapporti asimmetrici tra i *new players* del settore dei servizi finanziari e i clienti digitali.

Una precisazione preliminare si rende opportuna, al fine di inquadrare correttamente la trattazione nel presente paragrafo rispetto a quanto già specificato nel precedente capitolo riguardo al rapporto asimmetrico intermediario-cliente e strumenti processuali di tutela stragiudiziale.

Si è visto nel precedente capitolo che nella complessiva valutazione delle tecniche di tutela processuale delle posizioni sostanziali asimmetriche nei rapporti intermediario-cliente vi sono alcune variabili che concernono le qualifiche soggettive delle parti<sup>197</sup>, le tipologie di rapporti di investimento che vengono in rilievo.

Partendo quindi da quanto analizzato in precedenza nel contesto del rapporto asimmetrico incumbent tradizionale vs. cliente “analogico”, si vorrà indagare l’effetto dell’introduzione di un’ulteriore variabile, rappresentata dall’innovazione tecnologica.

Infatti, l’irrompere del digitale, sotto il profilo sostanziale, ha alterato i rapporti soggettivi tra le parti nel settore bancario e finanziario, introducendo un nuovo concetto di “intermediazione finanziaria”, se non di vera e propria disintermediazione.

Sul versante processuale, è dunque forte l’esigenza che il sistema recepisca e sia in grado di fronteggiare i mutamenti sostanziali intervenuti mediante uno strumentario idoneo.

Pertanto, nel presente paragrafo si vorranno indagare le potenzialità dell’impiego dell’arbitrato nei rapporti B2C, con riferimento ai profili dell’innovazione tecnologica dettata dal *Fintech*.

#### **4.1. Le evoluzioni del mercato finanziario e l’avvento del *Fintech*.**

Il connubio tra le attività finanziarie e l’innovazione tecnologica, che ha attraversato diverse fasi storiche<sup>198</sup>, ha portato ad un profondo mutamento dell’industria finanziaria del nuovo millennio: cambiano i *players*, cambiano le tipologie di servizi di investimento offerti, cambiano le modalità di fruizione, cambiano i rapporti tra i professionisti e i clienti.

Il processo di efficientamento dei modelli di *business* finanziari tradizionali mediante la cd. finanza tecnologica si è tradotto in una pluralità di nuovi approcci ai prodotti e ai servizi finanziari, sia dal lato dell’offerta sia dal lato della domanda.

---

<sup>197</sup> V. *supra*, Cap. II, § 1.

<sup>198</sup> Per un’efficace ricostruzione dell’*iter* storico di evoluzione della tecnofinanza dal *Fintech* 1.0. al *Fintech* 3.0. v. D.W. ARNER-J.A. BARBERIS-R.P. BUCKLEY, *The Evolution of Fintech: a New Post-crisis Paradigm?*, cit., p. 1271 ss.

Dal lato dell'offerta, il digitale sta rimodellando e trasformando le strutture organizzative e le strategie manageriali delle imprese<sup>199</sup>: se, da un lato, gli intermediari finanziari tradizionali si trovano a dover mutare il paradigma di *business* onnicomprensivo e rigido, andando incontro ai costi di transizione da un sistema "analogico" ad un mondo di finanza digitale, dall'altro lato l'implementazione della tecnologia consente l'abbassamento dei costi di produzione e di informazione e delle barriere all'entrata del settore finanziario, facilitando l'ingresso di nuovi *player* nel settore e incrementando la disintermediazione finanziaria<sup>200</sup>.

Di conseguenza, l'attuale scenario dell'industria finanziaria, plasmato dalla digitalizzazione, si caratterizza per forme di intermediazione indiretta e diretta<sup>201</sup> nell'attività di prestazione di servizi finanziari agli investitori: accanto ai tradizionali *incumbent*, si collocano oggi le imprese "Fintech", che propriamente offrono prodotti e servizi finanziari servendosi della tecnologia quale fattore di produzione, che rivestono il ruolo di *competitor*, e le imprese "Tech", che operano invece nel settore tecnologico offrendo servizi strumentali e funzionali alle attività finanziarie, e che pertanto si affiancano in qualità di *partner* agli intermediari finanziari<sup>202</sup>. *In medias res* si collocano poi le imprese "Techfin"<sup>203</sup>, nate

---

<sup>199</sup> V. D. SICLARI, *La tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari. Spunti di riflessione*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs, Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 27, il quale osserva che la disintermediazione conseguente al Fintech può far venir meno molti dei presupposti di fatto di quelle tutele che il nostro ordinamento appresta al momento a favore dei clienti degli intermediari, quali le modalità di trasparenza che si richiedono a chi entra in contatto con la clientela, le modalità di valutazione adeguata della clientela, le modalità di consulenza alla clientela: «*queste forme di tutela sicuramente saranno tutte rimodificate e riviste con l'avanzare e con il posizionarsi di tutti gli intermediari (anche quelli bancari più tradizionali) verso modalità di offerta FinTech*».

<sup>200</sup> V. M. CARNEY, *The Promise of FinTech – Something New Under the Sun?*, in *Deutsche Bundesbank G20 conference on "Digitising finance, financial inclusion and financial literacy"*, 2017; G.P. LA SALA, *Intermediazione, disintermediazione, nuova intermediazione: i problemi regolatori*, in *Diritto del FinTech*, a cura di M. CIAN-C. SANDEI, Padova, 2020, p. 3 ss.; G. PITRUZZELLA, *Fintech e i nuovi scenari competitivi nel settore finanziario-credizio e assicurativo*, in *Fintech: diritti, concorrenza, regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*, a cura di G. FINOCCHIARO-V. FALCE, Torino, 2019.

<sup>201</sup> L'intermediazione diretta, a differenza dell'attività di intermediazione indiretta tradizionalmente svolta dalle banche, dovrebbe assicurare una perfetta coincidenza tra domanda e offerta quanto alla natura dei prodotti e servizi finanziari, alla durata delle operazioni di finanziamento, alla remunerazione pattuita e al rimborso.

<sup>202</sup> Mentre per le *Fintech* la tecnologia rappresenta solo un fattore produttivo, per le imprese *Tech* la produzione è incentrata su *tools* tecnologici, quali piattaforme e infrastrutture adoperate dalle imprese *Fintech* e *Techfin* per l'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria. Tra le attività strumentali hanno un particolare rilievo quelle connesse al *Data management*, ai *Big data*, alla *Blockchain* e alla *DLT*, all'*artificial intelligence*, alla *compliance* e alla *cybersecurity*. V. in argomento: D.A. ZETSCHE-R.P. BUCKLEY-D.W. ARNER-J.N. BARBERIS, *From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance*, in *European Banking Institute Working Paper Series*, 2017, p. 6.

<sup>203</sup> Ne sono esempi Google, Amazon, Paypal, Apple che hanno implementato servizi finanziari all'interno delle loro piattaforme; le TechFin, sulla base dei dati raccolti sui propri clienti per altri fini commerciali, effettuano una rielaborazione delle informazioni per fornire servizi finanziari (big



originariamente come imprese *Tech* e che successivamente hanno esteso la loro attività ricomprendendo la prestazione di servizi finanziari e così inserendosi nel mercato dell'intermediazione finanziaria<sup>204</sup>.

Le imprese *Fintech*<sup>205</sup> sono oggi in grado di offrire una vasta gamma di servizi di finanziamento, pagamento, investimento, il tutto con un alto contenuto tecnologico e prezzi competitivi rispetto ai *player* tradizionali: la modularizzazione delle attività finanziarie, la diversificazione dei servizi e dei prodotti finanziari, la moltiplicazione dei canali di intermediazione diretta (approccio omnicanale) garantiscono loro di operare secondo strutture più snelle e agili rispetto a quelle degli *incumbent*.

In questa prospettiva, l'innovazione tecnologica può rappresentare un “*disruptive factor*”<sup>206</sup> per la tradizionale industria finanziaria, poiché vengono erose le tradizionali barriere all'entrata tipiche dell'ambito finanziario, dovute alla scarsità di informazioni o alla necessità di effettuare ingenti investimenti, con la conseguenza di potenziali minacce per gli operatori finanziari regolamentati<sup>207</sup>.

Ne emerge una rinnovata fisionomia della contrattazione finanziaria, connotata da pluralità ed eterogeneità soggettiva (per quanto detto *supra*) e soprattutto oggettiva, che investe i settori del credito e dei servizi di pagamento.

Specificatamente, con riferimento alla prima categoria, le principali novità riguardano le attività di reperimento delle risorse finanziarie (forme di *equity based financing*, quali il *crowdfunding*, e forme di *debt financing*, come il *peer-to-peer lending*), i servizi di rendicontazione e riscossione del credito e servizi di sottoscrizione del flusso di cassa, l'accesso a prestiti *online* a categorie protette e specifiche nonché a prestiti finalizzati all'acquisto di *res* immobili e mobili registrati, attività e servizi di *trading*, di gestione finanziaria e di consulenza finanziaria.

---

data): v. D.A. ZETSCHE-R.P. BUCKLEY-D.W. ARNER-J.N. BARBERIS, *From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance*, cit., p. 6. Per semplicità espositiva, nel corso della trattazione il termine “*Fintech*” verrà impiegato con riferimento sia alle imprese *Fintech* sia alle imprese *Techfin*.

<sup>204</sup> Ne discende l'obbligo di queste imprese di assicurare una gestione di intermediari e mercati finanziari corretta, sana, prudente ed efficiente, nonché di tutelare la clientela e salvaguardare la stabilità sistemica: cfr. M. CAVALLO-M.L. MONTAGNANI, *L'industria finanziaria tra FinTech e TechFin. Prime riflessioni su Blockchain e Smart contract*, in *Fintech: diritti, concorrenza, regole: le operazioni di finanziamento tecnologico*, a cura di G. FINOCCHIARO-V. FALCE, Torino, 2019.

<sup>205</sup> V. G. ALPA, *Fintech: un laboratorio per i giuristi*, in *Contratto e impresa*, 2, 2019, p. 377 ss.

<sup>206</sup> Per le prime riflessioni sulle cd. “*disruptive innovations*” si vedano J.L. BOWER-C.M. CHRISTENSEN, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, in *Harvard Business Review*, 1995, p. 43 ss.

<sup>207</sup> La survey di Accenture del 2016 su “*Fintech and the Evolving Landscape: Landing Points for the Industry*” mostra la concentrazione di *deal* realizzati nelle aree interessate dal *Fintech*. La maggior parte degli investimenti effettuati in aree di possibile competizione con gli intermediari finanziari tradizionali sono indirizzati al settore dei pagamenti, dei prestiti, e in misura minore, ai depositi e al *wealth management*: [https://www.accenture.com/t20161011t031409z\\_w\\_us-en/\\_acnmedia/pdf-15/accenture-fintech-evolving-landscape.pdf](https://www.accenture.com/t20161011t031409z_w_us-en/_acnmedia/pdf-15/accenture-fintech-evolving-landscape.pdf)

Anche il mercato dei servizi di pagamento ha conosciuto significative accelerazioni grazie alle continue innovazioni tecnologiche e agli importanti cambiamenti legislativi conseguenti all'entrata in vigore della Direttiva 2015/2366/UE (PSD2) che rappresenta una potenziale fucina per la creazione di innovativi servizi e prodotti di transazionali sempre più in linea con la digitalizzazione ed evoluzione della clientela<sup>208</sup>. Così, accanto ai servizi di *internet banking* e di *mobile payment* si sono incardinati ai servizi di trasferimento di valuta sia legale sia virtuale, servizi di disposizione di ordini di pagamento e servizi di informazione sui conti.

Dal lato della domanda, l'ecosistema finanziario si presenta oggi estremamente complesso e frammentato perché chiamato a rispondere ad una richiesta di servizi finanziari differenziata in base a diverse variabili di carattere oggettivo e soggettivo che influenzano le scelte di investimento: il livello di conoscenza e competenza finanziaria, la propensione tecnologica, fattori relativi al *background* individuale, la cd. *financial self-efficacy*, le preferenze sociali, ma soprattutto la nuova dimensione assunta dalla fiducia riposta negli operatori finanziari che rappresenta l'elemento connotativo dello specifico settore di mercato analizzato.

Il *Fintech* è potenzialmente in grado di offrire un insieme di vantaggi per gli investitori<sup>209</sup>, che riguardano prospettive di riduzione dei costi di transazione, di promozione dell'inclusione finanziaria, di miglioramento della gestione delle risorse economiche e finanziarie, di maggiore rapidità e facilità di accesso ai servizi di investimento, di costruzione ponderata della ricchezza, di differenziazione e personalizzazione<sup>210</sup> dei prodotti finanziari, di maggiore semplificazione.

Se la funzione propria dei servizi di investimento nell'economia reale è rimasta inalterata, la tecnofinanza e la *Big Data Analytics* stanno cambiando il modo in cui le attività finanziarie vengono poste in essere, recando seco anche possibili conseguenze svantaggiose o attraendo esternalità negative<sup>211</sup>, *prima facie* non evidenti o obnubilate dalle paventate opportunità<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> Per una panoramica generale del fenomeno si veda, da ultimo, M.C. PAGLIETTI-M.I. VANGELISTI, *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento di interessi nella PSD2*, Roma, 2020.

<sup>209</sup> V. L. SAUNDERS, *Fintech and consumer protection: a snapshot*, Report on National Consumer Law Center, 2019, disponibile al seguente link: <http://bit.ly/2Tx9BmG>.

<sup>210</sup> L'uso di dati personalizzati, informazioni e *feedback* in tempo reale e strumenti automatizzati di interazione con i clienti promettono di aiutare i fornitori a progettare prodotti e servizi intorno al singolo consumatore.

<sup>211</sup> Le principali preoccupazioni vanno dai rischi per la tutela della *privacy* alla sicurezza informatica, dalla gestione dei dati per la profilazione alle conseguenze dell'accessibilità geografica disomogenea, dai meccanismi di distribuzione sperequata dei costi dell'innovazione, sino al tema centrale – oggetto di trattazione – della tutela dell'investitore.

<sup>212</sup> Il che ha giustificato l'approccio cauto delle autorità regolatorie, europee e internazionali di settore, e il proliferarsi di iniziative come le c.d. *regulatory sandbox* e i *digital innovation hub* che cercano, per l'appunto, di agevolare lo sviluppo di start-up e servizi innovativi creando momenti di dialogo con le autorità di vigilanza di settore: cfr. F. MATTASOGLIO, *Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2018, p. 229.

Provando ad enucleare e sintetizzare il processo di trasformazione che in atto, può rilevarsi che: *i*) si è verificato un significativo cambiamento nell'offerta di beni e servizi finanziari, posto che un unico soggetto sempre più spesso è in grado di fornire molteplici servizi; *ii*) si riscontra una maggiore difficoltà ad individuare un mercato di riferimento per gli operatori *Fintech*; *iii*) i consumatori sono sempre più orientati verso i servizi offerti dai multi-operatori per i vantaggi economici che possono garantire e per la possibilità di avere a disposizione più servizi interagendo con un unico operatore.

A fronte dei prospettati mutamenti, si sono palesate esigenze di tutela rafforzata, diversificata e, al contempo, ad ampio spettro, al fine di consentire di ricomprendere l'eterogeneità delle fattispecie e delle operazioni che possono far capo ai nuovi *players* dei mercati finanziari digitali.

## 4.2. La tutela rafforzata nel settore *Fintech*.

La riconfigurazione del mercato, mediante la “disintermediazione” degli intermediari, ha determinato un profondo mutamento dei rapporti fra intermediari e clienti<sup>213</sup>; il che ha posto l'interrogativo circa perdurante efficacia ed effettività dello strumentario giuridico approntato dall'ordinamento giuridico nazionale ed europeo a tutela dell'investitore, in ragione delle specificità dell'ecosistema di negoziazione *Fintech*.

Il dibattito dottrinale sul tema *Fintech* degli ultimi anni si è orientato sull'analisi dei profili sostanziali di tutela, anche in ragione dell'impiego di algoritmi complessi<sup>214</sup>, che si avvalgono di tecniche di *machine learning* e intelligenza artificiale, in sostituzione del giudizio umano.

In questa sede di analisi si tenterà invece di offrire una prospettiva di analisi dell'impatto della tecnofinanza dall'angolo di visuale della tutela arbitrale dell'investitore.

Infatti – come evidenziato nei capitoli precedenti– nell'analisi economica dell'arbitrato il riferimento teorico ai costi di transazione relazionati al costo-beneficio nel contesto dell'utilizzazione dell'istituto arbitrale, rappresenta un importante sistema di incentivi. Si è visto che alcune regole procedurali, regole di funzionamento e prassi applicative degli istituti arbitrali fanno sì che l'arbitrato si trasformi in un'alternativa praticabile con la possibilità di riduzione dei costi di transazione e di un maggiore equilibrio nelle relazioni negoziali.

---

<sup>213</sup> V. D. SICLARI, *La tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari. Spunti di riflessione*, cit. p. 27.

<sup>214</sup> V. M.T. PARACAMPO, *FinTech tra algoritmi, trasparenza e algo-governance*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, vol. 2, 2019, p. 213 ss.

Ma come cambiano questi risultati, già indagati nei precedenti capitoli, a fronte del maggiore rischio derivante dal sistema di negoziazione in *Fintech*?

La riflessione sarà guidata dalla teoria del *decision making* e dagli spunti offerti dalla *consumer behavior analysis*, per verificare l'incidenza della digitalizzazione dei servizi finanziari – *in votis* finalizzata all'esigenza di promuovere l'utilizzo di strumenti di investimento e di pagamento più efficienti ed affidabili – sul problema delle asimmetrie informative e sui *bias* comportamentali, per verificare se la risoluzione delle controversie scaturenti mediante arbitrato possa considerarsi ancora un'alternativa valida e *investor-friendly*.

