

LE A.D.R. DI CONSUMO IN ITALIA

**A CURA DI
AVV. PIERFRANCESCO BARTOLOMUCCI
DOTTORE DI RICERCA IN “CONSUMATORI E MERCATO”
NELL’ UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”**

SOMMARIO: Premessa, 1. Le A.D.R.: tratti comuni e differenze; 2. La conciliazione stragiudiziale; 3. Le procedure paritetiche; 4. Il quadro normativo di riferimento in Europa in tema di A.D.R.; 4.1. La raccomandazione 98/257/CE; 4.2. La Raccomandazione 01/310/CE; 5. Il Libro Verde sui modi alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali; 6. Le esperienze comunitarie in materia di ADR: le Reti EEJ-Net, ECC-Net e FIN-Net; 7. La direttiva 2008/52/CE sulla conciliazione stragiudiziale; 8. Le leggi sulla conciliazione di consumo in Italia; 8.1. La legge di riforma dell’ordinamento delle Camere di Commercio; 8.2. La conciliazione obbligatoria nel settore dei servizi di pubblica utilità; 8.3. La conciliazione obbligatoria nel settore delle telecomunicazioni; 8.4. La conciliazione nel settore turistico; 8.5. Le A.D.R. nel settore della tutela del risparmio; 8.5.1. La conciliazione presso la Consob; 8.5.2. L’arbitro bancario finanziario; 8.6. La conciliazione in materia di attività di tintolavanderie; 9. Le A.D.R. nel Codice del consumo; 9.1. L’art. 140 cod. cons. ; 9.2. L’art. 141 cod. cons; 9.3. L’art. 67-*vicies* cod. cons.; 10. Il quadro normativo attuale in tema di conciliazione stragiudiziale; 11. Le future norme in tema di conciliazione: in particolare il disegno di decreto legislativo sulla conciliazione stragiudiziale; 12. Gli scenari futuri per le procedure paritetiche; 13. Le questioni di carattere organizzativo: l’iscrizione al registro; 14. Le questioni di carattere regolamentare; 15. Le questioni di carattere formativo; 16. Il ruolo di Consumers’Forum.

PREMESSA

Consumers’Forum ha commissionato al sottoscritto la presente ricerca al fine di esaminare i possibili scenari che possono prefigurarsi nel prossimo futuro in tema di risoluzione alternativa delle controversie di consumo (con particolare riguardo a quella che possiamo chiamare convenzionalmente la c.d. conciliazione paritetica), sia alla luce del contesto normativo vigente e di prossima approvazione, nell’Unione europea ed in Italia, sia alla luce dell’elaborazione dogmatica che la dottrina italiana ha compiuto sul tema.

Pertanto, le finalità del presente lavoro sono le seguenti:

- a) descrivere e distinguere, sotto il profilo teorico, i vari modelli di A.D.R. attualmente esistenti in Italia, con particolare riguardo alla conciliazione stragiudiziale e alla conciliazione paritetica;
- b) delineare il contesto normativo europeo ed italiano in tema di A.D.R.;
- c) esaminare le novità legislative che dovrebbero entrare in vigore nell’ordinamento interno;
- d) prospettare i possibili scenari di sviluppo per la conciliazione paritetica;
- e) evidenziare il ruolo che potrebbe essere assunto da Consumers’ Forum nell’ambito di tale contesto di sviluppo per la conciliazione paritetica.

1. LE A.D.R.: TRATTI COMUNI E DIFFERENZE

Prima di analizzare il contesto normativo di riferimento in tema di A.D.R. giova descrivere e distinguere, sotto il profilo teorico, cosa debba intendersi con l'espressione *Alternative Dispute Resolution* e, all'interno del contesto così delineato, mettere in luce i tratti comuni e le differenze tra la conciliazione e le procedure paritetiche, tenendo conto anche dei riferimenti normativi sui quali ci si intratterà più diffusamente in seguito.

La questione, infatti, rileva non solo e non tanto dal punto di vista terminologico, quanto invece dal punto di vista applicativo, allo scopo di individuare le norme applicabili e le relative conseguenze sul piano giuridico.

Le procedure che rientrano nel panorama della risoluzione alternativa delle controversie sono molteplici e presentano delle caratteristiche diverse tra loro; del resto l'esperienza e l'ambiente giuridico nel quale queste maturano rappresentano dei fattori di ulteriore diversificazione.

Nella eterogeneità dei vari metodi, tuttavia, è possibile rintracciare degli elementi comuni. Tali elementi sono:

- lo scopo: tutte le procedure alternative di risoluzione delle controversie tendono al raggiungimento di un accordo che ponga fine ad una controversia precedentemente insorta tra le parti. Anche l'accordo ha delle caratteristiche sue proprie, in quanto esso non si basa necessariamente sulla distribuzione di torti e ragioni, in base ad una applicazione meccanica di norme generali ed astratte alla fattispecie concreta da cui si è originata la controversia; si tratta, invece, di un accordo che tutte le parti ritengono soddisfacente. Il grado di soddisfazione viene spesso valutato sulla reale e concreta possibilità per le parti di proseguire un rapporto commerciale e/o contrattuale già tra loro intercorso;
- l'informalità: tale caratteristica va letta in due accezioni. Per un verso essa consiste nell'assenza di procedure rigide ed immutabili, definite per legge (tipiche di un vero e proprio procedimento); per altro verso, in ragione dell'attenuazione degli schemi procedurali, essa consente alle parti ampi spazi di gestione, che meglio si adattano alle esigenze e alle circostanze del caso;
- l'elasticità dei metodi: per raggiungere un accordo le parti sono libere di scegliere diverse metodologie, che vanno dalla negoziazione diretta tra le parti (o loro rappresentanti) sino a quelle che prevedono sempre la presenza di un terzo, che però può avere di volta in volta ruoli diversi, ora come semplice facilitatore (che avvicina le posizioni delle parti e favorisce il dialogo), ora come valutatore (chiamato a esprimere un proprio parere e ad avanzare proposte di soluzione);
- la riservatezza: non vi sono vere procedure di ADR se non vi è il divieto assoluto per le parti, il terzo e per tutti coloro che a vario titolo partecipano ad esse, di riferire quanto è avvenuto durante gli incontri, ovvero di produrre altrove documenti che siano stati elaborati nell'ambito di tali incontri. Tale riservatezza deve essere assoluta nel senso che essa vale sia nel caso di un eventuale giudizio ordinario successivo (in esito al

fallimento del tentativo), sia in altre circostanze in cui l'utilizzo di informazioni e/o materiali della procedura possa comportare una violazione di questo obbligo (si pensi, ad esempio, al caso del terzo – facilitatore o valutatore – che successivamente sia chiamato ad assumere le vesti di consulente per una delle parti della procedura e, in tale posizione, possa rivelare scelte e strategie della controparte concorrente, delle quali sia venuto a conoscenza durante la procedura);

- i tempi generalmente brevi;
- i costi generalmente ridotti.

Una volta evidenziati gli elementi che valgono ad accomunare le procedure ADR, ed in nome della ricordata elasticità dei metodi con i quali raggiungere un accordo, un'autorevole dottrina (F.P. Luiso) ha correttamente operato una distinzione tra gli strumenti autonomi e gli strumenti eteronomi. «Gli strumenti autonomi si caratterizzano per il fatto che sono gli stessi destinatari delle regole di condotta ad individuarle in modo per loro vincolante, in tal modo risolvendo la controversia: e ciò accade necessariamente attraverso un atto negoziale, più precisamente un contratto (che esso sia tipico – la transazione – o atipico non interessa in questa sede). Gli strumenti eteronomi si caratterizzano per il fatto che è un terzo a porre tali regole, con un atto ovviamente vincolante per le parti. Il terzo a sua volta può essere un soggetto che ha il potere di vincolare le parti in virtù della sua posizione istituzionale (il giudice); oppure un soggetto che ha il potere di vincolare le parti in virtù della volontà delle parti stesse (l'arbitro). Ebbene, tutti questi strumenti sono del tutto equivalenti e fra di loro fungibili in ordine ai risultati. L'efficacia vincolante di una sentenza, di un lodo, di una transazione (o di un qualunque altro contratto che ha come causa la risoluzione della controversia) sono perfettamente equivalenti. Del resto, se così non fosse – e cioè se potesse istituirsi una graduatoria di efficacia fra sentenza, lodo e contratto – questi ultimi due non realizzerebbero una risoluzione “alternativa” della controversia: che, per essere alternativa, deve appunto essere equivalente».

Nonostante la sostanziale identità di tali procedure (o strumenti) dal punto di vista dell'efficacia degli esiti delle procedure, si è sottolineato come a rigore siano soltanto le procedure facilitative quelle che possono essere davvero comprese tra le A.D.R. in senso stretto, ovvero quella categoria di metodi puramente consensuali, realmente alternativi al giudizio (estranei, quindi, alla prospettiva giudiziale).

Tenuto conto di queste caratteristiche comuni, l'esperienza maturata in Italia, anche sulla scorta di un proficuo confronto con le esperienze straniere, ha permesso alla dottrina di individuare una molteplicità di procedure che si caratterizzano per elementi loro propri; accanto agli istituti più noti al nostro ordinamento (anche perché a volte sono destinatari di norme di diritto positivo), quali la transazione, l'arbitraggio (naturalmente quando l'identificazione di un elemento del contratto sia rimesso alla valutazione di un terzo per risolvere un contrasto insorto tra le parti), la perizia contrattuale, il negozio di accertamento ecc., si possono citare a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo: la conciliazione, la negoziazione paritetica, la *early neutral evaluation*, il *mini trial*, il *summary jury trial*, il *fact finding*, la *moderated settlement conference*, la *med-arb*, il *private judging*, il *partnering*, il *dispute review board*, l'*ombudsman*.

Alla luce delle caratteristiche sopra elencate, sembra potersi concludere che – ai fini che interessano – sia la conciliazione stragiudiziale che le procedure paritetiche possano rientrare nella famiglia delle A.D.R.

Per l'interprete la questione è particolarmente delicata, posto che tale analisi deve essere condotta necessariamente alla luce dei riferimenti normativi esistenti, sia in ambito nazionale che comunitario.

2. LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

Come si avrà modo di osservare meglio in seguito, l'ordinamento italiano conosce bene la conciliazione stragiudiziale come metodo di soluzione alternativa dei conflitti, tanto che essa è stata inserita in numerose leggi speciali, soprattutto in materia consumeristica; tuttavia, il legislatore non ha mai dato una definizione di conciliazione che potesse valere, dal punto di vista anche descrittivo, a delinearne i contenuti essenziali.

Solo negli ultimi tempi sembra che tale atteggiamento sia mutato, proprio rispetto alla necessità di una definizione; nell'ambito della riforma del diritto societario, infatti, la conciliazione trova una sua prima definizione, contenuta in uno dei decreti ministeriali attuativi delle disposizioni di cui all'art. 38 d.lgs. n. 5/2003.

L'art. 1, lett. *d*) del D.M. n. 222/2004 definisce la conciliazione come “il servizio reso da uno o più soggetti, diversi dal giudice o dall'arbitro, in condizioni di imparzialità rispetto agli interessi in conflitto e avente lo scopo di dirimere una lite già insorta o che può insorgere tra le parti, attraverso modalità che comunque ne favoriscono la composizione autonoma”.

Tale definizione ha certamente il pregio di identificare gli elementi minimi ed essenziali per descrivere una procedura conciliativa e per adattarla alla diversità delle fattispecie cui essa può riferirsi. Peraltro essa sembra in linea con le formulazioni che, anche a livello internazionale, la dottrina e gli operatori hanno in qualche misura elaborato. Tuttavia, seppure dal punto di vista descrittivo la norma appare estremamente utile, il suo ambito di applicazione resta comunque limitato alle materie disciplinate all'art. 1 d. lgs. n. 5/2003.

A fronte di tale prima definizione, nel panorama attuale ne vengono in ausilio all'interprete altre due, che pure non sono ancora entrate in vigore nell'ordinamento italiano, ma che presto dovrebbero costituire un sicuro riferimento normativo: ci si riferisce alle definizioni di “conciliazione” contenute, rispettivamente nella direttiva 2008/52/CE e nello schema di decreto legislativo sulla conciliazione stragiudiziale, attualmente al vaglio delle competenti commissioni parlamentari, sulle quali si avrà modo di tornare più diffusamente in seguito.

Tali discipline, peraltro, sono connesse tra loro, poiché il provvedimento governativo dovrebbe costituire anche l'attuazione della normativa comunitaria; inoltre il loro ambito di applicazione dovrebbe avere portata generale, superando anche il limite nel quale si incorreva con la definizione contenuta nel DM n. 222/2004 in materia societaria (sia per quanto riguarda la collocazione nella gerarchia delle fonti, sia per quanto riguarda l'ambito di applicazione, poiché tale disciplina dovrebbe essere abrogata ed entrare a far parte del più ampio e complessivo quadro normativo).

Per tornare alla questione delle definizioni, la direttiva comunitaria, all'art. 3, lett. *a*), stabilisce che per conciliazione deve intendersi “un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione,

dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro"; lo schema di decreto legislativo in tema di conciliazione stragiudiziale, invece, all'art. 1 lett. a) definisce la conciliazione (*rectius* la mediazione) come "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formazione di una proposta per la risoluzione della stessa".

Al di là della coincidenza dal punto di vista concettuale tra le definizioni sopra riportate (compresa quella societaria), va precisato che il suddetto schema distingue, in maniera piuttosto inusuale, tra conciliazione e mediazione, destinando la definizione pocanzi riportata alla mediazione (che coinciderebbe, dunque, con la procedura) e lascerebbe il termine conciliazione all'accordo che contiene la soluzione negoziale raggiunta.

Invero, in dottrina si è sempre indicato con il termine "conciliazione" sia la procedura che il suo esito, e cioè l'accordo; in altre parole con lo stesso termine si fa riferimento sia allo svolgimento delle diverse fasi che danno vita alla procedura, sia all'accordo con il quale essa si conclude che ha natura meramente contrattuale.

Il contratto di conciliazione, dunque, è tale solo perché costituisce l'esito della procedura di soluzione della controversia, cui le parti sono giunte con l'aiuto di un terzo; non sembra che possa essere riconosciuta a detto accordo una sua autonomia vera e propria, né con riferimento all'oggetto (perché esso può assumere di volta in volta un oggetto differente, a seconda di ciò che le parti ritengono reciprocamente soddisfacente per porre fine alla lite), né con riferimento alla causa (che consiste nella soluzione di una pregressa controversia).

Semmai si potrebbe dire che sotto l'espressione "contratto o accordo di conciliazione" possono essere incluse le più diverse tipologie contrattuali, che prevedano differenti obbligazioni a carico delle parti, accomunate dallo scopo di porre fine ad una controversia insorta tra loro.

Tale distinzione, oltre ad essere contraria alle indicazioni normative a livello internazionale e comunitario, appare – a rigore – non pienamente corretta dal punto di vista giuridico-formale, posto che nell'ordinamento interno esiste già un contratto che viene qualificato con il termine "mediazione": l'art. 1754 c.c., infatti, definisce mediatore "colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza".

Nonostante i tentativi di una parte minoritaria della dottrina, è stato escluso che la conciliazione possa coincidere con il contratto disciplinato agli artt. 1754 c.c. ss.

La questione terminologica, che ha determinato l'uso improprio del termine "mediazione" come sinonimo di "conciliazione" (almeno fino alla prossima entrata in vigore del provvedimento governativo, che ha invece separato anche concettualmente i termini) sembrava determinata dall'assonanza con gli omologhi termini francese ed inglese, ove appunto si parla di *mediation* proprio per identificare

la conciliazione; proprio per questo, la direttiva del 2008 si premura di specificare che la definizione di *mediation* identifica una specifica procedura che ha quelle determinate caratteristiche "indipendentemente dalla denominazione".

Tenuto conto di questa precisazione, resta da dire che le definizioni sinora riportate appaiono tutte sostanzialmente coincidenti, salva qualche differenza di carattere terminologico. Sulla base di tale identità può concludersi che la conciliazione è una delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie che si basa su alcuni elementi essenziali, dal punto di vista strutturale: *i)* la necessaria presenza di un terzo neutrale ed imparziale (sia di natura monocratica che collegiale); *ii)* la sua funzione essenzialmente facilitativa, in quanto limitata a favorire il confronto e la ricerca di una soluzione alla controversia; *iii)* il ruolo attivo delle parti, che di comune accordo devono individuare una soluzione reciprocamente soddisfacente, con il semplice ausilio da parte del terzo; *iv)* l'efficacia contrattuale dell'accordo eventualmente raggiunto, che costituisce il frutto del confronto e del dialogo instaurato direttamente dalle parti (con il solo ausilio del terzo).

Questa precisazione è particolarmente utile anche perché consente di distinguere nettamente (sul piano concettuale e giuridico) la conciliazione da tutti gli altri istituti affini (procedure paritetiche, arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale, transazione, ecc.).

3. LE PROCEDURE PARITETICHE

Con particolare riguardo all'ambito della presente ricerca, infatti, emerge con chiarezza la distinzione tra la conciliazione stragiudiziale e le procedure paritetiche.

La questione terminologica, infatti, seppure non deve limitarsi a mere dispute di carattere nominalistico, consente di delineare con precisione le caratteristiche tipiche dei singoli istituti e di individuarne i rispettivi limiti, specie in un contesto normativo – internazionale, comunitario e nazionale – che ormai appare piuttosto uniforme sul punto.

Le procedure paritetiche, nell'esperienza italiana, sono gestite sulla base della sottoscrizione di alcuni protocolli di intesa tra le principali associazioni dei consumatori a livello nazionale e grandi aziende, le quali, si impegnano al rispetto di una procedura affidata ad una commissione “paritetica” composta egualmente da associazioni ed imprese, la quale – grazie ad una negoziazione diretta sulla lite – porta ad una soluzione della stessa.

Il grande impegno profuso dal mondo associativo e dal mondo imprenditoriale nella definizione di accordi che vincolino le parti alla definizione di procedure di risoluzione negoziata dei conflitti con i consumatori è ormai un dato incontestato.

Ad oggi, infatti, gli accordi sottoscritti con le associazioni dei consumatori a livello nazionale sono molteplici e riguardano diversi settori relativi all'erogazione di servizi: basti pensare al settore della telefonia (rispetto al quale hanno sottoscritto protocolli d'intesa Telecom, Tim, Wind, H3G, Fastweb, Vodafone); al settore dell'energia (rispetto al quale hanno sottoscritto protocolli d'intesa – alcuni dei quali ancora in fase sperimentale – Enel, Eni, Edison, Sorgenia, Confservizi); al settore bancario (rispetto al quale hanno sottoscritto protocolli d'intesa Intesa S. Paolo, Monte Paschi di Siena); al settore assicurativo (rispetto al quale hanno sottoscritto

protocolli d'intesa – alcuni dei quali ancora in fase sperimentale – Ania, Unipol – per le questioni legate all'indennizzo diretto – Poste Vita); al settore postale (Poste Italiane Prodotti; Bancoposta); al settore dei trasporti (rispetto al quale ha sottoscritto un protocollo d'intesa, in via di sperimentazione, Trenitalia). (Fonte: *Consumers' Forum*).

Le procedure vengono gestite, dal punto di vista amministrativo, da rappresentanti dell'azienda che costituiscono una segreteria tecnica con compiti di comunicazione, di nomina dei componenti della “commissione di conciliazione”, di conservazione dei verbali e così via.

La commissione di conciliazione, invece, è costituita da un rappresentante delle associazioni dei consumatori firmatarie del relativo protocollo il quale, munito di un apposito mandato, rappresenta il consumatore e da un funzionario dell'azienda.

La procedura prende avvio dopo il deposito della domanda di conciliazione che il consumatore può fare solo dopo aver infruttuosamente esperito la procedura di reclamo presso l'azienda (perché questa non ha fatto pervenire alcuna risposta o perché la risposta è ritenuta insoddisfacente); una volta avviata la procedura questa deve terminare entro un termine piuttosto breve (30 o 60 giorni a seconda degli accordi).

La procedura si conclude con una soluzione transattiva che la commissione di conciliazione adotta in seguito all'esame del caso; il consumatore ha un termine per accettare la soluzione proposta dalla commissione; in questo caso viene redatto un verbale positivo, che dà atto dell'esito della conciliazione; in caso contrario il verbale sarà negativo e darà atto semplicemente del mancato accordo.

L'accordo si sostanzia in un contratto, che è vincolante per le parti che lo hanno sottoscritto.

Tutti i protocolli d'intesa, sulla base dei quali vengono adottati i regolamenti di conciliazione, dichiarano che le procedure vengono svolte nel rispetto dei principi espressi in sede comunitaria.

Una volta descritti sinteticamente gli elementi essenziali e comuni alle varie procedure (queste, infatti, sono tante quanti sono gli accordi sottoscritti) è agevole porre in maggiore evidenza la differenza ontologica rispetto alla procedura conciliativa propriamente detta.

Le procedure paritetiche, infatti, (al di là della dizione di “conciliazioni paritetiche”, la cui portata significativa è indubbia, ma il cui uso è improprio dal punto di vista formale), sono procedure che non richiedono la presenza di un terzo, inteso come soggetto (o collegio) distinto rispetto alle parti coinvolte. La commissione cui viene demandata la soluzione delle controversie è composta paritariamente da rappresentanti dell'associazione dei consumatori e da funzionari delle aziende. Dunque, tale organismo non è propriamente terzo: esso è costituito, da un lato, da soggetti che – muniti di apposito mandato – agiscono in nome e per conto del consumatore al fine di individuare una soluzione alla lite; dall'altro esso è costituito da funzionari che agiscono in forza di poteri conferiti dall'azienda, nell'ambito del rapporto organico tra questa ed i suoi dipendenti.

Anche rispetto al ruolo concretamente assunto, deve sottolinearsi che non esiste in dette procedure un terzo, diverso dalle parti, che aiuti queste a trovare in maniera autonoma una soluzione, ascoltandole separatamente, individuando i punti in comune, facilitando il negoziato diretto e così via; la commissione ha, infatti, un

ruolo attivo ed esclusivo volto a delineare una proposta di soluzione, basata sull'analisi di tutti gli elementi di fatto e di diritto relativi alla controversia.

Tale proposta di soluzione ha un carattere essenzialmente valutativo (proprio perché basato sull'analisi compiuta dalla commissione) e decisorio (poiché è la commissione che formula una decisione con cui si prospetta la soluzione della controversia); essa, tuttavia, non ha natura vincolante, poiché viene sottoposta successivamente al consumatore, il quale dovrà poi sottoscrivere il relativo accordo-contratto, sul quale si fondano le relative obbligazioni tra le parti.

La differenza che si può evidenziare tra conciliazione e procedure paritetiche, quindi, è di carattere strutturale e funzionale: di carattere strutturale data la composizione del conciliatore e quella della commissione; di carattere funzionale, attesa la differenza dei ruoli assunti (nel primo caso facilitativo, nel secondo valutativo-decisorio, seppure senza efficacia vincolante).

Una volta delineata la natura e la struttura delle procedure paritetiche si deve comunque sottolineare, da un lato, la loro appartenenza alle A.D.R., delle quali condividono gli elementi essenziali descritti in precedenza e, dall'altro, la loro piena compatibilità con i principi comunitari in tema di A.D.R. di consumo, con particolare riguardo a quelli della raccomandazione del 1998, su cui ci si soffermerà tra breve. Detta compatibilità è comunque limitata al modello procedurale adottato e, soprattutto, alle modalità di raggiungimento dell'accordo; sul piano applicativo, invece, persistono alcune differenze (a volte significative) tra il contenuto della raccomandazione del 1998 ed i regolamenti adottati, sulle quali sarebbe utile indagare in maniera più approfondita.

Per il momento, al fine di individuare la richiamata compatibilità, è sufficiente richiamare il *considerando* n. 9 della raccomandazione 98/257/CE, il quale individua l'ambito di applicazione dei principi in essa contenuti; "la presente raccomandazione deve limitarsi alle procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione; che, di conseguenza, non sono comprese le procedure che si limitano a un semplice tentativo di riavvicinare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo".

In ragione dell'identità quantomeno strutturale delle procedure paritetiche con quelle cui si richiama la raccomandazione del 1998, ne deriva che – anche nel contesto normativo italiano – esse abbiano ottenuto, seppure in maniera implicita, un riconoscimento, con l'art. 141 cod. cons. Tale articolo, rubricato "Composizione extragiudiziale delle controversie", costituisce il primo tentativo di una norma a vocazione e portata generali in tema di A.D.R. di consumo.

Da un lato, infatti, essa non è inserita all'interno di una disciplina di settore (come era stato sino a quel momento), ma trova applicazione a "tutti i rapporti tra consumatori e professionisti" disciplinati dal Codice del consumo; dall'altro essa non fa riferimento alla sola conciliazione stragiudiziale ma, appunto, a tutte le procedure alternative di risoluzione delle controversie, purché conformi ai principi delle raccomandazioni del 1998 e del 2001.

Poiché, come si è appena detto, le procedure paritetiche rispettano in sostanza i principi della raccomandazione del 1998, si deve concludere che esse trovano riconoscimento proprio con la norma dell'art. 141 comma 1, cod. cons.

Tale riconoscimento normativo non è di poco conto per diverse ragioni; innanzitutto, la prassi comune anche ad altri Paesi europei (con particolare riguardo a quelli di tradizione anglosassone, in cui tali metodi hanno una tradizione ben più risalente ed una diffusione maggiore) mostra come la

differenziazione delle procedure, accanto a quella più antica e nota della conciliazione, giovi a contribuire al recupero di un sistema di giustizia civile sempre più efficiente ed efficace.

Inoltre esso contribuisce a far maturare una maggiore consapevolezza e diffusione di strumenti alternativi, conferendo un riconoscimento normativo ad altre esperienze che, pur maturando nell'ambito della autonomia privata, costituiscono un'esperienza molto significativa dal punto di vista empirico.

Anche sulla base di tali premesse, l'esperienza delle procedure paritetiche resta destinata, comunque, ad essere disciplinata dai principi generali inerenti l'autonomia privata; ed altrimenti non potrebbe essere.

Innanzitutto la fonte stessa di tali procedure è essenzialmente negoziale: gli accordi tra le associazioni e le aziende altro non sono che atti ad efficacia privata e contrattuale, con la quale le parti si impegnano, in caso di controversie tra consumatori imprese, a gestire una procedura stragiudiziale di risoluzione della lite, secondo un regolamento che – anch'esso – ha natura negoziale; della stessa natura è l'atto con cui il consumatore autorizza l'associazione a farsi rappresentare durante la procedura e in ragione del quale, come si è visto, manca propriamente la figura di un terzo, diverso dalle parti coinvolte.

In considerazione di tale natura, altro non potrebbe fare il legislatore se non riconoscerne l'utilità – unitamente ad altri strumenti negoziali di risoluzione delle controversie – e “accreditare” gli organismi che ne curano gli aspetti procedurali, peraltro garantendo il rispetto dei principi comunitari in materia.

Le questioni problematiche, dunque, sono legate proprio alla norma del comma 2 dell'art. 141 cod. cons., come modificata nel 2007, che prevede un sistema di registrazione degli organismi che gestiscono le procedure, i quali dovranno essere inseriti in un elenco tenuto dal Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero della giustizia.

Tale previsione, infatti, pone diverse questioni, a partire dalla natura del registro e della conseguente iscrizione in esso, sino ad arrivare ai requisiti richiesti per ottenere detta iscrizione (organizzativi, regolamentari ecc.) e le previsioni per una eventuale sospensione e/o cancellazione.

4. IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO IN EUROPA IN TEMA DI A.D.R.

L'Unione europea ha assunto un vero e proprio ruolo propulsore nella predisposizione delle norme destinate a disciplinare le A.D.R. di consumo nel mercato unico.

Infatti il tema della risoluzione alternativa delle controversie si è andato sviluppando in Europa di pari passo con la definizione della politica di tutela dei consumatori, la quale ha iniziato il suo percorso già alla fine degli anni Settanta.

