

80. "ARBITRATO E CONCILIAZIONE NEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI", CO-AUTORE in "Arbitrati. Rituale, irrituale, internazionale, consumatori, Uncitral. Investimenti, sportivo", a cura di G. Alpa e V. Vigoriti, Editore Utet, Torino, 2012, Sezione Quarta, capitolo primo, 87; CO-AUTORE in "Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale", a cura di G. Alpa e V. Vigoriti, Editore Utet, Torino, 2013, capitolo Quarto, 738; CO-AUTORE in "I contratti del consumatore", a cura di G. Alpa, Editore Giuffrè, Milano, 2013, Capitolo VIII.I, 1341

ARBITRATO E CONCILIAZIONE NEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI^(*)

DI TOMASO GALLETTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Arbitrato e conciliazione nel sistema delle ADR (*Alternative Dispute Resolution*). – 3. I consumatori e le ADR nel diritto comunitario. – 4. (*Segue*). Il *consultation paper* del 2011. – 5. La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori: l'arbitrato dei consumatori. – 5.1. (*Segue*). Un approccio cauto all'arbitrato dei consumatori. – 5.2. (*Segue*). Il quadro di riferimento comunitario. – 5.3. (*Segue*). Arbitrato e clausole vessatorie nella prospettiva del recepimento della direttiva comunitaria n. 93/13. – 5.4. (*Segue*). Le opinioni della dottrina e della giurisprudenza. – 5.5. (*Segue*). Il codice del consumo e l'occasione mancata. – 5.6. (*Segue*). Arbitrati amministrati nei settori dei servizi bancari e finanziari. – 5.7. (*Segue*). Il ruolo delle Camere di commercio. – 5.8. (*Segue*). Arbitrato dei consumatori e Corte di Giustizia UE. – 6. La conciliazione nelle controversie dei consumatori. – 6.1. (*Segue*). Il nuovo interesse per la mediazione nell'ultimo decennio. – 6.2. (*Segue*). La diffusione delle ADR in Italia. – 6.3. (*Segue*). La conciliazione presso i Corecom. – 6.4. (*Segue*). La conciliazione presso la Consob in materia di servizi di investimento. – 6.5. (*Segue*). La direttiva comunitaria n. 52/2008 del 21 maggio 2008. – 6.6. (*Segue*). Le iniziative del legislatore nell'ambito della riforma del processo civile del 2009: la delega del governo in materia di disciplina della conciliazione stragiudiziale. – 6.7. (*Segue*). L'attuazione della delega: il d.lg. n. 28/2010 e le scelte del legislatore delegato. – 6.8. (*Segue*). L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione. – 6.9. (*Segue*). I limiti all'accesso alla giustizia da parte dei consumatori nella giurisprudenza costituzionale e comunitaria. – 6.10. (*Segue*). Aspetti problematici della conciliazione nel diritto dei consumatori.

^(*) Sezione Quarta, Capitolo Primo

LEGISLAZIONE: Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, adottata a Roma il 4 novembre 1950, art. 6; Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, art. 47; Costituzione della Repubblica Italiana, art. 24; artt. 806-840, c.p.c.; l. 3.5.1982, n. 203 (Norme sui contratti agrari), art. 46; dir. 5.4.1993, n. 93/13/CE del Consiglio, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, artt. 3, 4, 6; d.lg. 1.9.1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, art. 138 *bis*); l. 29.12.1993, n. 580 (Riordinamento delle Camere di commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura), art. 2; l. 31.7.1997, n. 249 (Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo), art. 1; d.lg. 24.2.1998, n. 58 (Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), art. 32 *ter*; Raccomandazione 98/257/CE della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo; l. 18.6.1998, n. 192 (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive), art. 10; l. 29.3.2001, n. 135 (Riforma della legislazione nazionale del turismo), art. 4; Raccomandazione 2001/31/CE della Commissione del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo; dir. 7.3.2002, n. 2002/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, art. 34; d.lg. 1.8.2003, n. 259, codice delle comunicazioni elettroniche, art. 84; l. 6.5.2004, n. 129 (Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale), art. 7; d.lg. 6.9.2005, n. 206 (codice del consumo), artt. 37, 136, 137, 139, 140, 140 *bis*, 141 e 143; l. 22.2.2006, n. 84 (Disciplina dell'attività professionale di tinto-lavanderia), art. 3; d.lg. 8.10.2007, n. 179 (Istituzioni di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori); dir. 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale; l. 18.6.2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile), art. 60; d.lg. 4.3.2010, n. 28 (Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali; d.m. 18.10.2010, n. 180 (Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16, d.lg. 4.3.2010, n. 28).

BIBLIOGRAFIA: in generale sui sistemi di risoluzione alternativa delle controversie: AA.VV., *La via della conciliazione*, Milano, 2003; ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Politica del diritto*, 1997, 403 ss.; AMOROSINO, *Funzioni e poteri della Consob "nouvelle"*, in *Banca borsa*, 2008, 137 ss.; CARLEO, *Gli strumenti di tutela di risparmiatori e investitori istituiti presso la Consob: procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo, fondo di garanzia*, in AA.VV., *Disciplina dei mercati finanziari e tutela*

del risparmio, a cura di Martorano e De Luca, Milano, 2008, 361 ss.; BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 4 ss.; BERLINGUER, *Solo un maggior coinvolgimento degli avvocati assicura appetibilità alla conciliazione giudiziale*, in *Guida dir.*, 2009, n. 46, 10; BERNARDINI (a cura di), *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001; BORTOLOTTI, *La conciliazione stragiudiziale nelle controversie societarie*, in *Atti del convegno promosso dall'AIA sul tema "Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie"* tenutosi a Roma il 7 novembre 2002; BUONFRATE, LEOGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione* in *Riv. arb.*, 1999, 375 ss.; BUZZI, *Introduzione alla conciliazione*, Milano, 2003; CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution")*, in *Foro. it.*, 2003, V, 165 ss.; CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2008, 1049 ss.; CARRATTA, in MANDRIOLI, CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, spec. 217; CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: "prima lettura" del d.lg. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. società*, 2007, 1445 ss.; CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 l. n. 69/2009*, consultabile su *ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 179/2009 del 26 novembre 2009; ID., *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 450 ss.; ID., *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 269 e 279; CIVININI, *Mediazione e giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007 1305 ss.; COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Soc.*, 2007, 8 ss.; CUOMO ULLOA, *"La conciliazione; modelli di composizione dei conflitti"*, Padova, 2008; ID., *La camera di conciliazione di arbitrato istituita presso la Consob*, in *Contratti*, 2008, 1178 ss.; ID., *Mezzi di conciliazione nell'esperienza nord-americana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1283 ss.; DANOVÌ, *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997, IV 326 ss.; DE PALO, D'URSO, *La procedura di conciliazione stragiudiziale professionale*, in *Diritto e pratica delle società*, 2003, 1, 77; IDD., *Risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Milano, 2001; DI ROCCO, SANTI, *La conciliazione: profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003; GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003; ENRICQUES, *Il ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 705; GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile e commerciale*, Milano, 2010; ID., *Miti e realtà della conciliazione stragiudiziale*, in VIGORITI, CONTE (a cura di), *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, Torino, 2010, 403 ss.; ID., *Le sfide della mediazione*, in *Foro padano*, 2010, II, 160 ss.; ID., *ADR*, in *Digesto civ.*, Aggiornamento, UTET, 2011, 3 ss.; GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione stragiudiziale: struttura e funzioni*, in ALPA, DANOVÌ (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004, 217 ss.; GOLDSTEIN, *Giudici manager e giudici conciliatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 985 ss.; GUERINONI, *La*

conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria, in *Contratti*, 2008, 301 ss.; RUBINO, *I procedimenti*, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 469; SOLDATI, *La Camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 2009, 423 ss.; ID., *L'Arbitrato Bancario Finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 2009, 853; ID., *La conciliazione societaria: ambito e modalità di applicazione*, in *Contratti*, 2003, 3, 318; LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in ALPA (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile*, Napoli, 2010, spec. 233 e 234; ID., *Conciliazione*, in *Il diritto, Enc. Il Sole 24ore*, III, 2007, 498 ss.; ID., *La Conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1201 ss.; MARINARI, *L'esperienza dell'ADR negli Stati Uniti e in Inghilterra*, in *Doc. giust.*, 2000, 855 ss.; MINERVINI, *La conciliazione amministrata dalle Camere di Commercio*, in GABRIELLI, LUISO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, Torino, 2005, 242 ss.; ID., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Soc.*, 5/2003, 663; ID., *Le Camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, II, 945; NASCOSI, *La nuova Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob*, in *Leggi civ. comm.*, 2009, 963 ss.; ID., *La conciliazione stragiudiziale societaria a quattro anni dalla sua introduzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 585 ss.; PUNZI, *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, 385; ID., *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 327 ss.; RESNIK, *Risoluzione alternative delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 699 ss.; ROMUALDI, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in *Riv. arb.*, 2005, 401 ss.; RUBINO, SAMMARTANO *Arbitrato e conciliazione nel nuovo diritto societario*, in *Il Bollettino della Corte Arbitrale Europea – Delegazione Italiana*, n. 3/2002; SILVESTRI, *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, in *Foro it.*, 1987, V, 310 ss.; STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; TOTH, *Metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'esperienza nordamericana*, in *Quaderni avv.*, 1995, 107 ss.; TROCKER, *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in FAZZALARI, *Diritto Processuale Civile e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 439 ss.; UZQUEDA, *La normativa italiana in materia di conciliazione "convenzionale"*, in RUBINO, SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 1215 ss.; ID., *Conciliazione amministrata*, in BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino 2006, 162 ss.; UZQUEDA, FREDIANI, *La conciliazione. Guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, 2002; VIGORITI, *La proposta di direttiva europea sulla mediation*, in *Rass. forense*, 2005, 359 ss.; VIGORITI, *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, in *Contratto e impresa*, 2010, 1 ss.; ID., *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, 1 ss.; ID., *Accesso alla giustizia, ADR, Prospettive*, in *Riv. arb.*, 2007, 103 ss.

Per la bibliografia straniera: AA.VV., *Model contract clauses*, Centre for Effective Dispute Resolution, consultabile su www.cedr.co.uk; AA.VV., *La conciliation, la médiation et l'arbitrage*, consultabile su www.mediationsociale.com.; AA.VV., *Dispute resolution; Negotiation, Mediation and other processes*, Toronto, 1992; AA.VV., *Dispute resolution: civil justice and its alternatives – special issue*, in *The modern Law review*, 1993, LVI, n. 3; AA.VV., *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Bruxelles, 1995; AA.VV., *Alternative dispute resolution in Bankruptcy: a concept paper*, Central European and Eurasian Law Institute, Washington, 2000, consultabile su www.abanet.org/ceeli; AA.VV., *Position paper on the Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law* (parere reso da European Consumer Law Group), Bruxelles, 2002; CAPPELLETTI, *Alternative dispute resolution processes within the Framework of the World-wide Access-to-justice Movement*, in *Dispute resolution: civil justice and its alternatives – special issue*, in *The modern Law review*, 1993, LVI, n. 3, 282 ss.; ID., *Access to justice: emerging issues and perspectives*, Milano, 1979; CAPPELLETTI, GARTH, *Access to justice: a World Survey*, Milano, 1978; CARPI, *Settlement of Dispute Out of Court in Italy*, Relazione all'International Symposium on Civil procedure in the Globalisation Era, tenutosi presso l'Università Waseda di Tokio il 25-27 agosto 1992; CHASE, *Adr and the culture of litigation: the example of United States of America*, Relazione al Convegno MARC ADR, Parigi-Digione, 21-24 settembre 2004, 1; DAMASKA, *The faces of Justice and State Authority* (1986), in TARUFFO (a cura di), *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1999; DELFINO, PELET, *European Community legislation and actions*, in *European Review of Contract Law*, 2010, 460 ss.; GENN, *Court based ADR initiatives for non-family civil disputes the commercial courts and the court of appeal*, consultabile su www.lcd.gov.uk/civil/ADR/index.htm; GOLDBERG, GREEN, SANDER (a cura di), *Dispute Resolution*, New York, 1985; GOYEN, VOS, *Les litiges de consommation transfrontières dans la Communauté économique européenne: état des lieux*, in *Rev. europ. dr. consomm.*, 1991, 207 ss.; HOFFMANN, *Changing perspectives on civil litigation*, in *Dispute resolution: civil justice and its alternatives – special issue*, in *The modern Law review*, 1993, LVI, n. 3, 297 ss.; JAMES, *The application of the EC Recommendations on the principles applicable to out-of-court procedures to the new arrangements for the settlement of consumer complaints in the UK financial services sector*, in *Consumer Law Journal*, Lauvain-La-Neuve, Belgium, 2000, VII, n. 4; JAROSSON *Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1997, 325 ss.; KAGERMAN, *The Swedish National Board for Consumer Complaints*, in *Consumer Law Journal*, Lauvain-La-Neuve, Belgium, 2000, VII, n. 4; KIERSE, MICKLITZ, *Comment on the Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, Bruxelles, 2002; LAFFINEUR, *The minimum criteria of the European Commission Recommendation of the 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes*, in *Consumer Law Journal*, Lauvain-La-Neuve, Belgium, 2000, VII n. 4; LAST, NIJH, *The Dutch system of alternative dispute resolution schemes relating to consumer disputes in the European Union*, in

Consumer Law Journal, Lauvain-La-Neuve, Belgium, 2000, VII, n. 4; MARTIN *Quand le grain ne meurt ... de conciliation en médiation*, in *Sem. Jur.*, 1996, doctr., 3977, 439; MCDERMOTT, SKINNON, *Disputes Tribunals, Ombudsmen and Legal Aid in New Zealand*, in *Consumer Law Journal*, Lauvain-La-Neuve, Belgium, 2000, VII, n. 4; MENDES CABECADAS, *The Lisbon Arbitration Centre for Consumer Conflicts: the Portuguese approach*, in *Consumer Law*, Lauvain-La-Neuve, Belgium, 2000, VII, n. 4; MICKLITZ, REICH-ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2008, spec. 341 ss.; PALMER, ROBERTS, *Dispute processes, ADR and the primary forms of decision making*, London, 1998; PRICE-WOOD, *Legislation on Dispute Resolution*, Washington, 1990; ROBERTS, *Alternative dispute resolution and civil justice: An Unresolved relationship*, in *Dispute resolution: civil justice and its alternatives – special issue*, in *The modern Law review*, 1993, LVI, n. 3, 452 ss.; TWINING, *Alternative to what? Theories of litigation, Procedure and dispute settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some neglected classics*, in *Dispute resolution: civil justice and its alternatives – special issue*, in *The modern Law review*, 1993, LVI, n. 3, 380 ss.; VON HIPPEL, *Les moyens judiciaires et parajudiciaires de la protection des consommateurs vue sous l'angle du droit comparé*, in *Riv. soc.*, 1977, 3 e 4.

Con riferimento alla arbitrabilità ed alla conciliazione delle controversie dei consumatori: ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, 619 ss., spec. 623; ID., *Le ADR dalla tutela dei consumatori alla amministrazione efficiente della giustizia civile*, in ALPA, DANOVÌ (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004, 44 ss.; ID., *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Politica del diritto*, 1997, 403 ss.; AMOROSINO, *Funzioni e poteri della Consob "nouvelle"*, in *Banca borsa*, 2008, 137 ss.; ARMORE, PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*, in *Foro it.*, IV, 2010, 372 ss.; ATELLI, *La riforma della legislazione sul turismo*, in *Corriere giur.*, 2001, 1379; AZZALI, REGAZZONI, *Composizione extragiudiziale delle controversie e strumenti di ADR*, in ROSSELLO, FINOCCHIARO, TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale: la nuova disciplina*, Torino, 2003, 161; BARTOLOMUCCI, *Arbitrato e conciliazione nelle controversie del consumo, pulitintorie e turismo*, in BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *op. cit.*, 300 ss.; BARTOLOMUCCI, *La clausola di conciliazione nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e garanzia di accesso alla giustizia*, in *Contratti*, 2003, 101 ss.; BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 4 ss.; BIANCHI, IPPOLITO, *La subfornitura e la procedura conciliativa amministrata dalle Camere di commercio secondo la l. 18 giugno 1998, n. 192*, in GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003, 197; BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratti*, n. 4/2010, 422 ss.; CARLEO, *Gli strumenti di tutela di risparmiatori e investitori istituiti presso la Consob: procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo, fondo di garanzia*, in AA.VV., *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, a cura di Martorano e De Luca, Milano, 2008, 361 ss.; CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in

Giur. comm., 2008, 1049 ss.; CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: "prima lettura" del d.lg. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. società*, 2007, 1445 ss.; CHASE, *Adr and the culture of litigation: the example of United States of America*, Relazione al Convegno MARC ADR, Parigi, Digione, 21-24 settembre 2004, 1; CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 l. n. 69/2009*, consultabile su *ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 179/2009 del 26 novembre 2009; CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 447 ss.; COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Società*, 2007, 8 ss.; CONSOLO, DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corriere giur.*, 1997, 468; CUOMO ULLOA, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie di subfornitura*, in BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI, (a cura di), *op. cit.*, 519; ID., *La camera di conciliazione di arbitrato istituita presso la Consob*, in *Contratti*, 2008, 1178 ss.; DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 26; DELFINO, PELET, *European Community legislation and actions*, in *European Review of Contract Law*, 2010, 460 ss.; DUVIA, *I consumatori e il nuovo procedimento di mediazione ex d.lg. n. 28 del 2010*, in *Contratti*, 2011, 279 ss.; ENRICQUES, *Il ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 705; ROMUALDI, nota redazionale in *Foro it.*, 2009, I, 2160; GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 1555 ss.; GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'"anatra zoppa"*, in *Riv. arb.*, 2011, 127 ss.; ID., *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile e commerciale*, Milano, 2010, *passim*; ID., *Controversie con consumatori*, in *Il diritto dell'arbitrato*, II, Padova, 2010, Cap. LII, *Controversie con consumatori*, 1535 ss.; GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in materia di conciliazione "convenzionale"*, in RUBINO, SAMMARTANO (a cura di), *op. cit.*, 1215 ss.; GOLDSTEIN, *Giudici manager e giudici conciliatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 985 ss.; GUCCIONE, RUSSO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Leggi civ. comm.*, 2010, 475 ss.; GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, 301 ss.; MAMMONE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione tra utenti e organismi di telecomunicazione: stato della giurisprudenza*, in *Dir. ed economia mezzi di comunicazione*, 2007, 79 ss.; MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, 57 ss.; MICKLITZ, REICH-ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2008, spec. 341 ss.; MINERVINI, *Le camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2001, II, 945; NASCOSI, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro, Zaccaria, Padova, 2010, sub art. 143, 955 ss.; NASCOSI, *La nuova Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob*, in *Leggi civ. comm.*, 2009, 963 ss.; ROMUALDI, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in *Riv. arb.*, 2005, 402 ss.; RUBINO, SAMMARTANO, *Arbitrato e conciliazione nel nuovo diritto societario*, in *Il Bollettino della Corte Arbitrale Europea – Delegazione Italiana*, n. 3/2002; RUPERTO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Banca borsa*, 2010, 325 ss.; SALI, *ODR: la*

risoluzione delle controversie, in AZZALI, ZOPPINI (a cura di), *Commercio elettronico, autodisciplina e risoluzione extragiudiziale delle controversie*, Milano, 2004, 71; SALOMONE, *La Corte di Giustizia sulla clausola arbitrale nei contratti dei consumatori: riflessioni sull'ordine pubblico comunitario e sull'impugnazione dei lodi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, 701 ss.; SOLDATI, *L'Arbitrato Bancario Finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 2009, 853; SOLDATI, *La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 209, 423 ss.; TROCKER, *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in FAZZALARI, *Diritto Processuale Civile e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 439 ss.; VIGORITI, *Europa e mediazione. Le sollecitazioni della consultazione*, in corso di pubblicazione su *Contratto e Impresa Europa*, che ho potuto consultare per la cortesia dell'autore; VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, 1 ss.; ZENOVICH, PAGLIETTI, *Verso un "diritto processuale dei consumatori"*, in *Nuova giur. comm.*, 2009, II, 267 ss.; ID., *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009; ZUCCONI GALLI FONSECA, in AA.VV. *Arbitrato*, Commentario diretto da F. Carpi, II^a ed., Bologna, 2007, *sub. art.* 806 c.p.c., 93 ss.

