

Numero 04277/2011 e data 23/11/2011



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

## **Consiglio di Stato**

**Adunanza Generale del 20 ottobre 2011**

**NUMERO AFFARE 01535/2011**

**OGGETTO:**

Consob - commissione nazionale per le società e la borsa.

Quesito in ordine alla natura giuridica della Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob, istituita ai sensi del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179.

Vista la relazione 11031319 185641 del 14/04/2011 con la quale il Consob - commissione nazionale per le società e la borsa ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore Pres. Alessandro Pajno;

**PREMESSO:**

La Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) sottopone al Consiglio di Stato un quesito relativo alla natura

giuridica della Camera di conciliazione ed arbitrato (di seguito, per brevità, anche “Camera”), istituita ai sensi del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, “*per l’amministrazione dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi*” (art. 2, comma 1 d.lgs. n. 179/2007, cit.).

Lo stesso decreto ha, al contempo, attribuito alla Consob, sentita la Banca d’Italia, la potestà di definire, con regolamento, l’organizzazione della Camera, le modalità di nomina e i requisiti dei conciliatori e degli arbitri, la periodicità dell’aggiornamento dell’elenco dei conciliatori e degli arbitri nonché, in termini generali, le altre funzioni attribuite alla Camera e le norme per i procedimenti di conciliazione ed arbitrato (art. 2, comma 5, d.lgs. n. 179/2007).

Il Regolamento è stato adottato dalla Consob con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008. Con successive delibere (n. 16792 del 29 luglio 2009 e n. 17043 del 22 ottobre 2009 – allegato 2) la Consob ha poi nominato i componenti del collegio camerale.

La Camera di conciliazione ha adottato il proprio Statuto e, previa pubblicazione, nella Gazzetta Ufficiale – 4° Serie Speciale “Concorsi ed Esami” – n. 30 del 16 aprile 2010 degli «Avvisi per l’iscrizione» (allegato 4), ha proceduto alla «Prima formazione» dell’elenco dei conciliatori e dell’elenco degli arbitri da essa tenuti (allegato 5).

La normativa sopra indicata non chiarisce se la Camera sia un soggetto autonomo e distinto dalla Consob ovvero se debba, piuttosto, essere qualificata come organo strumentale dell’autorità di vigilanza.

La soluzione della questione incide, tra l’altro, in ordine

all'imputazione degli atti e dei comportamenti della Camera, del connesso regime della responsabilità e della sua difesa in giudizio.

Nella relazione illustrativa del quesito, la Consob ritiene preferibile la tesi dell'autonomia, sulla base dei seguenti argomenti.

1. Il d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179.

*È istituita la “Camera di conciliazione ed arbitrato, per l'amministrazione [...] dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori” (art. 2, comma 1).*

*“La Camera di conciliazione e arbitrato svolge la propria attività, avvalendosi di strutture e risorse individuate dalla Consob” (art. 2, comma 2).*

Dal dato testuale legislativo si evince in primo luogo che l'indicazione, contenuta nella legge delega, di istituire «procedure di conciliazione stragiudiziale e di arbitrato» da svolgere dinanzi alla Consob, si è tradotta nella scelta del legislatore delegato di individuare un apposito organismo – la Camera, appunto – cui affidare dette procedure conciliative/arbitrali, per tal via chiaramente manifestando la volontà di tenere estranea l'Autorità di vigilanza dalla gestione delle stesse procedure.

Il legislatore delegato sembra aver delineato il rapporto intercorrente tra la Camera e la Consob, in relazione allo svolgimento delle attività normativamente attribuite alla prima, come un'ipotesi di avvalimento di uffici e di servizi; istituto che, in accordo con la migliore dottrina e con la giurisprudenza, ricorre, nell'ambito delle relazioni

intersoggettive, allorché l'ente titolare della funzione utilizza uffici di altro ente conservando, tuttavia, anche in concreto la titolarità della funzione cui il compimento delle operazioni predette è finalizzato. In tal caso, l'attività compiuta dagli uffici dell'ente di cui ci si avvale resta imputata all'ente titolare della funzione che ne risponde nei confronti dei terzi.

