

LA MEDIAZIONE EX D.LGS. N. 28 DEL 2010 E LA TUTELA DEI CONSUMATORI

Angela Maria Salamone*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La mediazione obbligatoria: la condizione di procedibilità e i contratti con i consumatori - 3. Ambiti esclusi dalla mediazione obbligatoria - 4. La mediazione e altri modi di risoluzione stragiudiziale delle controversie: problemi di coordinamento - 5. Criterio della prevenzione - 6. La clausola di mediazione.

1.- Satta, alla fine degli anni Trenta, scriveva «Le liti si estinguono veramente solo con la libera volontà delle parti, con la conciliazione, come la parola stessa ci dice»¹.

La Direttiva n. 2008/52/CE ha dato l'occasione per introdurre nell'ordinamento italiano un nuovo strumento deflattivo del contenzioso civile: la mediazione, in determinati casi obbligatoria, finalizzata alla conciliazione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali, disciplinata dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 recante «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Appare interessante analizzare quali aspetti, previsti dal citato decreto legislativo, siano suscettibili di interferire con la disciplina in materia di tutela dei consumatori.

2.- L'art. 5 del summenzionato d.lgs. contiene l'elenco di alcune materie rispetto alle quali la mediazione si configura come condizione di procedibilità²: estendendo tale condizione ad una vasta gamma di rapporti, il legislatore

*Dottoranda di ricerca di diritto privato presso l'Università degli Studi di Palermo.

S. Satta, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 206.

² Il d.lgs. 28/2010, art. 5, co. 1, testualmente recita: «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, succes-

ha inteso realizzare, con la nuova disciplina, una concreta finalità deflattiva del contenzioso nonché contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie nei confronti della quale c'è una progressiva apertura, sia dei legislatori nazionali sia degli studiosi del diritto, data la generalizzata crisi di efficacia della giustizia³. Dalla disamina dell'art. 5 è dato riscontrare che il procedimento di mediazione obbligatorio possa avere luogo, tra le altre ipotesi, anche nel caso in cui la controversia insorga tra professionisti e consumatori: il legislatore ha, in particolare, compreso nell'ambito di applicazione del d.lgs. in commento le liti insorte nel caso di contratti assicurativi, bancari e finanziari, cioè contratti che, pur utilizzati nei rapporti tra professionisti, occupano un vasto spazio nella contrattazione di massa tra professionisti e consumatori⁴.

sioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale».

³ Per un'analisi delle cause determinanti la crisi strutturale e funzionale del processo civile e dell'importanza del ruolo assunto negli ultimi anni dagli istituti di ADR cfr. V. Vigoriti, *Processo e mediazione: un'opportunità da cogliere*, in AA.VV. *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, Torino, 2011, 393 s.

⁴ Nel commento all'articolo 5 della Relazione illustrativa - Schema di decreto legislativo recante: «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» si possono evincere i criteri-guida seguiti dal legislatore per la scelta delle materie rispetto alle quali la mediazione è obbligatoria.

In primo luogo, si sono prescelte quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola controversia. Oltre al condominio, di cui si è già detto, si è fatto riferimento anzitutto ad alcuni contratti di durata per i quali la condizione di procedibilità non è tra l'altro sconosciuta (locazione, comodato, affitto d'azienda) ovvero ai rapporti in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale, alla stessa area territoriale (diritti reali, divisione, successioni ereditarie, condominio, patti di famiglia); poi si sono prescelti i rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è

La previsione della obbligatorietà della mediazione relativamente a controversie che coinvolgano professionisti e consumatori induce a ritenere che nel nostro ordinamento non si sia tenuto in considerazione quanto previsto, a livello comunitario, nella raccomandazione della Commissione Europea, del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo⁵. Tale raccomandazione enuncia, in particolar modo, il principio, funzionale ad assicurare l'equità della procedura conciliativa, per il quale «le parti sono informate del loro diritto di rifiutare di partecipare alla procedura»⁶.

Nell'ordinamento italiano, la previsione della sanzione per la mancata partecipazione al procedimento di conciliazione da parte del consumatore, ovvero che dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio *ex art. 116, co. 2, c.p.c.*⁷, appare, dunque, non armonizzata con il su richiamato principio comunitario.

Il legislatore nazionale avrebbe, al contrario, dovuto assicurare anche al consumatore un accesso semplice ed effettivo alla giustizia, tale da agevolare ed incoraggiare la composizione delle controversie in materia di consumo

quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa). Tali controversie appaiono più facilmente mediabili e sono inoltre caratterizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale. In secondo luogo, si sono individuate alcune tipologie contrattuali (contratti assicurativi, bancari e finanziari) che, oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti e dunque necessità analoghe a quelle appena illustrate, conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso».