Invero, nei primi documenti programmatici delle istituzioni comunitarie, la riflessione rispetto alla c.d. giustizia alternativa non era pienamente percepito: al contrario, tra i pilastri fondamentali che si andavano delineando, si discuteva della

necessità di garantire un effettivo accesso dei consumatori alla giustizia, che essenzialmente doveva tradursi nella individuazione di procedimenti in grado di garantire ad essi un risarcimento dei danni in tempi brevi, senza costi eccessivi (o comunque a costi commisurati con il valore della controversia), mediante la rappresentanza delle associazioni dei consumatori, anche in via collettiva.

Solo in un secondo momento, anche sulla base delle esperienze che a livello empirico alcuni Stati membri stavano effettuando, si è fatta strada anche l'idea che, per garantire un reale accesso alla giustizia, dovessero essere predisposti percorsi alternativi alla giustizia ordinaria in grado di assicurare soluzioni efficaci e più facilmente gestibili da parte dei consumatori (anche dal punto di vista psicologico).

Tali riflessioni si sono tradotte nel Libro Verde "L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato unico" del 16 novembre 1993 (COM (93) 576 def.) e, a pochi anni di distanza, in una comunicazione della Commissione "Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato interno" del 14 febbraio 1996 (COM (96) 13 def.), cui è seguita una risoluzione del Parlamento europeo del 14 novembre 1996.

Proprio sulla base delle riflessioni politico-programmatiche svolte nell'ambito di tali documenti, le quali essenzialmente ponevano l'esigenza di fissare dei principi comuni che garantissero lo svolgimento corretto delle procedure A.D.R., soprattutto per la salvaguardia dei ditti fondamentali dei consumatori europei, la Commissione ha emanato le due note raccomandazioni del 1998 e del 2001.

4.1. LA RACCOMANDAZIONE N. 98/257/CE

La scelta della raccomandazione, che – come è noto – rappresenta una fonte di livello secondario nella gerarchia delle fonti comunitarie, è stata compiuta in esito alle riflessioni del citato Libro Verde del 1993, in risposta al quale molte parti interessate avevano espresso la necessità di un intervento comunitario che fissasse alcuni principi generali, il cui rispetto potesse rappresentare una garanzia di imparzialità e di equità delle relative procedure.

E' necessario sottolineare che, tanto le impostazioni del Libro Verde quanto quelle delle risposte che ne hanno alimentato il successivo dibattito, prendono in considerazione principalmente le procedure che, secondo una distinzione teorica, vengono definite aggiudicative, in quanto esse prevedono che il terzo emetta una decisione (più o meno vincolante per le parti) per la risoluzione della controversia.

Le ragioni di tale impostazione di fondo vanno rintracciate proprio nella esperienza di alcuni Paesi membri, specie quelli di area scandinava o comunque nord-europea, che avevano alimentato il dibattito nell'ambito delle istituzioni comunitarie: non è un caso che anche nei *considerando* della raccomandazione n. 98/257/CE si faccia un espresso riferimento all'*ombudsman* che costituisce uno degli esempi tipici di *adjudicative A.D.R.* e che costituiva allora una procedura molto in uso in quell'area geografica.

In considerazione di tale scelta, al *considerando* n. 9, la Commissione precisa correttamente che " la presente raccomandazione deve limitarsi alle procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della

controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione; che, di conseguenza, non sono comprese le procedure che si limitano a un semplice tentativo di riavvicinare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo".

Tale *considerando*, dunque, delimita con precisione l'ambito di applicazione – dal punto di vista oggettivo – delle norme contenute nella raccomandazione, che sono appunto riservate a disciplinare i principi

applicabili alle procedure che abbiano, quale esito finale, una “decisione”, tanto che essa sia vincolante o non vincolante, quanto che abbia la natura di semplice raccomandazione o di proposta di transazione che deve essere accettata dalle parti (cfr. *considerando* n. 10).

Deve, peraltro, considerarsi che la normativa comunitaria prende in considerazione le procedure e non i soggetti che le gestiscono.

Infatti, a dispetto di quanto si legge nel titolo stesso della raccomandazione “riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie di consumo”, il solo principio applicabile agli organi è il principio di indipendenza; tutti gli altri principi sono, invece, destinati alle procedure e non ai soggetti incaricati della loro gestione.

Sulla base di tali premesse vengono, quindi, dettati sette principi generali applicabili alle procedure come sopra delineate: indipendenza, trasparenza; contraddittorio; efficacia; legalità; libertà; rappresentanza.

a) principio di indipendenza:

in maniera piuttosto singolare, la raccomandazione crea un legame tra indipendenza e imparzialità, stabilendo che la prima è garantita quando vi è, appunto, imparzialità dell'organo. La diffusa esperienza pratica, comune anche ad altre procedure A.D.R., dimostra invece che altro è parlare di indipendenza, altro è parlare di imparzialità: si può, invero, essere imparziali anche essendo legati da un rapporto di dipendenza, senza che ciò infici la credibilità del ruolo assunto dal terzo. Non è mai vero il contrario: l'assenza di imparzialità mina *in nuce* il ruolo di garanzia che deve necessariamente essere salvaguardato per la corretta gestione ed il buon esito delle procedure stragiudiziali.

A tale riguardo, il *considerando* n. 12 precisa che l'imparzialità richiesta agli organi responsabili delle procedure sia differente da quella, ben più rigorosa, richiesta ai giudici nell'ambito del sistema giudiziario.

Ciò chiarito, l'imparzialità è garantita ogni qual volta l'organo responsabile “nell'esercizio delle sue funzioni, non è sottoposto a pressioni che potrebbero influenzarne le decisioni” (*considerando* n. 12).

La Commissione si premura di declinare questo concetto di imparzialità a seconda della composizione dell'organo responsabile: infatti, se questi è un organo monocratico, deve avere “la capacità, l'esperienza e la competenza, in particolare in materia giuridica, necessarie allo svolgimento delle sue funzioni”; esso, inoltre, deve svolgere le proprie funzioni sulla base di poteri conferiti con un apposito mandato irrevocabile di durata sufficiente e garantire l'indipendenza della sua azione, senza che esso possa essere destituito senza giustificato motivo.

La Commissione si premura anche di prendere in considerazione il caso in cui la persona designata sia nominata o retribuita da un'associazione professionale o da un'impresa: in tal caso essa non deve aver svolto attività lavorative, nel corso dei tre

anni precedenti la sua entrata in funzione, per questa associazione professionale o per uno dei suoi membri o per l'impresa in questione.

Al contrario, laddove l'organo responsabile abbia una composizione collegiale, l'indipendenza è garantita dalla rappresentanza paritaria di consumatori e professionisti; è interessante notare che viene dato, come criterio alternativo a quello della rappresentanza paritaria, quello del rispetto dei criteri enucleati a proposito di composizione monocratica.

Sembrerebbe, invece, più corretto chiarire che la rappresentanza paritaria non è di per se stessa sufficiente, senza il rispetto di alcuni dei criteri enunciati in precedenza: basti far riferimento alla esperienza e competenza specifica, che non pare debba essere solo di natura giuridica (come nel caso delle controversie relative a materie di elevata specializzazione tecnica).

Ciò premesso, appare necessario rilevare che – con un termine certamente atecnico – la raccomandazione fa riferimento all' “organo responsabile”, dovendosi intendere con questa espressione il soggetto o i soggetti che sono concretamente incaricati dell'emissione della decisione, indipendentemente dal fatto che questi siano direttamente nominati dalle parti, ovvero facciano parte di strutture più o meno stabili che – attraverso un apposito regolamento di procedura – gestiscano ed amministrino la procedura e, in tale ambito, nominino di volta in volta i soggetti responsabili per ciascuna controversia.

b) principio di trasparenza:

la trasparenza della procedura viene garantita mediante un'efficace informazione sugli aspetti principali di questa. Il tema della trasparenza e dell'informazione è un tema che percorre e caratterizza tutta la politica comunitaria di protezione dei consumatori, anche in materia contrattuale.

Riguardo le procedure A.D.R., la trasparenza e l'informazione sono in grado di aumentare la fiducia dei consumatori verso strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. Per questa ragione la Commissione fissa un elenco di elementi fondamentali rispetto ai quali deve essere fornita una efficiente informazione, che sono: le controversie che possono essere devolute a dette procedure; l'eventuale esistenza di limiti sulla competenza territoriale, valore ed oggetto della lite; le norme di carattere procedurale, dalla fase introduttiva sino a quella relativa alle modalità di svolgimento degli incontri e quelle sulle cui basi possono essere assunte le decisioni (non sono solo le norme di natura giuridica, ma anche di equità o deontologiche); la validità e la vincolatività di dette decisioni; l'eventuale ripartizione delle spese.

Da ultimo, la trasparenza è garantita dalla pubblicazione annuale dell'attività svolta da parte dei singoli organi responsabili, al fine di valutare i risultati ottenuti e di avere notizie circa la tipologia di controversie che vengono gestite.

c) principio del contraddittorio:

tale principio è testualmente inteso come quello che “comporta la possibilità, per tutte le parti interessate, di far conoscere il proprio punto di vista all'organo competente e di prendere conoscenza di tutte le posizioni e di tutti i fatti avanzati dall'altra parte, nonché eventualmente delle dichiarazioni degli esperti”.

Questo principio non solleva dubbi particolari, almeno dal punto di vista contenutistico; semmai il suo richiamo è essenziale se si tiene conto della natura stessa della procedura cui esso è funzionale. Come ricordato, il *considerando* n. 9 precisa che le procedure cui la disciplina della raccomandazione è diretta, sono quelle valutative e/o

aggiudicative, in quanto terminano con una decisione da parte dell'organo terzo: ebbene il contraddittorio è connaturato alla necessità per il terzo di prendere una decisione equa.

Il *considerando* n. 16 precisa soltanto che il diritto alla esposizione delle proprie posizioni e alla conoscenza di quelle della controparte non deve tradursi necessariamente nell'audizione orale delle parti.

d) principio di efficacia:

una procedura stragiudiziale è realmente efficace, specie per i consumatori, laddove le regole di accesso, le regole procedurali ed i costi rendano davvero usufruibili tale strumento. Solo in questo modo, infatti, si garantisce un effettivo accesso dei consumatori alla giustizia.

Così tale principio dispone che le procedure consentano alla parte di parteciparvi personalmente, senza la necessaria assistenza di un rappresentante legale; siano gratuite ovvero poco costose; si svolgano in tempi brevi; consentano all'organo responsabile di avere un ruolo attivo nella gestione della procedura e nella valutazione di tutti gli elementi utili per prendere le decisioni.

e) principio di legalità:

conformemente ai principi generali, anche in tema di A.D.R. di consumo si prevede che la decisione dell'organo non può avere quale effetto quello di privare il consumatore dei diritti che gli verrebbero garantiti dalle norme imperative dello Stato ove risiede. Lo stesso principio trova applicazione anche nel caso delle controversie transfrontaliere, pure contemplate nell'ambito di applicazione di detta raccomandazione, in attuazione di quanto previsto dall'art. 5 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Il punto maggiormente interessante è quello del comma 2, il quale prevede che la decisione dell'organo debba essere motivata; la motivazione, infatti, garantisce il pieno rispetto del principio di legalità, contro l'affermazione di decisioni inique e contrarie ai principi generali.

f) principio di libertà:

nelle premesse, la raccomandazione precisa che le regole in essa contenute sono applicabili a tutte le procedure aggiudicative, indipendentemente dalla natura delle decisioni che vengono assunte dall'organo responsabile. Si ricordi che il *considerando* n. 10 specifica che le "decisioni" possono avere natura vincolante ovvero non vincolante.

Proprio in ragione di questa precisazione, il principio di libertà prevede che la natura vincolante della decisione derivi da una libera ed espressa scelta effettuata dalle parti. In particolare si precisa che "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".

Il principio espresso in questa norma è particolarmente interessante, poiché esso non ha trovato piena applicazione nell'ordinamento italiano, in cui si scontra – anche a causa di un non corretto recepimento della direttiva 93/13/CE in tema di clausole abusive – con la previsione (oggi contenuta all' art. 33, comma 2, lett. *t*) cod. cons.)

che sancisce la vessatorietà delle clausole contenute nei contratti dei consumatori con la quale si deroghi alla competenza dell'autorità giudiziaria.

La dottrina italiana si è interrogata sul senso da attribuire a tale previsione del codice, dando luogo a diverse teorie, anche molto interessanti. Sta di fatto, tuttavia, che l'arbitrato di consumo in Italia non ha mai trovato ingresso, a dispetto del principio di libertà contenuto nella raccomandazione 98/257/CE, che invece delinea il percorso che dovrebbe essere seguito.

Infatti, l'adesione ad una procedura arbitrale potrebbe essere ritenuta conforme ai principi comunitari in materia, a condizione che essa avvenga non in virtù di una clausola compromissoria inserita nel contratto (che peraltro incontrerebbe il giudizio di vessatorietà di cui si è detto) bensì in seguito ad un accordo intercorso con il professionista, una volta insorta la lite tra i due. Questo percorso appare conforme anche alle norme del codice di procedura civile italiano che, dopo l'ennesima riforma degli artt. 806 ss. in tema di arbitrato, hanno eliminato la differenza formale tra clausola compromissoria e compromesso, parlando più in generale di "patto compromissorio".

g) principio di rappresentanza:

così come la procedura non può obbligare le parti a parteciparvi mediante l'assistenza di un rappresentante legale, parimenti essa non può vietare che il consumatore si faccia rappresentare o accompagnare in qualsiasi fase della stessa.

Tale necessità è stata avvertita in considerazione del fatto che il consumatore è ontologicamente la parte debole del contratto che, in una procedura stragiudiziale, partecipa personalmente avendo come contraddittore un rappresentante legale del professionista, ben più esperto; dunque, al fine di evitare la riproposizione delle asimmetrie contrattuali ed economiche che hanno dato origine alla lite, la Commissione ha previsto questo ulteriore principio fondamentale.

4.2. LA RACCOMANDAZIONE 01/310/CE

A pochi anni di distanza, le istituzioni comunitarie sono tornate a legiferare sul tema delle A.D.R.

La necessità di tale intervento si è posta in considerazione del fatto che, nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati membri, si andavano affermando modelli di procedure stragiudiziali differenti da quelli che erano stati fatti oggetto della raccomandazione del 1998.

Invero, questa inversione di tendenza costituisce il *leit motiv* di tutte le successive iniziative normative, sia a livello comunitario sia a livello nazionale, segno di una decisa affermazione di modelli facilitativi e/o non aggiudicativi in tutta Europa.

Di tale presa di posizione dà conto il Consiglio, nella sua risoluzione del 25 maggio 2000 – istitutiva della rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (la nota rete EEJ-Net, oggi trasfusa nella rete ECC-Net, delle quali si dirà in seguito) – in cui, appunto, si affermava la grande utilità del lavoro svolto dagli organi stragiudiziali che non rientravano nell'ambito di applicazione dell'intervento del 1998.

Accanto a tali considerazioni, nei vari *considerando* della raccomandazione, si prendono in considerazione le ulteriori linee politiche tracciate dalle istituzioni comunitarie in materia di A.D.R., sia con riferimento alla legislazione in tema di commercio elettronico, sia con riferimento alla normazione in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

Sulla base di tali presupposti, il *considerando* n. 9 precisa che l'ambito di applicazione della raccomandazione non sono le procedure già oggetto della raccomandazione del 1998; al contrario, i principi in essa contenuti sono applicabili a “qualsiasi procedura basata sull'intervento di terzi, indipendentemente dalla sua denominazione, che agevoli la risoluzione di una controversia il consumo facendo incontrare le parti e assistendole, ad esempio formulando suggerimenti informali sulle opzioni di composizione, nel raggiungimento di una soluzione di comune accordo. I principi sono limitati alle procedure di risoluzione delle controversie in materia di consumo designate quali alternative alle risoluzioni delle controversie in un tribunale”.

Si tratta, in altri termini, delle procedure cosiddette facilitative, ovvero – secondo la distinzione operata in precedenza – non aggiudicative.

La Commissione, inoltre, opera un'ulteriore distinzione, in quanto le procedure oggetto di regolamentazione non devono essere confuse con i “meccanismi di reclamo dei consumatori gestiti da un'azienda o condotti direttamente coi consumatori laddove tali servizi sono affidati a terzi per conto dell'impresa” i quali devono essere considerati “parte delle usuali discussioni tra le parti prima che si materializzi una controversia suscettibile di essere sottoposta a un organo terzo responsabile della risoluzione delle controversie o a un tribunale” (cfr. *considerando* n. 9).

Tali precisazioni vengono formalizzate nell'articolo di apertura, rubricato appunto “Campo di applicazione”.

Come nel 1998, anche nel 2001 i principi enunciati, che pure sembrano riferiti agli organi responsabili delle procedure, sono invero destinati a disciplinare le procedure stesse; fatta eccezione per il principio di imparzialità, infatti, tutti gli altri sono riferibili alle singole fasi procedurali.

I principi contenuti nella raccomandazione del 2001, peraltro, sono molto simili a quelli enunciati nel 1998, anche se declinati in maniera parzialmente differente.

Tali principi sono:

a) principio di imparzialità:

la Commissione non parla più di indipendenza, ma si limita esclusivamente a fissare come primo principio quello dell'imparzialità, che viene garantita – in primo luogo – dall'esistenza di un mandato per un tempo sufficiente al necessario espletamento delle proprie funzioni. Inoltre, essa è garantita se il terzo non si trovi in condizioni di conflitto di interessi sia reale che apparente: tale riferimento al conflitto

apparente è molto opportuno, in quanto – data la funzione che deve essere svolta dal terzo – questi non solo non deve essere di fatto in conflitto di interessi, ma non deve neppure darne l'impressione (anche laddove di fatto non lo sia). Della propria imparzialità, il terzo deve darne informazione adeguata prima dell'inizio della procedura.

b) principio di trasparenza:

parimenti a quanto affermato nel 1998, la trasparenza è collegata alla disponibilità di tutte le informazioni relative alla procedura, con particolare riguardo alle modalità di svolgimento della stessa e alla natura giuridica delle decisioni.

Inoltre, anche in questo caso, la trasparenza dovrebbe essere garantita dalla pubblicazione di un rapporto sull'attività svolta dal singolo organo responsabile.

c) principio di efficacia:

anche il principio di efficacia viene declinato in maniera sostanzialmente identica a quanto affermato nella raccomandazione del 1998, con riguardo all'accessibilità alle procedure, alla loro gratuità o modestia dei costi, alla partecipazione personale delle parti, senza la necessaria rappresentanza legale.

Tuttavia, tenuto conto del peculiare svolgimento di queste procedure e delle modalità attraverso le quali viene raggiunto l'accordo, che prevedono un ruolo ed una partecipazione attivi delle parti, si dispone che l'organo responsabile informi queste dell'eventuale condotta non soddisfacente per un'adeguata ricerca di soluzione alla lite.

d) principio di equità:

contrariamente a quanto affermato nel 1998, il riferimento non è più rivolto al contraddittorio, ma all'equità.

Anche tale distinzione appare fortemente legata ad aspetti di carattere funzionale allo svolgimento delle procedure disciplinate.

Trattandosi, appunto, di procedure facilitative – laddove non c'è la presenza di un terzo (neutrale ed imparziale rispetto alle parti e alla controversia) che decide, magari con efficacia vincolante, della controversia che gli è stata sottoposta – il contraddittorio non appare strutturalmente funzionale al corretto espletamento delle varie fasi procedurali, che al contrario richiedono la massima riservatezza, colloqui separati e così via.

Alla luce di tali considerazioni, viene fissato detto principio di equità delle procedure, che consiste nella informazione relativa alla possibilità di abbandonare la procedura in qualsiasi momento, senza alcuna conseguenza di carattere giuridico e/o processuale; nella possibilità di partecipare agli incontri con la massima flessibilità, senza alcuna formalità e, soprattutto, su base confidenziale; nella libertà per le parti di poter esporre le proprie opinioni rispetto al parere eventualmente esposto dal terzo responsabile della procedura.

Oltre a tali aspetti, una particolare attenzione deve essere appuntata sul fatto che si prevede la necessità di lasciare alle parti un tempo ragionevole per esaminare la proposta di soluzione eventualmente formulata dalle parti stesse al termine della procedura. Tale previsione nasce dalla stessa esigenza cui la Commissione aveva fatto riferimento nel 1998: trattandosi di controversie di consumo, e in questa fattispecie,

di procedure facilitative ove non c'è un terzo che decide, ma dove sono le parti che si confrontano direttamente, con l'aiuto del terzo, e delineano di loro iniziativa una soluzione condivisa, appare fondamentale garantire (specie al contraente debole) un tempo necessario prima di formalizzare il proprio consenso; ciò al fine di evitare che la negoziazione svolta porti alla sottoscrizione di un contratto squilibrato a tutto vantaggio del professionista.

Il tempo che, invece, può essere concesso alle parti, permette al consumatore di potersi consultare con un proprio consulente di fiducia.

Strettamente connesse a tale esigenza sono le ulteriori previsioni con le quali viene declinato il principio di equità: le parti devono, infatti, essere informate sulla possibilità di accettare o meno la proposta di soluzione, anche perché questa potrebbe essere meno favorevole di quella ottenibile in giudizio sulla base di norme giuridiche; sulla possibilità di esperire ulteriori procedure stragiudiziali, ivi comprese quelle contemplate nella raccomandazione del 1998; sulla natura giuridica della soluzione raggiunta (di natura essenzialmente contrattuale).

5. IL LIBRO VERDE SUI MODI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI

Il processo di maturazione sui temi della “giustizia alternativa” e della tutela dei consumatori è proseguito con grande vigore sino al 2002, data di un nuovo Libro Verde, questa volta interamente dedicato alle A.D.R.

Alcune osservazioni di carattere generale: per la prima volta nelle riflessioni degli organi comunitari le A.D.R. vengono disgiunte dalla tutela dei consumatori, ma vengono considerate quali strumenti per la risoluzione di una vasta gamma di conflitti nella materia civile e commerciale (di cui quella di consumo costituisce un settore), con esclusione delle controversie del settore del diritto di famiglia e quelle di lavoro.

In sede comunitaria si è ritenuto di ribadire una scelta verso modelli non obbligatori: non avrebbe alcun senso obbligare al compimento di un'attività un soggetto il cui consenso libero è necessario per il buon esito dell'attività stessa.

Il Libro verde pone poi la questione sull'opportunità di prevedere un'efficacia vincolante della clausola, inserita in un contratto, con la quale le parti si obbligano – in caso di controversia – a fare ricorso ad una procedura di A.D.R.

Con questa premessa la Commissione europea giunge ad affermare che “il ricorso agli organi giurisdizionali, indicativo del rifiuto di partecipare ad una procedura di A.D.R. prevista dal contratto, potrebbe pertanto essere sanzionato in quanto costituirebbe la violazione di un obbligo contrattuale. Un simile rifiuto potrebbe avere come conseguenza che il giudice investito di una richiesta relativa all'esecuzione di altre disposizioni del contratto la dichiari irricevibile. Allo stesso modo, il fatto di non accettare di partecipare alla procedura di A.D.R. potrebbe essere considerato come una violazione dell'obbligo di buona fede”.

Altra questione affrontata nel Libro Verde è l'interruzione dei termini di prescrizione e di decadenza: a tal proposito si afferma che “il ricorso all'A.D.R. è suscettibile di incidere sul diritto d'accesso alla giustizia in quanto non interrompe il decorrere dei termini di prescrizione fissati per adire il giudice.

Nelle more della procedura conciliativa il ricorso all'A.D.R. potrebbe comportare la decorrenza del termine fissato dalla legge per proporre la domanda giudiziale e — quindi — per far valere il proprio diritto”.

Ciò comporterebbe una violazione del diritto di accedere alla giustizia che l'art. 6, paragrafo 1, della Carta europea dei diritti dell'uomo (più volte menzionata sia nella raccomandazione del 1998 che in quella del 2001). e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sanciscono appunto quale diritto fondamentale.

Il Libro Verde affronta anche il nodo centrale relativo alla scelta se vi debba essere una disciplina delle A.D.R.: la Commissione europea, infatti, dopo aver sottolineato che la caratteristica delle A.D.R. è quella della mancanza di regole che irrigidiscano la procedura, sottolinea anche l'esigenza che vi siano dei principi minimi che regolino il corretto svolgimento della procedura.

Per ciò che attiene alla riservatezza, essa viene considerata un principio che può favorire il successo delle A.D.R., in quanto capace di aumentare la fiducia delle parti nei confronti del terzo e dell'intera procedura.

Il Libro Verde, poi, si sofferma sulla validità del consenso, che può essere garantita solo se l'atto con cui si conclude una procedura A.D.R. sia davvero in grado di formalizzare un vero e proprio accordo; ciò richiede di conseguenza un "formalismo protettore per quanto riguarda la conclusione e la firma dell'accordo".

Sulla posizione giuridica del terzo la Commissione europea afferma semplicemente che la nomina spetta comunque alle parti, sia che esse lo scelgano direttamente sia che esse si rivolgano ad un organismo che si incarichi di nominarli.

Sempre a proposito dei terzi il Libro Verde pone una questione fondamentale, ritenendo necessaria un'adeguata loro formazione, anche al fine dell'accreditamento.

Un tema strettamente legato a quello appena descritto è proprio quello inerente la responsabilità dei terzi. Sul punto sembra utile cogliere la sollecitazione della Commissione delle Comunità europee, la quale intravede come soluzione percorribile quella dei codici di deontologia cui essi dovranno attenersi. Non va trascurato che, in punto di responsabilità, sarebbe necessario ricordare che questa non coinvolge solo il terzo, ma anche l'organismo con il quale egli ha un rapporto.

L'udienza pubblica che ha seguito la pubblicazione del Libro Verde è stata l'occasione per mettere a confronto le singole esperienze degli organismi dei diversi Paesi membri, dal quale è emersa principalmente la constatazione per cui alcune iniziative avrebbero potuto e dovuto essere prese a livello comunitario per favorire lo sviluppo delle A.D.R. in Europa.

La Commissione ha così inteso avviare due iniziative per dar seguito al Libro Verde: la Direzione Generale Giustizia e Affari Interni della Commissione europea ha avviato un progetto di lavoro che si è indirizzato in due direzioni: da una parte la realizzazione di un codice di condotta per tutti i conciliatori europei e, dall'altra, la direttiva comunitaria sulla conciliazione stragiudiziale.

Con riferimento a quest'ultima iniziativa, la via intrapresa sembra non più quella della *soft law*, come era avvenuto in passato mediante l'adozione delle raccomandazioni del 1998 e del 2001, bensì quella ben più forte della legislazione diretta. In altre parole, il rispetto del principio di sussidiarietà deve comunque fare i conti con la fissazione di principi giuridici minimi ed essenziali, che ogni legislazione nazionale deve necessariamente adottare.

Giova sin d'ora rilevare che, contrariamente alle linee assunte dal Libro Verde (il quale continua ancora a prendere in considerazione una pluralità di modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie, tutti accomunati dalla loro volontarietà), le istituzioni comunitarie – nei lavori che hanno dato seguito alle linee da questo tracciate – hanno posto in essere una contrazione verso la sola conciliazione.

6. LE ESPERIENZE COMUNITARIE IN MATERIA DI ADR: LE RETI EEJ-NET, ECC-NET E FIN-NET.

Nel mentre a livello legislativo ci si è mossi con le iniziative di cui si è appena dato conto, le istituzioni di Bruxelles, hanno avviato un ulteriore e parallelo percorso di carattere operativo, volto alla promozione delle A.D.R. di consumo (e quindi non delle A.D.R. in materia civile e commerciale generalmente intese), il quale invece si richiama espressamente ai principi sanciti dalle note raccomandazioni del 1998 e del 2001.

