

INTRODUZIONE

Ai fini di una compiuta disamina del fenomeno degli organismi di mediazione nella materia del consumo, si rende necessario tracciare un ritratto storico-evolutivo di una figura ancora oggi poco valorizzata nella comune opinione, eppure di grande portata, come quella del consumatore. A primo acchito e a una valutazione superficiale, sembrerebbe parlarsi di un soggetto che veicola la rilevanza giuridica di un comportamento quasi spregiativo in un'ottica di uso sfibrante dei beni materiali e non, ma a ben vedere e con uno sguardo proveniente dalle istanze della quotidianità, costituirebbe il protagonista di un presidio di avanzati sistemi di diritto e tutela di condizioni e situazioni in qualità di "*pars inferior*". Questa entità, spesso individuale, infatti, inserendosi in un rapporto duale su un gradino più basso e di minorità rispetto all'altra parte, fatica a trovare le proprie ragionevoli richieste protette in un sistema in cui il contratto concluso è intriso della forza della legge e, dunque, marcato da un regime di resistenza nella dinamica intersoggettiva.

Al tempo stesso, non adeguato a una tale posizione appare nemmeno il regime di interpretazione del contratto previsto dal codice civile, nel quale campeggiano concetti come la buona fede e il principio di conservazione del contratto (come più specifica espressione del principio di conservazione dell'atto giuridico). Neanche sufficiente si profila poi la regola della cosiddetta *interpretatio contra stipulatorem*, applicandosi in via residuale solo in caso di ragionevole dubbio sul senso di una clausola. Al contrario, di più larga e pregnante difesa sono i concetti espressi nel codice del consumo, come la interpretazione, *in dubio*, in favore del consumatore e il peculiare regime di nullità rubricata come "di protezione".

Il secondo modello considerato, infatti, è imperniato su un sistema di asimmetrie delle parti contrattuali, determinate in base a obiettive considerazioni di mercato: in quest'ottica, dunque, la negoziazione e il negozio in sé soffrono degli squilibri che spezzano le logiche civilistiche

consolidate e manifestano fratture non accettabili da parte dell'ordinamento. La asimmetria si presenta come aspetto fisiologico e, dunque, da colmare necessariamente sotto il profilo informativo, economico e relazionale, ricostruendo così un normale asse di parità contrattuale¹. Tale condizione non riguarda soltanto gli individui e non si colloca soltanto nel testo del codice del consumo: non è un caso, infatti, che ad oggi siano assodati gli interventi di equiparazione della figura della microimpresa – limitatamente al profilo delle pratiche commerciali scorrette – a quella del consumatore e che con la legge 192/1998 sia stato introdotto l'istituto dell'abuso di dipendenza economica operante esclusivamente tra imprese.

Sotto il profilo dell'accesso alla giustizia, inoltre, una tale discrasia si aggraverebbe – come effettivamente avviene - di ulteriori e sfibranti difficoltà nell'azionare strumenti efficaci e affidabili per la risoluzione della controversia e per il risarcimento del danno subito, specialmente nelle controversie di modesta entità economica, che statisticamente si ripetono con maggior frequenza. La complessità e i costi delle procedure giudiziarie non inducono – e anzi spesso scoraggiano – il consumatore, indotto a preferire una mancata tutela invece di una tutela inefficiente.

A questo si aggiunge una logica di fondo che pregiudica in maniera irrisolvibile la preferenza della giustizia ordinaria rispetto a quella esercitata al di fuori delle aule di tribunale: la possibilità di ottenere una soluzione più duttile che sfugga alla concezione della attribuzione di torti e ragioni e invece abbracci un approccio più funzionale di cooperazione e condivisione nel reciproco interesse. Questo vantaggio, insieme alla rapidità, alla semplicità, ai costi ridotti e alla riservatezza delle procedure, apporta una ricchezza non indifferente alla giustizia degiurisdizionalizzata: la possibile preservazione o il possibile ripristino dei rapporti tra le parti e al contempo

¹ AA. VV., *Venti anni al fianco dei consumatori*, in AA. VV., *Mercato e consumatori – Quaderno informativo*, a cura del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti e del Ministero dello Sviluppo Economico, ed. speciale, 2019, pp. 3 ss.

la libertà di elaborare le opzioni creative più idonee alla soluzione del conflitto ².

