

TOMASO GALLETTO

LA MEDIAZIONE NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO E IN ITALIA

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La conciliazione e il fenomeno delle Alternative Dispute Resolutions (ADR). - 3. Il quadro di riferimento comunitario. - 4. La direttiva comunitaria n. 52/2008 del 21 maggio 2008. - 5. Il Consultation Paper del 2011. - 6. Le recenti iniziative comunitarie in materia di ADR nelle controversie dei consumatori. - 7. L'esperienza italiana. - 7.1 Il nuovo interesse per la mediazione dell'ultimo decennio. - 7.2 La diffusione delle ADR in Italia. - 7.3 La conciliazione presso i Corecom. - 7.4 La Conciliazione presso la Consob in materia di servizi di investimento. - 7.5 Cenni all'Arbitrato Bancario e Finanziario. - 8. Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile. - 8.1 Le iniziative del legislatore nell'ambito della riforma del processo civile del 2009: la delega del Governo in materia di disciplina della conciliazione stragiudiziale. - 8.2 (Segue). L'attuazione della delega: il d.g. n. 28/2010 e le scelte del legislatore delegato. - 8.3 (Segue). L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione. - 8.4. (Segue). I limiti all'accesso alla giustizia da parte dei consumatori nella giurisprudenza costituzionale e comunitaria. - 8.5 Aspetti problematici della conciliazione nel diritto dei consumatori.

* * *

1. Premessa.

La recente introduzione nel nostro ordinamento di una disciplina organica in tema di conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale (intervenuta con il d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010) ha ravvivato l'interesse sul fenomeno della composizione amichevole delle controversie.

La composizione amichevole delle controversie, meglio nota come conciliazione stragiudiziale, è un fenomeno ampiamente conosciuto ed utilizzato nella prassi ed il ricorso ad essa è generalmente incoraggiato dai legislatori non soltanto ai fini deflattivi del contenzioso civile e commerciale, ma anche quale strumento di controllo sociale nell'ambito dei rapporti tra privati caratterizzati da un forte squilibrio, a danno della

parte economicamente più debole, nelle effettive possibilità di ottenere adeguata tutela dei propri diritti attraverso l'accesso alla giustizia ordinaria¹.

¹ La letteratura in materia è ormai molto vasta. Limitando le indicazioni bibliografiche alla sola dottrina italiana, sul fenomeno generale della conciliazione v. recentemente la monografia di CUOMO ULLOA, "La conciliazione; modelli di composizione dei conflitti", Padova, 2008, *passim*. Per un inquadramento generale dei problemi v. LUISO, *Conciliazione*, in *Il diritto, Enc. Il Sole 24ore vol. 3*, 2007, 498 ss.; *id.*, *La Conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2004, 1201 ss.; PUNZI, *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, 385; CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 450 ss.; VIGORITI, *Accesso alla giustizia, ADR, Prospettive*, in *Riv. arb.*, 2007, 103 ss.; CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution")* in *Foro. it.*, 2003, V, 165 ss.; AA.VV., *La via della conciliazione*, Milano, 2003 *passim*; in argomento v. già ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Pol. dir.*, 1997, 403 ss..

Sulla esperienza nord-americana v. SILVESTRI, *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, in *Foro it.*, 1987, V, 310 ss.; TOTH, *Metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'esperienza nord-americana*, in *Quad. avv.*, 1995, 107 ss.; RESNIK, *Risoluzione alternative delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nord-americana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 699 ss. CUOMO ULLOA, *Mezzi di conciliazione nell'esperienza nord-americana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1283 ss.; MARINARI, *L'esperienza dell'ADR negli Stati Uniti e in Inghilterra*, in *Doc. Giust.*, 2000, 855 ss.

Con particolare riferimento all'esperienza canadese CIVININI, *Mediazione e giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007 1305 ss.

Sulle iniziative della Comunità Europea v. DANОВI, *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997, IV 326 ss.; STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; VIGORITI *La proposta di direttiva europea sulla mediation*, in *Rass. forense*, 2005, 359 ss.; *Id.*, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, 1 ss..

Sulla funzione della conciliazione stragiudiziale v. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione stragiudiziale: struttura e funzioni*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di ALPA E DANОВI, Milano, 2004, 217 ss.; DI ROCCO – SANTI, *La conciliazione: profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003; GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003; BUZZI, *Introduzione alla conciliazione*, Milano, 2003; UZQUEDA-FREDIANI, *La conciliazione. Guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, 2002 *passim*; BERNARDINI (a cura di), *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001; DE PALO - D'URSO (a cura di), *Risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Milano, 2001.

Sulla conciliazione amministrata in Italia v. BUONFRATE-LEOGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione* in *Riv. arb.*, 1999, 375 ss.; CAPONI-ROMUALDI, *La conciliazione amministrata dalle camere di commercio*, in GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, cit. 152. MINERVINI, *Le Camere di Commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2001, II, 945; *id.*, *La conciliazione amministrata dalle Camere di Commercio*, in GABRIELLI – LUISO (a cura di), *I Contratti di composizione delle liti*, Torino, 2005, 242 ss.. Per una ricostruzione del fenomeno della conciliazione amministrata in Italia v. ROMUALDI, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*. in *Riv. arb.*, 2005, 401 ss. ed ivi ampia bibliografia; UZQUEDA, *Conciliazione amministrata*, in BUONFRATE – GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino 2006, 162 ss.; GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in materia di conciliazione "convenzionale"*, in RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 1215 ss.

Soltanto negli ultimi decenni, peraltro, il generico interesse per la soluzione negoziata dei conflitti nella materia civile e commerciale ha formato oggetto di una serie di iniziative sia a livello statale, che a livello internazionale, finalizzate a dare un nuovo impulso alle tecniche di soluzione stragiudiziale dei conflitti tra privati.

La necessità di individuare strumenti di tutela degli interessi dei consumatori alternativi al ricorso alla giustizia ordinaria e connotati da snellezza di procedura e costi accessibili, così come l'interesse delle imprese al ricorso a metodi di composizione stragiudiziale delle controversie transfrontaliere, altrimenti destinate a sfociare in costosi e complessi procedimenti giurisdizionali, hanno indotto, a livello europeo, l'esigenza di ricercare una armonizzazione delle discipline vigenti in materia nei vari paesi attraverso l'individuazione di obiettivi comuni, condivisi a livello politico.

Si è così avviato, per iniziativa della Commissione Europea, un ampio dibattito sulla necessità di adottare eventualmente disposizioni comuni in tema di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale, che ha preso le mosse dalla pubblicazione nell'aprile 2002 di un "Libro Verde" relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

Il Comitato economico sociale europeo nel dicembre 2002 ha espresso il proprio parere sulle questioni poste dalla Commissione individuando la strada della raccomandazione quale la più appropriata per l'approccio generale al problema, con riserva di suggerire il ricorso ad una direttiva sulla base dei risultati conseguenti alla raccomandazione alla scadenza di un periodo temporale di tre anni dalla adozione di quest'ultima.

Nel parere del Comitato sono lucidamente individuate le esigenze alle quali occorre dare risposta nella materia considerata ed i principi informativi del possibile intervento comunitario, sottolineandosi la necessità che i procedimenti di soluzione stragiudiziale delle controversie siano improntati ai principi di imparzialità, di trasparenza, di efficacia, di equità (nel senso di equidistanza della posizione del conciliatore rispetto alle parti) e di riservatezza. Il Comitato ha altresì sottolineato la necessità della uniformazione del valore giuridico degli accordi di conciliazione stragiudiziale delle controversie e la indispensabilità di una formazione professionale dei terzi incaricati di assistere le parti nella negoziazione dei loro accordi, anche attraverso l'introduzione di un codice deontologico europeo al quale debbano uniformare la loro condotta coloro che si propongono di promuovere professionalmente la soluzione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale.