Con l'obiettivo di realizzare un sistema europeo di soluzione alternativa delle controversie efficace anche per la risoluzione di conflitti tra soggetti non appartenenti allo stesso Stato Membro, il Consiglio europeo ha adottato la risoluzione del 25 maggio 2000, relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo: la rete EEJ-Net (*European Extra Judicial Network*), costituita tra vari soggetti che gestiscono A.D.R. nei vari Paesi Membri per la risoluzione alternativa delle controversie transfrontaliere.

Questo coordinamento avviene attraverso una camera di compensazione (o *Clearing House*) istituita presso ogni Stato membro con una duplice finalità: quella di informazione ed assistenza al consumatore, allo scopo di far conoscere gli organismi esistenti presso lo Stato membro in cui ha sede la controparte, la legislazione di riferimento, le modalità di invio del reclamo e così via. Parallelamente essa può anche occuparsi di gestire la pratica, di provvedere ad un necessario servizio di traduzione, di compilazione di eventuali moduli ecc.

Dall'altra parte la *Clearing House* ha anche il ruolo di coordinamento con le *Clearing Houses* degli altri Paesi al fine di scambiare e condividere dati, informazioni nonché di individuare, in contatto tra loro, qual è l'organismo competente per la soluzione di un caso specifico che viene loro presentato e a cui andrà inoltrata la relativa domanda.

La rete viene gestita e realizzata grazie alla collaborazione degli Stati membri che hanno l'onere di notificare alla Commissione europea gli organismi che gestiscono A.D.R.

A seguito della costituzione della Rete EEJ-Net, vi è poi stata un'ulteriore iniziativa comunitaria, alla quale anche il nostro Paese ha aderito, che va sotto il nome di ECC-Net (*European Consumer Centres Network*). Questa è una rete di Centri europei presenti nei Paesi dell'UE e del SEE, nata dalla fusione tra la preesistente rete EEJ-Net ed il *network* dei "Centri europei dei consumatori" (CEC, chiamati anche Eurospertelli o *Euroguichets*).

Compito della rete ECC-Net, operativa dal 1° gennaio 2005, è quello di offrire al consumatore un servizio completo di informazione ed assistenza nel caso di problematiche originate da transazioni aventi carattere transfrontaliero, in particolare

fornendo al consumatore informazioni in ordine alla legislazione nazionale e comunitaria vigente in materia e facilitando, anche attraverso la cooperazione tra i Centri ECC-Net dei vari Paesi aderenti, il primo

contatto tra consumatore e fornitore nonché, laddove opportuno, agevolando l'accesso delle parti all'organismo di risoluzione extragiudiziale della controversia più adeguato al caso concreto e monitorando gli sviluppi della controversia.

Presso ciascun Paese aderente alla rete, le funzioni di Centro ECC-Net sono esercitate da un organismo annualmente designato dallo Stato ed approvato dalla Commissione europea.

Accanto all'iniziativa generale, la Commissione ha affiancato un progetto specificamente rivolto alla soluzione delle controversie intercorse tra un operatore economico e un consumatore-risparmiatore nell'ambito dei mercati finanziari; è così stata istituita la rete FIN-Net.

Gli scopi di tale rete sono essenzialmente tre: *a)* fornire al consumatore un accesso più possibile facile e chiaro alle procedure A.D.R. per la soluzione di controversie transfrontaliere; *b)* garantire un efficace ed efficiente scambio di informazioni tra organismi europei; *c)* assicurare l'applicazione di regole minime comuni.

L'istituzione della rete è avvenuta il 1° febbraio 2001 con un *Memorandum* di intesa, che costituisce una dichiarazione di intenti sulla cooperazione transfrontaliera tra le parti.

In ossequio a tali indicazioni, la rete FIN-Net, dunque, costituisce un allargamento e una specificazione della rete EEJ-Net, che invece riguarda tutte le tipologie di controversie, a prescindere dall'oggetto di queste.

La rete FIN-Net riunisce oltre 35 organismi nazionali operanti nel settore: per l'Italia hanno aderito l'*Ombudsman* bancario, la Sezione Reclami dell'Istituto per la Vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP) e l'Associazione Nazionale delle Imprese di Assicurazione (ANIA), ai quali – come si vedrà in seguito – si è aggiunto un organismo di nuova istituzione come l'Arbitro bancario finanziario presso la Banca d'Italia.

Tutti questi organismi hanno aderito alla rete FIN-Net attraverso la sottoscrizione di un *Memorandum*, che – pur lasciando ciascun ente libero di dettare proprie regole di procedura – impegna tutti i firmatari al rispetto di alcuni principi generali.

Il punto 2 del *Memorandum* detta alcune importanti definizioni: innanzitutto quella relativa al termine “risoluzione extragiudiziale” che è riferibile a tutti i tipi di controversia che (a prescindere dalla denominazione e dalle specifiche modalità di svolgimento) portino le parti ad una soluzione amichevole mediante l'intervento di un terzo che impone o propone una soluzione. Come si vede, dunque, rispetto al vasto panorama delle A.D.R. e alla loro classificazione (relativamente alle modalità di raggiungimento dell'accordo) tra procedure facilitative e procedure valutative, il *Memorandum* compie una scelta molto chiara nei confronti di queste ultime.

Scelta che viene espressamente indicata al punto 4, il quale stabilisce che, nello scegliere appunto le procedure valutative, le parti firmatarie si impegnano al rispetto dei principi sanciti dalla raccomandazione 98/257/CE.

Non è chiara quale sia la *ratio* sottesa a tale scelta, posto che si sarebbe potuto lasciare agli organismi (e di conseguenza alle parti) se adottare una procedura facilitativa oppure no.

Probabilmente la preoccupazione è stata quella di impedire che, nell'ambito di una procedura negoziale, potessero riproporsi i medesimi rapporti di forza (e quindi uno squilibrio a danno del consumatore) che hanno dato origine alla controversia, specie in un settore – quello dei servizi finanziari – ove la asimmetria informativa e contrattuale appare ancora più evidente.

Tuttavia tale preoccupazione può apparire eccessiva se si considera che la Commissione europea ha tenuto conto di tutti questi aspetti proprio in sede di elaborazione dei principi applicabili alle A.D.R. di consumo, tanto nelle procedure facilitative che in quelle valutative. Pertanto, anche con riferimento alle prime, non può disconoscersi che l'applicazione dei principi comunitari (fissati nella raccomandazione 01/310/CE) costituiscono una ampia garanzia dei diritti dei consumatori.

Accanto a tale definizione il punto 2 propone, di seguito, la nozione di “lite transfrontaliera” la quale è quella tra un consumatore che risiede in uno Stato membro e un fornitore di servizi finanziari che è stabilito in uno Stato membro diverso.

Tali definizioni vanno necessariamente collegate con quella del punto 5 che fissa l'ambito di applicazione della cooperazione, relativamente alle domande inoltrate dai consumatori per la soluzione di controversie sui servizi finanziari; in questo ambito, ciascun organismo coopera per i settori in cui di norma esercita il suo mandato e/o le sue competenze giuridiche.

Il punto 2 chiude con due altre definizioni: una relativa al “sistema competente”, che corrisponde all'organismo di risoluzione alternativa delle controversie nel settore finanziario; l'altra relativa al “sistema più vicino”, che corrisponde invece all'organismo che ha la propria sede nel Paese membro in cui risiede il consumatore.

Sulla base di tali definizioni il *Memorandum* fissa, al punto 6, le modalità di funzionamento della rete FIN-Net: il sistema più vicino svolge una funzione di informazione e coordinamento tra i vari sistemi competenti. Esso fornisce al consumatore tutte le indicazioni necessarie sul funzionamento della rete e sui requisiti dei vari sistemi competenti; laddove sia necessario esso ricorda al consumatore l'opportunità di inviare prima un reclamo direttamente all'istituto finanziario, se ciò costituisce una condizione preliminare all'esperimento del tentativo presso un organismo competente; a tale riguardo il sistema competente informa il consumatore circa l'eventuale esistenza di termini per l'esperimento di detto tentativo ovvero per la proposizione dell'azione giudiziaria, in caso di suo fallimento.

Accanto a tali funzioni essenzialmente informative, il sistema più vicino si occupa anche di istruire i procedimenti, trasmettendo la domanda che gli è pervenuta al sistema competente per una determinata controversia, ovvero indirizzandovi direttamente il consumatore; in alternativa esso può risolvere direttamente la lite, laddove ciò sia previsto obbligatoriamente per legge, ovvero nel caso in cui il fornitore di servizi finanziari ne abbia riconosciuto preventivamente la giurisdizione (*cf.* punto 6.3).

Se, invece, la controversia viene gestita da un sistema competente, questi è obbligato al rispetto dei principi sanciti dalla raccomandazione 98/257/CE (*cf.* punto

6.4), come peraltro previsto al punto 4, che contiene un impegno, da parte dei firmatari, al rispetto di tali principi, oltre a quello di far provvedere i rispettivi Stati membri alla notificazione presso la banca dati della Commissione europea di tutti gli organismi non ancora notificati.

Il punto 6.5 precisa che i suddetti principi devono essere considerati soltanto alla stregua di orientamenti sulla procedura applicabile (come peraltro si legge nella rubrica del punto 6), che la parti

firmatarie sono libere di derogare in favore di norme procedurali più efficaci, ma pur sempre rispettose dei principi della raccomandazione del 1998.

La lingua applicabile alla procedura è a scelta del consumatore che può optare, ove non ritenga applicabile quella usuale con cui il sistema competente lavora, tra quella del contratto concluso con il fornitore di servizi finanziari e quella con cui ha trattato usualmente con esso.

La rete non sarebbe tale se le parti, tra di loro, non scambiassero una serie di importanti informazioni, elencate al punto 8.1.

Accanto a tale scambio di informazioni, il punto 8 prevede altresì che le parti firmatarie del *Memorandum* scambino informazioni utili per la soluzione dei singoli casi; in particolare è previsto che i vari sistemi competenti inviino informazioni relative alla norme a tutela del consumatore, applicabili nello Stato membro in cui questi ha la residenza.

Lo scambio di informazioni è favorito anche dalla Commissione, la quale si è impegnata a rendere accessibili dette notizie mediante la consultazione di un sito web (<http://ec.europa.eu/fin-net>).

Naturalmente la trasmissione e la circolazione delle informazioni deve avvenire nel rispetto dei principi relativi al trattamento dei dati personali; a tal proposito il punto 9 precisa che il sistema più vicino “notifica” al consumatore che i suoi dati vengono trasferiti al sistema competente in ossequio a quanto previsto all’art. 10 della direttiva 95/46/CE.

Gli ultimi due punti riguardano gli impegni delle parti e della Commissione alla comunicazione dei dati sulle proprie attività e sulla pubblicazione di una relazione annuale sullo stato di attuazione del *Memorandum*. Anche la pubblicazione di tali relazioni è considerata alla stregua di quei comportamenti improntati alla trasparenza nei confronti dei consumatori: principio che si trova espressamente sancito, peraltro, nelle raccomandazioni della Commissione 98/257/CE e 01/310/CE.

7. LA DIRETTIVA 2008/52/CE SULLA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

Facendo seguito alle iniziative del Libro Verde del 2002, il 21 maggio 2008 è stata emanata la direttiva 2008/52/CE, la quale costituisce l’attuazione delle considerazioni svolte nel Libro Verde del 2002; come è stato già osservato in precedenza, tuttavia, rispetto alla impostazione più aperta di tale documento – dedicato a tutte le A.D.R. in materia civile e commerciale, come si legge nel titolo – la direttiva *de qua* è limitata esclusivamente alla disciplina della conciliazione stragiudiziale.

Ciò premesso, nei vari *considerando* si esprime la necessità di una disciplina in tema di conciliazione (che nella versione italiana della direttiva viene tradotta con il termine

“mediazione”), al fine – da un lato – di garantire un maggiore e più efficace accesso dei cittadini europei alla giustizia e – dall’altro – di aumentare la fiducia di questi nel mercato unico.

Tale ultima considerazione è strettamente connessa all’ambito di applicazione della direttiva, riservata a disciplinare la conciliazione stragiudiziale delle sole controversie transfrontaliere, definite come quelle liti in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede stabilmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte (art. 2).

A tale riguardo, tuttavia, il *considerando* n. 8 precisa che “Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni”; proprio sulla base di tale affermazione si è mosso il legislatore italiano nella definizione della disciplina interna sulla conciliazione stragiudiziale.

L'introduzione di una disciplina comunitaria, che definisce un quadro giuridico condiviso che dovrebbe aumentare la fiducia dei cittadini verso questo strumento di giustizia alternativa, pone alcune questioni di coordinamento con la disciplina pregressa, contenuta in atti normativi gerarchicamente subordinati; ci si riferisce, in particolare, ai principi contenuti nella raccomandazione del 2001, riservati appunto alle procedure cc.dd. facilitative.

A tal proposito, infatti, vi sono alcune considerazioni che si pongono in maniera problematica: in primo luogo, non si può ragionevolmente escludere che il diritto dei consumi costituisca una parte della “materia civile” cui si riferisce la normativa del 2008 (seppure il termine “materia” appaia quanto mai atecnico e impreciso); in secondo luogo, non v'è dubbio che la conciliazione oggetto di tale disciplina rientri pure tra le procedure cui si riferisce la raccomandazione del 2001 (al riguardo è sufficiente raffrontare il *considerando* n. 9 di tale raccomandazione con l'art. 3 lett. a della direttiva, che definisce la conciliazione come “un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro”).

Se così è, sarebbe lecito domandarsi se le norme della direttiva, successive e speciali, possano derogare a quelle contenute nella raccomandazione del 2001, che è appunto precedente e generale. La questione è risolta, al di là dell'applicazione delle regole formale destinate a superare le cc.dd. antinomie normative, in maniera pragmatica dal legislatore comunitario, che fa salve entrambe le discipline, in nome di un utile e necessario coordinamento. Il *considerando* n. 18 afferma che “Nell'ambito della protezione dei consumatori, la Commissione ha adottato una raccomandazione che stabilisce i criteri minimi di qualità che gli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo dovrebbero offrire agli utenti. Qualunque mediatore o organizzazione che rientri nell'ambito di applicazione di tale raccomandazione dovrebbe essere incoraggiato a rispettare i principi in essa contenuti. Allo scopo di agevolare la diffusione delle informazioni relative a tali organi, la Commissione dovrebbe predisporre una banca dati di modelli

extragiudiziali di composizione delle controversie che secondo gli Stati membri rispettano i principi di tale raccomandazione”.

Pertanto, laddove la conciliazione dovesse essere utilizzata per la risoluzione alternativa di controversie transfrontaliere che vedano coinvolto un consumatore, essa dovrà seguire – oltre alle norme della direttiva – i principi enucleati nella raccomandazione del 2001 (che sembrano, comunque, del tutto compatibili).

Nulla quaestio, invece, per le procedure disciplinate nella raccomandazione del 1998, ovvero in tutte le altre procedure facilitative – di cui alla raccomandazione del 2001 – diverse dalla conciliazione. Il *considerando* n. 11 si preoccupa di precisare, infatti, che “La presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle

trattative precontrattuali o ai procedimenti di natura arbitrale quali talune forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale, i reclami dei consumatori, l'arbitrato e la valutazione di periti o i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia”.

Proprio con riferimento a tale ultima ipotesi esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva, sembra espressamente esclusa la conciliazione o negoziazione paritetica che, nella prassi invalsa ormai diffusamente nell'ordinamento italiano, potrebbe rientrare in uno dei procedimenti gestiti da organismi che emettono una raccomandazione formale, non vincolante, per la risoluzione della controversia.

Delimitato in questo modo il campo di applicazione della direttiva alla sola conciliazione stragiudiziale, le norme comunitarie disciplinano gli aspetti principali che erano stati affrontati in maniera problematica dal Libro Verde.

Così, inizialmente, la direttiva dispone che gli Stati membri favoriscano l'adozione di codici deontologici da parte dei conciliatori e/o degli organismi che gestiscono servizi di conciliazione, e che comunque favoriscano ogni iniziativa volta a garantire la qualità del servizio. Tra queste viene annoverata molto opportunamente, all'art. 4, comma 2, la rilevanza della formazione “allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti”.

Accanto alle note forme di conciliazione *ad hoc* e amministrata, la direttiva prende in considerazione anche la c.d. conciliazione delegata, cioè la conciliazione esperita su invito o su ordine del giudice dinanzi al quale è stata portata la controversia, il quale – valutate tutte le circostanze del caso – può rinviare le parti alla conciliazione ovvero ad una sessione informativa. Al riguardo, l'art. 5, comma 2, lascia espressamente impregiudicate le ipotesi – nei singoli ordinamenti nazionali – di conciliazione obbligatoria e preventiva (basti pensare in Italia, al tentativo obbligatorio in tema di diritto del lavoro ovvero di controversie agrarie, in tema di diritti d'autore ovvero di subfornitura, ovvero – *de jure condendo* – quello nelle materie elencate all'art. 5, comma 1, del decreto di prossima approvazione).

L'art. 6 è destinato a disciplinare un aspetto molto delicato, relativo all'esecutività degli accordi di conciliazione: l'esecutività è rimessa alle singole norme nazionali, fatte salve naturalmente le ipotesi di accordi che integrino impegni contrari alla legge nazionale.

Il *considerando* n. 20 fissa un principio molto importante, stabilendo che “Il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione reso esecutivo in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuto e dichiarato esecutivo negli altri Stati membri

in conformità della normativa comunitaria o nazionale applicabile, ad esempio in base al regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente a competenza giurisdizionale, il riconoscimento l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, o al regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale”.

Cogliendo un aspetto determinante per il buon andamento ed il successo delle procedure conciliative, l'art. 7 impone il rispetto della riservatezza, intesa nella sua accezione esterna, ovvero nei suoi rapporti con il processo, vietando alle parti e al conciliatore di testimoniare circa fatti e circostanze inerenti la procedura di conciliazione.

Nonostante l'opportunità di tale riferimento appare piuttosto criticabile la soluzione adottata, che coglie la questione della riservatezza soltanto nella dimensione dei rapporti con il processo eventualmente instaurato in seguito al fallimento della conciliazione, ancorché la riservatezza potrebbe rivelarsi decisiva anche in contesti diversi dalla dimensione processuale.

Infine, si dispone che il ricorso alla conciliazione (*rectius* la conoscenza del ricevimento della domanda di conciliazione alla controparte) possa valere, conformemente alle norme nazionali, ai fini interrottivi del decorso dei termini di prescrizione e decadenza ai fini dell'introduzione di un giudizio civile ovvero di un giudizio arbitrale.

Le ultime disposizioni (segnatamente gli artt. 9 e 10) si preoccupano di incoraggiare la diffusione delle informazioni in merito alle procedure conciliative esistenti, oltre che di prevedere l'istituzione di un'adeguata informazione – a livello comunitario – relativamente ai soggetti che gestiscono le relative procedure (si noti che, con riferimento ai rinvii espressi compiuti dall'art. 10 al precedente art. 6, pare che l'esecutività degli accordi di conciliazione sia ammissibile solo in caso di procedure gestite da organismi e non da singoli).

Come è agevole intuire, la legislazione comunitaria è una legislazione per principi, che rinvia alle disposizioni dei singoli Stati membri; principi che – peraltro – la dottrina italiana e straniera, oltre che gli operatori del settore, aveva da tempo individuato relativamente alla conciliazione stragiudiziale.

Anche per questo è stato affermato che, introno alla normativa comunitaria del 2008 si sia fatto “molto rumore per nulla”.

E' significativo, peraltro, sottolineare che l'Italia è stata tra i primi Stati membri che abbiano dato, in qualche modo, attuazione (seppure informale e comunque con un limitato ambito di applicazione) alle norme della direttiva, attraverso la disciplina della conciliazione stragiudiziale per la soluzione alternativa delle controversie endosocietarie (artt. 38 ss. d. lgs. n. 5/2003).

Sia la normativa primaria che quella secondaria (di natura regolamentare) che ad essa ha dato attuazione, sono infatti intervenute a disciplinare gli aspetti presi in considerazione dalla direttiva 2008/52/CE; per tutti valga il richiamo ai principi espressi, nella normativa italiana, in merito al collegamento tra fallimento del tentativo di conciliazione e processo civile (segnatamente l'art. 40), che pare proprio richiamare (seppure con esiti non condivisibili) la norma dell'art. 1 della direttiva che si riferisce ad un rapporto “equilibrato” tra conciliazione e procedimento giudiziario.

8. LE LEGGI SULLA CONCILIAZIONE DI CONSUMO IN ITALIA

8.1. LA LEGGE DI RIFORMA DELL'ORDINAMENTO DELLE CAMERE DI COMMERCIO

La prima disposizione in materia di conciliazione è quella contenuta all'art. 2, comma 4, legge n. 580/1993, in tema di riordino delle Camere di commercio.

Nella risistemazione del ruolo e dei compiti degli enti camerali, il legislatore ha voluto loro affidare un ruolo nel settore della risoluzione delle controversie, all'interno di quelle funzioni che sono state definite di regolazione del mercato. Così, la lettera *a*) dell'art. 2, comma 4, prevede che le Camere di commercio possano promuovere la costituzione delle commissioni di [arbitrato e] conciliazione per la risoluzione delle

controversie tra imprese e tra imprese e consumatori. Nulla di più viene previsto da questa disposizione che ha lasciato all'autonomia del sistema camerale l'organizzazione di tali servizi.

Un elemento che va evidenziato a livello interpretativo è proprio il riferimento alle “commissioni conciliative”; ci si è chiesti, infatti, se esso si riferisca alla composizione dell'organo conciliativo, ovvero alle commissioni deputate alla nomina del singolo conciliatore. Con riguardo alla prima ipotesi si è sostenuto che l'organismo dovrebbe essere collegiale nei casi di controversie tra soggetti in posizione notevolmente differenziata, spesso caratterizzata da situazioni di squilibrio.

Negli altri casi, l'organo potrebbe avere certamente natura monocratica (caso emblematico potrebbe essere quello di una controversia tra imprese, ma delle medesime dimensioni e forza contrattuale).

La questione ha rilevanza più dal punto di vista formale che sostanziale: la procedura di conciliazione delle Camere di commercio è una procedura facilitativa, rispetto alla quale il terzo-conciliatore non decide della controversia ma ha solo il compito di aiutare le parti nella ricerca autonoma di una soluzione reciprocamente soddisfacente. Inoltre la questione perde la sua importanza in considerazione della portata dispositiva della norma, che ha dunque lasciato al sistema camerale la scelta su questo punto: a tal proposito, dopo una prima sperimentazione su modelli di organo conciliativo di natura collegiale, le Camere di commercio hanno optato per una soluzione decisamente monocratica.

Nulla dispone la norma quanto a norme di procedura ed organizzazione del servizio: in virtù di questo ampio margine di discrezionalità, le Camere di commercio italiane, grazie al coordinamento dell'Unioncamere hanno elaborato un Regolamento unico di conciliazione e delle linee guida in materia di formazione dei conciliatori, che oggi si pongono come punto di riferimento di primo piano nell'ambito dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie in Italia.

L'unico elemento che in dottrina è stato ritenuto caratterizzante le procedure di conciliazione è la distinzione rispetto alla procedura di arbitrato: la distinta menzione delle commissioni conciliative di quelle arbitrali ha fatto pervenire alla conclusione in base alla quale ciò imporrebbe, quale unico limite regolamentare, l'assoluta impossibilità per il conciliatore di prevenire ad una decisione, per di più vincolante, rispetto alla controversia che gli viene sottoposta. Per tornare al dato normativo, l'art. 2, comma 4., lett. a) è la prima di una serie di norme che si limita a prevedere l'esperibilità del tentativo di conciliazione in determinati settori, senza disporre alcunché neppure in ordine alle conseguenze giuridiche di tale tentativo sia in esito al suo fallimento (con eventuali ricadute sul processo civile) sia in caso di esito positivo

(prevedendo l'eventuale esecutività del verbale che riproduce l'accordo cui le parti sono pervenute). Dal silenzio della legge si deve concludere che l'accordo di conciliazione non potrà che avere efficacia di un contratto.

8.2. LA CONCILIAZIONE OBBLIGATORIA NEL SETTORE DEI SERVIZI DI PUBBLICA UTILITÀ

L'art. 2, comma 24, lett. b), legge n. 481/1985 recita “entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con uno o più regolamenti emanati ai sensi dell'art. 17, comma 1, l. 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti: (...) b) i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di

conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio, prevedendo altresì i casi in cui tali procedure di conciliazione o di arbitrato possono essere rimesse in prima istanza alle Commissioni arbitrali e conciliative istituite presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, ai sensi dell'art. 2, comma 4, lettera a), della l. 29 dicembre 1993, n. 580.

Fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri, sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile. Il verbale di conciliazione o la decisione arbitrale costituiscono titolo esecutivo”.

Il dettato normativo afferma un doppio livello di “procedibilità”: uno con il processo civile e l'altro tra le diverse forme di A.D.R.

Circa il rapporto di strumentalità con il processo, non v'è dubbio che il tentativo di conciliazione disciplinato, a prescindere delle modalità e degli enti presso cui viene esperito, sia obbligatorio e costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Più complessa è la ricostruzione del rapporto di strumentalità tra arbitrato e conciliazione, come previsti dalla norma; l'art. 2 afferma che il regolamento dovrà stabilire quando e come esperire tali procedure dinanzi all'Autorità e i casi in cui è possibile invece – in prima istanza – svolgerle presso le Camere di commercio. È opinione diffusa, e condivisa, che non possa trattarsi di un doppio grado di giudizio, perché ciò riproporrebbe anche tra procedure alternative i medesimi schemi del giudizio ordinario, duplicando e non eliminando i tempi lunghi della giustizia; si ritiene, invece, che sia più utile immaginare un meccanismo in base al quale, solo in caso di fallimento del tentativo di conciliazione presso le Camere di commercio, le parti possano esperire in seconda istanza la procedura presso l'Autorità.

La mancata emanazione del regolamento della presidenza del Consiglio dei Ministri pone anche una questione di carattere interpretativo circa i rapporti tra conciliazione ed arbitrato; non è, infatti, chiaro se il legislatore li abbia voluti prevedere come omologhi ovvero abbia inteso istituire un rapporto gerarchico tra i due istituti.

La risposta, in mancanza del regolamento, potrebbe trarsi dal valore che vuol darsi alla particella “o”: nel caso in cui si voglia attribuire un valore disgiuntivo, dovrebbe concludersi che il regolamento stabilirà in quali casi sia esperibile la procedura di conciliazione ed in quali altri quella di arbitrato.

In caso contrario, invece, si dovrebbe scegliere la soluzione più aperta che consente alle parti di preferire liberamente una delle due procedure.

In dottrina si è profilata una terza ipotesi, che ha invece individuato una relazione di propedeuticità: pertanto non si potrebbe accedere alla procedura arbitrale se preventivamente non si sia esperito infruttuosamente il tentativo di conciliazione. L'unico dubbio che tale interpretazione lascerebbe è che in questa ipotesi si sarebbe previsto un doppio regime di propedeuticità : un primo tra due procedure alternative di risoluzione delle controversie ed un secondo tra queste ed il processo ordinario (a pena di improcedibilità della domanda giudiziale). È evidente che tale lettura (la quale potrebbe essere interpretata nel senso di rendere davvero preferibile la soluzione negoziata) rischierebbe comunque di ingolfare eccessivamente il meccanismo previsto, peraltro perdendo di vista proprio l'obiettivo primario di decongestionare l'amministrazione della giustizia.

8.3. LA CONCILIAZIONE OBBLIGATORIA IN TEMA DI TELECOMUNICAZIONI

A due anni di distanza dalla legge n. 481/1995, il legislatore torna a legiferare nel settore dei servizi di pubblica utilità, ora però con particolare riguardo a quello delle telecomunicazioni, con riferimento al quale viene istituita – con la legge n. 249/1997 – la relativa Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom).