⁵ Cfr. al riguardo T. Galletto, *Miti e realtà della conciliazione stragiudiziale*, in AA.VV. *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, cit., p. 436. Si veda anche, per un esame dell'istituto alla luce della normativa comunitaria, E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 2, 653 s.

⁶ Per un esame degli strumenti adottati dall'Unione Europea volti alla diffusione di metodi di ADR cfr. C. Castronovo- S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Milano, 2007, 806 s.; per una visione d'insieme dei progetti pilota nei Paesi dell'Unione, cfr. anche R. Danovi, *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 326.

⁷ Cfr. art. 8, co. 5, d.lgs. n. 28/2010.

fin sul nascere, ma, al contempo, prevedere la possibilità di scegliere se partecipare alla procedura o meno o, ancora, recedere da essa in qualsiasi momento e adire la via giudiziaria se scontenti dell'andamento o del funzionamento della procedura stessa.

3.- Al legislatore è, invece, parso opportuno escludere dal raggio applicativo del tentativo obbligatorio le ipotesi in cui vengano esercitate le azioni di classe, poste a tutela di interessi superindividuali, di cui agli articoli 37, 140 e 140 bis⁸ del codice del consumo, ovvero l'azione inibitoria e quella risarcitoria, per l'esercizio delle quali l'esperimento del procedimento di mediazione non è, dunque, condizione di procedibilità. L'eccezione *de qua*, secondo quanto previsto nella Relazione illustrativa del d.lgs. in commento⁹, è giustificata o dall'esistenza di un'autonoma condizione di procedibilità o dalla constatazione che non è concepibile una mediazione fino a quando l'azione non sia tale da consentire la partecipazione della maggior parte dei membri della collettività danneggiata.

L'azione di classe, *ex art. 140 -bis* cod. cons., non preclude, però, la mediazione che potrebbe, pertanto, esperirsi facoltativamente. Se esperita, perché questa possa propagare i propri effetti oltre l'attore ed il convenuto ed atteggiarsi a mediazione di classe, è necessario che intervenga dopo la scadenza del termine, previsto dall'art. 140 -bis, co. 9, cod. cons., per l'adesione degli altri appartenenti alla classe medesima. Solo la conciliazione intervenu-

⁸ I richiamati articoli disciplinano, nello specifico, rispettivamente l'azione inibitoria di condizioni generali di contratto (art. 37), l'azione a tutela degli interessi collettivi di consumatori e utenti per mezzo della quale si chiede di inibire i comportamenti e gli atti lesivi e/o di adottare misure idonee a correggere o a limitare gli effetti dannosi delle violazioni accertate e/o di ordinare la pubblicazione del provvedimento (art. 140) e l'azione di classe volta alla tutela di interessi individuali omogenei di consumatori ed utenti (art. 140-bis).

⁹ *Cfr.* Relazione illustrativa - Schema di decreto legislativo recante: "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali", commento dell'art. 5.

ta successivamente alla scadenza del suddetto termine è suscettibile di produrre effetti anche nei confronti degli appartenenti alla classe che vi abbiano aderito. L'estensione di tali effetti non è, comunque, automatica: l'art. 15 del d.lgs. in commento dispone, infatti, che la conciliazione dispiega i propri effetti anche nei confronti di quegli aderenti che vi abbiano espressamente consentito¹⁰. Tale previsione si pone in linea con quanto prescritto nel comma 15 dell'art. 140 -*bis* cod. cons. con il quale, tenuto in considerazione che la sentenza con la quale si definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti, viene fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscano all'azione collettiva e, dunque, le rinunce e le transazioni realizzatesi nell'ambito dell'azione di classe non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi abbiano espressamente consentito¹¹.

4.- Nell'individuare le materie da sottoporre al tentativo obbligatorio di mediazione, il legislatore, in caso di controversie assicurative, bancarie e finanziarie, ha fatto salva la possibilità, per gli investitori-consumatori, non solo di ricorrere alla mediazione come disciplinata in generale dalle norme in questione, da svolgersi presso i soggetti iscritti nel Registro degli Organismi di Conciliazione tenuto presso il Ministero della Giustizia, ma anche di avvalersi di quegli istituti, introdotti precedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. in commento, per la composizione stragiudiziale delle liti riguardanti le suddette materie, ritenendo utile mettere a profitto l'esperienza di composizione bonaria già maturata in relazione agli stessi negli ultimi anni.

¹⁰ L'art. 15 del citato d.lgs., rubricato «Mediazione nell'azione di classe», prevede espressamente «Quando è esercitata l'azione di classe prevista dall'art. 140 -*bis* del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente aderito».