1. Introduzione.

È una constatazione ampiamente condivisa quella secondo cui i consumatori, che assumano di essere stati danneggiati da una prassi illegale da parte di un operatore commerciale, incontrano notevoli difficoltà nell'accedere a strumenti efficaci e affidabili per risolvere la controversia ed ottenere il risarcimento del danno subito.

Se è vero, infatti, che i consumatori possono sempre adire un giudice per far valere i loro diritti, non può non rilevarsi che spesso, specialmente per le controversie di modesta entità che sono percentualmente le più frequenti, le tradizionali procedure giudiziarie si rivelano complesse e costose e come tali non convenienti per i consumatori.

Secondo recenti rilevazioni in ambito UE il 48% dei consumatori non si rivolgerà ad un Tribunale per danni inferiori a 200 euro e l'8% non si rivolgerà mai alla giustizia ordinaria quale che sia l'importo della pretesa¹.

¹ Le rilevazioni sono contenute nel *Consultation Paper* concernente "Il ricorso a forme alternative di risoluzione delle controversie come strumento per risolvere le controversie relative alle transazioni e alle prassi commerciali nell'Unione Europea", elaborato dai servizi della D.G. Sanco della UE ed aperto alla consultazione pubblica in data 18 gennaio 2011. Il documento è consultabile all'indirizzo: http://CE.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm.

In merito al *Consultation Paper* v. VIGORITI, *Europa e mediazione. Le sollecitazioni della consultazione*, in corso di pubblicazione su *Contratto e Impresa Europa*, che ho potuto consultare per la cortesia dell'Autore: si tratta del parere redatto per conto del Conseil des barreaux européens – Concil of Bars and Law Societies of Europe – CCBE che è organo consultivo dell'Unione Europea per la professione forense. Ivi una efficace rico-

È evidente, in questa prospettiva, la necessità di individuare soluzioni alternative all'accesso alla giurisdizione ordinaria specialmente (ma non solo) con riferimento alle controversie di modesta entità che coinvolgono gli interessi dei consumatori.

L'obiettivo di fondo è quello di costruire procedimenti di soluzione stragiudiziale delle controversie dei consumatori che siano improntati ai principi di imparzialità, di trasparenza, di efficacia, di equità (nel senso di garanzia di libertà di scelta) e di economicità in quanto caratterizzati da un costo estremamente contenuto.

Questa esigenza di individuare soluzioni alternative al contenzioso ordinario, giudicato troppo lento, complesso e costoso, è diffusa nei vari ordinamenti (ed è particolarmente avvertita in quelli come il nostro, nei quali la inefficienza della giustizia civile costituisce un serio ostacolo allo sviluppo economico) e non riguarda soltanto la prospettiva della tutela del consumatore.

Anche le imprese, e specialmente quelle di piccole e medie dimensioni, subiscono gli effetti negativi della disfunzione del sistema giustizia civile: recenti studi stimano un costo di oltre 2 miliardi di euro all'anno che le nostre imprese devono sopportare quale conseguenza della inefficienza della giustizia civile; si tratta di una sorta di tassa occulta che frena la competitività e lo sviluppo del commercio, ponendo il nostro Paese agli ultimi posti della classifica mondiale in materia di capacità di attrarre investimenti esteri.

Con riferimento alle controversie dei consumatori, peraltro, l'esigenza di apprestare strumenti alternativi di risoluzione del relativo contenzioso è ancora più pressante, dal momento che in questa tipologia di liti, caratterizzate dall'evidente squilibrio delle posizioni in conflitto (di debolezza quella del consumatore, di forza quella dell'operatore economico), l'accesso alla giustizia ordinaria è seriamente pregiudicato dalla lentezza, complessità e onerosità del processo.

Ma questa esigenza di offrire ai consumatori strumenti efficienti di risoluzione delle controversie deve trovare risposte prudenti ed equilibrate, per evitare il rischio che il consumatore abdichi inconsapevolmente al proprio incompressibile diritto di accesso alla giustizia riconosciuto senza eccezioni dall'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

È in questo contesto, caratterizzato dal difficile contemperamento di interessi in conflitto, che si collocano i fenomeni dell'arbitrato e della conciliazione nelle controversie dei consumatori.

2. Arbitrato e conciliazione nel sistema delle ADR (Alternative Dispute Resolution).

Arbitrato e conciliazione appartengono – con diverse connotazioni – al più ampio fenomeno dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie che – come è noto – ha formato oggetto di particolare attenzione negli Stati Uniti d'America a fronte della con-

gnizione delle principali problematiche concernenti la tutela extragiudiziale dei diritti dei consumatori e le risposte ai quesiti formulati dagli uffici comunitari.

statazione sia dell'eccessiva durata dei processi civili, sia dell'elevato costo dei servizi legali, tendenzialmente non ripetibile anche nell'ipotesi di risultato favorevole della lite².

Le ragioni che negli anni hanno spinto alla ricerca di una valida alternativa al sistema giudiziario americano si possono individuare in taluni fattori quali la crescente litigiosità, i costi rilevanti, l'incertezza dei diritti, la durata dei processi e la rigidità del sistema; è principalmente per tali "handicap giudiziari" che da tempo in molti paesi, anche di matrice non anglosassone, si sono registrate iniziative volte alla costituzione di nuovi organi per comporre le liti tramite programmi di arbitraggio, giudizi arbitrali, procedure di conciliazione ecc.

In tutti questi casi viene usata la sigla ADR per individuare ogni possibile forma di risoluzione delle controversie che si contrapponga al sistema giurisdizionale ufficiale.

A ciò avuto riguardo, va tuttavia ricordato come con il termine ADR si individuino molteplici possibilità operative quali la *arbitration* (ove la decisione è demandata a un terzo), la *mediation* (ove il terzo ha solo poteri di assistenza alla conciliazione delle parti), il *mini-trial* (una sorta di processo sommario), il *rent-a-judge* (ove le parti "affittano" un ex giudice particolarmente competente), la c.d. *arb-med* che è una combinazione tra *arbitration* e *mediation* ove le parti concordano che se la mediazione non avrà successo si darà luogo all'arbitrato.

L'appartenenza del fenomeno arbitrale e della conciliazione al sistema ADR non comporta affatto una loro tendenziale assimilazione.

Con l'arbitrato, infatti, si persegue una soluzione di tipo aggiudicativo, che distribuisce torti e ragioni e si giunge ad una pronuncia che – sotto molti profili – è assimilabile a quella del giudice ordinario (emblematica è, nel nostro ordinamento, la previsione dell'art. 824 *bis* c.p.c. che attribuisce al loro arbitrale rituale effetti analoghi a quelli della sentenza, fatta eccezione per la esecutività).

² Non è possibile in questa sede dare conto con il necessario approfondimento della complessa genesi del fenomeno delle ADR nell'ordinamento statunitense. Lo sviluppo di metodi alternativi di risoluzione delle controversie in quell'ordinamento (come ricorda CUOMO ULLOA, *Modelli di risoluzione dei conflitti*, Padova, 2008, 21, riprendendo sul punto l'analisi di CHASE, *ADR and the culture of litigation: the example of United States of America*, Relazione al Convegno MARC ADR, Parigi, Digione, 21-24 settembre 2004, 1) costituisce «un fenomeno trasversale, composto di una molteplicità di ingredienti politici e culturali». Secondo una diffusa opinione l'evento fondativo del movimento ADR negli Stati Uniti può essere fatto risalire alla Pound Conference tenutasi a St. Paul, Minnesota, nel 1976 sulla causa della insoddisfazione rispetto all'amministrazione della giustizia.

L'idea di creare un sistema alternativo di risoluzione dei conflitti suscitò un acceso scontro tra sostenitori e detrattori delle ADR che trovò poi composizione negli anni '90 del secolo scorso, che videro una progressiva diffusione delle ADR soprattutto nell'ambito dei tribunali, ove i giudici si fecero promotori essi stessi delle tecniche di conciliazione stragiudiziale.

Oggi il "sistema ADR" statunitense ha esaurito la sua fase evolutiva e si presenta come uno strumento sempre più perfezionato ma, in qualche modo, sempre meno alternativo al processo, dal momento che alcuni tratti caratteristici di quest'ultimo sono entrati a far parte delle tecniche di Dispute Resolution (in argomento v. diffusamente CUOMO ULLOA, *Modelli di risoluzione dei conflitti*, cit., 28 ss. e 55 ss., anche per una ampia e ragionata bibliografia).

Con la conciliazione, invece, si persegue un accordo di natura negoziale tra le parti che regola i contrapposti interessi, in assenza di qualsiasi giudizio sulla fondatezza delle pretese reciproche: una soluzione quindi non autoritativa, ma fondata sulla volontà delle parti e non vincolante in assenza del consenso esplicito rispetto alla soluzione ipotizzata.

Evidenti sono, quindi, le profonde differenze tra la soluzione arbitrale e quella conciliativa, con la conseguente constatazione che ciò che accomuna i due fenomeni è in realtà la circostanza che essi si muovono entrambi al di fuori del circuito giudiziario: solo in questa prospettiva essi possono essere accomunati nell'ambito delle ADR.

Per queste ragioni i due fenomeni non possono essere trattati congiuntamente ed indifferentemente, dal momento che ciascuno di essi presenta – anche con riferimento alle controversie con i consumatori – caratteristiche e problematiche ben distinte e, conseguentemente, un ambito di applicazione fondato su diversi presupposti.

Come è stato incisivamente rilevato, del resto, se è vero che arbitrato e conciliazione sono accomunati dal fatto che la definizione delle controversie avviene al di fuori del giudizio statale e con l'intervento di un terzo, essi tuttavia sono ben distinti per il fatto che nell'arbitrato il terzo assume provvedimenti vincolanti per le parti, mentre nella conciliazione il terzo può solo suggerire e favorire un accordo tra le parti. Anche il profilo del consenso si caratterizza diversamente: nell'arbitrato fonda il momento iniziale del procedimento, ma non quello finale, che invece è elemento caratterizzante della conciliazione, il cui esito è un accordo negoziale³.

Nonostante le indiscutibili diversità tra essi sussistenti, arbitrato e conciliazione sono generalmente ascritti al fenomeno delle ADR e la circostanza è foriera di qualche ambiguità che ben potrebbe essere dissipata distinguendo nettamente i due istituti in ragione delle loro specifiche caratteristiche nel senso in precedenza indicato.

Tra l'altro, proprio nella materia del consumo, e più propriamente nell'ambito delle controversie che interessano tale materia, possono essere apprezzate con maggiore evidenza le diversità tra arbitrato e conciliazione che si riverberano in soluzioni diversificate quanto alla ammissibilità ed agli effetti dei due istituti.

Anche nel quadro di riferimento comunitario, come si vedrà, a fronte di una generica ascrizione di arbitrato e conciliazione al fenomeno ADR non mancano le (necessarie) distinzioni nell'ambito della politica di protezione dei consumatori.

3. I consumatori e le ADR nel diritto comunitario.

Risale al 1975 l'impostazione, a livello comunitario, del programma per la protezione ed informazione dei consumatori.

³ In questo senso v. VIGORITI V., *Europa e mediazione*, cit., 4, ed ivi ulteriori condivisibili considerazioni sulla distinzione tra arbitrato e conciliazione.

Nell'ambito di quel programma una Risoluzione del Consiglio, appunto del 1975, individua fra i principali diritti da riconoscersi ai consumatori quello al risarcimento del danno attraverso procedure veloci, efficaci e poco onerose.

Il tema, assai delicato, dell'accesso alla giustizia da parte dei consumatori venne dapprima affrontato, specialmente dalla Commissione, attraverso il supporto a programmi di cooperazione fra le associazioni dei consumatori e quelle degli imprenditori e l'incoraggiamento all'adozione dei codici di condotta, secondo una logica che è stata efficacemente riassunta nel concetto di "soft law"⁴.

A seguito della pubblicazione del Libro Verde *L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*⁵, l'azione comunitaria in materia si è sviluppata – con specifico riferimento alle ADR – attraverso due Raccomandazioni.

La prima di esse, la Raccomandazione 98/257/CE⁶, disciplina le forme alternative di risoluzione delle controversie che propongono o impongono (ad esempio mediante decisioni vincolanti) una soluzione per risolvere una controversia.

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 da un lato la motivazione e comunicazione per iscritto della decisione e, dall'altro, l'applicazione delle disposizioni imperative della legge dello Stato in cui si svolge la procedura extragiudiziarica), del "principio di libertà" (secondo il quale l'adesione del consumatore alla procedura extragiudiziale 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).

⁴ In questo senso, anche per una sintetica ricostruzione dell'azione comunitaria in materia di tutela dei diritti del consumatore v. MICKLITZ, REICH-ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2008, spec. 341 ss.

⁵ Com (93) 576 final del 16 novembre 1993.

⁶ Raccomandazione n. 98/257/CE della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo in G.U. n. L 115, 17.4.1998, 31.

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 extragiudiziale 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.

La seconda Raccomandazione (2001/310/CE)⁷ disciplina una forma di risoluzione delle controversie più consensuale, nell'ambito della quale un terzo tenta di convincere le parti a trovare esse stesse una soluzione di comune accordo.

A differenza di quanto disposto nella Raccomandazione del 1998, riferita alla soluzione eterodiretta della controversia, quella del 2001 prende in considerazione procedure non aggiudicative, che si limitano a creare le condizioni per un accordo diretto tra le parti.

In questa prospettiva i principi che debbono informare tali procedure sono solo parzialmente coincidenti con la precedente Raccomandazione. Si tratta dei principi di imparzialità, di trasparenza, di efficacia, di equità che tendono ad assicurare al consumatore non solo la libertà di aderire o meno alla procedura di ADR, ma anche e soprattutto a rendere solo eventuale una soluzione della controversia, che comunque deve promanare dalla volontà comune delle parti in conflitto.

Le due Raccomandazioni in precedenza richiamate rappresentano tuttora le linee guida della Commissione in tema di strumenti alternativi all'accesso della questione da parte dei consumatori e, pur non essendo dotate di forza vincolante, costituiscono ineludibile punto di riferimento per ogni iniziativa legislativa nella materia considerata.

Nell'ultimo decennio, tuttavia, l'azione comunitaria volta a favorire l'accesso alle ADR da parte dei consumatori si è intensificata, incoraggiando gli Stati membri a creare sistemi di ADR in materia o richiedendo che siano creati sistemi adeguati ed efficaci di ADR⁸.

⁷ Raccomandazione n. 2001/310/CE della Commissione del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo, in G.U. n. L 109, 19.4.2001, 56.

⁸ Alcune direttive si limitano ad incoraggiare l'uso di ADR: ad esempio la dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico, la dir. 2008/6/CE sui servizi postali, la dir. 2004/39/CE (MIFID) sul mercato degli strumenti finanziari.

Altre, per converso, richiedono ai legislatori degli Stati membri un più incisivo intervento: ad esempio le dir. 2009/136/CE e 2009/140/CE in tema di telecomunicazioni, le dir. 2009/72/CE e 2009/73/CE nel settore dell'energia, la Direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo e la Direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento.

Il Consiglio Europeo, per parte sua, con la Risoluzione del 25 maggio 2000, ha posto le basi per la creazione di una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione stragiudiziale delle controversie dei consumatori (EEJ-Net acronimo di *European Extra Judicial Network*).

La Commissione ha quindi creato la rete FIN-Net di sistemi nazionali ADR per la gestione delle controversie transfrontaliere tra Consumatori e fornitori di servizi finanziari e la rete europea dei centri dei consumatori (ECC) deputata ad indirizzare i consumatori verso un sistema adeguato di ADR in un altro Stato membro.

Come è agevole rilevare, si tratta di un quadro complesso ed in continua evoluzione nel quale l'azione comunitaria si caratterizza per la consapevolezza che l'accesso a strumenti efficienti di risoluzione delle controversie, e a meccanismi che facilitino l'ottenimento di risarcimenti da parte dei consumatori quando i loro diritti sono violati dagli operatori economici, promuove la fiducia dei consumatori nel mercato e migliora il suo funzionamento⁹.

4. (Segue). *Il Consultation Paper del 2011.*

Le iniziative comunitarie finalizzate alla promozione di strumenti di ADR per la risoluzione delle controversie trans-frontaliere dei consumatori si sono recentemente arricchite con la pubblicazione del *Consultation Paper* del 18 gennaio 2011, del quale si è già fatta menzione.

Questo documento offre l'occasione da un lato per compiere una attenta ricognizione dello "stato dell'arte" delle ADR all'interno della UE e, da altro lato, per svolgere talune riflessioni sulle possibili ulteriori iniziative comunitarie nella materia, sollecitando a tal fine tutti i soggetti interessati a dare risposta ad una serie di quesiti posti dal documento.

Sotto il primo profilo, ricognitivo dell'attuale pratica delle ADR, che si avvale di un recente studio svolto per conto della Commissione¹⁰, il *Consultation Paper* rileva l'esistenza di più di 750 sistemi ADR in materia di consumo all'interno della UE.

Ne deriva un quadro complesso e variegato nell'ambito del quale si rinvencono sistemi ADR di origine pubblica, ovvero frutto dell'iniziativa delle imprese o di collaborazione tra associazioni di consumatori e di imprese; sistemi settoriali o multisettoriali e con diffusione decentrata o localizzazione centralizzata. La maggior parte dei sistemi si basa sull'accesso volontario alla procedura, il cui costo o è inesistente o molto limitato (meno di 50 euro) e la cui conclusione avviene in tempi brevi (in media 90 giorni).

Ma, nonostante l'esistenza di tratti comuni, dallo studio sembra emergere che «ciascun

⁹ In questo senso, testualmente, il *Consultation Paper* del 2011, cit.

¹⁰ Si tratta dello studio sul ricorso alle forme alternative di risoluzione delle controversie nell'Unione Europea, redatto dal *Civic Consulting* in data 16 ottobre 2009.

sistema ADR è virtualmente unico»¹¹.

Sotto il secondo profilo, il documento di consultazione evidenzia una serie di carenze rispetto alle quali sollecita contributi finalizzati a migliorare gli strumenti di ADR per consentire l'accesso dei consumatori a strumenti semplici, a buon mercato e rapidi per risolvere le controversie in materia di consumo.

Un primo aspetto critico riguarda le lacune dell'informazione in ordine ai sistemi ADR, rispetto ai quali sia i consumatori che le imprese manifestano una assai limitata conoscenza.

Sul punto si è opportunamente evidenziato che l'aspetto più rilevante attiene non solo all'informazione ma anche e soprattutto all'adozione di una regola di competenza analoga a quella del c.d. foro del consumatore, che consenta a quest'ultimo di adire un sistema ADR all'interno del proprio Stato di appartenenza¹².

Altro aspetto particolarmente sensibile è quello che attiene l'obbligatorietà o meno del tentativo di conciliazione.

Qui si scontrano diverse esigenze, in quanto l'essenza dei sistemi di ADR risiede, in astratto, proprio nella volontarietà dell'accesso (oltre che alla non vincolatività dell'esito), ma non può escludersi che – a certe condizioni – obbligare consumatori e imprese ad un tentativo di conciliazione possa essere, almeno in una prima fase di sollecitazione all'uso delle ADR, un meccanismo efficace per la diffusione del fenomeno.

D'altra parte non può dimenticarsi che la stessa Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sul sistema ADR predisposto dall'Italia in materia di utenza di servizi di comunicazione elettronica, ha ritenuto che non esista una alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura di conciliazione obbligatoria, dato che una procedura meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per perseguire obiettivi di definizione spedita o meno onerosa delle controversie, anche al fine di decongestionare i tribunali ordinari¹³.

Naturalmente, come è stato immediatamente rilevato¹⁴, l'obbligatorietà dell'esperimento preventivo di una procedura ADR non potrebbe riguardare l'arbitrato, la cui obbligatorietà impedirebbe il ricorso alla giustizia ordinaria in assenza di una libera determinazione delle parti in tal senso.

Ma ulteriori dubbi in ordine alla obbligatorietà del ricorso a sistemi di ADR in materia di contratti dei consumatori derivano dai principi contenuti nella Raccomandazione 2001/310/CE.

Il principio di "equità" della procedura, infatti, impone di informare le parti (tra l'altro)

¹¹ In questo senso v. il *Consultation Paper*, § 15.

¹² In argomento v. VIGORITI, *Europa e mediazione*, cit., 6.

¹³ C. Giust. UE, sez. IV, 18.3.2010, C. 317/08 a 320/08, Alassini, in *Foro it.*, 2010, IV, 361 ss., spec. § 65, con nota di ARMORE, PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*.

¹⁴ V. VIGORITI V., *Europa e mediazione*, cit., 11.

«del loro diritto di rifiutare di partecipare alla procedura».