A tal fine, sarà necessaria una prima ricognizione dei rischi nella negoziazione nell'ecosistema *Fintech* dalla prospettiva dell'investitore per poi individuare le implicazioni della tecnofinanza sul sistema delle tutele.

### 4.3. I rischi nell'ecosistema di negoziazione *Fintech*.

Il corretto inquadramento della questione della protezione dell'investitore nell'ecosistema *Fintech* non può prescindere dalla considerazione delle difficoltà di tracciare delle coordinate unitarie nell'intersezione dei tre sistemi concentrici, rappresentati dai mercati finanziari, dall'innovazione tecnologica e dallo statuto protezionistico dell'investitore.

Da tale congiuntura emergono una serie di interrogativi circa la perdurante validità ed efficienza dei tradizionali strumenti di tutela approntati dalla disciplina unionale e nazionale a fronte di una triplicità di fattori di rischio esistenti nell'ecosistema *Fintech*: il rischio di fiducia, il rischio della contrattazione a distanza e il rischio digitale.

Il punto di partenza dell'analisi delle conseguenze della digitalizzazione finanziaria sul sistema di *investor protection* muove dalla considerazione dei prodotti finanziari come *credence goods*<sup>215</sup>, ossia alla stregua di beni non suscettibili di fruizione mediante le *skill* e le conoscenze del consumatore medio, anche dopo l'acquisto; il pieno apprezzamento e godimento dei prodotti e servizi finanziari piuttosto richiede

---

<sup>215</sup> L'espressione "*credence goods*" (beni di fiducia) è stata introdotta da M. DARBY-E. KARNI, *Free Competition and the Optimal Amount of Fraud*, in *Journal of Law and Economics*, 1973, vol. 16, issue 1, pp. 67-88. La letteratura economica conosce la tassonomia di beni di ricerca, beni di esperienza, beni di fiducia, beni relazionali e beni posizionali. V. anche, in argomento, F. GOTTSCHALK, *What characterizes Credence Goods? A critical look at the literature*, in *SSRN Electronic Journal*, 12 febbraio 2018; U. DULLECK-R. KERSCHBAMER-M. SUTTER, *The Economics of Credence Goods: An Experiment on the Role of Liability, Verifiability, Reputation, and Competition*, in *American Economic Review*, vol. 101(2), p. 526 ss.; P. NELSON, *Information and consumer behavior*, in *Journal of Political Economy*, 1970, 78, p. 311 ss..

una valutazione della qualità di un soggetto terzo qualificato, nel quale l'investitore riponga piena fiducia<sup>216</sup>.

Infatti, il flusso informativo e la valutazione degli operatori qualificati assolvono un ruolo fondamentale per consentire agli investitori e ai risparmiatori la massimizzazione dell'utilità derivante dalla scelta di un prodotto o servizio finanziario.

Ne consegue che il mercato dei beni di fiducia è strutturalmente connotato da asimmetrie informative tra le parti contrattuali, idonee a determinare potenziali inefficienze nella negoziazione connesse a situazioni di *overtreatment*, di *undertreatment* e di *overcharge*<sup>217</sup>.

La presenza di una intermediazione qualificata nel processo empirico di fruizione dei prodotti finanziari è connaturata al *proprium* di questi ultimi quali beni di fiducia, in conseguenza dell'elevato contenuto tecnico dei prodotti e dei rischi connessi agli spostamenti patrimoniali. Infatti, per la natura stessa dei prodotti che formano oggetto delle negoziazioni, i mercati finanziari richiedono agli operatori una particolare competenza ed esperienza.

In effetti, tutte le attività d'intermediazione finanziaria sono fondate sull'acquisizione continua e l'elaborazione di informazioni di natura economica. La qualità di queste informazioni (ad esempio, la loro autenticità) incide sulla capacità di compiere scelte ragionate e assumere rischi misurabili<sup>218</sup>.

Pertanto, il primo fattore di rischio insito nel mercato dei prodotti e servizi finanziari è il cd. rischio di fiducia (*trust risk*), ossia la necessità per l'investitore inesperto di ricorrere ad un apprezzamento sulla qualità dei prodotti proveniente da un soggetto terzo al fine di valutare la convenienza economica dell'operazione.

Il rischio di fiducia, connaturato ai prodotti finanziari quali *credence goods*, opera in due opposte direttrici: da un lato, pone l'esigenza di dover rafforzare il rapporto fiduciario tra l'investitore e il consulente esperto, nella prospettiva di realizzare un ecosistema negoziale *trust-oriented*; dall'altro, potrebbe ingenerare situazioni di conflitti di interesse, un'allocazione sperequata delle risorse e una riduzione

---

<sup>216</sup> Come rilevato opportunamente in dottrina, nel settore dei servizi finanziari, «il problema principale, non è quello di poter scegliere liberamente e consapevolmente un prodotto finanziario anziché un altro, bensì quello di potersi affidare quasi per intero ad un intermediario di fiducia»: cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in *Mercati finanziari e protezione del consumatore*, a cura di M. GRILLO, Milano, 2010, p. 44.

<sup>217</sup> L'*overtreatment* si verifica quando i vantaggi aggiuntivi per il consumatore sono maggiori rispetto ai costi; all'opposto, l'*undertreatment* ricorre quando i costi sostenuti dal consumatore sono superiori rispetto all'utile conseguito. L'*overcharge* invece è determinato dalla circostanza in cui i costi addebitati al consumatore per il servizio sono maggiori rispetto a quelli sostenuti a monte dal prestatore del servizio.

<sup>218</sup> Si veda per esempio il caso dell'attività di gestione di portafogli di strumenti finanziari in cui fondamentale è la costruzione di scenari economici futuri per la gestione dei rischi connessi agli investimenti.

generale del benessere, laddove invece l'elemento fiduciario si rivela propedeutico al funzionamento del mercato nel suo complesso<sup>219</sup>.

Nonostante il settore bancario/finanziario rappresenti un ambito fortemente caratterizzato da un'intensa personalizzazione dei rapporti e da una fiducia incentrata prevalentemente sulla conoscenza diretta, la digitalizzazione sta offrendo nuove opportunità e nuovi canali di relazione tra intermediario e cliente, prospettando la transizione dall'*intuitus personae* all'*intuitus machinae*.

L'offerta di prodotti e servizi finanziari nell'ecosistema Fintech sconta inoltre i rischi connessi alla negoziazione a distanza, cui il legislatore comunitario prima e nazionale poi ha dedicato particolare attenzione sin dagli esordi della contrattazione *inter abstentes*<sup>220</sup>. Difatti, un rapporto di fiducia tra il prestatore del servizio finanziario e l'investitore che si sviluppa fuori dai luoghi fisici tradizionali può nascere solo se si riescono a garantire delle norme di sicurezza per lo svolgimento delle operazioni, onde lo sviluppo delle vendite a distanza dei prodotti finanziari on-line, non può prescindere da regole chiare e trasparenti<sup>221</sup>.

La mancata presenza fisica e simultanea dell'investitore e del fornitore del servizio/intermediario nella negoziazione rileva non solo ai fini dell'assoggettabilità dei *player* alle regole di condotta *pre* e *post* contrattuali, nonché alle regole di validità dettate dalla disciplina protezionistica<sup>222</sup>, ma anche

---

<sup>219</sup> V. A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, p. 134 ss. sul rapporto tra tutela del consumatore ed efficienza del mercato.

<sup>220</sup> Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori mira a garantire la libera circolazione dei servizi finanziari nel mercato unico armonizzando le norme per la tutela dei consumatori. Tale Direttiva fornisce dettagli sulle informazioni che un consumatore dovrebbe ricevere in merito a un servizio finanziario e al fornitore di servizi finanziari prima di concludere un contratto a distanza. Per alcuni servizi finanziari, concede inoltre ai consumatori 14 giorni di tempo per recedere da un contratto. Inoltre, sono vietati i servizi e le comunicazioni dei fornitori che i consumatori non hanno richiesto né acconsentito a ricevere.

Il d.lgs. n. 190/2005 ha poi attuato la Direttiva in questione e la relativa disciplina è poi confluita, per effetto del d.lgs. n. 221/2007, nel codice del consumo agli artt. 67-bis - 67-vicies bis cod.cons.

<sup>221</sup> Già nel 1998, il TUF – al fine di tutelare il consumatore in materia di contratti riguardanti prodotti finanziari ed investimenti – regolava (art. 30) la vendita a distanza di strumenti finanziari in un luogo diversi dalla sede legale o di una sede di colui che emette o propone l'investimento e di servizi e attività di investimento in un luogo diverso dalla sede legale o alle dipendenze di chi presta o promuove il servizio o l'attività.

<sup>222</sup> Nell'aprile 2019 la Commissione Europea ha avviato una consultazione pubblica aperta sulla valutazione della Direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari (Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002) con l'obiettivo di garantire il coinvolgimento di tutte le parti interessate (consumatori, fornitori di servizi finanziari al dettaglio e le autorità preposte al controllo) sulla valutazione della perdurante efficacia della disciplina comunitaria ivi contenuta, alla luce della crescente digitalizzazione del settore finanziario al dettaglio è diventato sempre più digitale, con nuovi prodotti e autorità preposte al controllo) sulla valutazione della perdurante efficacia della disciplina comunitaria ivi contenuta, alla luce della crescente digitalizzazione del settore finanziario al dettaglio è diventato sempre più digitale, con nuovi prodotti e soggetti presenti sul mercato e nuovi canali di vendita. Dal *report finale*<sup>222</sup> emerge significativamente che i principali cambiamenti nella commercializzazione a

sotto il profilo dell'efficacia e dell'efficienza delle misure e delle tecniche di commercializzazione predisposte dalle *fintech* e della loro ruolo nei processi di *decision making* dell'investitore virtuale.

Infine, le criticità connesse al collocamento telematico di prodotti finanziari e servizi di investimento<sup>223</sup> risultano maggiormente accentuate dall'*environment* di negoziazione<sup>224</sup> caratterizzato dalla digitalizzazione di talune operazioni di pagamento, di investimento, di raccolta del risparmio, che pone il problema della perdurante vigenza del principio delle neutralità tecnologica<sup>225</sup>.

A ben vedere, la principale difficoltà in senso al rischio tecnologico riguarda il polimorfismo del fenomeno *Fintech* in sé, che ad oggi costituisce un contenitore perimetrale, all'interno del quale si inseriscono una pluralità eterogenea di sub-fenomeni caratterizzati, a diverse intensità, dalla pervasività del digitale: «i singoli [sub]fenomeni vengono identificati attraverso il nomen attribuito all'invenzione tecnologica applicata alla finanza (es. la piattaforma telematica, la valuta virtuale), nonostante la stessa invenzione si presti a realizzare operazioni negoziali ontologicamente eterogenee, sicché la denominazione adottata non è indicativa della configurazione giuridica dell'operazione negoziale sottostante»<sup>226</sup>.

Posto che il mutamento della funzione di intermediazione e delle tipologie di attività e servizi finanziari è correlato al cambiamento delle modalità con cui le funzioni e le attività vengono svolte (al *quomodo* analogico si sostituisce un *quomodo* digitale, in cui la *τέχνη* incide profondamente sulle dinamiche negoziali degli operatori dei mercati finanziari), diversi però possono essere gli esiti dell'implementazione delle nuove tecnologie.

---

distanza di prodotti e servizi finanziari sono dovuti all'utilizzo di internet e dei nuovi *devices*, ma anche all'ingresso delle imprese *Fintech* e all'impiego di strumenti di profilazione.

<sup>223</sup> V. in argomento R. LENER, *Collocamento telematico di prodotti finanziari e servizi di investimento*, in *La tutela del consumatore in Internet e nel commercio elettronico*, a cura di in E. TOSI, Milano, 2012, p. 439 ss.

<sup>224</sup> L'esigenza di creare un ambiente di negoziazione a "giuste" condizioni per la prosperità delle reti digitali e dei servizi innovativi è alla base della Strategia del mercato unico digitale della Commissione Europea del 6 maggio 2015, disponibile al sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=IT>.

<sup>225</sup> Come ricorda G.P. LA SALA, *Intermediazione, disintermediazione, nuova intermediazione: i problemi regolatori*, in *Diritto del FinTech*, a cura di M- CIAN-C. SANDEI, Padova, 2020, p. 4, il principio di neutralità tecnologica è stato ribadito a livello europeo come criterio da rispettare anche nell'elaborazione della futura legislazione di settore dal Parlamento (cfr. la Risoluzione 2016/2243 (INI) del 17 maggio 2017 "Tecnologia finanziaria: l'influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario", disponibile al seguente link [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0176\\_IT.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0176_IT.html)) e dalla Commissione Europea (cfr. la consultazione pubblica effettuata nel 2017 dalla Commissione europea chiusa con il documento Public Consultation on Fintech: a more competitive and innovative European financial sector, [https://ec.europa.eu/info/consultations/finance-2017-fintech\\_en](https://ec.europa.eu/info/consultations/finance-2017-fintech_en)). Una significativa eccezione è rappresentata dalla c.d. *regulatory sandbox* di cui all'art. 36, co. 2-bis e 2-terdecies, d.l. 34/2019, conv. con la l. 58/2019.

<sup>226</sup> Così G.P. LA SALA, *Intermediazione, disintermediazione, nuova intermediazione*, cit., 18.

Volendo tentare in prima approssimazione di ricostruire un *framework* sistematico, a seconda di come l'innovazione tecnologica viene applicata, è possibile distinguere tra: (a) innovazione nella tecnica di offerta di servizi finanziari; (b) innovazione nel *modus operandi* dell'attività finanziaria; (c) innovazione oggettiva, che riguarda la prospettazione di nuovi servizi finanziari; (d) innovazione soggettiva, che concerne l'automazione totale o parziale delle attività finanziarie. L'innovazione nella tecnica (a) riguarda i casi in cui le nuove tecnologie rappresentano soltanto un *medium* più efficiente ed avanzato per la prestazione di servizi finanziari tradizionali (è il caso dell'*internet banking*); il *novum* nelle attività finanziarie assume una portata, per così dire, ridotta, poiché l'offerta di prodotti e servizi finanziari avviene a distanza, con specifiche tecniche che consentono l'accesso a sportelli virtuali o piattaforme di *e-trading* online<sup>227</sup>: cambia lo strumento di fruizione dei prodotti e dei servizi, ma non cambia la sostanza degli stessi, poiché si tratta di una "variante tecnologica" di un prodotto o servizio finanziario tradizionale.

La seconda tipologia di innovazione (b) ricomprende le ipotesi in cui le nuove tecnologie consentono di offrire modalità operative nuove (e non più solo tecniche, come nel caso precedente) di un servizio finanziario tradizionale. È il caso dei *third party providers* (TPP)<sup>228</sup> che offrono servizi di disposizione di ordini di pagamento<sup>229</sup> e di informazione sui conti<sup>230</sup> sulla base delle informazioni relative ai conti di pagamento di ciascun utente, messe a disposizione da enti creditizi e istituti di pagamento, in modo obiettivo, proporzionato e non discriminatorio (art. 36 PSD2: *access to account rule*), attraverso sistemi sicuri, le c. API (*Application Programming Interfaces*).

Si parla invece di innovazione oggettiva (c) ogniqualvolta le nuove tecnologie consentono di strutturare prodotti e servizi finanziari del tutto nuovi, come nel caso

---

<sup>227</sup> Le piattaforme di *e-trading* sono infatti delle interfacce di negoziazione che permettono agli investitori finali (sia istituzionali sia *retail*) di effettuare scambi di titoli sui mercati, sulla base dell'accordo con il proprio provider. Si differenziano dalle piattaforme di copy-trading, che – secondo la definizione adottata dal Comitato di Basilea (BIS-BCBS, 2018) consentono agli investitori di copiare in maniera automatizzata le strategie di *trading* di altri *trader*.

<sup>228</sup> Il termine *third party providers* è utilizzato per indicare gli istituti di pagamento che si frappongono nella relazione tra la banca e il cliente/consumatore, affiancando le banche e gli istituti di moneta elettronica. L'articolo 4 della Direttiva n. 2015/2366/UE (cd. PSD2) introduce per la prima volta nel testo normativo le definizioni dei nuovi servizi e dei soggetti autorizzati per la messa a disposizione di quei servizi. Per un approfondimento v., in questo volume, FOÀ D., *Open banking: API, accesso ai conti e nuove commodities nell'era digitale*.

<sup>229</sup> Si tratta di prestatori di servizi di ordine di pagamento (*Payment Initiation Service Providers*), ossia di «un servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento» (art. 4, c. 15, della Direttiva PSD2).

<sup>230</sup> Si tratta di prestatori di servizi di informazione sui conti (*Account Information Services Providers*), ossia di «un servizio online che fornisce informazioni consolidate relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente di servizi di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento» (art. 4, c. 16, della Direttiva PSD2).



delle *Fintech* che offrono un servizio mediante una applicazione (App), che accantona un ammontare di denaro a fronte di ogni spesa effettuata, creando “salvadanai elettronici”<sup>231</sup>.

Infine, la digitalizzazione investe anche i profili soggettivi (*d*) della contrattazione, allorquando si verifichi un affiancamento o una sostituzione dei *software* agli agenti umani nella prestazione o nell’acquisto dei prodotti finanziari. Il livello di digitalizzazione negoziale può dunque avere una diversa graduazione, andando dall’*algo-trading* ai più sofisticati algoritmi di intelligenza artificiale<sup>232</sup> e di *machine learning* che consentono l’automazione del *decision making* di investimento.