Per meglio illustrare i lineamenti della conciliazione stragiudiziale nella sua evoluzione storica è peraltro opportuno fare breve cenno al più ampio fenomeno dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie e ciò non tanto per esigenze meramente descrittive del generale contesto del fenomeno, quanto per individuare le radici comuni sulle quali si innesta anche l'esperienza italiana.

E' noto come il fenomeno riferito alla soluzione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali abbia formato oggetto di particolare attenzione negli Stati Uniti d'America a fronte della generale insoddisfazione sia per l'eccessiva durata dei processi civili, sia

per l'elevato costo dei servizi legali, tendenzialmente non ripetibile anche nell'ipotesi di risultato favorevole della lite.

2. La conciliazione e il fenomeno delle Alternative Dispute Resolutions (ADR).

L'acronimo ADR (*Alternative Dispute Resolution*) viene generalmente utilizzato per indicare una gamma di strumenti di soluzione dei conflitti di natura contenziosa affermatasi a partire dagli anni '70 nel Nord America e poi successivamente penetrati nella cultura giuridica europea sino a destare l'interesse delle istituzioni comunitarie.

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

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

Tuttavia, è anche grazie al sostegno delle istituzioni giudiziarie che negli Stati Uniti la maggior parte degli Stati dell'Unione ha adottato leggi sulla mediazione.

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

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

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

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

Evidenti sono, quindi, le profonde differenze tra la soluzione arbitrale e quella

conciliativa, con la conseguente constatazione che ciò che accomuna i due fenomeni è in realtà la circostanza che essi si muovono entrambi al di fuori del circuito giudiziario: solo in questa prospettiva essi possono essere accomunati nell'ambito delle ADR.

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

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

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

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

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

3. Il quadro di riferimento comunitario.

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

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

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

A seguito della pubblicazione del Libro Verde *L'accesso dei consumatori alla giustizia*

e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico², l'azione comunitaria in materia si è sviluppata – con specifico riferimento alle ADR – attraverso due Raccomandazioni.

La prima di esse, la Raccomandazione 98/257/CE³, disciplina le forme alternative di risoluzione delle controversie che propongono o impongono (ad esempio mediante decisioni vincolanti) una soluzione per risolvere una controversia.

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

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

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

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

² Com (93) 576 final del 16 novembre 1993.

³ Raccomandazione n. 98/257/CE della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo in G.U. n. L 115, 17.4.1998, 31.

La seconda Raccomandazione (2001/310/CE)⁴ disciplina una forma di risoluzione delle controversie più consensuale, nell'ambito della quale un terzo tenta di convincere le parti a trovare esse stesse una soluzione di comune accordo.

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

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

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

Nell'ultimo decennio, tuttavia, l'azione comunitaria volta a favorire l'accesso alle ADR da parte dei consumatori si è intensificata, incoraggiando gli Stati membri a creare sistemi di ADR in materia o richiedendo che siano creati sistemi adeguati ed efficaci di ADR⁵.

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

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

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

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

⁵ Alcune direttive si limitano ad incoraggiare l'uso di ADR: ad esempio la dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico, la dir. 2008/6/CE sui servizi postali, la dir. 2004/39/CE (MIFID) sul mercato degli strumenti finanziari.

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

dagli operatori economici, promuove la fiducia dei consumatori nel mercato e migliora il suo funzionamento ⁶.

4. La direttiva comunitaria n. 52/2008 del 21 maggio 2008.

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

In data 21 maggio 2008 è stata così adottata la dir. 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (di seguito "la Direttiva"). ⁷

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

Poiché il legislatore delegato ha ritenuto, con scelta condivisibile, di avvalersi della opportunità, esplicitamente indicata nella direttiva, di modellare il procedimento di mediazione interno in conformità ai principi enunciati nella Direttiva, è opportuno fare cenno a questi ultimi ⁸.

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

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

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

In questa prospettiva dovrà essere incoraggiata la formazione professionale e continua

⁶ In questo senso, testualmente, il *Consultation Paper* del 2011, cit.

⁷ La direttiva è frutto di un lungo ed approfondito lavoro iniziato nel maggio 2000 da parte del Consiglio dell'Unione Europea sul tema dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

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

⁸ Per un approfondimento sui contenuti della dir. n. 52/2008, v. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediazione. Quale attuazione?* in *Riv. arb.*, 2009, 1 ss.

dei mediatori per una efficace gestione della mediazione stessa (art. 4, Direttiva).

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

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

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

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

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

È accolto altresì il principio secondo cui il ricorso alla mediazione non deve pregiudicare i termini di prescrizione o decadenza eventualmente previsti per il promuovimento del procedimento giudiziario o di arbitrato, suggerendo in tal modo che il ricorso alla mediazione possa avere un effetto interruttivo della prescrizione o impeditivo della decadenza.

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

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

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

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

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

5. Il Consultation Paper del 2011.

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

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

Sotto il primo profilo, ricognitivo dell'attuale pratica delle ADR, che si avvale di un recente studio svolto per conto della Commissione ⁹, il *Consultation Paper* rileva l'esistenza di più di 750 sistemi ADR in materia di consumo all'interno della UE.

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

Ma, nonostante l'esistenza di tratti comuni, dallo studio sembra emergere che «ciascun sistema ADR è virtualmente unico»¹⁰.

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

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

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

⁹ Si tratta dello studio sul ricorso alle forme alternative di risoluzione delle controversie nell'Unione Europea, redatto dal *Civic Consulting* in data 16 ottobre 2009.

¹⁰ In questo senso v. il *Consultation Paper*, § 15.

sistema ADR all'interno del proprio Stato di appartenenza¹¹.

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

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

D'altra parte non può dimenticarsi che la stessa Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sul sistema ADR predisposto dall'Italia in materia di utenza di servizi di comunicazione elettronica, ha ritenuto che non esista una alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura di conciliazione obbligatoria, dato che una procedura meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per perseguire obiettivi di definizione spedita o meno onerosa delle controversie, anche al fine di decongestionare i tribunali ordinari¹².

Naturalmente, come è stato immediatamente rilevato¹³, l'obbligatorietà dell'esperimento preventivo di una procedura ADR non potrebbe riguardare l'arbitrato, la cui obbligatorietà impedirebbe il ricorso alla giustizia ordinaria in assenza di una libera determinazione delle parti in tal senso.

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

Il principio di "equità" della procedura, infatti, impone di informare le parti (tra l'altro) «del loro diritto di rifiutare di partecipare alla procedura».

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

Si tratta di questioni molto delicate, il cui approfondimento esula dai limiti del presente lavoro¹⁴.

¹¹ In argomento v. VIGORITI, *Europa e mediazione*, cit., 6.

¹² C. Giust. UE, sez. IV, 18.3.2010, C. 317/08 a 320/08, Alassini, in *Foro it.*, 2010, IV, 361 ss., spec. § 65, con nota di ARMORE, PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*.

¹³ V. VIGORITI V., *Europa e mediazione*, cit., 11.

¹⁴ Sul punto v. approfonditamente VIGORITI, *Europa e mediazione*, cit., 18 e ss., ed ivi considerazioni che sollecitano una attenta riflessione sulle possibili opzioni.

6. Le recenti iniziative comunitarie in materia di ADR nelle controversie dei consumatori.

Le recenti iniziative in sede europea sul tema della risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori confermano la cautela con la quale si cerca di coniugare lo sviluppo delle ADR nell'ambito dell'Unione con il rispetto dei principi fondamentali in tema di accesso alla tutela giurisdizionale.

La direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori¹⁵, al dichiarato scopo di conseguire un elevato livello di protezione del consumatore offrendo procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie senza limitare l'accesso dei consumatori agli organi giurisdizionali pone una serie di principi particolarmente rilevanti al fine di conseguire, in questa delicata materia, una soluzione equilibrata.

Intanto la direttiva chiarisce che essa non intende pregiudicare la legislazione nazionale che preveda l'obbligatorietà di procedure di ADR nelle controversie che coinvolgano i consumatori e che abbiano ad oggetto obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti e consumatori, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario.