¹¹ Cfr. G. De Paolo-L. D'Urso-R. Gabellini, *Il ruolo dell'avvocato nella mediazione*, Milano, 2011, 137.

Segnatamente il consumatore potrebbe, in primo luogo, esperire il procedimento di conciliazione, di cui al Regolamento Consob n. 16763/2008, adottato in attuazione del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, da svolgersi innanzi alla Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la CONSOB¹². Tale istituto è stato introdotto per risolvere stragiudizialmente le controversie insorte tra investitori ed intermediari finanziari in seguito alla violazione, da parte di questi ultimi, degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali, posti a tutela dei risparmiatori.

Il legislatore ha, in secondo luogo, previsto la facoltà per il consumatore di svolgere il tentativo obbligatorio di mediazione innanzi all'Arbitro Bancario e Finanziario (cosiddetto ABF)¹³, istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385¹⁴ e successive modificazioni, per la

¹² Sulle forme di ADR innanzi alla Consob si veda, per tutti, A. Colombo, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Società*, 2007, 8.

Il legislatore non ha annoverato, tra gli istituti alternativi rispetto alla mediazione, l'arbitrato presso la Consob, disciplinato anch'esso dal Reg. Consob n. 16763/2008. Tale istituto ha, infatti, natura di giudizio decisorio, che si pone come alternativo non già alla mediazione ma al procedimento giurisdizionale ordinario. Con esso le parti che abbiano stipulato un compromesso (art. 806 c.p.c.) o una clausola compromissoria (art. 808 c.p.c.) — che dovrebbe essere oggetto di trattativa individuale a pena di nullità, ai sensi dell'art. 33, co. 2, lett. b, cod. cons. — possono decidere di deferire la risoluzione di una controversia ad arbitri designati dalla Camera Consob (art. 6 Reg. Consob n. 16763/2008), che definiranno la stessa mediante la pronuncia del lodo arbitrale, ricorribile *ex artt.* 827 ss. c.p.c. e 34 Reg. Consob n. 16763/2008.

¹³ Per una disamina circa le competenze e la struttura dell'Arbitro Bancario e Finanziario *cf.* N. Soldati, *L'arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *I Contratti*, 2009, nn. 8-9, 853 s.; B. De Carolis, *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, Roma, 2011, *passim*.

¹⁴ Così l'art. 128-bis del T.U.B., rubricato «Risoluzione delle controversie»:

1. I soggetti di cui all'articolo 115 (ovvero le banche e gli intermediari finanziari) aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela.

2. Con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela.

risoluzione di controversie inerenti ad operazioni e servizi bancari e finanziari¹⁵.

Entrambi i summenzionati istituti costituiscono, come già osservato, nelle materie di riferimento, condizione di procedibilità alternativa rispetto al procedimento innanzi agli Organismi di Conciliazione *ex* d.lgs. n. 28/2010, nel presupposto che i suddetti organi offrano, in virtù della pregressa esperienza, adeguate garanzie di imparzialità ed efficienza.

Disponendo l'alternatività tra i menzionati procedimenti si è, tuttavia, realizzata un'equiparazione tra istituti che, pur essendo formalmente accomunati dal medesimo fine, ovvero la risoluzione stragiudiziale delle controversie nelle rispettive materie, hanno caratteristiche sostanzialmente diverse. Il legislatore non si è, in particolar modo, preoccupato di coordinare la disciplina di cui al decreto in commento con quella che regola il funzionamento di tali procedimenti.

Più in particolare, nessun problema è dato rilevare dalla comparazione del procedimento di mediazione con quello di conciliazione presso la Consob: entrambi si svolgono, infatti, con modalità affini¹⁶ e possono concludersi con un accordo tra le parti suggellato nel verbale di conciliazione che, una

3. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non pregiudicano per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento.

3-*bis*. La Banca d'Italia, quando riceve un reclamo da parte della clientela dei soggetti di cui al comma 1, indica al reclamante la possibilità di adire i sistemi previsti dal presente articolo¹⁵.

¹⁵ Sia il d.lgs. n. 179/2007 che l'art. 128-*bis*, d.lgs. n. 385/1993 costituiscono attuazione della legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante «Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari», intervenuta, in risposta ai noti casi di dissesti finanziari verificatisi nei primi anni 2000, predisponendo nuovi strumenti di tutela per i risparmiatori.

¹⁶ La finalità prioritaria di entrambe le procedure è facilitativa, nel senso che il conciliatore-mediatore ha il compito di facilitare l'accordo delle parti senza, però, esprimere valutazioni sul merito della controversia. Solo se non si raggiunga l'accordo, su istanza congiunta delle parti, valutate le ragioni delle medesime, il conciliatore-mediatore potrà formulare una proposta di conciliazione (c.d. mediazione valutativa). *Cfr.* art. 14, co. 2, Reg. Consob n. 16763/2008 e art. 11, co. 1, d.lgs. 28/2010. Si veda anche la nota 20.

volta omologato, diventa definitivo¹⁷.