Anche la legge istitutiva, riprendendo l'impianto ed i contenuti generali della legge del '95, contiene un'interessante norma, all'art. 1, comma 11, sulla conciliazione, prevista anche qui come strumento di risoluzione dei conflitti, tanto delle controversie tra operatori quanto di quelle tra operatori e consumatori; in particolare la norma prevede che “Per le [predette] controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione”.

Dalla lettura della citata disposizione, emergono ancora una volta chiaramente i caratteri distintivi del tentativo obbligatorio, anche in questa materia. In particolare il legislatore ha previsto, seppure implicitamente, che detto tentativo costituisca una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la quale – appunto – non può essere utilmente esperita se prima non viene svolta la procedura conciliativa.

Il termine per la proposizione del giudizio ordinario resta sospeso (dalla data di presentazione della domanda di conciliazione) sino alla conclusione della procedura, la quale – a sua volta – deve essere terminata entro trenta giorni.

La norma non aggiunge altro, con specifico riguardo ai poteri del giudice di sospendere il giudizio nel caso in cui venga adita la sua autorità senza il previo esperimento del tentativo di conciliazione; proprio il silenzio della norma sul punto ha creato alcuni contrasti, specialmente in giurisprudenza, con riferimento alla efficacia vincolante del tentativo obbligatorio nelle controversie tra utenti ed organismi di telecomunicazioni.

In attuazione della norma di cui all'art. 1, comma 11, legge n. 249/1997, l'Autorità ha adottato, in data 19.6.2002, il Regolamento di procedura relativo alle controversie fra organismi di telecomunicazione ed utenti.

Con tale regolamento l'Autorità ha stabilito le regole di svolgimento della procedura, le modalità e le condizioni del suo svolgimento, ed infine le conseguenze giuridiche ad esso connesse.

Il regolamento è stato successivamente integrato e modificato con quattro ulteriori delibere: la delibera n. 307/03/CONS del 5.8.2003; con la delibera n. 137/06/CONS del 15.3.2006; la delibera 173/07/CONS del 19.4.2007 e, recentemente, dalla delibera 479/09/CONS (non ancora pubblicata in Gazzetta Ufficiale).

La competenza a gestire i tentativi di conciliazione obbligatoria viene attribuita ai Comitati Regionali per le Comunicazioni (cc.dd. Corecom), competenti per territorio (a seconda che si tratti di controversie relativa a telefonia fissa ovvero a telefonia mobile).

Tralasciando l'esame delle norme che disciplinano la procedura conciliativa dinanzi ai Corecom, giova rilevare che – anche in virtù della copiosa giurisprudenza di merito formatasi in materia (sotto le versioni del regolamento precedenti alla riforma del 2007) esprimendo dubbi sulla natura obbligatoria e preventiva del tentativo di conciliazione, specie se non proposto presso l'Agcom – il regolamento dell'Autorità attualmente prevede che la natura obbligatoria del tentativo sussiste sia che la conciliazione viene esperita dinanzi ai Corecom, sia che venga invece esperita presso uno degli altri soggetti indicati all'art. 13 del regolamento.

Tali soggetti sono genericamente indicati con l'espressione “organi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, di cui all'articolo 1, lettera o, del presente Regolamento”.

A sua volta, detto art. 1, lett. o) richiama gli organi di cui all'art. 141 commi 2 e 3, cod. cons.: in altri termini sono abilitati alla gestione di tali tentativi obbligatori sia gli organismi che gestiscono le procedure facilitative, sia quelli che gestiscono procedure valutative. Nonostante il richiamo anche al registro contemplato al comma 3, infatti, pare che – in assenza di questo – valga comunque il richiamo espresso al rispetto delle raccomandazioni comunitarie.

L'Autorità opera, a livello regolamentare, una equiparazione tra la procedura di conciliazione innanzi a sé e le procedure dinanzi ad altri organismi: in questo modo, ferma restando la natura obbligatoria del tentativo, lascia agli utenti la facoltà di adire indifferentemente i Corecom, ovvero gli organi di cui all'art. 141, commi 2 e 3, cod. cons.

L'art. 13 del regolamento prosegue disponendo, al comma 2, “Allo stesso fine, l'utente ha altresì la facoltà di rivolgersi agli organismi istituiti con accordi tra gli operatori ed associazioni di consumatori rappresentative a livello nazionale, purché detti organismi operino a titolo gratuito e rispettino i principi di trasparenza, equità ed efficacia di cui alla Raccomandazione 2001/310/CE”.

Orbene, pare proprio che il riferimento riguardi proprio gli accordi che le associazioni dei consumatori hanno sottoscritto in questi anni con le aziende, per la gestione delle procedure paritetiche.

Tale disposizione pone alcune perplessità: in primo luogo sembra che il regolamento dubiti del fatto che le procedure paritetiche possano rientrare tra quelle

contemplate nel Codice del consumo, al punto da ritenere necessaria una precisazione espressa.

Anche volendo trascurare questo dato esegetico, la norma pone un'ulteriore questione, laddove dispone che tali accordi istituiscano organismi che rispettino solo alcuni principi della raccomandazione del 2001. Al di là del fatto che, come si è visto, gli accordi non istituiscono organismi ma disciplinano le procedure, è noto che dette procedure abbiano natura valutativa e aggiudicativa nel rispetto dei principi della raccomandazione del 1998 e non di quella del 2001.

Come se ciò non bastasse, curiosamente l'art. 13, comma 2, fa menzione – tra i principi contemplati nella raccomandazione del 2001 – solo della trasparenza, dell'equità e dell'efficacia, tralasciando l'imparzialità che, per le ragioni sopra esposte, appare, invece, decisiva per il successo delle procedure alternative di risoluzione delle controversie.

Tali questioni assumono rilevanza non soltanto rispetto all'obbligatorietà del tentativo ed alla sua natura di condizione di procedibilità della domanda giudiziale, ma anche in relazione alla previsione dell'ultimo cpv. dell'art. 2, comma 24, lett. b) l. n. 481/1995, che riconosce al verbale di conciliazione delle controversie in materia di servizi di pubblica utilità l'efficacia di titolo esecutivo, senza peraltro prevedere alcun controllo – neppure formale, come invece previsto da altre leggi – da parte del tribunale competente.

Orbene, mentre rispetto al verbale raggiunto al termine di una procedura svoltasi presso l'Autorità (o i Corecom) ovvero presso le Camere di commercio il problema si pone in relazione al fatto che la legge del 1997 nulla dice al riguardo (mentre ribadisce all'art. 1 comma 11 la natura obbligatoria del tentativo), dovendosi così chiedere se possa essere sufficiente quanto previsto dalla legge del 1995, rispetto alle procedure presso altri organismi il dubbio sorge poiché di questi non viene fatta menzione nelle norme di rango primario (né dalla legge del 1995, né tantomeno da quella del 1997), ma solo da norme di rango regolamentare; inoltre le disposizioni che riconoscono l'efficacia di titolo esecutivo, fanno riferimento esclusivamente ai verbali di conciliazione e non di procedure diverse (come quelle paritetiche).

8.4. LA CONCILIAZIONE NEL SETTORE TURISTICO

L'art. 4, comma 3, legge n. 135/2001 si limita a prevedere che “le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, singolarmente o in forma associata, ai sensi dell'art. 2, comma, lett. a), legge 29 dicembre 1998, n. 580, costituiscono le commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti inerenti la fornitura di servizi turistici. E' fatta salva la facoltà degli utenti, in caso di conciliazione per la risoluzione di controversie con le imprese turistiche, di avvalersi delle associazioni dei consumatori”.

Come si vede, dunque, la norma – nell'operare un rinvio generale alla disciplina della conciliazione di cui alla riforma dell'ordinamento camerale – non comporta grandi questioni, denunciando un solito quanto sempre più criticabile (perché esclusivo) intento di deflazione del contenzioso civile.

Detto ciò, alcune riflessioni si impongono : innanzitutto si deve osservare come la norma *de qua* non disponga che le Camere di commercio “promuovono” la

costituzione di commissioni conciliative ed arbitrali, ma dispone che esse “costituiscono” tali commissioni, assegnando a tale previsione un significato non certamente precettivo, ma sicuramente molto più forte di quello del 1993.

Per il resto alcuni dubbi sono stati sollevati circa il significato da attribuire alla norma di cui al secondo cpv.: la facoltà di avvalersi delle associazioni è stato infatti interpretato in diversi modi.

V'è chi ha ritenuto che tale riferimento stesse a significare che essa sia riconosciuta solo dinanzi alle Commissioni conciliative e non anche a quelle arbitrali.

Altri, invece, in maniera per la verità discutibile, ritengono che in questi casi i consumatori possono ignorare le Commissioni camerale e rivolgersi direttamente alle associazioni.

V'è poi chi ritiene che tale norma consenta al consumatore di nominare un proprio rappresentante all'interno della commissione di conciliazione: tesi criticata da parte di coloro che riconoscono che la commissione non possa essere costituita da associazioni ma da persone fisiche, ma anche

dall'argomentazione ben più convincente che il legislatore non abbia avuto un fine di questa natura limitandosi a molto meno e cioè a riconoscere al consumatore la possibilità di farsi assistere dall'associazione di fiducia durante lo svolgimento della procedura.

8.5. LE A.D.R. NEL SETTORE DELLA TUTELA DEL RISPARMIO

Successivamente alla riforma del diritto societario, ed in conseguenza delle note vicende dei crack delle grandi imprese che hanno cagionato danni ai risparmiatori, il legislatore – per la verità in maniera frettolosa – è intervenuto nella materia con la legge 28 dicembre 2005, n. 262 recante “Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari”.

All'interno di questa normativa, il legislatore ha ben pensato di inserire norme relative alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie.

L'art. 27 della legge sul risparmio è rubricato “Procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori”; dunque, oltre alle norme relative all'indennizzo, la disposizione in commento reca importanti riferimenti alla risoluzione alternativa delle controversie.

In particolare “1. Il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato e di un sistema di indennizzo in favore degli investitori e dei risparmiatori, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, secondo i seguenti principi e criteri direttivi: *a)* previsione di procedure di conciliazione e di arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla Consob per la decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori, esclusi gli investitori professionali, e le banche o gli altri intermediari finanziari circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela; *b)* previsione dell'indennizzo in favore dei risparmiatori e degli investitori, esclusi gli investitori professionali, da parte delle banche o degli intermediari finanziari responsabili, nei casi in cui, mediante le procedure di cui alla

lettera *a)*, la Consob abbia accertato l'inadempimento degli obblighi ivi indicati, ferma restando l'applicazione delle sanzioni previste per la violazione dei medesimi obblighi; *c)* salvaguardia dell'esercizio del diritto di azione dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria, anche per il risarcimento del danno in misura maggiore rispetto all'indennizzo riconosciuto ai sensi della lett. *b)*; *d)* salvaguardia in ogni caso del diritto ad agire dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria per le azioni di cui all'art. 3 l. 30 luglio 1998, n. 281, e successive modificazioni; *e)* attribuzione alla Consob, sentita la Banca d'Italia, del potere di emanare disposizioni regolamentari per l'attuazione delle disposizioni di cui al presente comma”.

Si tratta di una norma di delega molto articolata che deve essere esaminata con attenzione. Anzitutto sull'ambito di applicazione della norma: contrariamente a quanto affermato nell'*incipit* della disposizione, laddove si delega il Governo ad adottare un decreto che disciplini l'istituzione delle procedure alternative “in materia di servizi di investimento”, il primo dei principi di delega afferma che l'istituzione delle

procedure conciliative ed arbitrali deve avere riguardo alle controversie insorte tra risparmiatori o investitori non professionali e banche o altri intermediari finanziari

“circa l’adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela”. In altre parole, l’ambito di applicazione della norma relativa all’istituzione delle speciali procedure di conciliazione, deve avere riguardo non a tutti gli aspetti (contrattuali ed extracontrattuali) relativi ai servizi di investimento, bensì ai (soli) rapporti contrattuali e peraltro con esclusivo riferimento alla violazione degli obblighi di correttezza che incombono sugli operatori professionali, di derivazione comunitaria e recepiti nel t.u.f. e nei noti regolamenti Consob.

Oltre che ai servizi finanziari, la legge sul risparmio ha tenuto ad inserire norme sulla soluzione alternativa delle controversie anche nel settore dei servizi bancari.

L’art. 29, infatti, contiene norme relative alla “Risoluzione delle controversie in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari”, disponendo che “1. Dopo l’art. 128 del testo unico di cui al decreto legislativo 1o settembre 1993, n. 385, è aggiunto il seguente: “Art. 128 *bis*. – (Risoluzione delle controversie). — 1. I soggetti di cui all’articolo 115 aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i consumatori. 2. Con deliberazione del Cicer, su proposta della Banca d’Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell’organo decidente, in modo che risulti assicurata l’imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l’economicità della soluzione delle controversie e l’effettività della tutela. 3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non pregiudicano per il cliente il ricorso, in qualunque momento, a ogni altro mezzo di tutela previsto dall’ordinamento”.

Anche in questo caso la norma dispone un rinvio ad una delibera del CICR che dovrà dettare le disposizioni applicabili alle procedure alternative. Dai principi espressi può evincersi innanzitutto un riferimento non esclusivo alla conciliazione e all’arbitrato, ma alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in generale. Questa prima osservazione non è di poco conto se letta in maniera combinata con i principi generali dell’art. 29. Tale articolo afferma infatti che, oltre alle norme procedurali, dovranno essere indicati anche i requisiti di composizione

dell’organo “decidente”; dovrà inoltre essere assicurata la rappresentatività effettiva dei soggetti interessati.

8.5.1. LA CONCILIAZIONE PRESSO LA CONSOB

In ossequio a quanto previsto dalla legge di delega, il Governo ha adottato il d. lgs. 8 ottobre 2007, n. 179.

Con il decreto in parola, in verità, si fa un ulteriore rinvio ad un regolamento che avrebbe dovuto essere emanato dalla Consob e che avrebbe dovuto stabilire le regole procedurali per l’esperimento delle procedure conciliative ed arbitrali.

Nonostante il rinvio espresso, da parte della legge del 2005, alla riforma societaria, e quindi alle importanti scelte di politica del diritto in tema di conciliazione in essa contenute, il legislatore delegato, con il d. lgs. 179/2007:

- non ha definito cosa debba intendersi per conciliazione; è dubbio peraltro se sia possibile ritenere richiamata quella contenuta nel DM n. 222/2004;
- ha inteso prevedere nuovamente una conciliazione amministrata, ma non affidandola ad una serie di organismi pubblici o privati, bensì affidando in via esclusiva alla Consob il potere di emanare un proprio regolamento di procedura;
- ha comunque previsto che detto regolamento dovrà comunque rispettare i criteri dettati dalla riforma societaria. In particolare l'art. 4 del d. lgs. n. 179/07 richiama espressamente gli artt. 39 (commi 1 e 2) e 40 (commi 2, 3, 4, 5, 6, 8) del d. lgs. n. 5/2003.

In attuazione di quanto previsto dalla normativa del 2007, la Consob ha emanato, con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008, il regolamento disciplinante la Camera di conciliazione e arbitrato. Al di là degli aspetti organizzativi e di funzionamento di tale organismo, meritano particolare attenzione le norme di cui al Titolo III, destinate – per l'appunto – alla conciliazione stragiudiziale.

Tra le funzioni principali della Camera (descritte all'art. 4 e tra le quali rientrano, oltre alla gestione delle procedure – anche nella fase non contenziosa di cui all'art. 140-*bis* cod. cons. –, anche l'attività di formazione e promozione) vi è quello della tenuta dell'elenco dei conciliatori, che viene composto da coloro che sono in possesso dei requisiti stabiliti (per la conciliazione societaria) dal D. M. n. 222/2004, all'art. 4, comma 4, alle lettere *a)* e *b)*: professori universitari in discipline economiche o giuridiche, o professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno quindici anni, ovvero magistrati in quiescenza, soggetti che hanno partecipato ad un corso di formazione presso uno degli enti parimenti accreditati dal Ministero.

La funzione della Camera di conciliazione non è, dunque, quella di gestione della procedura in termini conciliativi (in altre parole non è la Camera a fungere da conciliatore), bensì di gestione amministrativa del servizio.

Infatti, ai sensi dell'art. 8, l'investitore (che è l'unico cui viene riconosciuto il diritto di chiedere l'esperimento del tentativo, *ex* art. 7, comma 1) presenta alla Camera la domanda di conciliazione, corredata di tutti gli elementi elencati alle lettere *a) – c)*.

La Camera inoltra della domanda all'intermediario, con un mezzo idoneo a dimostrarne l'avvenuta ricezione (al riguardo viene ripresa la medesima formulazione contenuta all'art. 40, d. lgs. n. 5/2003, rispetto al quale si era unanimemente riconosciuto che non fosse necessaria la notificazione, ma fosse sufficiente qualsiasi altro mezzo, quale ad esempio una raccomandata con avviso di ricevimento).

Una volta ricevuta la domanda, e prima che questa venga trasmessa all'intermediario, la Camera – ai sensi del comma 3 – procede entro cinque giorni ad una valutazione di ammissibilità della stessa; in caso di inammissibilità, essa procede a darne immediata comunicazione, altrimenti provvede all'invio della domanda alla controparte.

L'inammissibilità della domanda, oltre ai casi di carenza degli elementi stabiliti all'art. 7 (per i quali si prevede la possibilità di un'integrazione e/o correzione) pare possa essere legata anche all'oggetto della

richiesta, laddove questa non rientri nella “competenza” della Consob, come specificato nell’art. 27 della legge n. 262/2005, sulla quale si è detto pocanzi, come ribadito dall’art. 4 del regolamento.

Superato il vaglio di ammissibilità, la Camera trasmette la domanda all’intermediario, il quale deve aderire mediante un atto di risposta, con l’allegazione della documentazione necessaria; laddove questi non provveda entro cinque giorni, la Camera dà atto della mancata tempestiva adesione.

Laddove entrambe le parti abbiano aderito, la Camera nomina il conciliatore, che viene scelto tra quelli iscritti nel proprio registro sulla base di criteri quali la vicinanza geografica al domicilio o alla residenza dell’investitore; il carico di lavoro; l’esperienza nella materia controversa; un’equa distribuzione degli incarichi e un trattamento paritario di uomini e donne.

Il criterio geografico è quello più pregnante, posto che il comma 4 dell’art. 9 stabilisce che – laddove non vi siano conciliatori disponibili nel luogo di residenza o domicilio del risparmiatore – la Camera può devolvere la conciliazione ad uno degli organismi iscritti nell’elenco ministeriale relativo agli enti di conciliazione societaria.

L’art 10 stabilisce gli obblighi che incombono sul conciliatore, il quale – per garantire la propria terzietà ed imparzialità – non deve versare in conflitto di interessi con nessuna delle parti, ovvero con la controversia.

L’obbligo di riservatezza imposto dall’art. 11 grava, invece, su tutti coloro che partecipano alla procedura; per la verità la norma si esprime in maniera piuttosto critica, poiché - al primo comma – si limita a riferire che le procedure sono ispirate all’immediatezza, alla concentrazione e all’oralità, e che tutte le loro fasi sono coperte da riservatezza. Non v’è chi non veda la assoluta genericità di tale previsione, la quale non dice nulla dal punto di vista prescrittivo. Il secondo comma prosegue prevedendo, invece, la riservatezza di tutti gli atti e i documenti della procedura.

Lo svolgimento della conciliazione è descritto all’art. 12, il quale precisa la assoluta informalità e flessibilità della stessa; curiosamente i commi 2 e 3 dello stesso articolo si riferiscono alla possibilità – per il conciliatore – di sentire le parti separatamente ovvero in contraddittorio, seppure al fine di evidenziare le ipotesi di possibile accordo.

La procedura, che a norma dell’art. 13, deve concludersi al massimo entro sessanta giorni dalla sua introduzione – salvo casi specifici che impongano delle proroghe – può terminare, a norma dell’art. 14, con la sottoscrizione di un accordo

che – contrariamente all’uso invalso – non solo si limiti a dare atto del raggiungimento dell’accordo, ma ne riporta i termini essenziali.

Tale previsione è strettamente connessa con quella del comma 2, il quale prevede che detto verbale possa ottenere efficacia di titolo esecutivo per l’espropriazione forzata, l’esecuzione in forma specifica e l’iscrizione dell’ipoteca giudiziale, previo *exequatur* del Tribunale nel cui circondario si è svolta la conciliazione. Tale importante previsione è frutto dell’espresso rinvio compiuto dall’art. 4, comma 5 d. lgs. n. 179/2007, tra i criteri cui la conciliazione Consob avrebbe dovuto richiamarsi, alle norme di cui agli artt. 40, commi 2, 3, 4, 5, 6 e 8 del d. lgs. n. 5/2003.

Come è stato posto in rilievo dalla dottrina che ha commentato le norme sulla conciliazione societaria, resterebbe da verificare cosa debba rientrare nella “ verifica formale” cui il verbale dovrebbe essere

sottoposto: in particolare ci si è chiesti se nell'ambito di tale controllo dovrebbe rientrare non soltanto la sottoscrizione delle parti e del conciliatore, il rispetto delle norme procedurali previste dalla normativa di settore, ma anche – ad esempio – se la controversia conciliata rientri in quelle espressamente indicate sia dalla legge che dal regolamento.

L'art. 14 prosegue, al comma 2, riproducendo pedissequamente la norma dell'art. 40, comma 2, del d. lgs. n. 5/2003, disponendo che – laddove le parti ne facciano congiuntamente richiesta – il conciliatore può formulare una proposta nel caso in cui la conciliazione sia fallita. Tale esito valutativo non appare eccessivamente preoccupante, seppure snatura l'essenza facilitativa della conciliazione, poiché sottopone comunque la proposta del conciliatore alla concorde volontà delle parti (previsione che nella prima versione dell'art. 40 del d. lgs. n. 5/2003 mancava, attirando le critiche unanimi della dottrina); quello che preoccupa, sia per la conciliazione societaria che per questa, sono le conseguenze cui tale proposta espone le parti: il comma 2, infatti, dispone che rispetto alla proposta del conciliatore “ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare”. Tuttavia, dovendosi fare applicazione della norma dell'art. 40, comma 5, del d. lgs. n. 5/2003, “...le posizioni assunte dinanzi al conciliatore sono valutate dal giudice nell'eventuale successivo giudizio ai fini della decisione sulle spese processuali, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile. Il giudice, valutando comparativamente le posizioni assunte dalle parti e il contenuto della sentenza che definisce il processo dinanzi a lui, può escludere, in tutto o in parte, la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato la conciliazione, e può anche condannarlo, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente”.

È di tutta evidenza che una disposizione siffatta, pur mossa dalla necessità di imporre alle parti una partecipazione seria e costruttiva alla conciliazione, costituisce la più seria minaccia alla riservatezza che pure le norme affermano essere imprescindibile per garantire l'efficacia di queste procedure.

8.5.2.. L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO

In attuazione dell'art. 128-*bis* della legge sulla tutela del risparmio il CICR ha emanato la delibera n. 257 del 29 luglio 2008, recante “Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'articolo 128-

bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni”, la quale ha dettato la disciplina dei nuovi sistemi stragiudiziali, delineandone il campo di applicazione, la struttura, le regole fondamentali di svolgimento della procedura; alla Banca d'Italia sono affidati compiti di nomina dei membri dell'organo decidente, di svolgimento di attività di supporto tecnico ed organizzativo, nonché di emanazione delle disposizioni applicative.

La delibera ha affidato alla Banca d'Italia i compiti di nomina dei membri dell'organo decidente, di svolgimento di attività di supporto tecnico ed organizzativo, nonché di emanazione delle disposizioni applicative.

La Banca d'Italia, a sua volta, ha emanato il relativo regolamento costitutivo dell'organismo definito "Arbitro bancario finanziario (ABF)" e che regola le modalità di svolgimento della procedura presso detto ente.

È interessante notare che il regolamento stabilisce, in ossequio a quanto previsto dalla delibera del CICR, una procedura stragiudiziale che non può essere qualificata conciliativa, stante la sua natura essenzialmente decidente.

La delibera del CICR, infatti, stabilisce che per sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie si intende l'insieme formato dall'organo decidente, composto in funzione degli interessi degli intermediari e dei clienti coinvolti nella controversia, dal procedimento e dalle relative strutture organizzative regolati dalla presente disciplina. A sua volta, il regolamento della Banca d'Italia annovera, tra le fonti normative cui deve riferirsi l'organismo di nuova costituzione, la raccomandazione 98/257/CE che, come si ricorderà, detta principi relativi alle procedure stragiudiziali valutative e aggiudicative, poiché terminano con una decisione (che può essere vincolante o meno per le parti).

Le controversie che possono essere devolute all'arbitro bancario, in linea con quanto stabilito dalle norme della legge di delega, sono quelle relative a operazioni e servizi bancari e finanziari, ivi comprese quelle sottoposte anche le controversie in materia di bonifici transfrontalieri (fermo restando quanto previsto dal D.M. 13 dicembre 2001, n. 456, emanato in attuazione del d.lgs. 28 luglio 2000, n. 253); in particolare il regolamento stabilisce che "All'ABF possono essere sottoposte tutte le controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono. Se la richiesta del ricorrente ha ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, la controversia rientra nella cognizione dell'ABF a condizione che l'importo richiesto non sia superiore a 100.000 euro. Sono escluse dalla cognizione dell'organo decidente le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario; sono parimenti escluse le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati (ad esempio, quelle riguardanti eventuali vizi del bene concesso in *leasing* o fornito mediante operazioni di credito al consumo; quelle relative alle forniture connesse a crediti commerciali ceduti nell'ambito di operazioni di *factoring*)".

Sono, inoltre, espressamente escluse le controversie attinenti ai servizi e alle attività di investimento e alle altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del Testo Unico ai sensi dell'articolo 23, comma 4, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; quelle insorte anteriormente al 1° gennaio 2007 ed infine quelle già sottoposte alla

cognizione del giudice ordinario, ovvero quelle già sottoposte ad un tentativo di conciliazione previsto dalla legge, fin tanto che non sia fallito.

Sotto il profilo soggettivo, giova rilevare che – mentre è indiscussa l'applicabilità delle norme rispetto a tutti gli intermediari finanziari – il regolamento non fa riferimento alla nozione di "consumatore", intesa in senso tecnico-giuridico, bensì a quella di "cliente", definito come "il soggetto che ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari. Per le

operazioni di *factoring*, si considera cliente il cedente, nonché il debitore ceduto con cui il cessionario abbia convenuto la concessione di una dilazione di pagamento.

Non rientrano nella definizione di cliente i soggetti che svolgono in via professionale attività nei settori bancario, finanziario, assicurativo, previdenziale e dei servizi di pagamento”.

Anche alla luce della esclusione rispetto a coloro che svolgono attività professionale nel settore bancario e finanziario, resta comunque da sottolineare che la definizione non fa espresso riferimento alla persona fisica, limitandosi a parlare di “soggetto”, che ben può riferirsi anche ad una persona giuridica.

L'arbitro bancario finanziario è un organismo complesso, costituito da tre collegi dislocati sul territorio nazionale, ai quali viene riconosciuta una vera e propria competenza territoriale: al collegio di Milano potranno essere deferiti i reclami presentati dai clienti residenti in Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino- Alto Adige, Valle d'Aosta, Veneto. A quello di Roma, i reclami presentati dai clienti residenti in Abruzzo, Lazio, Marche, Sardegna, Toscana, Umbria. Il collegio è inoltre competente per i ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in uno Stato estero. Infine, al collegio di Napoli, i reclami presentati dai clienti residenti in Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sicilia.

Nel radicare tale competenza, dunque, si è pensato di privilegiare il c.d. foro del consumatore (*rectius* del cliente).

In conformità ai principi (anche comunitari) in materia, il regolamento prevede che la composizione del collegio deve garantire la rappresentanza paritaria dei clienti e degli intermediari, al fine dichiarato di garantire l'imparzialità e l'indipendenza dell'organo; è chiaro il riferimento alla raccomandazione del 1998.