Resta in tal modo confermata la neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto all'opzione della obbligatorietà o meno del previo esperimento di soluzioni alternative delle controversie dei consumatori, opzione che è consentita ai singoli legislatori nazionali purchè non risulti impeditiva dell'accesso alla giurisdizione.

La direttiva di direttiva riconosce altresì agli Stati membri la facoltà di stabilire se gli organismi di ADR istituiti sui rispettivi territori possano avere o meno la facoltà di imporre una soluzione. Chiarisce che le parti debbano avere accesso alla procedura di ADR senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o a un consulente legale, fermo restando il loro diritto di essere rappresentate o assistite in qualsiasi fase della procedura e sottolinea che la procedura di ADR deve essere gratuita o disponibile a costi minimi per i consumatori e deve concludersi nel termine di 90 giorni, prorogabile di ulteriori 90 giorni soltanto nell'ipotesi di controversie particolarmente complesse.

Particolarmente rilevanti sono poi i principi che la direttiva pone sia con riferimento alle procedure di ADR volte a risolvere la controversia proponendo una soluzione, sia con riferimento a quelle volte a comporre la controversia mediante l'imposizione di una soluzione.

Con riferimento alle prime (ascrivibili alla categoria della conciliazione c.d. valutativa) si prevede che le parti abbiano la possibilità di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento e che, prima di accettare di dare seguito a una soluzione proposta dall'organismo di ADR, siano informate della libertà di scelta se accettare o meno la soluzione proposta, della possibilità di chiedere un risarcimento attraverso un normale

¹⁵ Il relativo testo è reperibile in G.U. del 18.6.2013

procedimento giudiziario e degli effetti giuridici che conseguono alla accettazione o meno di una soluzione proposta.

Con riferimento alle seconde (che si riferiscono ad una soluzione aggiudicativa che può essere imposta alle parti) si prevede che l'accordo tra un consumatore e un professionista finalizzato a far risolvere la controversia da un organismo di ADR che imponga alle parti una soluzione non è vincolante per il consumatore se è stato concluso prima dell'insorgere della controversia e se ha l'effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire un organo giurisdizionale per la risoluzione della controversia.

Si prevede che la soluzione possa essere vincolante per le parti soltanto a condizione che queste siano state previamente informate del suo carattere vincolante e abbiano specificamente dato il loro assenso.

Ancora, e il rilievo è particolarmente significativo alla luce delle diverse scelte operate dal nostro legislatore, la direttiva 2013/11 chiarisce che l'accesso ad una procedura di ADR (nei rapporti di consumo) non può imporre l'assistenza legale obbligatoria ferma la facoltà per le parti di farsi assistere su base volontaria e di richiedere pareri legali in merito (art. 8 lett. b) e art. 9, comma 1, lett.b)).

Anche con riferimento all'ipotesi di mediazione valutativa, nella quale il mediatore propone una soluzione alle parti, la direttiva si discosta dall'opzione del nostro legislatore in tema di conseguenze in caso di mancata accettazione e coincidenza della proposta (in tutto o in parte) con la successiva decisione in sede giurisdizionale. La direttiva, infatti, sembra precludere qualsiasi sanzione dal momento che afferma la libertà per le parti di recedere in qualsiasi momento dal procedimento ADR (art. 9, comma 2, lett. a)).

La direttiva 2013/11, già in vigore, dovrà essere recepita dai singoli Stati membri entro il 9 luglio 2015.

Con riferimento invece alle Online Dispute Resolutions (ODR) nei rapporti di consumo l'Unione Europea ha optato per un più cogente strumento legislativo.

Il 21 maggio 2013, infatti, è stato emanato il Regolamento 524/11 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori (anch'esso pubblicato in G.U. 18/6/2013) che si applicherà dal 9 gennaio 2016.

Il regolamento prevede l'istituzione di una piattaforma digitale ODR, unica per tutta la U.E. alla quale saranno indirizzati tutti i reclami online nella materia dei consumi e che provvederà, sempre in via telematica, a trasmettere il reclamo all'organismo prescelto dalle parti ovvero a quello individuato – in difetto di scelta – dalle competenti autorità nazionali.

Le nuove iniziative comunitarie alle quali si è fatto cenno impongono un ulteriore intervento del nostro legislatore per adeguare la normativa interna nella specifica materia delle controversie dei consumatori.

7. L'esperienza italiana.

7.1 Il nuovo interesse per la mediazione nell'ultimo decennio.

Nell'ambito della esperienza italiana non sono ignote ipotesi di tentativi di conciliazione amministrati anche in sede non contenziosa, spesso connotati dalla obbligatorietà del loro esperimento ¹⁶.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ Un inquadramento sistematico della conciliazione stragiudiziale e delle varie forme di essa conosciute dal nostro ordinamento (sino alla fine degli anni '90 del secolo scorso), con importanti considerazioni anche con riferimento ai profili di costituzionalità dei tentativi obbligatori di conciliazione, è offerto da PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 2000, 327 ss.

volontarietà del ricorso alla procedura ma anche e soprattutto della non vincolatività dell'esito del tentativo di conciliazione.

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

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

Come è stato osservato, il termine alternativo potrebbe suonare competitivo rispetto alla decisione della controversia; in realtà le due procedure dovrebbero essere considerate più "complementari" che competitive¹⁷.

ADR e procedimento giurisdizionale, quindi, si integrano e non si escludono vicendevolmente¹⁸.

Ciò premesso, sarebbe ingeneroso considerare l'esperienza italiana delle ADR come una *tabula rasa*, così come sarebbe superficiale l'espressione di un giudizio completamente negativo sull'atteggiamento del legislatore¹⁹.

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

Anzi, a partire dal 1993 con la previsione legislativa della costituzione di commissioni di conciliazione e arbitrato presso le Camere di commercio (l. n. 580/1993) si è assistito alla proliferazione – del tutto disomogenea – di disposizioni in tema di conciliazione stragiudiziale²⁰.

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

¹⁷ In questo senso si è orientata parte della dottrina più propensa a ritenere la complementarietà di queste diverse forme di soluzione delle controversie, piuttosto che a vederle quali drastica alternativa al sistema processuale attuale: RUBINO, SAMMARTANO, *Arbitrato e conciliazione nel nuovo diritto societario*, in *Bollettino della Corte Arbitrale Europea – Delegazione Italiana*, n. 3/2002.

¹⁸ In questo senso, DE PALO, D'URSO, *La procedura di conciliazione stragiudiziale professionale*, in *Dir e prat. soc.*, 2003, 1, 77.

¹⁹ ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Politica del diritto*, 1997, 403 ss.

²⁰ Per una ragionata rassegna delle iniziative legislative in materia, v. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in tema di conciliazione "convenzionale"*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, 1218 ss.

dell'Istituto per la diffusione della cultura arbitrale (Isdaci).

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

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

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

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

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

Tali iniziative legislative sono state per lo più criticate in particolare dalla dottrina sia perché strutturate in maniera disorganica e disordinata, sia perché a volte addirittura contraddittorie l'una con l'altra²¹.

Un'ulteriore critica è stata poi diretta alla scelta di prevedere l'obbligatorietà di molte delle più recenti ipotesi di tentativo di conciliazione introdotte; il carattere obbligatorio delle stesse priverebbe infatti la conciliazione del suo naturale presupposto; in altre parole, andrebbe a discapito del principio di libera determinazione delle parti finalizzato a raggiungere una soluzione "amichevole"²².

Non si può negare che, almeno in Italia, tra i fattori che hanno determinato la ricerca di nuovi strumenti di risoluzione delle controversie, si rinvengono i sintomi di una giustizia in crisi (l'eccessiva onerosità di un giudizio, l'intasamento dell'attività dei giudici e l'estensione dei tempi necessari per giungere ad una soluzione della controversia).

