

Tutela dei diritti fondamentali e sistemi di risoluzione alternativa delle controversie*

Pietro Sirena**

SOMMARIO: 1. L'insoddisfazione nei confronti della giurisdizione in materia civile. – 2. Le funzioni dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie: rafforzare e semplificare l'accesso alla giustizia civile? – 3. *Segue*: deflazionare i carichi pendenti della giurisdizione? – 4. *Segue*: integrare i meccanismi pubblicistici di regolazione del mercato (o di alcuni mercati settoriali)? – 5. Risoluzione alternativa delle controversie e accesso alla giustizia costituzionale: l'Arbitro Bancario Finanziario e il caso Lexitor. – 6. *Segue*: Pendenza di una questione di legittimità costituzionale della norma applicabile e sospensione (c.d. impropria) dei procedimenti.

1. L'insoddisfazione nei confronti della giurisdizione in materia civile

La categoria dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie risulta essere alquanto vaga dal punto di vista strutturale, se non addirittura indeterminabile: essa ricomprende infatti istituti giuridici e pratiche sociali che presentano caratteristiche marcatamente eterogenee e che sono spesso difficili da identificare anche soltanto sul piano strettamente terminologico e definitorio (per citarne alcune tra le più significative: mediazione, conciliazione, media-conciliazione, arbitrato rituale e irrituale, ma anche rinegoziazione, transazione, accertamento negoziale)¹. In definitiva, l'utilizzazione corrente di tale categoria si spiega soltanto da un punto di vista che, più che funzionale, può definirsi di

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio conformemente all'art. 7 del *Regolamento della Rivista*. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'Autore al *VII Convegno annuale di Diritti Comparati: "La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti"*, 19 novembre 2021.

** L'A. presiede attualmente il Collegio di Roma dell'Arbitro Bancario Finanziario. Le tesi espresse in questo scritto costituiscono sue opinioni personali, le quali non sono in alcun modo riferibili a tale istituzione, né tanto meno alla Banca d'Italia.

¹ Eidenmüller e Großrichter, *Alternative dispute resolution*, in *Encyclopedia of Private International Law*, edited by Basedow, Rühl, Ferrari e de Miguel Asensio, Northampton, 2017, pp. 58 ss.

politica del diritto²: con essa, si vuol fare infatti riferimento a qualsiasi istituto giuridico o pratica sociale che possa evitare o scoraggiare l'instaurazione di un processo civile³, ricomponendo in qualche altro modo la lite tra le parti⁴. In questo senso, il substrato socio-politico del dibattito in questa materia è costituito da un acuto senso di insoddisfazione nei confronti della giurisdizione in materia civile: il risultato istituzionale e anche pratico che viene così perseguito si presta pertanto a essere presentato e riassunto (e talvolta addirittura propagandato) nei termini di una "privatizzazione" della giustizia civile, anzitutto intesa come fuga dalla giurisdizione⁵.

L'insoddisfazione nei confronti della giurisdizione in materia civile, la quale riguarda anzitutto l'irragionevole durata dei processi (non solo di cognizione, ma anche di esecuzione forzata), non costituisce un fenomeno recente, né tanto meno riguarda il solo contesto italiano⁶. Probabilmente innescata dalle grandi trasformazioni sociali che conseguirono all'industrializzazione ottocentesca, essa era conclamata già agli inizi del Ventesimo secolo: basti pensare al celeberrimo discorso di Roscoe Pound, nel quale, ben più di cento anni fa, se ne individuavano diciotto distinte cause, suddivise in quattro gruppi principali: «(1) causes for dissatisfaction with *any* legal system, (2) causes lying in the peculiarities of the Anglo-American legal system, (3) causes lying in our American judicial organization and procedure, and (4) causes lying in the environment of our judicial administration»⁷.

² Per un quadro d'insieme, v. i saggi raccolti in *L'altra giustizia*, a cura di Varano, Milano, 2007.

³ Cfr. Zoppini, *L'effettività in vece del processo*, in Riv. dir. proc., 2019, pp. 676 ss.; Pilia, *L'equilibrata relazione tra mediazione e giurisdizione*, in Aa. Vv., *I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*, quaderno 7 della Scuola Superiore della Magistratura, 2022, pp. 21 ss. (consultabile *on line* al seguente indirizzo: https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/1750902/ssm_q7_v1.pdf).

⁴ Con una certa dose di sarcasmo, è stato notato che, in termini prettamente funzionali, e astraendo da qualsiasi connotazione moralistica, anche la soppressione fisica della controparte può essere annoverata tra gli strumenti di eliminazione del conflitto (v. Taruffo, *Adeguaenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, p. 779).

⁵ Roberts, *Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An unresolved relationship*, in *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 452 ss.

⁶ A tale proposito, v. lo Statement dello European Law Institute (ELI) e dello European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ) intitolato *The Relationship between Formal and Informal Justice: the Courts and Alternative Dispute Resolution*, Vienna, 2018.

⁷ Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, Address Before the Am. Bar Ass'n (Aug. 29, 1906)', in *ABA Reports*, vol. 29, 1906, pp. 395 ss., più volte ristampato. A tale proposito, v. Stein, 'Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice in the Twenty-First Century', in *Hamline Law Review*, vol. 30, 2007, pp.

Non si può peraltro negare la peculiarità del caso italiano, a proposito del quale non è esagerato parlare ormai di un fallimento del potere giudiziario dello Stato⁸: si tratta di una vera e propria catastrofe sociale ed economica (talvolta anche politica) che è sotto gli occhi di tutti e che, a più riprese, ha spinto il legislatore a riformare compulsivamente il codice di procedura civile - come se il problema si potesse risolvere proprio e solo abbreviando i termini per il deposito delle memorie istruttorie ovvero sopprimendone la sospensione feriale. Soltanto negli ultimi mesi, grazie all'urgenza degli adempimenti che sono stati richiesti dall'Unione europea affinché lo Stato italiano possa accedere al programma di finanziamenti denominato Next Generation EU, si è finalmente adottata un'impostazione riformista che non è meramente procedurale, ma ricomprende l'organizzazione degli uffici giudiziari e le regole di autogoverno della magistratura (c.d. riforma Cartabia): in tale quadro complessivo, è stata emanata la legge delega 26 novembre 2021, n. 206 (per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata)⁹.

