

## ARBITRATO E DIRITTO DEI CONSUMATORI

di Tomaso Galletto<sup>(\*)(\*\*)</sup>

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. Il quadro di riferimento comunitario: dalla direttiva 93/13 sulle clausole nei contratti dei consumatori alle raccomandazioni degli organi comunitari. - 3. Il recepimento in Italia della direttiva 93/13 e la questione delle clausole compromissorie nei contratti dei consumatori. - 4. Le opinioni della dottrina e gli orientamenti della giurisprudenza. - 5. L'intervento della Corte di Giustizia: il caso Mostaza. - 6. La situazione attuale: uno scenario confuso. - 7. I recenti interventi del legislatore: l'arbitrato amministrato nelle controversie dei risparmiatori. - 8. Il ruolo delle Camere di Commercio. - 9. Conclusioni.

\* \* \*

### 1. PREMESSA

L'esigenza di apprestare adeguati strumenti di tutela degli interessi dei consumatori non soltanto sotto il profilo sostanziale, ma anche sotto quello dell'accesso alla giustizia, che deve tendere ad assicurare rapidità ed efficienza alla tutela delle ragioni della parte più debole del rapporto conflittuale, è un aspetto fondamentale della politica di protezione dei consumatori sia a livello comunitario, sia a livello dei singoli ordinamenti.

I delicati profili che attengono alla tutela dei consumatori in sede contenziosa sono all'attenzione del legislatore comunitario da diversi decenni (risale infatti al 1975 il programma preliminare per un politica di protezione e di informazione del consumatore, nel cui ambito assume particolare rilievo l'accesso alla giustizia).

---

<sup>(\*)</sup> Avvocato in Genova.

<sup>(\*\*)</sup> Relazione svolta al Convegno "L'arbitrato in materia civile e commerciale", Genova 10 ottobre 2008, organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova e dalla Camera di Commercio di Genova

In questa prospettiva il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (le cosiddette ADR, *Alternative Dispute Resolutions*) tra consumatore e professionista, inteso quale “*persona fisica o giuridica che agisce nell’esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale*”, sembrerebbe essere la soluzione più appropriata, in quanto ispirata a criteri di semplicità, informalità, rapidità della decisione e riduzione dei costi del contenzioso.

Nell’ambito dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, inoltre, l’arbitrato, ancor più della conciliazione il cui esito non è vincolante per le parti, è teoricamente lo strumento più appropriato in grado di offrire una valida alternativa all’accesso alla giustizia ordinaria i cui costi, non sempre ripetibili nei confronti della parte soccombente e la cui durata costituiscono ostacoli ad una efficace tutela delle ragioni del consumatore.

Ma i pur innegabili vantaggi che il ricorso a procedure di arbitrato per la risoluzione delle controversie dei consumatori tenderebbe ad assicurare devono essere attentamente riconsiderati alla luce dell’innegabile squilibrio delle posizioni in conflitto essendo evidente che consentire al soggetto economicamente più forte (il professionista) di imporre negozialmente al consumatore il ricorso a procedure di arbitrato, con esclusione dell’accesso alla giustizia ordinaria, potrebbe comportare un significativo e non auspicabile vantaggio per il contraente più forte.

Per le ragioni sinteticamente enunciate in precedenza i legislatori hanno avvertito la necessità di un approccio molto cauto alla materia dell’arbitrabilità delle controversie tra professionisti e consumatori, giungendo in talune esperienze a negarla ed in altre a regolamentarla in una prospettiva di adeguata tutela degli interessi della parte economicamente più debole.

Il difficile temperamento degli interessi in gioco ha comportato l’adozione di soluzioni assai diverse tra loro, tutte connotate peraltro da una particolare attenzione alla peculiarità del rapporto possibile oggetto di arbitrato.

Il punto nodale è costituito, evidentemente, dalla vincolatività (o meno) della clausola compromissoria introdotta dal professionista nei contratti standard sottoscritti per adesione dai consumatori.

Soltanto nell’esperienza statunitense, a quanto consta, l’introduzione di clausole compromissorie nei contratti standard con i consumatori è ritenuta ammissibile senza l’adozione di particolari cautele, diverse da quelle previste per gli ordinari contratti commerciali (questa è peraltro la posizione della Corte Suprema Federale, riferita quindi a rapporti che presentino caratteristiche di interstatualità, mentre il panorama dei singoli ordinamenti statali sembrerebbe essere piuttosto variegato).