Ciò nonostante, è stato osservato in dottrina che considerare i riti alternativi alla stregua di un mero correttivo deflazionistico comporterebbe il rischio di ridurre gli stessi al

²¹ In questo senso: RUBINO, *I procedimenti*, 469, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.

²² Si veda, nel senso della inutilità, se non dannosità, del tentativo di conciliazione quando esso assuma i caratteri dell'obbligatorietà, MINERVINI, *Le camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, II, 945.

rango di “giustizia di second’ordine”. Sarebbe invece auspicabile riconoscere la valenza autonoma di tali procedure informali nell’offrire composizione di *small claims*²³.

Ancora si è rilevato, la necessità di inquadrare questi mezzi di soluzione delle controversie in un contesto ove si possa confidare su una amministrazione della giustizia efficiente; solo così infatti si eviterebbe un uso distorto delle conciliazioni²⁴.

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

Quanto alle garanzie, le maggiori preoccupazioni sono state rivolte:

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

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

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

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

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

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

Nella seconda ipotesi, invece, l’attività del conciliatore si spinge oltre la mera assistenza alla negoziazione; sono previste delle sedute private in cui le parti in piena libertà possono descrivere il loro punto di vista, presentare documenti e ipotizzare gli aspetti della vicenda su cui sono disposti a raggiungere un accordo; una volta esaminati i diversi aspetti della controversia, spetta al conciliatore proporre una ipotesi risolutiva

²³ BUONFRATE, LEOGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione*, in *Riv. arb.*, 1999, 375 ss.

²⁴ CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 447 ss.

tentando di convincere le parti ad accettarla²⁵.

In merito è stato osservato come il primo tipo di conciliazione appaia più efficace tenuto conto che prevede una scelta liberamente presa dalle parti – le quali sostanzialmente temono invece di doversi adattare a imposizioni di terzi esterni – ed in definitiva dà migliori garanzie per una futura collaborazione²⁶.

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

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

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

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

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

La conciliazione societaria, peraltro, ha avuto vita breve in quanto ne è stata disposta l’abrogazione in occasione della entrata in vigore della nuova disciplina organica della mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010. Con riferimento a particolari settori (servizi di telecomunicazione e servizi finanziari e bancari) sono stati introdotti specifici sistemi di ADR dei quali si tratterà specificamente nel prosieguo (*infra* §§ 6.3 e 6.4).

Allo scopo di completare il sintetico quadro dell’esperienza italiana in tema di conciliazione stragiudiziale è opportuno fare cenno alle altre ipotesi di tentativi

²⁵ Per un’ampia panoramica si rinvia agli studi di CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell’esperienza nordamericana*, cit., 1283 ss.

²⁶ In questo senso: BORTOLOTTI, *La conciliazione stragiudiziale nelle controversie societarie*, in Atti del convegno promosso dall’AIA sul tema “Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie” tenutosi a Roma il 7 novembre 2002.

amichevoli di composizione delle controversie che il legislatore – a partire dall’ultimo decennio del secolo scorso – ha introdotto nelle più svariate materie, in totale assenza di un disegno organico.

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

Traendo spunto da un recente e documentato studio in materia²⁷, può osservarsi che una delle più rilevanti ipotesi di tentativo di conciliazione introdotto dal legislatore riguarda la sub-fornitura nelle attività produttive, disciplinate dalla l. 18.6.1998, n. 192.

Il tentativo di conciliazione in argomento è espressamente qualificato come obbligatorio, ma la norma che lo dispone (art. 10, l. n. 192/1998) è di controversa interpretazione, essendo dubbio che essa si riferisca a tutte le controversie in tema di sub-fornitura ovvero soltanto a quelle relative alla esecuzione del contratto e difettando, in ogni caso, una espressa sanzione legislativa per l’omissione del tentativo di conciliazione²⁸.

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

Il procedimento deve concludersi entro 30 giorni dalla presentazione della domanda e se entro quel termine non si giunge alla conciliazione la controversia potrà essere rimessa, su richiesta congiunta dalle parti, alla commissione arbitrale istituita presso la Camera di commercio²⁹.

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

Altra ipotesi di introduzione di un tentativo di conciliazione, questa volta dichiaratamente *facoltativo*, si rinviene in materia di fornitura di servizi turistici e

²⁷ GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in materia di conciliazione “convenzionale”*, in RUBINO, SAMMARTANO (a cura di), *op. cit.*, 1215 ss.

²⁸ Per i necessari approfondimenti v. in dottrina CUOMO ULLOA, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie di subfornitura*, in BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI, (a cura di), *op. cit.*, 519; SOTIRA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di subfornitura ai sensi dell’art. 10 legge 192 del 1998*, in *Giur. di merito*, 2003, 1739; MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2003, *passim*; BIANCHI, IPPOLITO, *La subfornitura e la procedura conciliativa amministrata dalle Camere di commercio secondo la l. 18 giugno 1998, n. 192*, in GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003, 197.

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

²⁹ In argomento v. GIOVANNUCCI ORLANDI, *op. ult. cit.*, 1222.

riguarda le controversie tra imprese del settore, ovvero tra queste ultime e clienti³⁰.

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

Ma tale disciplina, come è stato rilevato, si presenta confusa e di difficile decifrazione³².

Le norme in materia di affiliazione commerciale (c.d. *franchising*) di cui alla l. 6.5.2004, n. 129, e che disciplinano il contratto «in virtù del quale una parte concede la disponibilità ad un'altra, verso corrispettivo, di un complesso di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi», prevedono a loro volta un tentativo facoltativo di conciliazione davanti alle Camere di commercio, secondo un procedimento modellato su quello della conciliazione societaria di cui al d.lgs. n. 5/2003³³.

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

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

Si chiarisce in proposito che la clausola contrattuale che prevede il ricorso a forma di conciliazione non può essere considerata vessatoria e si rinvia, quanto alla individuazione degli organismi arbitrali a gestire le procedure conciliative ai principi comunitari in materia, ferma restando l'abilitazione *ex lege* degli organismi istituiti

³⁰ Il tentativo di conciliazione è previsto dall'art. 4, 3° co., l. 29.3.2001, n. 135 intitolata "Riforma della legislazione nazionale del turismo". In argomento oltre a GIOVANNUCCI ORLANDI, *op. ult. cit.*, 1223, v. BARTOLOMUCCI, *Arbitrato e conciliazione nelle controversie del consumo, pulitintorie e turismo*, in BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *op. cit.*, 300 ss.; ATELLI, *La riforma della legislazione sul turismo*, in *Corriere giur.*, 2001, 1379; FRAGOLA, *Primo approccio sulla legge 29 marzo 2001, n. 135. Riforma della legislazione nazionale sul turismo*, in *Nuova rassegna*, 2001, 1371 ss.

³¹ In argomento v. SALI, *ODR: la risoluzione delle controversie*, in AZZALI, ZOPPINI (a cura di), *Commercio elettronico, autodisciplina e risoluzione extragiudiziale delle controversie*, Milano, 2004, 71; AZZALI, REGAZZONI, *Composizione extragiudiziale delle controversie e strumenti di ADR*, in ROSSELLO, FINOCCHIARO, TOSI (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale: la nuova disciplina*, Torino, 2003, 161.

³² In questo senso v. le considerazioni di GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in materia di conciliazione "convenzionale"*, cit., 1230.

³³ Di cui si è detto in precedenza *sub* § 5. Sulla conciliazione in tema di *franchising* v. GIOVANNUCCI-ORLANDI, *op. ult. cit.*, 1230 e 1231.

presso le Camere di commercio.

Anche in questo caso, comunque, si tratta di un tentativo di conciliazione *facoltativo*, che necessiterebbe di una migliore definizione normativa, anche sotto il profilo procedimentale, per una sua efficace diffusione³⁴.

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

Si discute se si tratti di un tentativo obbligatorio di conciliazione, ma al di là della formulazione legislativa l'assenza di sanzioni per il mancato esperimento del tentativo di conciliazione sembra deporre per una mera facoltatività di esso³⁵.