Fatte queste premesse, si deve altresì mettere in rilievo che il dibattito sugli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie risulta essere (non solo in Italia) largamente distorto e fuorviante, perché, in definitiva, è strumentalizzato al fine di creare meccanismi di deflazione del contenzioso civile, filtrando così le cause che dovranno essere decise in sede giurisdizionale¹⁰.

499 ss. È stato ipotizzato che il titolo del *pamphlet* di Pound sia stato ripreso da quello di Edmund Burke, *Thoughts on the Cause of the Present Discontents*, pubblicato il 23 aprile 1770 (v. Re, 'The Causes of Popular Dissatisfaction with the Legal Profession', in *St. John's Law Review*, vol. 68, 1994, p. 86).

⁸ Non si considererà in questa sede la giurisdizione in materia penale.

⁹ Tale legge delega ha largamente attinto alla relazione finale della Commissione ministeriale di cui era presidente il Prof. Francesco Paolo Luiso (consultabile on line al seguente indirizzo:

https://www.ordineavvocatimilano.it/media/news/GIUGNO%202021/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf).

¹⁰ Per una equilibrata valutazione del problema, v. Marinaro, "Il Paese dove tutto finisce in tribunale". Riflessioni sparse sulle prospettive di riforma della giustizia civile', in *Judicium*, 2018 (consultabile *on line* al seguente indirizzo: <https://www.judicium.it/paese-finisce-tribunale-riflessioni-sparse-sulle-prospettive-riforma-della-giustizia-civile/>).

2. Le funzioni dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie: rafforzare e semplificare l'accesso alla giustizia civile?

In tal modo, si corre il rischio di ribaltare paradossalmente, o comunque di fraintendere, l'obiettivo di politica del diritto che ha storicamente determinato la diffusione degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie fin dagli anni Settanta. Esso fu autorevolmente prospettato come *Access to justice approach* da Mauro Cappelletti¹¹, e poi riproposto nel progetto di una *Giustizia 2.0*¹²: in sostanza, si tratta di ampliare e semplificare l'accesso alla giustizia civile da parte dei cittadini, superando così le barriere economiche e sociali alla tutela di interessi frammentati e diffusi¹³.

Questa impostazione è chiaramente riconoscibile nei numerosi provvedimenti generali e particolari mediante i quali l'Unione europea ha sollecitato gli Stati membri a prevedere e incentivare il ricorso a strumenti di risoluzione alternativa delle controversie¹⁴.

Si veda, ad es., l'art. 34, paragrafo 1, della direttiva «servizio universale»¹⁵, il quale recita: «Gli Stati membri provvedono perché esistano procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie irrisolte, in cui sono coinvolti i consumatori, relative alle questioni contemplate dalla presente direttiva. Gli Stati membri provvedono affinché tali procedure

¹¹ Garth e Cappelletti, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in *Buffalo Law Review*, vol. 27, 1978, pp. 1142 ss.; Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, in *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, pp. 282 ss.

¹² Si vedano i saggi raccolti in *Access to Justice as a Human Right*, edited by Francioni, Oxford, 2007. Ma v. anche Tuori, *European Social Constitution: Between Solidarity and Access Justice*, in *Varieties of European Economic Law and Regulation. Liber Amicorum for Hans Micklitz*, edited by Purnhagen and Rott, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, pp. 153 ss.

¹³ Lieberman e Henry, *Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 53, 1986, pp. 424 ss.

¹⁴ Per un approfondimento della disciplina europea in materia di ADR e della sua implementazione da parte dei legislatori nazionali, v. i saggi raccolti in *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, edited by Cortés, Oxford, 2016; *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice. New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*, edited by Stürner, Gascón Inchausti and Caponi, Köln, 2015; *Regulating Dispute Resolution: ADR and access to justice at the crossroads*, edited by Steffek, Unberath et al., Oxford, 2013; *Consumer ADR in Europe: Civil Justice Systems*, edited by Hodges, Benöhr and Creutzfeldt Banda, Oxford, 2012.

¹⁵ Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, in OJ L 108, 24.4.2002, pp. 51 ss.

consentano un'equa e tempestiva risoluzione delle controversie e, nei casi giustificati, possono adottare un sistema di rimborso e/o indennizzo. Gli Stati membri possono estendere gli obblighi di cui al presente paragrafo alle controversie che coinvolgono altri utenti finali».

In generale, l'Unione europea ha deciso che, al fine di assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, secondo quanto è stabilito dall'art. 169, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché dall'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sia necessario che gli Stati membri predispongano strumenti efficaci di risoluzione alternativa delle controversie tra consumatori e professionisti. È stata a tal fine emanata la direttiva 2013/11/UE¹⁶, che il regolamento 524/2013 ha integrato a proposito della risoluzione *on line* delle controversie dei consumatori (CODR)¹⁷.

Più di recente, la proposta di regolamento europeo relativo a un mercato unico dei servizi digitali (c.d. Digital Services Act) ha previsto che il coordinatore dei servizi digitali di ciascuno Stato membro abbia il potere di certificare gli organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie che gliene facciano richiesta (art. 18, paragrafo 2)¹⁸: in tal caso, non solo le piattaforme *online* «si impegnano» in buona fede con l'organismo selezionato, ma sono altresì vincolate dalla decisione adottata da tale organismo (art. 18, paragrafo 1)¹⁹.

¹⁶ 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), in OJ L 165, 18.6.2013, pp. 63 ss.

¹⁷ 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, in OJ L 165, 18.6.2013, pp. 1 ss. (regolamento sull'ODR per i consumatori). Una serie di articoli dedicati alla nuova direttiva e al nuovo regolamento è stata pubblicata sulla *European Review of Private Law* del 2016, ossia: Loos, *Consumer ADR after Implementation of the ADR Directive: enforcing European consumer rights at the detriment of European consumer law*, pp. 61 ss.; Luzak, *The ADR Directive: Designed to Fail? A Hole-Ridden Stairway to Consumer Justice*, pp. 81 ss.; Théocharidi, *Effectiveness of the ADR Directive: Standard of Average Consumer and Exceptions*, pp. 103 ss.