Altri profili critici sollevati dal documento di consultazione riguardano la diffusione sul territorio degli organismi che amministrano le ADR e la loro specializzazione, l'eventualità che le ADR siano previste anche per le azioni collettive dei consumatori, i sistemi di finanziamento degli organismi e la imparzialità dei medesimi nell'ipotesi in cui essi siano in tutto o in parte finanziati dalle imprese.

Si tratta di questioni molto delicate, il cui approfondimento esula dai limiti del presente lavoro¹⁵.

5. La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori: l'arbitrato dei consumatori.

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.

Come è già stato ricordato 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 una politica di protezione e di informazione del consumatore, nel cui ambito assume particolare rilievo l'accesso alla giustizia).

In questa prospettiva il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (le c.d. ADR) 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.

5.1. (Segue). Un approccio cauto all'arbitrato dei consumatori.

I pur innegabili vantaggi che il ricorso a procedure di arbitrato per la risoluzione delle controversie dei consumatori tenderebbe ad assicurare devono essere attentamente ri-

¹⁵ Sul punto v. approfonditamente VIGORITI, *Europa e mediazione*, cit., 18 e ss., ed ivi considerazioni che sollecitano una attenta riflessione sulle possibili opzioni.

considerati 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 contemperamento 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 commerciali¹⁶.

L'orientamento della Corte Suprema Federale sembra invero consolidato nell'ammettere l'introduzione di clausole arbitrali nei contratti standard che riguardano (anche) i consumatori, ritenendo che il *Federal Arbitration Act* inibisca ai singoli Stati di imporre il ricorso alla giustizia ordinaria quando le parti intendono sottoporre ad arbitrato le loro controversie.

Una recente decisione in materia di credito al consumo, in cui si discuteva di interessi usurari, ha infatti chiarito che l'arbitrabilità delle controversie può essere esclusa soltanto se la clausola arbitrale sia illecita in sé o se l'intero contratto sia invalido e la clausola arbitrale non sia separabile del contratto¹⁷.

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 pre-

¹⁶ Per una sintetica – ma efficace – illustrazione della evoluzione dell'ordinamento nord-americano in tema di arbitrabilità delle controversie tra produttori e consumatori v. MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, 57 ss., spec. 63 ss.

¹⁷ Si tratta della decisione della Suprema Corte 21.2.2006, *Buckleye Check Cashing Corp. vs. John Cardagna*, 546 U.S. 440 = 126 S. Ct. 1204 (2006). Con una recentissima decisione, inoltre, la Suprema Corte (*AT&T Mobility vs. Conception*, 563 U.S. (2011) del 27 aprile 2011) ha ulteriormente ribadito che è valida la rinuncia alla *class action* in favore di un arbitrato individuale previsto nel contratto con il consumatore.

giudicare una effettiva ed efficace tutela dei diritti dei consumatori¹⁸.

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

5.2. (Segue). Il quadro di riferimento comunitario.

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 5.4.1993, 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.

Rinviano al prosieguo l'esame della normativa interna italiana in materia, può comple-

¹⁸ Le diverse opinioni che in tema di arbitrabilità delle controversie dei consumatori sono state accolte nell'ambito degli ordinamenti dei Paesi aderenti all'Unione Europea sono richiamate in MARENGO, *op. cit.*, *passim*.

tarsi 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.

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 extragiudiziali 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 extragiudiziali 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 ignorati¹⁹.

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 extragiudiziali 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 extragiudiziali 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

¹⁹ In tema di efficacia delle Raccomandazioni, infatti, la giurisprudenza comunitaria ritiene che «anche se le raccomandazioni non sono destinate a produrre effetti vincolanti e non possono far sorgere diritti azionabili dai singoli dinanzi ad un giudice nazionale, esse non sono tuttavia del tutto prive di effetti giuridici. Infatti, i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme dell'Unione europea aventi natura vincolante (v. sentenze 13 dicembre 1989, causa 322/88, Grimaldi, Racc. pag. 4407, punti 7, 16 e 18; in *Foro it. Rep.* 1991, *Comunità europee*, nn. 313, 320, nonché 11 settembre 2003, C-207/01, Altair Chimica, Racc. 1-8875, punto 41; in *Foro it. Rep.*, 2005, *Unione europea*, nn. 1186, 1188, 1376, 2110)», cui *adde* CGUE, 18.3.2010, cit., § 40.

soluzione asimmetrica: da un lato il ricorso alla procedura extragiudiziale 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 extragiudiziale (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.

5.3. (Segue). Arbitrato e clausole vessatorie nella prospettiva del recepimento della direttiva comunitaria n. 93/13.

Con l. 6.2.1996, n. 52, è stata recepita nell'ordinamento italiano la dir. 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 n. 19, 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 c.c.) 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 c.c. 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 seguito²⁰.

5.4. (Segue). *Le opinioni della dottrina e della giurisprudenza.*

Pur non essendo possibile in questa sede dare conto in modo esauriente delle variegata 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 fondamentali²¹.

Secondo un primo indirizzo tutte le clausole compromissorie, siano esse rituali o irrituali, sono da considerarsi abusive²².

Un secondo orientamento circoscrive invece l'abusività alle sole clausole compromissorie per arbitrato irrituale²³.

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 consumatore²⁴.

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 confliggente con l'indirizzo comunitario che considera abu-

²⁰ Per una interessante ed efficace sintesi delle complesse questioni che si agitano intorno al tema della arbitrabilità delle controversie dei consumatori v. ZUCCONI GALLI FONSECA, in AA.VV. *Arbitrato*, commentario diretto da Carpi, 2^a ed., Bologna, 2007, *sub.* art. 806 c.p.c., 93 ss.

²¹ Secondo la ricostruzione rinvenibile in ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, 619 ss., spec. 623.

²² DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 26; più recentemente, MARENGO, *op cit.*, 73.

²³ GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 1555 ss.; CONSOLO, DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corriere giur.*, 1997, 468.

²⁴ ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori*, *cit.*, 623.

sive 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 extragiudiziale 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. 2.2.2006, 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»²⁵.

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

Particolarmente interessante si rivela la recente decisione della Corte d'Appello di Genova del 30 gennaio 2008²⁶, che a quanto consta è la seconda decisione di secondo grado edita in materia²⁷.

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

«L'art. 1469 *bis* c.c., sorto in attuazione della dir. 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

²⁵ Cfr. rispettivamente T. Roma, 8.8.1998 in *Foro it.*, 1998, I, 1989 e T. Roma, 18.8.2006 in *Banca borsa*, 2008, 110 ss.

²⁶ In *Nuova Giurisprudenza Ligure*, 2008, 5 ss.

²⁷ L'altra è A. Roma, 7.5.2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2823 ss.

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 accettare²⁸.

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.

5.5. (Segue). *Il codice del consumo e l'occasione mancata.*

Nel 2005, come è noto, è stato emanato il codice del consumo (d.lgs. 6.9.2005, 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, 2° co., 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* § 5).

Ricordato incidentalmente che la sanzione riferita alla 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, 3° co., del codice), si os-

²⁸ Cfr. Cass., sez. III, 22.5.2007, n. 11876, in *Foro it.*, 2008, 1164 ss.

serva 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 extragiudiziale delle controversie dei consumatori (sui quali v. *supra* § 3) 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 extragiudiziale delle controversie”, ipotizza la formazione di un elenco di organi di composizione extragiudiziale 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, 4° co., 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 extragiudiziale istituiti in conformità alle previsioni del medesimo articolo.

Ma il 5° co., 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 extragiudiziale.

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 extragiudiziale resta fermo il diritto di adire il giudice competente.

Per la verità quest’ultimo principio è fatto proprio anche a livello di orientamenti comu-

nitari, sia pure non dotati di efficacia normativa, come si è già ricordato in precedenza (*supra* § 5.2).

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 extragiudiziale rende poco plausibile la diffusione di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie.

È probabile che il legislatore avesse in mente procedure extragiudiziali 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.

5.6. (Segue). Arbitrati amministrati nei settori dei servizi bancari e finanziari.

Nel delicato settore dei servizi finanziari e bancari, 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.

Il regolamento della Camera è stato adottato dalla Consob nel dicembre 2008 e lo statuto è stato approvato nel marzo 2010²⁹.

²⁹ Il regolamento è stato adottato dalla Consob con delibera n. 16763 in data 29 dicembre 2008. In data 22 marzo 2010 sono state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale (n. 67) le deliberazioni Consob n. 17204 e n. 17205 recanti rispettivamente l'approvazione dello Statuto della Camera di Conciliazione e Arbitrato e il codice deontologico dei conciliatori e degli arbitri Consob. I commenti sulla disciplina della Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob sono già numerosi. Senza alcuna pretesa di completezza cfr, da ultimo, BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 4 ss.; NASCOSI, *La nuova Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob*, in *Leggi civ. comm.*, 2009, 963 ss.; in argomento v. altresì CARPI, *Servizi finanziari*

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 c.p.c.

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 recente 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

e tutela giurisdizionale, in *Giur. comm.*, 2008, 1049 ss.; CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: "prima lettura" del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Soc.*, 2007, 1445 ss.; COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Soc.*, 2007, 8 ss.; GUEBINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, 301 ss.; AMOROSINO, *Funzioni e poteri della Consob "nouvelle"*, in *Banca borsa*, 2008, 137 ss.; CUOMO ULLOA, *La camera di conciliazione di arbitrato istituita presso la Consob*, in *Contratti*, 2008, 1178 ss.; ENRIQUES, *Il ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 705; SOLDATI, *La Camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 209, 423 ss.; CARLEO, *Gli strumenti di tutela di risparmiatori e investitori istituiti presso la Consob: procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo, fondo di garanzia*, in *AA.VV., Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, a cura di Martorano e De Luca, Milano, 2008, 361 ss.; BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *I Contratti*, n. 4/2010, 422 ss. e *ivi* un raffronto tra la conciliazione specialistica in materia finanziaria e il sistema ordinario di conciliazione).

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 extragiudiziale 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.

Anche per le controversie in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari è stato previsto un sistema alternativo di risoluzione delle controversie.

L'art. 29, d.lgs. n. 262/2005, infatti, ha introdotto all'interno del t.u. bancario (d.lgs. 1.9.1993, n. 385) un nuovo art. 128 *bis* che ha delegato il Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (CICR) d'intesa con la Banca d'Italia la determinazione dei criteri procedurali di risoluzione delle controversie nella materia de qua e di composizione dell'organo decidente finalizzate ad assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela.

In attuazione della delega il CICR, con delibera 29.7.2008, n. 275, ha dettato la disciplina procedimentale e la Banca d'Italia, a sua volta, con comunicato in data 18 giugno 2009 ha dettato ulteriori profili regolamentari e disciplinato i relativi profili organizzativi dando vita così al nuovo organismo denominato Arbitro Bancario Finanziario (ABF).

L'Arbitro Bancario e Finanziario è divenuto operativo in data 15 ottobre 2009 ed è destinato ad occuparsi, nella materia relativa ad operazioni e servizi bancari e finanziari, delle controversie:

- a) relative all'accertamento di situazioni giuridiche (divieti, obblighi e facoltà) qualunque sia il valore della controversia;
- b) relative all'adempimento di diritti di credito aventi ad oggetto una somma di denaro non superiore a euro 100.000,00.

Questo nuovo istituto rischia di sovrapporre le proprie competenze, almeno in parte, con quelle attribuite alla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob, di cui in precedenza si è fatto cenno.

Ciò è tanto vero che si prevede la stipulazione di un protocollo di intesa tra i due organismi al fine di precisare quali controversie possano essere sottoposte all'uno o all'altro³⁰.

Non è possibile in questa sede affrontare nel dettaglio la normativa regolamentare dell'arbitrato bancario e finanziario.

³⁰ Sulle competenze e sulla struttura dell'Arbitro Bancario Finanziario v. SOLDATI, *L'Arbitrato Bancario Finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 2009, 853; BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie finanziarie*, in *Contratti*, 2010 422, ss.; GUCCIONE, RUSSO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Leggi. civ. comm.*, 2010, 475 ss.; RUPERTO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Banca borsa*, 2010, 325 ss.

Ciò che preme sottolineare è che la configurazione di tale nuovo organismo lo colloca certamente al di fuori del fenomeno della conciliazione stragiudiziale delle controversie poiché il relativo procedimento da un lato prevede, quale condizione di procedibilità della domanda, il preventivo esaurimento della fase di reclamo avanti all'ufficio reclami dell'intermediario finanziario interessato e, dall'altro, qualora il reclamo non abbia avuto esito soddisfacente per il cliente, l'organismo, attraverso le sue emanazioni territoriali, provvede a decidere il ricorso con soluzione aggiudicativa.

Ove l'intermediario non si adegui alla decisione, l'inadempienza viene resa pubblica secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia.

Si tratta quindi di una creatura ibrida che vorrebbe coniugare la conciliazione e la risoluzione con formula aggiudicativa delle controversie e che invece, per come è stata concepita, non coglie nessuna delle due opportunità.

Da un lato non promuove affatto la conciliazione tra cliente ed intermediario finanziario, rinviandola eventualmente nell'ambito della fase del reclamo presso quest'ultimo e, da altro lato, il procedimento sfocia in una decisione priva di effettività, essendo rimesso alla mera volontà dell'intermediario l'adempimento o meno ad essa.

Non si tratta quindi né di conciliazione, né di arbitrato.

5.7. (Segue). 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, 4° co., l. 29.12.1993, n. 580.

È 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 extragiudiziale delle controversie in materia di consumo.

Rinviando a quanto in precedenza si è riferito in ordine a tali principi (*supra* § 3) 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 sem-

brano compatibili con le preclusioni che derivano dall'art. 141 del 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 dir. 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, 4° co., l. n. 580/1993 (cfr. T. Roma, 18.8.2006, cit.).

5.8. (Segue). Arbitrato dei consumatori e Corte di Giustizia UE.

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* riferita ad un rinvio pregiudiziale operato dai giudici spagnoli³¹.

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.

³¹ C. Giust. CE 26.10.2006 C-168/05, che può leggersi in *Riv. arb.*, 2006, 673 ss., con nota di D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza – Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.* Per un approfondimento, v. SALOMONE, *La Corte di Giustizia sulla clausola arbitrale nei contratti dei consumatori: riflessioni sull'ordine pubblico comunitario e sull'impugnazione dei lodi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, 701 ss.

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.

Più recentemente la Corte di Giustizia è stata chiamata ad affrontare, sempre in via di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE, un delicato profilo relativo alla facoltà per il giudice nazionale dell'esecuzione di rilevare d'ufficio la nullità di una clausola compromissoria abusiva.

Si tratta della vicenda *Asturcom*, originata anche in questo caso da un rinvio operato dai

giudici spagnoli³².

La vicenda trae origine da una controversia nell'ambito della quale la società Asturcom Telecomunicaciones ha proposto ricorso per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo che condannava una cliente al pagamento di somme dovute in esecuzione di un contratto di abbonamento alla telefonia mobile.

Il giudice spagnolo investito della domanda per l'esecuzione forzata del lodo arbitrale che aveva acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, rilevato che la clausola compromissoria contenuta nel contratto di abbonamento aveva carattere abusivo e constatato che la legge processuale spagnola non prevede alcuna disposizione relativa alla valutazione del carattere abusivo della clausola compromissoria ad opera del giudice competente a statuire su un ricorso per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo, dubitava della compatibilità della normativa nazionale con il diritto comunitario.

Investita della questione pregiudiziale, la Corte si è dovuta confrontare con tale peculiare situazione, in cui l'inerzia della consumatrice aveva determinato la formazione del giudicato sulla pronuncia arbitrale e il rilievo della abusività della clausola compromissoria era effettuato, d'ufficio, soltanto in fase di esecuzione forzata del lodo.

È evidente, in questa prospettiva, la diversità rispetto al caso *Mostaza*, poiché in quella vicenda il rilievo d'ufficio della nullità della clausola compromissoria era stato sollevato in sede di esame della impugnativa del lodo arbitrale.

In questo caso, invece, si era in presenza di norme processuali interne che attribuivano l'autorità di cosa giudicata alla decisione arbitrale.

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

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

Da ciò consegue che, qualora un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo debba, secondo le norme procedurali

³² C. Giust. CE (Prima Sezione) 6 ottobre 2009, C-40/08, annotata da D'ALESSANDRO, *La Corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il Consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, consultabile sul sito www.iudicium.it, 2010.

interne, valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali d'ordine pubblico, egli è parimenti tenuto a valutare d'ufficio il carattere abusivo di detta clausola alla luce dell'art. 6, dir. 93/13, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine.

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

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

E se è vero, dal punto di vista formale, che la Corte assegna al giudice nazionale del rinvio (come del resto aveva fatto nel caso *Mostaza*) l'esclusiva competenza a valutare l'abusività di una clausola compromissoria contenuta in un contratto sottoscritto dal consumatore, è tuttavia innegabile, dal punto di vista sostanziale, che fra le righe della motivazione può intravedersi una particolare cautela dei giudici comunitari rispetto all'inserimento di clausole compromissorie nei contratti dei consumatori.

I casi in precedenza ricordati riguardavano, sia pure sotto specifici profili, il tema della arbitrabilità delle controversie con i consumatori.

Ma vi sono stati recenti interventi della Corte di Giustizia sul delicato tema del rilievo d'ufficio della abusività di clausole contrattuali che debbono essere ricordati.

Nel caso *Pannon* del 2009³³ la Corte ha ribadito l'obbligo per il giudice nazionale di rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola contrattuale (nella specie, di foro convenzionale coincidente con quello del professionista) quando dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari a tal fine.

Nel più recente caso *Pènzügyi* del 2010³⁴ la Corte si è spinta oltre, affermando che:

«Il giudice nazionale deve adottare d'ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola attributiva di competenza giurisdizionale territoriale esclusiva contenuta nel contratto, che costituisce l'oggetto della controversia di cui è investito e che è stato con-

³³ C. Giust. CE, sez. IV, 4.6.2009, C-243/08, che può leggersi in *Foro it.*, 2009, IV, 489 ss. con nota redazionale di A. Palmieri.

³⁴ C. Giust. UE, Grande sez., 9.11.2010, C-137/2008, in *Contratti*, 2011, 113 ss. con commento di F.P. Patti.

cluso tra un professionista e un consumatore, rientri nell'ambito di applicazione della dir. n. 93/13 e, in caso affermativo, valutare d'ufficio il carattere eventualmente abusivo di una siffatta clausola».

Anche in questo caso si discuteva in tema di foro convenzionale (diverso da, ma vicino a, quello della professionista), ma l'aspetto più rilevante della pronuncia è certamente quello che attribuisce al giudice nazionale l'obbligo di adottare d'ufficio "misure istruttorie" per verificare l'abusività di una clausola contrattuale.

A quanto consta è la prima volta che la Corte mette in discussione il principio dell'autonomia dell'ordinamento processuale di ciascun Stato membro, ritenuto recessivo rispetto al dovere del giudice di supplire ad una inadeguata attività processuale del contraente debole.

Qui il principio dell'effettività della tutela del consumatore è ritenuto prevalente su ogni altro e quindi idoneo a derogare al "principio dispositivo delle prove", che in altre occasioni era stato invece considerato un ostacolo insuperabile.

Si tratta di una ulteriore espansione del concetto di ordine pubblico processuale comunitario già enunciato, da ultimo, nel caso *Asturcom*, che depone inequivocabilmente nel senso di una necessaria prevalenza (secondo la Corte) del diritto comunitario dei consumatori sugli ordinamenti processuali dei singoli Stati membri.

È una nuova prospettiva del rapporto tra diritto comunitario e normativa processuale degli Stati membri sulla quale occorre una approfondita riflessione, anche nella prospettiva della emersione di un diritto processuale uniforme a livello comunitario nella trattazione delle controversie dei consumatori³⁵.

6. La conciliazione nelle controversie dei consumatori.

Come è stato individuato in precedenza, il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie è considerato strumento di elezione per la tutela dei diritti dei consumatori poiché offre una possibile soluzione semplice, non onerosa e rapida specialmente con riferimento a controversie di modesta entità che, altrimenti, difficilmente approderebbero al circuito della giustizia ordinaria.

Pressoché tutti gli Stati membri della UE hanno predisposto sistemi di ADR nell'interesse dei consumatori e l'azione comunitaria in materia è continua ed attenta.