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

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

Come emerge dalla rassegna che precede (e che deve necessariamente essere integrata con le ipotesi di conciliazione previste in tema di servizi di telecomunicazione, di servizi finanziari e bancari di cui tratterà *infra sub* §§ 7.3 e 7.4) sino ad oggi, se si eccettua la disciplina in tema di conciliazione societaria, il legislatore è intervenuto nel settore della soluzione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali in maniera frammentaria e disorganica, oscillando tra ipotesi di (dubbia) obbligatorietà di tentativi di conciliazione e di mera facoltatività di esse, senza mai affrontare compiutamente le delicate problematiche che simili previsioni comportano.

7.2. La diffusione delle ADR in Italia.

Un recente studio sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia, redatto a cura

³⁴ Per i necessari approfondimenti v. in dottrina, oltre a GIOVANNUCCI-ORLANDI, *op. ult. cit.*, 1231 ss., BARTOLOMUCCI, in BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *op. cit.*, 283 ss.; ALPA, *Le ADR dalla tutela dei consumatori alla amministrazione efficiente della giustizia civile*, in ALPA, DANOVÌ (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004, 44 ss.; BARTOLOMUCCI, *La clausola di conciliazione nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e garanzia di accesso alla giustizia*, in *Contratti*, 2003, 101 ss.

³⁵ Così, condivisibilmente, GIOVANNUCCI ORLANDI, *op. ult. cit.*, 1234. In argomento v. altresì BUONFRATE, *Conciliazione nelle controversie del patto di famiglia*, in BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *op. cit.*, 329 ss.; ZOPPINI, *Il patto di famiglia non risolve le liti*, in *Il Sole-24 ore*, 3 febbraio 2006; Manes, *Prime considerazioni sul patto di famiglia*, in *Contr. e Imp.*, 2006, 561.

dell'Istituto per la diffusione della cultura arbitrale (Isdaci)³⁶ e riferito a dati del 2009 offre un quadro conoscitivo molto dettagliato in ordine ai sistemi ADR attivi in Italia.

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

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

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

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

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

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

7.3. (Segue). La conciliazione presso i Corecom.

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

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

L'Autorità (individuata con l'acronimo Agcom), per parte sua, ha provveduto a delegare

³⁶ Si tratta del IV Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia, presentato a Milano il 14 febbraio 2011 e consultabile sul sito www.isdaci.it.

l'esperimento del tentativo di conciliazione ai costituendi Comitati Regionali per le Comunicazioni (Corecom) presso le singole regioni e ad individuare due tipologie specifiche di controversie da assoggettare al tentativo obbligatorio di conciliazione:

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

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

L'art. 2 del regolamento del 2007, in vigore, prevede che le controversie soggette al tentativo obbligatorio di conciliazione siano quelle aventi ad oggetto il mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale³⁷ e ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle Carte dei Servizi.

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

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

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

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

In caso di esito positivo del tentativo di conciliazione viene redatto un verbale che costituisce titolo esecutivo, a seguito di omologazione da parte del Tribunale nella cui circoscrizione ha avuto luogo la procedura di conciliazione³⁸.

³⁷ Si tratta della materia regolata dalla dir. del Parlamento Europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, c.d. "direttiva servizio universale", recepita in Italia con il d.lgs. 1.8.2003, n. 259, recante il codice delle comunicazioni elettroniche.

³⁸ In questo senso v. G. ROMUALDI, nota redazionale in *Foro it.*, 2009, I, 2160. La dottrina che si è specificamente occupata della materia è esigua: cfr. MAMMONE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione*

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

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

Ma la lettura costituzionalmente orientata della norma fa propendere per la diversa qualificazione del tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di «procedibilità» dell'azione³⁹.

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

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

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

Mentre non dovrebbe dubitarsi che ove la controversia non abbia ad oggetto il servizio di telecomunicazioni, ma rapporti solo occasionalmente ad esso ricollegabili⁴⁰, più complessa è la questione se anche la controversia in ordine alla sussistenza o meno di un contratto di utenza debba necessariamente essere assoggettato al tentativo obbligatorio di conciliazione⁴¹.

Per quanto riguarda la compatibilità del tentativo obbligatorio di conciliazione con la disciplina comunitaria in materia essa è stata ritenuta sussistente da una recente decisione della Corte di Giustizia Europea, chiamata a pronunciarsi in ordine alla interpretazione dell'art. 34 della c.d. «direttiva servizio universale» che prevede la

tra utenti e organismi di telecomunicazione: stato della giurisprudenza, in *Dir. ed econ. mezzi di comunicazione*, 2007, 79 ss.; ROMUALDI, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in *Riv. arb.*, 2005, 402 ss.; CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione: stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema*, Bologna, 2005.

³⁹ Così ROMUALDI, nota redazionale cit., ed *ivi* i pertinenti richiami giurisprudenziali. L'autore ricorda altresì che oggi ogni dubbio deve ritenersi risolto nel senso della condizione di procedibilità per effetto del nuovo testo dell'art. 3 del regolamento del 2007 come modificato nel 2008.

⁴⁰ È il caso, ad esempio, della controversia relativa alla installazione di pali telefonici nel terreno di un privato, risolto recentemente dalla Suprema Corte nel senso della estraneità della fattispecie alla disciplina in argomento: cfr. Cass., 27.10.2008 n. 25853, in *Foro it.*, 2009, I, 2157.

⁴¹ La giurisprudenza di legittimità ha recentemente ritenuto che tale controversia rientri nel novero di quelle soggette alla normativa speciale, propendendo per una interpretazione estensiva in ragione del fatto che una diversa tesi interpretativa comporterebbe che dapprima il giudice si pronunci sulla esistenza o meno del contratto e solo successivamente, in caso positivo, si debba espletare il tentativo di conciliazione, soluzione ritenuta configgente con le regole del giusto processo ex art. 111 Cost.: cfr. Cass., 30.9.2008, n. 24334, in *Foro it.*, 2009, 2157 ss.

predisposizione di procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie nelle questioni contemplate dalla direttiva.

La Corte, con sentenza del 18.3.2010⁴², ha ritenuto che la procedura obbligatoria di conciliazione prevista dalla normativa italiana in materia di servizi di telecomunicazione non è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva comunitaria "servizio universale", sia perché il risultato della procedura non è vincolante e non incide sul diritto ad un ricorso giurisdizionale, sia perché la procedura di conciliazione (che deve concludersi entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza) non comporta un ritardo sostanziale nella proposizione del ricorso giurisdizionale, essendo comunque sospesa la prescrizione dei diritti per tutta la durata del tentativo obbligatorio di conciliazione.

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

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

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

7.4. La conciliazione presso la Consob in materia di servizi di investimento.

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

Si tratta di due distinti sistemi riferibili rispettivamente ai rapporti tra intermediari ed investitori (per i quali è previsto un procedimento di conciliazione presso la Consob) ed alle controversie in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari (arbitrato bancario e finanziario sotto l'egida della Banca d'Italia).

Per quanto riguarda il primo sistema, riferito come detto alla tutela dei rapporti tra

⁴² C. Giust. CE, sez. IV, 18.3.2010, C-317/08, che può leggersi in *Guida dir.*, 3 aprile 2010, n. 14, 18 ss., con commento di CASTELLANETA, *La soluzione extragiudiziale delle controversie realizza pienamente l'obiettivo della direttiva*.

investitori non professionali ed intermediari finanziari, il d.lgs. n. 179, 8.10.2007, ha previsto l'istituzione presso la Consob di una Camera di Conciliazione e di Arbitrato delegando a quest'ultima l'emanazione del regolamento attuativo.

Con deliberazione Consob n. 16763, 29.12.2008, è stato adottato il Regolamento attuativo della Camera di Conciliazione e di Arbitrato prevedendosi che tale organismo amministrerà i procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori (art. 4 Reg.).

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

Si tratta di un procedimento facoltativo, attivabile soltanto su richiesta dell'investitore⁴³.