## 2. Le disposizioni attuative.

Il regolamento approvato dalla Consob rimette alla stessa Camera, ossia allo statuto da essa deliberato (sottoposto all'approvazione della Consob, anche mediante silenzio-assenso), il compito di dettare le regole concernenti la sua organizzazione e il suo funzionamento.

Sotto il profilo dell'organizzazione, lo statuto stabilisce che la Camera esercita i compiti ad essa assegnati dalle disposizioni di legge e di regolamento con indipendenza ed autonomia funzionale ed organizzativa, avvalendosi delle risorse e delle strutture previste dall'art. 2, comma 2, del decreto legislativo» (art. 3, comma 1), e individua organi propri della Camera (art. 6) e, cioè, il Collegio camerale e il Presidente, il quale «rappresenta la Camera» ed ha, tra l'altro, il potere di adottare, in caso d'urgenza, provvedimenti di competenza del Collegio camerale (art. 7, comma 1, lett. a e g).

In particolare, spetta al Collegio camerale deliberare le modalità per lo svolgimento dei compiti di natura istruttoria e gli adempimenti tecnico-procedurali necessari all'amministrazione delle procedure conciliative ed arbitrali ed alla tenuta degli elenchi (art. 9, comma 2, lett. a), come pure le misure idonee ad assicurare la partecipazione ai procedimenti amministrativi nonché l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, individuando le categorie di quelli sottratti all'accesso e di quelli per i quali l'accesso debba o

possa essere differito (art. 15).

Queste disposizioni testimonierebbero l'autonomia organizzativa della Camera, la cui struttura operativa si presenta scarsamente compatibile con la tesi che la vede quale articolazione della Consob.

Sul piano funzionale, il regolamento prevede che la Camera cura la tenuta degli elenchi dei conciliatori e degli arbitri e provvede ogni sei mesi al loro aggiornamento (art. 4, comma 1, lett. a), mediante atti riconducibili alla Camera. Infatti, le iscrizioni degli interessati nei detti elenchi (e, per converso, le cancellazioni, al pari, ovviamente, dei dinieghi di iscrizione), avvengono con deliberazione della Camera, adottata all'esito di specifiche attività istruttorie autonomamente svolte dalla stessa Camera e preordinate alla verifica/controllo della sussistenza e della permanenza in capo agli interessati dei requisiti prescritti.

In tal senso militerebbe la formulazione dell'art. 5, comma 2, del regolamento, a mente del quale la Camera *«a seguito della ricezione della domanda di iscrizione nell'elenco corredata dei documenti attestanti il possesso dei requisiti richiesti, ne verifica la regolarità e delibera l'iscrizione»*. In termini identici è formulato il successivo art. 6, comma 2, con riferimento all'iscrizione degli arbitri.

L'art. 9, comma 2, lett. a), dello statuto della Camera, stabilisce, poi, che il Collegio camerale delibera in via generale: a) le modalità per lo svolgimento dei compiti di natura istruttoria e gli adempimenti tecnico-procedurali necessari all'amministrazione delle procedure conciliative e arbitrali e alla tenuta degli elenchi. Tale disposizione assegna alla Camera il potere-dovere di stabilire le regole volte a disciplinare le istruttorie relative ai procedimenti amministrativi di sua competenza.

Il successivo comma 3 dell'art. 5 del regolamento (per gli arbitri, il comma 3 dell'art. 6) precisa, ancora, che *«Ogni sei mesi la Camera dispone l'aggiornamento dell'elenco procedendo alle nuove iscrizioni e alla cancellazione di coloro che hanno perso i requisiti o sono incorsi nelle situazioni di incompatibilità ovvero di coloro che ne hanno fatto domanda»*.

Le richiamate disposizioni starebbero a dimostrare l'autonoma potestà di adottare atti che attribuita alla Camera, sicuro connotato della sua soggettività giuridica.