¹⁸ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE (COM/2020/825 final). Per un quadro d'insieme, v. Bassini, Finocchiaro e Pollicino, *L'Ue verso il Digital Services Act: quale equilibrio tra democrazia e potere* (consultabile *on line* al seguente indirizzo: <https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/lue-verso-il-digital-services-act-quale-equilibrio-tra-democrazia-e-potere/>).

¹⁹ Mediante l'emendamento 231, approvato il 20 gennaio 2022, il Parlamento europeo ha proposto di estendere l'obbligatorietà di tale decisione a entrambe le parti, emendando il paragrafo 1 dell'art. 18 e ivi introducendo il paragrafo 1 *bis*, secondo il quale: «Entrambe le parti si impegnano in buona fede con l'organismo certificato, esterno e indipendente, selezionato al fine di risolvere la controversia e sono vincolate dalla decisione adottata da tale organismo» (i testi

In realtà, la contrapposizione dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie alla giurisdizione in materia civile non deve essere enfatizzata, e in definitiva risulta anzi fuorviante. L'alternatività di tali sistemi deve essere riferita non tanto all'esperibilità dell'azione giudiziale in quanto tale, quanto alla risoluzione della controversia mediante un provvedimento autoritativo da parte del giudice.

Ciò fa sì che sia sempre più difficile tracciare una linea retta che separi questi due ambiti della giustizia civile²⁰, non solo nel senso che la risoluzione alternativa delle controversie può essere demandata dal giudice innanzi al quale già pende la controversia, ma che soprattutto il giudice stesso può (e anzi deve) perseguire il risultato prioritario (non di “andare a sentenza”, ma) di “provocare” la conciliazione tra le parti. In questo senso, è preoccupante (e deludente) che lo strumento della mediazione delegata che è previsto dall'art. 5, 2° comma, del decreto legislativo n. 28 del 2010 sia rimasto scarsamente inutilizzato, per non parlare della riluttanza dei giudici ad avvalersi in modo efficace della facoltà di provocare la conciliazione tra le parti, che è loro conferita dall'art. 185 c.p.c.

3. *Segue*: deflazionare i carichi pendenti della giurisdizione?

Se concepiti come un rimedio miracoloso per sfoltire il ruolo delle udienze dei giudici togati e per sostituire così il potere giudiziario dello Stato, i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie rischiano di dimostrarsi non solo scarsamente efficaci, ma addirittura pericolosi²¹, perché, com'è stato efficacemente messo in rilievo²², essi costituiscono strumenti di composizione del conflitto, ma non di tutela dei diritti. È proprio per questa ragione che, come ha stabilito la Corte di giustizia dell'Unione europea con riguardo all'art. 8, lettera

sono consultabili on line al seguente indirizzo:
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2022/01-20/0014/P9_TA\(2022\)0014_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2022/01-20/0014/P9_TA(2022)0014_IT.pdf).

²⁰ Jänicke, *Alternative Streitbeilegung und Mediation*, in *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht*, 3a ed., hrsg. von Derleder, Knops e Bamberger, Bd. 2, Berlin-Heidelberg, 2017, Rd. 4, p. 1439.

²¹ Cfr. per il contesto europeo Wagner, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder drug or snake oil?*, in *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, 165 ss. e per quello americano Edwards, *Dispute Resolution: Panacea or Anathema?* in *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, pp. 668 ss.

²² Taruffo, *op. loc. citt.*, seguito da Gamba, *La mediazione nel progetto di riforma della commissione Luiso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, pp. 941 ss.

b), della già menzionata direttiva 2013/11²³, è possibile che le parti non siano obbligate dalla legge a farsi assistere da un avvocato, anche quando l'esperimento di una procedura di risoluzione alternativa delle controversie sia imposto da uno Stato membro come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In realtà, i procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie non sono per loro natura idonei a garantire il rispetto della *rule of law* e il principio del giusto processo. Qualsiasi tentativo di farne un surrogato "a buon mercato" della giurisdizione è destinato non solo a trasformarsi in una caricatura *mignon* del processo civile, ma anche a compromettere la loro compatibilità con le garanzie prestate dalle Costituzioni democratiche moderne e dalle più importanti Convenzioni internazionali²⁴.

A tale proposito, com'è ovvio, vengono anzitutto in rilievo l'art. 24 della Costituzione italiana, da un lato, e dall'altro l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In particolare, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che uno Stato membro può legittimamente prevedere che l'instaurazione della procedura innanzi a un meccanismo di risoluzione alternativa delle controversie sia obbligatoria, nel senso che essa costituisca un requisito di procedibilità della domanda proposta in sede giurisdizionale, solo se siano soddisfatte le seguenti condizioni: 1. Tale procedura non conduca a una decisione vincolante per le parti; 2. Non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale; 3. Sospenda la prescrizione dei diritti in questione; 4. Sia gratuita, o quanto meno comporti costi non ingenti per le parti; 5. La via elettronica non costituisca l'unica modalità per accedervi; 6. Sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone²⁵.

Non può quindi non preoccupare che, nel recente progetto di riforma Cartabia della giustizia civile, si sia previsto di estendere il tentativo obbligatorio di conciliazione a un novero sempre più ampio di controversie e di materie²⁶,

²³ CGUE 14 giugno 2017, Causa C-75/16 (Menini e Rampanelli contro Banco Popolare soc. coop.), ECLI:EU:C:2017:457.

²⁴ Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in Riv. dir. proc., 2000, p. 371.

²⁵ CGUE 18 marzo 2010, Cause riunite C-317/08 (Alassini contro Telecom Italia s.p.a.), C-318/08 (Califano contro Wind s.p.a.), C-319/08 (Iacono contro Telecom Italia s.p.a.) e C-320/08 (Multiservice s.r.l. contro Telecom Italia s.p.a.), ECLI:EU:C:2010:146.