Lo stesso non può dirsi, invece, con riguardo al ricorso all'ABF, presentabile solo nel caso di controversie inerenti ad operazioni e servizi bancari e finanziari relativamente a comportamenti successivi al 1° gennaio 2007, purché la somma oggetto di contestazione non sia superiore agli Euro 100.000. Tale procedimento ha, infatti, sempre una finalità aggiudicativa¹⁸, in quanto si conclude con la decisione della controversia da parte dell'ABF che si pronuncia sulla base di documentazione fornita dalle parti¹⁹ emettendo provve-

¹⁷ L'art. 14, co. 1, Reg. Consob n. 16763/2008, in relazione al verbale di avvenuta conciliazione, prevede che «Se la conciliazione riesce, i contenuti dell'accordo sono riportati in apposito processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Se le parti non danno spontanea esecuzione alle previsioni dell'accordo conciliativo, il verbale, previo accertamento della sua regolarità formale, è omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha avuto luogo la conciliazione e costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale». Sembra, quindi, che il verbale di conciliazione omologato, redatto nel procedimento *de quo*, sia assimilabile al verbale di avvenuta conciliazione omologato *ex artt.* 11, co. 3 e 12, d.lgs. n. 28/2010, comportando entrambi la definitività della soluzione della controversia. L'art. 12, d.lgs. 28/2010, rubricato «Efficacia esecutiva ed esecuzione», prevede, in particolar modo, che «1. Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'art. 2 della direttiva 52/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione. 2. Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

¹⁸ Cfr. T. Galletto, *op. cit.*, p. 420.

¹⁹ Con la deliberazione 29 luglio 2008, n. 275 contenente la «Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'art. 128 -bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni», il Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio ha determinato i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie insorte tra clienti ed intermediari in caso di contestazioni relative a operazioni e servizi bancari e finanziari, con l'esclusione di quelli non assoggettati al Titolo VI del TUB ai sensi dell'art. 23 co. 4, decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, recante «Testo Unico delle disposizioni in materia finanziaria» (art. 1). Il CICR ha, in primo luogo, previsto che il ricorso all'ABF è preceduto dalla presentazione di un reclamo all'intermediario, che ha 30 giorni per pronunciarsi (art. 4). Sono tuttavia ammissibili i ricorsi proposti in assenza di reclamo all'intermediario relativi a controversie pendenti davanti all'autorità giudiziaria per le quali il giudice abbia rilevato il mancato esperimento della condizione di

108

dimenti di natura decisoria. Questa finalità è essenzialmente opposta a quella che caratterizza il procedimento che si svolge di fronte al mediatore che, anche attraverso l'udienza delle parti, ha il compito di farle pervenire ad un accordo amichevole. La mediazione *ex* d.lgs. 28/2010 ha, al contrario, prioritariamente una finalità facilitativa²⁰.

Il provvedimento emesso dall'ABF non è, poi, in ogni caso vincolante per le parti e non incide sulle loro situazioni giuridiche²¹. La Corte Costituzionale ha al riguardo sancito, in una recente pronuncia, che la decisione dell'ABF «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, in particolare se non ottemperante»²². Il risparmiatore, nel caso di inadempimento della decisione dell'ABF da parte della banca, potrebbe, infatti, solamente adire l'Autorità Giudiziaria o esperire un ulteriore procedimento di mediazione mentre l'unica conseguenza che, in tal caso, potrebbe subire la banca inadempiente è la pubblicità ne-

procedibilità di cui all'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Entro un anno dalla presentazione del reclamo, il cliente, rimasto insoddisfatto o il cui reclamo non abbia avuto tempestivamente esito, può presentare ricorso, direttamente oppure attraverso la propria associazione di categoria, dandone comunicazione all'intermediario. Entro 30 giorni l'intermediario trasmette le sue controdeduzioni agli organismi associativi individuati dalla Banca d'Italia, che, previa verifica, le trasmettono alla segreteria tecnica (art. 5). Il collegio giudicante, che ha 60 giorni per pronunciarsi, assume la propria decisione, motivata e comunicata alle parti entro 30 giorni dalla pronuncia, sulla base della documentazione raccolta e delle previsioni di legge e regolamentari in materia (art. 6).