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

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

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

⁴³ I commenti sulla disciplina della Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob sono già numerosi. Senza alcuna pretesa di completezza cfr, da ultimo, BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 4 ss.; NASCOSI, *La nuova Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob*, in *Leggi civ. comm.*, 2009, 963 ss.; in argomento v. altresì CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2008, 1049 ss.; CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: "prima lettura" del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. società*, 2007, 1445 ss.; COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Soc.*, 2007, 8 ss.; GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, 301 ss.; AMOROSINO, *Funzioni e poteri della Consob "nouvelle"*, in *Banca borsa*, 2008, 137 ss.; CUOMO ULLOA, *La camera di conciliazione di arbitrato istituita presso la Consob*, in *Contratti*, 2008, 1178 ss.; ENRICQUES, *Il ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 705; SOLDATI, *La Camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 209, 423 ss.; CARLEO, *Gli strumenti di tutela di risparmiatori e investitori istituiti presso la Consob: procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo, fondo di garanzia*, in AA.VV., *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, a cura di Martorano e De Luca, Milano, 2008, 361 ss.; BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratti*, n. 4/2010, 422 ss. e *ivi* un raffronto tra la conciliazione specialistica in materia finanziaria e il sistema ordinario di conciliazione.

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

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

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

Particolarmente interessanti sono, per la materia qui considerata, le specifiche regole deontologiche dettate per il conciliatore, che potranno essere di esempio per i codici deontologici di cui dovranno dotarsi gli organismi di mediazione disciplinati dal d.lgs. n. 28/2010⁴⁴.

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

«a) accetta la nomina conferitagli solo quando sia qualificato per la definizione della controversia per la quale è stato designato;

b) si assicura, al primo incontro di conciliazione, che le parti abbiano compreso:

- la natura, le finalità, gli oneri e i vantaggi della procedura di conciliazione;
- il loro ruolo e quello del conciliatore;
- gli obblighi di riservatezza a loro carico e quelli a carico del conciliatore;

c) prepara gli incontri di conciliazione studiando la controversia e la documentazione prodotta dalle parti, accertando che le parti o il loro rappresentanti abbiano i poteri necessari per concludere un eventuale accordo e stabilendo tempi e modi degli incontri che consentano l'osservanza dei principi generali stabiliti per la procedura;

d) accerta che il proprio domicilio o quello diverso scelto di comune accordo con le parti sia idoneo a consentire un ordinato, riservato e sereno svolgimento degli incontri di conciliazione;

e) conduce la procedura di conciliazione con autorevolezza, applicando le tecniche di composizione dei conflitti e creando un clima di dialogo e di fiducia con le parti, e si adopera per far loro raggiungere un accordo soltanto fino a quando sia manifesto che tale obiettivo non sia conseguibile;

f) si comporta con lealtà nei confronti delle parti, evitando di compiere atti che possano essere o apparire ad esse discriminatori e di esercitare la sua influenza a favore di una di loro;

g) ascolta attentamente, nel corso degli incontri, le dichiarazioni delle parti e acquisisce,

⁴⁴ In ordine ai quali v. *infra*, § []

anche rivolgendo loro domande, ogni documento e informazione utili sulla controversia, sui punti di vista, sulle pretese e aspettative di ciascuna parte nonché sui loro reciproci rapporti, al fine di individuare soluzioni idonee a comporre la controversia;

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

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

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

Il ruolo della Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob assumerà ulteriore rilievo per effetto della previsione contenuta nella nuova disciplina generale della conciliazione, di cui si dirà in prosieguo, che prevede quale condizione di procedibilità, tra l'altro, delle azioni in materia di contratti finanziari l'opzione di avvalersi dell'esperienza del procedimento di conciliazione presso la Consob in alternativa a quello presso gli altri organismi abilitati⁴⁵.

7.5. Cenni all'Arbitrato Bancario e Finanziario

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

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

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

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

a) relative all'accertamento di situazioni giuridiche (divieti, obblighi e facoltà) qualunque sia il valore della controversia;

b) relative all'adempimento di diritti di credito aventi ad oggetto una somma di denaro

⁴⁵ Art. 5, 1° co., d.lgs. n. 28/2010.

non superiore a euro 100.000,00.

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

Ciò è tanto vero che si prevede la stipulazione di un protocollo di intesa tra i due organismi al fine di precisare quali controversie possano essere sottoposte all'uno o all'altro⁴⁶.

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

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

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

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

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

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

Questa constatazione è stata recentemente ed autorevolmente avallata dalla Corte Costituzionale la quale, con ordinanza 21 luglio 2011 n. 218, ha osservato che l'Arbitro Bancario Finanziario non è legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale in quanto i caratteri della giurisdizione di rivelano inesistenti sia con riferimento alle specifiche attribuzioni che l'organismo è chiamato a svolgere, sia con riguardo al profilo relativo alla decisione emanata da tale organismo, posto che la stessa non assume, in realtà alcun valore cogente per nessuna delle parti in causa, svolgendo essa solo una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla reputazione dell'intermediario.

⁴⁶ Sulle competenze e sulla struttura dell'Arbitro Bancario Finanziario v. SOLDATI, *L'Arbitrato Bancario Finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 2009, 853; BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie finanziarie*, in *Contratti*, 2010 422, ss.; GUCCIONE, RUSSO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Leggi. civ. comm.*, 2010, 475 ss.; RUPERTO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Banca borsa*, 2010, 325 ss.

8. Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile.

8.1 Le iniziative del legislatore nell'ambito della riforma del processo civile del 2009: la delega del Governo in materia di disciplina della conciliazione stragiudiziale.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il legislatore delegato, come si vedrà, ha ritenuto di essere facoltizzato ad introdurre, con riferimento ad una nutrita serie di controversie, il tentativo obbligatorio di conciliazione, ponendolo quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale⁴⁷.

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

⁴⁷ In sede di primo commento alla legge delega non sono mancate opinioni nel senso che il legislatore delegato sarebbe facoltizzato alla previsione di tentativi obbligatori di mediazione per determinate categorie di controversie: cfr. CARRATTA, in MANDRIOLI, CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, spec. 217.

della Giustizia.

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

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

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

La durata del procedimento di mediazione non può eccedere i quattro mesi ed il costo della procedura possa essere stabilito con atto regolamentare che preveda altresì un incremento delle indennità spettanti al mediatore nell'ipotesi di positiva conclusione del procedimento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Alla circolazione di tale schema ha fatto seguito un ampio dibattito nell'ambito del quale sono state registrate opinioni critiche da parte degli studiosi della materia⁴⁸.

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

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

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

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

Il decreto legislativo (emanato il 4 marzo 2010 con il n. 28) costituisce il primo intervento organico del nostro legislatore in materia di conciliazione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali, restando peraltro in vigore le norme che disciplinano i procedimenti conciliativi obbligatori in determinate materie (l'art. 23, 2° co., stabilisce infatti la salvezza delle disposizioni che prevedono procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, tra i quali la relazione ricorda quelli

⁴⁸ Ad esempio, le osservazioni di CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60, l. n. 69/2009*, in *ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 179/2009 del 26 novembre 2009.

disciplinati dagli artt. 410 e ss. del codice di procedura civile in materia di controversie individuali di lavoro (oggi meramente facoltativo) e quello disciplinato dall'art. 4, l. 3.5.1982, n. 203, in materia di contratti agrari. Ma il catalogo dei procedimenti conciliativi obbligatori destinati a sopravvivere è più vasto: si pensi, ad esempio, a quello previsto per le controversie tra utenti e gestori di servizi di telefonia, di cui all'art. 1, l. 31.7.1997, n. 249).

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

Esula dagli obiettivi del presente lavoro la predisposizione di un organico commentario delle disposizioni del decreto legislativo recentemente entrato in vigore. Le considerazioni che seguono sono pertanto finalizzate a sottolineare taluni aspetti della nuova disciplina che in ragione della opinabilità delle scelte che sono state operate, ovvero della rilevanza di esse, appare particolarmente utile illustrare, sia pure in termini necessariamente sintetici⁴⁹.