Il quadro giurisdizionale così descritto non può che risultare inaccettabile: il sacrificio dei principi di efficacia, efficienza ed economicità pregiudica ognuno di noi, determinando effetti disfunzionali nell'intero sistema sociale sulla competitività, sullo sviluppo del commercio e sull'attrazione degli investimenti esteri. Inoltre, su un livello più importante rispetto a quello delle esigenze di mera economia, si staglia chiara la considerazione che questo stato di cose rischia di spingere il consumatore a rinunciare, appunto, al proprio incompressibile diritto di accesso alla giustizia, declinato tra gli altri sotto la dizione di "termine ragionevole", così come previsto all'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ha a sua volta influito sul novellato articolo 111 della Costituzione ³.

Ulteriori presidi, poi, vengono disseminati dal legislatore nell'ottica di una precipua attenzione a questa figura di *homo oeconomicus*, nuova, o comunque recente nella sua compiuta profilazione giuridica, ma già presente nelle sue funzioni fondamentali negli scritti di autori come David Ricardo e William Harold Hutt, inseriti nel solco della teoria del liberismo economico inglese. Tuttavia, per quanto figlia del suo tempo, la definizione del consumatore come "re del mercato" fornita dal ragionamento di matrice smithiana sconta delle carenze e dei fallimenti sempre più evidenti in una società complessa e interconnessa, soprattutto a seguito di scossoni storici in grado di mettere seriamente a rischio le fondamenta e le premesse dell'economia borghese della "mano invisibile".

² DI GIUSEPPE S., FEBBRARO V., *La conciliazione: uno strumento a tutela dei consumatori*, in *Mercato e consumatori – Quaderno informativo*, a cura del Ministero dello Sviluppo Economico, 7, 2009, pp. 54 - 55

³ AA. VV., *I contratti del consumatore*, a cura di ALPA G., in ALPA G., "Istituti di diritto civile", Milano, Giuffrè, 2013, pp. 39 ss.

Al netto di ulteriori approfondimenti sugli approcci di politica economica e su un dibattito tra chi vuole il diritto con un ruolo marginale e di semplice indirizzo nelle logiche di mercato e tra chi vuole molteplici e analitiche norme di regolazione del mercato, la legislazione di tutela consumeristica ha conosciuto importanti risvolti e ha innervato di sé la tensione europea verso la tutela dei più deboli. Nella prospettiva diacronica, intendo dar conto delle interazioni tra le dinamiche alternative di risoluzione delle controversie e del processo evolutivo della materia dei consumatori – dapprima di matrice statunitense e successivamente di stampo europeo –, la quale, come anticipato, presenta in sé punti di contatto con le tematiche afferenti il mercato e la persona.

Dopo i semi di interesse tra le due sponde dell’Atlantico sulle prospettive di conformazione e di prima definizione di uno status complessivo di minorità contrattuale ed extracontrattuale, la legislazione europea sembrò prendere maggiore consapevolezza sul tema dalla fine degli anni ’80. Ancor più, poi, il 1993 diede una spinta ulteriore al fenomeno, costruendo le premesse che ancora oggi negli atti più recenti possono leggersi a proposito dell’incentivazione alla concorrenza europea, tramite l’edificazione di una fiducia bilaterale, che investa sia gli operatori del mercato sia chi si avvicina al mercato scevro di quelle competenze professionali ed imprenditoriali che si diramano in capo a chi vende beni o che rende servizi.

Se allora il più grave problema da risolvere di natura tipicamente consumeristica riguardava le clausole abusive, queste necessitavano una declinazione anche sul fronte patologico – ovvero conflittuale – del rapporto, e non solo di natura sostanziale. Su questo versante, dunque, l’esclusività della clausola compromissoria verso un arbitrato non regolato dalla legge iniziava ad approntare un livello di protezione elevato verso il consumatore. A livello italiano, poi, le Camere di commercio vennero investite della competenza generale alla trattazione di procedure di arbitrato e conciliazione, soprattutto e sostanzialmente nel campo della

microconflittualità, con gradualità estensioni del portato della procedura ai più diversi ambiti .

Di certo ciò non poteva essere sufficiente e lo slancio doveva moltiplicarsi: a tal fine, il Libro verde (93) 576 ebbe il pregio di operare una prima fotografia delle esperienze spontanee dei vari Paesi, incentivate da atteggiamenti culturali nazionali più o meno sensibili alla mediazione dei consumatori, o veicolate dalla Commissione europea. Il nostro Paese presentava degli elementi di pregio molto apprezzati come le neonate esperienze di conciliazione paritetica, ma in generale la natura troppo variegata delle vicende conciliative degli Stati membri impediva una vera *reductio ad unitatem* della mediazione e del mercato europeo.