Alla luce del mutamento nell’architettura soggettiva delle parti coinvolte, e poiché sovente la “intermediazione disintermediata” avviene attraverso le piattaforme all’uopo predisposte, vengono in rilievo due possibili tipologie di rapporti asimmetrici: i rapporti *platform to consumer* (P2C) e i rapporti *platform to business* (P2B)<sup>233</sup>.

Si osserva, inoltre, che l’innovazione tecnologica di tipo soggettivo può riguardare diverse fasi della negoziazione di un prodotto o servizio finanziario. Nella fase pre-contrattuale di “contatto” tra l’investitore e il professionista, si prospetta il rischio legato all’utilizzo di piattaforme ed infrastrutture tecnologiche modernizzate, strutturate in linea con esigenze di *marketing* cognitivo e comportamentale e che incidono sulle modalità di prestazione della consulenza finanziaria (*robo-advise* e *credit scoring*).

---

<sup>231</sup> Considerato che tale tipologia di servizio non è stato fornito in precedenza in simili termini da intermediari finanziari o da altri soggetti, costituisce una innovazione di prodotto, resa possibile dall’utilizzo e dalla diffusione di strumenti informatici e di internet: cfr. C. SCHENA-A. TONDA-C. ARLOTTA-G. POTENZA, *Lo sviluppo del Fintech. Opportunità e rischi per l’industria finanziaria nell’era digitale*, in *Quaderni FinTech Consob*, 2018, 36, che differenziano i casi di salvadanai elettronici puri e semplici, in cui l’App non permette di effettuare investimenti direttamente tramite la FinTech e il denaro non è vincolato per un periodo predefinito, ma è solo accessibile all’utente dalle App che invece inglobano anche servizi di investimento. Queste ultime permettono di investire in fondi il denaro accumulato nel salvadanaio, secondo il profilo di rischio/rendimento desiderato. Tale attività potrebbe essere assimilabile ad un Piano di accumulo, in quanto, oltre al servizio di salvadanaio elettronico, si fornisce un servizio di investimento. L’operatore che fornisce il servizio è un intermediario vigilato.

<sup>232</sup> Il Libro Bianco della Commissione UE del 19 febbraio 2020, *On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*, n. 65, faccia espresso riferimento – tra le possibili applicazioni dell’AI – al settore finanziario e rileva (par. 5) – nell’ottica di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali degli individui – che: «*Se da un lato la legislazione dell’UE rimane in linea di principio pienamente applicabile, indipendentemente dal coinvolgimento dell’IA, dall’altro è importante valutare se tale normativa possa essere adeguatamente applicata per far fronte ai rischi derivanti dai sistemi di IA o se sia necessario apportare adeguamenti a determinati strumenti giuridici*» (p. 15).

<sup>233</sup> Benché solamente i primi costituiscano oggetto di indagine ai fini che qui rilevano, occorre segnalare che anche i secondi (P2B) pongono significative criticità, tant’è vero che il legislatore europeo ha sentito la necessità di intervenire con Regolamento UE 2019/1150 (cd. Regolamento Platform to Business).

In questa prospettiva, il rischio informatico ha una diversa incidenza a seconda di diverse variabili, quali la propensione tecnologica<sup>234</sup>, i fattori culturali e generazionali<sup>235</sup>, l'accessibilità geografica<sup>236</sup>, il livello di automazione delle piattaforme. Di fronte alle modalità di funzionamento delle nuove piattaforme online l'investitore può provare una sensazione di smarrimento, perché spesso gli investitori (soprattutto *retail*) sono non solo neofiti finanziari, ma anche neofiti digitali<sup>237</sup>.

Nella successiva fase di formazione e conclusione del contratto problemi di *governance* della tecnologia si pongono, ad esempio con riguardo alle nuove piattaforme che offrono opportunità di negoziazione decentralizzata e disintermediata. Il riferimento è, primariamente, alle applicazioni della *distributed ledger technology* (DLT), tra cui la più nota è la *blockchain*. Le prime sperimentazioni della blockchain e degli *smart contract* nel settore bancario e finanziario<sup>238</sup> prospettano una molteplicità di vantaggi legati alle caratteristiche

---

<sup>234</sup> Dal report I-com “*L’intelligenza delle tutele. I consumatori tra protezione ed empowerment al tempo dell’IA*” del dicembre 2018 emerge che nonostante il 63% degli italiani possieda competenze digitali di base superiori rispetto ai cittadini degli altri Paesi europei (68% il dato medio europeo), l’Italia si colloca al terzultimo posto per inclinazione all’utilizzo dei canali digitali, considerando sei variabili: attività quotidiane su internet, *e-commerce*, *e-government*, utilizzo di servizi *cloud*, sicurezza informativa, competenze digitali. Report disponibile al sito: [https://www.i-com.it/wp-content/uploads/2018/12/web\\_Rapporto-CONS\\_2018-1.pdf](https://www.i-com.it/wp-content/uploads/2018/12/web_Rapporto-CONS_2018-1.pdf).

<sup>235</sup> Il “Business Insider” report su “*THE TECH COMPANIES IN PAYMENTS REPORT: How technology giants are using their reach and digital process to take on traditional banks*” del 2017 ha evidenziato come le generazioni maggiormente giovani favoriscano sempre di più il canale digitale, attribuendo in esso un maggiore grado di fiducia.

<sup>236</sup> Si veda il Regolamento (UE) 2018/302 sul trattamento dei blocchi geografici ingiustificati e di altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei consumatori nel mercato interno, che introduce il divieto per gli operatori di bloccare o limitare, tramite l’utilizzo di misure tecnologiche, l’accesso di un cliente all’interfaccia online del professionista per motivi legati alla nazionalità, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento del cliente (art. 3).

<sup>237</sup> Osservano A.M. NIENABER-G. SCHEWE, *Enhancing trust or reducing perceived risk, what matters more when launching a new product?*, in *International Journal of Innovation Management*, 18(01), 2014 che il rischio legato all’innovazione tecnologica si sostanzia nell’incertezza sulla possibilità di fallimento di un nuovo prodotto o sulla probabilità che il nuovo prodotto non funzioni correttamente.

<sup>238</sup> V. in argomento E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell’automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. civ.*, 4, 2020, p. 681 ss.; B. CAPIELLO, *Dallo “smart contract” computer code allo smart (legal) contract. I nuovi strumenti (para) giuridici alla luce della normativa nazionale e del diritto internazionale privato europeo: prospettive de jure condendo*, in *Riv. comm. internaz.*, 2, 2020, p. 477 ss.; A. CERRATO, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 3, 2020, p. 371 ss.; P. CUCCURU, *Blockchain ed automatizzazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2017, p. 107 ss.; D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2, 2017, p. 378 ss.; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contratto e impresa*, 3, 2019, p. 942 ss.; M. GIULIANO, *La blockchain e gli smart contracts nell’innovazione del diritto del terzo millennio*, in *Dir. inform.*, 6, 2018, p. 989 ss.

intrinseche del *medium* tecnologico impiegato, ma al contempo destano perplessità soprattutto per l'essere sistemi *trustless* e poco flessibili<sup>239</sup>.

Necessario corollario dell'incidenza del rischio digitale è la differente modulazione del principio di autoresponsabilità<sup>240</sup> dell'investitore nell'assunzione del rischio informatico e il differente bilanciamento con il sistema rimediale di responsabilità a carico degli intermediari finanziari.

#### 4.4. L'interazione tra AI, tecnofinanza e arbitrato.

Il combinato operare dei summenzionati fattori di rischio, che compendiano le specificità delle operazioni economiche in *Fintech*, veicola l'indagine che si intende condurre verso la reale responsività all'innovazione dell'attuale dello statuto protezionistico degli investitori, che effettuano “scelte finanziarie digitalizzate”, sia sul versante sostanziale sia sul versante processuale.

Se da un lato le nuove tecnologie si prestano a promuovere e favorire la democraticità degli scambi, l'uguaglianza e l'inclusione finanziaria, dall'altro rischiano di esacerbare le situazioni di asimmetrie informative e di potere contrattuale tra investitori e prestatori di servizi, rappresentando una potenziale fucina per l'elusione della disciplina di tutela posta a presidio del contraente debole<sup>241</sup>.

Infatti, la mutata fisionomia della contrattazione finanziaria, connotata da pluralità ed eterogeneità soggettiva (per quanto detto *supra*) e soprattutto oggettiva, pone l'esigenza di assicurare meccanismi di risoluzione delle controversie che siano in grado di offrire una tutela piena e relativa a tutte le fasi del rapporto contrattuale che si instaura tra le parti coinvolte nella negoziazione digitalizzata.

Può anzitutto osservarsi che nonostante la diffusione delle ICT abbia radicalmente mutato gli assetti dei rapporti giuridici in diversi settori speciali (basti pensare all'*e-commerce*, *algotrading* nei mercati finanziari) l'*enforcement* delle regole di quei

---

<sup>239</sup> In argomento J. FAIRFIELD, *Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection*, *Washington & Lee Law Review Online Edition*, 71, 2014, pp. 35-50.

<sup>240</sup> Secondo la teoria dell'assunzione del rischio informatico per effetto del principio di autoresponsabilità, il margine residuo di difetto comunicazionale risulta correttamente assorbito dal rischio informatico posto a carico dell'utente telematico in base al più generale principio dell'autoresponsabilità (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1994, p. 616). Con riferimento al codice iconico del linguaggio telematico si prospetta, nella contrattazione telematica, una presunzione di conoscenza della semantica telematica che il contraente telematico – edotto o meno del linguaggio in parola – si accolla nel momento in cui decide liberamente di accedere al mercato virtuale.

<sup>241</sup> Come osserva M. PELLEGRINI, *Il diritto cybernetico nei riflessi sulla materia bancaria e finanziaria*, in *Liber amicorum Guido Alpa*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Milano, 2019, p. 361.

settori speciali si assesta ancora ad un livello di digitalizzazione tendenzialmente basso.

In particolare, questione si pone con riferimento agli *smart contracts*, strumenti negoziali con cui le parti si accordano esprimendo i termini e le condizioni contrattuali in un linguaggio computazionale<sup>242</sup>, in ragione della peculiarità – *inter cetera* – che li contraddistingue: la *self-execution*.

La crescente diffusione degli *smart contract* in una pluralità di settori dell'ordinamento pone nuove questioni in relazione ai mutamenti dei compiti del giudice<sup>243</sup> quando sia chiamato a decidere controversie implicanti l'utilizzo degli algoritmi<sup>244</sup>.

Infatti, la peculiarità dei contratti in esame risiede nella *self-execution*, che, da un lato, riduce notevolmente il rischio di contenzioso relativo all'esecuzione *stricto sensu*, nonché il rischio di errore umano nell'esatta esecuzione della prestazione; dall'altro incrementa però le possibilità che insorgano controversie relative alla definizione delle clausole contrattuali, all'interpretazione del contratto e, più in generale, al *framework* legislativo di riferimento. Tale natura ibrida degli *smart contracts*, quali accordi contrattuali e al contempo, strumenti di prevenzione dei conflitti rendono maggiormente labili i già ambigui confini tra diritto contrattuale e diritto processuale.

Infatti, si prospettano talune criticità nel rapporto tra l'auto-esecutività dei contratti intelligenti e le possibili forme di esecuzione forzata *ab externo*. Nello scenario dei rapporti tra public e private *enforcement* si prospettano tre opzioni:

a) gli ADR sostituiscono i tribunali statali, in quanto strumenti più idonei alla composizione della lite, stanti l'elevato tecnicismo e la richiesta di specializzazione, considerando gli *smart contract* alla stregua di una qualsiasi operazione negoziale posta in essere con un nuovo *medium* tecnologico; b) in considerazione della auto-eseguibilità degli *smart contract*, questi sostituiscono qualsiasi strumento di risoluzione delle controversie che possono derivare dall'esecuzione degli stessi, *bypassando* la necessità di intervento esecutivo coatto esterno; c) gli *smart contract* possono coadiuvare gli ADR nell'esecuzione coattiva dei contratti.

---

<sup>242</sup> Così S. BOURQUE- S. FUNG LING TSUI, *A lawyer's introduction to smart contract*, in *Scientia Nobilitat Reviewed Legal Studies*, Łask, 2014, p. 4: «*Smart contracts are self-executing electronic instructions drafted in computer code*». Il concetto di smart contract fu elaborato ufficialmente per la prima volta da Nick Szabo a metà degli anni '90, definendolo come «*a set of promises agreed to in a meeting of the minds [which] is the traditional way to formalize a relationship*».

<sup>243</sup> In questa sede si tralasceranno le implicazioni degli smart contract sotto il profilo sostanziale, per concentrarsi su quelli processuali. V. A. DAVOLA, *Blockchain e Smart Contract as a Service: prospettive di mercato a criticità normative delle prestazioni BaaS e SCaaS alla luce di un'incerta qualificazione giuridica*, in *Il Diritto industriale*, 2, 2020, p. 147 ss.

<sup>244</sup> Come sottolinea A. PANZAROLA, *Il processo civile e la rivoluzione tecnologica all'alba dell'era dell'Intelligenza Artificiale (considerazioni generali)*, cit., p. 799 ss.

Tra le soluzioni prospettate, la prima (a) appare pregevole nella parte in cui considera quale organismo competente l'ADR, anziché il giudice nazionale<sup>245</sup>, ma sconta un deficit di effettività in quanto non tiene conto delle specificità degli *smart contract*.

Non può infatti non riconoscersi che proprio il requisito del *self-enforcement* degli *smart contract* può dar luogo a forme di *private enforcement*: se lo stesso *smart contract* costituisse un'alternativa agli ADR, in guisa che i contratti intelligenti possano essere utilizzati ai fini della risoluzione delle controversie, *by-passando* la necessità di esecutorietà transazionale dei lodi?

Inoltre, occorre considerare che, poiché il contratto intelligente nasce solo dalle transazioni effettuate dalle parti, i mezzi per l'auto-esecuzione sono già incorporati nel contratto. Le implicazioni di questa irreversibile auto-applicazione potrebbero essere enormi: da un lato, l'auto-applicazione comporta anche la prevenzione dei conflitti; d'altra parte, è probabile che nascano alcune controversie a prescindere dall'autocontrollo irreversibile. Si pone dunque l'ulteriore questione della risoluzione delle controversie di cd. *follow-up*.

Proprio alla luce delle richiamate caratteristiche dell'auto-esecutività degli *smart contract*, non appare possibile neppure immaginare l'attuazione della seconda soluzione (b) prospettata. Il carattere di *self-enforcement*, infatti, rischia di mettere a repentaglio l'effettività della tutela sostanziale e processuale della parte debole del rapporto, perché poggia esclusivamente sui termini contrattuali – opportunamente codificati – del contratto intelligente. Ma se il contratto era viziato *ab origine* da un'asimmetria sostanziale, che si è poi tradotta in termini contrattuali iniqui o vessatori, anche l'esecuzione automatica rispecchierà tale asimmetria, senza possibilità di una valutazione terza e imparziale.

Sotto questo profilo, il *deficit* di flessibilità sostanziale degli *smart contract*<sup>246</sup> rischia di tradursi in un sostanziale diniego di tutela processuale.

Per tali motivi, sembra maggiormente ragionevole ipotizzare l'implementazione della soluzione *sub c)*, che prospetta un'interazione tra *smart contracts* e arbitrato nell'esecuzione dei contratti.

---

<sup>245</sup> Sul punto, occorre considerare che già le controversie derivanti dal (più semplice) commercio elettronico sono raramente deferite ai tribunali nazionali, ma piuttosto ai dispositivi di risoluzione delle controversie *online* analizzati al § 2 del presente Capitolo (cfr. in argomento A.R. KOULU, *Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement*, SCRIPTed, 13, 2016) *A fortiori*, dunque, appare difficilmente configurabile una cognizione e trattazione di siffatte controversie da parte del giudice nazionale.

<sup>246</sup> Sul punto si è infatti osservato che sebbene gli *smart contract* siano utili in quanto eliminano ogni possibilità di violazione e ogni costo di contenzioso, le parti di uno *smart contract* devono sacrificare la flessibilità contrattuale, dalla cui assenza derivano altri costi: cfr., per un approfondimento, J. SKLAROFF, *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*, in *Prize Winning Papers*, 2018, p. 9. Nello stesso senso, M. VATIERO, *Smart contracts and transaction costs*, 2018, in <https://www.ec.unipi.it/documents/Ricerca/papers/2018-238.pdf>.

In effetti, i vantaggi dell'arbitrato, da lungo tempo riconosciuti, fanno sì che costituisca una scelta naturale di risoluzione delle controversie per i conflitti derivanti dall'uso delle nuove tecnologie e dall'intelligenza artificiale.

A questo proposito, l'esempio dei contratti intelligenti è particolarmente rilevante. L'arbitrato appare, infatti, il migliore strumento di risoluzione delle controversie relative agli *smart contract*, per quattro ordini di ragioni che individuano i denominatori comuni tra arbitrato e *smart contracts*: *a*) decentralizzazione, dato che anche i contratti in esame si caratterizzano per una forte delocalizzazione e per l'impossibilità oggettiva di ricollegare, agli elementi tradizionali del contratto, un luogo fisico (ad es., il luogo di esecuzione); *b*) flessibilità procedurale<sup>247</sup>, in considerazione sia della tendenziale assenza di formalismo procedurale nei procedimenti arbitrali, sia della possibilità di scelta degli arbitri in capo alle parti del contratto, atteso l'elevato tecnicismo delle questioni, da cui deriva la necessità di particolare specializzazione del soggetto preposto alla risoluzione delle controversie; *c*) volontarietà dell'arbitrato, che ha base essenzialmente contrattualistica o pattizia, e dunque si adatta all'esigenza di contemperare il carattere *peer-to-peer* degli *smart contracts* con la necessità di un soggetto terzo che risolva la controversia scaturente da tali contratti; *d*) internazionalità, in relazione alla (relativamente) semplice eseguibilità transazionale dei lodi arbitrali, ferma restando la necessità di forme di controllo domestico (mediante, ad es., omologazione) delle decisioni secondo quanto previsto dalla *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* del 1968 o, nel caso dell'arbitrato ICSID, nell'automatica esecuzione in tutti i paesi contraenti dal Convenzione ICSID.

