

**LUISS - LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI**

**GUIDO CARLI**

*Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico - XXII ° Ciclo*

**Tesi di dottorato**

*Le Adr e i poteri giustiziali presso le Autorità indipendenti*

*(i casi di Bankitalia, Consob e Agcom)*

*Tutor*

Ill.mo Prof. Francesco Capriglione

*Co-tutor*

Ill.ma Prof.ssa Mirella Pellegrini

*Dottoranda*

Francesca Mariani

## **SINTESI**

Con l'occasione introdotta dalla entrata in vigore del cosiddetto "decreto mediazione", n. 28 del 2010, la tesi di dottorato intende affrontare la tematica delle Adr sotto il particolare profilo di quelle speciali procedure alternative che il predetto decreto, nelle proprie norme, ha fatto espressamente "salve" e che risiedono, in maniera più o meno esplicita, presso alcune Autorità indipendenti.

Si tratta, in particolare, della procedura Adr dell'Arbitro Bancario Finanziario, delineata da Bankitalia, e di quella della Camera di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob, entrambe menzionate nell'articolo 5 del decreto mediazione.

Inoltre, l'interesse è indirizzato alla procedura ADR disciplinata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, alla quale è dedicato il terzo Capitolo (per il quale si vedano le esclusioni di cui all'articolo 23, comma 1, del citato decreto).

Le predette procedure, peraltro, rientrano nel modello delle cosiddette ADR di natura *decisoria*, potendo concludersi con un atto più o meno vincolante che attribuisce ragioni e torti fra le parti (più precisamente, l'ABF è un sistema esclusivamente *decisorio*; la Camera Consob e la procedura Agcom sono sistemi *misti, conciliazione-arbitrato*).

Nel lavoro, allora, l'esame delle procedure è rivolto principalmente al profilo ADR di natura *decisoria*, in esso ravvisandosi la massima espressione della *alternatività* rispetto alla giustizia tradizionale.

Lo scopo è infatti quello di comprendere se tali procedure possano fornire un *buon servizio* all'utente del sistema giustizia, vale a dire se esse siano idonee a garantire (al pari della giustizia tradizionale) un'*effettiva tutela dei diritti* nel momento in cui, come detto, si concludono con un atto che attribuisce ragioni o torti fra le parti.

Inoltre, considerato che la previsione di sistemi ADR non risponde soltanto ad esigenze di *potenziamento* del sistema giustizia, ma anche di sua *ottimizzazione*, lo scopo del lavoro, sotto altro profilo, è anche quello di verificare se le predette procedure garantiscano pure un *quid pluris* di tutela rispetto alla giustizia ordinaria.

## **Capitolo I**

Nel primo Capitolo è svolta una panoramica sulle procedure ADR, negoziali e decisorie, e sono ricordati i motivi della loro crescente diffusione.

Inoltre, nel capitolo è affrontata un'ampia disamina dei principi espressi dall'Unione europea in materia di ADR negli ultimi vent'anni, con l'obiettivo di

individuare quali siano, sulla base di tali principi, gli *indicatori di qualità dei servizi Adr di natura decisoria*.

Gli *indicatori di qualità*, infatti sono, come noto, quelle caratteristiche di un servizio maggiormente suscettibili di esprimerne il *buon funzionamento rispetto allo scopo* (cioè, in una parola, la *qualità*) e di misurare il gradimento degli utenti.

L'individuazione di tali indicatori di qualità per i servizi Adr decisorii, pertanto, è stata ritenuta attività necessariamente prodromica rispetto alla valutazione dei sistemi dell'ABF, della Camera Consob e dell'Agcom.

Sono dunque stati richiamati i primi studi sull'accesso alla giustizia svolti in ambito europeo (Libro Verde del 1993), gli atti di *soft law* sui principi applicabili alle procedure Adr di natura decisoria e di natura negoziale (Raccomandazioni n. 98/257/CE e 2001/310/CE), la Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione civile e commerciale e le problematiche sollevate dal suo recepimento in Italia, nonché, infine, la recente proposta di Direttiva sulle Adr, che è fondamentale, in quanto è l'atto di portata *generale* (non più settoriale) con il quale l'Unione europea andrebbe ad *imporre* (non più a raccomandare) la propria disciplina in materia di Adr.