In Europa, invece, quanto meno nell'ambito dei Paesi appartenenti all'Unione Europea, i singoli ordinamenti, che pure adottano diverse soluzioni quanto all'arbitrabilità delle controversie tra professionisti e consumatori, risentono indiscutibilmente gli effetti della politica comunitaria in materia che è particolarmente cauta nella prospettiva di non pregiudicare una effettiva ed efficace tutela dei diritti dei consumatori.

Anche l'ordinamento italiano, come si cercherà di illustrare sinteticamente nel prosieguo, riflette il difficile contemperamento delle esigenze in conflitto in tema di arbitrabilità delle controversie dei consumatori e non offre soluzioni appaganti.

## **2. IL QUADRO DI RIFERIMENTO COMUNITARIO: DALLA DIRETTIVA 93/13 SULLE CLAUSOLE NEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI ALLE RACCOMANDAZIONI DEGLI ORGANI COMUNITARI.**

Per quanto rileva ai fini dell'indagine in tema di arbitrabilità delle controversie dei consumatori, e senza pretesa di completezza, l'illustrazione del quadro di riferimento comunitario può prendere le mosse dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e dai risultati del coevo Libro verde "L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico" COM (93) 576 del 16 novembre 1993.

L'art. 3, n. 1, della menzionata direttiva dispone che:

*“una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto”.*

L'allegato alla direttiva contiene un elenco indicativo delle clausole che possono essere dichiarate abusive. Tra queste, il n. 1, lett. q), dell'allegato annovera le clausole che hanno per oggetto o per effetto di

*“sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto”.*

L'indicazione, da parte del legislatore comunitario, nell'elenco delle clausole che possono essere dichiarate abusive di quelle che obbligano *“il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni*

*giuridiche*” ha posto e pone tuttora delicati problemi interpretativi ai quali le diverse legislazioni nazionali, in sede di recepimento della direttiva, hanno dato soluzioni difformi.

Alcuni ordinamenti nazionali, tra i quali quello italiano, non hanno preso direttamente in considerazione tale indicazione, mentre altri hanno positivamente legiferato in materia di arbitrato delle controversie dei consumatori.

Rinviando al prosieguo l’esame della normativa interna italiana in materia, può completarsi il sintetico e non esaustivo richiamo al quadro di riferimento comunitario in materia ricordando la Raccomandazione della Commissione delle Comunità Europee del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo e la Risoluzione del Consiglio dell’Unione Europea del 25 maggio 2000, relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo.

Con la citata Raccomandazione la Commissione, dato atto che l’esperienza acquisita da numerosi Stati membri dimostra che i meccanismi alternativi di risoluzione non giudiziale delle controversie in materia di consumo possono garantire buoni risultati, riducendo il costo e la durata delle risoluzioni delle controversie, purché sia garantito il rispetto di alcuni principi essenziali, ha indicato tali principi inderogabili.

Si tratta del *principio di indipendenza* (funzionale a garantire l’imparzialità dell’azione dell’organo chiamato ad adottare la decisione), del *principio di trasparenza* (inteso quale informazione dettagliata sulle regole applicabili alla procedura decisoria), il *principio del contraddittorio*, di *efficacia* (inteso a garantire la gratuità o il moderato costo della procedura, l’esenzione dall’obbligo di ricorrere all’assistenza di un legale e la rapidità della decisione), del *principio di legalità* (che garantisce ad un lato la motivazione e comunicazione per iscritto della decisione e l’applicazione delle disposizioni imperative della legge dello Stato in cui si svolge la procedura extra giudiziaria), del *principio di libertà* (secondo il quale l’adesione del consumatore alla procedura extra giudiziale non può derivare da un impegno che precede l’origine della vertenza, quando questo impegno ha come effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire le giurisdizioni competenti per la risoluzione giudiziaria della controversia) ed infine del *principio di rappresentanza* (che consente comunque alle parti di farsi volontariamente rappresentare o assistere in tutte le fasi della procedura).

Tra i richiamati principi assume particolare rilevanza quello secondo cui non sarebbe consentito impegnare il consumatore, prima dell’origine della vertenza, a rinunciare al diritto di adire la giurisdizione competente per la risoluzione della controversia (*principio di libertà*).