3. Gli altri organismi arbitrali e di conciliazione istituiti presso un'Autorità indipendente.

Si fa riferimento, in particolare, alla Camera arbitrale per i contratti pubblici, istituita presso l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Detto organismo risulta inserito nella struttura organizzativa dell'Autorità presso cui è istituito, che ne stabilisce direttamente (e, dunque, non si limita ad approvare) le norme di funzionamento. Infatti, il regolamento di organizzazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, disciplina la Camera arbitrale per i contratti pubblici nell'ambito del Capo III (rubricato «Strutture e uffici ausiliari»), prevedendo che la sua organizzazione interna sia disciplinata *«con proprio regolamento deliberato dal Consiglio dell'Autorità sentito il Consiglio della Camera arbitrale»* (art. 23, comma 1) e che *«Le attività di supporto per l'espletamento delle funzioni della Camera Arbitrale sono svolte da personale dell'Autorità»* (art. 23, comma 2,). A ragione di ciò la Camera arbitrale per i contratti pubblici è stata ritenuta “far parte” dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti (TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 13 febbraio 2007, n. 53).

Ragionando a contrario, in assenza di detti indici, alla Camera

di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob dovrebbe riconoscersi soggettività propria.

A sostegno dell'opposta tesi, secondo cui la Camera sarebbe un organo strumentale, esisterebbe un solo significativo argomento, desumibile dal testo della legge delega, che nell'art. 27, comma 1, ha stabilito, tra i principi e criteri direttivi, la “ [...] *previsione di procedure di conciliazione e di arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla Consob per la decisione di controversie insorte tra i risparmiatori o gli 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 [...]*,” intendendo con ciò assegnare alla Consob e non ad un'altra entità la titolarità delle funzioni ivi descritte.

Tale argomento, tuttavia, sarebbe sostanzialmente neutralizzato dalla scelta operata dal legislatore delegato: «ove si ritenesse (come sembra fondato) che il decreto legislativo delegato n. 179/2007 (fonte normativa a cui, come accennato nelle pagine che precedono, l'autorità amministrativa e l'interprete devono immediatamente fare riferimento per ricostruire il sistema positivo che istituisce e disciplina i procedimenti di conciliazione e di arbitrato per la risoluzione delle controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari) contenga indici che depongono in modo chiaro per il riconoscimento di una soggettività della Camera autonoma e distinta da quella della Consob, alla diversa conclusione, che riconoscesse alla Camera natura di mero organo strumentale della Consob, non potrebbe pervenirsi ricorrendo ad una lettura della normativa delegata “costituzionalmente

orientata” alla luce della normativa delegante. In tal caso, infatti, l’evidente contrasto tra la legge di delega che non prevede la costituzione di organismi, ma l’istituzione di procedure (art. 27, co. 1, l. n. 262/2005), e il decreto delegato che, invece, istituisce la Camera (art. 2, co. 1, d.lgs. n. 179/2007) non potrebbe essere risolto in via interpretativa, palesando un’esorbitanza della normativa delegata rispetto ai limiti posti dalla norma di delega in sospetta violazione dell’art. 76 della Costituzione. E ciò in quanto se è vero che tra le possibili opzioni ermeneutiche della norma delegata l’interprete deve privilegiare quella “costituzionalmente orientata” alla luce della norma delegante, non è meno vero che l’interpretazione non può spingersi fino a pretermettere il dato testuale della ridetta norma delegata».

#### CONSIDERATO:

La soluzione del quesito non può che incentrarsi sull’analisi del dato positivo, da leggere sulla necessaria premessa che la soggettività giuridica, quand’anche disgiunta dalla personalità, ha un tratto ontologico cui si deve guardare, ossia l’attitudine ad essere centro finale di imputazione normativa.

Per tradurre questo concetto nella teoria generale del rapporto giuridico, occorre individuarne la struttura, che risponde allo schema dell’inferenza deduttiva: fatto – norma – effetto.