²⁰ L'esito del procedimento di mediazione *ex* d.lgs. n. 28/2010 può anche essere costituito dalla formulazione di una proposta di conciliazione da parte del mediatore a seguito di richiesta congiunta delle parti in tal senso; il mediatore può, inoltre, formulare una proposta alle parti, qualora lo ritenga opportuno, informando preventivamente le stesse circa le possibili conseguenze sul piano delle spese processuali nell'ipotesi in cui il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente al contenuto della proposta del mediatore (c.d. «mediazione valutativa o aggiudicativa»). *Cfr.* artt. 11 e 13 d.lgs. n. 28/2010.

²¹ *Cfr.* il Comunicato della Banca d'Italia del 26 ottobre 2010 sulla pubblicità dell'inadempimento alle decisioni dell'ABF, www.arbitrobancariofinanziario.it/documenti/altridocumenti.

²² Ord. Corte Costituzionale 21 luglio 2011, n. 218.

gativa, in danno della stessa, derivante dalla pubblicazione della notizia dell'inadempimento sul sito internet dell'ABF e su quello della Banca d'Italia, nonché in due quotidiani ad ampia diffusione nazionale²³.

Nel procedimento di mediazione *ex* d.lgs. n. 28/2010, invece, il verbale di avvenuta conciliazione omologato presenta il carattere di esecutività proprio di una sentenza proveniente da un'Autorità giurisdizionale: tale verbale costituisce, a tutti gli effetti, titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale²⁴. Nel caso di inottemperanza agli obblighi derivanti dal verbale di avvenuta conciliazione omologato, la parte che ha interesse a far valere quanto statuito non sarà, pertanto, obbligata ad agire in giudizio o a ricorrere ad uno strumento di ADR, come nel caso di ricorso innanzi all'ABF, ma potrà avvalersi di quei mezzi che il nostro ordinamento ha predisposto per ottenere l'esecuzione delle sentenze giurisdizionali. L'omologa del verbale di conciliazione determina, pertanto, la definitività della soluzione della controversia permettendo di realizzare concretamente la finalità deflattiva del contenzioso.

Alla luce di quanto esposto sembra potersi affermare che l'equiparazione formale finalizzata alla conciliazione delle controversie, effettuata dal legislatore, tra il procedimento innanzi all'Organismo di mediazione e il ricorso presso l'ABF, non solo non appare conforme alla *ratio* che dovrebbe ispirare la legislazione in materia di consumo, ovvero la tutela della parte debole, ma

²³ *Cfr.* Disposizioni Applicative della Banca d'Italia, Sez. VI, par. 5 in cui è stabilito che, a cura della segreteria tecnica, «la notizia dell'inadempimento dell'intermediario o della sua mancata cooperazione è pubblicata sul sito internet dell'ABF, sul sito internet www.bancaditalia.it e, a cura e spese dell'intermediario, in due quotidiani ad ampia diffusione nazionale». Inoltre è previsto che «nella Relazione annuale di cui alla Sezione IV, paragrafo 2, sono rese note informazioni sulle inadempienze di ciascun intermediario e sul numero dei ricorsi nei quali è risultato soccombente rispetto al numero totale dei ricorsi decisi nei suoi confronti».

²⁴ *Cfr.* art. 12, d.lgs. n. 28/2010, rubricato «Efficacia esecutiva ed esecuzione», riportato nella nota 17.

per di è suscettibile di snaturare l'essenza della riforma *ex* d.lgs. n. 28/2010: la mancanza di esecutività e di definitività della decisione dell'ABF potrebbe, infatti, da un lato ledere l'interesse dell'investitore-consumatore che, nonostante la decisione favorevole e l'accoglimento del ricorso, potrebbe vedersi costretto, nel caso di inadempimento dell'intermediario finanziario, ad instaurare un giudizio davanti all'Autorità Giudiziaria, con l'ulteriore conseguenza, dall'altro lato, di non ridurre il contenzioso in materia bancaria e finanziaria, così come si era prefisso il legislatore con l'adozione del decreto in commento.

5.- L'avvio del procedimento volto alla conciliazione avviene con il deposito della domanda di mediazione presso un organismo abilitato²⁵. La legge non prevede alcun criterio di individuazione di tale organismo permettendo alle parti di scegliere liberamente. L'unica regola, dettata per selezionare tra più domande concernenti la medesima controversia, è basata sulla prevenzione, ovvero nel caso di più domande la mediazione avrà luogo davanti all'organismo presso il quale sia stata presentata la prima, avendo riguardo alla data di ricezione della comunicazione.