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

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

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

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

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

Questa scelta suscitava rilevanti perplessità perché vulnerava, di fatto, un principio cardine della mediazione/conciliazione stragiudiziale: quello della riservatezza del relativo procedimento. Il verbale di mancato accordo sulla proposta del conciliatore era

⁴⁹ Per un commento organico alla disciplina della mediazione in Italia v. GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile e commerciale*, Milano, 2010, *passim*.

destinato a (poter) trasmigrare nel fascicolo del procedimento giurisdizionale, sia pure al dichiarato fine di consentire la regolazione delle spese (anche) in deroga al principio della soccombenza. Non solo. Per poter formulare la proposta il mediatore non avrebbe potuto che fare riferimento alle informazioni che ciascuna delle parti avesse fornito nella aspettativa che esse non avrebbero potuto essere utilizzate a suo danno.

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

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

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

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

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

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

Già in sede di commento alla legge delega gli studiosi della materia avevano percepito il pericolo della introduzione della mediazione "valutativa" nell'ambito della quale l'accordo dovesse essere proposto dal conciliatore, ma avevano escluso che vi fossero indicazioni in tal senso al legislatore delegato osservando come fosse errata la tesi che vede nella conciliazione un procedimento aggiudicativo destinato a sfociare in una proposta del conciliatore sulla base della opinione che quest'ultimo si sia fatto sulla fondatezza delle rispettive pretese⁵⁰.

⁵⁰ In questi termini LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in ALPA (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile*, Napoli, 2010, spec. 233 e 234.

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

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

La relazione di accompagnamento al decreto si diffonde sul punto, giustificando la scelta quale sintesi tra le diverse posizioni che caratterizzano l'attuale dibattito sulla mediazione e precisando che la possibilità per il mediatore di formulare comunque una proposta ha anche lo scopo di rimarcare la finalità deflattiva della mediazione, poiché le parti potrebbero essere indotte ad accettare tale proposta a fronte della difficoltà di raggiungere un migliore risultato a seguito di un procedimento giurisdizionale.

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

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

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

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

Un altro aspetto sul quale si sono appuntate numerose ed autorevoli critiche⁵¹ riguarda la previsione di obbligatorietà del tentativo di conciliazione (a pena di improcedibilità) rispetto ad una vasta gamma di controversie di cui all'art. 5 del Decreto.

⁵¹ Ad esempio, da parte del CSM nel suo parere in data 4 febbraio 2010.

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

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

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

Tra l'altro la disposizione in argomento non distingue tra il procedimento facoltativo di conciliazione e quello obbligatorio, introducendo così un vincolo di coazione indiretta alla partecipazione al procedimento conciliativo che non sembra coerente con la fisionomia dell'istituto che si è venuta a configurare nella prassi e nella legislazione sino ad oggi vigente.

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

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

Ed è altrettanto nota la posizione della Corte Costituzionale in ordine al fenomeno della cosiddetta *ficta confessio* a carico della parte contumace⁵².

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

È assai discutibile, infatti, la coerenza con il canone della ragionevolezza di una norma che consente al giudice di trarre elementi di giudizio dal comportamento meramente omissivo di una parte che non partecipi al tentativo di conciliazione quando una analoga

⁵² La Corte ha infatti recentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale delle previsioni in ordine alla *ficta confessio* nel rito societario di cui all'art. 13 d.lgs. n. 5/2003: cfr. C. Cost., 12.10.2007, n. 340, in *Soc.*, 2008, 495, con commento di Senini.

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

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

facoltà non è consentita nella omologa situazione in cui una parte scelga di non partecipare al processo, rimanendo contumace.

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

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

È vero che sussiste la necessità di scoraggiare l'atteggiamento ostruzionistico che si concreta nella mancata partecipazione al tentativo di conciliazione e che le osservazioni della Commissione Giustizia della Camera sono state sul punto proprio nel senso di ricollegare la mancata partecipazione di una parte alla mediazione alla applicabilità dell'art. 116 c.p.c. Sembra tuttavia che il mezzo ipotizzato ecceda lo scopo: un conto è infatti penalizzare un atteggiamento non collaborativo con una diversa regolazione delle spese di giudizio, altro è sanzionare tale atteggiamento con un pregiudizio sulla stessa sorte della controversia nel merito.

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

Tali perplessità sono ulteriormente rafforzate dal rilievo che la giurisprudenza interpreta l'art. 116 c.p.c. nel senso che il contegno delle parti può costituire «unica e sufficiente fonte di prova e di convincimento del giudice» e non soltanto elemento di valutazione delle prove già acquisite al processo⁵³.

D'altra parte, e conclusivamente sul punto, se si considera che nemmeno nell'ambito delle controversie di lavoro l'ordinamento attribuisce alcun rilievo alla mancata partecipazione di una parte al tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c., la diversa opzione del legislatore delegato risulta ancor meno condivisibile⁵⁴.

⁵³ In questo senso cfr. Cass., 10.8.2002, n. 12145; Cass., 19.7.2002, n. 10568; Cass., 16.7.2002, n. 10268; ancora più recentemente v. Cass., 27.1.2005, n. 1658. Ma il comportamento rilevante delle parti ai sensi dell'art. 116 c.p.c. è soltanto quello tenuto nel corso del processo, essendo del tutto ininfluenza il comportamento tenuto anteriormente al processo: v. Cass., 22.6.2001, n. 8596. Ancora, la contumacia del convenuto non può assumere, di per sé sola, un significato probatorio in favore della domanda dell'attore: v. Cass., 9.12.1994, n. 10554. Alla luce della consolidata interpretazione dell'art. 116 c.p.c. quale emerge dai precedenti citati sorprende ancor di più la scelta di attribuire rilevanza, ai fini dell'applicazione di tale norma, alla mancata partecipazione della parte alla mediazione.

⁵⁴ Oggi il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. non costituisce più condizione di procedibilità della domanda giudiziale per effetto delle modificazioni introdotte con l. n. 183, 4.11.2010 (c.d. collegato lavoro).

8.3 (Segue). L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

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

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

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

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

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

Con riferimento alla c.d. mediazione obbligatoria, disponeva in proposito l'art. 5 dello schema di decreto legislativo che l'esperimento del tentativo di conciliazione è "condizione di procedibilità" di azioni relative a controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazioni, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa (o altro mezzo di pubblicità), contratti assicurativi, bancari e finanziari (per questi ultimi rinviando ai procedimenti previsti dalle norme di settore: l'art. 128 *bis* del t.u. bancario, d.lgs. n. 385/1993, nonché la delibera attuativa del CICR in data 29 luglio 2008, n. 275, per i contratti bancari e il già citato d.lgs. n. 179/2007 e la delibera Consob n. 16763, 29.12.2008, per i contratti dei risparmiatori)⁵⁵.

La norma non prende in considerazione il procedimento obbligatorio di conciliazione in materia di utenza delle telecomunicazioni, che è destinato a sopravvivere (anche per effetto della norma di chiusura di cui all'art. 2, 2° co.)⁵⁶.

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

In questa scelta si sostanzia la finalità deflattiva del contenzioso civile che è assegnata al provvedimento legislativo in itinere. Gli uffici ministeriali stimano in circa un milione

⁵⁵ Per un sintetico commento delle disposizioni relative alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob ed all'Arbitrato bancario e finanziario v. *supra* §§ 7.4 e 7.6.

⁵⁶ L'art. 1, l. 31.7.1997, n. 249, invero, prevede che le controversie tra utenti e gestori di servizi di telefonia debbono essere precedute, a pena di improponibilità, da un tentativo di conciliazione da esperirsi davanti al Comitato Regionale per le Comunicazioni (CoReCom) competente per territorio, secondo il procedimento disciplinato dai successivi regolamenti di attuazione. Per un sintetico esame di tali disposizioni v. *supra*, § 6.3.

l'anno i procedimenti civili interessati dalla nuova condizione di procedibilità⁵⁷.