All'esito della disamina, dunque, sono stati individuati gli indicatori di qualità di un servizio Adr decisorio.

In particolare, sotto il profilo della effettiva *alternatività* rispetto alla giustizia tradizionale, gli indicatori principalmente rilevati sono:

- notorietà e diffusione del servizio, affinché sia conosciuto e praticabile dai potenziali interessati;
- composizione dell'organo giudicante che ha il potere di emanare l'atto più o meno vincolante: l'organo infatti dovrebbe garantire indipendenza (libertà di giudizio in assoluto) e terzietà (neutralità rispetto alle parti ed all'oggetto della controversia, in concreto), o comunque assicurare garanzie quantomeno "analoghe" a quelle della Magistratura, scolpite nel testo costituzionale;

- trasparenza delle regole procedurali ed effettività del contraddittorio;
- effettività della tutela, sotto il profilo dell'ampiezza di competenza dell'organo e della natura giuridica della decisione finale.

Sotto il profilo della *preferibilità* di un servizio Adr decisorio rispetto alla giustizia ordinaria, invece, sono state rilevate quelle caratteristiche che dovrebbero invogliare l'interessato a preferire la procedura alternativa rispetto alla via tradizionale. Esse sono principalmente le seguenti:

- rapidità, snellezza ed economicità della procedura;
- specializzazione dell'organo giudicante;
- possibilità di accedere alla procedura senza una difesa tecnica.

Fermo quanto sopra, si è rilevato – già nel primo Capitolo – che rispetto alle procedure decisorie (tipicamente, arbitrati) residenti, con modalità differenziate e più o meno esplicite, presso le Autorità indipendenti, si potrebbe porre, come da più parti evidenziato soprattutto con riferimento all'Arbitro Bancario Finanziario, un problema relativo all'indicatore sulla indipendenza e terzietà dell'organo arbitrale.

L'Arbitro che *risiede* presso l'Autorità indipendente (come l'ABF e la Camera Consob), invero, potrebbe non garantire sufficiente indipendenza e autonomia rispetto all'Autorità stessa e alle sue funzioni di vigilanza.

L'Arbitro che è l'Autorità indipendente (è il caso dell'Agcom), ancor di più, potrebbe non garantire sufficiente terzietà rispetto alle parti (in particolare, rispetto alla parte professionale) e alle questioni controverse.

Sul punto sono state peraltro richiamati due recenti autorevoli pronunciamenti che possono fornire spunti interpretativi.

Il primo, della Corte Costituzionale nei confronti dell'ABF, con il quale si è escluso che l'attività dell'Arbitro possa essere equiparata all'attività giurisdizionale, della quale infatti non rispecchia prerogative e garanzie.

Il secondo, dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato alla Consob, con il quale si è esclusa l'autonomia della Camera di conciliazione e arbitrato rispetto alla Commissione.

## **Capitolo II**

Il secondo Capitolo è dedicato all'esame delle procedure Adr dell'Arbitro Bancario Finanziario e della Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob.

Dopo una introduzione generale sui due sistemi e sul loro fondamento normativo, la disamina è stata svolta seguendo l'ordine degli indicatori sopra individuati.

Il fine è quello, già spiegato, di valutare se tali sistemi possano davvero costituire una alternativa effettiva, se non addirittura migliore, rispetto alla giustizia tradizionale.

Si è allora rilevato, per ciò che concerne l'accessibilità in generale di detti sistemi, che mentre l'ABF, per quanto relativamente recente, è un sistema che funziona a pieno ritmo ed è ben presidiato dal punto di vista della sua notorietà e diffusione tra il pubblico di potenziali interessati, l'arbitrato presso la Camera Consob ancora non è attivo, né particolarmente conosciuto, pur avendo *in nuce* delle positive potenzialità di tutela.