In definitiva, *tertium datur est*: i contratti intelligenti potrebbero aprire un nuovo capitolo per l'automazione delle controversie meno complesse nelle procedure alternative di risoluzione delle controversie, specialmente negli ODR, ferma restando la necessità di individuare le categorie di controversie suscettibili di essere automatizzate per prime (in base al diverso grado di complessità) e di salvaguardare le garanzie del giusto processo.

In quest'ottica, l'interazione tra arbitrato e le controversie vertenti su *smart contracts* nel settore bancario e finanziario può seguire una duplice direttiva.

Da un lato, infatti, è ipotizzabile una progressiva specializzazione sulle tematiche in oggetto da parte dei tradizionali sistemi di ADR, quali istituti potenzialmente preposti – grazie all'esperienza maturata per le controversie “analogiche” – alla

---

<sup>247</sup> La flessibilità è uno degli aspetti più preziosi dei procedimenti arbitrali, che consentirebbe peraltro di ovviare alle rigidità ontologiche degli *smart contract*. Si noti, infatti, che la flessibilità della procedura arbitrale è stata percepita come una delle caratteristiche di valore dell'arbitrato internazionale (38%) nel sondaggio sull'arbitrato internazionale della Queen Mary nel 2015. V. Queen Mary, University of London, *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, 2015, disponibile al seguente link: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/>.

risoluzione delle controversie aventi ad oggetto interpretazione e applicazione di *smart contract* aventi ad oggetto strumenti bancari e finanziari.

Certamente non si può prescindere dalla considerazione che l'*enforcement* del contratto richiede la valutazione degli elementi fattuali estrinseci al contratto stesso (analogamente all'attività istruttoria compiuta dall'arbitro ai fini della decisione) e che gli *smart contracts* funzionano sulla base delle referenze dal mondo esterno fornite dagli *oracles*. Inoltre, occorre ricordare che nel rapporto mutualistico tra arbitrato e *smart contracts*, resta comunque aperto il problema della "staticità" delle norme: bisogna infatti considerare che vi sono dei casi in cui l'intervento del legislatore si trova in ritardo rispetto all'evoluzione dei fatti che devono essere disciplinati in un determinato settore oppure esso risulta incompleto o frammentario<sup>248</sup>.

A sostegno della descritta tesi può agevolmente argomentarsi che la diffusione di transazioni online transfrontaliere incrementa la questione della risoluzione delle controversie transfrontaliere e subordina l'effettività della decisione arbitrale all'applicazione domestica delle regole sul riconoscimento di cui alla citata Convenzione di NY. Inoltre, l'autoesecuzione incorporata nel codice del contratto incide sulle esigenze delle parti di regolare *ex ante* la devoluzione delle possibili controversie future, mediante l'inclusione di clausole arbitrali. Il requisito della "pubblicità" della *blockchain* potrebbe, sotto questo profilo, agevolare la formazione di precedenti per le controversie auto-risolte.

Dall'altro lato, si prospetta l'istituzione di nuovi organismi ADR precipuamente preposti alla risoluzione delle controversie di cui si discute, strutturati in guisa tale da assicurare flessibilità, specializzazione, targettizzazione e (possibilmente) vincolatività della decisione<sup>249</sup>.

Entrambi i profili esaminati denotano, quale comune denominatore, la progressiva tendenza verso forme di tutela alternativa coadiuvate dall'utilizzo delle nuove tecnologie, in una prospettiva di implementare ulteriormente i vantaggi già insiti nell'ultimo degli ADR: maggiore efficienza, celerità, flessibilità, *expertise*.

---

<sup>248</sup> R. BICHI, *Carattere recessivo della legislazione e giurisprudenza normativa: i «precedenti» tra ratio decidendi e legum inventores*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, a cura di A. CARLEO, 2018, p. 223 ss.

<sup>249</sup> Si segnala che sono peraltro già attivi diversi progetti per l'istituzione di vere e proprie Camere di Commercio per blockchain e nuove tecnologie: ad esempio, nell'agosto 2018, è stato creato "Blockchain e Camera di Commercio delle Nuove Tecnologie", al fine di rappresentare l'intera industria Fintech. Successivamente, è stato istituito un vero e proprio Tribunale arbitrale permanente, avente sede in Polonia.

## 5. Prospettive regolatorie della digitalizzazione dei procedimenti arbitrari: maggiore effettività di tutela?

A fronte delle prospettate istanze innovatrici da parte delle nuove tecnologie, si è posta all'attenzione la questione del se e del come regolare l'automazione (parziale o totale) dei procedimenti arbitrari.

Come già ricordato, il quadro giuridico dei diversi sistemi di arbitrato non è stato progettato per proibire espressamente o permettere la nomina di computer come arbitri. Con l'evoluzione della tecnologia, il momento di modificare le nostre leggi potrebbe arrivare prima del previsto.

Tuttavia, si ritiene di dover condividere l'opinione di chi ha evidenziato che i sistemi di AI non assiologicamente neutrali e sono caratterizzati da un'esecuzione opaca dell'algoritmo<sup>250</sup>.

Nel panorama estero, le riflessioni sull'interazione tra algoritmi e decisioni giudiziarie sono già state avviate da tempo, con riferimento non solo al settore civile, sia nei sistemi ordinamentali di *civil law* sia in quelli di *common law*<sup>251</sup>.

L'Unione Europea ha recentemente elaborato diverse strategie e approcci regolatori in relazione alla cd. "cybergiustizia", al fine di fornire una visione chiara e completa di come le nuove tecnologie aiuteranno il sistema giudiziario a svolgere i suoi compiti implementando soluzioni che sostiene il lavoro di qualsiasi professionista coinvolto e fornisce o facilita la trasmissione di informazioni utili al giudizio di un caso portato a un tribunale.

Diverse sono state le iniziative assunte a livello dell'Unione Europea, nel tentativo di bilanciare la promozione dello sviluppo dell'intelligenza artificiale e il rispetto dei diritti fondamentali delle persone. Tra i più recenti interventi è giusto menzionare le linee guida redatte da un gruppo di esperti ad alto livello

---

<sup>250</sup> G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 11 novembre 2020.

<sup>251</sup> In particolare, in Francia significativi passi in avanti sono stati effettuati con l'adozione della Loi pour une République numérique del 7 ottobre 2016 che ha introdotto il principio della generale pubblicazione gratuita di tutte le decisioni giudiziarie, precisando unicamente che «*cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes*», anche se già da tempo erano state sviluppate soluzioni di giustizia predittiva mediante l'impiego di algoritmi che analizzano le decisioni dei giudici delle corti con lo scopo di anticipare l'esito del giudizio (è il caso della piattaforma digitale *Predictice.com* che consente il raffronto tra cause di risarcimento del danno precedenti e quella considerata, sfruttando il linguaggio "standard" impiegato nelle decisioni giudiziali, in modo tale da poter calcolare le probabilità di successo di un procedimento giudiziario e di ottimizzare la strategia processuale degli avvocati.).

Negli Stati Uniti gli algoritmi di *predictive justice* sono stati impiegati prevalentemente nel settore penale (*Loomis v. Wisconsin*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016) e lo Stato del New Jersey ha sostituito le udienze per la concessione della libertà su cauzione con delle valutazioni di rischio ottenute attraverso algoritmi, di talché chiunque può essere rilasciato, anche senza pagare una somma di denaro, se risponde a certi criteri. Per garantire decisioni scientifiche e imparziali, i giudici usano dei punteggi generati dalle macchine. (V. E. LIVNI, *Nei tribunali del New Jersey è un algoritmo a decidere chi esce su cauzione*, in *Internazionale.it*, 2017).



sull'intelligenza artificiale istituito dalla commissione europea, il Libro Bianco<sup>252</sup> e, da ultimo, le conclusioni della presidenza del Consiglio Ue, *The Charter of Fundamental Rights in the context of Artificial Intelligence and Digital Change*<sup>253</sup>. Nel dicembre 2018 la *Commission européenne pour l'efficacité de la justice* (c.d. CEPEJ) ha adottato l'*Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*<sup>254</sup>, in cui si rappresenta che l'uso degli strumenti di IA, *in votis* destinati a migliorare l'efficienza e la qualità della giustizia, deve comunque assicurare il rispetto dei diritti fondamentali della persona. Per cui se l'elaborazione delle decisioni giudiziarie mediante strumenti di intelligenza artificiale è in astratto possibile in materia civile, commerciale e amministrativa (al fine di contribuire a migliorare la prevedibilità dell'applicazione della legge e la coerenza delle decisioni giudiziarie), ciò deve avvenire nel doveroso rispetto dei cinque principi ivi elencati<sup>255</sup>.

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione della Carta Etica Europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari, si segnala che i principi ivi menzionati si riferiscono indistintamente a tutti i sistemi di intelligenza artificiale legati all'apparato della giustizia, indipendentemente dal fatto che essi vengano utilizzati per fornire consulenza legale, aiutare nella stesura della decisione oppure nello stesso processo decisionale, o, infine, consigliare l'utente.

Sebbene le teorizzazioni e le disposizioni programmatiche contenute nella Carta si indirizzino *prima facie* all'applicazione dei sistemi di AI ai soli processi statali, non paiono esservi particolari difficoltà all'estensione delle stesse anche ai procedimenti arbitrali, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, in quanto le statuizioni ivi contenute hanno contenuto generalmente applicabile: la loro ampiezza consente ragionevolmente di ricomprendere processi anche diversi da quello ordinario statale, soprattutto ove i procedimenti alternativi

---

<sup>252</sup> In questo senso si esprime chiaramente il "Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia" - (COM 2020) 65 final del 19 febbraio 2020 - che evidenzia come, anche alla luce di una ricerca condotta dal Consiglio dell'Ue (<https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>), l'intelligenza artificiale possa avere ripercussioni sui diritti fondamentali, in particolare sul diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo e a un giudice imparziale

<sup>253</sup> Consultabile in <https://www.consilium.europa.eu/media/46496/st11481-en20.pdf>.

<sup>254</sup> La *European Ethical Charter on the use of AI in the judicial systems and their environment* è stata adottata il 3-4 dicembre 2018), e rappresenta il primo tentativo di porre le basi per una regolamentazione a livello europeo dell'utilizzo dei sistemi di AI nei sistemi giudiziari. Nonostante non abbia carattere vincolante, si pone l'obiettivo di guidare e orientare l'attività degli operatori pubblici o dei privati protagonisti della diffusione e dell'applicazione dell'intelligenza artificiale.

<sup>255</sup> Si tratta del principio che impone di garantire che la progettazione e l'attuazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale siano compatibili con i diritti fondamentali; del principio di non discriminazione, del principio di qualità e sicurezza, che richiede per quanto riguarda il trattamento delle decisioni e dei dati giudiziari, di utilizzare fonti certificate e dati immateriali con modelli elaborati in modo multidisciplinare, in un ambiente tecnologico sicuro; del principio di trasparenza, imparzialità ed equità che postula l'accessibilità e la comprensibilità dei metodi di trattamento dei dati; e del principio "sotto il controllo dell'utente", volto ad un approccio prescrittivo e a garantire che gli utenti siano attori informati e nel controllo delle scelte fatte.

abbiano l'aspirazione ad una equiparazione al giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria.

In secondo luogo, in quanto il tema dell'implementazione dell'AI nei sistemi giudiziari è affrontato dalla prospettiva della tutela dei diritti fondamentali degli individui: onde, se vengono in rilievo i principi del giusto processo, della trasparenza, dell'imparzialità e dell'effettività della tutela, nulla osterebbe in linea di principio ad un'interpretazione estensiva, tale da ricomprendere anche i procedimenti arbitrari.

Ed infatti, nella Carta si precisa chiaramente che laddove lo strumento algoritmico sia stato progettato per finalità decisionali, è essenziale che il trattamento viene effettuato con trasparenza, imparzialità ed equità, da una valutazione esterna e indipendente di esperti. Per cui, i giudici devono essere sempre messi in condizione di poter rivedere e riesaminare le "decisioni algoritmiche", in relazione alle peculiarità del caso concreto.

I principi contenuti nella Carta Etica Europea trovano ulteriore applicazione nella recente proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale, pubblicata dalla Commissione Europea il 21 aprile 2021<sup>256</sup>, che delinea il primo quadro giuridico legislativo generale a livello europeo per queste nuove tecnologie. L'ampio spettro normativo coperto dalla proposta di regolamento, concerne tutti gli aspetti riguardanti lo sviluppo, la vendita e l'uso dei sistemi di intelligenza artificiale, ivi inclusi l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'utilizzo.

Per ciò che rileva ai fini del nostro discorso, la richiamata proposta di Regolamento si segnala per due aspetti.

In primo luogo, per la considerazione dei sistemi di AI alla stregua di "prodotti", ai quali applicare un approccio *risk-based*: tale impostazione potrebbe fornire indici positivi in favore della ricostruzione dei meccanismi di responsabilità per la decisione algoritmica in termini di responsabilità oggettiva secondo lo schema della Direttiva sui prodotti difettosi<sup>257</sup>.

In secondo luogo, e in conseguenza, occorre considerare che le applicazioni di Intelligenza Artificiale che riguardano l'amministrazione della giustizia vengono

---

<sup>256</sup> *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts* COM(2021) 206 final, disponibile al seguente link: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2021/EN/COM-2021-206-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>. La proposta valuta i rischi dell'intelligenza artificiale, con la finalità di salvaguardare i valori e i diritti fondamentali dell'Unione europea e la sicurezza degli utenti. A tal fine si prevede anche un nuovo piano coordinato sull'intelligenza artificiale 2021, che rafforzi al contempo l'adozione dell'intelligenza artificiale, gli investimenti e l'innovazione nel settore in tutta l'Europa.

<sup>257</sup> Sotto questo profilo può osservarsi che l'art. 15 della Proposta stabilisce che i sistemi di intelligenza artificiale debbano essere «resilienti per quanto riguarda errori, guasti o incongruenze che possono verificarsi all'interno del sistema o nell'ambiente in cui esso opera, in particolare a causa della loro interazione con persone fisiche o altri sistemi».

qualificate come ad alto rischio<sup>258</sup> “stand alone”<sup>259</sup>. In particolare, secondo l’Allegato III della citata Proposta, si tratta dei sistemi di intelligenza artificiale destinati ad «assistere un’autorità giudiziaria nella ricerca e interpretare i fatti e la legge e applicare la legge a un insieme di fatti concreti»<sup>260</sup>.

Da ciò deriva l’obbligo, per i progettisti e gli utilizzatori di sistemi di AI ai fini dell’adozione di una decisione giudiziaria, di osservare le rigide prescrizioni dettate dal legislatore europeo.

Infatti, la Proposta di Regolamento della Commissione prescrive una serie di obblighi di *accountability* sia per i *provider* di applicazioni di AI sia per gli utenti: tali regole riguardano pertanto tutto il ciclo di vita dell’applicazione di AI, a partire dalla configurazione dei *data set*, elemento strategico in ogni settore ma soprattutto in quello della giustizia predittiva<sup>261</sup>.

Specificatamente, il primo requisito indispensabile è rappresentato dall’alta qualità dei dati, funzionale ad evitare l’insorgere di *bias* e discriminazioni *by design*<sup>262</sup>. Si richiede infatti che i dati siano pertinenti, rappresentativi, completi e corretti con riguardo allo scopo specifico a cui tende l’applicazione di AI in particolare. In

---

<sup>258</sup> La Proposta distingue infatti i prodotti vietati da quelli ad alto rischio: tra questi ultimi rientrano gli strumenti concernenti l’amministrazione della giustizia, e si dividono tra sistemi di intelligenza artificiale destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza di prodotti (o che sono essi stessi un prodotto) ed elencati nell’Allegato II alla proposta di regolamento e sistemi di intelligenza artificiale a sé stanti il cui uso può avere un impatto sui diritti fondamentali.

<sup>259</sup> L’espressione “stand alone” si riferisce all’autonomia dell’applicazione (e dunque del software) rispetto un hardware fisico: le app non sono, cioè, componenti di prodotti fisici. In base al Considerando n. 40 della Proposta di Regolamento «*Alcuni sistemi di IA destinati all’amministrazione della giustizia e dei processi democratici devono essere classificati come ad alto rischio, considerando il loro impatto potenzialmente significativo su democrazia, Stato di diritto, libertà individuali e diritto a un ricorso effettivo e ad un giusto processo. In particolare, per affrontare i rischi di potenziali pregiudizi, errori e opacità, è opportuno qualificare come sistemi di IA ad alto rischio quelli destinati all’assistenza nella autorità giudiziaria nella ricerca e interpretazione dei fatti e della legge e nell’applicazione della legge ad un insieme concreto di fatti*». Tuttavia, occorre precisare che lo stesso Considerando esclude dalla definizione di “alto rischio” i sistemi di IA destinati ad “attività amministrative puramente accessorie che non incidono sull’effettiva amministrazione della giustizia in casi individuali, come l’anonimizzazione o pseudonimizzazione di decisioni giudiziarie, documenti o dati, comunicazione tra personale, compiti amministrativi o allocazione di risorse”.

<sup>260</sup> Sul punto, v. C. CASONATO-B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell’UE in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 2021, 3, p. 426 ss..