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

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

La relazione conclude, sul punto, per la compatibilità costituzionale del sistema alla luce dei precedenti della Consulta rispetto ad analoghe previsioni legislative che pongono l'esperimento di un tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda in sede giudiziale (controversie di lavoro e controversie agrarie, per citare le più rilevanti ipotesi).

Come si aveva avuto modo di osservare in sede di primo commento è probabile che sotto questo profilo non venga ravvisata una violazione dell'art. 24 Cost., proprio in funzione del rilevante interesse pubblico sotteso alla finalità deflattiva del contenzioso che, in ipotesi, la disposizione in esame vuole (vorrebbe) conseguire.

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

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

In questa prospettiva l'ipotesi di incostituzionalità per eccesso di delega si rivela non improbabile⁵⁸.

In effetti il T.A.R. del Lazio, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del Regolamento attuativo del decreto (d.m. 18.10.2010, n. 180), ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del Decreto, in relazione agli artt. 24 e 77 Cost., nella parte in cui si introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del tentativo di conciliazione,

⁵⁷ La stima era peraltro riferita all'originaria formulazione della norma. L'introduzione delle controversie in materia di circolazione di veicoli e natanti nell'ambito del tentativo obbligatorio di conciliazione determina un consistente incremento del numero delle controversie interessate dalla nuova condizione di procedibilità.

⁵⁸ Per la verità, una analoga censura di eccesso di delega in relazione alla introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie sul rapporto di lavoro privato (art. 410 c.p.c. come modificato con il d.lgs. 31.3.1998, n. 80) è stata giudicata infondata da C. cost. n. 276/2000. Il recente orientamento della Corte di Giustizia UE (sentenza 18.3.2010-C-317/08) sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione davanti ai CoReCom (sul quale v. *supra*, § 7.3) potrebbe inoltre influire – sia pure indirettamente – sulla soluzione della questione.

nella parte in cui si dispone che tale tentativo è condizione di procedibilità della domanda giudiziale ed in quella in cui si prevede che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice. Lo stesso giudice ha altresì ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 del Decreto, in relazione agli artt. 24 e 77 Cost., nella parte in cui dispone che abilitati a gestire il procedimento di mediazione siano enti pubblici o privati che diano garanzie di «serietà ed efficienza», anziché di «competenza e professionalità» come indicato nella legge delega⁵⁹.

Come si è già ricordato in precedenza la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale (soltanto) sotto l'assorbente profilo dell'eccesso di delega.

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

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

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

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

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

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

In proposito la giurisprudenza costituzionale si è dimostrata in un primo tempo contraria rispetto a disposizioni che impediscano l'accesso diretto al giudice e quindi incidano sulla stessa proponibilità dell'azione giurisdizionale⁶⁰, per approdare poi ad una posizione più possibilista, in ordine alla c.d. giurisdizione condizionata, purché quest'ultima non risulti impeditiva all'accesso alla giustizia⁶¹.

⁵⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 12.4.2011, n. 3202.

⁶⁰ In questo senso v. C. cost., 14.7.1997, n. 127 in *Giur. it.*, 1978, Parte I, 1, 1809.

⁶¹ Particolarmente significativa in questo senso C. cost., 23.7.2000, n. 276, in *Giur. it.*, 2001, 1, alla quale hanno fatto seguito numerose pronunce tutte nel senso della astratta compatibilità con l'ordinamento

Un percorso analogo e parallelo è stato compiuto dalla giurisprudenza comunitaria con l'affermazione che i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano un intervento sproporzionato ed inaccettabile tale da ledere la sostanza dei diritti garantiti⁶².

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

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

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

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

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

In linea di principio, dunque, si deve ritenere che tanto a livello comunitario, quanto a livello costituzionale interno, è possibile modulare l'accesso alla giustizia da parte dei

costituzionale di previsioni normative finalizzate al perseguimento di finalità anche deflative del contenzioso, nell'ottica di soddisfazione più pronta e meno dispendiosa della posizione di diritto sostanziale: da ultimo, sia pure incidentalmente, C. cost., 13.5.2010, n. 173, in *Foro it.*, 2010, I, 1980.

⁶² In questo senso v. C. Giust. CE, 15.6.2006, C-28/05, *Dokter*, e recentemente C. Giust. UE, 18.3.2010, C-317/08, cit.

consumatori nell'ambito di un percorso che preveda l'esperimento di un tentativo di conciliazione finalizzato ad una definizione più spedita e meno onerosa della controversia, purché siano rispettate le condizioni di cui in precedenza si è dato conto.

Non è quindi il limite all'accesso alla giustizia in sé, nella misura in cui non sia un limite preclusivo ma costituisca solo un differimento all'accesso, che può configgere con i principi che presidiano l'esercizio dei diritti dei consumatori, ma lo possono essere le modalità concrete nelle quali tale limite è declinato.

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

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

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

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

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

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

8.5 Aspetti problematici della conciliazione nel diritto dei consumatori.

Come in precedenza è stato evidenziato, il sistema di risoluzione stragiudiziale delle

controversie civili e commerciali introdotto con il Decreto presenta profili di dubbia coerenza con i principi comunitari in tema di tutela dei diritti dei consumatori sia sotto il profilo della eccessiva durata del tentativo di conciliazione, sia sotto quello dei costi di tale procedimento, sia infine per le conseguenze che il giudice potrebbe trarre dalla mancata partecipazione di una delle parti (ma in questa prospettiva del consumatore) al tentativo obbligatorio di conciliazione.

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

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

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

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

Una lettura coerente con la formulazione delle norme depone in favore della indisponibilità dei diritti dei consumatori che siano qualificati "irrinunciabili", ma debbono registrarsi in dottrina le opinioni di coloro che ritengono invece che siano ammissibili negozi dispositivi che abbiano ad oggetto diritti irrinunciabili del consumatore purché sussistano due condizioni: *a)* che il consumatore sia debitamente informato dei diritti che il codice gli attribuisce e *b)* che il negozio dispositivo discenda da una decisione autonoma e libera del consumatore e non da una unilaterale imposizione del professionista⁶³.

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

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

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

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

⁶³ Per un approfondimento di questi profili, v. NASCOSI, in DE CRISTOFARO, ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, sub art. 143, 955 ss.

contenute nella norma.

Si tratta di quegli organismi che si conformano ai principi delle due Raccomandazioni della Commissione più volte menzionate (rispettivamente 98/257/CE e 2001/310/CE) e che siano iscritti nell'elenco che il Ministero delle Attività Produttive, d'intesa col Ministero della Giustizia, deve comunicare alla Commissione Europea. A tali organismi si aggiungono, *ex lege*, quelli costituiti presso le Camere di commercio.

L'introduzione convenzionale nell'ambito di un contratto con il consumatore di una clausola di conciliazione che individui un organismo abilitato, ma non ascrivibile alle categorie descritte nell'art. 141 del codice del consumo, può porre il problema della possibile vessatorietà della clausola⁶⁴.

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

Sotto questo profilo, infatti, potrebbe reputarsi che tale clausola opera uno squilibrio delle posizioni delle parti in danno del consumatore, in analogia a quanto si ritiene avvenga con riferimento alle clausole che derogano al foro del consumatore, che costituisce un profilo sensibile della efficace tutela del consumatore secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria⁶⁵.

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

⁶⁴ Per un approfondimento di questi delicati profili cfr. DUVIA, *I consumatori e il nuovo procedimento di mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010*, in *Contratti*, 2011, 279 ss.

⁶⁵ Il tema coinvolto è quello, molto sensibile, dell'ordine pubblico processuale comunitario oggetto di particolare attenzione da parte della Corte di Giustizia: in argomento v. da ultimo C. Giust. CE, 4.6.2009, C-243/2008; C. Giust. UE, Grande Sez., 9.11.2010, C-137/2008, cit., sulle quali v. *supra sub* § 8.4.