Questa previsione è giustificata, secondo la Commissione, dalla constatazione che, in conformità con l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, l'accesso ai tribunali costituisce un diritto fondamentale che non conosce eccezioni, dalla quale consegue, sempre secondo la Commissione, il corollario che l'utilizzazione della via extra giudiziale non può privare il consumatore del suo diritto di accesso ai tribunali se non quando egli lo accetti esplicitamente, in piena conoscenza di causa e in una fase *posteriore* all'insorgere della controversia.

Per parte sua la Risoluzione del Consiglio del 25 maggio 2000, nel confermare la propria condivisione degli indirizzi enunciati dalla Commissione, sottolinea l'imprescindibilità della circostanza secondo cui il ricorso a procedure extra giudiziali di risoluzione delle controversie in materia di consumo non deve privare il consumatore del diritto di accesso ai tribunali e non deve pregiudicare qualsiasi altro mezzo di ricorso amministrativo o giudiziario.

Emerge con evidenza dal sintetico richiamo degli orientamenti comunitari in materia un preciso indirizzo di politica legislativa che, pur consapevole degli innegabili vantaggi per i consumatori derivanti dalla previsione di strumenti extra giudiziali di risoluzione delle controversie di consumo, sottolinea nel contempo l'esigenza di non vincolare il consumatore al ricorso esclusivo a tali strumenti alternativi di risoluzione delle controversie se non successivamente all'insorgenza di esse e nella piena consapevolezza delle implicazioni che ne derivano sotto il profilo della rinuncia alla tutela giurisdizionale dei diritti.

Si tratta di indirizzi dell'azione comunitaria a tutela dei consumatori che non assurgono al rango di fonte del diritto, ma che tuttavia non possono essere ignorati.

La direzione verso la quale sembra muovere l'azione comunitaria è nel senso di consentire, a certe condizioni (e cioè con il rispetto dei principi ai quali si è fatto cenno in precedenza), il ricorso a procedure extra giudiziali di risoluzione vincolante delle controversie in materia di consumo e quindi di ammettere in astratto anche il ricorso a procedure di arbitrato, fermo restando peraltro il divieto di vincolare *ex ante* il consumatore a ricorrere esclusivamente a tale strumento di tutela delle proprie ragioni.

Nello sforzo di ricercare un punto di equilibrio tra benefici e rischi della incentivazione del ricorso a procedure extra giudiziali di risoluzione delle controversie in materia di consumo (ritenute maggiormente efficienti, ma suscettibili di pregiudicare la tutela del consumatore, parte debole del rapporto) gli organi comunitari sembrano suggerire una soluzione asimmetrica: da un lato il ricorso alla procedura extra giudiziale potrebbe essere vincolante per il professionista ma, dall'altro, non dovrebbe esserlo per il consumatore.

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

Si tratta, come è evidente, di una soluzione che presenta rilevanti difficoltà applicative e che può comportare seri ostacoli alla diffusione delle ADR in materia, ma che tuttavia ha trovato riscontro da parte dei legislatori nazionali, ivi compreso quello italiano, come si accennerà nel prosieguo.

### **3. IL RECEPIMENTO IN ITALIA DELLA DIRETTIVA 93/13 E LA QUESTIONE DELLE CLAUSOLE COMPROMISSORIE NEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI.**

Con legge 6 febbraio 1996 n. 52 è stata recepita nell'ordinamento italiano la direttiva 93/13 introducendo nel codice civile gli artt. da 1469-*bis* a 1469-*sexies* destinati a disciplinare i contratti del consumatore.

Per quanto in questa sede rileva l'art. 1469-*bis* n. 18) non ha riprodotto il testo della direttiva (o meglio dell'allegato ad essa) che qualifica come abusive le clausole che obbligano il consumatore "a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche", ma ha invece considerato abusiva la clausola che sancisca "deroghe alla competenza dell'Autorità Giudiziaria".

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

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

L'ambiguità del testo normativo consentiva diverse interpretazioni quanto alla abusività della clausola compromissoria eventualmente inserita in un contratto standard tra professionista e consumatore.

Deve infatti considerarsi che il recepimento della direttiva non aveva inciso sulla disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto (art. 1341 cod. civ.) nel cui ambito, come è noto, si dispone che in ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che, tra l'altro, stabiliscono "*clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'Autorità Giudiziaria*".