²⁶ Si veda, in particolare, l'art. 1, 4° comma, lett. c) della già menzionata legge delega n. 206 del 2021, il quale stabilisce che il legislatore delegato dovrà: «c) estendere il ricorso obbligatorio alla mediazione, in via preventiva, in materia di contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di franchising, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura, fermo restando il ricorso alle procedure di risoluzione alternativa

soprattutto perché non si è tenuto sufficientemente conto che, nella misura in cui è stato introdotto mediante l'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, tale strumento è stato caratterizzato da un'esperienza sostanzialmente fallimentare²⁷, costituendo in definitiva un inutile e costoso orpello, che deprime la tutela dei diritti (e talvolta anche la dignità della giustizia) mediante un aggravio significativo dei costi e dei tempi che devono essere sostenuti al fine di ottenere giustizia²⁸. Si tratterà quindi di verificare se gli incentivi fiscali che il legislatore delegato si appresta a introdurre saranno sufficienti a invertire la rotta, così come l'estensione del gratuito patrocinio all'avvocato che assiste (obbligatoriamente) le parti²⁹.

4. *Segue: integrare i meccanismi pubblicistici di regolazione del mercato (o di alcuni mercati settoriali)?*

Al fine di sviluppare un discorso complessivo sugli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, non si deve dimenticare che, com'è caratteristico del diritto privato europeo, la tutela del consumatore costituisce anche (e forse soprattutto) una strategia di regolazione del mercato finalizzata all'integrazione

delle controversie previsto da leggi speciali e fermo restando che, quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, le parti devono essere necessariamente assistite da un difensore e la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo e che, in ogni caso, lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale. In conseguenza di questa estensione rivedere la formulazione del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Prevedere, altresì, che decorsi cinque anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo che estende la mediazione come condizione di procedibilità si proceda a una verifica, alla luce delle risultanze statistiche, dell'opportunità della permanenza della procedura di mediazione come condizione di procedibilità».

²⁷ Secondo i dati ministeriali relativi al 2021 (consultabili on line al seguente indirizzo: <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202021.pdf>), l'aderente non è comparso nel 45,9% dei casi e il proponente ha rinunciato prima dell'esito nel 4,1% dei casi. Nel restante 50% dei casi (in cui l'aderente è comparso e il proponente non ha rinunciato), l'accordo tra le parti è stato raggiunto nel 27,3% dei casi. Questo significa, in definitiva, che la risoluzione alternativa della controversia è stata raggiunta per poco più di un caso su cento.

²⁸ Per analoghe considerazioni, v. Shavell, *Alternative Dispute Resolution: An economic analysis*, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 24, 1995, p. 4.

²⁹ Sull'estensione del gratuito patrocinio, il legislatore è stato, per così dire, anticipato dalla sentenza della Corte costituzionale 20 gennaio 2022, n. 10 (est. Antonini).

economica degli Stati membri (*integration through law*)³⁰. In questo senso, è significativo che l'«accesso [dei consumatori] a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo per risolvere le controversie nazionali e transnazionali derivanti da contratti di vendita o di servizi» sia individuato come uno strumento per rafforzare «la loro fiducia nel mercato»³¹.

Come si è già rilevato, i giudici svolgono un ruolo fondamentale per la tutela dei consumatori e in larga parte realizzano una forma di giustizia civile che è del tutto insostituibile.

Tuttavia, nei settori economici dove la concorrenza non è abbastanza efficiente da indirizzare i comportamenti degli imprenditori e da evitare i rischi di fallimento del mercato causati dalla selezione avversa e dall'azzardo morale, lo scopo ultimo dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie è quello di indurli a aderire alle *best practices* e agli *standards* più elevati di correttezza nei confronti dei loro clienti e di trasparenza dei loro contratti. Per molte ragioni, i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie possono essere maggiormente efficaci nel modificare i comportamenti degli intermediari rispetto alla giurisdizione, il cui esercizio ha un impatto spesso trascurabile sul livello di *compliance* degli intermediari e sulla effettività della regolazione del mercato³².

Ciò si rileva anzitutto nei settori economici che sono regolamentati e talvolta vigilati da un'autorità indipendente che è dotata di poteri pubblicistici, i quali culminano, in definitiva, nell'applicazione di sanzioni amministrative di natura pecuniaria e non pecuniaria. Quando si tratti di valutare la correttezza degli imprenditori nei confronti dei loro clienti e la trasparenza dei contratti che predispongono unilateralmente, la logica binaria dei sistemi di *command and control*, la quale governa essenzialmente la vigilanza prudenziale, si dimostra inefficiente e praticamente inutilizzabile.

La regolazione del mercato da parte delle autorità indipendenti che sono a ciò preposte non può qui essere che guidata da meccanismi di *private enforcement*, strutturati per raccogliere i reclami dei consumatori che non sono stati soddisfatti dagli intermediari e per convogliare così a tali autorità le informazioni sparse sul mercato che si riferiscono ai comportamenti scorretti degli imprenditori.

Dunque, la funzione primaria dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nei settori regolamentati è quella di fare pressione sugli intermediari, affinché migliorino i propri sistemi e le procedure di gestione dei reclami dei

³⁰ Mi permetto di rinviare a Sirena, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in Riv. dir. civ., 2004, I, pp. 787 ss.

³¹ Considerando(4) della già menzionata direttiva 2013/11/UE.

³² Hodges, *Law and Corporate Behaviour. Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*, Oxford-Portland, 2015.

clienti. Tali sistemi svolgono così una funzione quasi-regolatoria più che quasi-giudiziaria, conferendo alla voce dei consumatori il peso di incidere sulle pratiche commerciali diffuse sul mercato.