Le persistenti criticità degli svariati sistemi di ADR operanti all'interno della UE, evidenziate nel *Consultation Paper* del 2011 (sul quale v. diffusamente *supra*, § 4), inducono a ritenere probabili ulteriori iniziative comunitarie volte a favorire l'accesso dei consumatori a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie che vedano coinvolti

³⁵ In argomento v. recentemente v. ZENO-ZENCOVICH, PAGLIETTI, *Verso un "diritto processuale dei consumatori"*, in *Nuova giur. comm.*, 2009, II, 267 ss.

questi ultimi³⁶.

6.1. (Segue). *Il nuovo interesse per la mediazione nell'ultimo decennio.*

Nell'ambito della esperienza italiana non sono ignote ipotesi di tentativi di conciliazione amministrati anche in sede non contenziosa, spesso connotati dalla obbligatorietà del loro esperimento³⁷.

Si riscontrano così tentativi di conciliazione esperibili davanti al Giudice di Pace (art. 322 c.p.c.), che ripropongono l'istituto della conciliazione in sede non contenziosa prevista dall'originario testo del codice di procedura come esperibile davanti al giudice conciliatore, e tentativi di conciliazione obbligatoria previsti in materia di contratti agrari, in materia di lavoro, di locazioni, di subfornitura e così via.

Non essendo possibile in questa sede approfondire l'indagine su di essi sarà sufficiente osservare l'assenza di un modello unitario di (possibile) conciliazione stragiudiziale connotandosi le varie ipotesi tipizzate dal legislatore per la disomogeneità delle procedure e degli effetti della raggiunta conciliazione.

Infatti, talune procedure debbono essere svolte davanti allo stesso giudice chiamato poi a decidere il merito della controversia, altre debbono essere esperite davanti a soggetti estranei all'ordinamento giudiziario; in alcuni casi l'accordo di conciliazione può conseguire gli effetti del titolo esecutivo ed in altri casi si può giungere alla formulazione, da parte del conciliatore, di una ipotesi di accordo rispetto alla quale le parti debbano esprimere la loro definitiva posizione.

A parte l'ipotesi del tentativo di conciliazione davanti al Giudice di Pace, la maggior parte dei tentativi di conciliazione tipizzati dal legislatore è connotata dalla obbligatorietà del loro esperimento ai fini della proponibilità o procedibilità della domanda in sede giudiziale.

Si tratta pertanto di ipotesi in cui viene mortificato l'elemento essenziale che unifica il fenomeno delle ADR, e cioè la volontarietà del ricorso a questi modi alternativi di soluzione delle controversie.

A ben vedere, quindi, non sembra potersi affermare, in linea generale, che il nostro ordinamento – almeno sino all'ultimo decennio del secolo scorso – disciplinasse effettive ipotesi di procedimenti volontari di soluzione alternativa delle controversie in sede stragiudiziale, sempre fatta eccezione per l'ipotesi di cui all'art. 322 c.p.c. la quale storica-

³⁶ Le più recenti iniziative della Commissione UE nel settore della tutela dei consumatori e specialmente in materia di servizi finanziari sono illustrate da DELFINO, PELET, *European Community legislation and actions*, in *European Review of Contract Law*, 2010, 460 ss.

³⁷ Un inquadramento sistematico della conciliazione stragiudiziale e delle varie forme di essa conosciute dal nostro ordinamento (sino alla fine degli anni '90 del secolo scorso), con importanti considerazioni anche con riferimento ai profili di costituzionalità dei tentativi obbligatori di conciliazione, è offerto da PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 2000, 327 ss.

mente non ha peraltro mai riscosso un significativo successo.

Né può affermarsi che il fenomeno dell'arbitrato, anche del tipo irrituale nella misura in cui oggi possa ritenersi una sostanziale differenziazione di questo rispetto a quello rituale, sia in qualche modo riconducibile al fenomeno della soluzione stragiudiziale delle controversie nella accezione oggi comunemente accolta e connotata non solo dalla volontarietà del ricorso alla procedura ma anche e soprattutto della non vincolatività dell'esito del tentativo di conciliazione.

Nell'arbitrato infatti si giunge ad una pronuncia aggiudicativa alla quale le parti, quanto meno a livello negoziale, sono obbligate a conformarsi e tale aspetto esclude che esso possa ascrivere nel pur amplissimo *genus* della conciliazione stragiudiziale delle controversie.

A ciò avuto riguardo, deve prendersi anche atto negli ultimi dieci anni di taluni sforzi del legislatore per agevolare l'ingresso di queste procedure "alternative" nell'ordinamento italiano.

Come è stato osservato, il termine alternativo potrebbe suonare competitivo rispetto alla decisione della controversia; in realtà le due procedure dovrebbero essere considerate più "complementari" che competitive³⁸.

ADR e procedimento giurisdizionale, quindi, si integrano e non si escludono vicendevolmente³⁹.

Ciò premesso, sarebbe ingeneroso considerare l'esperienza italiana delle ADR come una *tabula rasa*, così come sarebbe superficiale l'espressione di un giudizio completamente negativo sull'atteggiamento del legislatore⁴⁰.

Non si possono, infatti, ignorare le procedure di conciliazione (obbligatoria o facoltativa) già previste in via legislativa in materia di sub – fornitura, tutela del consumatore, rapporti di lavoro, rapporti agrari, rapporti locatizi, alle quali già si è fatto cenno.

Anzi, a partire dal 1993 con la previsione legislativa della costituzione di commissioni di conciliazione e arbitrato presso le Camere di commercio (l. n. 580/1993) si è assistito alla proliferazione – del tutto disomogenea – di disposizioni in tema di conciliazione stragiudiziale⁴¹.

³⁸ In questo senso si è orientata parte della dottrina più propensa a ritenere la complementarietà di queste diverse forme di soluzione delle controversie, piuttosto che a vederle quali drastica alternativa al sistema processuale attuale: RUBINO, SAMMARTANO, *Arbitrato e conciliazione nel nuovo diritto societario*, in *Bollettino della Corte Arbitrale Europea – Delegazione Italiana*, n. 3/2002.

³⁹ In questo senso, DE PALO, D'URSO, *La procedura di conciliazione stragiudiziale professionale*, in *Dir e prat. soc.*, 2003, 1, 77.

⁴⁰ ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Politica del diritto*, 1997, 403 ss.

⁴¹ Per una ragionata rassegna delle iniziative legislative in materia, v. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in tema di conciliazione "convenzionale"*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, 1218 ss.

Devono poi essere ricordate le iniziative assunte in via privata, tra le quali si segnalano, in materia societaria, l'attività delle Camere di conciliazione istituite presso la Corte Arbitrale Europea e la Camera Arbitrale di Milano, oltre che, nelle altre materie previste dalla legge, l'attività delle camere arbitrali e di conciliazione presso la Corte d'Appello di Roma, presso le Camere di commercio, le iniziative dell'Unioncamere, le iniziative dell'Istituto per la diffusione della cultura arbitrale (Isdaci).

Un ruolo importante destinato ad ulteriori sviluppi appartiene inoltre alle Camere di commercio di cui è stato disposto il riordino con la l. 29.12.1993, n. 580 ("Riordino delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura", in G.U. suppl. ordinario 11 gennaio 1994).

In forza delle norme ivi contenute, le Camere di commercio possono:

- a) promuovere la costituzione di Commissioni arbitrali o conciliative per le controversie, sia fra imprese, sia fra imprese e consumatori ed utenti;
- b) predisporre e promuovere contratti tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti;
- c) costituirsi parte civile nei giudizi relativi ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria ed il commercio e promuovere azioni per la repressione della concorrenza sleale.

Le indicate attribuzioni dimostrano che la l. n. 580/93 ha fornito le Camere di commercio di strumenti concreti per operare nell'ambito delle controversie fra imprese che possono essere definite o conciliate con le commissioni arbitrali, costituite dalle stesse Camere di commercio, singolarmente od in forma associata.

Nell'ultimo decennio si sono sviluppate numerose iniziative in sede parlamentare volte a favorire le procedure arbitrali e conciliative.

Tali iniziative legislative sono state per lo più criticate in particolare dalla dottrina sia perché strutturate in maniera disorganica e disordinata, sia perché a volte addirittura contraddittorie l'una con l'altra⁴².

Un'ulteriore critica è stata poi diretta alla scelta di prevedere l'obbligatorietà di molte delle più recenti ipotesi di tentativo di conciliazione introdotte; il carattere obbligatorio delle stesse priverebbe infatti la conciliazione del suo naturale presupposto; in altre parole, andrebbe a discapito del principio di libera determinazione delle parti finalizzato a raggiungere una soluzione "amichevole"⁴³.

Non si può negare che, almeno in Italia, tra i fattori che hanno determinato la ricerca di nuovi strumenti di risoluzione delle controversie, si rinvengono i sintomi di una giusti-

⁴² In questo senso: RUBINO, *I procedimenti*, 469, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.

⁴³ Si veda, nel senso della inutilità, se non dannosità, del tentativo di conciliazione quando esso assuma i caratteri dell'obbligatorietà, MINERVINI, *Le camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, II, 945.

zia in crisi (l'eccessiva onerosità di un giudizio, l'intasamento dell'attività dei giudici e l'estensione dei tempi necessari per giungere ad una soluzione della controversia).

Ciò nonostante, è stato osservato in dottrina che considerare i riti alternativi alla stregua di un mero correttivo deflazionistico comporterebbe il rischio di ridurre gli stessi al rango di "giustizia di second'ordine". Sarebbe invece auspicabile riconoscere la valenza autonoma di tali procedure informali nell'offrire composizione di *small claims*⁴⁴.

Ancora si è rilevato, la necessità di inquadrare questi mezzi di soluzione delle controversie in un contesto ove si possa confidare su una amministrazione della giustizia efficiente; solo così infatti si eviterebbe un uso distorto delle conciliazioni⁴⁵.

Nel tentativo di imporre una serie di linee guida in cui inquadrare il sistema delle conciliazioni stragiudiziali, si è così pensato, de iure condendo, alla agevolazione di queste forme di ADR sia dal punto di vista processuale che dal punto di vista fiscale.

Quanto alle garanzie, le maggiori preoccupazioni sono state rivolte:

a) alla posizione processuale delle parti, poiché infatti ciascuna di queste ADR deve garantire gli elementari diritti di difesa;

b) all'imparzialità e alla correttezza del procedimento: gli arbitri sono scelti o direttamente dalle parti, o dalle rispettive associazioni di categoria, o dall'istituzione operante; si possono superare, così, i dubbi, le perplessità (e i pregiudizi) esistenti nei confronti dell'arbitrato obbligatorio;

c) i costi; le istituzioni operanti, sovvenzionate dallo Stato, dalle associazioni di categoria nonché dai loro stessi proventi istituzionali, potrebbero offrire al pubblico una originale forma di accesso alla giustizia, abbreviando i tempi della soluzione e procurando, in definitiva, un risparmio dei costi di procedura e dei costi di assistenza.

Ciò premesso si può osservare come le procedure "aggiudicative" conducano alla pronuncia da parte del terzo di una decisione vincolante per le parti: rientrano in questa casistica sia il processo, sia l'arbitrato.

Per converso, tra i diversi tipi di procedure "conciliative" si distingue principalmente tra "conciliazione facilitativa" (*facilitative mediation*) e conciliazione valutativa (*evaluative mediation*).

Nella prima il conciliatore deve guidare la discussione delle parti finché queste non abbiano, autonomamente, trovato un punto di incontro nei rispettivi interessi; si tratta di una procedura che può risultare talvolta lenta poiché il conciliatore non può proporre alcuna soluzione di tipo impositivo.

Nella seconda ipotesi, invece, l'attività del conciliatore si spinge oltre la mera assistenza

⁴⁴ BUONFRATE, LEOGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione*, in *Riv. arb.*, 1999, 375 ss.

⁴⁵ CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 447 ss.

alla negoziazione; sono previste delle sedute private in cui le parti in piena libertà possono descrivere il loro punto di vista, presentare documenti e ipotizzare gli aspetti della vicenda su cui sono disposti a raggiungere un accordo; una volta esaminati i diversi aspetti della controversia, spetta al conciliatore proporre una ipotesi risolutiva tentando di convincere le parti ad accettarla⁴⁶.

In merito è stato osservato come il primo tipo di conciliazione appaia più efficace tenuto conto che prevede una scelta liberamente presa dalle parti – le quali sostanzialmente temono invece di doversi adattare a imposizioni di terzi esterni – ed in definitiva dà migliori garanzie per una futura collaborazione⁴⁷.

Il primo intervento organico in materia di conciliazione stragiudiziale coincide con la riforma del diritto societario, introdotta nel 2003.

La l. 3.10.2001, n. 366, aveva conferito delega al Governo per la riforma del diritto societario, ed in particolare ai sensi dell'art. 12, 4° co., il Governo è stato delegato «a prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza e che siano iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia».

In attuazione di detta delega, il d.lgs. n. 5, 17.1.2003, recante: “Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia”, ha dedicato il Titolo VI alla disciplina della conciliazione stragiudiziale.

Come emerge dalla Relazione al decreto, «si è inteso – sull’abbrivio di precedenti esperienze *de jure condendo* e in adesione a numerose proposte ancora all’esame del Parlamento – disciplinare l’accesso a sistemi di risoluzione alternativa delle controversie (c.d.: ADR) organizzati da enti pubblici e privati, in condizioni di concorrenza paritaria e sotto il controllo del Ministro della Giustizia, presso il quale devono essere compiuti gli adempimenti che abilitano allo svolgimento del servizio la cui promozione avviene attraverso l’ampliamento dei canali di accesso al medesimo e l’attribuzione di un favorevole trattamento fiscale, sia pure con limitazioni idonee ad evitare che lo strumento sia adattato a finalità elusive».

È su questi presupposti che è stata dunque varata la riforma che, è bene sottolinearlo, ha colto altresì l’opportunità di distinguere radicalmente l’istituto della conciliazione giudiziale da quello della conciliazione stragiudiziale.

La conciliazione societaria, peraltro, ha avuto vita breve in quanto ne è stata disposta l’abrogazione in occasione della entrata in vigore della nuova disciplina organica della mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010. Con riferimento a particolari settori (servizi di

⁴⁶ Per un’ampia panoramica si rinvia agli studi di CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell’esperienza nordamericana*, cit., 1283 ss.

⁴⁷ In questo senso: BORTOLOTTI, *La conciliazione stragiudiziale nelle controversie societarie*, in Atti del convegno promosso dall’AIA sul tema “Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie” tenutosi a Roma il 7 novembre 2002.

telecomunicazione e servizi finanziari e bancari) sono stati introdotti specifici sistemi di ADR dei quali si tratterà specificamente nel prosieguo (*infra* §§ 6.3 e 6.4).

Allo scopo di completare il sintetico quadro dell'esperienza italiana in tema di conciliazione stragiudiziale è opportuno fare cenno alle altre ipotesi di tentativi amichevoli di composizione delle controversie che il legislatore – a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso – ha introdotto nelle più svariate materie, in totale assenza di un disegno organico.

In almeno un caso, come si vedrà, il legislatore ha ipotizzato un tentativo obbligatorio di conciliazione, mentre negli altri casi si è limitato a prevedere l'eventuale introduzione di una clausola di conciliazione nell'ambito dello stipulando contratto oppure a suggerire il ricorso facoltativo od organismi di conciliazione.

Traendo spunto da un recente e documentato studio in materia⁴⁸, può osservarsi che una delle più rilevanti ipotesi di tentativo di conciliazione introdotto dal legislatore riguarda la sub-fornitura nelle attività produttive, disciplinate dalla l. 18.6.1998, n. 192.

Il tentativo di conciliazione in argomento è espressamente qualificato come obbligatorio, ma la norma che lo dispone (art. 10, l. n. 192/1998) è di controversa interpretazione, essendo dubbio che essa si riferisca a tutte le controversie in tema di sub-fornitura ovvero soltanto a quelle relative alla esecuzione del contratto e difettando, in ogni caso, una espressa sanzione legislativa per l'omissione del tentativo di conciliazione⁴⁹.

La procedura di conciliazione deve svolgersi presso il servizio di conciliazione predisposto dalle Camere di commercio (ai sensi dell'art. 2, 4° co., lett. a), l. n. 580/1993) e più precisamente presso la Camera di commercio nel cui territorio ha sede il sub-fornitore, considerato parte debole del rapporto.

Il procedimento deve concludersi entro 30 giorni dalla presentazione della domanda e se entro quel termine non si giunge alla conciliazione la controversia potrà essere rimessa, su richiesta congiunta dalle parti, alla commissione arbitrale istituita presso la Camera di commercio⁵⁰.

A quanto è dato conoscere questa ipotesi di conciliazione stragiudiziale non ha incontrato un particolare successo, probabilmente anche in ragione delle ambiguità del testo normativo, alle quali si è fatto cenno in precedenza.

⁴⁸ GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in materia di conciliazione "convenzionale"*, in RUBINO, SAMMARTANO (a cura di), *op. cit.*, 1215 ss.

⁴⁹ Per i necessari approfondimenti v. in dottrina CUOMO ULLOA, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie di subfornitura*, in BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI, (a cura di), *op. cit.*, 519; SOTIRA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di subfornitura ai sensi dell'art. 10 legge 192 del 1998*, in *Giur. di merito*, 2003, 1739; MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2003, *passim*; BIANCHI, IPPOLITO, *La subfornitura e la procedura conciliativa amministrata dalle Camere di commercio secondo la l. 18 giugno 1998, n. 192*, in GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003, 197.

Dubbi sull'effettiva obbligatorieta del tentativo di conciliazione di cui all'art. 10, l. n. 192/1998 sono avanzati da CUOMO ULLOA, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie di subfornitura*, cit., 519.

⁵⁰ In argomento v. GIOVANNUCCI ORLANDI, *op. ult. cit.*, 1222.

Altra ipotesi di introduzione di un tentativo di conciliazione, questa volta dichiaratamente *facoltativo*, si rinviene in materia di fornitura di servizi turistici e riguarda le controversie tra imprese del settore, ovvero tra queste ultime e clienti⁵¹.

In materia di commercio elettronico il d.lgs. 9.4.2003, n. 70 (di attuazione della dir. comunitaria 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, con particolare riferimento al commercio elettronico) prevede che le controversie tra prestatore e destinatario del servizio possano essere sottoposte ad una procedura di conciliazione stragiudiziale "anche per vie elettroniche adeguate"⁵².

Ma tale disciplina, come è stato rilevato, si presenta confusa e di difficile decifrazione⁵³.

Le norme in materia di affiliazione commerciale (c.d. *franchising*) di cui alla l. 6.5.2004, n. 129, e che disciplinano il contratto «in virtù del quale una parte concede la disponibilità ad un'altra, verso corrispettivo, di un complesso di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi», prevedono a loro volta un tentativo facoltativo di conciliazione davanti alle Camere di commercio, secondo un procedimento modellato su quello della conciliazione societaria di cui al d.lgs. n. 5/2003⁵⁴.

Più articolato e complesso è il quadro delle ipotesi di conciliazione stragiudiziale offerto dal codice del consumo (d.lgs. 6.9.2005, n. 206).

L'art. 140 del codice si occupa del tentativo di conciliazione nelle controversie collettive introdotte dalle associazioni dei consumatori accreditate ai sensi dell'art. 139, mentre l'art. 141 si riferisce specificamente ai rapporti tra professionista e consumatore, prevedendo che le parti possano avviare procedure di conciliazione extragiudiziale, anche in via telematica.

Si chiarisce in proposito che la clausola contrattuale che prevede il ricorso a forma di

⁵¹ Il tentativo di conciliazione è previsto dall'art. 4, 3° co., l. 29.3.2001, n. 135 intitolata "Riforma della legislazione nazionale del turismo". In argomento oltre a GIOVANNUCCI ORLANDI, *op. ult. cit.*, 1223, v. BARTOLOMUCCI, *Arbitrato e conciliazione nelle controversie del consumo, pulitintorie e turismo*, in BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *op. cit.*, 300 ss.; ATELLI, *La riforma della legislazione sul turismo*, in *Corriere giur.*, 2001, 1379; FRAGOLA, *Primo approccio sulla legge 29 marzo 2001, n. 135. Riforma della legislazione nazionale sul turismo*, in *Nuova rassegna*, 2001, 1371 ss.

⁵² In argomento v. SALI, *ODR: la risoluzione delle controversie*, in AZZALI, ZOPPINI (a cura di), *Commercio elettronico, autodisciplina e risoluzione extragiudiziale delle controversie*, Milano, 2004, 71; AZZALI, REGAZZONI, *Composizione extragiudiziale delle controversie e strumenti di ADR*, in ROSSELLO, FINOCCHIARO, TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale: la nuova disciplina*, Torino, 2003, 161.