Nella Relazione Illustrativa del decreto in commento, si legge che l'adozione di criteri processuali per individuare l'organismo competente avrebbe potuto alimentare dannosi contrasti interpretativi: «ad esempio, il «foro del convenuto» avrebbe costretto alcune categorie di soggetti, che oggi godono di un regime protettivo di competenza, quali i consumatori, a recarsi necessariamente presso l'avversario; ovvero, avrebbe impedito alla parte di optare per organismi ritenuti più affidabili anche se con sede viciniora ma differente da quella propria o della propria residenza, senza contare che, in alcune materie, gli organismi ben difficilmente conosceranno una distribuzione così

²⁵ *Cfr.* art. 4, co. 1, d.lgs. n.28/2010, «Accesso alla mediazione».

capillare da riprodurre la competenza degli uffici giudiziari»²⁶.

La scelta di non ancorare l'accesso alla mediazione a criteri di competenza territoriale²⁷ se, forse, condivisibile nell'ipotesi di conciliazione volontaria, non sembrerebbe altrettanto opportuna ove si abbia riguardo alla procedura di mediazione obbligatoria, a meno di ritenere che attore e, dunque, arbitro di decidere dove avviare il tentativo obbligatorio di conciliazione, sia sempre e solo il consumatore²⁸. La soluzione di non dettare alcuna regola in proposito potrebbe, infatti, essere foriera di abusi nonché potrebbe frustrare, in particolar modo, la tutela accordata al contraente debole nel codice del consumo, soprattutto nel caso in cui il consumatore fosse obbligato a svolgere il tentativo obbligatorio di mediazione presso un organismo, non facilmente raggiungibile, individuato dal professionista. Ciò potrebbe, infatti, pregiudicare l'esercizio del diritto di difesa da parte del consumatore.

Contrariamente a quanto prescritto, sembrerebbe opportuna, se non necessaria, la previsione del criterio del «foro del consumatore» in caso di tentativo obbligatorio di mediazione nelle materie che vedano coinvolti i consumatori. L'introduzione di tale meccanismo di competenza, operante in ambito giurisdizionale a favore del contraente debole, avrebbe l'effetto di ripristinare, anche in ambito stragiudiziale, l'equilibrio tra posizioni asimmetriche di potere a salvaguardia dei diritti del consumatore, garantendo l'effettività del diritto di difesa dello stesso.

²⁶ Così nella Relazione Illustrativa all'art. 4.

²⁷ Nella Relazione Illustrativa del d.lgs. n. 28/2010, nel commento all'art. 4, si evince che la scelta di non prevedere alcun criterio di competenza è giustificata dalla volontà di evitare una giurisdizionalizzazione della sequenza che avrebbe potuto determinare l'insorgere di contrasti e richiedere la previsione di criteri per la risoluzione degli stessi.

²⁸ È dato rilevare, d'altro canto, come in tutte le ipotesi in cui il legislatore prescrive, a pena di improcedibilità, un tentativo obbligatorio di conciliazione, individui anche l'organismo incaricato della procedura: ad esempio, in tema di controversie di lavoro l'art. 410 cod. proc. civ., in tema di telecomunicazioni l'art. 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249 e regolamenti attuativi. *Contra* G. Arieta, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *Corr. Giur.*, 2011, 4, 570.

6.- Il legislatore ha, poi, disposto all'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010, che il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente possano prevedere una clausola di mediazione o conciliazione. Quest'ultima, se prevista, comporterà che, all'insorgere di una controversia tra le parti, la domanda di mediazione debba essere presentata davanti all'organismo indicato nella medesima, se iscritto nel registro degli organismi di conciliazione. È, poi, sancito che, in ogni caso, le parti possano concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.

Nulla quaestio se la clausola sia prevista in un regolamento negoziale tra parti aventi pari potere contrattuale: in questo caso non vi è ragione di dubitare della validità dell'accordo e l'eventuale inosservanza dello stesso potrebbe soltanto comportare, in capo alla parte inadempiente, le conseguenze previste dalle norme codicistiche generali in materia di inadempimento delle obbligazioni.

Diverso, invece, sembra essere il caso in cui la clausola di mediazione sia inserita in un contratto stipulato con un consumatore e predisposto unilateralmente dal professionista. Occorrerebbe, in tale ipotesi, verificare se essa clausola possa essere qualificata vessatoria²⁹.

La clausola di mediazione, nonostante riproduca un obbligo legale, non rientra nella previsione di cui all'art. 34, co. 3, cod. cons., per il quale è impossibile configurare come vessatoria una clausola che riproduca una disposizione di legge³⁰. La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che l'esclusione della

²⁹ Cfr. S. Monticelli, *Il cd. Foro del consumatore e la vessatorietà della clausola di predeterminazione dell'organismo di mediazione*, in *I Contratti*, 2011, 8-9, 856.