<sup>261</sup> Il legislatore europeo si sofferma sulla qualità dei dati e sulla loro governance (art. 10), trattandosi di un elemento fondamentale per il corretto funzionamento dei sistemi che utilizzano i dati per l’addestramento di modelli. In particolare si stabilisce che «*i set di dati di addestramento, convalida e prova devono essere pertinenti, rappresentativi, esenti da errori e completi. Essi devono possedere le proprietà statistiche appropriate, anche, ove applicabile, per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone sui quali il sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio è destinato ad essere usato*».

<sup>262</sup> A tal fine, l’art. 13 della Proposta disciplina la trasparenza dei sistemi di intelligenza artificiale, prescrivendo che essi devono essere progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l’*output* del sistema e utilizzarlo adeguatamente.

secondo luogo, il data set deve essere formulato con appropriate proprietà statistiche, per salvaguardare la diversità di condizione e contesto<sup>263</sup>.

Si prevede, inoltre, che ogni sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio sia munito di una documentazione tecnica conforme ai requisiti imposti dalla proposta di regolamento e che gli output del sistema siano verificabili e tracciabili durante tutto il ciclo di vita (artt. 11 e 12).

Inoltre, le *legal tech* operanti in questo settore sono tenute a tutta una serie di adempimenti riguardanti la documentazione e la registrazione, la trasparenza e fornitura di informazioni agli utenti, l'obbligo di supervisione umana, la robustezza, la precisione e la sicurezza, con riguardo ad ogni componente del sistema, compresa la infrastruttura.

Vengono poi disciplinati anche i sistemi di gestione del rischio, di verifica e specialmente di supervisione umana (secondo lo schema già sperimentato in tema di *data protection* dall'art. 22 del Regolamento UE n. 679 del 2016)<sup>264</sup>.

Sul secondo versante (obblighi degli utenti), è significativo che la proposta di Regolamento abbia inteso disciplinare – seppur in via generale – l'utilizzo di applicazioni di AI ad alto rischio nel *decision making* dei giudici (art. 29).

---

<sup>263</sup> Si fa riferimento, ad esempio, alle aree geografiche, al contesto comportamentale e funzionale, alla specificità di certi dati personali, con la possibilità di attuare il monitoraggio, la individuazione e la correzione di eventuali *bias*.

<sup>264</sup> A tale proposito l'art. 14 della Proposta prevede che «*la sorveglianza umana mira a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali che possono emergere quando un sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio è utilizzato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile [...]».*

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *ADR. Una giustizia complementare*, a cura di F. DANОВI-F. FERRARIS, Milano, 2018
- AA.VV., *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021.
- AA.VV., *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di G. ALPA - V. VIGORITI, Torino, 2013.
- AA.VV., *Arbitrato*, a cura di F. CARPI, Bologna, 2016.
- AA.VV., *Arbitrato e riservatezza*, a cura di R. SALI-A. MALATESTA, Padova, 2011.
- AA.VV., *Arbitrati speciali*, a cura di F. CARPI, Bologna, 2016.
- AA.VV., *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M.V. BENEDETTELLI - C. CONSOLO - L. RADICATI DI BROZOLO, Padova, 2019.
- AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. VERDE, Torino, 2021.
- AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997.
- AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di L. SALVANESCHI - A. GRAZIOSI, Milano, 2020.
- AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010.
- AA.VV., *Le online dispute resolution (ODR)*, a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016.
- AA.VV., *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, a cura di G. BOCCUZZI, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, n. 68, Roma, settembre 2010.
- AA.VV. *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO, Milano, 2022.
- AA.VV., *Intelligenza artificiale - il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2020.
- AA.VV., *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti*, a cura di U. RUFFOLO-G. RICCIO-A.F. URICCHIO, Bari, 2020.
- AA.VV., *Trattato di diritto dell'arbitrato, Profili generali*, vol. I, a cura di D. MANTUCCI, Napoli, 2019.

- AA.VV., *The new regulatory framework for consumer dispute resolution*, a cura di P. CORTES, Oxford, 2016;
- D. ACHILLE, *Contratto d'intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi d'informazione: tra nullità del contratto e responsabilità dell'intermediario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1451 ss.
- M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 239 ss.
- J. AGNEW-L.R. SZYKMAN, *Asset allocation and information overload: The influence of information display, asset choice, and investor experience*, in *Journal of Behavioral Finance*, 2005, 6, 2, p. 57 ss.
- A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008.
- A. ALBANESE, *Il contenzioso bancario e finanziario: tra sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e vessatorietà delle clausole compromissorie*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1880 ss.
- G. ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 793 ss
- G. ALPA, *Fintech: un laboratorio per i giuristi*, in *Contratto e impresa*, 2, 2019, p. 377 ss.
- G. ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Econ. dir. terz.*, 2009, p. 395 ss.
- G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 619 ss..
- D. AMADEI, *Lo scambio degli atti di nomina come stipulazione del compromesso*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 35 ss., in nota a Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 2000, n. 1989.
- D. AMADEI, *Note in tema di inesistenza di accordo compromissorio per arbitrato rituale e impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 305 ss., in nota a Cass., 27 gennaio 2001, n. 1191.
- M. AMAR, *Giudizi arbitrali*, Torino, 1876.
- S. AMOROSINO, *Funzioni e poteri della Consob "nouvelle"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, p. 137 ss.
- D. AMOROSO-G. TAMBURRINI, *I sistemi robotici ad autonomia crescente tra etica e diritto: quale ruolo per il controllo umano?*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, p. 33 ss.
- A. ANDOLFI, *L'arbitrato in materia di investimenti alla prova dell'effettività del diritto dell'Unione*, in *Riv. arb.*, 1, 2019, p. 136 ss., in nota a ordinanza del Bundesgerichtshof del 31 ottobre 2018.

- V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964.
- R. ANGELINI, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. PIZZETTI, Torino, 2018, p. 293 ss.
- A. ANTONIETTI, *The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules*, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2006, p. 427 ss.
- A. ANTONUCCI, *Declinazioni della suitability rule e prospettive di mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 728 ss.
- E.M. APPIANO, *ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE*, in *Contr. impr./Eur.*, 2013, p. 965 ss.
- D.W. ARNER-J.A. BARBERIS-R.P. BUCKLEY, *The Evolution of Fintech: a New Post-crisis Paradigm?*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2016, p. 1271 ss.
- K.D. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, 2017.
- C. ASPRELLA, *Translatio iudicii nei rapporti tra arbitrato e processo*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1388 ss., in nota a Corte cost., sent. 19 luglio 2013, n. 223.
- A. ATTERITANO, *L'esperienza del forum prorogatum negli arbitrati in Italia e all'estero*, in *Riv. arb.*, 2008, p. 177 ss.
- F. AULETTA., *Arbitro bancario e finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Le società*, 2011, I, p. 83 ss.
- S. AZZALI, *Arbitrato amministrato e arbitrato ad hoc*, in *Appunti di Diritto dell'Arbitrato*, a cura di G. IUDICA, Torino, 2012, p. 101 ss.
- M. G. BARATELLA, *La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 688 ss.
- L. BARBER, *Cart Before the Horse: Can MFN Clauses Expand the Key Definitions in Investment Treaties?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 2 settembre 2014, disponibile al seguente link: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/09/02/cart-before-the-horse-can-mfn-clauses-expand-the-key-definitions-in-investment-treaties/>
- G.E. BARBUZZI, *Un primo bilancio semestrale dell'attività dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 29 ss.
- A. BARENGHI, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 59 ss.

- A. BARLETTA, *In tema di arbitrato degli investimenti e giurisdizione dello Stato*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 545 ss.
- S. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la CONSOB*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 4 ss.
- E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2, 2020, p. 280 ss.
- E. BATTELLI-E.M. INCUTTI, *Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contratto e impresa*, 3, 2019, p. 925 ss.
- E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. civ.*, 4, 2020, p. 681 ss.
- M.V. BENEDETTELLI, *Arbitrato, base-valori ed internazionalizzazione dei mercati finanziari*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 1322 ss.
- M.V. BENEDETTELLI-L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia e l'arbitrato internazionale*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 136 ss.
- P. BERNARDINI, *L'Arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Milano, 2008.
- P. BERNARDINI, *Third Party Funding in International Arbitration*, in *Riv. arb.*, 1, 2017, p. 1 ss.
- A. BERNAVA, *Esperienze applicative dell'arbitrato Consob*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 77 ss.
- V. BERTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla l. 4 novembre 2010, n. 183*, in *Riv. proc. civ.*, 2011, p. 851 ss.
- BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediale?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2333 ss.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1994, p. 616.
- C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000.
- L.A. BIANCHI, *Conclusioni*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 87 ss.
- M. BIANCO, *L'Arbitro Bancario Finanziario a sette anni dalla nascita*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 39 ss.



- E. BIAVATI, *Elasticità e semplificazione: alcuni equivoci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 1163 ss.
- R. BICHI, *Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2020, p. 423 ss.
- R. BICHI, *Carattere recessivo della legislazione e giurisprudenza normativa: i «precedenti» tra ratio decidendi e legum inventores*, in *Il vincolo giudiziale del passato*, a cura di A. CARLEO, 2018, p. 223 ss.
- R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi.it*, 12 settembre 2018, p. 1 ss.
- J.I. BLANCK, *European Union Member States Sign Treaty to Terminate Intra-EU Bilateral Investment Treaties*, in *ASIL Insights*, vol. 24, Issue 18, 15 July 2020, disponibile al seguente link: <https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/18/european-union-member-states-sign-treaty-terminate-intra-eu-bilateral>.
- S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, p. 313 ss.
- A. BONAFINE–A. PANZAROLA, *Brevi considerazioni sul D.D.L. per la riforma del processo civile approvato dal Consiglio dei Ministri il 5 dicembre 2019*, in *Giustiziacivile.com*, 2019.
- K. BONDAR, *Annulment of ICSID and Non-ICSID Investment Awards: Differences in the Extent of Review*, in *Journal of International Arbitration*, 2015, p. 621 ss.
- P. BONFANTE, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti, ma non esecutivi nel senso e nella forma dei giudizi*, in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1921.
- G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2014.
- S. BOURQUE- S. FUNG LING TSUI, *A lawyer's introduction to smart contract*, in *Scientia Nobilitat Reviewed Legal Studies*, Łask, 2014, p. 4 ss.
- F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, 2008.
- F. BORTOLOTTI, *Drafting and negotiating international commercial contract, a practical guide*, Parigi, 2008.
- A. BOSSI, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Il civilista*, 2010, 5, p. 1 ss.
- M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 403 ss.

- M. BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di un patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 543, in nota a Cass., civ., 25 gennaio 1997, n. 781.
- M. BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1988, p. 688 ss.
- M. BOVE, *La Giustizia privata*, V ed., Milano, 2021.
- M. BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2002.
- M. BOVE, *La perizia contrattuale*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. GABRIELLI-F.P. LUISO, Torino, 2005.
- J.L. BOWER-C.M. CHRISTENSEN, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, in *Harvard Business Review*, 1995, p. 43 ss.
- F. BRAVO, *I sistemi privati di informazione creditizia*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGILOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 229 ss.
- L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2019, p. 395 ss.
- A. BRIGUGLIO, *Achmea and the day after Achmea, nota a Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 493 ss., in nota a CGUE, Grande Sez., 6 marzo 2018, causa C- 284/16.
- A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo della pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 657 ss., in nota a Corte cost., sent. 19 luglio 2013, n. 223.
- A. BRIGUGLIO-E. FAZZALARI-R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994.
- BROCHES, *Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes*, in *The Art of Arbitration. Essays on international arbitration*, Liber amicorum Pieter Sanders, a cura di J.C. SCHULTSZ-A.J. VAN DEN BERG, Deventer, 1982, p. 66 ss.
- BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 136, 1972, p. 331 ss.
- C.N. BROWER-S.W. SCHILL, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, in *Chicago Journal of International Law*, 2009, p. 471 ss.
- C. BROWN, *The Use of Precedents of other International Courts and Tribunals in Investment Treaty Arbitration*, in *Transnational Dispute Management*, 3, 2008.

- R. BRUNO, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione "adeguata" e "necessaria"*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 391 ss.
- E. BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *I Contratti*, 4, 2010, p. 422 ss.
- W.W. BURKE-WHITE-A.M. SLAUGHTER, *The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)*, in *Harvard International Law Review*, 47, 2006.
- BUSCH, *Self-regulation and regulatory intermediation in the platform economy*, in *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering. Standards, Contracts and Codes*, a cura di M.C. GAMITO-H.W. MICKLITZ, 2019, p. 115 ss.
- P. BUYLE-A. VAN DEN BRANDEN, *La robotisation de la justice*, in *L'intelligence artificielle et le droit*, a cura di H. JACQUEMIN - A. DE STREEL, Bruxelles, 2017, p. 296 ss.
- C. CALABRESI, *Svolta in materia di protezione degli investimenti nel settore delle energie rinnovabili*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 313, in nota a CSID 4 maggio 2017.
- P. CALAMANDREI, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, ried. 2019, p. 646.
- P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, II, in *Opere giuridiche*, VII, Roma, ried. 2019.
- P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, p. 3 ss.
- P. CALAMANDREI, *Per la definizione di fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, p. 274 ss.
- F. CALISAI, *La violazione degli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari – Il contratto di intermediazione davanti ai giudici, fino alla tanto attesa (o forse no) pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 155 ss..
- F. CALLEGARO, *Validità del contratto, conflitti di interesse e responsabilità nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2010, p. 605 ss.
- R. CALO, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, in *California Law Review*, 2015, 103, p. 513 ss.
- C. CAMARDI, *Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 549 ss.
- E.L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2, 2009, p. 240 ss.
- F. CAMPIONE, *La perizia contrattuale nel sistema dell'arbitrato e delle clausole vessatorie*, in *Riv. arb.*, 4, 2015, p. 701 ss., in nota a Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2015, n. 7176.

- B. CANADA-D. SLATE-B. SLATE, *A Data-Driven Exploration of Arbitration as a Settlement Tool: Does Reality Match Perception?*, in *N.Y. Disp. Resol. Law.*, Vol. 11, Issue 1, 2018, p. 45 ss.
- G. CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, in *Riv. arb.*, 2, 2019, p. 273 ss.
- A. CANDIAN, *Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 5, 2020, p. 720 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314.
- G. CANZIO, *Calcolo giuridico e nomofiliachia*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 169 ss.
- R. CAPONI, «*Natura*» *dell'arbitrato e controversie arbitrabili*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde* a cura di F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Napoli, 2010, p. 123 ss.
- B. CAPPIELLO, *Dallo "smart contract" computer code allo smart (legal) contract. I nuovi strumenti (para) giuridici alla luce della normativa nazionale e del diritto internazionale privato europeo: prospettive de jure condendo*, in *Riv. comm. internaz.*, 2, 2020, p. 477 ss.
- B. CAPPIELLO, *Il diritto europeo degli investimenti. Prospettive per una politica europea sostenibile*, Torino, 2019.
- B. CAPPIELLO, *Il mantenimento in vigore dei BITs intra europei e la legittimità della clausola compromissoria negli accordi bilaterali e multilaterali di investimento alla luce della sentenza Achmea*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 258 ss., in nota a CGUE, Grande Camera, 6 marzo 2018, causa C- 284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*.
- B. CAPPONI, *Arbitrato e perpetuatio jurisdictionis*, in *Riv. arb.*, 1, 2005, p. 260 ss., in nota a Cass. civ., sez. I, 21 luglio 2004, n. 13516.
- B. CAPPONI, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it).
- F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 270 ss.
- CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 51 ss.
- R. CARLEO, *Gli strumenti di tutela di risparmiatori e investitori istituiti presso la Consob: procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo, fondo di garanzia*, in *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, a cura di A.F.S. MARTORANO-V. DE LUCA, Milano, 2008, p. 361 ss.
- A. CARLEVARIS-A. CIAMPI, *Beyond Achmea: Implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and European Investors*, in *Riv. arb.*, 4, 2020, p. 661 ss.

- T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, II, Milano, 1951.
- T. CARNACINI-M. VASETTI, *Arbitri*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1937, I, p. 653 ss.
- F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, IV ed., Roma, 1951.
- F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico*, rist. Milano, 1992, p. 64 ss.
- M. CARNEY, *The Promise of FinTech – Something New Under the Sun?*, in *Deutsche Bundesbank G20 conference on “Digitising finance, financial inclusion and financial literacy”*, 2017.
- D.D. CARON, *Framing the Work of ICSID Annulment Committees*, in *World Arbitration & Mediation Review*, 6, 2012, p. 173 ss.
- D.D. CARON, *Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction between Annulment and Appeal*, in *ICSID Review*, 7, 1992, p. 21 ss.
- D.D. CARON-L.M. CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford, 2006.
- F. CARPI, *Profili del contraddittorio nell’arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 1 ss.
- F. CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 1049 ss.
- A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 491 ss.
- C. CASONATO-B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell’UE in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 2021, 3, p. 426 ss.
- G. CASSANO, *Le nuove forme di Alternative Dispute Resolution (ADR) nell’era di Internet*, in *Giur. it.*, 4, 2005, p. 883 ss.
- C. CASTELLI-D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018, p. 153 ss.
- C. CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: “prima lettura” del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. società*, 2007, p. 1445 ss.
- M. CAVALLO-M.L. MONTAGNANI, *L’industria finanziaria tra FinTech e TechFin. Prime riflessioni su Blockchain e Smart contract*, in *Fintech: diritti, concorrenza, regole: le operazioni di finanziamento tecnologico*, a cura di G. FINOCCHIARO-V. FALCE, Torino, 2019.
- C. CELLERINO, *More on the constitutional justification of the Achmea ruling and “less” on ... its impact on the Investment Court System*, in *The European Legal Forum*, 2019,

p. 85 ss., in nota a CGUE, Grande Camera, 6 marzo 2018, causa C- 284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*.