⁵³ In questo senso v. le considerazioni di GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in materia di conciliazione "convenzionale"*, cit., 1230.

⁵⁴ Di cui si è detto in precedenza *sub* § 5. Sulla conciliazione in tema di *franchising* v. GIOVANNUCCI ORLANDI, *op. ult. cit.*, 1230 e 1231.

conciliazione non può essere considerata vessatoria e si rinvia, quanto alla individuazione degli organismi arbitrali a gestire le procedure conciliative ai principi comunitari in materia, ferma restando l'abilitazione *ex lege* degli organismi istituiti presso le Camere di commercio.

Anche in questo caso, comunque, si tratta di un tentativo di conciliazione *facoltativo*, che necessiterebbe di una migliore definizione normativa, anche sotto il profilo procedimentale, per una sua efficace diffusione⁵⁵.

Ulteriore ipotesi di conciliazione è prevista in materia di patti di famiglia, di cui agli artt. 708 *bis* ss. c.c. nel testo introdotto con l. 14.2.2006, n. 55. Essi, come è noto, si riferiscono ai contratti che intendono disciplinare il cambio generazionale nella titolarità delle imprese e nel loro ambito le relative controversie «sono devolute preliminarmente ad uno degli organismi di conciliazione previsti dall'art. 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2005 n. 5» (cfr. art. 708 *octies* c.c.).

Si discute se si tratti di un tentativo obbligatorio di conciliazione, ma al di là della formulazione legislativa l'assenza di sanzioni per il mancato esperimento del tentativo di conciliazione sembra deporre per una mera facoltatività di esso⁵⁶.

La materia dei patti di famiglia è tra quelle per le quali il d.lgs. n. 28/2010 introduce un tentativo obbligatorio di conciliazione a pena di improcedibilità delle domande giudiziali⁵⁷.

Infine, nell'ambito delle controversie tra imprese di tinto-lavanderia e consumatori per danni ad indumenti o smarrimento degli stessi, la l. 22.2.2006, n. 84 attribuisce alle Regioni la competenza a promuovere la costituzione di commissioni conciliative per la soluzione stragiudiziale di tali controversie.

Come emerge dalla rassegna che precede (e che deve necessariamente essere integrata con le ipotesi di conciliazione previste in tema di servizi di telecomunicazione, di servizi finanziari e bancari di cui tratterà *infra sub* §§ 6.3 e 6.4) sino ad oggi, se si eccettua la disciplina in tema di conciliazione societaria, il legislatore è intervenuto nel settore della soluzione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali in maniera frammentaria e disorganica, oscillando tra ipotesi di (dubbia) obbligatorietà di tentativi di conciliazione e di mera facoltatività di esse, senza mai affrontare compiutamente le delicate problematiche che simili previsioni comportano.

⁵⁵ Per i necessari approfondimenti v. in dottrina, oltre a GIOVANNUCCI-ORLANDI, *op. ult. cit.*, 1231 ss., BARTOLOMUCCI, in BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *op. cit.*, 283 ss.; ALPA, *Le ADR dalla tutela dei consumatori alla amministrazione efficiente della giustizia civile*, in ALPA, DANOVI (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004, 44 ss.; BARTOLOMUCCI, *La clausola di conciliazione nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e garanzia di accesso alla giustizia*, in *Contratti*, 2003, 101 ss.

⁵⁶ Così, condivisibilmente, GIOVANNUCCI ORLANDI, *op. ult. cit.*, 1234. In argomento v. altresì BUONFRATE, *Conciliazione nelle controversie del patto di famiglia*, in BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *op. cit.*, 329 ss.; ZOPPINI, *Il patto di famiglia non risolve le liti*, in *Il Sole-24 ore*, 3 febbraio 2006; Manes, *Prime considerazioni sul patto di famiglia*, in *Contr. e Imp.*, 2006, 561.

⁵⁷ In argomento v. *infra*, § 6.7.

6.2. (Segue). *La diffusione delle ADR in Italia.*

Un recente studio sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia, redatto a cura dell'Istituto per la diffusione della cultura arbitrale (Isdaci)⁵⁸ e riferito a dati del 2009 offre un quadro conoscitivo molto dettagliato in ordine ai sistemi ADR attivi in Italia.

Sono stati censiti 320 centri che hanno offerto sistemi di ADR nel corso del 2009 e si è constatato che, in ragione della diffusione capillare del servizio ADR offerto dalla Camera di commercio, 105 Province su 110 vedono la presenza di almeno un Centro ADR.

Le procedure amministrative di ADR sono state, sempre nel 2009, 93.406 delle quali 43.403 in materia di servizi di telecomunicazione e 30.213 oggetto di negoziazione paritetica derivante da protocolli sottoscritti dalle imprese e dalle associazioni dei consumatori per la risoluzione di controversie in materia di consumo.

La percentuale di successo nelle procedure ADR monitorate dallo studio in precedenza citato è molto elevata nelle ipotesi in cui entrambe le parti aderiscano al tentativo di conciliazione (oltre il 70% nel settore delle telecomunicazioni e oltre il 55% presso le Camere di commercio).

Tuttavia è stato rilevato che almeno in un caso su due di conciliazione amministrata le parti invitate a svolgere il tentativo di mediazione rifiutano di aderire.

La durata media dei procedimenti ADR oggetto dello studio è stata di 90 giorni per la conciliazione in materia di telecomunicazioni, di 95 per la negoziazione paritetica e di 60 giorni per la mediazione amministrata.

I dati dimostrano da un lato che il ricorso a sistemi ADR è ancora oggi poco diffuso, anche in ragione della scarsa conoscenza dei consumatori e delle stesse imprese, e, da altro lato, che il settore delle utenze di telecomunicazione è quello in cui, anche per la obbligatorietà del tentativo di conciliazione, si sono ottenuti i migliori risultati.

6.3. (Segue). *La conciliazione presso i Corecom.*

Nell'ambito dei rapporti tra utenti o categorie di utenti ed i soggetti gestori di servizi di telecomunicazione (definiti organismi di telecomunicazioni dalla normativa di settore) la l. 31.7.1997, n. 249 (istitutiva dell'autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni) ha previsto una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie che impone il previo esperimento di un tentativo di conciliazione quale condizione di "proponibilità" della domanda in sede giurisdizionale.

In particolare, l'art. 11, l. n. 249/1997 demanda all'Autorità competente sia il compito di individuare, con proprio provvedimento, le controversie interessate dal tentativo obbligatorio di conciliazione (che deve essere ultimato entro 30 giorni dalla proposizione della relativa istanza), sia quello di determinare le modalità per la soluzione stragiudiziale

⁵⁸ Si tratta del IV Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia, presentato a Milano il 14 febbraio 2011 e consultabile sul sito www.isdaci.it.

di tali controversie.

L'Autorità (individuata con l'acronimo Agcom), per parte sua, ha provveduto a delegare l'esperimento del tentativo di conciliazione ai costituendi Comitati Regionali per le Comunicazioni (Corecom) presso le singole regioni e ad individuare due tipologie specifiche di controversie da assoggettare al tentativo obbligatorio di conciliazione:

- a) quelle tra società che gestiscono o utilizzano le reti di comunicazione per offrire servizi di telefonia; e
- b) le vertenze derivanti da interruzione del servizio (deliberazione del Consiglio n. 53, 28.4.1999).

Con più specifico riferimento alle controversie tra utenti e gestori dei servizi l'AGCOM ha adottato un primo regolamento nel 2002 (delibera 182/2002) ed uno successivo nel 2007 (delibera 173/2007), a sua volta modificato nel 2008 con due ulteriori delibere (95/2008 e 502/2008).

L'art. 2 del regolamento del 2007, in vigore, prevede che le controversie soggette al tentativo obbligatorio di conciliazione siano quelle aventi ad oggetto il mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale⁵⁹ e ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle Carte dei Servizi.

Sono escluse dall'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione le controversie attinenti esclusivamente al recupero dei crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora l'inadempimento non sia dipeso da contestazioni relative alle prestazioni medesime e l'utente finale non è tenuto ad esperire il tentativo di conciliazione per formulare eccezioni, proporre domande riconvenzionali o opposizione al decreto ingiuntivo.

Esulano, ancora, dall'obbligo del tentativo di conciliazione in argomento le controversie di cui agli artt. 37, 139 e 140 del codice del consumo (per le quali vale la disciplina di settore).

In alternativa al procedimento davanti al competente Corecom il tentativo di conciliazione può essere esperito davanti alla Camera di commercio e agli organismi di conciliazione di cui all'art. 141 del codice del consumo.

La proposizione del tentativo di conciliazione sospende i termini per agire in sede giurisdizionale, che riprendono a decorrere dalla scadenza del termine per la conclusione del tentativo di conciliazione, fissato dalla legge in 30 giorni.

In caso di esito positivo del tentativo di conciliazione viene redatto un verbale che costituisce titolo esecutivo, a seguito di omologazione da parte del Tribunale nella cui circo-

⁵⁹ Si tratta della materia regolata dalla dir. del Parlamento Europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, c.d. "direttiva servizio universale", recepita in Italia con il d.lgs. 1.8.2003, n. 259, recante il codice delle comunicazioni elettroniche.

scrizione ha avuto luogo la procedura di conciliazione⁶⁰.

Ricostruito nei termini che precedono il quadro normativo di riferimento, diverse sono le questioni che si pongono all'interprete.

Intanto, il tenore letterale della norma che dispone il tentativo obbligatorio di conciliazione nella materia considerata (art. 1, 11° co., l. n. 249/1997) sembrerebbe prevedere in tale tentativo una condizione di proponibilità dell'azione in sede giurisdizionale («non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale sino a che ...»).

Ma la lettura costituzionalmente orientata della norma fa propendere per la diversa qualificazione del tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di «procedibilità» dell'azione⁶¹.

Ancora, la norma non esime esplicitamente la richiesta di provvedimenti cautelari dal previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, determinandosi così divergenti interpretazioni in sede giudiziaria.

Anche in questa ipotesi la vicenda può ritenersi oggi risolta, nel senso della inesistenza dell'obbligo di promuovere il tentativo di conciliazione ai fini della procedibilità di azioni in sede cautelare, per effetto della sentenza di C. Cost. 30.11.2007, n. 403.

Più controversa invece l'individuazione del perimetro delle controversie tra utenti e gestori del servizio di telecomunicazioni soggette alla disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Mentre non dovrebbe dubitarsi che ove la controversia non abbia ad oggetto il servizio di telecomunicazioni, ma rapporti solo occasionalmente ad esso ricollegabili⁶², più complessa è la questione se anche la controversia in ordine alla sussistenza o meno di un contratto di utenza debba necessariamente essere assoggettato al tentativo obbligatorio di conciliazione⁶³.

⁶⁰ In questo senso v. G. ROMUALDI, nota redazionale in *Foro it.*, 2009, I, 2160. La dottrina che si è specificamente occupata della materia è esigua: cfr. MAMMONE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione tra utenti e organismi di telecomunicazione: stato della giurisprudenza*, in *Dir. ed econ. mezzi di comunicazione*, 2007, 79 ss.; ROMUALDI, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in *Riv. arb.*, 2005, 402 ss.; CARRETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione: stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema*, Bologna, 2005.

⁶¹ Così ROMUALDI, nota redazionale cit., ed *ivi* i pertinenti richiami giurisprudenziali. L'autore ricorda altresì che oggi ogni dubbio deve ritenersi risolto nel senso della condizione di procedibilità per effetto del nuovo testo dell'art. 3 del regolamento del 2007 come modificato nel 2008.

⁶² È il caso, ad esempio, della controversia relativa alla installazione di pali telefonici nel terreno di un privato, risolto recentemente dalla Suprema Corte nel senso della estraneità della fattispecie alla disciplina in argomento: cfr. Cass., 27.10.2008 n. 25853, in *Foro it.*, 2009, I, 2157.

⁶³ La giurisprudenza di legittimità ha recentemente ritenuto che tale controversia rientri nel novero di quelle soggette alla normativa speciale, propendendo per una interpretazione estensiva in ragione del fatto che una diversa tesi interpretativa comporterebbe che dapprima il giudice si pronunciasse sulla esistenza o meno del contratto e solo successivamente, in caso positivo, si debba espletare il tentativo di conciliazione, soluzione ritenuta configgente con le regole del giusto processo *ex art. 111 Cost.*: cfr. Cass., 30.9.2008, n. 24334, in *Foro it.*, 2009, 2157 ss.

Per quanto riguarda la compatibilità del tentativo obbligatorio di conciliazione con la disciplina comunitaria in materia essa è stata ritenuta sussistente da una recente decisione della Corte di Giustizia Europea, chiamata a pronunciarsi in ordine alla interpretazione dell'art. 34 della c.d. "direttiva servizio universale" che prevede la predisposizione di procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie nelle questioni contemplate dalla direttiva.

La Corte, con sentenza del 18.3.2010⁶⁴, ha ritenuto che la procedura obbligatoria di conciliazione prevista dalla normativa italiana in materia di servizi di telecomunicazione non è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva comunitaria "servizio universale", sia perché il risultato della procedura non è vincolante e non incide sul diritto ad un ricorso giurisdizionale, sia perché la procedura di conciliazione (che deve concludersi entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza) non comporta un ritardo sostanziale nella proposizione del ricorso giurisdizionale, essendo comunque sospesa la prescrizione dei diritti per tutta la durata del tentativo obbligatorio di conciliazione.

La promozione del tentativo obbligatorio di conciliazione, inoltre, nel pensiero della Corte deriva dalla constatazione che una procedura conciliativa meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per il perseguimento degli obiettivi della direttiva.

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione in materia di servizi di telecomunicazione, promossa a livello comunitario nel senso in precedenza ricordato, determina l'effetto di un massiccio ricorso alla procedura conciliativa che assorbe larga parte della domanda di conciliazione nel nostro Paese.

Secondo recenti statistiche, infatti, quasi l'80% delle istanze di conciliazione presentate nel 2009 (sia presso i Corecom sia presso le associazioni dei consumatori o le Camere di commercio) hanno riguardato controversie in materia di utenza nelle telecomunicazioni.

6.4. (Segue). *La conciliazione presso la Consob in materia di servizi di investimento.*

Il settore dei servizi finanziari ha recentemente conosciuto l'introduzione di sistemi alternativi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia, dei quali è opportuno fare cenno poiché essi sono destinati a sopravvivere alla introduzione del modello generale di conciliazione stragiudiziale delle controversie che è in procinto di essere adottato.

Si tratta di due distinti sistemi riferibili rispettivamente ai rapporti tra intermediari ed investitori (per i quali è previsto un procedimento di conciliazione presso la Consob) ed

⁶⁴ C. Giust. CE, sez. IV, 18.3.2010, C-317/08, che può leggersi in *Guida dir.*, 3 aprile 2010, n. 14, 18 ss., con commento di CASTELLANETA, *La soluzione extragiudiziale delle controversie realizza pienamente l'obiettivo della direttiva.*

alle controversie in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari (arbitrato bancario e finanziario sotto l'egida della Banca d'Italia).

Per quanto riguarda il primo sistema, riferito come detto alla tutela dei rapporti tra investitori non professionali ed intermediari finanziari, il d.lgs. n. 179, 8.10.2007, ha previsto l'istituzione presso la Consob di una Camera di Conciliazione e di Arbitrato delegando a quest'ultima l'emanazione del regolamento attuativo.

Con deliberazione Consob n. 16763, 29.12.2008, è stato adottato il Regolamento attuativo della Camera di Conciliazione e di Arbitrato prevedendosi che tale organismo amministri i 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. 4 Reg.).

Gli investitori che possono usufruire di tale procedura di conciliazione sono soltanto gli investitori non professionali, e cioè i clienti al dettaglio e non i clienti professionali o le controparti qualificate secondo le definizioni della normativa di settore.

Si tratta di un procedimento facoltativo, attivabile soltanto su richiesta dell'investitore⁶⁵.

Il procedimento è in parte modellato su quello di conciliazione in materia societaria (in più punti richiamato) e si può concludere con un accordo che può essere omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha avuto luogo la conciliazione e che costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Ove l'accordo non sia raggiunto, se le parti congiuntamente lo richiedano, il conciliatore formula una proposta rispetto alla quale, se la conciliazione non si raggiunge, ciascuna parte indica la propria definitiva posizione o le condizioni alle quali è disposta a conciliare e di esse è dato atto nel verbale di fallita conciliazione.

⁶⁵ I commenti sulla disciplina della Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob sono già numerosi. Senza alcuna pretesa di completezza cfr, da ultimo, BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 4 ss.; NASCOSI, *La nuova Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob*, in *Leggi civ. comm.*, 2009, 963 ss.; in argomento v. altresì CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2008, 1049 ss.; CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: "prima lettura" del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. società*, 2007, 1445 ss.; COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Soc.*, 2007, 8 ss.; GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, 301 ss.; AMOROSINO, *Funzioni e poteri della Consob "nouvelle"*, in *Banca borsa*, 2008, 137 ss.; CUOMO ULLOA, *La camera di conciliazione di arbitrato istituita presso la Consob*, in *Contratti*, 2008, 1178 ss.; ENRICQUES, *Il ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 705; SOLDATI, *La Camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 209, 423 ss.; CARLEO, *Gli strumenti di tutela di risparmiatori e investitori istituiti presso la Consob: procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo, fondo di garanzia*, in AA.VV., *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, a cura di Martorano e De Luca, Milano, 2008, 361 ss.; BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratti*, n. 4/2010, 422 ss. e *ivi* un raffronto tra la conciliazione specialistica in materia finanziaria e il sistema ordinario di conciliazione.

Rispetto alle previsioni del citato regolamento in materia di conciliazione deve rilevarsi che l'istanza di conciliazione non può essere presentata qualora:

- a) la controversia sia già stata sottoposta, ad iniziativa dell'investitore o qualora questi abbia aderito all'iniziativa dell'intermediario, ad un altro organismo di conciliazione; o
- b) non sia stato previamente presentato reclamo all'intermediario ovvero non siano decorsi più di 90 giorni dalla presentazione senza che l'intermediario abbia risposto.

In data 22 marzo 2010 sono state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale (n. 67) le deliberazioni Consob n. 17204 e n. 17205 recanti rispettivamente l'approvazione dello Statuto della Camera di Conciliazione e Arbitrato ed il codice deontologico dei conciliatori e degli arbitri Consob.

A questo punto l'operatività della Camera di Conciliazione e Arbitrato Consob sarà subordinata soltanto alla formazione dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri.

Particolarmente interessanti sono, per la materia qui considerata, le specifiche regole deontologiche dettate per il conciliatore, che potranno essere di esempio per i codici deontologici di cui dovranno dotarsi gli organismi di mediazione disciplinati dal d.lgs. n. 28/2010⁶⁶.

Dispone in proposito l'art. 7 del codice deontologico Consob che il conciliatore:

- «a) accetta la nomina conferitagli solo quando sia qualificato per la definizione della controversia per la quale è stato designato;
- b) si assicura, al primo incontro di conciliazione, che le parti abbiano compreso:
 - la natura, le finalità, gli oneri e i vantaggi della procedura di conciliazione;
 - il loro ruolo e quello del conciliatore;
 - gli obblighi di riservatezza a loro carico e quelli a carico del conciliatore;
- c) prepara gli incontri di conciliazione studiando la controversia e la documentazione prodotta dalle parti, accertando che le parti o il loro rappresentanti abbiano i poteri necessari per concludere un eventuale accordo e stabilendo tempi e modi degli incontri che consentano l'osservanza dei principi generali stabiliti per la procedura;
- d) accerta che il proprio domicilio o quello diverso scelto di comune accordo con le parti sia idoneo a consentire un ordinato, riservato e sereno svolgimento degli incontri di conciliazione;
- e) conduce la procedura di conciliazione con autorevolezza, applicando le tecniche di composizione dei conflitti e creando un clima di dialogo e di fiducia con le parti, e si adopera per far loro raggiungere un accordo soltanto fino a quando sia manifesto che tale obiettivo non sia conseguibile;
- f) si comporta con lealtà nei confronti delle parti, evitando di compiere atti che possano

⁶⁶ In ordine ai quali v. *infra*, § 6.6.

essere o apparire ad esse discriminatori e di esercitare la sua influenza a favore di una di loro;

g) ascolta attentamente, nel corso degli incontri, le dichiarazioni delle parti e acquisisce, anche rivolgendole domande, ogni documento e informazione utili sulla controversia, sui punti di vista, sulle pretese e aspettative di ciascuna parte nonché sui loro reciproci rapporti, al fine di individuare soluzioni idonee a comporre la controversia;

h) impiega, nei colloqui con le parti, un linguaggio comprensibile a entrambe;

i) si assicura che le parti si determinino con sufficiente grado di consapevolezza e che siano avvertite della possibilità di adire comunque l'Autorità giudiziaria in caso di mancata conciliazione della controversia;

j) redige, con tempestività e sentite le parti, i documenti conclusivi della procedura di conciliazione».