Quest'ultima istanza venne primariamente trasposta su carta tramite la Raccomandazione 98/257, impostando il disegno di un profilo arbitrale puntellato di molteplici garanzie a tutela del singolo consumatore. L'indipendenza del decisore, la trasparenza della procedura, il contraddittorio delle parti e così ancora l'efficacia, la legalità e la libertà dei soggetti in lite, anche sotto il profilo della rappresentanza legale, costituivano il primo nucleo di requisiti comuni per le procedure stragiudiziali, imboccando un percorso meno impervio e accidentato di quello tribunali zio e intriso di maggiore duttilità. Nello stesso anno, la legge sui diritti di consumatori e utenti ebbe il merito non solo di fornire la prima compiuta definizione di questi soggetti ma anche di istituire un ente pubblico in grado di portare direttamente nelle stanze ministeriali istanze fino ad allora "sfilacciate", ovvero il CNCU.

In un susseguirsi di atti a cavallo dei due millenni, le procedure stragiudiziali videro riconoscersi una rilevanza sempre maggiore tramite la promozione dei punti centrali nazionali di contatto sotto il coordinamento della Commissione europea e tramite l'incentivazione in senso digitale della questione, nella prospettiva di colmare frammentazioni transfrontaliere sempre più destituite di fondamento. Tuttavia, mancava ancora la prospettiva facilitativa, espressa nelle righe della Raccomandazione

2001/310 con termini simili ma contenuti chiaramente difforni da quelli che sostanziano il ruolo attivo del terzo.

Dopo queste timide parentesi, più simili a blandi consigli che a decise informazioni, le istituzioni europee sentivano la necessità di assicurare che l'accordo fosse volto a una vera pacificazione sociale, sottolineando anche una discrasia normativa tra Stati membri poco edificante, e, non a caso, incentivarono la creazione di un puntuale codice di condotta con prerequisiti di natura statica e dinamica. Una volta emanato il codice del consumo, la questione della risoluzione alternativa per questo tipo di rapporto venne inserita nel testo riversandovi i suggerimenti europei e disegnando un peculiare sistema di vessatorietà delle clausole sulla composizione stragiudiziale, pur se poco attento alla realtà italiana.

Arricchendo questo sistema, composto *de facto* da cerchi concentrici parzialmente sovrapposti, la mediazione facilitativa si conformò come una casa ben solida e fornì al terzo mediatore un tetto stabile sotto il quale svolgere la propria attività di distensione. Tuttavia, sembrava che quella casa fosse ancora immersa nei fitti boschi dell'ignoranza del pubblico, lontana dal caos del XXI secolo e così difficilmente raggiungibile dai più.

In Italia, poi, solo nel 2010, gli interventi del Governo stabilirono una normativa di base in grado di ricomprendere le dinamiche consumeristiche patologiche, sia nel loro ambiguo rapporto con la materia civile e commerciale sia nella concezione di una figura in grado di amministrare tali delicate dinamiche anche per questioni tipicamente nate su contratti seriali di tipo bancario, finanziario e assicurativo. Di quali responsabilità è investito il mediatore e come deve gestirle per assicurare la migliore riuscita del procedimento? Di quali principi ammantarlo, insieme anche all'organismo in cui opera, per garantire una serena e proficua eviscerazione del problema al fine di rimetterne insieme i cocci ed evitare il processo?

Ecco allora che si conformano la condizione di procedibilità della domanda giudiziale, il dovere di riservatezza, l'inutilizzabilità del segreto

professionale, si opera una chiara distinzione tra mediazione e conciliazione, se ne definiscono il vasto ambito di applicazione e tutti gli altri obblighi del mediatore. Ancora, se il mediatore assume una statura sostenuta dalla legge, necessita altresì di trovare quel senso di spiccata dignità professionale che un intervento di determinazione ministeriale può dargli: la tenuta di apposito registro, la fissazione di criteri per iscriverci gli organismi di mediazione, con requisiti e criteri puntuali a carico del mediatore, dati tutti da monitorare con costanza.