La norma di legge determina la disciplina della fattispecie, identificando gli effetti giuridici che si ricollegano a determinati fatti, intesi in senso ampio (ossia come comprensivi di qualsiasi fatto giuridicamente rilevante, sia esso un mero fatto, un atto, l’esercizio di un potere consensuale o autoritativo). Caratteristica di questo schema è che l’effetto giuridico è automatica conseguenza del verificarsi del fatto; meccanismo, questo, che costituisce un corollario

del principio di causalità normativa (rapporto interno alle norme giuridiche precettive, che hanno una struttura in forza della quale al verificarsi di determinati presupposti si verificano gli effetti previsti dalla norma.

Vi è soggettività giuridica in capo a coloro che siano suscettibili di essere destinatari dell'effetto, non essendo sufficiente l'attitudine ad essere autore del fatto da cui esso promana.

Nella specie, la Camera non risulta essere destinataria degli effetti, poiché la legge considera la sua attività in funzione di quella della Consob.

La legge n. 262 del 2005, all'art. 27, comma 1, ha stabilito, tra i principi e criteri direttivi della delega, la *“previsione di procedure di conciliazione e di arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla Consob per la decisione di controversie insorte tra i risparmiatori o gli 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”*.

È di cristallina evidenza che il legislatore delegante ha inteso assegnare le funzioni oggi di competenza della Camera alla Consob, sicché la scelta di istituire la Camera presso la Consob non può che essere vista in tale ottica, dovendo essere ricondotta – come rileva la stessa relazione illustrativa – all'esigenza di tenere distinte la funzione di vigilanza sui servizi di investimento (alla Consob dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) e quella di amministrazione delle procedure di conciliazione e di arbitrato (concernenti, come detto, controversie insorte tra i risparmiatori e gli stessi soggetti abilitati ai servizi di investimento).

Ne discende che la Camera, appositamente istituita per marcare il tecnicismo dei suoi compiti e l'autonomia di cui gode rispetto alla tradizionale posizione dell'organo, resta priva di soggettività, qualificandosi la stessa come un organismo tecnico, strumentale alla Consob, ma non distinto da questa.

Né vale in senso contrario opinare che tale esegesi, conforme al canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata (ma, in realtà, il richiamo andrebbe fatto alla dottrina dell'interpretazione adeguatrice), non sarebbe consentita dal testo del decreto delegato, e, dunque, potrebbe trovare spazio solo attraverso una questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega. Il testo, infatti, non è incompatibile con tale interpretazione: l'art. 2, comma 1 del d.lgs. stabilisce che *“È istituita una Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob per l'amministrazione, in conformità al presente decreto, dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori”*.

La locuzione “è istituita” indica la costituzione *ope legis* della Camera di conciliazione e arbitrato, che è un presupposto della soggettività giuridica pubblica, ma non la identifica. In altre parole, è condizione necessaria, ma non sufficiente. Al contrario, è proprio la specificazione che essa viene creata “presso la Consob” ad apparire incoerente con l'assegnazione di un'autonoma soggettività di diritto. Non si spiegherebbe, inoltre, perché il d.lgs. rinvii a un regolamento della stessa Consob -e non del nuovo soggetto- la disciplina degli aspetti fondamentali dell'attività e dell'organizzazione della Camera. Numerosi, inoltre, sono gli indici rinvenibili nello stesso

decreto legislativo a sostegno della tesi restrittiva in ordine alla natura giuridica della Camera.

In primo luogo, la previsione secondo cui la Camera di conciliazione e arbitrato svolge la propria attività “avvalendosi” di strutture e risorse individuate dalla Consob, non rivela la separata soggettività dell’organismo, ma piuttosto la sua compenetrazione. Nel ragionamento svolto nella relazione illustrativa si palesa un vizio logico, consistente nell’inversione del rapporto di causa ed effetto: non è il ricorso al c.d. “avvalimento” a dimostrare la plurisoggettività delle parti tra cui interviene, ma è l’appartenenza di un organo ad un ente a giustificare l’impiego da parte del primo dei mezzi operativi e finanziari del secondo.