- A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 2019, p. 47 ss.
- S.A. CERRATO, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 3, 2020, p. 371 ss.
- S. CHESTERMAN, *We, the Robots? Regulating Artificial Intelligence and the limits of the law*, Cambridge, 2021.
- M. L. CHIARELLA, *Le Sezioni Unite e l'essenza della forma nei contratti-quadro d'investimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 3, 2018, p. 292 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1653.
- S. CHIARLONI, *Riflessioni minime su intelligenza artificiale e servizi giuridici*, in *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Scritti in memoria di Franco Cipriani*, III, Napoli, 2020, p. 2119 ss.
- F. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Ristampa con prefazione di Virgilio Andrioli, Napoli, 1980.
- A. CIAMPI, *EU's International Treaties, the New Investment Court System (ICS) and Human Rights*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019.
- A. CIAMPI, *Postilla. Perché il diritto europeo rimanga com'è, la nozione autonoma di "giurisdizione negoziale" deve cambiare*, in *Giur.it*, 2018, p. 1977 ss., in nota a CGUE, Grande Sez., 6 marzo 2018, causa C- 284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*.
- J. CILIBERTO: *Intra-EU BITs' Arbitration Clause and EU Law: the Countdown for the CJEU's Final Say*, in *Dir. comm. int.*, 2018, p. 217 ss., in nota a CGUE, Grande Sez., 6 marzo 2018, causa C- 284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*.
- E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 13 ss.
- P. COHEN-S. NAPPERT, *The March of the Robots*, in *Global Arbitration Review*, 15 febbraio 2017, disponibile al seguente link: <http://globalarbitrationreview.com/article/1080951/the-march-of-the-robots>.
- A. COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Società*, 2007, p. 8 ss.
- L. COMINELLI, *L'Online Dispute Resolution nel mondo: modelli a confronto*, in *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella Società dell'Informazione*, a cura di A. MAGGIPINTO, Milano, 2006, p. 67 ss.
- L.P. COMOGLIO, *Approccio comunitario e garanzie di tutela del consumatore*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde* a cura di F. AULETTA-G.P. CALIFANO-G. DELLA PIETRA-N. RASCIO, Napoli, 2010, p. 231 ss.

- L.P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino, 2018.
- C. CONSOLO, *Il rapporto tra arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1109 ss., in nota a Corte cost., sent. 19 luglio 2013, n. 223.
- C. CONSOLO, *La foglia di fico del (negato, ma per gli arbitri ICSID ancor più insostenibilmente) rinvio pregiudiziale. Da Denuit ad Achmea*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1975 ss., in nota a CGUE, Grande Camera, 6 marzo 2018, causa C- 284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*.
- C. CONSOLO, *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 17 ss.
- C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova, I ed., 2014.
- C. CONSOLO-M.DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 468 ss.
- C. CONSOLO-M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, nel nuovo arbitro bancario finanziario, "scrutatore" di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1652 ss.
- G. CONTISSA-G. LASAGNI-G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche algoritmi) e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Diritto di internet*, 2019, p. 619 ss.
- F. CORSINI, *L'arbitrato in materia finanziaria*, Relazione al convegno "L'arbitro nella moderna giustizia arbitrale", Camerino, 24-25 settembre 2010.
- V. COSSU, *Arbitrato e principio del contraddittorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 269 ss.
- F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti esteri nel diritto internazionale*, in *Neoliberismo internazionale e global economic governance*, a cura di A. COMBA, Torino, 2013, p. 131 ss.
- G. COSTANTINO, *La istituzione dell'«Arbitrato Bancario Finanziario»*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di F. AULETTA-G.P. CALIFANO-G. DELLA PIETRA- N. RASCIO, Napoli, 2010, p. 297 ss.
- M.R. COVELLI, *Dall'informatizzazione della giustizia alla «decisione robotica»? Il giudice del merito*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 125 ss.
- B.M. CREMADES, *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties* in, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, Colonia, 2001.

- S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 10, 2018, p. 1787 ss.
- C. CROFT-C. KEE-J. WAINCYMER, *A guide to the UNCITRAL arbitration rules*, Cambridge, 2013, p. 20 ss.
- P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2017, p. 107 ss.
- E. D'ALESSANDRO, *Clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione inibitoria nei contratti dei consumatori*, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 1211.
- E. D'ALESSANDRO, *Conclusione dell'accordo mediante atti di nomina degli arbitri?*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 237 ss., in nota a Cass. civ., sez. I, 2 febbraio 2007, n. 2256.
- E. D'ALESSANDRO, *Finalmente! La corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitrato e giudice*, in *Foro it.*, 2013, I, p. 2695 ss., in nota a Corte cost., sent. 19 luglio 2013, n. 223.
- E. D'ALESSANDRO, *La Corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il Consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *www.iudicium*, 2010, in nota a CGUE, Sez. I, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom*.
- E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza - Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 673 ss, in nota a CGUE, Sez. I, 26 ottobre 2006 C-168/05, *Mostaza-Claro*.
- J. DAHLQUIST, *Swedish Court Declines to Enforce an ICSID Award, but on EU Law Grounds Without Addressing Question of Post-Achmea Validity of Intra-EU BITs*, in *Investment Arbitration Reporter*, 5 febbraio 2019.
- D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, V, 2018, p. 385 ss.
- D. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *www.questionegiustizia.it*, 3 luglio 2019.
- M. DARBY-E. KARNI, *Free Competition and the Optimal Amount of Fraud*, in *Journal of Law and Economics*, 1973, vol. 16, issue 1, p. 67 ss.
- DAVOLA, *Blockchain e Smart Contract as a Service: prospettive di mercato a criticità normative delle prestazioni BaaS e SCaaS alla luce di un'incerta qualificazione giuridica*, in *Il Diritto industriale*, 2, 2020, p. 147 ss.
- E. DE BRANDABERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, 2014.



- M. DE FELICE, *Calcolabilità e probabilità. Per discutere di «incontrollabile soggettivismo della decisione»*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 37 ss.
- D. DE KERCKHOVE, *La decisione datacratica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 97 ss.
- J. M. DE LA JARA – A. INFANTES – D. PALMA, *Machine Arbitrator: Are We Ready?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 4 maggio 2017, disponibile al seguente link: <http://kluwarbitrationblog.com/2017/05/04/machinearbitrator-are-we-ready/>.
- S. DE LA OLIVA, «*Giustizia predittiva*», *interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del «justizklavier»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2019, p. 838 ss.
- G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 423 ss.
- G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996.
- G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, Padova, 1986.
- M. DE PAMPHILIS, *Azione “selettiva” di nullità e obbligo di lealtà dell'investitore: il criterio ordinante della buona fede nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 4, 2021, p. 806 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314.
- L. DE RENZIS, *Primi passi nel mondo della giustizia «high-tech»: la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanità*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 139 ss.
- G. DE STEFANO, *Attribution in International Investment Law*, Oxford University Press, 2020.
- G. DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile*, Milano, 1947, p. 21 ss.
- J.W. DEAN, *What Exactly Is Judicial Activism? The Charges Made Against the President's Judicial Nominees*, in *FindLaw*, 17 giugno 2005.
- I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 161 ss.
- DEMIRKOL, *Remedies in Investment Treaty Arbitration*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2015.
- O. DESIATO, *Le politiche dell'Unione europea in favore della degiurisdizionalizzazione e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2016, p. 1793 ss.

- S. DI BENEDETTO, *La proposta europea di una Corte multilaterale sugli investimenti: tra critiche all'attuale sistema di ISDS e rischi di future inefficienze*, in *Federalismi.it*, 6, 2018.
- F. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 119 ss.
- F. DI PORTO, *Big data e scienze cognitive: ripensare la disclosure regulation nel settore finanziario*, in *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico per i servizi finanziari*, a cura di M.T. PARACAMPO, Torino, 2017, p. 104 ss.
- R. DI RAIMO, *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 211 ss.
- D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2, 2017, p. 378 ss.
- A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, in *Oxford University Press*, Oxford, 2011.
- R. DOAK BISHOP-S.M. MARCHILI, *Annulment under the ICSID Convention*, Oxford, 2012.
- W.S. DODGE, *Investment Treaties between Developed States: The Dilemma of Dispute Resolution*, in *The future of investment arbitration*, a cura di C.A. ROGERS – R.P. ALFORD, Oxford University Press, 2009, p. 165 ss.
- A.A. DOLMETTA, *Disciplina di trasparenza e principio di trasparenza*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 193 ss.
- A.A. DOLMETTA-U. MALVAGNA, *Sul nuovo «ADR CONSOB»*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3, 2016, p. 251 ss.
- R. DOLZER-C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012.
- DONDI, *Processo civile, new technologies e implicazioni etico-professionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2019, p. 863 ss.
- I.L. DORE, *The UNCITRAL framework for arbitration in contemporary perspective*, Londra, 1993, p. 15 ss.
- C.F. DUGAN-D. WALLACE-N.D. RUBINS-B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2011.
- U. DULLECK-R. KERSCHBAMER-M. SUTTER, *The Economics of Credence Goods: An Experiment on the Role of Liability, Verifiability, Reputation, and Competition*, in *American Economic Review*, vol. 101(2), p. 526 ss.

- L. ENRIQUES, *Il ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 705.
- E. FABIANI, *Intelligenza artificiale e accertamento dei fatti nel processo civile*, in *Il giust. proc. civ.*, 2021, p. 49 ss.
- A. FACHECHI, *Natura arbitrale delle ODR aggiudicatorie. In particolare, la procedura UDRP*, in *Le Online Dispute Resolution*, a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016, p. 75 ss.
- G. FALCONE, *Tre idee intorno al c.d. "Fintech"*, in *Riv. dir. banc.*, II, 2018, p. 351 ss.
- D. FALCONIERI, *Contratto-quadro: è valido il contratto bancario e finanziario sottoscritto dal solo cliente*, in *IlSocietario.it*, 16 febbraio 2018, in nota a Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1653.
- J. FAIRFIELD, *Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection*, *Washington & Lee Law Review Online Edition*, 71, 2014, pp. 35-50.
- G. FAUCEGLIA, *La class action nel diritto degli strumenti finanziari e delle società: è possibile una via italiana alla tutela collettiva degli investitori?*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, p. 261 ss.
- E. FAZZALARI, *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, T. I, Milano, 2008, p. 47 ss.
- E. FAZZALARI, *Arbitrato nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, p. 81.
- E. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 7 ss.
- E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1996, p. 653 ss.
- E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1986, p. 819 ss.
- E. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 4, 2000, p. 704 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527.
- O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.
- M. FERMEGLIA-A. MISTURA, *The Fate of EU Environmental and Investment Law after the Achmea Decision*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, Vol. 17, 2020, p. 29 ss., in nota a CGUE, Grande Camera, 6 marzo 2018, causa C- 284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*.

- S. FERRERO, *Le clausole di elezione di foro e le convenzioni arbitrali “unilaterali”*. *Recenti sviluppi nel panorama internazionale e spunti di riflessione nel diritto italiano*, in *BusinessJus*, 6, 56, 2014.
- V. FERRO, *Il compromesso*, in *Arbitrato, profili sostanziali*, a cura di G. ALPA, I, Torino, 2000 p. 571 ss.
- F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001.
- G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 2, 2020, p. 713 ss.
- P. FIORIO, *Onere della prova, nesso di causalità ed operazioni non adeguate*, in *Giur. it.*, 2010, p. 343 ss.
- M. FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo*, Milano, 2005.
- T.M. FRANCK, *Fairness in the international legal and institutional system*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 240, 1993, p. 442 ss.
- N.F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell’intelligenza artificiale*, in *Contratto e impresa*, 1, 2020, p. 458 ss.
- A. FRIGNANI, *Libertà delle parti e clausole patologiche nell’arbitrato internazionale*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, I, p. 957 ss.
- T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Liber amicorum Pasquale Costanzo. Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, I, Genova, 2020.
- V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1980.
- L. FRUMENTO, *Le informazioni fornite ai clienti*, in *La Mifid in Italia*, a cura di L. ZITIELLO, Torino, 2009, p. 279 ss.
- E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 59 ss.
- E. GABELLINI, *L’attuazione della direttiva relativa alle ADR di consumo negli Stati europei: una breve panoramica*, in *Riv. arb.*, 2, 2018, p. 409 ss.
- E. GABRIELLI, *Il contenzioso dei contratti e l’arbitrato interno*, in *Riv. arb.*, 2/2021, p. 209 ss.
- G. GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, p. 555 ss.
- E. GAILLARD–H. RUIZ-FABRI, *EU Law and International Investment Arbitration*, IAI Series No. 11, 2018.

- L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, 2, 2017, p. 424 ss.
- T. GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, in *Riv. arb.*, 1/2011, II, p. 127 ss.
- T. GALLETTO, *Procedimento e processo nell'arbitrato: i problemi dell'istruzione probatoria*, in *Foro Padano*, 1, 2011, II, 1.
- A.M. GAMBINO, *Vizi e virtù del diritto computazionale*, in *Dir. Inform.*, 6, 2019, p. 1169 ss.
- M.P. GASPERINI, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 6, 2017, p. 135 ss.
- A. GATTINI-A. TANZI-F. FONTANELLI, *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, *Nijhoff International Investment Law Series*, Vol. 12, 2018, p. 128 ss.
- P. GHAFARI, *Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review*, in *Journal of World Investment & Trade*, 12, 2011, p. 604 ss.
- M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova 2010, p. 196 ss.
- C. GHISALBERTI, *La teoria del notorio nel diritto comune*, in *Annali storia del diritto*, 1957, p. 403 ss.
- M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contratto e impresa*, 3, 2019, p. 942 ss.
- P. GIAMPIERI, *L'opzione di arbitrato nell'esperienza statunitense e italiana*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 193 ss.
- A. GIARDINA, *L'arbitrato internazionale in materia di investimenti: impetuosi sviluppi e qualche problema*, in *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico*, a cura di N. BOSCHIERO-R. LUZZATTO, Napoli, 2008.
- G. GILBERT, *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2, 2011.
- G. GIOIA, *Il nuovo «pacchetto» della Commissione europea sull'Adr*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 697 ss.
- G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 1, 2018, p. 4 ss.
- C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Ricusaione degli arbitri*, in *Arbitrato*, a cura di F. CARPI, Bologna, 2016, p. 289 ss.

- C. GIORGETTI, *Cross Fertilisation of Procedural Law Among International Courts and Tribunals: Methods and Meaning*, in *Procedural fairness in international courts and tribunals*, a cura di A. SARVARIAN-F. FONTANELLI-R. BAKER-V. TSEVELEKOS, *Law School Journal art UR Scholarship Repository*, p. 223 ss.
- P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008.
- M. GIULIANO, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto del terzo millennio*, in *Dir. inform.*, 6, 2018, p. 989 ss.
- P. GOBIO CASALI, *Prodotti assicurativi finanziari: disciplina normativa, qualificazione giuridica e tutela informativa del risparmiatore*, in *Giust. civ.*, 2010, II, p. 301 ss.
- P. GOLDSMITH-B. YIN, *Intra-EU BITs: Competence and Consequences*, in *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*, a cura di N. KAPLAN-M. MOSER, 2018.
- G.F. GOSI, *La clausola compromissoria*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale. IV.*, II. *Clausole abusive*, a cura di P. CENDON, Torino, 2001, p. 665 ss.
- F. GOTTSCHALK, *What characterizes Credence Goods? A critical look at the literature*, in *SSRN Electronic Journal*, 12 febbraio 2018.
- M. GRANIERI – R. PARDOLESI, *Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, in *Il Foro Italiano*, V, 2012, p 247 ss.
- E. GRAZIUSO, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2013, p. 285 ss.
- F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010.
- F. GRECO, *Intermediazione finanziaria e regole d'informazione: la disomogeneità del quadro rimedi e la "tranquillità" della tradizione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2556 ss.
- F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 82, 2, p. 398 ss.
- F. GRECO, *La nullità «selettiva» e un necessitato ripensamento del protezionismo consumeristico, in esito alla pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2020, p. 835 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314.
- F. GRECO, *Obbligazioni Cirio e violazione dell'obbligo di informazione: un ulteriore tassello sul tavolo della roulette della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 428 ss.
- P. GROSSI, *Il ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

- P. GROSSI, *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 921 ss.
- U. GRUSIC, *The Evolving Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, in *10 Journal of World Investment & Trade*, 2009.
- S. GUADAGNO, *I confini dell'informazione precontrattuale e la "storia infinita" dei contratti di intermediazione finanziaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 241 ss.
- S. GUADAGNO, *Inadeguatezza e nullità virtuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 460 ss.
- A.V. GUCCIONE-C.A. RUSSO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2010, p. 475 ss.
- E. GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, p. 301 ss.
- E. GUERINONI, *Le controversie in tema di contratti di investimento: forma, informazione, ripensamento e operatore qualificato*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 35 ss.
- E. GUERINONI, *I contratti del consumatore: principi e regole*, Torino, 2011.
- G. GUIZZI, *Attualità e prospettive nel sistema della tutela del risparmio*, in *Corriere giur.*, 6, 2016, p. 745 ss.
- G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, p. 1216 ss.
- G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2010, p. 665 ss.
- G. GUIZZI, *Il valore delle decisioni dell'ABF (e dell'ACF) in un libro recente*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, p. 567 ss.
- G. GUIZZI, *Sull'oggetto e sui limiti del potere decisorio dell'ACF. Un primissimo bilancio*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 51 ss.
- G. GUIZZI, *Un anno di ACF tra risultati raggiunti e qualche incognita*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 5 ss.
- A. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, in *Dir. comm. internaz.*, 2017, p. 193 ss.
- M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, 1993.