Il ruolo della Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob assumerà ulteriore rilievo per effetto della previsione contenuta nella nuova disciplina generale della conciliazione, di cui si dirà in prosieguo, che prevede quale condizione di procedibilità, tra l'altro, delle azioni in materia di contratti finanziari l'opzione di avvalersi dell'esperienza del procedimento di conciliazione presso la Consob in alternativa a quello presso gli altri organismi abilitati⁶⁷.

6.5. (Segue). La direttiva comunitaria n. 52/2008 del 21 maggio 2008.

Come si è in precedenza accennato, la comunità europea ha recentemente ritenuto necessario introdurre un quadro normativo di riferimento in tema di mediazione in materia civile e commerciale, e ciò sulla considerazione che l'istituzione di principi fondamentali in questo settore è un passo essenziale verso l'appropriato sviluppo e l'operatività dei procedimenti stragiudiziali per la composizione delle controversie nella materia civile e commerciale.

In data 21 maggio 2008 è stata così adottata la dir. 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (di seguito "la Direttiva")⁶⁸.

La Direttiva trova il suo ambito di applicazione soltanto alla mediazione delle controversie transfrontaliere, ma, come risulta dall'ottavo considerando di essa «nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni».

Poiché il legislatore delegato ha ritenuto, con scelta condivisibile, di avvalersi della op-

⁶⁷ Art. 5, 1° co., d.lgs. n. 28/2010, sul quale v. *infra*, Parte II, § 6.8.

⁶⁸ La direttiva è frutto di un lungo ed approfondito lavoro iniziato nel maggio 2000 da parte del Consiglio dell'Unione Europea sul tema dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

Una sintesi della posizione finale del Consiglio, adottata il 28 febbraio 2008 a cura di Pereira può leggersi in *L'Observateur de Bruxelles* n. 72 – aprile 2008, 30 ss. (testo francese).

portunità, esplicitamente indicata nella direttiva, di modellare il procedimento di mediazione interno in conformità ai principi enunciati nella Direttiva, è opportuno fare cenno a questi ultimi⁶⁹.

Innanzitutto rileva l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo una equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.

Sono definiti i concetti di "mediazione" e di "mediatore" precisandosi che la prima riguarda un procedimento strutturato nell'ambito del quale le parti di una controversia tentano di raggiungere su base volontaria un accordo con l'assistenza di un mediatore e che il secondo è inteso quale il soggetto terzo che ha il compito di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente.

Particolare enfasi è attribuita alla qualità dell'attività di mediazione anche attraverso l'elaborazione di codici di autoregolamentazione da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, assicurando nel contempo un efficace meccanismo di controllo della qualità del servizio offerto.

In questa prospettiva dovrà essere incoraggiata la formazione professionale e continua dei mediatori per una efficace gestione della mediazione stessa (art. 4, Direttiva).

Viene opportunamente precisato che la mediazione oggetto della Direttiva non riguarda né le conciliazioni dinanzi a un organo giurisdizionale né più in generale i procedimenti all'esito dei quali venga emessa una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia.

Ancora, viene precisato che nel concetto di mediazione fatto proprio dalla Direttiva non rientra quella condotta da un giudice che sia responsabile di un procedimento giudiziario relativo alla controversia, mentre non si esclude che il giudice possa invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia.

Non è inoltre precluso agli Stati membri prevedere nell'ambito della legislazione nazionale il ricorso alla mediazione obbligatoria sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, a condizione che non sia impedito alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario (art. 5, 2° co.).

Cogliendo appieno le esigenze che, secondo l'esperienza internazionale, debbono essere soddisfatte da un efficace sistema di mediazione la Direttiva sottolinea taluni principi che presidiano una efficace mediazione.

Tra questi la riservatezza del procedimento di mediazione nel cui ambito deve essere previsto che né i mediatori né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del relativo procedimento siano obbligati a testimoniare nell'ambito di un giudizio o di un arbitrato con riferimento alle informazioni risultanti dal procedimento di mediazione.

È accolto altresì il principio secondo cui il ricorso alla mediazione non deve pregiudica-

⁶⁹ Per un approfondimento sui contenuti della dir. n. 52/2008, v. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediazione. Quale attuazione?* in *Riv. arb.*, 2009, 1 ss.

re i termini di prescrizione o decadenza eventualmente previsti per il promuovimento del procedimento giudiziario o di arbitrato, suggerendo in tal modo che il ricorso alle mediazione possa avere un effetto interruttivo della prescrizione o impeditivo della decadenza.

Altro principio fondamentale è quello secondo cui il contenuto di un accordo scritto risultante dalla mediazione possa acquisire efficacia esecutiva attraverso un idoneo procedimento allo scopo previsto dalla legislazione dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta di esecutività dell'accordo.

Questi, per sommi capi, i contenuti essenziali della Direttiva in argomento, alla quale si è ispirato il legislatore delegato.

È opportuno ricordare, infine, che a livello europeo la risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo si ispira ai principi contenuti nella Raccomandazione della commissione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 che, in ragione della natura di tali controversie, è particolarmente cauta.

Essa infatti prevede che le parti debbano essere informate del loro diritto di rifiutare di partecipare ad una procedura di risoluzione extragiudiziale della controversia o di recedere da essa in qualsiasi momento e di adire il sistema giudiziario, rendendo così assolutamente facoltativo l'accesso al tentativo di risoluzione stragiudiziale della controversia.

Ancora, quanto al procedimento di accesso alla procedura di conciliazione stragiudiziale, la Raccomandazione sottolinea da un lato la non obbligatorietà del ricorso ad un professionista legale, ma, dall'altro, facoltizza le parti a farsi rappresentare o assistere da terzi in qualsiasi fase della procedura.

Delle indicazioni desumibili dalla citata Raccomandazione dovrà necessariamente tenersi conto nell'esame del modello interno di conciliazione stragiudiziale delle controversie ipotizzato dal legislatore delegato, poiché talune controversie sottoponibili (anche obbligatoriamente) al procedimento di conciliazione ricadono anche nell'ambito delle controversie in materia di consumo e devono quindi conformarsi ai principi informativi della materia a livello comunitario.

6.6. (Segue). *Le iniziative del legislatore nell'ambito della riforma del processo civile del 2009: la delega del Governo in materia di disciplina della conciliazione stragiudiziale.*

Nell'ambito della riforma del processo civile introdotta dalla recente l. 18.6.2009, n. 69, è stata prevista la delega legislativa al governo ad adottare, entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale (art. 60, l. n. 69/2009).

I principi e i criteri direttivi per l'esercizio della delega sono molteplici.

Quanto all'ambito della mediazione, finalizzata alla conciliazione, si prevede che essa abbia ad oggetto controversia su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giu-

stizia.

Il principio riprende sostanzialmente le previsioni che sul punto sono contenute nella dir. comunitaria n. 52/2008, di cui in precedenza si è detto.

L'aspetto più interessante e delicato riguarda il rapporto tra il procedimento di mediazione e l'accesso alla tutela giurisdizionale.

L'approccio del legislatore delegante è anodino in quanto non precisa se, ed eventualmente in che limiti, il legislatore delegato possa prevedere ipotesi di conciliazione obbligatoria.

L'ambiguità della legge delega non può essere semplicisticamente risolta ritenendo che si sia voluto che il legislatore delegato non impedisse l'accesso alla giustizia ordinaria nella materia considerata.

Una tale previsione, infatti, non è neppure ipotizzabile alla luce del disposto dell'art. 24 Cost.

Il problema è allora quello di stabilire se nell'esercizio della delega possano essere previste ipotesi di mediazione che debbono essere necessariamente intraprese prima di dare corso ad iniziative in sede giudiziale.

Il legislatore delegato, come si vedrà, ha ritenuto di essere facoltizzato ad introdurre, con riferimento ad una nutrita serie di controversie, il tentativo obbligatorio di conciliazione, ponendolo quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale⁷⁰.

Particolarmente dettagliate sono poi le previsioni in tema di disciplina degli organismi destinati all'erogazione del servizio di mediazione, che devono essere connotati da professionalità ed indipendenza ed iscritti in apposito registro vigilato dal Ministero della Giustizia.

Quanto al procedimento di mediazione si prevede la possibile estensione delle disposizioni in tema di conciliazione societaria.

Si prevede, ancora, la possibilità per i Consigli degli Ordini per gli Avvocati di istituire presso i Tribunali organismi di mediazione che potranno essere iscritti di diritto nel registro tenuto presso il Ministero della Giustizia ed ancora che, in particolari materie, anche altri ordini professionali abbiano facoltà di istituire organismi di mediazione anch'essi iscrivibili di diritto nel richiamato registro.

È poi previsto il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi della mediazione e di ricorrere agli organismi che erogano tale servizio.

La durata del procedimento di mediazione non può eccedere i quattro mesi ed il costo della procedura possa essere stabilito con atto regolamentare che preveda altresì un in-

⁷⁰ In sede di primo commento alla legge delega non sono mancate opinioni nel senso che il legislatore delegato sarebbe facoltizzato alla previsione di tentativi obbligatori di mediazione per determinate categorie di controversie: cfr. CARRATTA, in MANDRIOLI, CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, spec. 217.

cremento delle indennità spettanti al mediatore nell'ipotesi di positiva conclusione del procedimento.

È prevista altresì la facoltà per il mediatore di avvalersi di esperti con compensi determinati in sede di attuazione della delega.

Il legislatore delegato dovrà altresì prevedere forme di agevolazione di carattere fiscale in favore delle parti, all'evidente scopo di incentivare il ricorso alla mediazione.

Con particolare riferimento alla figura del mediatore i principi e i criteri direttivi sottolineano la necessità di prevedere un regime di incompatibilità funzionale a garantire le neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del mediatore nello svolgimento della sua funzione.

Ulteriori disposizioni contenute nei principi e criteri direttivi per l'esercizio della delega riguardano la disciplina delle spese nell'ambito del processo preceduto dal tentativo di conciliazione, facoltizzando il giudice ad escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che abbia rifiutato un accordo il cui contenuto corrisponde interamente al provvedimento che chiude il processo, con condanna al rimborso delle spese sostenute dal soccombente e possibilità per il giudice di condannare il vincitore al pagamento di un ulteriore somma a titolo di contributo unificato.

Da ultimo si prevede che il legislatore delegato debba assicurare che il verbale di conciliazione possa conseguire efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca altresì titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Queste, per sommi capi, le indicazioni precettive del legislatore delegante ai fini della introduzione nel nostro ordinamento, mediante decreto legislativo, di un modello unitario di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale.

6.7. (Segue). *L'attuazione della delega: il d.lgs. n. 28/2010 e le scelte del legislatore delegato.*

L'attuazione della delega ha preso avvio con la predisposizione, da parte dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, di uno schema del decreto legislativo destinato a regolare la materia.

Il testo ministeriale, reso noto all'inizio del novembre 2009, si ispira ai contenuti della Direttiva europea in materia (n. 52/2008 i cui tratti essenziali sono stati illustrati *supra sub* § 6.5) e tuttavia se ne discostava sotto diversi profili operando scelte che apparivano discutibili alla luce dell'esperienza che negli ultimi decenni è maturata – sia a livello internazionale che interno – nel campo della composizione amichevole delle controversie in materia civile e commerciale.

Alla circolazione di tale schema ha fatto seguito un ampio dibattito nell'ambito del qua-

le sono state registrate opinioni critiche da parte degli studiosi della materia⁷¹.

A livello istituzionale alcune perplessità sulle scelte operate in sede di redazione dello schema del decreto legislativo sono state avanzate sia dal Consiglio Nazionale Forense, attraverso la Commissione per lo Studio della Mediazione e della Conciliazione, sia dal Consiglio Superiore della Magistratura (CSM) nell'ambito del parere licenziato con delibera del 4 febbraio 2010.

Anche le competenti Commissioni parlamentari, con i pareri resi in data 20 gennaio 2010 (Commissione Giustizia della Camera) e in data 27 gennaio 2010 (Commissione Giustizia del Senato), hanno sollevato diverse questioni su talune scelte operate nella predisposizione dello schema di decreto legislativo da parte degli uffici ministeriali, ed hanno suggerito alcune modifiche che solo in parte sono state poi recepite.

Lo schema di decreto legislativo, con alcune modificazioni conseguenti alle osservazioni da più parti sollevate ed alle quali si è fatto cenno in precedenza, è stato poi sottoposto alla deliberazione del Consiglio dei Ministri che lo ha definitivamente approvato nella sua seduta del 19 febbraio 2010.

Il testo così definitivamente approvato consta di 24 articoli, ed è accompagnato da una relazione illustrativa nell'ambito della quale sono esplicitate le ragioni che, ad avviso dei redattori dello schema, giustificano talune scelte oggetto di osservazioni critiche nell'ambito della consultazione alla quale si è fatto cenno in precedenza.

Il decreto legislativo (emanato il 4 marzo 2010 con il n. 28) costituisce il primo intervento organico del nostro legislatore in materia di conciliazione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali, restando peraltro in vigore le norme che disciplinano i procedimenti conciliativi obbligatori in determinate materie (l'art. 23, 2° co., stabilisce infatti la salvezza delle disposizioni che prevedono procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, tra i quali la relazione ricorda quelli disciplinati dagli artt. 410 e ss. del codice di procedura civile in materia di controversie individuali di lavoro (oggi meramente facoltativo) e quello disciplinato dall'art. 4, l. 3.5.1982, n. 203, in materia di contratti agrari. Ma il catalogo dei procedimenti conciliativi obbligatori destinati a sopravvivere è più vasto: si pensi, ad esempio, a quello previsto per le controversie tra utenti e gestori di servizi di telefonia, di cui all'art. 1, l. 31.7.1997, n. 249).

Al d.lgs. n. 28/2010 (d'ora innanzi "il Decreto") ha poi fatto seguito il Regolamento attuativo n. 180 del 18 ottobre 2010 che istituisce il Registro degli organismi di mediazione e degli enti promotori e determina le tariffe per il servizio di mediazione.

Esula dagli obiettivi del presente lavoro la predisposizione di un organico commentario delle disposizioni del decreto legislativo recentemente entrato in vigore. Le considerazioni che seguono sono pertanto finalizzate a sottolineare taluni aspetti della nuova di-

⁷¹ Ad esempio, le osservazioni di CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60, l. n. 69/2009*, in *ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 179/2009 del 26 novembre 2009.

disciplina che in ragione della opinabilità delle scelte che sono state operate, ovvero della rilevanza di esse, appare particolarmente utile illustrare, sia pure in termini necessariamente sintetici⁷².

Nella prospettiva di illustrare i profili problematici che conseguono a talune scelte operate dal legislatore delegato, può prendersi le mosse dalla qualificazione dell'attività del mediatore.

Come è noto vi è una netta distinzione tra mediazione “facilitativa” e “valutativa”: il primo tipo di mediazione, nell'ambito del quale il mediatore si limita ad aiutare le parti nella ricerca di un accordo, prevede una scelta liberamente presa dalle parti, mentre il secondo configura un'attività del mediatore che si spinge oltre la mera assistenza alla negoziazione, prevedendo la formulazione di una proposta di conciliazione da sottoporre alle parti e rispetto alla quale esse devono pronunciarsi.

Lo schema di decreto legislativo, nella sua prima formulazione, prefigurava una chiara opzione in favore della mediazione “valutativa”.

Sin dalla definizione dell'attività di mediazione [art. 1, lett. a)] compariva l'ipotesi della mediazione “valutativa” che si sostanziava “nella formulazione di una proposta per la risoluzione” (della controversia).

Ma è all'art. 11 che l'opzione per la mediazione “valutativa” si profilava netta. Si prevedeva infatti che quando l'accordo non fosse stato raggiunto direttamente dalle parti il mediatore avrebbe dovuto formulare “una proposta di conciliazione” previa informazione alle parti sulle possibili conseguenze di cui al successivo art. 13 (regolazione delle spese del futuro giudizio a carico della parte che abbia rifiutato la proposta se il provvedimento giurisdizionale corrisponde al contenuto di essa).

Questa scelta suscitava rilevanti perplessità perché vulnerava, di fatto, un principio cardine della mediazione/conciliazione stragiudiziale: quello della riservatezza del relativo procedimento. Il verbale di mancato accordo sulla proposta del conciliatore era destinato a (poter) trasmigrare nel fascicolo del procedimento giurisdizionale, sia pure al dichiarato fine di consentire la regolazione delle spese (anche) in deroga al principio della soccombenza. Non solo. Per poter formulare la proposta il mediatore non avrebbe potuto che fare riferimento alle informazioni che ciascuna delle parti avesse fornito nella aspettativa che esse non avrebbero potuto essere utilizzate a suo danno.

La funzione aggiudicativa che in tal modo veniva assegnata al procedimento conciliativo non trovava giustificazione né nella disciplina comunitaria (che non menziona l'ipotesi della mediazione “valutativa”) né nel prototipo di immediato riferimento, costituito dal procedimento in tema di conciliazione societaria di cui agli artt. 38-40, d.lg. n. 5/2003 che la prevedeva soltanto a fronte della concorde richiesta delle parti.

Anche il recente intervento legislativo in materia di procedure di conciliazione e arbitra-

⁷² Per un commento organico alla disciplina della mediazione in Italia v. GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile e commerciale*, Milano, 2010, *passim*.

to nelle controversie tra risparmiatori e intermediari finanziari (d.lgs. 8.10.2007, n. 179, e regolamento attuativo adottato dalla Consob con delibera n. 16763, 29.12.2008) nel rinviare alle disposizioni in tema di conciliazione societaria ha escluso l'ipotesi di mediazione "valutativa" salvo concorde richiesta delle parti.

La diversa scelta ipotizzata dal legislatore delegato si poneva quindi in netta controtendenza rispetto alla linea tracciata sia con il d.lgs. n. 5/2003 sia con i successivi provvedimenti settoriali in materia di conciliazione, che a tale schema base hanno fatto rinvio.

D'altra parte non può sfuggire che l'obbligo per il mediatore di formulare "comunque" una proposta nell'ipotesi in cui le parti non avessero raggiunto direttamente tra loro un accordo, obbligo imposto senza alcun temperamento riferito alla natura della controversia e al grado di conoscenza dei fatti che il mediatore fosse stato posto in condizione di acquisire, poneva le premesse affinché le parti affrontassero il tentativo di conciliazione con cautela e circospezione.

Situazione questa in cui viene mortificata l'essenza dell'istituto della conciliazione stragiudiziale, che presuppone un approccio non circospetto alla negoziazione.

L'obbligo (e non la facoltà) per il mediatore di formulare una proposta destinata a tramigrare – se non accettata – nel futuro processo per assumere rilievo ai fini della regolazione delle spese sembrava porre le premesse per il fallimento della iniziativa.

Già in sede di commento alla legge delega gli studiosi della materia avevano percepito il pericolo della introduzione della mediazione "valutativa" nell'ambito della quale l'accordo dovesse essere proposto dal conciliatore, ma avevano escluso che vi fossero indicazioni in tal senso al legislatore delegato osservando come fosse errata la tesi che vede nella conciliazione un procedimento aggiudicativo destinato a sfociare in una proposta del conciliatore sulla base della opinione che quest'ultimo si sia fatto sulla fondatezza delle rispettive pretese⁷³.

Anche il CSM aveva segnalato l'incoerenza con la funzione facilitativa del procedimento conciliativo dell'ipotesi della obbligatoria formulazione di una proposta da parte del mediatore, qualora le parti non avessero raggiunto direttamente tra di esse un accordo e nello stesso senso si erano indirizzati i rilievi mossi dalla Commissione del CNF.

La versione finale del decreto legislativo ha modificato le originarie previsioni, prevedendosi ora che qualora l'accordo amichevole non sia raggiunto il mediatore possa, se lo ritiene, formulare una proposta conciliativa che diviene obbligo soltanto quando le parti ne facciano concorde richiesta (così la nuova formulazione dell'art. 11, 1° co., del decreto).