In tal senso, è significativo che l'art. 17 della proposta di regolamento europeo relativo a un mercato unico dei servizi digitali (c.d. *Digital Services Act*) abbia previsto che le piattaforme *online* siano tenute a garantire l'accesso dei destinatari del servizio a un sistema interno che consenta loro di presentare in via elettronica e gratuita reclami contro le decisioni delle medesime piattaforme di rimuovere contenuti illegali o comunque non conformi alle regole di accesso al servizio, sospendere o cessare l'*account* di destinatari, ecc. Le decisioni nei confronti di tali reclami possono poi essere contestate mediante un sistema di risoluzione alternativa delle controversie, secondo quanto previsto dall'art. 18 della proposta.

Di conseguenza, la vigilanza nei settori regolamentati tende ormai ad assumere una struttura tripartita: accanto ai suoi due protagonisti tradizionali, ossia il regolatore (l'autorità pubblica) e i soggetti regolati (gli intermediari), che si collocano agli estremi di un rapporto verticale disciplinato dal diritto amministrativo, fa il suo ingresso un terzo protagonista (collettivo), ossia il consumatore, i cui reclami vengono fatti confluire nel meccanismo di vigilanza generale attraverso i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie³³.

In altre parole, il funzionamento dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, se coordinato con la regolazione del mercato da parte di un'autorità pubblica, rende i consumatori meno deboli di quanto solitamente si pensi³⁴, perché i loro reclami possono influenzare profondamente i comportamenti degli intermediari grazie alla stretta interazione con l'esercizio dei poteri di vigilanza da parte delle autorità competenti.

³³ Tali considerazioni possono giustificare la scelta di finanziare mediante risorse pubbliche tali sistemi di risoluzione alternativa delle controversie. Ma cfr. Shavell, *op. cit.*, pp. 1 ss. e già Posner, *The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some cautionary observations*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 53, 1986, pp. 366 ss.; Cooter e Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, in *Journal of Economic Literature*, vol. 27, 1989, pp. 1067 ss.

³⁴ Per un'analisi critica della debolezza dei consumatori, v. Leczykiewicz e Weatherhill, *The Images of the Consumer EU Law*, e Micklitz, *The Consumer: Marketised, Fragmentised, Constitutionalised*, in *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, edited by Leczykiewicz and Weatherhill, Oxford-Portland, 2016, pp. 1 ss. e, rispettivamente, pp. 21 ss.

All'esito di questo circolo virtuoso, i consumatori assurgono quindi al ruolo di co-regolatori del mercato³⁵.

5. Risoluzione alternativa delle controversie e accesso alla giustizia costituzionale: l'Arbitro Bancario Finanziario e il caso Lexitor

Anche quando hanno una funzione decisoria, i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie non sono dunque propriamente idonei a soppiantare o sostituire la giurisdizione in materia civile, ma servono a integrarla per dare risposta a istanze di tutela che, diversamente, sarebbero destinate a restare insoddisfatte. A ciò consegue un problema di coordinamento tra questi due ambiti della giustizia civile. Ciò non significa che i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie debbano meccanicisticamente replicare gli orientamenti giurisprudenziali³⁶: al contrario, essi possono costituire un laboratorio nel quale tali orientamenti sono messi alla prova di quel piccolo contenzioso di massa che non è sistematicamente intercettato dalla giurisdizione, ma che si pone a più stretto contatto con gli interessi frammentati e diffusi dei consumatori.

Prima ancora che in termini di unitarietà dell'interpretazione e dell'applicazione della legge, tale coordinamento è necessario a proposito del controllo sulla sua legittimità costituzionale.

A tale proposito, un episodio particolarmente significativo si è verificato innanzi all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)³⁷, il quale, mediante l'ordinanza del Collegio di Napoli 6 luglio 2010, n. 6 (presidente il Prof. Enrico Quadri,

³⁵ Hodges, *The Consumer as Co-Regulator*, in *The Images of the Consumer in EU Law Legislation, Free Movement and Competition Law*, edited by Leczykiewicz and Weatherhill, cit., pp. 245 ss.

³⁷ Su tale organismo, mi permetto di rinviare a Sirena, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1370 ss. e Id., *Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2017, pp. 3 ss. (e ivi alcuni riferimenti bibliografici essenziali). Più di recente, v. Marinaro, *Il procedimento ABF nel quadro dei sistemi ADR: la risoluzione delle liti bancarie tra efficienza della giustizia e regolazione del mercato*, in Conte, *Arbitro bancario e finanziario*, Milano, 2021, pp. 73 ss.; Fauceglia, *L'esperienza dell'ABF. Manifestazione di una "pedagogia"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, pp. 857 ss.; Soldati, *L'Arbitro Bancario Finanziario: la decisione, gli effetti e l'esecuzione*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da Mantucci, XV, *Le controversie bancarie e finanziarie*, Napoli, 2020, pp. 178 ss.; Federico, *Il procedimento di attuazione dei diritti innanzi all'Arbitro bancario finanziario*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 1054 ss.; Carriero, *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contr. e impr.*, 2018, pp. 35 ss.

relatore il Prof. Giuseppe Guizzi), ha tentato di sollevare la questione di legittimità costituzionale di una legge (della Regione Sicilia)³⁸.

Con l'ordinanza n. 218 del 21 luglio 2011, la Corte costituzionale ha tuttavia dichiarato tale questione inammissibile³⁹, ritenendo che l'Arbitro Bancario Finanziario, in quanto non costituisce un'autorità giurisdizionale, non abbia la legittimazione a sollevarla⁴⁰. Per quanto una parte della dottrina si sia pronunciata in senso critico nei confronti di tale conclusione⁴¹, non sembra che essa sia realisticamente suscettibile di essere abbandonata in tempi brevi (e forse ciò non sarebbe neanche opportuno)⁴².

Una problematica del genere si è ripresentata a proposito del c.d. caso *Lexitor*, il quale, a seguito di una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, ha costituito una delle questioni di diritto dei contratti bancari più controverse degli ultimi tempi⁴³.

³⁸ L'ordinanza si può consultare *on line* al seguente indirizzo: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2010-12-01&atto.codiceRedazionale=010C0817.

³⁹ Corte cost., 21 luglio 2011, n. 218, in *Foro it.*, 2011, I, pp. 2906 ss.