Tuttavia, a livello europeo, come rammento nel secondo capitolo, il sistema RAC e RIC presentava ancora estese lacune per i contraenti deboli, con percentuali davvero poco lusinghiere e con tassi di diffusione digitale francamente pessimi. Così l'armonizzazione doveva investire il continente e farne uno spazio veramente "filo-consumatore" garantendogli condizioni semplici e agili di accesso, su base volontaria, alle procedure e agli organismi stragiudiziali, i quali dovevano onorare criteri più incisivi in grado di colmare le maggiori debolezze informative e strutturali anche tramite appositi controbilanciamenti sul professionista.

Per operare a livello veramente sovranazionale era altrettanto chiaro come non fosse più rimandabile una vera interconnessione in grado di stimolare un continuo scambio di informazioni e di buone pratiche, tramite appositi snodi tra ordinamenti e ruoli interattivi di contatto. Nella logica di un *unicum*, si inserisce anche la previsione di uno strumento di esclusiva natura digitale a mo' di grande agorà continentale dove i punti di contatto e la Commissione europea forniscono un ventaglio di supporti pratici e operativi e un sistema di attente sentinelle.

Gli spazi di discrezionalità di tali interventi posero il nostro legislatore dinnanzi a scelte di non poco momento, ad esempio dando apposito spazio all'esperienza della negoziazione paritetica e negando cittadinanza nel codice del consumo a procedure prettamente valutative, e lo portarono a individuare le Autorità nazionali competenti, pur intessendo una sgrovigliata matassa tra richiami al sistema generale e tensione verso

l'emancipazione della RAC consumeristica. Purtroppo si registra una propensione allo schiacciamento del legislatore nostrano verso l'intervento europeo nel suo complesso, ma al contempo vi è un forte grado di consapevolezza del MISE nell'adempimento delle proprie funzioni tramite la trasparenza pubblica e le sedute del tavolo di coordinamento che, a stretto giro, elaborò degli indirizzi generali sui requisiti essenziali degli organismi. Con alcuni ritocchi al codice si provvede anche ad ampliare la tutela rispetto alle vicende contrattuali dei consumatori, prevedendo due specifiche ipotesi di clausole vessatorie che scongiurassero la compressione dei diritti ad accedere al sistema RAC volontario.

Un altro contributo a chiarimento del sedime conciliativo-consumeristico e dei diritti dei soggetti deboli nella causa C-75/16 ha, da un lato, definito il rapporto tra condizione di procedibilità al giudizio e controversie consumeristiche e, da un altro lato, costituito l'argine al rischio di ricadere nelle logiche della mediazione generale in termini di patrocinio e di aggravii economici al consumatore in caso di ritiro ingiustificato dalla procedura di mediazione. Al netto delle conclusioni della Commissione Alpa, che non ebbero sostanziali risvolti normativi, poi, le risultanze analitiche della Relazione del Ministero dello sviluppo economico davano ancora la plastica rappresentazione di una scarsa utilizzazione del sistema RAC, anche per via del numero ridotto e mal distribuito degli organismi e della accentuata sfiducia di operatori e utenti complessivamente. Non solo nel nostro paese, ma anzi su tutto il continente, si percepivano tali ammanchi e la Commissione europea cercava di provi rimedio, consapevole del sottoutilizzo e dello scarso interesse e rispetto verso la normativa europea, ancor più grave perché proveniente dai professionisti.

Ripercorrendo l'elenco della Autorità riportato all'articolo 141 octies del codice del consumo, il terzo capitolo del presente lavoro dipana le normative di settore nelle quali e dalle quali originano gli organismi di RAC consumeristica presso le Autorità nazionali competenti. A cominciare dalla Commissione Nazionale per la Società e la Borsa, che ha precipui compiti di

vigilanza e regolazione del settore finanziario e di investimento e che, in un primo momento, strutturò un organismo con funzioni sia facilitative sia valutative il quale, nonostante la previsione *ante litteram* della RAC consumeristica (e forse anche per questo), ebbe poco successo e venne abolito.

Grazie alla obbligatoria adesione degli intermediari e alla puntuale regolamentazione su procedure e organismi, l'Arbitro per le Controversie Finanziarie è in grado di incidere con l'applicazione di norme di diritto e di sanzioni di tipo reputazionali agli intermediari inadempienti che abbiano operato anche solo in sede precontrattuale. L'ACF ha certamente una cognizione di natura esclusivamente patrimoniale e strettamente relativa alle violazioni professionali, nonché una composizione equilibrata e competenze giuridico-economiche e si avvale di una segreteria tecnica e del contatto continuo con la CONSOB.