Il testo dell'art. 1341 cod. civ. sembrava dimostrare che il legislatore ritenesse distinte le clausole di devoluzione della controversia ad arbitrato e quelle di deroga alla competenza dell'Autorità Giudiziaria, rendendo di fatto ambigua la scelta operata in sede di recepimento della direttiva in cui, come detto, le clausole compromissorie e più in generale il ricorso all'arbitrato non sono menzionate tra le clausole presuntivamente abusive.

Le evidenti difficoltà interpretative connesse alla ambigua formula legislativa riferita genericamente alle deroghe alla competenza dell'Autorità Giudiziaria si sono inevitabilmente riflesse sia in sede dottrinale che giurisprudenziale, nei termini di cui si farà sinteticamente cenno qui di seguito.

#### **4. LE OPINIONI DELLA DOTTRINA E GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA.**

Pur non essendo possibile in questa sede dare conto in modo esauriente delle variegate opinioni che si sono affacciate in dottrina in ordine alla abusività o meno delle clausole compromissorie inserite nei contratti dei consumatori a fronte dell'ambiguo testo legislativo di recepimento della direttiva, è peraltro possibile indicare schematicamente tre indirizzi fondamentali.

Secondo un primo indirizzo tutte le clausole compromissorie, siano esse rituali o irrituali sono da considerarsi abusive.

Un secondo orientamento circoscrive invece l'abusività alle sole clausole compromissorie per arbitrato irrituale.

Un terzo orientamento, infine, che propende per la vessatorietà delle clausole compromissorie all'esito di un'indagine da effettuarsi caso per caso, ferma restando la possibilità per il professionista di dimostrare che l'introduzione di tali clausole è stata oggetto di una specifica trattativa con il consumatore.

Le ragioni che sorreggono gli orientamenti sopra indicati si rinvengono, quanto al primo orientamento, nella necessità di una interpretazione della norma di recepimento in coerenza ai principi ispiratori della direttiva che indurrebbero a ritenere comunque presuntivamente abusive tutte le clausole compromissorie in quanto potenzialmente svantaggiose per il consumatore; quanto al secondo orientamento, nella netta distinzione, nel nostro ordinamento, tra arbitrato rituale ed irrituale, quest'ultimo non disciplinato da regole legislative e come tale confligente con l'indirizzo comunitario che considera abusive le convenzioni arbitrali non regolate da norme giuridiche; quanto, infine, al terzo orientamento, nella constatazione che l'orientamento del legislatore comunitario tende a favorire, per quanto possibile, la soluzione extra giudiziale delle

controversie dei consumatori e quindi nella necessità di verificare in ogni singola situazione se effettivamente vi sia uno squilibrio delle posizioni con conseguente necessità di proteggere il consumatore.

Ulteriore linfa al dibattito dottrinale sul punto è stata poi apportata da un lato dal noto orientamento della Suprema Corte che ascrive il fenomeno arbitrale alla sfera dell'autonomia privata, tanto con riferimento all'arbitrato rituale quanto a quello irrituale, e, da altro lato, dalla recente novella legislativa in tema di arbitrato (d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40) che invece sembra ricondurre il ricorso all'arbitrato rituale ad una vera e propria deroga alla competenza dell'Autorità giudiziaria.

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

Il Tribunale di Roma, ad esempio, sin dal 1998 si è espresso nel senso che la clausola compromissoria riveste natura vessatoria in quanto diretta a sancire a carico del consumatore “deroghe alla competenza dell'Autorità Giudiziaria” e lo stesso Tribunale si è ancora recentemente espresso nel senso che *“si presume vessatoria la clausola che prevede la devoluzione a arbitrato irrituale delle controversie insorgende relativamente ad un contratto di servizi di investimento stipulato tra un privato ed un intermediario finanziario”* (cfr. rispettivamente Trib. Roma 8 maggio 1998 in *Foro It.*, 1998, I, 1989 e Trib. Roma, 18 agosto 2006 in *Banca, Borsa, Tit. Cred.* 2008, 110 ss.).

In senso sostanzialmente conforme si sono pronunciati altri Giudici di merito.

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

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

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



*esso rituale o irrituale, la cognizione di una controversia che dovesse sorgere tra le parti.*

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

Non constano, per quanto è dato conoscere, decisioni in sede di legittimità che risolvano il nodo interpretativo relativo alla inclusione o meno nella locuzione “deroghe alla competenza dell’Autorità Giudiziaria” delle clausole compromissorie inserite nei contratti dei consumatori.