⁴⁰ Corte cost. 21 luglio 2011, n. 218, cit.: «[...] non può non osservarsi come l'Arbitro Bancario Finanziario, pur istituito sulla base di una disposizione di carattere legislativo, quale l'art. 128-bis del Testo unico bancario [...] ha poi trovato la propria disciplina esclusivamente, come previsto, in disposizioni di carattere amministrativo, quali, in particolare, la delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) 29 luglio 2008, n. 275 [...]. [P]ertanto, già alla stregua del carattere delle disposizioni in base alle quali l'organismo in questione è stato effettivamente istituito ed è chiamato a procedere e decidere, si profilano, sul piano strutturale e funzionale, connotazioni che valgono ad escludere la riconducibilità di tale organo a quelli giurisdizionali, ancorati, per loro stessa natura, al fondamento costituzionale e alla riserva di legge. [D]'altra parte, è ulteriormente significativo, per denotare il carattere dei compiti dell'organismo in discorso, che gli stessi criteri e requisiti di nomina dei componenti, il loro stato giuridico e il complesso delle regole deontologiche, non siano paragonabili ai presidi corrispondentemente previsti nei confronti di organismi chiamati a svolgere funzioni giurisdizionali». Ciò posto, la Corte conclude che: «gli indici di riconoscibilità considerati tipici delle funzioni giurisdizionali appaiono del tutto assenti in riferimento alle specifiche attribuzioni che l'organismo in discorso è chiamato a svolgere, alla stregua delle richiamate fonti che ne disciplinano il funzionamento».

⁴¹ Ad es., v. Maugeri, *ABF e legittimazione a sollevare quesiti costituzionali*, in Conte, *op. cit.*, pp. 28 ss.

⁴² Cfr. Delle Monache, *Arbitro Bancario Finanziario*, in *Judicium*, 2012 (consultabile *on line* al seguente indirizzo: <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/423/delle%20Monache.pdf>).

⁴³ Per un'esposizione delle questioni giuridiche rilevanti e della soluzione adottata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, v. De Cristofaro, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, pp. 280 ss.; Mezzanotte, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, pp. 65 ss.

In particolare, si trattava dell'applicazione dell'art. 16, paragrafo 1, della seconda direttiva europea sul credito ai consumatori⁴⁴, il quale stabilisce che il debitore che rimborsi anticipatamente un finanziamento «ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto»⁴⁵.

Attuata nel diritto italiano mediante la riformulazione dell'art. 125 *sexies*, 1° comma, t.u.b., tale disposizione era stata interpretata, anche sulla scorta delle istruzioni della Banca d'Italia sulla trasparenza, nel senso che al consumatore che avesse rimborsato anticipatamente il finanziamento spettava il rimborso proporzionale dei soli costi (cc.dd. *recurring*) destinati a maturare durante l'esecuzione del contratto (ad es., quelli di incasso delle rate, di invio delle quietanze di pagamento, ecc.), ma non invece di quelli (cc.dd. *up-front*) dovuti *una tantum* per lo svolgimento di un'attività inerente alla preparazione o alla stipulazione del contratto, e quindi non destinata a essere portata avanti o ripetuta durante la sua successiva esecuzione da parte dell'intermediario finanziario⁴⁶.

Mediante la sentenza n. 383 dell'11 settembre 2019, tuttavia, la quale ha deciso il caso Lexitor, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato il principio di diritto secondo cui «l'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore». Infatti, «l'effettività del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito risulterebbe sminuita qualora la riduzione del credito potesse limitarsi alla presa in considerazione dei soli costi presentati dal soggetto concedente il credito come dipendenti dalla durata del contratto, dato che [...] i costi e la loro ripartizione sono determinati unilateralmente dalla banca e che la fatturazione di costi può includere un certo

⁴⁴ Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, in OJ L 133, 22.5.2008, pp. 66 ss.

⁴⁵ Con una formulazione leggermente diversa dal punto di vista testuale, la disposizione era già contenuta nell'art. 8 della previgente direttiva sul credito ai consumatori, secondo il quale, per quanto qui rileva, il debitore che rimborsasse anticipatamente gli obblighi che gli derivavano dal contratto di credito «in conformità alle disposizioni degli Stati membri, [...] doveva] avere diritto a una equa riduzione del costo complessivo del credito».

⁴⁶ CGUE, 11 settembre 2019, n. 383, Causa C-383/18 (Lexitor Sp. z o.o contro Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo - Kredytowa im. Franciszka Stefczyka e altri), ECLI:EU:C:2019:702; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, II, pp. 1 ss., con nota di Santagata, 'Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. *up front*)'.

marginale di profitto. Inoltre [...] limitare la possibilità di riduzione del costo totale del credito ai soli costi espressamente correlati alla durata del contratto comporterebbe il rischio che il consumatore si veda imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito, poiché il soggetto concedente il credito potrebbe essere tentato di ridurre al minimo i costi dipendenti dalla durata del contratto. Inoltre [...] il margine di manovra di cui dispongono gli istituti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna rende, in pratica, molto difficile la determinazione, da parte di un consumatore o di un giudice, dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto»⁴⁷.

Ne consegue che devono essere proporzionalmente restituiti non solo i costi *recurring*, ma anche quelli *up-front*⁴⁸.

In sede di conversione del decreto-legge c.d. Sostegni *bis*, tale principio è stato incorporato dallo Stato italiano nella legge scritta, riformulando ancora una volta (peraltro in modo alquanto creativo) l'art. 125 *sexies* t.u.b.⁴⁹. Ma ciò che più rileva in questa sede è che, mediante l'emanazione di un'apposita norma di diritto transitorio⁵⁰, l'applicazione del medesimo principio (ovvero, per meglio dire, del

⁴⁷ CGUE, 11 settembre 2019, n. 383, cit., paragrafi 31-33.