³⁰ La presunzione di non vessatorietà delle clausole riprodotte di norme di legge o di disposizioni e principi contenuti in convenzioni internazionali trova la propria giustificazione nella Direttiva 93/13 CEE, nella quale la stessa presunzione viene riconosciuta in base alla ragione per cui «le disposizioni legislative o regolamentari degli stati membri che disciplinano,

vessatorietà delle clausole riproduttive delle disposizioni di legge opera solo nel caso in cui le clausole siano «meramente riproduttive» e «solo quando ne venga trasposto il nucleo precettivo e non, invece, quando il predisponente si avvalga autonomamente di una facoltà prevista dalla norma, isolandola dal contesto normativo in cui si colloca»³¹. Entrambi i suddetti requisiti, necessari per l'esclusione della vessatorietà di una clausola, non sono soddisfatti in quella di mediazione che è, anzi, espressione dell'esercizio, da parte del predisponente, di una facoltà prevista dalla legge in modo isolato rispetto al contesto normativo in cui si colloca la legge stessa.

Laddove, dunque, il contenuto del regolamento contrattuale fosse stabilito unilateralmente dal professionista, ovvero nei cc.dd. «contratti per adesione», o comunque il contratto contenesse una clausola, non oggetto di trattativa con il consumatore, indicante un organismo avente la propria sede operativa in un luogo diverso rispetto a quello di residenza o di domicilio del consumatore e, magari, vicino al domicilio del professionista, saremmo in presenza di una clausola scrutinabile come vessatoria che, in quasi tutti i casi, si rivelerebbe tale alla verifica giudiziale.

Occorre, infatti, considerare che, in ipotesi di mediazione obbligatoria, il consumatore, qualora fosse costretto a rivolgersi ad un organismo molto distante, stabilito unilateralmente dal professionista, sarebbe disincentivato ad iniziare la procedura, sicuramente anche in vista della necessità di sostenere elevate spese di viaggio per raggiungere l'ufficio del mediatore. Ciò comporterebbe una palese lesione del diritto di difesa del consumatore, sia nell'ipotesi in cui questi rinunciasse ad agire per evitare i costi del viaggio, sia nel caso inverso, essendo costretto, pur nella sua qualità di contraente «debole»,

direttamente o indirettamente, le clausole di contratti con i consumatori, non contengono clausole abusive». Cfr. al riguardo anche P. Stanzione - G. Sciancalepore, *Commentario al codice del consumo*, Milano, 2006, 263.

³¹ Cass. 21-5-2008, n. 13051.

a sostenere spese più gravose, rispetto al contraente «forte», per porre in essere il tentativo di mediazione.

La sussunzione della clausola di mediazione tra quelle vessatorie fino a prova contraria potrebbe, in tal caso, avvenire attraverso l'applicazione della norma di cui alla lettera u) del secondo comma dell'art 33 cod. cons. Secondo tale disposizione è vessatoria, fino a prova contraria, la clausola che ha per effetto o per oggetto di «stabilire, come sede del foro competente sulle controversie, località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore».

Ratio della summenzionata norma è tutelare le posizioni contrattuali da un punto di vista sostanziale ed, in particolare, nella suddetta fattispecie, il diritto di difesa costituzionalmente garantito all'art. 24, nonché porre rimedio allo squilibrio contrattuale che potrebbe derivare dalla carente informazione di una parte in merito ad aspetti essenziali di un dato regolamento contrattuale, quale la deroga alla competenza territoriale. Per arrivare a tale conclusione occorre, però, percorrere un preciso *iter* logico-giuridico.

La «competenza», cui fa riferimento la suddetta disposizione, può essere definita come la frazione di potere che spetta ad un determinato giudice. In senso più ampio, però, per «competenza» si intende l'insieme dei poteri che vengono attribuiti ad un organo giudicante e che costituiscono il presupposto di validità della pronuncia sul merito.

La mediazione, com'è noto, è un mezzo alternativo per la risoluzione stragiudiziale delle controversie, che comporta l'intervento di un terzo, l'organismo di mediazione, che ha la funzione di far pervenire le parti alla conciliazione della lite e, nei casi di mediazione obbligatoria, il suddetto procedimento è condizione di procedibilità dell'azione.

Anche se non sembra possa considerarsi l'organismo di conciliazione alla stregua di un soggetto di natura giurisdizionale, è possibile considerare varie

ragioni che potrebbero indurre a ritenere che il procedimento di mediazione possa avere, almeno in senso lato, funzione giurisdizionale: ad esempio, il fatto che il suo esperimento sia, in certi casi, presupposto di procedibilità dell'azione giudiziaria (art. 5), che possa portare alla formazione di un titolo esecutivo (art. 12), che incida su prescrizione e decadenza (art. 5) e che, poi, possa avere dirette conseguenze sul processo sia per quanto concerne il merito (art. 8) sia per quanto riguarda le spese (art. 13).