In particolare, i rappresentanti degli intermediari vengono indicati dalle associazioni che abbiano un'adeguata diffusione e rappresentanza sul territorio di riferimento, previo riconoscimento effettuato direttamente dalla Banca d'Italia.

Interessante è, al riguardo, la disposizione relativa alla nomina dei componenti dei clienti; il regolamento, infatti, si premura di precisare che, per la nomina di membri che debbano rappresentare i consumatori, ci si riferisce alle associazioni dei consumatori di cui all'art. 136 cod. cons., mentre per le altre categorie di clienti, ci si riferisce ad associazioni di categoria che raccolgono, anche attraverso accordi con altre associazioni di categoria, un significativo numero di clienti distribuiti sull'intero territorio nazionale e che hanno svolto attività continuativa nei tre anni precedenti. Anche da tale disposizione, dunque, si può trarre indirettamente conferma dell'argomento circa il fatto che le controversie possono riguardare anche clienti non consumatori (in senso tecnico-giuridico).

Oltre ai rappresentanti delle parti, il collegio è composto anche da un presidente e due membri nominati direttamente dalla Banca d'Italia; a tali componenti effettivi, il

regolamento affianca anche la nomina di membri supplenti, al fine di garantire la continuità dell'attività del collegio.

Tutti i membri, scelti tra docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno dodici anni, magistrati in quiescenza, ovvero altri soggetti in possesso di una significativa e comprovata competenza in materia bancaria, finanziaria o di tutela dei consumatori (si noti l'evidente richiamo ai requisiti previsti dalla legislazione in materia di conciliazione societaria), devono essere in possesso di requisiti di esperienza,

professionalità, integrità e indipendenza, che – in ossequio ai principi generali (basti pensare alle norme del T.u.b.) – ricorrono ove non si siano riportate condanne relativamente a reati nel settore bancario e finanziario, ovvero pene detentive per altri reati, interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici, non siano stati sottoposti a misure prevenzione o sicurezza.

Il regolamento non fa alcun riferimento alla formazione in tema di A.D.R.; ciò non deve stupire, se si pone mente al fatto che il ruolo del collegio è un ruolo decidente, che viene svolto in attuazione delle norme applicabili alle materie ad esso devolute. In altri termini la procedura non si fonda su tecniche di natura negoziale o conciliativa in senso stretto. Al riguardo, dunque, appare opportuno il richiamo all'esperienza nella materia, posto che – si ripete – l'organo è chiamato ad emettere una vera e propria decisione.

Il collegio emette tale decisione a maggioranza dei cinque componenti, i quali devono essere tutti presenti; il regolamento dispone espressamente che, in caso di conflitto di interessi di uno dei membri rispetto alla controversia sottoposta al collegio, questi ne dia immediatamente notizia, al fine di provvedere alla sua sostituzione. I membri del collegio sono, inoltre, tenuti al rispetto delle norme contenute in un codice deontologico emanato dalla Banca d'Italia.

L'attività del collegio è affiancata da quella di una segreteria tecnica, la quale ha competenze di carattere amministrativo; essa, infatti, riceve i ricorsi e la relativa documentazione; attesta l'irricevibilità dei reclami in caso di loro irregolarità o intempestività (pare che si tratti di un controllo meramente formale e non di merito); cura la formazione del fascicolo; fissa il calendario degli incontri; partecipa alle sedute e ne redige il relativo verbale; provvede alle comunicazioni alle parti; cura l'archivio elettronico; provvede alle pubblicazioni, in caso di inottemperanza, da parte degli intermediari, degli obblighi ad essi imposti.

Le segreterie tecniche dei tre collegi sono coordinate da una struttura centrale, presso l'Amministrazione della Banca d'Italia, la quale peraltro pubblica annualmente i risultati dell'attività svolta dai singoli organi decidenti.

La procedura stragiudiziale presso l'arbitro bancario non può essere utilmente esperita, senza che precedentemente il cliente non abbia proposto reclamo direttamente all'intermediario; tale reclamo, quindi, costituisce condizione di ammissibilità del ricorso all'arbitro.

Laddove il cliente non sia rimasto soddisfatto della soluzione proposta in esito al reclamo inoltrato all'intermediario, ovvero laddove questi non abbia fornito alcuna risposta entro trenta giorni, il cliente può presentare il reclamo all'arbitro bancario finanziario, redatto sulla base della modulistica predisposta dalla Banca d'Italia.

Il ricorso, che può essere presentato per conto del cliente anche da una delle associazioni a ciò abilitate (di cui si è già detto in precedenza) e munite di apposita

procura, deve essere depositato presso una delle segreterie tecniche competenti, ovvero presso una delle filiali della Banca d'Italia aperte al pubblico, che si impegna a trasmetterlo immediatamente alla segreteria competente.

Il ricorso non può essere presentato una volta che siano trascorsi dodici mesi dalla presentazione del reclamo all'intermediario.

Curiosamente il regolamento prevede che non sia la segreteria tecnica, bensì il cliente, una volta depositato il ricorso, a inviarne copia all'intermediario (tramite raccomandata con avviso di ricevimento

ovvero posta elettronica certificata), il quale – a sua volta – entro trenta giorni dalla ricezione deve provvedere a trasmettere alla segreteria tecnica le proprie osservazioni e tutta la documentazione che si ritenga utile allegare.

Tali atti e documenti sono trasmessi al cliente che ne abbia fatto richiesta.

Il regolamento espressamente prevede che “Il ruolo svolto dalle associazioni di categoria dei clienti o degli intermediari nell’ambito della procedura di ricorso può consistere in un controllo di completezza e regolarità formale della documentazione da presentare e in una funzione di raccordo con la segreteria tecnica; le associazioni dei clienti possono, inoltre, fornire assistenza agli aderenti nella redazione del ricorso; sono in ogni caso escluse valutazioni inerenti il merito della controversia o volte a prospettare i possibili contenuti della decisione del collegio”.

La procedura dinanzi all’arbitro deve essere conclusa entro sessanta giorni dal deposito del ricorso; termine che può essere sospeso (in caso di necessità e per non più di sessanta giorni) ovvero interrotto, laddove sia stato nel frattempo introdotto un tentativo di conciliazione previsto dalla legge (lo stesso, dunque, non accade laddove le parti intendano esperire un tentativo di conciliazione al di fuori di quanto previsto dalle norme in materia). Se il tentativo fallisce, il cliente può riproporre ricorso, senza necessità di un nuovo reclamo all’intermediario e potendosi richiamare alla documentazione già depositata.

Diversamente, laddove le parti abbiano deferito al controversia all’autorità giudiziaria ovvero in arbitrato, il cliente deve comunicare alla segreteria tecnica (entro trenta giorni dalla richiesta) una comunicazione nella quale dichiara l’interesse a proseguire comunque con la procedura avviata; in tal caso, essa prosegue, altrimenti viene dichiarata la sua estinzione.

Il collegio decide sulla base della documentazione prodotta e in applicazione delle norme di legge vigenti nella materia controversia, nonché delle norme deontologiche alle quali l’intermediario aderisca.

Qualche dubbio sorge rispetto alla vincolatività di tale decisione; il regolamento, infatti, prevede soltanto che – laddove l’intermediario non esegua spontaneamente agli obblighi prescritti dalla decisione, nel termine in essa stabilito ovvero entro trenta giorni – la segreteria tecnica rende pubblica l’inadempienza secondo le modalità stabilite dal presente paragrafo, mediante pubblicazione sul sito Internet dell’arbitro bancario e su quello della Banca d’Italia, oltre che su due quotidiani a diffusione nazionale, a spese dell’intermediario.

Le parti, inoltre, sono sempre libere di fare ricorso all’autorità giudiziaria, oltre che di esperire ulteriori procedure previste dall’ordinamento.

Il complesso di tali disposizioni sembra deporre per una non vincolatività della decisione dell’organo.

Anche alla luce di tali considerazioni si può concludere che la procedura non solo non possa essere considerata una conciliazione né in senso tecnico, né nella variante valutativa, ma neppure possa essere considerata, a dispetto del suo nome, come una procedura arbitrale vera e propria (neanche sotto forma dell’arbitrato irrituale), ma debba essere definita una procedura stragiudiziale di natura valutativa ed aggiudicativa, che termina con una decisione comunque non vincolante per le parti.

Da ultimo giova rilevare che l’arbitro bancario, per espressa indicazione del regolamento, aderisce alla rete FIN-Net; in quanto tale ad essa dovrebbero applicarsi anche le norme di cui all’art. 67 - *vicies* cod.

cons. in tema di risoluzione alternativa delle controversie relative alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Si deve rilevare che, sempre in materia di rapporti bancari, è in vigore – accanto alla procedura presso l'arbitro bancario finanziario – una procedura più propriamente conciliativa, posta in essere dal c.d. “Conciliatore bancario”.

Il conciliatore bancario è un organismo costituito non in base ad una espressa delega legislativa (come nel caso dell'arbitro bancario finanziario), ma in virtù delle disposizioni in tema di conciliazione previste dal d. lgs. n. 5/2003. In particolare esso è l'organismo costituito da un'associazione (l'associazione “Conciliatore BancarioFinanziario – Associazione per la soluzione delle controversie bancarie, finanziarie e societarie - ADR”) composta da alcuni istituti di credito (Banca Antonveneta, Banca Intesa, Banca Monte dei Paschi di Siena, Banca Nazionale del Lavoro, Banca Popolare dell'Emilia Romagna, Unione di Banche Italiane, Banco Popolare di Verona e Novara, Capitalia, Sanpaolo IMI, Unicredito) su base, dunque, volontaria. A tale organismo hanno aderito numerosi altri soggetti che fanno contare, ad oggi, più di 900 associati.

L'organismo, che si è dotato di un proprio regolamento di procedura, è competente a gestire conciliazioni delle controversie elencate all'art. 1 d. lgs. n. 5/2003: *a)* rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative; *b)* trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti; *c)* patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341-*bis* del codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-*bis*, ultimo comma, del codice civile; *d)* rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa; *e)* materie di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio; *f)* credito per le opere pubbliche.

Tale organismo rientra tra quelli iscritti al registro tenuto presso il Ministero della giustizia, che ne ha certificato il possesso dei requisiti di serietà e efficienza richiesti dalla riforma societaria.

Tra i due soggetti vi sono molteplici differenze. La prima riguarda, appunto, la fonte che ne prevede la costituzione: nel caso dell'arbitro bancario finanziario, si tratta di una espressa previsione normativa, che pure ha rinviato alle disposizioni regolamentari la costituzione e la regolamentazione; nel caso del conciliatore bancario, invece, si tratta di una iniziativa volontaria, in base alla quale si è costituito un organismo che ha ottenuto l'accreditamento ministeriale; la seconda differenza è relativa all'ambito di applicazione, che nel caso dell'arbitro bancario appare più ristretto di quello del conciliatore; la terza differenza è relativa alla tipologia di procedura che può essere gestita: nel caso dell'arbitro, infatti, questa è una procedura stragiudiziale di natura valutativo-aggiudicativa, diversa comunque dall'arbitrato e, semmai

più simile all'*ombudsman*; la seconda, invece, è (come indica il nome stesso) una vera e propria conciliazione, peraltro espressamente disciplinata dalle norme degli artt. 38 ss. d. lgs n. 5/2003.

Tuttavia, pur essendo chiare le differenze, deve valutarsi la compatibilità di tali modelli alla luce del prossimo mutamento del quadro normativo italiano in tema di conciliazione stragiudiziale.

La nuova normativa, infatti, dovrebbe prevedere l'abrogazione delle norme sulla conciliazione societaria, che verrebbero inglobate in una disciplina più generale, seppure non dissimile da quella degli artt. 38 ss. Ciò è vero non solo per quanto riguarda gli aspetti procedurali e il loro collegamento con il processo, ma anche per tutta la disciplina relativa all'accreditamento e all'iscrizione degli organismi che intendono gestire le relative procedure.

In particolare, il testo del decreto di prossima approvazione dovrebbe prevedere, all'art. 5 che "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a...contratti assicurativi, bancari e finanziari deve esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate". Ne consegue, dunque, che per le materie regolate dalla delibera CICR che ha istituito l'arbitro bancario, nonché per quelle relative ai servizi di investimento di cui al d. lgs. n. 179/2007, dovrà esperirsi un tentativo obbligatorio di conciliazione che viene considerato come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Ciò premesso, tale tentativo obbligatorio potrà essere esperito o presso la Consob (per le materie indicate dal d. lgs. n. 179/2007), o presso l'arbitro bancario finanziario (per le materie indicate dalla delibera del CICR e dal regolamento della Banca d'Italia), mentre per tutte le altre controversie relative genericamente a "contratti assicurativi, bancari e finanziari", presso uno degli organismi iscritti nel registro ministeriale, ma in attuazione delle nuove norme e non più delle norme del d. lgs. n. 5/2003 che sarà abrogato; tra questi organismi, dunque, anche il conciliatore bancario, in seguito alla sua iscrizione al nuovo registro secondo le norme regolamentari che verranno adottate.

8.6. LA CONCILIAZIONE IN MATERIA DI ATTIVITÀ DI TINTOLAVANDERIE

La conciliazione trova una sua collocazione anche all'interno della legge n. 84/2006 recante "disciplina dell'attività professionale di tintolavanderia".

Curiosamente, infatti, il comma 2, lett. e) dell'art. 3, rubricato "Competenza delle regioni", recita "Le competenze svolte dalle regioni ai sensi del comma 1 sono volte al conseguimento delle seguenti finalità: e) promuovere, d'intesa con le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, la costituzione, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della l. 29 dicembre 1993, n. 580, di commissioni arbitrali e conciliative per la definizione, con la partecipazione delle organizzazioni rappresentative delle imprese e delle associazioni di tutela di interessi dei consumatori, delle controversie tra imprese del settore e

consumatori, ferma restando l'applicazione degli usi accertati e raccolti dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, con particolare riferimento agli usi negoziali o interpretativi”.

Con tale disposizione sembra che il legislatore abbia dimenticato il percorso normativo sino ad oggi compiuto e, soprattutto, la scelta operata in tema di conciliazione in occasione della riforma societaria.

Dal punto di vista sistematico, ancora una volta (come era già avvenuto in tema di *franchising*) la norma fa riferimento alla promozione di commissioni conciliative presso le Camere di commercio, non tenendo conto dell'apertura al mercato degli altri enti, pubblici e privati, per la gestione dei tentativi di conciliazione.

Differentemente da quanto avvenuto con la legge n. 129/2004, in questa occasione il legislatore non ha però stabilito una competenza esclusiva, peraltro radicata anche territorialmente; la norma in commento, infatti, si limita a stabilire iniziative di promozione, disposte dalla normativa regionale, per la costituzione di enti di conciliazione, frutto di una concertazione tra le rappresentanze coinvolte (imprese da un lato e consumatori dall'altro).

Per come è congegnata, la norma pare di dubbia utilità. Non che in questo settore le procedure conciliative non siano in grado di offrire vantaggi dal punto di vista procedurale ed economico; del resto è proprio l'esperienza che lo dimostra, dato che già in numerose province sono stati sottoscritti protocolli d'intesa tra associazioni di categoria e associazioni di consumatori per la promozione della conciliazione camerale come metodo di risoluzione alternativo delle controversie.

Semmai appare criticabile che essa preveda l'istituzione delle commissioni camerali di conciliazione come uno degli obiettivi della legislazione regionale, quale stimolo per il dialogo tra imprese e consumatori. Infatti, se la *ratio legis* era quella di promuovere la conciliazione in materia di tintolavanderie presso le Camere di commercio, sarebbe stato sufficiente il generale richiamo all'art. 2, comma 4, lett. a), legge n. 580/1993, la quale già dispone che le Camere di commercio possano istituire commissioni conciliative (ed arbitrali) per la risoluzione alternativa delle controversie tra imprese e consumatori.

Anche dal punto di vista sostanziale, lascia perplessi la scelta di rimettere alle competenze normative delle regioni la promozione di commissioni conciliative e arbitrali, con la partecipazione delle organizzazioni rappresentative delle imprese e delle associazioni di tutela di interessi dei consumatori, non tanto per sfiducia

nell'esercizio di tali competenze, quanto invece per il fatto che l'obiettivo posto dalla norma esula dall'esercizio di un potere strettamente normativo.

A meno che non si voglia pensare che il legislatore abbia inteso istituire una sorta di sezioni specializzate presso le Camere di commercio, destinate alle conciliazioni in materia di tintolavanderie; lettura che, *ictu oculi*, appare abnorme.

La norma in commento, poi, nell'individuare un ruolo delle associazioni di categoria per la costituzione delle commissioni, non tiene conto dei risultati operativi cui il sistema camerale è pervenuto nello strutturare i servizi di conciliazione.

A parte la compatibilità dal punto di vista terminologico con la legge n. 580/1993 (la quale anch'essa si riferisce a «commissioni» conciliative), la legge n. 84/2006 non tiene conto che il modello di conciliazione ormai invalso nel sistema camerale è monocratico, affidato ad un conciliatore singolo; la lettera e) dell'

art. 2, invece, sembra quasi sottintendere un modello collegiale nel quale siano rappresentati paritariamente sia i consumatori che le imprese.

Ciò premesso deve anche criticarsi il riferimento indifferenziato alle commissioni conciliative ed arbitrali, mettendo sullo stesso piano strumenti e procedure del tutto differenti: differenze che si accentuano, dal punto di vista empirico, anche tenendo in considerazione la tipologia ed il valore delle controversie relative al settore delle tintolavanderie, che renderebbero quantomeno inusuale il deferimento in arbitri di una controversia.

Infine appare piuttosto oscuro anche il riferimento agli usi negoziali e interpretativi, la cui rilevazione costituisce uno dei compiti storici delle Camere di commercio.

Con ciò non si vuol negare che potrebbero essere trovati interessanti collegamenti tra l'utilizzo delle procedure conciliative e l'uso relativo all'inserimento nei contratti delle relative clausole o quantomeno all'impegno sul ricorso preventivo alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie.

La norma dice però qualcosa di diverso; la promozione delle commissioni conciliative, infatti, deve avvenire "ferma restando la competenza..." in tema di rilevazione degli usi da parte delle Camere di commercio. A tal proposito vale la pena ricordare che la rilevazione degli usi è un'attività necessariamente e logicamente successiva all'attività di promozione delle commissioni di conciliazione: un uso può essere infatti rilevato solo quando esso si sia affermato nel tempo in un determinato settore commerciale locale, anche in seguito ad un'efficace promozione (anche a livello normativo) di determinate pratiche.

9. LE A.D.R. NEL CODICE DEL CONSUMO

9.1. L'ART. 140 COD. CONS.

L'art. 140 costituisce la trasposizione dell'art. 3 legge n. 281/1998, in tema di azione inibitoria collettiva, con gli opportuni adattamenti sul testo che si sono resi necessari alla luce delle modifiche legislative insorte successivamente all'entrata in vigore della legge quadro sui diritti dei consumatori; tuttavia non mancano alcune importanti novità.

Per quanto riguarda gli adattamenti necessari va, innanzitutto, segnalato il riferimento ai soggetti che, nell'ambito della procedura inibitoria, sono legittimati a

tentare preventivamente una conciliazione. Già il testo originario dell'art. 3 legge n. 281/1998, che faceva espresso riferimento soltanto alle associazioni dei consumatori indicate all'art. 5 della medesima legge (associazioni rappresentative a livello nazionale ed iscritte all'elenco istituito presso il Ministero dell'Industria), era stato oggetto di modifica. Infatti, in seguito all'attuazione della direttiva 98/27/CE relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, il cui recepimento è avvenuto con il d. lgs. n. 224/2001, tale legittimazione era stata estesa anche agli «organismi pubblici indipendenti, e le organizzazioni riconosciuti in altro Stato dell'Unione europea ed inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi dei consumatori, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee» (inseriti in un apposito art. 1-*bis* della legge n. 281/1998).

Nel testo del Codice del consumo, l'art. 140 dà conto di tale modifica: il secondo comma, infatti, riconosce la legittimazione ad esperire un tentativo di conciliazione sia alle associazioni rappresentative a

livello nazionale di cui al primo comma, sia agli organismi pubblici indipendenti e alle organizzazioni, riconosciuti in altro Stato dell'Unione europea, di cui all'attuale art. 139, comma 2. In tal modo l'art. 140 risolve l'annosa querelle che ha impegnato sia la dottrina che la giurisprudenza rispetto alla legittimazione all'azione inibitoria *ex lege* n. 281/1998 e quella prevista all'art. 1469-*sexies* c.c. per l'inibitoria delle clausole vessatorie inserite nei contratti dei consumatori.

Stante la diversa formulazione delle due norme, che nel caso del codice civile non richiedeva alle associazioni legittimate la rappresentatività a livello nazionale che invece richiedeva la legge n. 281/1998, gli interpreti si sono chiesti se il legislatore avesse volutamente introdotto differenti requisiti di legittimazione ovvero se si trattasse di una macroscopica svista.

Alla luce di questa dicotomia si è anche affermato, in linea con parte della giurisprudenza, che si trattasse di criteri del tutto differenti, poiché la norma codicistica intendeva far riferimento ad un criterio di rappresentanza che non condivideva nulla con quella a livello nazionale, individuata dalla legge quadro, e che rientrasse tra le valutazioni di merito da parte del giudice (chiamato dunque, caso per caso, a valutare la sussistenza — in capo ad una determinata associazione anche locale — di un'adeguata rappresentanza degli interessi dei consumatori coinvolti rispetto alla fattispecie concreta).

Il decimo comma dell'art. 140, invece, dispone che “per le associazioni di cui all'art. 139 l'azione inibitoria prevista dall'art. 37 in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, si esercita ai sensi del presente articolo”.

Dunque il legislatore del Codice del consumo, nell'inserire la disciplina contenuta nel Capo XIV *bis* c.c. in tale testo unico, ha inteso stabilire che le associazioni legittimate ad esperire un'azione per l'inibitoria delle clausole vessatorie siano solo quelle rappresentative a livello nazionale, secondo quanto disposto dall'art. 139.

Ma c'è di più; infatti, contrariamente al regime ante riforma, si è inteso stabilire che le modalità con cui debba avvenire tale azione siano quelle stabilite all'art. 140, con la possibilità di esperimento del tentativo preliminare di conciliazione dinanzi alla Camera di commercio competente per territorio, ovvero ad uno degli altri enti di cui all'art. 141. Alla luce di tale modifica neppure il singolo consumatore potrà agire *ex art.* 140 (come non avrebbe potuto farlo *ex art.* 3 legge n. 281/1998); questi avrà

comunque la facoltà di esperire un tentativo di conciliazione in Camera di commercio o in un altro degli enti di cui all'art. 141, secondo le norme generali.

Ci si è correttamente chiesti se tale legittimazione spettasse esclusivamente alle associazioni rappresentative degli interessi dei consumatori e non anche al professionista o all'associazione rappresentativa a livello nazionale degli interessi di tale categoria. Dal silenzio della norma è possibile argomentare che il legislatore abbia in realtà optato per una maggiore tutela dei diritti della parte debole del contratto, fornendo ad essa uno strumento che — se collocato nell'ambito sistematico della disposizione — ha delle indubbie valenze dal punto di vista giuridico (una su tutte l'esecutività del verbale di conciliazione) ed offre una tutela effettiva dei diritti violati. *Nulla quaestio*, invece, per quanto riguarda la legittimazione passiva, essendo possibile invitare al tentativo di conciliazione tanto il singolo professionista quanto l'associazione rappresentativa.

Dal punto di vista della disciplina della procedura conciliativa non possono essere segnalate novità, in quanto i commi terzo e quarto riproducono pedissequamente il testo dell'art. 3 legge n. 281/1998. Innanzitutto è utile sottolineare come essa, costituendo il *trait d'union* esistente tra questa disposizione e quelle di cui alla direttiva 98/27/CE sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento una tipologia di procedura "collettiva", utilmente esperibile per quelle liti che vertono «su rapporti che non presentano le caratteristiche strutturali tipiche delle relazioni interindividuali essendo espressione di più vasti problemi che richiedono l'applicazione di criteri di equità sociale distributiva. Sono state così superate tutte le questioni che si erano sollevate circa la validità di accordi transattivi conclusi tra associazioni di consumatori ed un professionista, che avessero ad oggetto interessi collettivi, a causa della presunta indisponibilità di tali interessi.

Il tentativo di conciliazione disciplinato è un tentativo preventivo, rispetto al giudizio ordinario, ma non obbligatorio; dunque esso non assurge a condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Tale conclusione può esser tratta proprio dalla lettera della norma: essa infatti dispone che le associazioni rappresentative a livello nazionale "possono" attivare il tentativo "prima del ricorso al giudice".

Un'importante novità introdotta dal codice è quella relativa agli organismi presso cui è possibile esperire il tentativo di conciliazione che non sono soltanto le Camere di commercio cui si faceva riferimento con la legge n. 281/1998, ma tutti gli organismi che saranno inseriti nell'elenco di cui all'art. 141, in quanto rispettino i principi comunitari in tema di ADR di consumo.

La norma tace su ogni ulteriore aspetto della procedura; da ciò dovrà dedursi che troveranno applicazione i regolamenti degli enti di volta prescelti dalle parti, nel rispetto delle indicazioni delle Raccomandazioni della Commissione europea nn. 98/257/CE e 01/310/CE (entrambe richiamate all'art. 141).

L'unica indicazione espressamente contenuta all'ult. cpv. del comma 2 è che la procedura deve comunque essere conclusa entro sessanta giorni: non trattandosi di una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, sembra che possa riconoscersi a questo termine le caratteristiche di un termine dilatorio, e dunque derogabile su accordo delle parti.

Nonostante ciò, non è chiaro quale sia il *dies a quo* per il decorso di detto termine, che potrebbe essere alternativamente individuato dalla richiesta di attivazione della procedura presso l'organismo adito; dalla ricezione della domanda di conciliazione da parte del professionista; dalla data della sua risposta (sia che egli intenda aderire al tentativo sia che rifiuti), ovvero dal termine inutilmente spirato entro il quale il professionista deve comunicare la sua intenzione di aderire o meno alla procedura; dalla nomina del conciliatore.

Venendo alle previsioni circa le conseguenze dell'esperimento del tentativo di conciliazione, si deve sottolineare che il legislatore, come aveva fatto nella precedente versione del 1998, intende attribuire un incentivo importante alla conciliazione in materia di consumo, prevedendo l'esecutività del verbale, anche se la conciliazione è facoltativa e non obbligatoria.

L'art. 140, comma 3, prevede che tale verbale venga sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell'organismo di composizione extragiudiziale prescelto. Come era già avvenuto con riguardo all'art. 3

legge n. 281/1998, ci si chiede anche rispetto al testo attuale, se il rappresentante dell'organismo debba coincidere con il conciliatore, ovvero il funzionario o il rappresentante legale.

Nel primo caso la soluzione prospettata sarebbe più conforme alla procedura di conciliazione ed al ruolo che rispetto ad essa viene ad assumere il conciliatore. Tale soluzione imporrebbe di sottolineare l'imprecisione nel linguaggio utilizzato dal legislatore (sia quello del '98 sia quello dell'attuale codificazione) in quanto ben si sarebbe potuto fare riferimento esplicito al conciliatore piuttosto che al rappresentante dell'organismo.

Negli altri due casi, invece, la soluzione sembrerebbe incongruente rispetto al ruolo che il funzionario o il rappresentante legale dovrebbero assumere rispetto allo svolgimento della procedura.

L'individuazione del soggetto che realmente è chiamato a sottoscrivere insieme alle parti è importante anche con riferimento all'atto che il legislatore individua come «verbale di conciliazione». Esso, infatti, dovrebbe essere l'atto con il quale si indicano gli estremi dell'accordo con cui le parti hanno dato soluzione alla controversia (*id est* un nuovo contratto).