⁴⁸ La Corte di giustizia dell'Unione europea ha inoltre aggiunto che «il fatto di includere nella riduzione del costo totale del credito i costi che non dipendono dalla durata del contratto non è idoneo a penalizzare in maniera sproporzionata il soggetto concedente il credito. Infatti, occorre ricordare che gli interessi di quest'ultimo vengono presi in considerazione, da un lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 2008/48, il quale prevede, a beneficio del mutuante, il diritto ad un indennizzo per gli eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito, e, dall'altro lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 4, della medesima direttiva, che offre agli Stati membri una possibilità supplementare di provvedere affinché l'indennizzo sia adeguato alle condizioni del credito e del mercato al fine di tutelare gli interessi del mutuante. Infine, occorre rilevare che, nel caso di un rimborso anticipato del credito, il mutuante recupera in anticipo la somma data a prestito, sicché quest'ultima diventa disponibile per la conclusione, eventualmente, di un nuovo contratto di credito» (CGUE, 11 settembre 2019, n. 383, cit., paragrafi 34-35).

⁴⁹ Tra i profili più innovativi, e di dubbia compatibilità con la sentenza della Corte di giustizia, si annovera l'introduzione di due distinti criteri di quantificazione degli oneri non maturati: quello della proporzionalità lineare e quello del costo ammortizzato, rimettendo all'autonomia privata dell'intermediario che redige il contratto di credito la decisione se applicare l'uno o l'altro; in mancanza di tale scelta contrattuale, si applica il criterio del costo ammortizzato (nuovo art. 125, 2° comma, t.u.b.). Una radicale (e, a dir poco, bizzarra) innovazione del legislatore italiano consiste poi nel prevedere che: «Salva diversa pattuizione tra il finanziatore e l'intermediario del credito, il finanziatore ha diritto di regresso nei confronti dell'intermediario del credito per la quota dell'importo rimborsato al consumatore relativa al compenso per l'attività di intermediazione del credito» (nuovo art. 125, 3° comma, t.u.b.).

⁵⁰ Si tratta dell'art. 11 *octies*, 2° comma, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, il quale, così come convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, dispone quanto segue:

nuovo art. 125 *sexies* t.u.b. in cui esso è stato incorporato) è stata ristretta ai soli contratti stipulati posteriormente all'entrata in vigore di tale legge (ossia, il 25 luglio 2021).

Se la norma di diritto intertemporale così introdotta nel diritto italiano è intesa nel senso che, per i contratti stipulati anteriormente alla data della sua entrata in vigore, il consumatore che rimborsi anticipatamente il finanziamento ha diritto alla riduzione non di tutti i costi del finanziamento posti a suo carico, ma solo di quelli cc.dd. *recurring*, è evidente che essa si pone in contrasto con la sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Lexitor*. Non vi è infatti dubbio che, per loro natura, le sentenze interpretative della Corte di giustizia dell'Unione europea, come quest'ultima ha ripetutamente precisato, operino con efficacia retroattiva, a meno che non sia in esse diversamente disposto⁵¹.

Si è così venuto a creare un potenziale conflitto tra il diritto italiano e quello dell'Unione europea, nel senso che la disposizione interna che è stata emanata per dare attuazione all'art. 16, paragrafo 1, della seconda direttiva europea sul credito ai consumatori in realtà ne determina la violazione rispetto ai contratti stipulati anteriormente al 25 luglio 2021⁵². La maggior parte dei giudici di merito che hanno affrontato la questione si è pertanto determinata a disapplicare automaticamente la norma italiana di diritto intertemporale di cui si è detto, interpretando viceversa l'art. 125 *sexies* t.u.b. in conformità alla corrispondente disposizione del legislatore europeo, così come vincolativamente interpretata dalla Corte di Giustizia⁵³.

«L'articolo 125 *sexies* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come sostituito dal comma 1, lettera c), del presente articolo, si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125 *sexies* del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti».

⁵¹ Ma cfr. Zoppini, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in Banca borsa tit. cred., 2020, I, pp. 1 ss.

⁵² Malvagna, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte costituzionale*, in Banca borsa tit. cred., 2022, I, pp. 49 ss.

⁵³ Tra le prime decisioni in tal senso, v. Giudice di pace Savona, 7 gennaio 2020, in Nuova giur. civ. comm., 2020, I, pp. 743 ss., con nota di Mager, *Estinzione anticipata ex art. 125-sexies t.u.b. dopo la sentenza Lexitor; confermata da Trib. Savona, 15 settembre 2021, n. 680* (consultabile *on line* al seguente indirizzo: <https://www.dirittobancario.it/art/lexitor-interpretazione-art-125-sexies-tub-post-decreto-sostegni-bis/>). Ma nel senso opposto cfr., ad es., Trib. Vicenza, 13 novembre 2020, in Giur. it., 2021, p. 2382, con nota critica di Reinstadler, *Spunti di riflessione sulla dimensione comunicativa del diritto*.

Tale soluzione interpretativa era stata condivisa dal Collegio di Roma dell'Arbitro Bancario Finanziario, il quale, al fine di evitare un potenziale contrasto interpretativo con gli altri Collegi territoriali, e trattandosi di una questione della massima importanza, l'ha tuttavia sottoposta al Collegio di coordinamento dello stesso Arbitro.

Mediante la decisione n. 21676 del 15 ottobre 2021, il Collegio di Coordinamento (presidente Dott. Flavio Lapertosa, relatore Prof. Emanuele Lucchini Guastalla) ha ritenuto che: «[...] la suaccennata bipartizione fra contratti stipulati successivamente al 25 luglio 2021 – soggetti al nuovo art. 125 sexies t.u.b. – e contratti anteriori a tale data – sottoposti invece alla disciplina, primaria e secondaria vigente al momento della stipulazione – appare corrispondere a una consapevole determinazione del legislatore della Novella, che non può ragionevolmente non aver tenuto presente l'interpretazione dell'articolo 16 della direttiva prospettata dalla CGUE nella più volte citata sentenza *Lexitor*». Da ciò è stato ricavato «che il combinato disposto dell'art. 11 octies comma 2° e delle disposizioni di rango secondario pro tempore applicabili conduce all'esito per cui – in aderenza, anzi in “continuità” con l'orientamento seguito dall'Arbitro prima della sentenza *Lexitor* e della decisione 26525/2019 – la riduzione del costo totale del credito abbia per oggetto soltanto i costi c.d. recurring, con esclusione dei costi c.d. up-front»⁵⁴.