Una recente decisione della Suprema Corte, per la verità, ha sfiorato l’argomento giudicando in tema di clausole inserite nei contratti assicurativi che devolvono ad una perizia contrattuale la formulazione di un apprezzamento tecnico che le parti si impegnano ad accettare (cfr. Cass. Sez. III, 22 maggio 2007 n. 11876 in *Foro It.*, 2008, 1164 ss).

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

Manca quindi, allo stato, un precedente giurisprudenziale di legittimità al quale fare riferimento; tuttavia non può non rilevarsi che l’orientamento assolutamente prevalente dei giudici di merito (anche di secondo grado) è fermo nel ritenere la vessatorietà delle clausole compromissorie introdotte nei contratti dei consumatori, senza porre alcuna distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale.

## **5. L’INTERVENTO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: IL CASO MOSTAZA.**

In epoca recente il tema della arbitrabilità delle controversie in materia di consumo è stato posto - sia pure in modo indiretto - alla attenzione dei giudici comunitari dai quali ha ricevuto una risposta che, pur avendo sollevato qualche perplessità in ragione delle peculiarità della fattispecie, deve essere presa in attenta considerazione.

Si tratta della vicenda nota come caso *Mostaza* (Corte di Giustizia CE 26 ottobre 2006 C-168/05 che può leggersi in *Riv. Arb.*, 2006, 673 ss.) riferita ad un rinvio pregiudiziale operato dai giudici spagnoli.

La controversia che ha dato origine al rinvio pregiudiziale riguardava il caso di una consumatrice che, avendo stipulato un contratto di abbonamento ad una linea di telefonia mobile, non ne aveva poi rispettato i termini di durata.

La società fornitrice del servizio aveva attivato la clausola compromissoria contenuta nel contratto che devolveva le controversie ad un arbitrato amministrato.

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

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

Nel decidere la questione pregiudiziale la Corte ha innanzitutto ricordato che spetta soltanto al giudice nazionale determinare se una clausola contrattuale possiede i requisiti per essere qualificata abusiva ai sensi della direttiva sulla protezione dei consumatori ed ha constatato, nel contempo, che effettivamente il giudice del rinvio aveva accertato il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta nel contratto concluso dalla consumatrice.

Poiché il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse la Corte, richiamando alcuni suoi precedenti, ha ritenuto che la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola è necessaria per garantire al consumatore una tutela effettiva, tenuto conto del rischio non trascurabile che questi ignori i suoi diritti o incontri difficoltà per esercitarli, quali ad esempio i costi che un'azione giudiziaria comporterebbe.

La direttiva comunitaria in materia di contratti dei consumatori dispone che le clausole abusive "*non vincolano il consumatore*" e tale norma deve essere considerata di natura

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

La natura imperativa di tale disposizione consente, anche alla luce del principio di effettività (che non tollera limitazione che rendono impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti previsti dall'ordinamento comunitario), di affermare che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, indipendentemente dalle preclusioni processuali a tale rilievo eventualmente previste dall'ordinamento nazionale.

La decisione della Corte si pone quindi su di un piano più propriamente processuale, evocando il concetto di ordine pubblico comunitario il cui rispetto non tollera preclusioni, e non affronta *ex professo* la questione se la clausola compromissoria costituisca una clausola abusiva (circostanza presupposta dal giudice del rinvio pregiudiziale).

Ciò nonostante si avverte fra le righe della motivazione un orientamento tendenzialmente sfavorevole alla devoluzione in arbitrato delle controversie dei consumatori, motivato dalla preoccupazione – più volte ribadita – che la rinuncia all'esercizio dei propri diritti davanti all'autorità giudiziaria da parte del consumatore possa derivare da ignoranza delle conseguenze potenzialmente negative di un ricorso alla procedura di arbitrato: è possibile che questo tendenziale disfavore per l'arbitrato trovi giustificazione negli orientamenti degli organi comunitari ai quali si è fatto cenno in precedenza.

## **6. LA SITUAZIONE ATTUALE: UNO SCENARIO CONFUSO.**

Nel 2005, come è noto, è stato emanato il Codice del Consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) che ha accorpato la normativa in tema di tutela dei consumatori, abrogando tra l'altro le disposizioni sui contratti dei consumatori introdotte un decennio prima nel Codice Civile.