Se così è, la sottoscrizione da parte del conciliatore non sarebbe sempre la più coerente: infatti, mentre potrebbe essere giustificata in tutte le procedure valutative, ovvero nelle procedure in cui il conciliatore formula una proposta di soluzione, magari anche vincolante per le parti, questa risulta meno giustificata nei casi di procedure facilitative, nelle quali il terzo interviene soltanto allo scopo di porre le parti in comunicazione tra loro, al fine di metterle nella condizione di cercare una soluzione soddisfacente alla lite.

Tale osservazione è rilevante se si tiene conto del fatto che l'art.141 cod. cons. richiama espressamente entrambe le procedure, attraverso il rinvio ai principi delle Raccomandazioni comunitarie del 1998 e del 2001.

Il verbale di conciliazione può ottenere efficacia di titolo esecutivo con l'omologazione da parte del giudice competente: il giudizio di omologazione avrà ad oggetto, per dettato normativo, esclusivamente la regolarità formale del verbale.

Cosa debba essere oggetto di tale controllo formale va evinto dalla norma: innanzitutto che si tratti di una controversia che attenga la violazione di un interesse collettivo; poi che l'associazione rientri tra quelle di cui al primo comma dell'art.140,

ovvero al secondo comma dell'art.139; infine che il verbale sia sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Parte della dottrina, però, si discosta da questa impostazione ritenendo che il giudice debba controllare anche il rispetto del principio del contraddittorio, delle fondamentali garanzie di difesa; indipendenza e neutralità del conciliatore; nonché la sussistenza di tutti gli elementi in base ai quali il consumatore abbia potuto partecipare in maniera consapevole, anche tenuto conto delle finalità cui la legge si ispira.

La norma, invece, non specifica a chi competa il diritto alla richiesta di omologazione: non certo alla Camera di commercio o ad uno degli altri organismi citati dalla norma, che potranno agire solo su impulso di entrambe le parti; negli altri casi sarà la parte interessata a provvedere alla relativa richiesta presso il tribunale competente. Neppure si dice alcunché a proposito delle finalità cui tende l'esecutività, con particolare riguardo all'esecuzione in forma specifica: sembra che non vi siano dubbi nell'includere anche tale ipotesi.

Ci si è chiesti come vada coordinata la norma del comma 3 con quella del comma 5, che dispone "in ogni caso l'azione di cui al comma 1 può essere proposta solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla

data in cui le associazioni abbiano richiesto al soggetto da esse ritenuto responsabile, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti”. In particolare, già in occasione della legge n. 281/1998, ci si è chiesto se vi fosse la necessità di richiedere la cessazione del comportamento lesivo, nei modi previsti, anche in esito al fallimento del tentativo di conciliazione.

La dottrina maggioritaria ha dato risposta positiva al quesito, argomentando tale indicazione sull'inciso “in ogni caso”. Tuttavia altra parte della dottrina, riferendosi peraltro ad una nota pronuncia giudiziale, ha ritenuto di negare questa opinione affermando di contro che se la richiesta di cessazione è finalizzata ad una presa di contatto tra gli interessati per facilitare una possibile intesa preventiva, non si vede quale sia l'utilità di tale procedura dopo il fallimento del tentativo di conciliazione.

Semmai, sempre a parere di tale dottrina, le due procedure potrebbero essere esperite contestualmente. Com'è noto la legge n. 281/1998 era stata novellata in virtù delle disposizioni di cui all'art. 11 l. n. 39/2002 (legge comunitaria 2001), al fine di completare l'attuazione della direttiva 98/27/CE: in virtù di tale novella venne inserito un nuovo comma, il 5-*bis*, che recita “in caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio di cui al comma 1, ovvero previsti dal verbale di conciliazione di cui al primo comma, ovvero previsti dal verbale di conciliazione di cui al quarto comma, il giudice, anche su domanda dell'associazione che ha agito in giudizio, dispone il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1032 euro, per ogni giorno di ritardo rapportato alla gravità del fatto. Tale somma è versata all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnata con decreto del Ministero delle Attività produttive, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori”.

Il testo del settimo comma dell'art.140 riporta la medesima norma con alcuni aggiustamenti di carattere prevalentemente formale. A parte tali correzioni, essa estende la sanzione per l'inadempimento anche agli obblighi sottoscritti in sede di redazione del verbale, successivamente omologato.

Ciò ha sollevato diversi dubbi interpretativi. Innanzitutto si riconosce al giudice il potere di disporre il pagamento per ogni giorno di ritardo nell'adempimento; mentre

ciò non pone alcun problema circa il provvedimento inibitorio, lo pone invece per il verbale di conciliazione rispetto al quale il giudice non è intervenuto in alcun modo, se non per l'omologazione che viene concessa previa indagine puramente formale del verbale. Non potendo attribuire al giudice alcun potere comminatorio per l'adempimento di impegni contrattuali che sono solo le parti ad aver voluto e sottoscritto, si è sostenuto che vi fosse la necessità di individuare un autonomo potere sulla base dei principi generali del codice di rito, in tema di esercizio delle azioni dinanzi al giudice. A questa tesi è stato giustamente risposto che i tempi e la natura del giudizio ordinario di cognizione mal si coniugano con le esigenze della tutela inibitoria; pertanto «non resta che ipotizzare che sia il giudice che dichiara esecutivo con decreto il verbale di conciliazione a disporre, contestualmente, il pagamento di una somma di denaro per il caso di inadempimento degli obblighi previsti dal verbale di conciliazione.

La norma poi prevede che il giudice disponga il pagamento anche su domanda dell'associazione che ha agito in giudizio; poiché nel giudizio inibitorio il giudice può provvedere su istanza della parte che ha agito in giudizio ovvero d'ufficio, si ritiene che nel caso di specie il giudice che omologa il verbale disponga anche il pagamento della somma di denaro su impulso della associazione che abbia proposto la domanda di conciliazione e sia anche parte attrice del giudizio, ovvero d'ufficio.

È stato tuttavia segnalato quanto sia singolare che il giudice, dapprima chiamato ad una mera indagine formale, possa anche effettuare una valutazione tutt'altro che formale, quale la gravità del reiterato inadempimento degli obblighi assunti, in base alla quale disporre l'onere del pagamento.

Il comma 6 dell'art.140 introduce una norma di grande interesse e di notevole innovazione rispetto al precedente art.3 legge n. 281/1998, con riguardo al collegamento con l'eventuale azione giudiziaria, anche in via esecutiva, che sia stata intrapresa o debba intraprendersi.

Nel primo caso, infatti, la conciliazione non avrà efficacia di condizione di procedibilità della domanda giudiziale; dunque le associazioni o gli altri soggetti legittimati potranno comunque intentare un'azione dinanzi al giudice competente e il professionista dovrà comunque costituirsi in giudizio secondo le regole generali del processo civile. Nel secondo caso, invece, pur essendo incardinata una causa, sia con il rito ordinario sia con quello esecutivo, potrà utilmente essere esperito il tentativo di conciliazione su iniziativa della parte convenuta.

Per quanto riguarda la legittimazione attiva, la norma in esame prevede che il professionista (o l'associazione dei professionisti) che sia stata intimata, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, alla cessazione di un determinato comportamento lesivo degli interessi collettivi dei consumatori, ovvero che sia stata chiamata in giudizio per vedere accertata dal giudice tale condotta, possa invitare l'associazione dei consumatori (o uno degli altri soggetti legittimati di cui si è detto dinanzi) ad esperire un tentativo di conciliazione.

Tuttavia, in linea con i principi generali in materia di conciliazione, non sembrerebbe logico precludere tale legittimazione anche alle associazioni dei consumatori e agli altri soggetti di cui all'art. 139, comma 2; in questo caso, semmai, nel silenzio della legge, non potranno applicarsi le norme previste dall'art. 140, commi 3 e 4.

L'accordo eventualmente raggiunto in esito ad una conciliazione promossa dalle associazioni in via non preventiva, ma contemporanea al giudizio civile, avrà effetto meramente contrattuale e non potrà avere efficacia di titolo esecutivo.

Sempre a riguardo della norma del sesto comma, resta da chiarire il ruolo del giudice dinanzi al quale la causa viene instaurata; l'ultimo capoverso della norma, infatti, si limita a disporre che la favorevole conclusione della procedura conciliativa, naturalmente consacrata in un contratto (l'accordo di conciliazione appunto), sarà valutata ai fini della cessazione della materia del contendere.

Tuttavia, nonostante questa disposizione, che risponde alla ratio delle norme sul processo civile, il legislatore del Codice non dice null'altro, specie con riguardo ai poteri del giudice nel caso in cui le parti intendano — nelle more del giudizio — esperire un tentativo di conciliazione. In questi casi, il giudice che si trovi dinanzi ad una richiesta del convenuto di esperimento del tentativo di conciliazione (sempre che controparte intenda aderirvi), non potrà far altro che disporre un rinvio al fine di consentire alle parti di adempiere a quanto richiesto.

Gli ultimi due commi dell'art. 140, sono dedicati ad alcune previsioni specifiche relative alla materia dei servizi pubblici. L'undicesimo comma, infatti, ribadisce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sancita dall'art.33 d.lgs. n. 80/1998. A sua volta, questa disposizione fa riferimento, nel primo comma, ai settori disciplinati dalla legge n. 481/1995, tra cui, il legislatore ha specificato (al comma 2), quelli: a)

concernenti la istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana; *b)* tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi; *c)* tra le amministrazioni pubbliche e i soci di società miste e quelle riguardanti la scelta dei soci; *d)* in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi; *e)* aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale; *f)* riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona e delle controversie in materia di invalidità. Alla luce di tale rinvio, sembra che il legislatore del Codice abbia inteso ribadire la competenza del giudice amministrativo non per escludere la possibilità di esperire, in tali materie, tentativi di conciliazione con una pubblica amministrazione, quanto invece per sottolineare che le competenze attribuite dai commi precedenti dell'art. 140 al giudice civile, in composizione monocratica, devono intendersi attribuite al giudice amministrativo nelle materie dei servizi pubblici.

Naturalmente questa impostazione può valere esclusivamente con riferimento al primo comma dell'art. 33 d.lgs. n. 80/1998, non potendosi applicare anche al secondo comma che, dal canto suo, si riferisce invece a rapporti e contratti che non coinvolgono uno o più consumatori.

L'undicesimo comma, con il rinvio alla legge n. 481/1995, richiama certamente la norma dell'art. 2, comma 24, di tale legge sulla quale ci si è trattenuti in precedenza.

Il dodicesimo comma, invece, nell'escludere la materia relativa alle controversie in materia di comunicazioni, ribadisce che i tentativi di conciliazione vadano esperiti secondo le modalità sancite dalla legge n. 249/1997.

9.2. L'ART. 141 COD. CONS.

Le modifiche apportate dal d. lgs. n. 221/2007 all'articolo 141 cod. cons. sono prevalentemente formali; tuttavia, ad esse possono essere legate alcune importanti considerazioni di ordine sostanziale.

Innanzitutto, la prima significativa modifica è quella che ha riformulato interamente il comma 2, che – nella versione precedente – non brillava certo per chiarezza espositiva.

In realtà anche in precedenza la *ratio* sottesa alla disposizione era piuttosto chiara: il legislatore del Codice del consumo intendeva introdurre nel testo unico delle disposizioni a tutela dei consumatori, una norma generale che dichiarasse il *favor* dell'ordinamento verso forme di risoluzione extragiudiziale delle controversie di consumo, almeno quelle relative alle materie disciplinate dal Codice.

Il legislatore italiano, quindi, in conseguenza di tale scelta, si uniformava pienamente agli orientamenti comunitari, peraltro espressamente richiamati, aggiungendo alla norma del comma 1, qualcosa in più.

In primo luogo la scelta verso modelli volontari: il comma 1 dell'art. 141 cod. cons. disponeva, e

dispone tuttora, che sono le parti a scegliere se fare ricorso alle procedure extragiudiziali per tentare di risolvere amichevolmente una controversia di consumo.

L'opzione dei tentativi obbligatori è, dunque, confinata ad una eccezione, oggetto di norme specifiche (come nel caso della normativa in tema di controversie sui servizi di telecomunicazioni, di cui all'art. 1, comma 11, legge n. 249/1997, che prevede – appunto – un tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie tra utenti e gestori dei servizi di telecomunicazioni, disciplinato dalla delibera 173/07/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni).

Accanto alla scelta verso modelli facoltativi ve n'è un'altra, che è quella verso modelli amministrati, in altre parole affidati ad organismi che gestiscano le procedure sulla base di un regolamento e di tariffe accessibili a tutti.

Tale scelta assume connotati particolarmente significativi: in primo luogo, ed opportunamente, il legislatore del Codice del consumo ha fatto espresso richiamo ai principi comunitari in materia di risoluzione extragiudiziale delle controversie di consumo, menzionando espressamente la raccomandazione 98/257/CE e la raccomandazione 01/310/CE le quali, rispettivamente, dettano principi in tema di procedure valutative e facilitative.

Tra queste possono essere inserite, seppure in maniera implicita, le procedure paritetiche.

Se, dunque, in ossequio al principio di volontarietà, le parti sono libere di scegliere i metodi procedurali che preferiscono, non di meno il legislatore italiano, in linea con le indicazioni comunitarie, ha inteso comunque fissare i principi applicabili ai diversi metodi, onde garantire al consumatore l'accesso a strumenti validi ed efficaci, poiché non ripropongono gli squilibri contrattuali ed economici che hanno dato origine alla

controversia.

Su queste basi però il legislatore domestico fa un passo in più rispetto a quello comunitario che, nelle varie iniziative legislative, si è limitato a chiedere la segnalazione degli organismi e delle relative attività alla Commissione europea onde assolvere ad un onere informativo e conoscitivo, ma anche di trasparenza nei confronti dei consumatori europei, anche al fine di incentivare l'utilizzo e la fiducia in queste procedure.

Il passo in avanti compiuto dal legislatore del Codice del consumo consiste nell'aver immaginato un sistema di iscrizione ad un registro, tenuto presso il Ministero dello sviluppo economico (come viene menzionato grazie alle modifiche del d. lgs. n. 221/2007), d'intesa con il Ministero della giustizia.

Tale elenco assolve (per un verso) al compito di fare una "fotografia dell'esistente", relativamente ai vari organismi esistenti in Italia, con riguardo alle tipologie di procedure che essi applicano (facilitative, e quindi sottoposte ai principi della raccomandazione del 2001 ovvero valutative e sottoposte a quelli della raccomandazione del 1998); in secondo luogo, però, offre un'ulteriore garanzia poiché la pubblicità notizia offerta dall'iscrizione al registro ministeriale rende edotti i consumatori sul rispetto di tali principi e quindi sul tipo di procedura applicabile, anche in considerazione della previsione relativa alla non vessatorietà delle clausole inserite nei contratti, che a tali organismi facciano riferimento.

Sotto tale profilo, peraltro, il legislatore ha già avviato un vero e proprio *trend* legislativo, inaugurato con la riforma del diritto societario (e le norme sulla conciliazione in esso contenute), seguito dalla legislazione successiva più o meno direttamente.

Da ultimo, l'inserimento nell'elenco ministeriale, consente agli organismi di essere inseriti nella rete

comunitaria per la risoluzione delle controversie transfrontaliere di consumo, di cui alla menzionata risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 2000 (relativa alla istituzione di quella che è stata poi denominata la rete EEJ-Net, confluita nella rete ECC-Net).

Proprio su tale aspetto si è incentrata la più significativa modifica apportata a tale articolo.

Nella precedente versione si disponeva semplicemente che i dicasteri competenti avrebbero dovuto comunicare alla Commissione europea l'elenco degli organismi che, rispettivamente, applicassero i principi della raccomandazione del 1998 ovvero quelli della raccomandazione del 2001.

Nulla si aggiungeva relativamente alle modalità e ai tempi di tale iscrizione, al suo valore, alla possibilità di un'eventuale cancellazione e così via.

A parziale correzione di tale precedente formulazione è intervenuta proprio la modifica apportata dall'art. 18 del d. lgs. n. 221/2007, grazie alla quale si è specificato che il Ministero dello sviluppo economico, d'intesa con quello della giustizia (che è già competente per il registro degli organismi di conciliazione societaria), dovrà emanare un decreto di natura non regolamentare con il quale si dovranno specificare proprio le disposizioni relative all'elenco e, quindi, si auspica quella relativa alla sua organizzazione, alle modalità di iscrizione da parte degli organismi, alle procedure di valutazione delle domande, alle possibili cause di esclusione, alle modalità di comunicazione alla Commissione europea ed infine alle modalità di inserimento nella rete comunitaria di risoluzione delle controversie transfrontaliere, di cui alla

richiamata risoluzione del Consiglio del 2000.

La nuova formulazione della norma, dunque, appare più organica e coerente della precedente. Il secondo capoverso della attuale formulazione (che era il primo nel 2006) segue logicamente la disposizione relativa proprio alle modalità di redazione dell'elenco ministeriale.

L'altra modifica apportata al comma 3 è invece relativa ad una mera svista, molto frequente anche in altre disposizioni di legge, nella citazione della norma della legge di riforma del sistema camerale che all'art. 2, comma 4 (e non all'art. 4 come nella precedente versione) affida alle Camere di commercio il compito di istituire commissioni conciliative ed arbitrali per la risoluzione alternativa delle controversie tra imprese e consumatori.

Dunque, le modifiche della norma in commento appaiono piuttosto minimali; ciò nonostante quella che desta motivi di interesse è relativa al comma 2, la cui nuova formulazione, come detto, appare più coerente e logica e consente di porre in rilievo alcuni aspetti di non poco momento.

In primo luogo viene ribadita una impostazione che, come riferito dinanzi, costituisce un vero e proprio *trend* legislativo: la necessità di un accreditamento dei soggetti cui viene affidata la gestione delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie.

Sotto questo aspetto l'Italia, peraltro, ha anticipato – con la riforma del diritto societario e l'istituzione del registro degli enti presso il Ministero della giustizia – le osservazioni che già erano contenute nel Libro Verde della Commissione europea sui metodi di risoluzione alternativa delle controversie del 2002.

Già in quella sede, come si è detto in precedenza, le istituzioni comunitarie si erano domandate se fosse utile un accreditamento che svolgesse una funzione di garanzia, in ordine alla loro organizzazione, alla formazione e alla responsabilità.

A tale disposizione fa eco la direttiva 2008/52/CE, che ha ribadito la necessità di garantire negli

ordinamenti nazionali “efficaci meccanismi di controllo della qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione” (*considerando* n. 16, ribadito all’art. 4).

Tra questi sistemi efficaci può essere fatta rientrare proprio una forma di accreditamento che salvaguardi la verifica sul rispetto dei principi comunitari, specie per quanto riguarda le procedure di soluzione extragiudiziali delle controversie di consumo, e sulla qualità della formazione dei conciliatori.

Al di là del contesto comunitario, la legislazione sulla conciliazione nel diritto societario e la scelta in essa compiuta di una vera e propria abilitazione degli organismi, ha lasciato il segno sulla legislazione successiva.

La norma in commento rappresenta, infatti, pur non richiamando espressamente quelle degli artt. 38 ss. d. lgs. n. 5/2003, si ispirano alla medesima filosofia: introdurre un meccanismo di accreditamento per una maggiore garanzia di qualità delle procedure.

Nonostante tale richiamo, l’art. 141 cod. cons. ha alcuni caratteri del tutto peculiari. In primo luogo non si parla di un vera e propria abilitazione, ma della formazione di un elenco che ha una mera efficacia ricognitiva, per le istituzioni comunitarie e per i consumatori, delle strutture che si conformano ai principi della raccomandazione del 1998 e di quelle che, invece, si conformano ai principi della raccomandazione del 2001.

Nel silenzio della norma, sembra pacifico che gli organismi possano essere sia

pubblici che privati.

Si tratta, quindi, di una iscrizione che non abilita a svolgere detta attività, previo controllo di requisiti organizzativi e procedurali (come nel caso del registro societario), ma che ha una mera funzione pubblicitaria.

Nonostante tale diversa funzione, ciò non vuol dire che l’elenco cui fa riferimento l’art. 141 cod. cons. non abbia un suo rilievo; accanto alle questioni di cui si è dato conto, infatti, tale riferimento si deve leggere in combinato disposto con il comma 4, che stabilisce la non vessatorietà delle clausole – inserite nei contratti dei consumatori – che deferiscano agli organismi inseriti nell’elenco la gestione delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie relative a detti contratti.

Pertanto l’iscrizione all’elenco ha quantomeno l’efficacia certificativa del rispetto dei principi comunitari da parte degli organismi ad esso iscritti.

In ragione di tale ultima considerazione, resta da chiedersi quali siano le reali conseguenze relative alle procedure gestite da soggetti che non abbiano chiesto ovvero ottenuto l’iscrizione nell’elenco ministeriale: in particolare se questi siano comunque abilitati e se le clausole che ad essi facciano riferimento siano effettivamente valide ovvero nulle.

Con riguardo al primo aspetto si deve ricordare che non sembra potersi rinvenire nella norma l’intenzione di istituire un nuovo registro che abiliti alla gestione delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie di consumo.

Pertanto la mancata o non ottenuta iscrizione non dovrebbe avere alcuna conseguenza in ordine alla competenza degli organismi.

Certamente sembra potersi precludere l’inserimento dell’organismo non iscritti alla rete comunitaria degli enti di risoluzione extragiudiziale delle controversie transfrontaliere in materia di consumo.

Più dubbia invece è la conseguenza legata alla vessatorietà delle clausole; se, infatti, non pare difficile

leggere nella norma *de qua* l'intenzione del legislatore di escludere le procedure che comportano una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria (le cui clausole sono presuntivamente vessatorie ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. t) cod. cons.), non appare altrettanto pacifico che la mancata iscrizione nell'elenco sia, *ipso facto*, determinante in senso opposto.

E' ben vero che il rispetto dei principi contenuti nelle raccomandazioni, certificate dal Ministero in sede di iscrizione nell'elenco, supera la presunzione di vessatorietà poiché non vi sarebbe, in tali procedure, alcuno squilibrio tra le prestazioni richieste alle parti. Tuttavia non è automaticamente vero il contrario: la mancata certificazione degli organismi non determina necessariamente la vessatorietà delle clausole che ad essi facciano rinvio.

Meglio si dovrebbe dire che la mancata iscrizione di un organismo comporterà la vessatorietà della clausola che ad esso faccia riferimento ogni qual volta in cui la mancata iscrizione sia derivante da un giudizio da parte del Ministero che abbia accertato il mancato rispetto dei principi comunitari. Negli altri casi, come ad esempio può accadere per le ipotesi in cui un organismo non faccia richiesta di iscrizione al Ministero, la dichiarazione di vessatorietà deve necessariamente seguire una valutazione relativa all'effettiva conformità dei regolamenti di procedura adottati da detto ente ad una delle raccomandazioni europee, a seconda della tipologia di procedura prescelta.

E' evidente che un problema come questo sia più teorico che pratico, posto che –

come la tendenza in atto dimostra – ogni ente interessato a promuovere e gestire procedure A.D.R. in tema di consumo avrà tutto l'interesse a vedersi iscritto nell'elenco ministeriale.

Nonostante la lettura della norma, in merito alla natura dell'iscrizione all'elenco ivi previsto, sulla reale portata di tale disposizione è destinata ad incidere fortemente l'art. 16 dello schema di decreto legislativo in materia di conciliazione. Se, infatti, il testo dovesse entrare in vigore nella attuale impostazione, questa norma prevede che alle disposizioni dei DM nn. 222 e 223/2004, in via transitoria sino a quando il Ministro della Giustizia non ne emanerà di nuovi in attuazione di quanto previsto dall'art. 16, si conformano gli organismi di composizione extragiudiziale delle controversie di cui all'art. 141.

9.3. L'ART. 67-VICIES COD. CONS.

L'art. 67-*vicies*, rubricato “Composizione extragiudiziale delle controversie”, trova una sua collocazione sistematica all'interno della disciplina della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari; la peculiarità di tali servizi, la particolare debolezza che caratterizza il consumatore di tali servizi (che per loro natura sono maggiormente complessi di altri e, quindi, aggravano la asimmetria conoscitiva e contrattuale del consumatore) e le tecniche a distanza utilizzate per la commercializzazione di tali servizi, sembrano ragioni sufficienti per giustificare una norma *ad hoc* relativamente alla risoluzione alternativa delle controversie del settore.

Tuttavia v'è da chiedersi se sia effettivamente così: nel Codice del consumo, infatti, esiste già una norma, di portata generale (art. 141), espressamente rivolta a disciplinare tutte le procedure di risoluzione alternativa delle controversie di consumo, relative a tutti i rapporti tra consumatori e professionisti, o quantomeno a tutti i rapporti disciplinati dal Codice stesso.

Peraltro tale previsione comprende sia le procedure facilitative che quelle valutative, richiamando espressamente l'applicazione dei rispettivi principi comunitari, più volte richiamati.

Essa contempla, inoltre, l'istituzione di un sistema di procedure extragiudiziali affidate anch'esse ad organismi inseriti in un elenco tenuto dal Ministero dello sviluppo economico, d'intesa con il Ministero della giustizia.

Infine anche tale disposizione fa riferimento ad una rete comunitaria per la soluzione delle controversie di consumo (EEJ-Net).

Dinanzi ad una norma come quella appena richiamata ci si può quindi domandare se davvero fosse necessaria una disposizione specificamente rivolta alle A.D.R. nel settore dei servizi finanziari a distanza.

Ad un rinvio all'art. 141 cod. cons. non osterebbe, come si è visto, la peculiarità della materia; tuttavia ad esso non osterebbe neppure la corrispondente norma dell'art. 14 della direttiva 2002/65/CE, già recepita nell'art. 19 del d. lgs. n. 190/2005.

In particolare la disposizione comunitaria si limitava a promuovere l'istituzione di organismi per la gestione di procedure extragiudiziali, conformi ai principi comunitari e nazionali, senza alcuna indicazione espressa alla rete FIN-Net.

Indicazione che, invece, inopinatamente ha compiuto il legislatore del 2005 e che

ha ripetuto quello del 2007, in sede di integrazione e di modifica del Codice del consumo.

Peraltro si deve ricordare in questa sede che, così facendo, il legislatore italiano ha esteso i principi della rete FIN-Net (e, quindi, quelli della raccomandazione 98/257/CE) a tutte le procedure di risoluzione relative alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, ivi comprese quelle tra professionisti e consumatori residenti in Italia, laddove – invece – i principi appena richiamati sono esclusivamente applicabili alle controversie transfrontaliere, come si è visto in precedenza.

Tale scelta non appare giustificabile neppure alla luce di una esigenza di esplicitazione del vago riferimento alla cooperazione contenuto nell'art. 14 della direttiva del 2002: questa norma, infatti, allorché fa riferimento alla cooperazione tra gli organismi, si riferisce esclusivamente ed espressamente alle controversie transfrontaliere.

Essa, peraltro, appare ben più ampia, lasciando all'iniziativa degli Stati membri varie forme di cooperazione e non solo quella relativa alla rete FIN-Net.

Dal punto di vista sistematico, dunque, seppure non sembrerebbero sussistere ostacoli che avrebbero potuto far rientrare la previsione relativa alla composizione extragiudiziale delle controversie relative ai servizi finanziari a distanza nella più ampia disposizione relativa all'art. 141, l'espresso richiamo alla rete FIN-Net, intesa quale unica rete "abilitante" alla soluzione amichevole di dette controversie, costituirebbe l'unica giustificazione ad una previsione *ad hoc* inserita nella relativa disciplina sostanziale.

Accanto ai profili sistematici interni al Codice del consumo, un'ultima annotazione consente di porre in rilievo anche un mancato collegamento tra la disposizione in commento e le norme contenute nel d. lgs. n. 179/2007, relativo all'istituzione di una procedura di conciliazione extragiudiziale presso la Commissione Nazionale per le società e la borsa (Consob), relativamente alle controversie tra investitori, risparmiatori e intermediari finanziari, relativamente alla violazione degli obblighi contrattuali relativi a trasparenza, informazione e così via.