Sulla base delle proposte considerazioni la giurisprudenza potrebbe essere indotta a ritenere applicabile al procedimento di mediazione la nozione di competenza territoriale prevista dall'art. 33 lett. u) cod. cons., in quanto prevedere un organismo di mediazione distante dal luogo di residenza o di domicilio elettivo del consumatore significherebbe ledere un suo diritto, salva l'eccezione che il professionista non dimostri che la clausola sia stata oggetto di specifica trattativa³².

Conseguentemente, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, sarebbe preferibile ritenere invalida la clausola di mediazione che non sia stata espressamente oggetto di trattativa individuale, in quanto lesiva della posizione di una parte ed, in particolare, del suo diritto di difesa, con conseguente nullità parziale del relativo contratto³³.

Dunque, ai fini della validità della clausola di mediazione in un contratto con il consumatore, apparirebbe necessario almeno che il suddetto organismo si trovi nella circoscrizione in cui il consumatore abbia la residenza o il domicilio elettivo, potendosi, altrimenti, configurare la vessatorietà e, dunque, la nullità della clausola in questione, salvo che quest'ultima sia stata oggetto di specifica trattativa.

³² In tal senso *cf.* P. Duvia, *I consumatori e il nuovo procedimento di mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010*, in *I Contratti*, 2011, 3, 281.

³³ Per una definizione di trattativa individuale e di «foro del consumatore» *cf.* Cass., 20-8-2010, in *I contratti*, 2010, 12, 1085, con nota di F. P. Patti, *Trattativa individuale e foro del consumatore*.

Ulteriore ragione a sostegno della suddetta tesi potrebbe desumersi dall'art. 12, d.lgs. n. 28 del 2010, rubricato «Efficacia esecutiva ed esecuzione», il cui primo comma prevede testualmente che «Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte (...) con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo». Se le parti scegliessero un organismo di mediazione esterno alla circoscrizione di residenza del consumatore, per la fase dell'omologazione sarebbe competente un giudice diverso da quello che sarebbe stato inderogabilmente incaricato di istruire la causa e si avrebbe una deroga alla competenza dell'Autorità giudiziaria, inderogabilmente prevista all'art. 33 cod. cons., limitatamente alla verifica della sussistenza dei requisiti prescritti dalla legge ai fini dell'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione³⁴.

In forza dei principi che ispirano la normativa a tutela del contraente debole, sembrerebbe più corretto non scindere la competenza territoriale tra giudice che deve istruire la causa e giudice che deve provvedere all'omologazione e, quindi, far sì che l'organismo di mediazione cui rivolgersi in caso di controversia si trovi in un luogo compreso nella circoscrizione in cui il consumatore abbia la residenza o il domicilio elettivo.

La vessatorietà della clausola di mediazione potrebbe, poi, ricavarsi anche alla luce di quanto disposto dall'art. 67 del Codice del turismo, rubricato «Composizione delle controversie in materia di turismo», che, nello stabilire che la procedura di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale se ciò è previsto da una clausola del contratto, subordina la validità di quest'ultima alla specifica approvazione per iscritto del turista. Nella Relazione illustrativa del Codice del turismo riguardo alla prescrizione della specifica approvazione è chiarito che «si è ritenuto opportuno stabilire

³⁴ Cfr. P. Duvia, *op. cit.*, 282.

che tale clausola debba essere specificamente approvata per iscritto in considerazione del suo carattere potenzialmente vessatorio». Da ciò si evince che lo stesso legislatore che ha introdotto l'istituto della mediazione, riconosce la potenziale vessatorietà della clausola che ne prevede il ricorso³⁵, pur se alquanto singolare è che il «controllo» sulla volontà ed accettazione da parte del contraente che ne potrebbe essere danneggiato torni ad essere affidato al rimedio formale della sottoscrizione, così segnandosi un, per molti aspetti inspiegabile, distacco del contratto di vendita di pacchetto turistico dall'area dei contratti di consumo³⁶.

³⁵ Cfr. V. Cuffaro, *Un codice «consumato» (codice del consumo, credito ai consumatori e codice del turismo)*, in *Corr. giur.*, 2011, 9, 1195.

³⁶ Il menzionato distacco è sottolineato anche dal fatto che, nella trasposizione della disciplina della vendita di pacchetti turistici dal codice del consumo a quello del turismo (la lettera *m*) del 1° comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 79/2011 ha abrogato gli articoli da 82 a 100 cod. cons. ed il contenuto degli stessi è stato trasfuso negli articoli da 32 a 51 del Codice del turismo), il termine «consumatore» sia stato sostituito dal termine «turista».