Per quanto riguarda la materia in esame l'art. 33 comma 2 lett. t) del Codice del Consumo riproduce fedelmente le disposizioni previste dall'abrogato art. 1469-*bis* n. 18 di cui si è trattato in precedenza (*supra* §3).

Ricordato incidentalmente che la sanzione riferita alle clausole abusive, a suo tempo consistente nella inefficacia di esse, viene ridefinita quale nullità (di protezione) rilevabile anche d'ufficio al solo vantaggio del consumatore (art. 36 comma 3 del Codice), si osserva che la definizione normativa è rimasta immutata sul punto e che conseguentemente si reputano nulle (nel senso sopra precisato) le clausole che comportano “deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria”.

Si ripropongono quindi le medesime problematiche già esaminate in precedenza con riferimento alla legge di recepimento della direttiva comunitaria.

Si è persa peraltro l'occasione per fare chiarezza sulla sorte delle clausole compromissorie eventualmente inserite nei contratti *standard* destinati a regolare i rapporti tra professionisti e consumatori.

Altri ordinamenti, come è noto, hanno nel tempo provveduto a chiarire, in un senso o nell'altro, la disciplina delle clausole compromissorie nei contratti dei consumatori (spesso sottoponendole a particolari prescrizioni e limitazioni), mentre il nostro legislatore è rimasto inerte pur a fronte di un panorama disomogeneo di opinioni nella dottrina, circostanza che certamente avrebbe reso auspicabile un chiarimento legislativo.

Ma la situazione, pur essendo rimasta immutata la previsione normativa, si è arricchita di spunti problematici che ne rendono difficile la decifrazione.

Il legislatore, infatti, ha introdotto nel Codice del Consumo specifici riferimenti agli orientamenti comunitari in tema di risoluzione extra giudiziale delle controversie dei consumatori (sui quali v. *supra* §2) evidentemente condividendo l'opinione che valuta positivamente l'incentivazione di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori.

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

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

Ma il 5° comma dell'art. 141 prevede che il consumatore non possa essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extra giudiziale.

Il complesso delle disposizioni in precedenza richiamate evidenzia, ancora una volta, l'ambiguità del legislatore che da un lato sembra voler promuovere il ricorso a metodi alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori (tra i quali si annovera senza dubbio l'arbitrato) e, da altro lato, introduce una disposizione dirompente quale

quella di cui al comma 5 dell'art. 141, secondo cui all'esito della procedura extra giudiziale resta fermo il diritto di adire il giudice competente.

Per la verità quest'ultimo principio è fatto proprio anche a livello di orientamenti comunitari, sia pure non dotati di efficacia normativa, come si è già ricordato in precedenza (*supra* §2).

Ma la codificazione di un orientamento, che come tale è ancora passibile di rimeditazione a livello comunitario, è suscettibile di inficiare l'obiettivo che in altra parte della medesima disposizione si vuole perseguire: è evidente infatti che la previsione di non vincolatività dell'esito della procedura extra giudiziale rende poco plausibile la diffusione di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie.

E' probabile che il legislatore avesse in mente procedure extra giudiziali di natura conciliativa e non decisorie, ma resta la constatazione che se questo era l'obiettivo, esso è stato perseguito in modo confuso.

Non si vuole qui sottovalutare la delicatezza dei problemi connessi all'arbitrabilità delle controversie dei consumatori, che rendono arduo un contemperamento degli interessi in gioco, ma occorre pur prendere atto che il legislatore non è riuscito ad uscire da una ambiguità che non giova ad una efficace tutela degli interessi dei consumatori.

## **7. I RECENTI INTERVENTI DEL LEGISLATORE: L'ARBITRATO AMMINISTRATO NELLE CONTROVERSIE DEI RISPARMIATORI.**

Il percorso di avvicinamento del nostro legislatore a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie relative ai contratti dei consumatori si è recentemente arricchito di novità interessanti.

In attuazione della delega prevista dalla L. 28/12/2005 n. 262, recante disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, è stato recentemente emanato il D.lgs. 8/10/2007 n. 179, finalizzato alla istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato e a un sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori.

Il decreto istituisce presso la CONSOB una Camera di conciliazione e arbitrato per l'amministrazione dei procedimenti promossi per la risoluzione di controversie tra i risparmiatori e gli intermediari finanziari per la violazione da parte di questi ultimi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori.