Coordinamento che sarebbe stato possibile anche alla luce dell'inciso contenuto nell'art. 67-*VICES* che fa

riferimento all'iniziativa ministeriale "sentite le autorità di vigilanza del settore". Diverso è, invece, il discorso relativo all'arbitro bancario finanziario per le controversie ad esso devolute, dato che la sua costituzione è successiva all'entrata in vigore delle norme in commento.

Le norme in parola, per la verità, traducono in maniera maldestra il dettato normativo comunitario.

In primo luogo l'art. 14 della direttiva 2002/65/CE affidava agli Stati membri le opportune iniziative per la promozione dell'istituzione di procedure extragiudiziali.

L'Italia, invece, già nel 2005 ed oggi, con la trasposizione di queste norme nel Codice del consumo, trasferisce ulteriormente tale iniziativa ai dicasteri individuati al comma 1, senza peraltro specificare secondo quali tempi e quali modalità ciò deve avvenire; l'unica indicazione in tal senso sono i vincoli di bilancio cui i Ministeri indicati devono rispettare nel promuovere tali iniziative.

A parte tale premessa, merita di essere sottolineato il riferimento alle "adeguate ed efficaci procedure extragiudiziali di reclamo e di ricorso", senza nessun riferimento espresso ad alcuna tipologia particolare.

Tale scelta, peraltro, è in linea con quella già compiuta nella redazione dell'art. 141 cod. cons. che, al riguardo, si riferisce proprio a tutte le "procedure di composizione extragiudiziale".

Qualche perplessità, semmai, lascia il riferimento al reclamo e al ricorso; quanto al primo, si deve ricordare che l'art. 67-ter cod. cons. alla lettera h) contiene una definizione di reclamo che, appunto, viene qualificata come "una dichiarazione, sostenuta da validi elementi di prova, secondo cui un fornitore ha commesso o potrebbe commettere un'infrazione alla normativa sulla protezione degli interessi dei consumatori".

Anche alla luce di tale definizione si può agevolmente dedurre che reclamo e ricorso sono semplicemente due specificazioni del generico riferimento alle procedure extragiudiziali, nel senso che il reclamo costituisce una forma diretta di confronto tra il consumatore e il professionista, che può sfociare in una soluzione direttamente individuata dai due protagonisti della controversia; il ricorso, invece, rappresenta l'introduzione di una procedura amministrata da un organismo ed affidata comunque al ruolo di un terzo neutrale ed indipendente rispetto alle parti.

Tali procedure devono essere conformi ai principi previsti dall'ordinamento comunitario e da quello nazionale: tale riferimento appare del tutto logico, anche in considerazione del ruolo propulsore dell'Unione europea sui temi delle A.D.R., specie di consumo, alle quali anche il legislatore nazionale in più occasioni si è uniformato. Nel settore dei consumi, infatti, c'è una piena coincidenza tra principi comunitari e nazionali in tema di A.D.R., come testimonia – ancora una volta – l'art. 141 cod. cons.

Il discorso potrebbe essere parzialmente differente, con riguardo alla conciliazione stragiudiziale, che costituisce una delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie, che – al di fuori dell'ambito consumeristico – ha ricevuto una autonoma regolamentazione sia a livello europeo, con la direttiva 2008/52/CE, sia a livello nazionale, con la conciliazione inserita nella riforma del diritto societario e, *de jure condendo*, con la normativa prevista dalla delega nella legge n. 69/2009.

Resta tuttavia da chiarire la fumosa formula legislativa, nella parte in cui fa riferimento proprio alla rete FIN-Net; l'articolo in commento, infatti, si riferisce alla promozione dell'istituzione di procedure (conformi ai principi nazionali e comunitari) "e che operano nell'ambito della rete europea relativa ai servizi finanziari".

Tale ulteriore riferimento lascia piuttosto perplessi, sia nella forma che nel contenuto.

Dal punto di vista formale, innanzitutto, non si comprende cosa il legislatore (del 2005 e del 2007) abbia voluto intendere: posto che non sembra corretto parlare di procedure che operano nella rete comunitaria (sono gli organismi, semmai, che vi operano), restano all'interprete due possibili soluzioni.

Da un lato, tale riferimento può significare che la competenza ad operare nell'ambito delle procedure extragiudiziali relative alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari è riservata agli organismi che fanno parte della rete FIN-Net, i quali operano nel rispetto dei principi comunitari e nazionali in tema di A.D.R.

Dall'altro lato, la congiunzione "e" potrebbe invece essere interpretata come un'ulteriore riferimento ai principi europei applicabili in tale materia, nel senso che le

procedure extragiudiziali relative ai servizi finanziari a distanza devono essere ispirate ai principi europei e a quelli italiani, con espresso riguardo però a quelli riconosciuti nell'ambito della rete FIN-Net, quindi a quelli relativi alle procedure valutative di cui alla Raccomandazione 98/257/CE, che quindi terminano con una decisione, più o meno vincolante, del terzo.

In questa seconda prospettiva, certamente preferibile anche per evitare un'ingiustificata competenza riservata solo ad alcuni soggetti (a fronte di una tendenza legislativa di allargamento di detta competenza), si deve concludere che - seppure i Ministeri competenti potrebbero riconoscere una abilitazione ad organismi diversi da quelli che hanno sottoscritto il *Memorandum* del 2001, relativo alla rete FIN-Net - tuttavia dovranno imporre l'applicazione dei suoi principi per la gestione delle procedure extragiudiziali

10. IL QUADRO NORMATIVO ATTUALE IN TEMA DI CONCILIAZIONE

Sulla base della lettura delle singole norme di cui si è dato conto, è possibile trarre alcune osservazioni generali relative alla regolamentazione della conciliazione in Italia, prima della prossima entrata in vigore del provvedimento governativo in materia.

Innanzitutto, e contrariamente a quanto possa ritenersi sulla base di un diffuso pregiudizio, sono molteplici le norme che prendono in considerazione strumenti alternativi di risoluzione delle controversie; in tale contesto, poi, quelle relative ai diritti dei consumatori costituiscono un ambito privilegiato per questo tipo di previsioni.

Sulla base di tale considerazione, addirittura, parte della dottrina parla di una vera e propria ossessione del legislatore, rapito dalle virtù salvifiche della conciliazione.

Ciò premesso, le caratteristiche peculiari di questa legislazione possono essere così riassunte:

i) favor per la conciliazione stragiudiziale:- la tendenza diffusa, sia a livello comunitario che a livello nazionale, denuncia un evidente *favor* per la conciliazione stragiudiziale, tra le diverse procedure di risoluzione alternativa delle controversie. Tale tendenza è testimoniata - a livello europeo - dagli sviluppi che si sono avuti successivamente alla pubblicazione del Libro Verde in tema di A.D.R. nel settore civile e commerciale, e quindi non solo quelle di consumo, che hanno portato all'emanazione della prima direttiva in materia. Giova rilevare che questa tendenza è maggiormente avvalorata anche a livello internazionale,

come dimostra la *Model Law* sulla conciliazione commerciale internazionale, adottata dall'UNCITRAL il 24 giugno 2002.

Venendo al contesto nazionale, il legislatore da sempre detta norme in tema di risoluzione alternativa delle controversie, disciplinando esclusivamente tentativi di conciliazione, sia facoltativi che obbligatori (basti pensare, al di fuori del contesto della legislazione di consumo, alle controversie agrarie, a quelle in tema di diritto del lavoro, a quelle relative al diritto d'autore e così via).

In un contesto siffatto, le norme dettate recentemente nell'ambito del diritto dei consumi, segnatamente con il Codice del consumo, escono dal seminato: l'art. 141,

già nella precedente versione, ha una vocazione di norma generale, applicabile a tutte le controversie relative ad uno dei diritti disciplinati dal d. lgs. n. 206/2005.

Si potrebbe pure osservare che, accanto a tale aspetto, la norma prende in considerazione un sistema pluralista di procedure di risoluzione alternativa delle controversie di consumo, peraltro richiamando una impostazione che era quella della Commissione europea, al tempo dell'emanazione delle raccomandazioni del 1998 e del 2001. Si tratta, tuttavia, di un *trend* decisamente minoritario, peraltro invalso in ambiti ben determinati, come dimostra pure la procedura presso l'Arbitro bancario finanziario.

A fronte di ciò, anche a livello istituzionale e culturale, la conciliazione si impone quale modello di riferimento per la risoluzione stragiudiziale delle controversie, anche a dispetto di altre esperienze che – dal punto di vista empirico – hanno portato a importanti risultati numerici.

Alla base di tale affermazione sussiste non soltanto una più antica conoscenza dell'istituto ed un contributo della dottrina (nazionale e straniera) che ha aiutato a definirne le caratteristiche, i confini e le conseguenze; accanto a ciò, infatti, la conciliazione si presenta come una procedura in grado di offrire maggiori garanzie per le parti che intendano usufruirne, specie a fronte di iniziative che – maturando in un contesto negoziale, quale quello tra le associazioni dei consumatori e le grandi imprese – si fondano su principi essenzialmente differenti, non peculiari e ontologicamente connessi ad esse, ma che fanno leva sulle norme generali in tema di autonomia negoziale, sanciti dal codice civile.

Tale sorta di diffidenza aumenta vieppiù in considerazione di una diffusa difformità dei modelli adottati, della mancanza di regole comuni e verificabili sia dal punto di vista procedurale che della formazione ed infine da un mancato riconoscimento formale che sia di ausilio all'esperienza maturata negli anni.

ii) mancanza di una legge quadro in tema di conciliazione stragiudiziale: nonostante il *favor* (normativo, culturale ed istituzionale) verso la conciliazione stragiudiziale, è mancata sino ad oggi nell'ordinamento interno una legge che ne regolasse tutti gli aspetti in via generale (definizione, elementi costitutivi, norme procedurali, esiti e conseguenze, natura degli accordi e così via).

Negli ultimi anni vi sono stati segnali che hanno inteso imprimere un'inversione di tendenza; primo tra tutti la disciplina delle conciliazione societaria che ha costituito lo spartiacque della normazione italiana in materia.

Peraltro, le norme degli artt. 38 ss. d. lgs. n. 5/2003, hanno rappresentato la prima attuazione (informale ed indiretta, oltre che con un ambito di applicazione limitato), delle norme della direttiva

2008/32/CE in materia di conciliazione civile e commerciale: basti ricordare che la *ratio* espressamente indicata dalla fonte comunitaria era quella di introdurre un meccanismo che regolasse in maniera virtuosa il rapporto tra la conciliazione ed il processo civile.

Seppure gli esiti applicativi sono per certi versi criticabili, la normativa societaria ha avuto il pregio di modificare l'approccio alla materia, che con essa si è contraddistinto in quanto non si è limitato alla semplice previsione della facoltà (o dell'obbligo) di esperire il tentativo di conciliazione, ma: a) ha fissato una definizione espressa di conciliazione stragiudiziale; b) ha costruito un complesso sistema di accreditamento degli organismi responsabili, c) ha previsto poi la vincolatività delle

clausole contenute negli statuti, d) ha dettato norme procedurali, e) ha disposto una serie di conseguenze sul processo in caso di fallimento del tentativo di conciliazione; f) ha previsto importanti conseguenze di carattere giuridico, quale l'interruzione dei termini di prescrizione e decadenza; g) ha disposto una serie di incentivi fiscali; h) seppure dal punto di vista regolamentare, ha dettato una serie di principi organizzativi per gli organismi, nonché di indicazioni in ordine alla formazione dei conciliatori, che costituisce un aspetto decisivo.

In altre parole la disciplina della conciliazione societaria è stata la prova generale di quella che oggi si profila come la prima legge organica nella materia, alla quale, invece, deve essere riconosciuto almeno il merito di voler dettare una disciplina organica del tentativo di conciliazione (sia nei suoi aspetti procedurali che in quelli contrattuali, oltre che nelle conseguenze);

iii) preferenza per la conciliazione amministrata (il ruolo delle CdC e degli altri organismi pubblici e privati): La normativa vigente in materia di conciliazione non disciplina mai ipotesi di conciliazione *ad hoc*, e non potrebbe essere altrimenti.

Tanto nel caso della conciliazione stragiudiziale, quanto nel caso delle altre procedure, il legislatore italiano prevede soltanto ipotesi di procedure amministrative, gestite da enti ed organismi chiamati ad occuparsi degli aspetti prevalentemente organizzativi.

Al riguardo si è assistito ad una significativa evoluzione: dalle prime disposizioni, con le quali si è affidata la gestione delle procedure esclusivamente ad enti pubblici – segnatamente alle Camere di commercio ovvero alle Autorità indipendenti – si è passati ad una apertura al mercato della conciliazione, affidato sia ad enti pubblici che privati, seppure a certe condizioni e sotto il controllo ministeriale (come previsto dalla riforma del diritto societario e dalle disposizioni ad essa successive).

Gli esempi normativi relativi alla conciliazione amministrata sono quelli, di cui si è discusso in precedenza, relativi alle controversie in tema di lavoro pubblico e privato, nonché quelli relativi alle controversie agrarie (art. 46 l. n. 203/1982), alla legge di riordino delle Camere di commercio (l. n. 580/1993, che prevede all'art. 2, comma 4, la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative); alla legge sui servizi di pubblica utilità [l. n. 481/1995, che all'art. 2, comma 24, lett. b) prevede l'esperimento di un tentativo di conciliazione presso l'Autorità e le Camere di commercio]; alla legge istitutiva dell'Agcom (l. n. 249/1997, che all'art. 1, comma 11, dispone l'adozione di regolamenti per la gestione della conciliazione, successivamente adottati con le delibere relative alle controversie tra utenti ed operatori di telecomunicazioni e a quelle tra soli operatori); alla legge sui diritti dei consumatori (l. n. 281/1998, che all'art. 3 prevedeva l'espletamento del tentativo di conciliazione preventivo all'azione inibitoria collettiva);

alla legge di riforma della legislazione sul turismo (l. n. 135/2001, che all'art. 4 ripropone la conciliazione amministrata dalle commissioni camerali); alla legge di disciplina della subfornitura nelle attività produttive (l. n. 192/1998, che all'art. 10 dispone l'obbligo di tentare preventivamente la conciliazione presso le Camere di commercio competenti per territorio); alla legge sul diritto d'autore (l. n. 633/1941, come modificata dal d. lg. n. 68/2003 che ha introdotto l'art. 71-*quinquies* affidando obbligatoriamente la soluzione delle controversie al Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore).

Anche sotto questo profilo la disciplina della conciliazione nella riforma del diritto societario ha comportato una grande innovazione per il nostro ordinamento; per la prima volta, infatti, è stato disciplinato un sistema di accreditamento di soggetti abilitati a gestire le procedure conciliative, consentendo ciò anche ad organismi privati. Questo allargamento non è avvenuto tramite un riconoscimento aprioristico compiuto dalla legge, come era stato nel passato, bensì in seguito ad una procedura di accreditamento, da compiersi anche sulla base della verifica delle norme dei regolamenti dei vari organismi.

L'art. 38, infatti, recita, al primo comma “Gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie nelle materie di cui all'art. 1 del presente decreto. Tali organismi debbono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia”. Il legislatore nel segno della politica liberale che ha ispirato tutta la normativa ha inteso non costituire alcuna preclusione o riserva tra gli organismi chiamati a svolgere una procedura di conciliazione. È lo stesso Governo del resto, nella sua relazione al decreto, che spiegava l'organizzazione del modello, affidato a “enti pubblici e privati in condizioni di concorrenza paritaria e sotto il controllo del Ministero della Giustizia, presso il quale devono essere compiuti gli adempimenti che abilitano allo svolgimento del servizio”.

Ad ogni buon conto questa scelta (che pure in prima battuta sembra criticabile) dà la misura della *ratio* che è sottesa all'intera disciplina, che intende costituire una serie di garanzie per tutte le società che vogliono usufruire di questo strumento alternativo per la risoluzione delle controversie societarie. La strada dell'accREDITAMENTO, dunque, non va disgiunta dalle previsioni normative successive che proprio a queste procedure “garantite” offrono, per un verso, alcuni incentivi e, per altro verso, conseguenze giuridiche di non poco rilievo. Sotto questo profilo è stata sottolineata la funzione pubblicitaria del registro, la quale consente agli utenti dei servizi di conciliazione di poter scegliere con maggiore consapevolezza l'organismo cui affidarsi, conoscendone i requisiti, l'esperienza, la qualità e la professionalità dei rispettivi conciliatori e così via. Gli organismi pubblici e privati, per poter essere abilitati alla gestione delle procedure di conciliazione, devono dare “garanzie di serietà ed efficienza”, certificata dal rispetto dei principi di cui ai D.M. n. 222 e 223/2004.

La scelta di sistema operata dal legislatore della riforma societaria, come si è già detto, non ha mancato di produrre effetti sulla legislazione successiva, che vi ha fatto riferimento a volte in maniera espressa, altre volte in maniera implicita.

Si è già visto, al riguardo, quanto l'eco della scelta del legislatore societario si sia avvertita anche nella previsione del registro di cui all'art. 141 cod. cons., seppure con le differenze di cui si è discusso.

11. LE FUTURE NORME IN TEMA DI CONCILIAZIONE: IN PARTICOLARE IL DISEGNO DI DECRETO LEGISLATIVO SULLA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

Su un quadro normativo come quello appena delineato si inserisce il nuovo disegno di legge in tema di conciliazione stragiudiziale, che costituisce l'attuazione

della delega contenuta nell'art. 60 della legge n. 69/2009, ma al tempo stesso rappresenta il recepimento delle norme della direttiva 2008/52/CE sulla conciliazione in materia civile e commerciale.

Pur non volendo esaminare i singoli aspetti di tale disegno di legge, posto che esso non è ancora entrato in vigore e – dunque – è ancora suscettibile di qualche modifica, appare comunque opportuno soffermarsi sugli aspetti principali di tale disciplina nel suo impianto generale, onde poter individuare la cornice di riferimento entro la quale collocare le norme che, invece, sono destinate ad incidere sulle norme esistenti in tema di A.D.R. di consumo (segnatamente l'art. 141 cod. cons.), con evidenti ricadute non solo sul piano teorico ed esegetico, ma anche pratico ed applicativo.

In primo luogo si deve osservare che la disciplina di prossima entrata in vigore risolve la questione relativa alla più volte ricordata assenza, nell'ordinamento interno, di una disciplina generale della conciliazione, a fronte di un quadro normativo frastagliato, composto da una serie di disposizioni speciali destinate ad operare nell'ambito di leggi speciali.

L'art. 2, comma 1, prevede, infatti, che “Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto”.

Sotto tale profilo si pone, tuttavia, la questione relativa alla compatibilità di queste norme di settore già vigenti rispetto alla norma generale: invero la questione deve essere risolta tenendo in considerazione le varie tipologie di norme oggi esistenti. Al riguardo si evidenziano tre tipologie di norme: la prima è quella che contempla tentativi volontari di conciliazione, rispetto alle quali le disposizioni di prossima emanazione sono destinate ad avere efficacia integrativa. In altri termini, ferma restando la facoltà per le parti di esperire un tentativo di conciliazione, questo dovrà essere espletato nel rispetto delle future norme. Un problema che dovrà essere risolto, semmai, è legato al fatto che le norme esistenti rinviano sempre ad organismi (nella maggior parte dei casi alle Camere di commercio), che – una volta entrate in vigore le norme del decreto – dovranno essere abilitate mediante l'iscrizione al registro ministeriale. E' vero, infatti, che gli organismi conciliativi costituiti dalle Camere di commercio vedranno riconosciuto un diritto automatico all'iscrizione; tuttavia tale diritto matura una volta che essi abbiano fatto domanda di iscrizione; pertanto la questione si potrebbe porre rispetto alle Camere che, seppure indicate dalle norme vigenti, non abbiano provveduto all'iscrizione.

La seconda categoria di norme è quella che prevede l'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione; in questi casi, l'art. 23, comma 2, del decreto dispone che “Restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati”.

Sulla stessa linea si pongono i tentativi obbligatori di conciliazione previsti dalla normativa vigente in tema di controversie bancarie e finanziarie, posto che l'art. 5 prevede che ad esse possono applicarsi, alternativamente, le norme del decreto (che su queste materie ribadiscono l'obbligatorietà del tentativo)

ovvero “il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e

successive modificazioni, per le materie ivi regolate” (conciliazione presso la Consob ovvero Arbitro bancario finanziario).

L'ultima categoria di norme è quella relativa alla conciliazione in tema di diritto societario, che – peraltro – costituisce il modello cui la disciplina di prossima entrata in vigore si ispira fortemente; come si è avuto modo di ripetere più volte, infatti, a tale disciplina si sono richiamate espressamente numerose disposizioni successive, che ad essa hanno fatto un rinvio. Al riguardo, sempre l'art. 23, comma 1, prevede che “Sono abrogati gli articoli da 38 a 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del presente decreto”.

In ragione della vocazione generale della disciplina sulla conciliazione stragiudiziale, il provvedimento governativo contiene le definizioni applicabili; come si è avuto modo di notare in precedenza, curiosamente viene distinto il concetto di “mediazione” da quello di “conciliazione”: l'art. 1, infatti, definisce il primo termine come “l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”; mentre definisce il secondo termine come “a composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”. Nonostante tale criticabile scelta terminologica (dal punto vista giuridico-formale, infatti, la mediazione nell'ordinamento interno è il contratto con cui un soggetto mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, ai sensi dell'art. 1754 c.c.) va salutata con favore, invece, la preferenza accordata dal legislatore verso un modello facilitativo di soluzione della controversia, in linea con le indicazioni internazionali e comunitarie, che consente di fare chiarezza definitivamente sul significato da attribuire a questo termine e sulla disciplina che dovrà applicarsi, consentendo invece di distinguere la conciliazione dalle altre procedure.

Su questa linea, si deve inoltre sottolineare la conferma verso un modello di conciliazione amministrata e quindi rimessa alla gestione di soggetti, pubblici e privati.

Sotto tale aspetto si ha una prima conferma di quanto la legislazione in materia di conciliazione societaria abbia inciso nella definizione della disciplina di prossima emanazione.

In essa, infatti, viene riproposto un modello di apertura al mercato, non più riservato ad enti pubblici, bensì rivolto ad organismi che siano in grado di offrire determinate garanzie di qualità ed efficienza, certificate dall'iscrizione al registro che verrà istituito e tenuto presso il Ministero della giustizia.

Si tratta, in altre parole, della conferma per una vera e propria abilitazione, che verrà sottoposta ad un attento vaglio, compiuto nel rispetto di norme regolamentari che dovranno essere emanate: a tale riguardo, l'art. 16, comma 2, dispone che – in attesa dell'emanazione di dette norme regolamentari – si attuano transitoriamente le norme dei D.M. nn. 222 e 223 del 2004, il che lascia supporre che (seppure con adeguate modifiche ed integrazioni) anche queste norme (come quelle di rango primario) costituiranno il modello di riferimento.

Relativamente al tema dell'accreditamento al registro ministeriale, il disegno di legge prevede il diritto all'iscrizione automatica non soltanto alle Camere di commercio (come era già disposto dalla normativa societaria), bensì anche agli

organismi costituiti, presso i tribunali, dai consigli dell'ordine degli avvocati (art. 18) e quelli costituiti dalle altre categorie professionali (in relazione alle materie riservate alle loro rispettive competenze (art. 19, comma 1)

Il modello di conciliazione disciplinato non è soltanto amministrato, ma anche essenzialmente volontario, con alcune importanti eccezioni.

Oltre alla conferma delle disposizioni che già oggi prevedono un tentativo obbligatorio di conciliazione (si pensi alle controversie in tema di diritto del lavoro, alle controversie agrarie, alle controversie sul diritto d'autore, alle controversie in tema di subfornitura, alle controversie relative ai servizi di pubblica utilità e, in particolare, a quelle in tema di telecomunicazioni), l'art. 5 stabilisce che "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari" deve obbligatoriamente esperire un tentativo di conciliazione, nel rispetto delle norme del decreto ovvero – per il settore bancario e finanziario – "il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate".

Con particolare riguardo al settore bancario e finanziario si potrà esperire il tentativo obbligatorio: a) presso uno degli organismi iscritti nell'istituendo registro ministeriale, seguendo le norme contenute nel decreto di prossima emanazione, relativamente a qualsiasi aspetto contrattuale; b) presso la Consob, nelle materie previste dal d. lgs. n. 179/2007; c) presso l'arbitro bancario finanziario, relativamente alle materie individuate dalla delibera del CICR n. 257/2008.

Il tentativo obbligatorio viene stabilito a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, che – ai sensi del medesimo articolo – deve essere eccepita soltanto dalla controparte nel primo scritto difensivo, ovvero può essere rilevata d'ufficio dal giudice alla prima udienza.

Un'eccezione a tale previsione di obbligarietà viene espressamente compiuta proprio in materia consumeristica, posto che l'art. 5, comma 1, ultimo cpv., dispone che la norma sul tentativo obbligatorio "non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, e dal titolo X del codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209".

Oltre alla previsione dell'obbligarietà per legge, il decreto – riprendendo ancora una volta la disciplina della conciliazione societaria – prevede anche una obbligarietà per volontà delle parti, laddove (*ex* art. 5, comma 5) queste abbiano inteso inserire (nello statuto ovvero nel contratto costitutivo di una società) una clausola di conciliazione e, a controversia insorta, non abbiano esperito il relativo tentativo.

Una vera e propria novità è, invece, quella relativa alla c.d. conciliazione delegata dal giudice, che, invece, è in linea con quanto previsto dalla direttiva comunitaria del 2008: al riguardo l'art. 5, comma 2,

prevede che “il giudice, valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti, può in qualunque

momento invitare le parti con ordinanza a procedere alla mediazione . L’invito deve essere rivolto alle parti prima dell’udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa . Se le parti aderiscono all’invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’articolo 6, comma 1 e, quando la mediazione non è stata esperita, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”.

Sempre in conformità con il diritto societario, ed in maniera molto opportuna, l’ultimo comma dell’art. 16 prevede anche un albo degli enti di formazione, ai quali si estendono gli stessi principi di qualità ed efficienza; questa scelta appare particolarmente felice, data la grande rilevanza che la formazione dei conciliatori assume per l’affermazione delle procedure e per il buon esito di queste.

La conciliazione disciplinata sino ad oggi dagli artt. 38 ss. d. lgs. n. 5/2003 si impone anche come modello procedurale, sia per lo svolgimento stesso della conciliazione, sia per i suoi rapporti con il processo civile eventualmente instaurato a seguito del fallimento del tentativo; con riferimento a questo ultimo aspetto, dunque, la nuova disciplina non può sottrarsi alle critiche che già la dottrina aveva avanzato rispetto alla conciliazione societaria. Critiche che si acquiscono in ragione di una scelta che il legislatore societario aveva poi abbandonato e che invece, in questa sede, si ripropone: ci si riferisce alla norma dell’art. 11, comma 1, cpv. 2, il quale prevede che – laddove la conciliazione non riesca, in quanto il conciliatore non è riuscito nella sua opera di facilitatore – questi debba formulare una proposta, rispetto alla quale le parti, ove intendessero rifiutare, devono far pervenire le ragioni del rifiuto, che verranno verbalizzate e sottoposte all’esame del giudice successivamente adito che, a norma dell’art. 13, può tenerne conto in sede di condanna alle spese, anche in contrasto con il principio della soccombenza.

Questa appare, infatti, come una evidente violazione della riservatezza che viene considerata come uno degli aspetti fondamentali per il successo della conciliazione ne che viene espressamente sancita agli artt. 3, comma 2 e 9.

Da ultimo, va segnalata una serie di previsioni che intendono favorire il ricorso alla conciliazione mediante incentivi sia di natura fiscale (art. 17) sia di natura giuridica, come nel caso del riconoscimento dell’efficacia esecutiva del verbale di conciliazione, previa omologazione da parte del tribunale (art. 12), o nel caso degli effetti interruttivi del decorso dei termini di prescrizione ovvero di quelli impeditivi-interruttivi della decadenza della domanda di conciliazione (art. 5 comma 6).