Ed infatti, la tradizionale figura dell’avvalimento, riguardando il rapporto fra enti e soggetti diversi per l’esercizio di funzioni pubbliche o di compiti di interesse pubblico, suppone che sia già risolta la questione riguardante l’autonoma personalità giuridica dei soggetti del rapporto, e non può, invece, essere utilizzata come indice dell’esistenza di tale autonoma personalità giuridica. Sotto questo profilo, la formula contenuta nell’art. 3, comma 1, dello Statuto - secondo la quale *“la Camera esercita i compiti ad essa assegnati ... avvalendosi delle risorse e delle strutture previste dall’art. 2, comma 2 del decreto legislativo”* non può essere intesa, per le ragioni sopra esposte, come volta a richiamare la tradizionale figura dell’avvalimento (riguardante la collaborazione fra soggetti giuridici diversi) ma come volta a consentire l’utilizzazione da parte della stessa Camera, di strutture e risorse della Consob: così ulteriormente evidenziando, come si è già osservato, la compenetrazione della Camera nella Consob e nella sua complessiva struttura organizzativa.

In secondo luogo, nel Regolamento è stabilito che la Consob: 1) nomina i componenti della Camera (designandone tre su cinque); 2) ne approva lo Statuto; 3) individua e fornisce strutture e risorse per lo svolgimento delle sue attività; 4) provvede a coprirne le spese di funzionamento.

In terzo luogo, nel regolamento è pure previsto che la Consob riceve dalla Camera, con cadenza annuale, una relazione sull'attività svolta e che può rivolgere «richieste di informazioni» alla Camera su dette attività, nonché impartire «direttive relative ai controlli sui requisiti richiesti per l'iscrizione negli elenchi», ciò stando a indicare come la Camera abbia quale referente della propria attività la Consob.

La circostanza che la Camera esercita i compiti ad essa assegnati dalle disposizioni di legge e di regolamento con “indipendenza ed autonomia funzionale ed organizzativa” non smentisce il rapporto di appartenenza organica, essendo oramai ampiamente noto che i requisiti di indipendenza ed autonomia sono compatibili -tanto più nell'ambito di enti ascrivibili al novero delle Autorità indipendenti -con l'assenza di soggettività giuridica propria, essendo uno dei modi in cui può articolarsi l'intensità della relazione di appartenenza dell'organo all'ente, legata alla peculiarità della posizione che lo stesso riveste nel suo ambito.

Quanto all'ultimo argomento portata a sostegno della tesi autonomistica, ossia la strumentalità della Camera arbitrale per i contratti pubblici, istituita presso l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, esso è intrinsecamente inidoneo dal punto di vista dimostrativo: l'argomento *a contrario* può essere impiegato quando di un insieme finito sia possibile predicare solo un'alternativa alla sua spiegazione. Nella specie, quand'anche

fosse vero che la Camera arbitrale per i contratti pubblici presenti elementi di dipendenza dall'Autorità di vigilanza invece assenti nella Camera istituita presso la Consob, ciò non implicherebbe una diversa natura giuridica, perché la stessa natura giuridica può essere affermata anche in mancanza di tali elementi. Ma, a ben guardare, l'argomento va ribaltato: è proprio la situazione di ingerenza e controllo della Consob nell'organizzazione della Camera di conciliazione e arbitrato a rendere ipotizzabile una simmetria con la Camera arbitrale per i contratti pubblici.

A corroborare l'indagine positiva vi è il richiamo a due principi di fondo del sistema amministrativo: buon andamento e sussidiarietà. Entrambi orientano per il disconoscimento di un'autonoma soggettività giuridica alla Camera la soluzione restrittiva, perché l'istituzione di un soggetto pubblico *ad hoc* (l'ennesimo) per lo svolgimento di compiti certamente riconducibili alle attribuzioni dell'*Authority*, da un lato contrasta con le finalità di semplificazione proprie della politica dell'amministrazione perseguita negli ultimi anni, dall'altro appare antitetica rispetto all'apertura che in materia di mediazione civile la più recente legislazione ha operato in favore dei privati.

Le osservazioni sopra esposte evidenziano, pertanto, che la Camera arbitrale istituita presso la CONSOB è organo di questa ed è priva di autonoma soggettività giuridica.

P.Q.M.

Nelle superiori considerazioni è il parere.

**IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO**

Pasquale de Lise