L'organizzazione della Camera di conciliazione e arbitrato, le norme procedurali e quant'altro necessario per l'attivazione di tale organismo, dovranno essere definite dalla

CONSOB con regolamento da emanarsi entro un anno dalla entrata in vigore del decreto (e quindi entro il 15 novembre 2008, essendo stato il decreto pubblicato nella G.U. del 30 ottobre 2007).

Per quanto riguarda specificamente l'arbitrato amministrato dalla CONSOB il decreto dispone che il regolamento disciplini la procedura di arbitrato tenendo conto delle norme dettate in tema di arbitrato societario (artt. 34, 35 e 36 D.lgs. 17/1/2003 n. 5).

Il procedimento arbitrale avrà natura rituale ed il relativo lodo sarà sempre impugnabile per violazione di norme di diritto.

Ma gli aspetti più interessanti ed innovativi del decreto in esame sono altri.

L'art. 3, infatti, nel prevedere, in caso di inadempimento dell'intermediario, il riconoscimento di un indennizzo a favore del risparmiatore sulla base di criteri predefiniti dalla CONSOB con proprio regolamento, fa salvo il diritto del risparmiatore di adire l'autorità giudiziaria ordinaria anche per il riconoscimento del risarcimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento. Ai fini della determinazione dell'indennizzo potrà procedersi anche mediante lodo non definitivo.

Il lodo, per acquistare efficacia, dovrà conseguire il visto di regolarità formale della CONSOB oltre al decreto di esecutività di cui all'art. 825 cod. proc. civ..

Un secondo profilo di particolare interesse concerne la previsione dell'art. 6 del decreto, intitolato "Clausola compromissoria", secondo cui la clausola compromissoria inserita nei contratti stipulati con gli investitori (risparmiatori), compresi i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta.

Per quanto possa apparire macchinosa, la disciplina del procedimento arbitrale (di prossima attivazione) nei rapporti tra risparmiatori e intermediari finanziari disegnata dal decreto n. 179/2007 sembra effettivamente rispettosa degli orientamenti comunitari in materia.

Il caposaldo della tutela del consumatore rispetto alle clausole compromissorie si rinviene, secondo i citati orientamenti comunitari, nella constatazione che il diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria, riconosciuto dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è incompressibile, con la conseguenza che in tanto la rinuncia all'azione giudiziale è valida, in quanto essa sia espressa successivamente all'insorgere della lite.

In questa prospettiva la previsione secondo cui la clausola compromissoria inserita nei contratti tra risparmiatori e intermediari è vincolante solo per questi ultimi, a meno che non si provi che essa è frutto di una trattativa diretta, è rispettosa dei principi ispiratori

dell'azione comunitaria in tema di risoluzione extra giudiziale delle controversie dei consumatori.

La norma, infatti, consente al consumatore di aderire o meno, successivamente all'insorgere della controversia, alla procedura arbitrale nel convincimento che così operando il consumatore eserciti consapevolmente la rinuncia ad adire l'autorità giudiziaria ordinaria, potendo soppesare gli effetti positivi e negativi che tale scelta può comportare.

## **8. IL RUOLO DELLE CAMERE DI COMMERCIO.**

Indipendentemente dagli interventi legislativi che interessano singoli settori (quali quello del risparmio a cui si è fatto cenno in precedenza), l'arbitrato nei contratti dei consumatori offre alle Camere di Commercio un significativo spazio di intervento, assegnando ad esse un ruolo fondamentale.

Si è visto infatti che il Codice del Consumo reputa legittimati ad amministrare procedure di arbitrato e conciliazione nelle controversie dei consumatori gli organismi che le Camere di Commercio possono a tal fine istituire ai sensi dell'art. 2 comma 4 della L. 29/12/1993 n. 580.

E' allora auspicabile che le Camere di Commercio assumano un ruolo attivo procedendo alla istituzione degli organismi destinati ad amministrare l'arbitrato e la conciliazione in questa materia, ispirando la loro regolamentazione ai principi regolatori chiaramente enunciati nella raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998, riguardanti i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extra giudiziale delle controversie in materia di consumo.

Rinviando a quanto in precedenza si è riferito in ordine a tali principi (*supra* §2) si può osservare che, allo stato, soltanto questi organismi istituiti presso le Camere di Commercio sembrano compatibili con le previsioni dell'art. 141 del Codice del Consumo, che infatti li menziona.