- C.J.S. HODGES-I. BENÖHR-N. CREUTZFELDT-BANDA N., *Consumer ADR in Europe*, Oxford, 2012.
- O.W. HOLMES JR., *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 10, 1897, p. 457 ss.
- D. KEATS CITRON-F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Wash. Law Rev.*, 89, 2014, 1, p. 10 ss.
- J. KIRBY, *Efficiency in International Arbitration: Whose Duty Is It?*, in *Journal of International Arbitration*, 32, 6, 2015, p. 689 ss.
- A.R. KOULU, *Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement*, *SCRIPTed*, 13, 2016.
- B. INZITARI, *Violazione del divieto di agire in conflitto d'interessi nella negoziazione di strumenti finanziari*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 976 ss.
- N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.
- N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 20 ss.
- N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.
- S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di patto compromissorio e sulla sentenza che la decide*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di F. AULETTA-G.P. CALIFANO-G. DELLA PIETRA-N. RASCIO, Napoli, 2010, p. 451 ss.
- S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013.
- S. LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, 4, Milano, 2011.
- F. LAGIOIA-G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale per i diritti dei cittadini: il progetto Claudette*, in *Ragion pratica*, 2020, p. 88 ss.
- G. LA ROCCA, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 107 ss.
- G.P. LA SALA, *Intermediazione, disintermediazione, nuova intermediazione: i problemi regolatori*, in *Diritto del FinTech*, a cura di M. CIAN-C. SANDEI, Padova, 2020, p. 3 ss.
- M.R. LA TORRE, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Trattato di diritto dell'economia*, a cura di E. PICOZZA- E. GABRIELLI, Padova, p. 263 ss.
- G. LABORDE, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 1, 2010.



- M. LASCIALFARI, *Osservazioni sulla “trattativa individuale” avente ad oggetto clausole vessatorie di un contratto preliminare immobiliare*, in *Giust. civ.*, novembre 2021, in nota a Cass. civ., sez. VI, 14 gennaio 2021, n. 497.
- L. LAUDISA, *L’arbitro e il principio del contraddittorio*, in *Il giusto processo civile*, 2007, p. 373 ss.
- N. LAVRANOS, *A new Micula-type case on the horizon?*, in *Practical Law arbitration Blog*, 25 gennaio 2018.
- N. LAVRANOS, *Is an International Investor-to-State Arbitration System Under the Auspices of the ECJ Possible?*, in *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*, a cura di N.J. CALAMITA-D. EARNEST-M. BURGSTALLER, British Institute of International and Comparative Law, 2013, p. 129 ss.
- R. LENER, *Collocamento telematico di prodotti finanziari e servizi di investimento*, in *La tutela del consumatore in Internet e nel commercio elettronico*, a cura di E. TOSI, Milano, 2012, p. 439 ss.
- J. LEVINE, *Navigating the parallel universe of investor-State arbitrations under the UNCITRAL Rules*, in *Evolution in investment treaty law and arbitration*, a cura di C. BROWN-K. MILES-L. NOTTAGE, Cambridge, 2011, p. 372 ss.
- M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in *Mercati finanziari e protezione del consumatore*, a cura di M. GRILLO, Milano, 2010, p. 44 ss.
- P. LICCI, *I sistemi di risoluzione alternativa delle liti*, Frosinone, 2016.
- N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, p. 5 ss.
- E. LIVNI, *Nei tribunali del New Jersey è un algoritmo a decidere chi esce su cauzione*, in *Internazionale.it*, 2017.
- M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 63 ss.
- F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, vol. V, VII ed., Milano, 2011.
- F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, vol. V, XI ed., Milano, 2021.
- F.P. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 325 ss.
- F.P. LUISO, *L’arbitrato e la mediazione nell’esperienza contemporanea*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2011.

- F.P. LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 670 ss.
- F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1299 ss.
- F. P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 16 ss.
- F. P. LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 773 ss.
- M. LUPOI, *Giuscibernertica, informatica giuridica. Problema per il giurista*, in *Foro it.*, 1970, p. 79 ss.
- M.A. LUPOI, *Antisuit injunctions e arbitrato: l'esperienza inglese*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 441 ss.
- L. LUPOLI, *Manuale delle alternative Dispute Resolution. Le ADR nella normativa italiana ed europea*, Napoli, 2016.
- M. MAFFUCCINI, *Equità del giudice e potere arbitrario tra storia e attualità: riflessioni a margine di Corte cost. 6.7.2004, n. 206 e di Cass. 11.1.2005, n. 382*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 56 ss.
- F. MAGGINO-G. CICERCHIA, *Algoritmi, etica e diritto*, in *Dir. inform.*, 6, 2019, p. 1161 ss.
- M. MAGILLO, *L'arbitrato in materia di investimenti. Convenzione di Washington. ICSID*. in *Appunti di diritto dell'arbitrato*, a cura di G. IUDICA, Torino, 2011.
- M.C. MALAGUTI, *L'esperienza dell'arbitrato nell'ambito della finanza internazionale*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 17 ss.
- M.C. MALAGUTI-A. PIETRANGELI-M. SILVI, *Why and how to upgrade the Italian model BIT*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2017, p. 389 ss.
- U. MALAVAGNA, *La cessione del quinto dello stipendio o della pensione e la delegazione di pagamento*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 742 ss.
- F. MALERBA-N. BENTOGGIO, *Impatto della Mifid sul contenzioso tra banche e clienti - I profili di adeguatezza e appropriatezza*, in *La Mifid in Italia*, a cura di L. ZITIELLO, Torino, 2009, p. 939 ss.
- G. MAMMONE, *Considerazioni introduttive sulla decisione robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 23 ss.
- A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2017, p. 1064 ss.

- T. MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 665 ss.
- C. MANCUSO, *La clausola compromissoria nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e consenso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1213 ss.
- M. FRANCESCA, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2015.
- R. MARAGNO, *L'orientamento del Tribunale di Venezia in tema di sanzioni degli inadempimenti ai doveri informativi a carico degli intermediari finanziari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1280 ss.
- R. MARAGNO, *La nullità del contratto di intermediazione di valori mobiliari per difetto di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 932 ss.
- D. MARCHESI, *L'inefficienza della giustizia civile, conseguenze sull'economia, in L'Italia da semplificare: I. Le istituzioni*, a cura di S. CASSESE-G. GALLI, Bologna, 1998.
- R. MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 57 ss.
- C. MARESCA, *La sfida della trasposizione delle online dispute resolution sul suolo europeo: strumento realmente efficace o una chimera?*, in [Giustiziacivile.com](http://Giustiziacivile.com), 10 agosto 2021.
- R. MARIANI-M. ZANIN, *Impatto della Mifid sul contenzioso tra banche e clienti - Il conflitto di interessi*, in *La Mifid in Italia*, a cura di L. ZITIELLO, Torino, 2009, p. 957 ss.
- M. MARINARI, *L'ambito soggettivo e oggettivo di competenza. I limiti temporali*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 110 ss.
- M. MARINARI, *La disciplina dell'onere della prova nel procedimento ABF*, in *Società*, 2018, p. 489 ss., in nota a ABF, Coll. coord., n. 7716/2017.
- M. MARINARI, *Ulteriori questioni processuali: in particolare i rapporti con altri procedimenti e l'onere della prova*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 146 ss.
- M. MARINARO, *Il procedimento ABF nel quadro dei sistemi ADR: la risoluzione delle liti bancarie tra efficienza della giustizia e regolazione del mercato*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 73 ss.

- E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009.
- L. MAROTTI, *Il doppio grado di giudizio nel processo internazionale*, Torino, 2019.
- F. MARRELLA, voce *Arbitrato in materia di investimenti*, in *Enc. Treccani-Diritto online*.
- R. MARTINO, *Decisione equitativa e "principi informativi della materia"*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1353 ss.
- R. MARTUSCELLI, *Mutualità e unilateralità della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it).
- F. MATTASOGLIO, *Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2018, p. 226 ss.
- M.R. MAUGERI, *ABF e legittimazione a sollevare quesiti costituzionali*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 28 ss.
- M.R. MAURO, *Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: contract claims v. treaty claims*, in *Dir. comm. internaz.*, 2016, p. 728 ss.
- M.R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003.
- M.R. MAURO, *Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato ed investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 67 ss.
- K.M. MEESSEN, *The Application of Rules of Public International Law within Community Law*, in *Common Market Law Review*, Volume 13, Issue 4, 1976, p. 485 ss.
- L. MELCHIONDA, *The European Court of Justice ruling in Achmea v. Slovak Republic: more questions than answers*, in *Dir. comm. internaz.*, 2018, p. 337 ss., in nota a CGUE, Grande Camera, 6 marzo 2018, causa C- 284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*.
- A.J. MENAKER, *What the Explosion of Investor-State Arbitrations May Portend for the Future of BITs*, in *The future of investment arbitration*, a cura di C.A. ROGERS – R.P. ALFORD, Oxford, 2009, p. 164 ss.
- S. MENCHINI, *Nota a Corte costituzionale del 19 luglio 2013*, in *Riv. arb.*, 1, 2014, p. 99 ss.
- G.A. MICHELI, «*Iura novit curia*», in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 596 ss.
- N. MICHELI, *Principi generali del contratto di attività di intermediazione finanziaria: limiti alla risarcibilità del danno non prevedibile*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 416 ss.

- A. MIGNOLLI, *Arbitrato ICSID e tempestività dell'assoggettamento agli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 580 ss.
- C. MILO, *Il principio della parità delle armi nell'arbitrato in materia di investimenti: una tutela incompleta?*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 1 settembre 2021, p. 707 ss.
- E. MINERVINI, *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in *I contratti bancari*, a cura di E. CAPOBIANCO, Torino, 2016, p. 660 ss.
- E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, in *Le Online Dispute Resolution*, a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016, p. 7 ss.
- E. MINERVINI, *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Online Dispute Resolution*, a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016, p. 45 ss.
- C. MIRIELLO, *Intermediazione finanziaria: inquadramento contrattuale e conseguenze dell'inosservanza degli obblighi informativi. Prime note*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 451 ss.
- A. MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 3, 2018, p. 275 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1653.
- B.D. MITTELSTADT-P. ALLO-M. TADDEO-S. WACHTER-F. FLORIDI, *The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate*, 2016, in <https://ssrn.com/abstract=2909885>, p. 8 ss.
- F. MOCCI, *Il conflitto di interessi: mappatura dei conflitti, costruzione della conflict policy, registro dei conflitti di interessi*, in *La Mifid in Italia*, a cura di L. ZITIELLO, Torino, 2009, p. 170 ss.
- A. MOURRE, *Giurisprudenza arbitrale e confidenzialità nell'arbitrato internazionale*, in *Arbitrato e riservatezza*, a cura di R. SALI-A. MALATESTA, Padova, 2011, p. 59 ss.
- G. MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*, in *Giust. civ.*, 3, 2001, p. 761 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527.
- L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1899.
- J.D. MORTENSON, *The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, in *51 Harvard International Law Journal*, 2010, p. 257 ss.
- R. MUNHOZ DE MELLO, *Brevi osservazioni in tema di tutela degli interessi collettivi degli investitori ex art. 32 bis, T.U.F.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 931 ss.
- R. MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*, in *Corr. giur.*, 5, 2005, p. 655 ss., in nota a Cass. civ., sez. I, 21 luglio 2004, n. 13516.

- B. MUSCO CARBONARO-A. PANTALEO, *Impatto della Mifid sul contenzioso tra banche e clienti - Gli obblighi informativi*, in *La Mifid in Italia*, a cura di L. ZITIELLO, Torino, 2009, p. 917 ss.
- A. NASCOSI, *La nuova Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la CONSOB*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2009, p. 963 ss.
- R. NATOLI, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto “di risparmio”*, in *Contratti*, 2010, p. 67 ss.
- P. NELSON, *Information and consumer behavior*, in *Journal of Political Economy*, 1970, 78, p. 311 ss.
- T. NGUYEN, *Most Favoured Nation Clause in Investment Treaties*, 2015.
- A.M. NIENABER-G. SCHEWE, *Enhancing trust or reducing perceived risk, what matters more when launching a new product?*, in *International Journal of Innovation Management*, 18(01), 2014.
- J. NIEVA FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019.
- M.D. NOLAN-F.G. SOURGENS, *Limits of consent – Arbitration without privity and beyond*, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, a cura di M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS-D. ARIAS, Madrid, 2010.
- M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 137 ss.
- E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell’arbitrato*, Torino, 2011.
- R. OLIVA, *Inesistenza della clausola compromissoria*, in *Arbitrato in Italia*, 5, 2020, p. 39 ss., in nota a Lodo arbitrale, Padova, 21 gennaio 2020.
- M. PACCHIONI, *In tema di clausole compromissorie*, in *Giur. it.*, 1942, I, p. 60.
- S. PAGLIANTINI, *La frammentazione del contraente debole*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 193 ss.
- M.C. PAGLIETTI-M.I. VANGELISTI, *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento di interessi nella PSD2*, Roma, 2020.
- I. PAGNI, *L’arbitro bancario finanziario: natura e funzioni di uno strumento particolare per la risoluzione delle controversie*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 3 ss.
- K. PAISLEY-E. SUSSMAN, *Artificial Intelligence Challenges and Opportunities for International Arbitration*, in *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, 2018, p. 35 ss.

- A. PAIVA–C. MARTINHO, *Affect in Interactions. Towards a New Generation of Computer Interfaces*, Berlino–New York, 2000.
- M. PALMIRANI, *Interpretabilità, conoscibilità, spiegabilità dei processi decisionali automatizzati*, in *XXVI Lezioni di Diritto dell’Intelligenza Artificiale*, a cura di U. RUFFOLO, Torino, 2021, p. 69 ss.
- F.M. PALOMBINO, *Il trattamento «giusto ed equo» degli investimenti stranieri*, Bologna, 2012.
- L. PANTALEO, *La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2018, p. 689 ss., in nota a CGUE, Grande Camera, 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*.
- L. PANTALEO, *Member States Prior Agreements and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment*, in *European Foreign Affairs Review*, Volume 19, Issue 2, 2014, p. 307 ss.
- A. PANZAROLA, *Il processo civile e la rivoluzione tecnologica all’alba dell’era dell’Intelligenza Artificiale (considerazioni generali)*, in *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO, Milano, 2022, p. 799 ss.
- A. PANZAROLA, *Una lezione attuale di garantismo processuale: le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, Vol. 74, 1, 2019, p. 162 ss.
- C.E. PAPADIMITRIU, *Online dispute resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, in *Rivista di diritto del risparmio*, 1, 2021, p. 22 ss.
- M.T. PARACAMPO, *Educazione finanziaria e protezione dei risparmiatori: miti e realtà*, in *Analisi giur. econ.*, 2010, p. 535 ss.
- M.T. PARACAMPO, *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017, p. 3 ss.
- M.T. PARACAMPO, *FinTech tra algoritmi, trasparenza e algo-governance*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, vol. 2, 2019, p. 213 ss.
- R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l’attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 535 ss.
- L. PAROLA-P. MERATI-G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 6, 2018, p. 681 ss.
- A.R. PARRA, *The History of ICSID*, Oxford, 2012.
- P. PASCHALIDIS–W. SADOWSKI, *EU countries to cancel BITs post-Achmea*, 17 January 2019.

- G. PASSAGNOLI, *Il diritto civile al tempo dell'intelligenza artificiale: spunti per una problematizzazione*, in *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, a cura di S. DORIGO, Pisa, 2020, p. 74 ss.
- L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018.
- F. PATRONI GRIFFI, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 175 ss.
- S. PATTI *Le clausole generali nel diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 25 ss.
- S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO-E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 380 ss.
- F.P. PATTI, *Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, in *I contratti*, 2011, p. 113 ss.
- J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, in *10 ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232 ss.
- J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2005.
- J. PAUWELYN, *At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as A Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2014, p. 372 ss.
- M. PELLEGRINI, *Alternative Resolution Techniques in Banking Disputes*, in *European Business Law Review*, 1, 2010, p. 43 ss..
- M. PELLEGRINI, *Il diritto cybernetico nei riflessi sulla materia bancaria e finanziaria*, in *Liber amicorum Guido Alpa*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Milano, 2019, p. 361 ss.
- M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007.
- G. PERCOCO, *Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB all'Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Riv. arb.*, 1, 2017, p. 191 ss.
- P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 583 ss.
- L. PERSICO, *Elettronica, cibernetica e processo (dal verbale magnetico al massimario automatico)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 1727 ss.
- G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in *Informatica e diritto*, XXXIII, Vol. XVI, 1-2, 2007, p. 477 ss.