La relazione di accompagnamento al decreto si diffonde sul punto, giustificando la scelta quale sintesi tra le diverse posizioni che caratterizzano l'attuale dibattito sulla mediazione e precisando che la possibilità per il mediatore di formulare comunque una propo-

⁷³ In questi termini LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in ALPA (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile*, Napoli, 2010, spec. 233 e 234.

sta ha anche lo scopo di rimarcare la finalità deflattiva della mediazione, poiché le parti potrebbero essere indotte ad accettare tale proposta a fronte della difficoltà di raggiungere un migliore risultato a seguito di un procedimento giurisdizionale.

Per superare le obiezioni, che persistono, in ordine alla inopportunità che il mediatore, dopo aver acquisito le informazioni riservate che le parti intendano fornirgli, formuli autonomamente una proposta conciliativa che non potrebbe non tener conto di tali informazioni, la relazione ipotizza che in sede di autoregolamentazione del procedimento da parte degli organismi di conciliazione possa prevedersi che siano due diversi mediatori a condurre rispettivamente la fase di mediazione facilitativa e a formulare la successiva eventuale proposta.

Ma, al di là della complessità della soluzione ipotizzata, non sfugge la constatazione che il diverso mediatore con funzioni “valutative” ben difficilmente potrebbe avere informazioni sufficienti alla formulazione di una proposta suscettibile di condurre ad un accordo.

La soluzione più razionale resta senza dubbio quella di rimettere alla concorde volontà delle parti la facoltà per il mediatore di formulare autonomamente una proposta conciliativa ed è in questo senso, del resto, che è orientata l’esperienza internazionale in materia, come in precedenza si è ricordato.

Restano quindi le perplessità da più parti sollevate sulla scelta di prevedere la formulazione unilaterale di una proposta conciliativa da parte del mediatore (ancorché sia stato eliminato l’obbligo della formulazione di essa), ma deve prendersi atto, nel contempo, che la nuova formulazione del testo legislativo è certamente migliore della precedente, che avrebbe determinato un sicuro insuccesso della conciliazione.

Un altro aspetto sul quale si sono appuntate numerose ed autorevoli critiche⁷⁴ riguarda la previsione di obbligatorietà del tentativo di conciliazione (a pena di improcedibilità) rispetto ad una vasta gamma di controversie di cui all’art. 5 del Decreto.

In ordine a tale scelta si evidenziano rilevanti profili problematici che conviene esaminare più approfonditamente rinviandosi a tal fine al successivo paragrafo.

Notevoli perplessità suscita poi la previsione, contenuta al 5° co., art. 8, secondo cui in caso di mancata partecipazione al procedimento di mediazione e qualora non vi sia adeguata giustificazione di essa, il giudice può nel successivo eventuale giudizio trarre dalla mancata partecipazione al procedimento di mediazione argomenti di prova ai sensi dell’art. 116 c.p.c.

Intanto, rispetto a tale scelta del legislatore delegato, non può non rilevarsi che nulla nella legge-delega sembra autorizzare l’introduzione, a titolo sanzionatorio, di conseguenze così rilevanti nell’ipotesi di mancata partecipazione al tentativo di conciliazione.

Tra l’altro la disposizione in argomento non distingue tra il procedimento facoltativo di conciliazione e quello obbligatorio, introducendo così un vincolo di coazione indiretta

⁷⁴ Ad esempio, da parte del CSM nel suo parere in data 4 febbraio 2010.

alla partecipazione al procedimento conciliativo che non sembra coerente con la fisionomia dell'istituto che si è venuta a configurare nella prassi e nella legislazione sino ad oggi vigente.

Ma i profili critici non si esauriscono nella eventualità di un eccesso di delega da parte del legislatore delegato, per difetto di un principio o criterio direttivo della legge-delega che legittimi la previsione sanzionatoria in argomento.

È noto infatti che nell'ambito dei principi informatori del processo civile la assenza di una delle parti nell'ambito del processo (che determina il fenomeno della contumacia) è priva di conseguenze sanzionatorie rispetto all'onere probatorio che fa carico a ciascuna delle parti del processo, ed è quindi sostanzialmente neutra a questi fini.

Ed è altrettanto nota la posizione della Corte Costituzionale in ordine al fenomeno della cosiddetta *ficta confessio* a carico della parte contumace⁷⁵.

In questa prospettiva vi è motivo di porsi il dubbio non soltanto sulla coerenza sistematica della previsione che consente al giudice di trarre argomenti di prova dalla mancata partecipazione della parte al tentativo di conciliazione, ma anche sulla legittimità costituzionale di siffatta previsione.

È assai discutibile, infatti, la coerenza con il canone della ragionevolezza di una norma che consente al giudice di trarre elementi di giudizio dal comportamento meramente omissivo di una parte che non partecipi al tentativo di conciliazione quando una analoga facoltà non è consentita nella omologa situazione in cui una parte scelga di non partecipare al processo, rimanendo contumace.

La questione è più delicata di quanto possa apparire ad una disamina superficiale: si tratta infatti di avallare un principio innovativo che ricollega effetti sfavorevoli al comportamento della parte che sceglie di non partecipare ad una fase preliminare al giudizio in sede contenziosa, quando un tale effetto sfavorevole non è ricollegabile alla mancata partecipazione al giudizio.

Si configura, di fatto, un obbligo giuridico di partecipare al procedimento di conciliazione che è altro rispetto alla previsione (in sé già discutibile) dell'esperimento di tale tentativo quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

È vero che sussiste la necessità di scoraggiare l'atteggiamento ostruzionistico che si concreta nella mancata partecipazione al tentativo di conciliazione e che le osservazioni della Commissione Giustizia della Camera sono state sul punto proprio nel senso di ri-

⁷⁵ La Corte ha infatti recentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale delle previsioni in ordine alla *ficta confessio* nel rito societario di cui all'art. 13 d.lgs. n. 5/2003: cfr. C. Cost., 12.10.2007, n. 340, in *Soc.*, 2008, 495, con commento di Senini.

La norma è stata censurata sotto il profilo dell'eccesso di delega anche in considerazione del fatto che essa introduceva una innovazione nel sistema del processo civile in assenza di uno specifico principio o indirizzo da parte del legislatore delegante.

Anche nel caso in esame sembrano sussistere le condizioni per una declaratoria di incostituzionalità, poiché il desumere argomento di prova dalla assenza nel processo non è coerente con l'attuale sistema del processo civile.

collegare la mancata partecipazione di una parte alla mediazione alla applicabilità dell'art. 116 c.p.c. Sembra tuttavia che il mezzo ipotizzato ecceda lo scopo: un conto è infatti penalizzare un atteggiamento non collaborativo con una diversa regolazione delle spese di giudizio, altro è sanzionare tale atteggiamento con un pregiudizio sulla stessa sorte della controversia nel merito.

Il temperamento offerto dalla possibilità per il giudice di ritenere giustificata la mancata partecipazione alla mediazione, inoltre, non sembra adeguato – attesa la sua generica formulazione – a superare la perplessità che possono essere mosse rispetto alla previsione in esame.

Tali perplessità sono ulteriormente rafforzate dal rilievo che la giurisprudenza interpreta l'art. 116 c.p.c. nel senso che il contegno delle parti può costituire «unica e sufficiente fonte di prova e di convincimento del giudice» e non soltanto elemento di valutazione delle prove già acquisite al processo⁷⁶.

D'altra parte, e conclusivamente sul punto, se si considera che nemmeno nell'ambito delle controversie di lavoro l'ordinamento attribuisce alcun rilievo alla mancata partecipazione di una parte al tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c., la diversa opzione del legislatore delegato risulta ancor meno condivisibile⁷⁷.

6.8. (Segue). *L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.*

L'art. 5 del Decreto disciplina un aspetto qualificante del modello di mediazione amministrata introdotto dal legislatore delegato.

Sotto la rubrica “Condizione di procedibilità e rapporto con il processo” vengono infatti normate tre tipologie di mediazione finalizzata alla conciliazione ed i loro rapporti con l'azione in sede giurisdizionale.

La prima tipologia riguarda la c.d. mediazione obbligatoria, nell'ambito della quale il previo esperimento del procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda in sede giudiziale.

La seconda si riferisce invece alla mediazione c.d. convenzionale, prevista da apposita clausola inserita nel contratto ovvero nello statuto o nell'atto costitutivo di un ente.

⁷⁶ In questo senso cfr. Cass., 10.8.2002, n. 12145; Cass., 19.7.2002, n. 10568; Cass., 16.7.2002, n. 10268; ancora più recentemente v. Cass., 27.1.2005, n. 1658. Ma il comportamento rilevante delle parti ai sensi dell'art. 116 c.p.c. è soltanto quello tenuto nel corso del processo, essendo del tutto ininfluenza il comportamento tenuto anteriormente al processo: v. Cass., 22.6.2001, n. 8596. Ancora, la contumacia del convenuto non può assumere, di per sé sola, un significato probatorio in favore della domanda dell'attore: v. Cass., 9.12.1994, n. 10554. Alla luce della consolidata interpretazione dell'art. 116 c.p.c. quale emerge dai precedenti citati sorprende ancor di più la scelta di attribuire rilevanza, ai fini dell'applicazione di tale norma, alla mancata partecipazione della parte alla mediazione.

⁷⁷ Oggi il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. non costituisce più condizione di procedibilità della domanda giudiziale per effetto delle modificazioni introdotte con l. n. 183, 4.11.2010 (c.d. collegato lavoro).

La terza, infine, riguarda la mediazione c.d. delegata o facoltativa che può essere attivata volontariamente dalle parti a seguito di un invito in tal senso operato dal giudice, anche in sede di giudizio di appello.

Con riferimento alla c.d. mediazione obbligatoria, disponeva in proposito l'art. 5 dello schema di decreto legislativo che l'esperimento del tentativo di conciliazione è "condizione di procedibilità" di azioni relative a controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazioni, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa (o altro mezzo di pubblicità), contratti assicurativi, bancari e finanziari (per questi ultimi rinviando ai procedimenti previsti dalle norme di settore: l'art. 128 *bis* del t.u. bancario, d.lgs. n. 385/1993, nonché la delibera attuativa del CICR in data 29 luglio 2008, n. 275, per i contratti bancari e il già citato d.lgs. n. 179/2007 e la delibera Consob n. 16763, 29.12.2008, per i contratti dei risparmiatori)⁷⁸.

La norma non prende in considerazione il procedimento obbligatorio di conciliazione in materia di utenza delle telecomunicazioni, che è destinato a sopravvivere (anche per effetto della norma di chiusura di cui all'art. 2, 2° co.)⁷⁹.

Il novero della materia per le quali è previsto, a pena di improcedibilità, il preventivo esperimento del tentativo di conciliazione si è ampliato, nella stesura finale del testo del decreto legislativo, alle controversie in materia di circolazione dei veicoli e natanti, accogliendo un auspicio della Commissione Giustizia del Senato.

In questa scelta si sostanzia la finalità deflattiva del contenzioso civile che è assegnata al provvedimento legislativo in itinere. Gli uffici ministeriali stimano in circa un milione l'anno i procedimenti civili interessati dalla nuova condizione di procedibilità⁸⁰.

Rispetto a tale scelta si evidenziano rilevanti profili problematici che conviene esaminare partitamente.

La relazione di accompagnamento all'articolato si fa carico di un primo rilevante profilo di criticità costituito dalla verifica della compatibilità della previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione con l'esercizio del diritto di agire in giudizio ai sensi dell'art. 24 Cost.

La relazione conclude, sul punto, per la compatibilità costituzionale del sistema alla luce dei precedenti della Consulta rispetto ad analoghe previsioni legislative che pongono l'esperimento di un tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità della

⁷⁸ Per un sintetico commento delle disposizioni relative alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob ed all'Arbitrato bancario e finanziario v. *supra* §§ 6.4 e 5.6.

⁷⁹ L'art. 1, l. 31.7.1997, n. 249, invero, prevede che le controversie tra utenti e gestori di servizi di telefonia debbono essere precedute, a pena di improponibilità, da un tentativo di conciliazione da esperirsi davanti al Comitato Regionale per le Comunicazioni (CoReCom) competente per territorio, secondo il procedimento disciplinato dai successivi regolamenti di attuazione. Per un sintetico esame di tali disposizioni v. *supra*, § 6.3.

⁸⁰ La stima era peraltro riferita all'originaria formulazione della norma. L'introduzione delle controversie in materia di circolazione di veicoli e natanti nell'ambito del tentativo obbligatorio di conciliazione determina un consistente incremento del numero delle controversie interessate dalla nuova condizione di procedibilità.

domanda in sede giudiziale (controversie di lavoro e controversie agrarie, per citare le più rilevanti ipotesi).

È probabile che sotto questo profilo non venga ravvisata una violazione dell'art. 24 Cost., proprio in funzione del rilevante interesse pubblico sotteso alla finalità deflattiva del contenzioso che, in ipotesi, la disposizione in esame vuole (vorrebbe) conseguire.

È sotto un altro profilo che possono avanzarsi dubbi di legittimità costituzionale della condizione di procedibilità che il legislatore delegato introduce.

La legge delega, infatti, non contiene alcun principio o direttiva che legittimi la scelta del legislatore delegato, né tale scelta può trovare giustificazione nella dir. comunitaria n. 52/2008: anzi, la legge delega sembra orientata ad indirizzare il legislatore delegato a modellare il proprio intervento sulla falsariga del d.lgs. n. 5/2003 il quale, come è noto, non prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione.

In questa prospettiva l'ipotesi di incostituzionalità per eccesso di delega si rivela non improbabile⁸¹.

In effetti il T.A.R. del Lazio, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del Regolamento attuativo del decreto (d.m. 18.10.2010, n. 180), ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del Decreto, in relazione agli artt. 24 e 77 Cost., nella parte in cui si introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del tentativo di conciliazione, nella parte in cui si dispone che tale tentativo è condizione di procedibilità della domanda giudiziale ed in quella in cui si prevede che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice. Lo stesso giudice ha altresì ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 del Decreto, in relazione agli artt. 24 e 77 Cost., nella parte in cui dispone che abilitati a gestire il procedimento di mediazione siano enti pubblici o privati che diano garanzie di «serietà ed efficienza», anziché di «competenza e professionalità» come indicato nella legge delega⁸².

Non è dubbio che le questioni sollevate dal giudice amministrativo pongano una seria ipotesi sulla legittimità costituzionale (per eccesso di delega) delle scelte operate dal legislatore delegato relativamente ai profili censurati.

I dubbi di costituzionalità, tuttavia, si appuntano più sugli aspetti di metodo (il possibile eccesso di delega legislativa) che su quelli di merito, rispetto ai quali si percepisce la consapevolezza che l'opzione della obbligatorietà del previo esperimento di un tentativo

⁸¹ Per la verità, una analoga censura di eccesso di delega in relazione alla introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie sul rapporto di lavoro privato (art. 410 c.p.c. come modificato con il d.lgs. 31.3.1998, n. 80) è stata giudicata infondata da C. cost. n. 276/2000. Il recente orientamento della Corte di Giustizia UE (sentenza 18.3.2010-C-317/08) sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione davanti ai CoReCom (sul quale v. *supra*, § 6.3) potrebbe inoltre influire – sia pure indirettamente – sulla soluzione della questione.

⁸² Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 12.4.2011, n. 3202.

di conciliazione, quale condizione di procedibilità dell'azione in sede giurisdizionale, potrebbe "in sé" non essere incostituzionale, né contraria ai principi comunitari in materia⁸³.

Ma rispetto alla scelta operata dal legislatore delegato possono essere mosse ulteriori obiezioni.

Come è stato rilevato dal CSM, infatti, l'introduzione di un "doppio binario" per l'accesso alla mediazione, distinguendo le controversie per le quali il procedimento di mediazione costituisce "condizione di procedibilità" della domanda e quelle, invece, per le quali l'esperimento del tentativo conciliativo è rimesso alla discrezionalità delle parti non solo non trova giustificazione nel testo della delega, ma appare altresì irrazionale avuto riguardo alla eterogeneità delle materie per le quali è prevista l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

La fondatezza del rilievo è di agevole riscontro se si scorre l'elenco delle materie interessate dalla condizione di procedibilità.

Il catalogo delle materie è invero molto vasto e spazia da istituti nei quali il contenzioso è oggettivamente esasperato e troppo gravoso per l'amministrazione della giustizia (il condominio) a vicende che hanno un effetto inflattivo della giustizia civile assai moderato (la diffamazione a mezzo stampa).

Anche il CNF ha espresso perplessità circa l'individuazione delle materie soggette alla nuova condizione di procedibilità della domanda, sottolineando la contraddittorietà e irragionevolezza delle scelte effettuate, non paramtrate sulle caratteristiche intrinseche della lite.

La Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, per parte sua, giustifica la scelta delle materie rispetto alle quali la mediazione è condizione di procedibilità enunciando i tre criteri-guida seguiti.

Un primo criterio individua quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato a prolungarsi nel tempo (ad esempio i rapporti condominiali); un secondo criterio riguarda alcune controversie in materia di risarcimento del danno, rispetto alle quali la composizione stragiudiziale sarebbe particolarmente adatta (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa); il terzo e ultimo criterio riguarda i contatti assicurativi, bancari e finanziari che sottenderebbero rapporti duraturi e per la loro ampia diffusione originano una parte non irrilevante del contenzioso.

Ma l'esame dei criteri selettivi indicati nella Relazione evidenzia le differenze ontologiche tra le varie materie le cui controversie sono accomunate dalla condizione di procedibilità della relativa domanda giurisdizionale e sottolinea semmai la arbitrarietà delle scelte operate in totale assenza nella legge delega di principi o criteri direttivi volti ad

⁸³ La stessa ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale ricorda in proposito sia la giurisprudenza costituzionale, sia quella comunitaria che non escludono, a certe condizioni, la legittimità del tentativo obbligatorio di conciliazione: tra le più recenti v. C. cost., 13.5.2010, n. 173, e C.Giust. UE, sez. IV, 18.3.2010, C-317 a 320/08.

orientare il legislatore delegato.

L'irrazionalità di talune scelte, tra l'altro, è palese: in tema di contratti bancari, infatti, costituisce condizione di procedibilità della domanda in sede giudiziale il previo esperimento della procedura attuativa dell'art. 128 *bis* t.u. bancario, la quale peraltro non è una procedura conciliativa, bensì aggiudicativa, essendo destinata a sfociare in una determinazione dell'organismo che amministra la relativa procedura⁸⁴.

Al di là delle obiezioni in precedenza avanzate ve ne è una di fondo.

Si tratta della opinabilità in sé della scelta di prevedere l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione (sia pure per le materie in precedenza ricordate).

È vero che in astratto si reputa legittimo, sotto il profilo costituzionale, introdurre condizioni di procedibilità (non di proponibilità) dell'azione in sede giurisdizionale subordinando quest'ultima all'esperimento di un tentativo di conciliazione, a condizione che il tempo per l'esperimento del tentativo sia contenuto in modo da non vulnerare il principio del libero accesso alla giustizia, ed è anche vero che la Direttiva n. 52/2008 non preclude al legislatore di uno Stato membro di prevedere l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, ma un generalizzato ricorso alla obbligatorietà mortifica l'essenza stessa della conciliazione stragiudiziale.

È stato al riguardo osservato (dal CSM) che «il tentativo di conciliazione può avere successo solo se è sostenuto da una reale volontà conciliativa e non se è svolto per ottemperare ad un obbligo», altrimenti è destinato a trasformarsi in un mero adempimento formale (e la fallimentare esperienza della conciliazione obbligatoria in materia di lavoro avrebbe dovuto essere di monito al legislatore).

In questo senso l'aver sottoposto oltre un milione di controversie all'anno al tentativo obbligatorio di conciliazione, con la conseguente necessità di formare un "esercito" di mediatori (diverse decine di migliaia) e di una capillare diffusione degli organismi di mediazione, non sembra scelta condivisibile in quanto potenzialmente foriera di un sostanziale insuccesso della conciliazione stragiudiziale.

Il rischio concreto è infatti che il tentativo di conciliazione si sostanzi in un puro e semplice differimento dell'inizio del processo, senza conseguire alcun effetto deflattivo del contenzioso civile e sulla cronica inefficienza dell'attuale processo (finalità, tra l'altro, che vorrebbe giustificare l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione e che invece tradisce l'essenza della conciliazione il cui successo è proporzionale all'efficienza della risposta in sede giurisdizionale)⁸⁵.

Deve infine rilevarsi che non sembra possibile armonizzare il previsto tentativo obbligatorio di conciliazione con l'orientamento comunitario in tema di soluzione stragiudiziale

⁸⁴ L'arbitro bancario e finanziario (ABF), infatti, "decide" il ricorso del cliente e non è pertanto ascrivibile alla nozione di "mediatore" fatta propria dallo stesso legislatore delegato. Sulla natura ibrida dell'ABF v. *supra*, § 5.6.