Da ultimo, una menzione merita una norma speciale, relativa alla conciliazione in tema di *class actions*; al riguardo, infatti, l’art. 15 prevede che “Quando è esercitata l’azione di classe prevista dall’articolo 140-*bis* del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l’adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito”

12. GLI SCENARI FUTURI PER LE PROCEDURE PARITETICHE

Si è già detto più volte, in precedenza, che le procedure paritetiche trovano diritto di cittadinanza nell'ordinamento interno, grazie al riconoscimento – seppure

implicito – contenuto nelle disposizioni dell'art. 141 cod. cons., e in particolare nel comma 1, che riconosce la facoltà di esperire varie procedure A.D.R. (facilitative o valutative) per la soluzione delle controversie relative ai rapporti tra consumatori e professionisti, purché tali procedure siano rispettose dei principi comunitari in materia.

Si è pure detto che le procedure paritetiche nascenti dagli accordi tra associazioni ed aziende sono, in linea di massima, rispettose dei principi di cui alla raccomandazione del 1998, essendo sostanzialmente procedura valutativo-aggiudicative.

Ciò premesso, tuttavia, si è anche notato che le norme dell'art. 141 cod. cons. non sono state pienamente recepite; in particolare il legislatore italiano non ha ancora inteso costituire il registro ministeriale, di cui al comma 2, al quale dovranno iscriversi gli organismi che gestiscono A.D.R. di consumo.

Su tale inerzia si è inserita la norma del richiamato art. 16 del provvedimento governativo sulla conciliazione stragiudiziale.

Rispetto a questa prossima disciplina, ed alla luce della distinzione teorica (dalla quale ci si è mossi) tra conciliazione stragiudiziale e procedure paritetiche, si può affermare che essa non dovrebbe determinare alcuna conseguenza per le procedure poste in essere dalle associazioni e dalle imprese.

È vero, infatti, che la normativa *de qua* riguarderà tutta la materia civile e commerciale, nella quale rientra certamente il diritto dei consumi, tuttavia il decreto legislativo sarà destinato a regolamentare la sola conciliazione stragiudiziale, come definita all'art. 1, lett. *a)* e *b)*.

A conferma di tale ricostruzione milita, peraltro, un dato testuale: l'art. 2, comma 2, di detto decreto recita “Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi”.

Ad una prima lettura, dunque, si può concludere che le negoziazioni volontarie e paritetiche non rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina in parola. Al contrario esse continuano ad essere disciplinare esclusivamente dall'art. 141 cod. cons.

Nonostante la chiarezza di questa ricostruzione, sotto il profilo interpretativo, deve tuttavia rilevarsi che le norme contenute nel decreto legislativo che regolerà la conciliazione stragiudiziale in Italia, sono destinate a riverberare sull'esperienza compiuta sino ad oggi dalle associazioni dei consumatori, in accordo con le aziende, in ordine alle procedure paritetiche, sul piano applicativo.

Proprio una lettura più attenta delle disposizioni in esame consente di ricostruire le connessioni esistenti dal punto di vista normativo, le quali determineranno inevitabilmente una serie di conseguenze di vario tipo, tutte strettamente connesse e interdipendenti: *i)* conseguenze di ordine organizzativo; *iii)* conseguenze di ordine regolamentare; *iv)* conseguenze di ordine formativo.

In primo luogo si deve osservare che, nonostante il differente ambito di applicazione, il futuro decreto legislativo sulla conciliazione contiene disposizioni che direttamente incidono proprio sugli aspetti che il legislatore del Codice del consumo aveva lasciato aperti e senza soluzione.

L'art. 16 di detto decreto, infatti, prevede al comma 2 che “La formazione del registro e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti,

l'istituzione di separate sezioni del registro per la trattazione degli affari che richiedono specifiche competenze anche in materia di consumo e internazionali, nonché la determinazione delle indennità spettanti agli organismi sono disciplinati con appositi decreti del Ministro della Giustizia. Sino all'emanazione di tali decreti si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dei decreti del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222 e n. 223 . A tali disposizioni si conformano, sino alla medesima data, gli organismi di composizione extragiudiziale previsti dall'articolo 141 del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni”

La relazione illustrativa, sul punto, precisa che “si stabilisce ...la formazione di sezioni separate, per i mediatori che trattino controversie particolari, tra cui quelle disciplinate dall'articolo 141 del codice del consumo e quelle che presentano elementi di internazionalità, nonché l'istituzione, sempre con decreto, di un albo dei formatori, essenziali per stimolare il decisivo profilo di professionalità dei mediatori”; e prosegue “Il Ministero della giustizia, unitamente al Ministero dello sviluppo economico per la materia del consumo, procederà alla vigilanza sul registro nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già esistenti. Sino all'emanazione dei menzionati decreti si farà applicazione di quelli vigenti, sinora, per la conciliazione societaria. Per quanto attiene alle conciliazioni in materia di consumo, è fatta salva sino alla stessa data la possibilità di costituire organismi ai sensi dell'articolo 141 del codice del consumo, organismi che dovranno tuttavia possedere fin dall'inizio i requisiti già oggi fissati dai citati decreti ministeriali in materia societaria”.

Alla luce delle norme richiamate e della relazione illustrativa, dunque, possono trarsi due importanti conclusioni: 1) il registro contemplato nel comma 2 dell'art. 141 cod. cons. verrà organizzato e gestito dalle stesse norme regolamentari che verranno dettate per il registro degli organismi di conciliazione; 2) in via transitoria, in attesa dell'emanazione di dette norme, i principi sulla formazione del registro sono quelli contenuti nei D.M. nn. 222 e 223/2004, i quali fissano stringenti requisiti di carattere organizzativo e regolamentare che devono essere posseduti sin dall'inizio dai soggetti che chiederanno l'iscrizione.

Orbene, il provvedimento governativo prevede l'iscrizione degli organismi e non delle procedure; questo dato, assolutamente condivisibile, era già contenuto nel Codice del consumo. Mentre, infatti, l'art. 141 comma 1 prevede la assoluta equivalenza delle procedure che rispettano i principi della raccomandazione del 1998 e della raccomandazione del 2001, al comma 2 prevede l'istituzione di un elenco degli organi che gestiscono le relative procedure.

Rispetto al dato normativo, il rinvio operato dal futuro decreto legislativo va al di là di quanto stabilito nel codice del consumo, poiché sembra attribuire all'elenco la medesima efficacia certificativa di quello generale per gli organismi di conciliazione. In altri termini, non ci si limita più a prevedere, come nell'art. 141 cod. cons., un elenco puramente ricognitivo e non abilitante (al quale veniva peraltro affidato l'assolvimento degli oneri informativi rispetto alle istituzioni comunitarie, funzionale alla costituzione della rete europea di organismi A.D.R.), ma un registro con una funzione pubblicistica, certificativa del possesso di requisiti (organizzativi e regolamentari) in grado di offrire le necessarie garanzie di serietà ed efficienza richieste a tutti i soggetti pubblici e privati.

Se devono essere interpretate in questo modo tali norme, ci si domanda come queste debbano coordinarsi con l'esclusione delle procedure paritetiche dall'ambito di applicazione del decreto, espressamente prevista all'art. 2, comma 2.

Infatti, salvo che non si voglia ritenere che “le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali” e “le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi” non rientrino tra quelle contemplate all'art. 141 cod. cons. (cui fa riferimento l'art. 16), sono possibili due risposte alternative:

- a) alla luce dell'esclusione delle procedure paritetiche dall'ambito di applicazione della disciplina sulla conciliazione stragiudiziale, le disposizioni relative al registro – di cui all'art. 16 – non si applicano a queste, ma solo agli organi di composizione stragiudiziale delle controversie che osservano i principi della raccomandazione 01/310/CE, che sono quelli applicabili alla conciliazione propriamente detta. Solo per questi organi si applicheranno, dunque, le norme dei D.M. nn. 222 e 223/2004; per tutti i soggetti che, invece, svolgono procedure che si conformano alla raccomandazione del 1998 dette disposizioni regolamentari non si applicano affatto, essendo di conseguenza rimessa al Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero della giustizia, la predisposizione di ulteriori norme *ad hoc*. Del resto la stessa relazione illustrativa fa riferimento alla formazione di sezioni separate per i “mediatori” e quindi per soggetti che gestiscono, pure per le materie di cui all'art. 141 cod. cons., procedure di “mediazione”, come definita all'art. 1, lett. a). per le ragioni sopra esposte e per l'espressa esclusione dell'art., comma 2, le procedure paritetiche non sono procedure rientranti nella definizione di “mediazione”.
- b) l'esclusione delle procedure paritetiche dall'ambito di applicazione della disciplina sulla conciliazione stragiudiziale riguarda, appunto, solo gli aspetti procedurali; invece le norme relative all'iscrizione nel registro, di cui all'art. 16, si applicano anche agli organismi che le gestiscono, ma solo in quanto compatibili (e quindi per i soli aspetti organizzativi, ma non anche per quelli inerenti i regolamenti, il numero dei conciliatori, i loro requisiti di professionalità, le previsioni di esclusiva e così via). Infatti la relazione illustrativa chiarisce la necessità di predisporre apposite sezioni separate, che non potranno quindi riguardare solo i “mediatori”, ma anche gli altri soggetti che gestiscono procedure stragiudiziali diverse dalla mediazione.

Senza una lettura correttiva delle disposizioni ora richiamate si rischierebbe, infatti, di rendere applicabili anche alle procedure paritetiche (e agli organismi che le gestiscono) regole del tutto incompatibili, dal punto di vista ontologico e funzionale.

La scelta tra le due prospettate soluzioni potrebbe dipendere dalla differente efficacia dell'iscrizione; non a caso, infatti, il Codice del consumo si riferisce semplicemente ad un “elenco” (che ha una mera funzione pubblicitaria ed informativa), rispetto al “registro” di cui parla il decreto legislativo (che, invece, ha una vera e propria efficacia abilitante).

A tale riguardo, richiamando le osservazioni dinanzi svolte relativamente alle conseguenze derivanti dalla mancata iscrizione all'elenco di cui all'art. 141 cod. cons., si deve comunque osservare che una totale estraneità comporterebbe un indebolimento del riconoscimento normativo rispetto alle procedure paritetiche.

Non v'è dubbio, infatti, che l'iscrizione ad un registro (piuttosto che ad un semplice elenco) assolverebbe comunque ad un onere informativo (sia nei confronti dei consumatori che nei confronti dell'Unione europea per l'inserimento nella rete comunitaria), ma comporterebbe un riconoscimento istituzionale di tali procedure

Naturalmente la scelta per la mancata iscrizione consentirebbe di conservare una maggiore spazio di autonomia, posto che gli accordi tra associazioni dei consumatori e aziende continuerebbe ad avere come riferimento i principi generali in materia di libertà negoziale vigenti nell'ordinamento interno, senza per questo dover adeguare la propria esperienza alle prescrizioni in ordine agli aspetti organizzativi e strutturali, oltre che procedurali e regolamentari.

Sta di fatto, però, che – nonostante la legittimità della scelta – l'opzione verso un'iscrizione è stata chiaramente compiuta e gli esempi di cui si è parlato dimostrano un vero e proprio *trend* legislativo, dal quale pare difficile scostarsi; semmai la scelta che potrebbe essere ribadita potrebbe essere quella verso un modello semplicemente informativo anziché certificativo.

Tuttavia, anche alla luce di questa interpretazione ed una volta scelta una delle due alternative prospettate, restano una serie di conseguenze che devono essere valutate, alla luce della natura stessa del registro prevista dal decreto legislativo.

13. LE QUESTIONI DI CARATTERE ORGANIZZATIVO: L'ISCRIZIONE AL REGISTRO

La prossima entrata in vigore delle norme in tema di registro degli organismi rende urgente la soluzione di una questione che era stata aperta già dall'art. 141, comma 2.

Tanto nell'uno, quanto nell'altro caso, infatti, il legislatore intende correttamente procedere all'iscrizione degli organi (o organismi, secondo la dizione del decreto) e non delle procedure.

Ciò non vuol dire che manchi un esame dei regolamenti di procedura; tuttavia tale esame costituisce parte del più complesso procedimento di iscrizione.

Sotto tale aspetto, dunque, si pone una prima questione rispetto all'esperienza maturata sino ad oggi in merito agli accordi sottoscritti dalle associazioni dei consumatori e dalle aziende per la gestione di procedure paritetiche.

La questione è relativa all'individuazione dell'organo che, rispetto a tali accordi, possa richiedere ed ottenere l'iscrizione al registro.

Nessuno degli accordi sottoscritti, infatti, prevede la costituzione di un organismo, così come inteso dalla normativa vigente.

Al contrario, la scelta verso l'accreditamento degli organismi di gestione è stata chiaramente compiuta dal legislatore interno sia per la materia consumeristica (art. 141 cod. cons.), sia per quella societaria che costituisce l'esempio cui il legislatore si sta riferendo per la futura legislazione in materia.

A questo riguardo, infatti, per espressa previsione dell'art. 16 del decreto legislativo di prossima emanazione, trovano applicazione i D.M. nn. 222 e 223 /2004.

Ebbene, tali decreti prevedono una serie di controlli sugli aspetti organizzativi (la forma giuridica, il grado di autonomia, la compatibilità della attività con l'oggetto sociale o lo scopo associativo; la consistenza dell'organizzazione di persone e mezzi, e il suo grado di adeguatezza, anche sotto il profilo patrimoniale; la necessaria

sottoscrizione di una polizza assicurativa di importo non inferiore a 500.000 euro per le conseguenze patrimoniali comunque derivanti dallo svolgimento del servizio di conciliazione; la sede dell'organismo); sugli aspetti professionali (i requisiti di onorabilità dei soci, associati, amministratori o rappresentanti degli organismi, non inferiori a quelli fissati a norma dell'articolo 13 del T.u.f.; le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio; il numero dei conciliatori, non inferiore a sette, che abbiano dichiarato la disponibilità a svolgere le funzioni di conciliazione in via esclusiva); sugli aspetti amministrativi e contabili (la trasparenza amministrativa e contabile dell'organismo, ivi compreso il rapporto giuridico ed economico tra l'ente e i singoli conciliatori).

Rispetto a tale ipostazione, tenuto conto delle due possibili interpretazioni della norma dell'art. 16, appare comunque chiaro che il legislatore pensa agli organismi come agli enti che gestiscono la procedura dal punto di vista tecnico, amministrativo e procedurale (con prevalenti funzioni di segreteria) e non come gli organi responsabili della decisione, cui invece si riferiscono i principi della raccomandazione del 1998.

Tale differenza non deve meravigliare: altro, infatti, è parlare di principi applicabili alla procedura e agli organi che la guidano (come fa il legislatore comunitario); altro è parlare di norme relative all'iscrizione ad un registro che – in virtù della preferenza accordata alle procedure amministrative – sarà rivolto ai soggetti che, appunto, le amministrano e al cui interno operano gli organi (conciliatori o commissioni paritetiche).

In considerazione di questi elementi, sarà proprio ad essi che si deve guardare allorché si pensa ad una iscrizione relativa alle procedure paritetiche, sia che si pensi che il registro sia lo stesso previsto dalla futura disciplina (seppure in una apposita sezione separata), sia che si pensi che l'elenco debba essere diverso, secondo quanto stabilito dall'art. 141 cod. cons.

Infatti, in entrambe le ipotesi, l'atteggiamento del legislatore appare chiaro in merito; pertanto, non si potrà dubitare che la scelta operata dai decreti ministeriali già in vigore costituirà in ogni caso il modello di riferimento, seppure con qualche opportuno e necessario aggiustamento.

Fatta questa ulteriore e necessaria precisazione, resta la scelta relativa agli organismi che dovranno consentire eventualmente l'iscrizione delle procedure paritetiche.

Le alternative che si pongono dal punto di vista organizzativo sono tre.

1) esclusione delle procedure paritetiche dall'iscrizione, sia che questa riguardi le norme previste per la conciliazione societaria, sia che questa riguardi norme *ad hoc*. Tale esclusione consente la massima libertà e flessibilità, come è avvenuto sino ad ora.

2) istituzione di un unico organismo, al quale fanno capo delle commissioni specializzate, ciascuna per una materia (che coinciderebbe con i singoli accordi).

Esisterebbero, dunque, commissioni competenti per il settore relativo alla telefonia (ciascuna nell'ambito dei rapporti con le singole aziende); commissioni competenti per il settore postale e così via. L'organismo centrale avrebbe, dunque, funzioni relative alla predisposizione del regolamento, alla sua osservanza, alla

formazione dei singoli componenti le commissioni, ai requisiti ulteriori loro richiesti, alla raccolta delle decisioni delle singole commissioni, alla pubblicazione delle relazioni annuali sulle attività svolte, alle comunicazioni alle istituzioni nazionali e comunitarie. Grazie all'uso delle tecnologie, l'organismo potrebbe delegare i compiti di segreteria alle singole commissioni di volta in volta istituite (si pensi alle comunicazioni alle parti; alla fissazione del calendario degli incontri e così via).

Congegnata in questo modo, l'iscrizione competerebbe soltanto a questo organismo centrale, composto da associazioni e aziende, rispetto al quale sarebbero compiute tutte le verifiche di ordine strutturale, amministrativo, contabile ed organizzativo.

Naturalmente una scelta di questo tipo impone l'adozione di un unico regolamento di procedura, applicabile per tutte le commissioni.

3) istituzioni di singoli organismi, tanti quanti sono oggi gli accordi sottoscritti. Tali accordi, anziché limitarsi a dettare norme di carattere procedurale, dovrebbero anche provvedere all'istituzione di un organismo, che abbia tutte le funzioni di cui si è detto al precedente punto 2), tanto con riferimento agli aspetti organizzativo-contabili, quanto a quelli regolamentari.

14. LE QUESTIONI DI CARATTERE REGOLAMENTARE

Si è più volte ripetuto che la normativa prevede, oltre ai controlli di natura strutturale, anche controlli sui regolamenti (che devono essere depositati unitamente alla domanda di iscrizione) al fine di verificarne la compatibilità con le norme vigenti.

A tale riguardo si deve ricordare che, essendo le procedure paritetiche estremamente differenti da quelle conciliative (così come disciplinate), le norme in tema di iscrizione, relative a queste ultime, non possono applicarsi *tout court* alle prime.

Pertanto, in virtù delle opzioni interpretative cui si è accennato, si dovrebbero applicare le norme regolamentari sulla conciliazione societaria (D.M. nn. 222-223/2003), in quanto compatibili, ovvero norme *ad hoc*, che sono quelle contenute nella raccomandazione 1998/257/CE, in virtù del richiamo espresso che vi fa l'art. 141, comma 2, cod. cons.

In entrambe le ipotesi, si pone l'esigenza di una attenta ed adeguata riflessione sull'effettivo grado di compatibilità delle singole norme di tutti i regolamenti nascenti dai vari accordi con i principi della raccomandazione del 1998.

Dall'esame dei regolamenti attualmente vigenti, infatti, sembra che tale piena compatibilità non sia sempre omogenea.

Sotto tale aspetto, ed indipendentemente dalla soluzione che si intende trovare a livello organizzativo, la scelta verso l'adozione di un unico regolamento per tutte le procedure paritetiche sarebbe da salutare con estremo favore (fatte salve, si intende le eventuali esigenze legate agli aspetti tecnici dei singoli protocollo, laddove ve ne siano).

L'uniformità delle regole, così come quello della formazione, appare decisivo in funzione di un maggior riconoscimento istituzionale che oggi ancora stenta ad essere effettuato, nonostante l'importanza dei risultati raggiunti in questi anni.

Al di là del tema legato all'iscrizione, infatti, l'adozione di un unico regolamento che disciplini tutte le procedure paritetiche tra associazioni dei consumatori e aziende, rappresenterebbe una operazione di grande trasparenza e, al tempo stesso, una enorme garanzia sia nei confronti dei consumatori (che vedrebbero applicate le stesse regole per qualsiasi tipo di controversia che essi intendessero devolvere a queste procedure), sia nei confronti delle istituzioni nazionali e comunitarie.

A margine di tale riflessione, è appena il caso di rilevare che, con riferimento ai principi cui devono essere informati i regolamenti di procedura, la normativa italiana (vigente e di prossima entrata in vigore) fissano dei limiti rispetto ai quali l'esperimento di procedure paritetiche appare precluso.

Con riferimento al primo caso, basta far riferimento all'art. 13, comma 2, del regolamento dell'Agcom in materia di procedure di risoluzione delle controversie nel settore delle telecomunicazioni: come si è avuto modo di osservare, infatti, tale norma si riferisce ad accordi tra associazioni di consumatori ed imprese che istituiscano procedure che rispettino i principi della raccomandazione del 2001 (ad eccezione, inspiegabilmente, dell'imparzialità) e non quelli della raccomandazione del 1998.

Oltre a questa disposizione, vi sono poi le ulteriori preclusioni che dovrebbero essere inserite in occasione dell'entrata in vigore del decreto legislativo in materia di conciliazione stragiudiziale: come osservato in precedenza, infatti, l'art. 5 stabilisce un tentativo obbligatorio di conciliazione (a pena di improcedibilità del giudizio civile) in alcune materie espressamente indicate, rispetto alle quali il tentativo obbligatorio potrà essere esperito soltanto in conformità alle norme del decreto ovvero – con riferimento alla materia bancaria e finanziaria – alle disposizioni previste dalle norme di settore.

Questa previsione, invero, non esclude l'esperibilità di procedure paritetiche, le quali però sarebbero confinate ad essere un tentativo di soluzione preliminare che, in caso di fallimento, porterebbe comunque le parti ad esperire il tentativo di conciliazione obbligatoriamente previsto per legge, con una insopportabile moltiplicazione di filtri all'accesso alla giustizia (una volontaria e l'altra obbligatoria), che scoraggia i consumatori

15. LE QUESTIONI DI CARATTERE FORMATIVO

Tutti gli studiosi di A.D.R., sia a livello nazionale che internazionale, sono concordi nel riconoscere alla formazione un ruolo decisivo per l'affermazione delle procedure stragiudiziali e per il loro esito positivo.

Anche il legislatore ha colto tale priorità; già nell'ambito della disciplina sulla conciliazione societaria, che aveva dato ampio spazio al tema della formazione, non solo predisponendo anche il registro degli enti formatori, ma anche dettando (sempre con il D.M. n. 222/2004) le regole applicabili ai percorsi formativi per i conciliatori societari, sia in ordine alla loro durata, sia in ordine ai loro contenuti.

Anche il decreto legislativo sulla conciliazione stragiudiziale riprende questa impostazione, confermando l'importanza della formazione in un quadro complessivo che intenda favorire il ricorso a procedure conciliative efficienti ed efficaci.

La misura dell'efficienza e dell'efficacia, infatti, non si basa solo su norme chiare, non solo su organismi seri ed affidabili, ma anche sulla qualità della formazione dei soggetti che, concretamente, sono chiamati a gestire le singole procedure.

Rispetto al loro ruolo, infatti, deve essere garantita – accanto alla professionalità e alla necessaria imparzialità ed indipendenza – la conoscenza delle tecniche.

Tale previsione, come quella dell'iscrizione degli organismi, non sembra operare alcuna distinzione (come invece per gli aspetti procedurali) tra conciliazioni stragiudiziali e procedure paritetiche; sotto tale profilo, dunque, la norma dell'art. 16 sembra trovare applicazione generale a tutte le A.D.R.

Se la scelta dell'accreditamento degli enti formativi non desta preoccupazioni, ma anzi consente di ottenere ulteriori garanzie, qualche perplessità sorge rispetto ai percorsi formativi poiché nessuna distinzione si pone tra procedure facilitative e procedure valutative.

Rispetto alla formazione, inoltre, non è prevista alcuna disposizione transitoria, rimettendo il comma 5 la predisposizione delle norme applicabili all'emanando regolamento ministeriale.

Sul fronte della formazione le associazioni e le aziende, nell'ambito dei protocolli d'intesa sottoscritti, si sono molto impegnate con risultati tetramente positivi.

Tuttavia anche sotto tale profilo si registra una evidente frammentarietà e disomogeneità dei singoli percorsi, proprio perché non vi è l'individuazione di norme comuni ed omogenee.

Pertanto, anche sul fronte normativo, appare necessario un impegno ed uno sforzo comune che possa individuare un percorso uniforme, applicabile a tutte le procedure paritetiche, naturalmente facendo salve le specificità tecniche legate alle singole materie e alle singole controversie.

Al contrario della formazione dei conciliatori propriamente detti, data la loro funzione essenzialmente facilitativa (che pure in parte viene snaturata dal decreto), per i soggetti chiamati a far parte delle commissioni paritetiche si impone – accanto alla conoscenza delle tecniche – anche la conoscenza delle materie controverse, posto che il compito delle commissioni è quello di elaborare una proposta di soluzione, da sottoporre al consumatore, che nasca dalla valutazione di tutti gli elementi di fatto.

Dunque, la natura valutativa ed aggiudicativa del ruolo ricoperto, impone un percorso che preveda anche una formazione specifica.

L'omogeneità dei percorsi formativi, così come quella delle norme regolamentari, costituisce un passaggio obbligato per riconoscere alle procedure paritetiche una maggiore dignità nei confronti delle istituzioni e del legislatore, oltre che una maggiore visibilità e riconoscibilità nei confronti degli utenti.

Del resto una scelta di trasparenza e di condivisione anche sul fronte formativo, non può che giovare e rafforzare la comune esperienza.

In considerazione delle scelte che si vanno compiendo *de jure condendo* si impone, anche su questo aspetto, un lavoro che non è più eludibile che si ponga nel quadro del mutato contesto normativo.

16. IL RUOLO DI CONSUMERS' FORUM

L'esperienza di Consumers'Forum costituisce un *unicum* non solo a livello nazionale, ma anche comunitario.

La capacità di dialogo e di confronto tra realtà associative, da un lato, e realtà aziendali, imprenditoriali ed istituzionali dall'altro, costituisce un modello di riferimento di grande rilevanza.

In ragione di tale approccio, che esalta la concertazione ed il confronto, Consumers' Forum può essere la sede privilegiata per porre in essere i cambiamenti che il nuovo contesto normativo impone e di cui si è dato conto in precedenza.

Senza un momento di confronto, infatti, non è possibile immaginare e realizzare un progetto che permetta l'adozione di modelli regolamentari e formativi uniformi; non è possibile rappresentare a livello istituzionale istanze condivise sia dalle associazioni dei consumatori che dalle imprese; non è credibile interloquire con il legislatore.

Dal punto di vista operativo, in conseguenza delle ipotesi di cui si è dato conto in precedenza, Consumers' Forum potrebbe costituire:

- l'organismo in seno al quale lavorare per rendere uniformi i regolamenti delle procedure paritetiche;
- l'organismo in seno al quale lavorare per rendere uniformi i percorsi formativi, salvaguardando le specificità tecniche delle singole tipologie di controversie;
- l'organismo centrale di coordinamento tra le varie commissioni paritetiche, che deve essere accreditato presso l'emanando registro ministeriale, previsto dall'art. 16 del decreto sulla conciliazione stragiudiziale, laddove si ritenga che dette norme trovino applicazione anche per le conciliazioni paritetiche, almeno dal punto di vista organizzativo (e non procedurale);
- l'organismo unitario che si occupa della formazione dei componenti delle commissioni paritetiche, da iscrivere nell'istituendo registro ministeriale degli enti formatori (direttamente, nel caso in cui non si costituisca come organismo che gestisce le procedure, ovvero – in caso contrario – mediante una sua articolazione);
- l'organismo capace di interloquire con il legislatore per mettere a punto gli aspetti ancora non definiti della normativa sulla conciliazione, grazie alla rappresentanza degli interessi delle associazioni e delle imprese;
- l'organismo che può dialogare con le istituzioni coinvolte, prime tra tutte le Autorità indipendenti, per immaginare percorsi pratici per implementare il ricorso alle procedure paritetiche, anche dal punto di vista finanziario.

Roma, 26 novembre 2009