Altri organismi deputati alla amministrazione di procedure arbitrali nella materia dei contratti dei consumatori, istituiti su base volontaria e sotto forma associativa, non sembrano compatibili con le preclusioni che derivano dall'art. 141 Codice del Consumo.

In ogni caso essi rischiano di ricadere nell'ambito delle "giurisdizioni di arbitrato non disciplinate da disposizioni giuridiche" con la conseguenza che le clausole compromissorie che ad essi si riferiscano potrebbero ritenersi vessatorie ai sensi del n. 1 lett. q) dell'Allegato alla Direttiva 93/13.

In tal senso si è recentemente espresso un giudice di merito, con riferimento ad una clausola compromissoria che deferiva l'amministrazione dell'arbitrato al regolamento arbitrale della Camera di Commercio di Milano, che non è un organismo istituito ai sensi dell'art. 2 comma 4 della Legge n. 580 del 1993 (cfr. Trib. Roma, 18 agosto 2006, cit.).

## **9. CONCLUSIONI.**

Le considerazioni che precedono consentono di trarre, senza alcuna pretesa di completezza, talune conclusioni.

Il quadro di riferimento comunitario rispetto alla disciplina dell'arbitrato nei contratti dei consumatori non pone direttamente un divieto di arbitrabilità delle relative controversie, ma individua una serie di cautele che rendono estremamente complessa la regolamentazione del fenomeno, in considerazione dei rischi connessi ad una possibile alterazione degli equilibri sostanziali tra le parti contraenti, e cioè tra la parte negozialmente reputata più forte (il professionista) e quella ritenuta più debole (il consumatore).

L'inesistenza di un divieto assoluto di arbitrabilità delle controversie dei consumatori è del resto resa evidente dal variegato panorama degli ordinamenti nazionali dei Paesi appartenenti alla Comunità Europea: alcune legislazioni sembrano ammettere l'arbitrato senza specifiche restrizioni (così la legislazione francese), altre la vietano, altre ancora, più numerose, la ammettono soltanto attraverso il ricorso a organismi di arbitrato specificamente previsti dalla legge per l'amministrazione delle procedure di risoluzione extra giudiziale delle controversie dei consumatori.

Il nostro ordinamento non sembra aver optato con chiarezza per alcuna delle soluzioni previste da altre legislazioni.

Tuttavia, e pur nella consapevolezza del ricco dibattito dottrinale che è in corso in Italia, occorre constatare che la giurisprudenza è nella quasi totalità orientata verso un atteggiamento di disfavore rispetto alla introduzione di clausole compromissorie nei contratti dei consumatori.

D'altra parte occorre tenere conto dei recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria, che consente il rilievo d'ufficio da parte del giudice della nullità della clausola compromissoria ove ritenuta abusiva in sede di impugnazione del lodo arbitrale ed indipendentemente dalle preclusioni che a tale rilievo siano rinvenibili nell'ordinamento nazionale (caso *Mostaza*).



Deve allora concludersi nel senso che allo stato attuale l'introduzione di clausole compromissorie nei contratti tra professionista e consumatore è sconsigliabile, essendo assai elevato il rischio della declaratoria di nullità della clausola compromissoria, indipendentemente dalla eccezione in tal senso formulata dal consumatore.

Al di là degli interventi settoriali del legislatore, quale quello recentemente operato in materia di contratti relativi a investimenti finanziari, sembra ragionevole ritenere che soltanto gli organismi di cui all'art. 141 del Codice del Consumo, e tra questi principalmente quelli che possono essere istituiti dalle Camere di Commercio, possono amministrare procedimenti arbitrari in materia di contratti dei consumatori, a condizione naturalmente che i regolamenti arbitrari si conformino ai principi dettati dalla Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998.

Resta in ogni caso ferma la necessità che la clausola compromissoria sia vincolante soltanto per il professionista essendo riservata al consumatore la insindacabile facoltà di aderire o meno alla procedura arbitrale successivamente all'insorgere della controversia.

E' evidente allora che i limiti che circoscrivono l'arbitrabilità delle controversie nei contratti dei consumatori ne rendono difficilmente prevedibile una larga diffusione; ma una soluzione effettivamente incentivante del ricorso alla procedura arbitrale per la risoluzione delle controversie dei consumatori dipende necessariamente dagli indirizzi della politica comunitaria in materia e non può ragionevolmente essere demandata al solo legislatore nazionale che in materia sembra dotato di una sovranità limitata.