- L. PICCININI, *Azioni di impugnativa negoziale e oggetto del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1084 ss.
- A. PIERUCCI, *L'Arbitro Bancario e Finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. comm.*, 4, 2014, p. 811 ss.
- C. PILIA, *L'intelligenza artificiale e la mediazione nei sistemi ADR/ODR*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO, Milano, 2022, p. 857 ss.
- G. PITRUZZELLA, *Fintech e i nuovi scenari competitivi nel settore finanziario-credizio e assicurativo*, in *Fintech: diritti, concorrenza, regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*, a cura di G. FINOCCHIARO-V. FALCE, Torino, 2019.
- F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. PIZZETTI, Torino, 2018, p. 5 ss.
- L. PONTIROLI-P. DUVIA, *Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della Mifid*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 159.
- M. POTESTÀ, *Il consenso all'arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospite dell'investimento*, in *Dir. comm. int.*, 2010, p. 379 ss.
- L. PURPURA, *Strumenti finanziari e dovere di informazione degli intermediari: un "moderno" approccio giurisprudenziale a confronto con la normativa post Mifid*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 609 ss.
- A. PUNZI, *Diritto in formazione*, Torino, 2018.
- C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, II ed., Padova, 2012.
- C. PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, 1965.
- C. PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 395 ss.
- E. QUADRI, *L'"arbitrato bancario finanziario" nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giust. civ. comm.*, 2010, p. 305 ss.
- A. QUARTA-G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Le Monnier Università, 2020.
- F. QUARTA, *Il credito al consumo*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. BALESTRA-R. DI RAIMO-D. MAFFEIS-M. MAGGIOLO-M. MARINARO-R. NATOLI-S. PAGLIANTINI-G. RECINTO, Milano, 2021, p. 878 ss.
- S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, in *Cass. pen.*, 4, 2019, p. 1748 ss.

- S. QUINTARELLI, *Intelligenza Artificiale. Cos'è davvero, come funziona, che effetti avrà*, Torino, 2020.
- C. RASIA, *Il nuovo Regolamento UE n. 1215/2012 e l'arbitrato: a storm in a tea-cup*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 193 ss..
- E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959.
- F. REGGIO, *Concordare la norma. Gli strumenti consensuali di soluzione della controversia in ambito civile: una prospettiva filosofica-metodologica*, Padova, 2017.
- A.A. REHBEIN, *Artificial intelligence in international arbitration: from the legal prediction to the awards issued by robots*, 19 febbraio 2019, p. 3, disponibile al seguente link: [/https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4cafac6b-4243-4983-a1dd-42fa77f38a16](https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4cafac6b-4243-4983-a1dd-42fa77f38a16)
- F. RESCIO, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, Frosinone, 2015.
- A. RESPONDEK, *Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings*, in *Journal of International Arbitration*, 31, 2014, p. 499 ss.
- N. RESTAINO, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento arbitrale e decisorietà del lodo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, V, p. 100 ss., in nota a Cass. civ., 14 marzo 1953, n. 611.
- E.F. RICCI, *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 673 ss.
- E.F. RICCI, *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, II, Torino, 1981, p. 126 ss.
- E.F. RICCI, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grande arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351 ss.
- E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 259 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527.
- E.F. RICCI, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 557 ss.
- E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato amministrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2001, p. 1 ss.
- E.F. RICCI., *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, a cura di E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Milano, 2006, p. 24 ss.
- E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 635 ss.

- M. RINALDO, *Quando la nullità (“selettiva”) invocata dall’investitore trascende in abuso*, in *Riv. notar.*, 2, 2020, p. 327 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314.
- M. RISPOLI FARINA, *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie nel settore finanziario. Pluralità di modelli ed effettività della tutela*, in *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall’istituzione della Commissione nazionale per le società e la borsa*, a cura di G. MOLLO, in *Quaderni Giuridici Consob*, n. 9, Roma, 2015, p. 267 ss.
- A. ROBERTS, *Incremental, systemic, and paradigmatic reform of investor-State arbitration*, in *American Journal of International Law*, 112(3), p. 410 ss.
- C.A. ROGERS, *Arbitrator Intelligence: From Intuition to Data in Arbitrator Appointments*, in *N.Y. Disp. Resol. Law.*, Vol. 11, Issue 1, 2018, p. 41 ss.
- C. ROMEO, *Il conflitto di interessi nei contratti di intermediazione*, in *Contratti*, 2009, p. 441 ss.
- F. ROMEO, *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 647 ss.
- N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, IV ed., Torino, 2013.
- V. ROPPO, voce *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur. Treccani VI*, Roma, 1996.
- V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 485 ss.
- S. ROSE ACKERMAN-J. TOBIN, *Do BITs Developing Countries?*, in *The future of investment arbitration*, a cura di C.A. ROGERS – R.P. ALFORD, Oxford, 2009, p. 131 ss.
- P. ROSSI, *Razionalismo occidentale e calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 29 ss.
- T. ROSSI, *Effettività della tutela nella recente regolamentazione europea di ADR e ODR*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 831 ss.
- M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, Padova, I, 2010.
- M. RUBINO SAMMARTANO, *Vittoria di tappa - Arbitrato irrituale come processo: un sogno impossibile?*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 704 ss.
- S. RUPERTO, *L’arbitro bancario finanziario*, in *Banca, Borsa Tit. Cred.*, 2010, p. 325 ss.
- R. SABIA-C. TRECROCI, *Ascesa e declino dell’«Investor-State Arbitration», fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e Free Trade Agreements multilaterali*, in *Riv. arb.*, 1, 2016, p. 165 ss.

- E. SABATELLI, *Validità del prodotto finanziario My Way e tutela dell'investitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, p. 356 ss.
- G. SACERDOTI, *Alternative all'arbitrato degli investimenti: protezione diplomatica e arbitrato interstatale*, in *Trattato di Diritto dell'Arbitrato. L'Arbitrato negli investimenti internazionali*, a cura di D. MANTUCCI, Vol. XIII, 2020, p. 1 ss.
- G. SACERDOTI, *Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2004, p. 1 ss.
- R. SALI, *Arbitrato amministrato*, in *Digesto civile*, 2007.
- E. SALOMONE, *La Corte di Giustizia sulla clausola arbitrale nei contratti dei consumatori: riflessioni sull'ordine pubblico comunitario e sull'impugnazione dei lodi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, p. 701 ss.
- L. SALVANESCHI, *Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840. Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2014.
- L. SALVANESCHI, *La domanda d'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 645 ss.
- L. SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 427 ss.
- D. SAMUELS, *The Unusual Suspects—Easier to Find with GAR's ART*, in *N.Y. Disp. Resol. Law.*, Vol. 11, Issue 1, 2018.
- V. SANGIOVANNI, *Class action e tutela contrattuale degli investitori*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 611 ss.
- V. SANGIOVANNI, *Il contratto d'intermediazione finanziaria*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 770 ss.
- V. SANGIOVANNI, *L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la Mifid*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1385 ss.
- V. SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 29 giugno 2012.
- V. SANGIOVANNI, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto d'intermediazione finanziaria*, in *Corr. mer.*, 2011, p. 140 ss.
- V. SANGIOVANNI, *Omessa informazione sulla rischiosità dell'investimento e risoluzione del contratto*, in *Corr. mer.*, 2009, p. 973 ss.
- V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisori dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 17 ottobre 2012.

- M. SANNIA, *Commento sub art. 1469-bis, comma 1*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. CESARO, Padova, 1998, p. 101 ss.
- F. SANTAGATA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa. Rivista trimestrale*, 2020, p. 467 ss.
- F. SANTAGATA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO, Milano, 2022, p. 815 ss.
- G. SANTAGATA, *Rapporti tra giurisdizione ordinaria e arbitrato: una peculiare questione di diritto intertemporale*, in *Riv. arb.*, 3, 2005, p. 523 ss., in nota a Cass. civ., sez. I, 21 luglio 2004, n. 13516.
- V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali fra intermediario e cliente*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. GABRIELLI-R. LENER, 1° vol., Torino, 2011, p. 281 ss.
- G. SARTOR, *Il diritto nell'informatica giuridica*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2015, p. 71 ss.
- F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011.
- F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 25 ss.
- F. SARTORI, *Violazione delle regole informative e modelli di responsabilità*, in *L'attuazione della Mifid in Italia*, a cura di R. D'APICE, Bologna, 2010, p. 615 ss.
- B. SASSANI, *Nota a Corte costituzionale del 19 luglio 2013*, in *Riv. arb.*, 1, 2014, p. 109 ss.
- B. SASSANI, *Sub art. 808 ter, AA.VV., Commentario del codice di procedura civile*, a cura di P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI E R. VACCARELLA, VII, Torino, 2014.
- L. SAUNDERS, *Fintech and consumer protection: a snapshot, Report on National Consumer Law Center*, 2019, disponibile al seguente link: <http://bit.ly/2Tx9BmG>.
- F. SBORDONE, *L'UNCITRAL e l'edificazione di un Global ODR System*, in *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, a cura di E. MINERVINI, Napoli, 2016, p. 53 ss.
- L.A. SCARANO, *Sub art. 1469-ter*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, Milano, 2003, p. 958.
- C. SCHENA-A. TONDA- C. ARLOTTA-G. POTENZA, *Lo sviluppo del Fintech. Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in *Quaderni FinTech Consob*, 2018, p. 36 ss.
- J. SCHEU-P. NIKOLOV, *The Setting Aside and Enforcement of Intra-EU Investment Arbitration Awards after Achmea*, in *Arbitration International*, 2020.

- S.W. SCHILL, *Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, p. 577 ss.
- S.W. SCHILL, *Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*, in *Minnesota Journal of International Law*, 18, 2009.
- G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988.
- A. SCHLESINGER, *The Supreme Court: 1947*, in *Fortune magazine*, Vol. XXXV, 1, 1947.
- C.H. SCHREUER, *Consent to Arbitration*, in *The Oxford Handbook of International Investment*, a cura di P. MUCHLINSKI-F. ORTINO-C.H. SCHREUER, Oxford, 2008, p. 830 ss.
- C.H. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009.
- C.H. SCHREUER-L. MALINTOPPI-A. REINISCH-A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 190.
- M. L. SERRA, *Brevi note sulla disciplina istitutiva della Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob*, in *Studium Iuris*, 2009, p. 262 ss.
- S. SHAVELL, *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*, in *The Journal of Legal Studies*, The University of Chicago Press, Vol. 24, 1, 1995, p. 1 ss.
- D. SICLARI, *La tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari. Spunti di riflessione*, in *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs*, in *Quaderni Giuridici Consob*, 16 febbraio 2018, p. 23 ss.
- D. SICLARI-G. SCIASCIA, *Innovazione finanziaria e rafforzamento del mercato unico per i servizi finanziari retail: sfide, rischi, risposte della regolazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, I, 2, 2016, p. 184 ss.
- A. SIGNORELLI, *L'attivismo giudiziario tra diritti fondamentali e sicurezza giuridica: dal giudice bouche de la loi al giudice law-maker*, in *Les Cahiers Jean Monnet*, 2020, p. 457 ss.
- A. SIGNORELLI, *Servizi finanziari e tutela dell'investitore sul banco di prova del Fintech: new eve for consumerism?*, in *Fintech, Smart Technologies e governance dei mercati. L'impatto del digitale sul settore bancario, finanziario e sulla regolazione pubblica*, a cura di A. NUZZO, Roma, 2022, p. 399 ss.
- A. SIGNORELLI, *The Intra-EU Investment Dispute Settlement After Achmea: Towards an Integrated Model of Justice*, in *2019 ESIL Annual Conference*, Atene, 24 maggio 2020, disponibile al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3609561>.

- P. SIRENA, *I sistemi ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 9, p. 1772 ss.
- J. SKLAROFF, *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*, in *Prize Winning Papers*, 2018, p. 9 ss.
- N. SOLDATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Milano, 2005.
- N. SOLDATI, *L'Arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 2009, p. 853 ss.
- N. SOLDATI, *La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 209, p. 423 ss.
- M. SORNARAJAH, *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge, 2010, p. 324.
- N. SOTGIU, *Natura e regime dell'eccezione di nullità del patto compromissorio nel giudizio di impugnazione avverso il lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 299 ss. in nota a Cass. civ., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9070.
- C. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009.
- D. SPREAFICO-D. PENNATI, *L'adeguatezza e l'appropriatezza*, in *La Mifid in Italia*, a cura di L. ZITIELLO, Torino, 2009, p. 327 ss.
- M. STELLA, *Cala il sipario sull'arbitrato degli investimenti "intra-UE": la Corte UE esige che le liti tra investitori e Stati membri siano decise da giudici togati*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1969 ss., in nota a CGUE, Grande Sez., 6 marzo 2018, causa C- 284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*.
- J. STUYCK–E. TERRY–V. COLAERT–T. VAN DYCK–N. PERETZ–N. HOEKX–P. TERESZKIEWICZ, *An Analysis and Evaluation of Alternative Means of Consumer Redress Other than Redress through Ordinary Judicial Proceedings: Final Report*, Catholic University of Leuven, 17 gennaio 2007, disponibile al link: [ec.europa.eu/consumers/redress/reports\\_studies/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/index_en.htm).
- M. SUMMA, *L'eccezione di applicabilità di una clausola compromissoria è un'eccezione di rito e dà luogo a una questione di giurisdizione*, *Diritto & Giustizia*, 226, 2021, p. 4 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 24 novembre 2021, n. 36374.
- M. SUMMA, *Non è affetto da nullità il contratto quadro di investimento sottoscritto dal solo investitore*, in *Diritto & Giustizia*, 11, 2018, p. 9 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1653.
- A. TANZI–F. CRISTIANI, *International investment law and arbitration: an introductory casebook*, Assago, 2013.

- G. TARANTINO, *Fideiussioni redatte secondo lo schema ABI: contratto salvo, nulle solo le clausole 'anticoncorrenziali'*, in *Diritto & Giustizia*, 246, 2021, p. 11 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994.
- M. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 551 ss.
- M. TARUFFO, *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 1241 ss.
- M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza del ragionamento del giudice*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002.
- G. TARZIA, *Sub art. 829*, in G. TARZIA-R. LUZZATTO-E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994*, n. 25, Padova, 1995.
- M. TEGMARK, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2017, p. 143.
- G. TEUBNER, *Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten*, in *Ancilla Iuris*, 2018.
- F. TIZI, *La forma dell'accordo arbitrale rituale*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 629 ss.
- C. TRAPUZZANO, *L'arbitrato internazionale in tema di investimenti*, in *Giust. civ.*, 24 marzo 2016.
- C. TREVINO, *State-to-State investment Treaty Arbitration and the Interplay with Investor-State Arbitration Under the Same Treaty*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, p. 199 ss.
- G. TRISORIO LIUZZI, *Questioni pregiudiziali e sospensione del giudizio arbitrale*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di F. AULETTA-G.P. CALIFANO-G. DELLA PIETRA-N. RASCIO, Napoli, 2010, p. 843 ss.
- G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 11 novembre 2020.
- R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2883 ss., in nota a Corte cost., sent. 19 luglio 2013, n. 223.
- L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004.
- G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- M. VATIERO, *Smart contracts and transaction costs*, 2018, in <https://www.ec.unipi.it/documents/Ricerca/papers/2018-238.pdf>



- T. VEBLEN, *Theory of the Leisure Class: An Economic Study of Institutions*, 1899.
- V. VECCHIONE, *Sulla validità della clausola compromissoria unilaterale*, in *Giur. it.*, 1963, p. 65 ss.
- F. VELLA, *Arbitri e giudici che decidono*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 312 ss.
- G. VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. VERDE, III ed., Torino, 2005.
- G. VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2000, p. 43 ss.
- G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, V ed., Torino, 2015.
- N.W. VERMEYS – K. BENYEKHLIF, *ODR and the Courts*, in *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, a cura di M.S. ABDEL WAHAB-E. KATSH-D. RAINEY, La Haye, 2012, p. 295 ss.
- V. VIGORITI, *L'arbitrato amministrato*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 369 ss.
- V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di Adr e di Odr*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 313 ss.
- E. VINCENTI, *Il «problema» del giudice robot*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 111 ss.
- L. VIOLA, voce *Giustizia Predittiva*, in *Enc. Giur. Treccani online*, 2018.
- E. VULLO, *Una conferma in tema di applicazione del principio del contraddittorio nell'arbitrato rituale*, in *Dir. arb.*, 1995, p. 441 ss., in nota a Cass. civ., 17 dicembre 1993, n. 12517.
- T.W. WÄLDE, *Procedural Challenges in Investment Arbitration under the Shadow of the Dual Role of the State: Asymmetries and Tribunals' Duty to Ensure, Pro-actively, the Equality of Arms*, in *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, a cura di K. YANNACA-SMALL, 2010, Oxford University Press, p. 161 ss.
- M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1921.
- T. WISCHMEYER, *Artificial Intelligence and Transparency: opening the Black Box*, in *Regulating Artificial Intelligence*, a cura di T. WISCHMEYER-T. RADEMACHER, Cham, 2020, p. 75 ss.
- F. YALA, *The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, in *22 Journal of International Arbitration*, 2005, p. 105 ss.

- G. ZARRA, *International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors*, in *Legal Sources in Business and Human Rights*, a cura di M. BUSCEMIN. LAZZERINI-L. MAGI-D. RUSSO, Leiden, 2020, p. 52.
- G. ZARRA, *Parallel proceedings in investment arbitration*, Torino, 2016.
- G. ZARRA, *Rinuncia preventiva all'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali e compatibilità con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. arb.*, 2, 2016, p. 293 ss.
- G. ZARRA, *The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the EU and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step forward or a Hasty Reform?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2018, p. 389 ss.
- D.A. ZETSCHE-R.P. BUCKLEY-D.W. ARNER-J.N. BARBERIS, *From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance*, in *European Banking Institute Working Paper Series*, 2017, p. 6.
- C. ZOPPÈ, *Clausole arbitrali e di conciliazione nei contratti conclusi dai consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 107 ss.
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2010, p. 141 ss.
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016.
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 470 ss.
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato, Commentario diretto da F. CARPI*, II ed., Bologna, 2007, p. 93 ss.
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato, Commentario diretto da F. CARPI*, III ed., Bologna, 2016, p. 68 ss.
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808 c.p.c.*, in *Arbitrato, Commentario diretto da F. CARPI*, III ed., Bologna, 2016, p. 174 ss.
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2014, p. 997 ss.