Un altro organismo, annunciato più volte ma non ancora istituito, è l'Arbitro Assicurativo, rispetto al quale lo stesso Istituto di Vigilanza sulle Assicurazioni prefigura un'ingente mole di reclami nell'ampio aggio di azione della disciplina assicurativa. L'IVASS ha funzioni di controllo e vigilanza sulle imprese e in generale sul settore assicurativo e il sistema stragiudiziale è innervato dei richiami a tale settore, che riguarda fundamentalmente gli intermediari assicurativi, in attesa che ne venga definita compiutamente la normativa di attuazione.

Ancora, l'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente, con le più disparate funzioni sul proprio settore di competenza, pur nelle manchevolezze del legislatore verso la regolamentazione dei relativi sistemi di RAC, ha disciplinato sia il trattamento dei reclami sia il Servizio Conciliazione Clienti Energia in senso esclusivamente facilitativo. In più le è stata riconosciuta – per lo meno sulla carta – una procedura conciliativa obbligatoria *ante litteram*, ma l'Autorità ha istituito un elenco aprendo il campo a organismi privati di mediazione dotati dei necessari requisiti.

Inoltre, col Testo Integrato Conciliazione i clienti energetici, nonché i produ-consumatori, devono avvalersi dello Sportello per il consumatore Energia e Ambiente – oltre che degli organismi in elenco o di quelli presso le Camere di Commercio -, realizzando il tentativo obbligatorio di conciliazione, ma solo per il settore energetico e del gas, rimanendo facoltativo nel settore idrico. Il responsabile del Servizio Conciliazione presenta un ruolo molto incisivo nella direzione dell'organismo, ausiliato dalla segreteria tecnica, e sceglie i conciliatori che devono sottostare a tutta una serie di necessarie garanzie deontologiche.

Tra la L. 481/1995 e la L. 249/1997 è individuata la disciplina primaria dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la quale ha per prima vantato il tentativo di conciliazione obbligatorio nell'ambito delle proprie competenza e con una serie di delibere interne ha sempre più innovato e adattato la materia, avvalendosi delle sue propaggini territoriali e della generale e residuale attribuzione agli organismi delle Camere di commercio, dietro apposita convenzione. La sentenza nella causa C-317/08 e altre ha fornito, poi, una visione conforme alla normativa europea della particolare ipotesi prevista dal legislatore italiano, pur fissando un catalogo di balzelli e appesantimenti da evitare con decisione nelle more della procedura. Oltre ad aver previsto una disciplina caratterizzata anche dalla presenza di organismi privati in grado di amministrare sia mediazioni sia negoziazioni paritetiche, l'Autorità ha costruito una piattaforma digitale utilizzata dai Co.re.com per provvedere in via facilitativa – tramite un meccanismo multi-livello – in un sistema popolato da attori che possono assumere svariati ruoli di interazione virtuale, con particolare attenzione all'utenza più disagiata all'accesso a tale piattaforma.

Dopo più di cento anni di attività e dopo aver maturato un novero di competenze inquadabili anche nell'ambito dell'Eurosistema, la Banca d'Italia, coi suoi organi apicali e i suoi peculiari rapporti col Ministero dell'Economia e delle Finanze, ha al suo interno il più complesso degli Arbitri trattati, ovvero quello Bancario Finanziario, il quale in base al TUB

e alle disposizioni del CICR, opera sparso omogeneamente su tutto il territorio nazionale. L'ABF, attivabile anch'esso dal solo consumatore, si articola in Collegi territoriali, ma anche in organi e meccanismi di raccordo per le questioni più complesse, e si caratterizza per la forte affinità nell'oggetto delle controversie trattate con l'ACF, al punto da aver determinato la stipula di un apposito protocollo di intesa tra Banca d'Italia e CONSOB.

Inoltre, le qualifiche dei membri, ma ancor di più le disposizioni deontologiche, sono molto stringenti, tanto da determinare un comportamento dei componenti dell'Arbitro a dir poco irreprensibile e integerrimo. A ciò si aggiunga la forte commistione tra l'Autorità competente e la sua Segreteria tecnica, nonché una conformazione valutata da alcuna dottrina come ibrida tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale, pur essendo previsto che l'ABF debba decidere secondo, tra gli altri, "previsioni di legge e regolamentari in materia".