La disciplina dell'ABF, peraltro, è stata appena rivisitata dopo un'apposita consultazione pubblica, che ha permesso di adeguare la normativa alla entrata in vigore del cosiddetto decreto mediazione e alle problematiche applicative rilevate nel primo periodo di attività.

La normativa della Consob, invece, ancora non è stata coordinata con le norme sopravvenute, né con l'autorevole pronunciamento del Consiglio di Stato; ma notizie allo stato soltanto informali riferiscono di una prossima consultazione pubblica sul

tema, la quale forse avrà anche il fine (visto il pronunciamento predetto) di internalizzare l'attività arbitrale alla Consob, facendola svolgere direttamente ai membri della Camera (mentre oggi si dovrebbe svolgere dinanzi ad Arbitri esterni inclusi in elenchi formati dalla Camera).

Dal punto di vista delle procedure, l'ABF è snello, economico ed invocabile a distanza; il contraddittorio forse ne risente, non essendo prevista l'audizione delle parti né un doppio scambio di memorie e repliche.

La procedura arbitrale della Camera è invece scolpita sull'arbitrato rituale del Codice processuale civile, ed è dunque abbastanza complessa e costosa. E' poi prevista un'ottima forma di arbitrato semplificato, molto veloce e con convocazione delle parti, per la liquidazione di indennizzi per l'investitore, i cui criteri quantitativi, però, ad oggi, non stati ancora disciplinati.

Infine, con riferimento alla effettività della tutela ottenibile tramite i due sistemi, si è rilevata innanzitutto l'ampiezza di competenza degli Arbitri, che possono esaminare qualsiasi questione per i contratti bancari, finanziari e di investimento, anche con riferimento alla fase precontrattuale e agli obblighi di trasparenza e informazione.

Rispetto alla valenza delle decisioni, se per l'arbitrato presso la Camera Consob non si pongono problemi interpretativi, trattandosi di un lodo soggetto alle ordinarie regole, la natura della decisione dell'ABF è molto più controversa, ed è assistita soltanto da una sanzione reputazionale per il professionista in caso di inadempimento.

Nel complesso, tuttavia, si è notato che le pronunce dell'ABF sono immancabilmente adempiute dagli operatori. Con tale constatazione, peraltro, probabilmente si conferma quel dubbio sopra illustrato rispetto alla possibile "commistione" di funzioni allorquando l'attività arbitrale è svolta presso un'Autorità di vigilanza e controllo.

Per il resto, invece, rispetto al contenuto delle pronunce dell'ABF, è rilevato un forte rigore nelle pronunce, particolarmente rispetto all'onere della prova posto a carico del contraente debole in ordine alla esistenza e quantificazione degli eventuali danni

subiti; si tratta di un rigore dovuto al fatto che l'ABF decide secondo diritto, ma che tuttavia può sollevare perplessità laddove oramai il sistema è stato equiparato – ai fini di procedibilità dell'azione giurisdizionale – alla diversa procedura alternativa della mediazione.

### **Capitolo III**

Il Capitolo dedicato alla procedura arbitrale svolta presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni illustra l'ampia notorietà e diffusione di tale sistema, certamente dovuta (oltre che alla estrema litigiosità del settore), al fatto che trattasi di procedura che si accosta (costituendone una sorta di secondo grado) a quella, oramai datata, della conciliazione obbligatoria in caso di controversie aventi ad oggetto rapporti relativi a servizi di comunicazioni elettroniche.

Nel caso dell'Autorità, peraltro, il dubbio sulla possibile commistione di funzioni, giustiziali e di controllo, è *certezza*, in quanto l'attività arbitrale è per legge attribuita agli stessi membri dell'Autorità; e, a livello di struttura, è svolta dall'Ufficio *controversie e sanzioni* della Direzione tutela dei consumatori.