⁸⁵ Si vedano in proposito le lucide considerazioni di CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione*, cit.

delle controversie con i consumatori.

La citata Raccomandazione del 4 aprile 2001 (2001/310/CE) enuncia il principio, funzionale ad assicurare l'equità della procedura conciliativa, che «le parti sono informate del loro diritto di rifiutare di partecipare alla procedura». Ne consegue che ove la controversia veda protagonista un consumatore, la sanzione per la mancata partecipazione al procedimento di conciliazione risulterebbe incompatibile con l'orientamento comunitario.

Ciò detto in ordine alla opinabilità della scelta per assurgere il tentativo di conciliazione a condizione della procedibilità della domanda giudiziale in numerose materie, è opportuno esaminare più da vicino le pertinenti disposizioni predisposte dal legislatore all'art. 5 del Decreto.

Come si è in precedenza già evidenziato l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle materie anch'esse in precedenza indicate.

Si tratta delle controversie nelle seguenti materie:

- a) condominio e diritti reali;
- b) divisioni;
- c) successioni e patti di famiglia;
- d) locazione, comodato, affitto di aziende;
- e) riconoscimento danni derivanti da circolazione di veicoli e natanti;
- f) risarcimento danni da responsabilità medica;
- g) risarcimento danni da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità;
- h) contratti assicurativi, bancari e finanziari.

L'improcedibilità della domanda deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, non oltre la prima udienza e sino a quest'ultima può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Quest'ultimo, ove ritenga fondata l'eccezione, assegna alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione fissando la successiva udienza successivamente alla scadenza del termine (di 4 mesi) per la conclusione del tentativo di conciliazione. Analogamente provvede ove il procedimento di conciliazione sia già iniziato, ma non concluso, prima della instaurazione del giudizio.

Il meccanismo così individuato evita che il giudice debba sospendere il procedimento, imponendo alle parti il successivo onere della riassunzione, come invece è previsto all'art. 412 *bis* c.p.c. per le controversie in materia di lavoro.

Una previsione di analogo tenore regola la diversa fattispecie in cui il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedano una clausola di conciliazione (ipotesi di

mediazione c.d. convenzionale) ed il tentativo non risulti essere stato esperito prima dell'introduzione del giudizio. In questo caso, ma solo su eccezione di parte proposta nella prima difesa, il giudice (ma anche l'arbitro) assegna termine di 15 giorni per la proposizione della domanda di conciliazione e rinvia ad una udienza successiva allo scadere del termine previsto per la conclusione del relativo procedimento.

In questa ipotesi il tentativo di conciliazione sarà esperito davanti all'organismo previsto pattiziamente, se iscritto nel registro degli organismi abilitati; in diversa ipotesi sarà esperito da un organismo iscritto, anche individuato consensualmente tra le parti.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione, peraltro, non preclude la concessione di procedimenti urgenti o cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale (ma anche di quella davanti agli arbitri, secondo il disposto dell'art. 2652, ult. co., c.c.).

Si tratta di una scelta condivisibile anche alla luce dell'orientamento della Corte costituzionale che, in riferimento alla condizione di procedibilità dell'azione in materia di utenza nelle telecomunicazioni e pur in assenza di una specifica previsione, ha ritenuto esperibili i rimedi cautelari ed urgenti indipendentemente dall'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione⁸⁶.

Rispetto a numerosi procedimenti, poi, non opera la condizione di procedibilità costituita dal tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 5, 4 co., del Decreto).

Più precisamente la condizione di procedibilità non opera:

- a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;
- b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 del codice di procedura civile;
- c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, terzo comma, del codice di procedura civile;
- d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- e) nei procedimenti in camera di consiglio;
- f) nell'azione civile esercitata nel processo penale.

Si tratta anche in questo caso di una scelta condivisibile che tiene adeguato conto della struttura e della funzione dei procedimenti in precedenza indicati.

Come ha osservato il CSM nel più volte citato parere del 4 febbraio 2010, peraltro, sarebbe stata opportuna l'esclusione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione an-

⁸⁶ In questo senso, C. cost. 30.11.2007, n. 403, in *Giur. it.*, 2008, 1099, con nota di GUARNIER, *Ragionevolezza, interpretazione e dialogo tra Giudici. Come la Corte risponde alle esigenze di flessibilità dell'ordinamento*. Più in generale, sulla delicata materia del condizionamento della giurisdizione v. TROCKER, *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in FAZZALARI, *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 439 ss.

che per la fase successiva a quella “interinale” ovvero “d’urgenza” di taluni procedimenti e sarebbe stato altresì molto utile ampliare il novero dei procedimenti rispetto ai quali non opera la condizione di procedibilità anche al procedimento sommario di cognizione previsto dall’art. 702 *bis* c.p.c., attesa la sua funzione acceleratoria della definizione del giudizio.

Con una disposizione applicabile non soltanto alle materie per le quali è previsto il tentativo obbligatorio di conciliazione si prevede che il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti, possa invitare le stesse a procedere alla mediazione (è questa l’ipotesi di mediazione c.d. facoltativa).

L’invito deve essere effettuato prima dell’udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non sia prevista, prima della discussione della causa.

Se le parti aderiscono all’invito il giudice rinvia la causa ad una data successiva alla scadenza del termine utile per la mediazione e se necessario fissa il termine di 15 giorni per l’introduzione della relativa domanda.

Si tratta dell’ipotesi cosiddetta di mediazione “delegata” ad opera del giudice che è espressamente prevista dalla dir. n. 52/2008 a condizione che il relativo procedimento non si svolga davanti allo stesso giudice chiamato a conoscere della controversia.

Sul punto la posizione del CSM è critica, ritenendosi più funzionale che il tentativo di conciliazione nel corso del giudizio sia condotto dallo stesso giudice procedente, eventualmente con il supporto di un ausiliario *ad hoc*.

Ma tale critica non sembra fondata proprio in considerazione delle caratteristiche che debbono presiedere alla conciliazione stragiudiziale e che impongono che il mediatore risulti estraneo, sotto ogni profilo, alla controversia: il che, inevitabilmente, non potrebbe verificarsi nell’ipotesi in cui la conduzione della mediazione dovesse avvenire sotto l’egida dello stesso giudice che, in caso di fallimento del tentativo di conciliazione, dovrà poi decidere la controversia⁸⁷.

Tutta la delicata problematica che ruota intorno a due scelte di fondo del legislatore delegato alla riforma delle ADR, quella relativa alla obbligatorietà del tentativo di conciliazione e quella che esclude il patrocinio obbligatorio in sede di mediazione, è oggi nuovamente in discussione per effetto della recentissima apertura di un confronto in sede istituzionale tra l’Avvocatura e il Ministero della Giustizia⁸⁸.

⁸⁷ Si deve dare atto, peraltro, del crescente consenso che conosce in ambito internazionale l’orientamento favorevole ad attribuire al giudice una attiva partecipazione al tentativo di conciliazione endo-processuale.

Molto interessanti sono, in proposito, le considerazioni del prof. GOLDSTEIN, *Giudici manager e giudici conciliatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 985 ss. L’autore si sofferma sulla evoluzione delle *Rules of civil procedure* inglesi (Woolf Reform del 1999) secondo le quali il giudice deve orientare le parti a trovare un accordo e sui “Principi di procedura civile transnazionale” adottati dall’American Law Institute nel maggio 2004 e dall’UNIDROIT nell’aprile dello stesso anno che escludono che una partecipazione attiva del giudice al tentativo di conciliazione possa pregiudicare o metterne in discussione l’imparzialità.

⁸⁸ Le ipotesi in discussione prevedono una drastica riduzione delle materie in cui dovrebbe operare

Qualsiasi tentativo di prefigurare l'esito delle discussioni in corso è naturalmente prematuro, ma non è difficile ipotizzare che possano attendersi significativi mutamenti della disciplina oggi in vigore, che si è rivelata pervasa da molteplici criticità.

6.9. (Segue). I limiti all'accesso alla giustizia da parte dei consumatori nella giurisprudenza costituzionale e comunitaria.

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione che coinvolga indiscriminatamente le controversie di cui sono parte i consumatori pone ineludibilmente il quesito in ordine alla compatibilità di tale scelta legislativa con il principio dell'accesso alla giustizia della parte debole di un rapporto contrattuale.

La compatibilità di limiti all'accesso diretto alla giustizia si pone infatti in termini ancor più delicati nell'ipotesi in cui vengano in rilievo profili di tutela dei consumatori, rispetto ai quali necessitano particolari cautele.

In questa prospettiva rileva in particolare il principio della tutela giurisdizionale effettiva che costituisce un principio generale del diritto comunitario derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed è ribadito dall'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

Dal punto di vista del diritto interno, poi, rileva il presidio costituzionale alla tutela dei diritti sancito dall'art. 24 Cost.

Si tratta, in altri termini, di verificare se l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, che costituisce una ipotesi di giurisdizione condizionata, sia o meno compatibile con i richiamati principi.

In proposito la giurisprudenza costituzionale si è dimostrata in un primo tempo contraria rispetto a disposizioni che impediscano l'accesso diretto al giudice e quindi incidano sulla stessa proponibilità dell'azione giurisdizionale⁸⁹, per approdare poi ad una posizione più possibilista, in ordine alla c.d. giurisdizione condizionata, purché quest'ultima non risulti impeditiva all'accesso alla giustizia⁹⁰.

Un percorso analogo e parallelo è stato compiuto dalla giurisprudenza comunitaria con l'affermazione che i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente

l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione e l'assistenza tecnico-legale obbligatoria nelle controversie di valore eccedente i 7-10 mila euro.

⁸⁹ In questo senso v. C. cost., 14.7.1997, n. 127 in *Giur. it.*, 1978, Parte I, 1, 1809.

⁹⁰ Particolarmente significativa in questo senso C. cost., 23.7.2000, n. 276, in *Giur. it.*, 2001, 1, alla quale hanno fatto seguito numerose pronunce tutte nel senso della astratta compatibilità con l'ordinamento costituzionale di previsioni normative finalizzate al perseguimento di finalità anche deflattive del contenzioso, nell'ottica di soddisfazione più pronta e meno dispendiosa della posizione di diritto sostanziale: da ultimo, sia pure incidentalmente, C. cost., 13.5.2010, n. 173, in *Foro it.*, 2010, I, 1980.

ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano un intervento sproporzionato ed inaccettabile tale da ledere la sostanza dei diritti garantiti⁹¹.

Particolarmente rilevante è, nella prospettiva qui indagata, la decisione della Corte di Giustizia 18 marzo 2010, più volte citata, in quanto essa riguarda proprio i profili di compatibilità del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di comunicazioni elettroniche introdotto dal legislatore italiano con il d.lgs. 1.8.2003, n. 259, recante il codice delle comunicazioni elettroniche.

In questa materia, infatti, emergono le esigenze di tutela dei consumatori quali utenti dei servizi di comunicazione elettronica e si pongono quindi le più delicate questioni riconnesse alla compatibilità o meno di una giurisdizione condizionata dal previo esperimento di un tentativo di conciliazione.

Ha ritenuto in proposito la Corte che la procedura obbligatoria di conciliazione prevista dalla normativa italiana in riferimento non sia sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti, perché una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituirebbe uno strumento altrettanto efficace quanto quella obbligatoria per la realizzazione degli obiettivi, tra l'altro, di decongestionamento dei tribunali e gli inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione non sono manifestamente sproporzionati rispetto alle finalità perseguite.

Con più specifico riferimento alla tutela degli interessi dei consumatori la Corte ha altresì precisato che debbono sussistere alcune condizioni essenziali, che possono essere sintetizzate nei termini che seguono:

- a) che la procedura di conciliazione non renda impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai singoli dall'ordinamenti comunitario;
- b) che il risultato della procedura non sia vincolante nei confronti delle parti e non precluda il ricorso giurisdizionale;
- c) che la procedura conciliativa non comporti un ritardo sostanziale nella proposizione di un ricorso giudiziale;
- d) che essa determini la sospensione della prescrizione dei diritti per la durata della procedura;
- e) che i costi della procedura siano inesistenti o comunque non rilevanti.

In linea di principio, dunque, si deve ritenere che tanto a livello comunitario, quanto a livello costituzionale interno, è possibile modulare l'accesso alla giustizia da parte dei consumatori nell'ambito di un percorso che preveda l'esperimento di un tentativo di conciliazione finalizzato ad una definizione più spedita e meno onerosa della controversia, purché siano rispettate le condizioni di cui in precedenza si è dato conto.

Non è quindi il limite all'accesso alla giustizia in sé, nella misura in cui non sia un limi-

⁹¹ In questo senso v. C. Giust. CE, 15.6.2006, C-28/05, *Dokter*, e recentemente C. Giust. UE, 18.3.2010, C-317/08, cit.

te preclusivo ma costituisca solo un differimento all'accesso, che può configgere con i principi che presidiano l'esercizio dei diritti dei consumatori, ma lo possono essere le modalità concrete nelle quali tale limite è declinato.

A questo riguardo qualche perplessità è suscitata dalla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 28/2010 almeno con riferimento alla durata (quattro mesi) del tentativo di conciliazione, che può determinare un ritardo sostanziale nell'esercizio dell'azione del consumatore, ed ai costi della procedura che, come risulta dalla tabella allegata al d.m. 18.10.2010, n. 180, non sono irrilevanti.

Anche le ricadute sul processo della mancata partecipazione al tentativo di conciliazione presentano elementi di criticità rispetto ai principi che presidiano l'accesso dei consumatori a sistemi di soluzione extragiudiziale delle controversie.

Come in precedenza si è già ricordato, infatti, la Raccomandazione del 4 aprile 2001 (2001/31/CE) che riguarda proprio le procedure extragiudiziali nelle quali il terzo interviene nel ruolo di facilitatore della soluzione, che deve essere raggiunta direttamente tra le parti, formula nella quale si iscrive la disciplina del Decreto, enuncia il principio secondo il quale «le parti sono informate del loro diritto di rifiutare di partecipare alla procedura».

Ne consegue, sotto questo profilo, che la previsione del Decreto (art. 8, 5° comma) secondo cui il giudice può trarre argomento di prova dalla mancata partecipazione di una parte, senza giustificato motivo, al tentativo di conciliazione appare in conflitto con il principio che presidia la libertà del consumatore di non partecipare al procedimento extragiudiziale di risoluzione della controversia (il principio, per la verità, sembra applicabile ad entrambe le parti della controversia).

Questo aspetto non è stato esaminato dalla decisione della Corte di Giustizia, più volte citata, del 18 marzo 2010, poiché la normativa italiana che veniva in rilievo nella fattispecie non contiene alcun profilo sanzionatorio della mancata partecipazione al tentativo di conciliazione.

E se è vero che la dir. comunitaria n. 52/2008 fa esplicitamente salva la facoltà del legislatore interno di prevedere eventuali sanzioni per la mancata partecipazione ad un tentativo di risoluzione extragiudiziale della controversia, da ciò non può desumersi la libertà del legislatore di sanzionare la mancata partecipazione anche nelle controversie che coinvolgono i consumatori, poiché queste ultime debbono uniformarsi ai principi comunitari in materia che sono di segno opposto.

6.10. (Segue). *Aspetti problematici della conciliazione nel diritto dei consumatori.*

Come in precedenza è stato evidenziato, il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali introdotto con il Decreto presenta profili di dubbia coerenza con i principi comunitari in tema di tutela dei diritti dei consumatori sia sotto il profilo della eccessiva durata del tentativo di conciliazione, sia sotto quello dei costi di tale procedimento, sia infine per le conseguenze che il giudice potrebbe trarre dalla

mancata partecipazione di una delle parti (ma in questa prospettiva del consumatore) al tentativo obbligatorio di conciliazione.

Ma a ben vedere gli aspetti problematici del sistema di risoluzione delle controversie introdotto dal legislatore del 2010 in relazione ai diritti dei consumatori sono più ampi di quelli in precedenza citati.

L'art. 143 del codice del consumo, infatti, dispone che i diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili.

Accanto ai diritti "fondamentali" di cui all'art. 2 del codice, numerose sono le ipotesi nelle quali viene disposta una particolare tutela al consumatore che la rende irrinunciabile anche attraverso atti meramente abdicativi posteriori all'insorgere della situazione tutelata.

In questa prospettiva ha ragione di porsi il quesito se dalla irrinunciabilità della maggior parte dei diritti attribuiti al consumatore consegue l'indisponibilità di essi da parte di quest'ultimo.

Una lettura coerente con la formulazione delle norme depone in favore della indisponibilità dei diritti dei consumatori che siano qualificati "irrinunciabili", ma debbono registrarsi in dottrina le opinioni di coloro che ritengono invece che siano ammissibili negozi dispositivi che abbiano ad oggetto diritti irrinunciabili del consumatore purché sussistano due condizioni: *a*) che il consumatore sia debitamente informato dei diritti che il codice gli attribuisce e *b*) che il negozio dispositivo discenda da una decisione autonoma e libera del consumatore e non da una unilaterale imposizione del professionista ⁹².

Si tratta, come è evidente, di profili molto delicati in quanto sia l'art. 2 del Decreto circoscrive (come è naturale) l'area della possibile conciliazione ai soli diritti disponibili, sia l'art. 12 del medesimo Decreto subordina la omologazione del verbale di accordo all'accertamento della non contrarietà del suo contenuto a norme imperative.

E se è pur vero che non vi è sovrapposizione tra imperatività della norma ed indisponibilità del diritto, non può sfuggire l'estrema delicatezza della conciliazione in materia di diritti dei consumatori, nella prospettiva sopra ricordata.

Anche con riferimento alla scelta dell'organismo di mediazione presso il quale esperire il tentativo di conciliazione possono porsi questioni non agevolmente risolvibili.

L'art. 141 del codice del consumo, infatti, dispone la non vessatorietà delle clausole inserite nei contratti dei consumatori aventi ad oggetto il ricorso ad organi di composizione extragiudiziale delle controversie che si conformano alle disposizioni contenute nella norma.

Si tratta di quegli organismi che si conformano ai principi delle due Raccomandazioni della Commissione più volte menzionate (rispettivamente 98/257/CE e 2001/310/CE) e che siano iscritti nell'elenco che il Ministero delle Attività Produttive, d'intesa col Mi-

⁹² Per un approfondimento di questi profili, v. NASCOSI, in DE CRISTOFARO, ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, sub art. 143, 955 ss.

nistero della Giustizia, deve comunicare alla Commissione Europea. A tali organismi si aggiungono, *ex lege*, quelli costituiti presso le Camere di commercio.

L'introduzione convenzionale nell'ambito di un contratto con il consumatore di una clausola di conciliazione che individui un organismo abilitato, ma non ascrivibile alle categorie descritte nell'art. 141 del codice del consumo, può porre il problema della possibile vessatorietà della clausola⁹³.

Anche la scelta territoriale dell'organismo di mediazione potrebbe dare luogo a qualche dubbio di compatibilità con la disciplina inderogabile a tutela del consumatore, nella parte in cui consentirebbe al professionista di inserire nelle condizioni generali di contratto una clausola di conciliazione che individui un organismo avente sede in luogo non coincidente con la residenza o il domicilio del consumatore.

Sotto questo profilo, infatti, potrebbe reputarsi che tale clausola opera uno squilibrio delle posizioni delle parti in danno del consumatore, in analogia a quanto si ritiene avvenga con riferimento alle clausole che derogano al foro del consumatore, che costituisce un profilo sensibile della efficace tutela del consumatore secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria⁹⁴.

Le considerazioni che precedono consentono di apprezzare l'estrema delicatezza delle problematiche connesse alla conciliazione delle controversie dei consumatori e della conseguente necessità di una particolare attenzione nella applicazione del sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie introdotto con il d.lgs. n. 28/2010 quando la situazione conflittuale coinvolga diritti dei consumatori.

⁹³ Per un approfondimento di questi delicati profili cfr. DUVIA, *I consumatori e il nuovo procedimento di mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010*, in *Contratti*, 2011, 279 ss.

⁹⁴ Il tema coinvolto è quello, molto sensibile, dell'ordine pubblico processuale comunitario oggetto di particolare attenzione da parte della Corte di Giustizia: in argomento v. da ultimo C. Giust. CE, 4.6.2009, C-243/2008; C. Giust. UE, Grande Sez., 9.11.2010, C-137/2008, cit., sulle quali v. *supra sub* § 5.8, e note 30 e 31.