I conseguenti «delicati interrogativi di compatibilità del diritto interno con il diritto eurounitario» sono stati risolti dal Collegio di coordinamento nel senso della prevalenza del primo sul secondo, in quanto «la norma nazionale, secondo i noti canoni di interpretazione (artt. 11 e 12 delle Preleggi) [risulta] confezionata con un testo chiaro e inequivoco, sia pure potenzialmente confliggente con la normativa europea»⁵⁵.

Il Collegio di coordinamento non si è peritato di aggiungere che «a un Giudice che ritenesse eventualmente di ravvisare un contrasto della norma nazionale con gli artt. 11 e 117 della Costituzione resterebbe aperta l'astratta possibilità di sollevare questione di costituzionalità dinanzi alla Consulta», ma ha

⁵⁴ Per un articolato commento, v. Mager, *L'ABF e il tentativo italiano di contenere gli effetti della pronuncia Lexitor. Prime note a Collegio Coordinamento n. 21676/2021 (in attesa dell'intervento della Corte Costituzionale)*, in Riv. dir. banc., 2021, pp. 476 ss. (consultabile *on line* al seguente indirizzo: https://rivista.dirittobancario.it/sites/default/files/pdf_c/mager.pdf).

⁵⁵ È stato altresì aggiunto dal Collegio di coordinamento che: «[...] va anche tenuto conto, sul piano interpretativo, che la scelta del legislatore di “riportare indietro le lancette dell'orologio” per la disciplina intertemporale può avere tratto ispirazione non solo da intuibili esigenze equitative rispetto all'affidamento riposto dalle parti negli assetti contrattuali concordati secondo le indicazioni consolidate della giurisprudenza nazionale anteriore alla sentenza *Lexitor*, ma anche dalla considerazione che scelte (non identiche, ma) non dissimili sono state compiute all'interno della UE da altri paesi di prestigiosa tradizione giuridica».

poi subito aggiunto che, stante la decisione della Corte costituzionale di cui si è detto sopra, tale possibilità gli è preclusa, così come quella di «sollevare questioni pregiudiziali avanti alla Corte di Giustizia Europea».

L'auspicio che la Corte costituzionale potesse essere adita si è poi avverato mediante l'ordinanza emessa dal Tribunale di Torino il 6 novembre 2021 (giudice unico Dott. Astuni)⁵⁶, mediante la quale è stata finalmente sollevata la questione di legittimità costituzionale di cui si è detto, tra l'altro facendo espressamente riferimento alla decisione del Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario.

6. *Segue*: Pendenza di una questione di legittimità costituzionale della norma applicabile e sospensione (c.d. impropria) dei procedimenti

Pendente la questione di legittimità costituzionale di cui si è detto, i Collegi territoriali dell'Arbitro Bancario Finanziario hanno tuttavia ritenuto di essere privi di un potere di sospensione c.d. impropria dei procedimenti in materia, continuando pertanto ad applicare la norma giuridica impugnata innanzi alla Corte costituzionale⁵⁷.

⁵⁶ Il provvedimento si può consultare *on line* al seguente indirizzo: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2022-02-16&atto.codiceRedazionale=22C00019. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 *octies* del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73 è stata ritenuta non manifestamente infondata nelle parti in cui: (i) «prevede che alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti»; (ii) «limita ai contratti sottoscritti successivamente all'entrata in vigore della legge il principio, espresso nell'art. 16 par. 1 della direttiva 2008/48/Ce, come interpretata dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in data 11 settembre 2019 C-383/18 e recepito nel novellato art. 125-sexies comma 1 TUB che il consumatore che rimborsa anticipatamente, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte».

⁵⁷ A una diversa conclusione, per quanto riguarda la giurisdizione amministrativa, è pervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato mediante l'ordinanza 15 ottobre 2014, n. 28, nella quale, per quanto qui rileva, è stato precisato che: «Nel processo amministrativo, secondo un consolidato indirizzo (cfr., fra le tante, ordinanza Sez. V, 27 settembre 2011, n. 5387; Sez. IV, 11 luglio 2002, n. 3926), trova ingresso la c.d. sospensione impropria del giudizio principale per la pendenza della questione di legittimità costituzionale di una norma, applicabile in tale

Si è venuto così a determinare un *deficit* piuttosto significativo di coerenza all'interno del sistema della giustizia civile, il quale sembra esigere un intervento correttivo.

ABSTRACT: The paper deals with the alternative dispute resolution (ADR) systems in a fundamental rights' protection perspective. The main issue concerns the role of ADR systems in making access to justice more simple and effective, so as to reduce civil litigations. The paper then focuses on ADR and access to constitutional justice, analysing the role of the Arbitro Bancario Finanziario and the Lexitor case.

KEYWORDS: fundamental rights; alternative dispute resolution; market regulation; judicial review

Pietro Sirena – Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato, Diritto privato comparato e Diritto europeo dei contratti nell'Università Bocconi (pietro.sirena@unibocconi.it)

procedimento, ma sollevata in una diversa causa. Non si rinviene, infatti, nel sistema della giustizia amministrativa (arg. ex artt. 79 e 80, c.p.a.) una norma che vieti una tale ipotesi di sospensione (cfr. Cass., Sez. un., 16 aprile 2012, n. 5943), né si profila una lesione del contraddittorio allorquando (come nel caso di specie), le parti, rese edotte della pendenza della questione di legittimità costituzionale, non facciano richiesta di poter interloquire davanti al giudice delle leggi sollecitando una formale rimessione della questione; tale esegesi, inoltre, è conforme sia al principio di economia dei mezzi processuali che a quello di ragionevole durata del processo (che assumono un particolare rilievo nel processo amministrativo in cui vengono in gioco interessi pubblici), in quanto, da un lato, si evitano agli uffici, alle parti ed alla medesima Corte costituzionale dispendiosi adempimenti correlati alla rimessione della questione di costituzionalità, dall'altro, si previene il rischio di prolungare la durata del giudizio di costituzionalità (e di riflesso di quelli a quo)».