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, peraltro, con un procedimento complesso, sta delegando sul territorio tale attività ai propri organi funzionali costituiti dai Comitati regionali per le garanzie nelle comunicazioni (che sono a loro volta organi di vigilanza e controllo in ambito locale).

Ciò permette una ulteriore diffusione del sistema, a livello di utente, ed un accrescimento della domanda di giustizia.

La procedura è abbastanza snella e relativamente veloce (180 giorni), a contraddittorio pieno, con la possibilità di audire le parti in apposita udienza. Peraltro, se nel corso dell'udienza si raggiunge un accordo, il relativo verbale ha forza di titolo esecutivo, e ciò già costituisce un primo profilo per garantire effettività della tutela.

Laddove invece la procedura arbitrale si concluda con un provvedimento dell’Autorità che definisce la controversia, esso costituisce un ordine dell’Autorità stessa, il cui mancato rispetto è sanzionabile ai sensi del Codice delle comunicazioni elettroniche.

A tale già compiuto sistema di tutela, si è inoltre di recente aggiunta una minuziosa regolamentazione in tema di quantificazione degli indennizzi per gli inadempimenti contrattuali degli operatori del settore, da applicare nella sede di definizione amministrativa della controversia.

Ciò permette all’Autorità di liquidare a favore della parte istante risultata vittoriosa – così sollevata dal relativo onere della prova – somme ragionevoli e proporzionate, la cui quantificazione è predeterminata nel Regolamento.

### **Conclusioni**

Dalla indagine svolta può affermarsi, in estrema sintesi, che i sistemi esaminati sono ben congegnati e possono garantire un’effettiva tutela, alternativa se non addirittura migliore di quella ottenibile in sede giurisdizionale.

Il vero “punto di forza” di tali procedimenti, tuttavia, sembra proprio quello che più ha sollevato dubbi: vale a dire il fatto che essi siano (in maniera più o meno esplicita) strutturalmente incardinati nell’ambito di Autorità di garanzia, con la conseguenza che godono, di riflesso, o direttamente, dell’autorevolezza del suo intervento, della elevata specializzazione degli Arbitri nonché della forza persuasiva della azione dell’Autorità nei confronti dei soggetti vigilati.

Tale “punto di forza” non deve essere necessariamente letto in chiave negativa, potendosi invece prendere atto di un’Amministrazione che *si trasforma*, venendo incontro alle esigenze del mercato.



Non è scontato che il *poliformismo* di funzioni pregiudichi la bontà del sistema di risoluzione delle controversie, non essendo scontato che un illecito contrattuale rilevi ai fini di un illecito amministrativo.

La terzietà dell'Arbitro rispetto al primo è ampiamente assicurata. Un dubbio potrà eventualmente porsi nei limiti in cui la funzione arbitrale diventi *un nuovo e diverso canale tramite cui si acquisiscono notizie in ipotesi utili ai fini della vigilanza*.

Ma non deve necessariamente affermarsi che ciò costituisca una “falla” del sistema di garanzia. Per vero, la scelta potrebbe invece essere un suo potenziamento, sia sotto il profilo della vigilanza che giustiziale, permettendo di armonizzare ed uniformare l'operato del Garante; starà naturalmente alla intelligenza delle istituzioni adoperarsi affinché il *divenire multiforme* dell'Amministrazione non si riduca alla violazione delle più basilari regole del diritto amministrativo.

Per il resto, l'auspicio è quello che i vari sistemi possano tutti conseguire il livello di diffusione di quello attualmente raggiunto dal più datato sistema dell'Agcom e che, peraltro, anche l'ABF si doti di una Regolamentazione in tema di indennizzi, onde poter effettuare una più equa ripartizione delle ragioni e dei torti in sede di pronuncia.

Nella stessa ottica, si auspica che la Consob dia seguito alla “delega” ricevuta per la determinazione degli indennizzi a favore degli investitori danneggiati, così completando il processo di tutela delineato dal Legislatore con l'ideazione dell'arbitrato semplificato.