

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI GENOVA

Facoltà di Giurisprudenza

**LA RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE
NEL REGNO UNITO**

Materia: Sistemi Giuridici Comparati

Relatore: Chiarissimo Prof. Guido Alpa

Candidato: Giancarlo Alita

Anno Accademico 1996/97

Premessa.

Tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie:

vantaggi, diffidenze e diffusione.

L'attuale situazione di mal funzionamento della giustizia civile nel nostro Paese ha reso più che mai attuale ed urgente lo studio di nuove formule processuali e strumenti alternativi per dare risposta alla consistente domanda di giustizia a cui il giudice ordinario non riesce più a far fronte¹.

Uno dei problemi più rilevanti, denunciato ormai da tutti, è l'estrema lentezza con cui la magistratura dà soluzione alle controversie (il tempo medio per una causa civile in Italia si aggira intorno ai cinque anni), la quale penalizza in particolar modo le relazioni commerciali, che non tollerano incertezze e necessitano di soluzioni rapide²; vi è quindi la macchinosità e la difficoltà di adire le vie giudiziarie, che funge in alcuni casi da deterrente per determinate categorie di soggetti quali i singoli consumatori, nonché l'alto costo di una causa, ripartito tra imposte ed onorari agli avvocati.

Questo complesso di circostanze ha fatto sì che da alcuni anni a questa parte anche la classe politica si sia sensibilizzata al problema ed abbia incominciato a prospettare nuove soluzioni che alleggeriscano

¹ S. Rodotà, *Se si vuole una giustizia "normale"*, in *La Repubblica*, 25 agosto 1995.

² F. Ferronato e G. Rebecca, *Arbitrato. Manuale teorico-pratico*, Milano, 1993, pag. 12; G. Mirabelli e D. Giacobbe, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1994, pag. 1 e segg.

l'operato della magistratura e diano una risposta a tutti coloro che domandano tutela.

La locuzione 'riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie' riassume tutti i procedimenti che consentono di prevenire una lite tramite la conciliazione fra le parti o un'attività di mediazione tra le stesse, oppure permettendo loro di concludere una transazione o, infine, di giungere ad una decisione da parte di un terzo che ponga termine al dissidio in atto³.

Si tratta di quelle 'procedure'⁴, che ci giungono prevalentemente da esperienze straniere quali in primo luogo quella inglese e statunitense, oramai universalmente conosciute col nome di *alternative dispute resolutions* (in seguito ADR).

La loro caratteristica è quella di prevenire o risolvere le dispute con procedimenti snelli, informali, rapidi e poco onerosi, e di essere spesso applicate a questioni di microconflittualità o riguardanti una giustizia detta 'minore', in quanto concernente cause di modico valore o relazioni contrattuali basilari e diffuse.

In Italia solo da pochi anni si sta cercando concretamente di favorire le ADR che invece in altri Paesi quali gli Stati Uniti, il Regno Unito, la Francia (dove ha sede a Parigi la Camera di commercio

³ Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Diritto civile*, articolo, a quanto consta, ancora inedito; S. Satta, *Note sull'arbitrato libero*, in *Rass. Arbitrato*, 1974, pag. 6; Chiarloni, *Un giudice di pace per la pace dei giudici*, in *Foro it.* 1989, V, 14.

⁴ Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro it.* 1989, V, 132; Salvi, *L'efficienza della giustizia. Norme astratte e tutela concreta dei diritti*, in *Giur. It.* 1987, IV, pag. 172; Cipriani, *Il giudizio di equità necessario*, in *Foro it.* 1985, V, 34.

internazionale che collabora in diversi Paesi con le associazioni per l'arbitrato e le varie camere di commercio locali per favorire accordi e dare soluzione alle vertenze commerciali), la Germania ed altri ancora, rappresentano un ordinario metodo per la risoluzione delle controversie, un'alternativa fisiologica alla giustizia statale⁵.

Le ragioni di questa arretratezza della nostra cultura giuridica rispetto a molte altre esperienze nazionali sta principalmente nel fatto che il nostro modello giuridico di processo, analizzato in questa ottica da Damaska⁶, codificato nel '42, vede irrisolto il problema del temperamento delle esigenze di supremazia statale con quelle di orientamento privatistico-liberale.

Il nostro ordinamento non guarda di buon occhio al fatto di cedere parte di una prerogativa così importante dello Stato, quale la risoluzione delle liti, ai privati, poiché teme che questo metta in pericolo i principi dell'imparzialità della giustizia, dell'unità della giurisdizione⁷, del diritto alla difesa, del principio del contraddittorio, della competenza del giudice naturale precostituito per legge (art.25, 2° comma, Cost.)⁸ e della

⁵ J. Mustill e M. Boyd, *Commercial arbitration*, London-Edinburgh, 1989; C. M. Schmitthoff, *The Law and Practice of International Trade*, London, 1980; O. Kahn e B. Freund, *General Problems of Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 1980; R. Schlesinger, *Comparative Law*, New York, 1975.

⁶ Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, in *Analisi comparatistica del processo*, (Il Mulino) Bologna 1991.

⁷ V. Andrioli, *Le giurisdizioni speciali nella Costituzione della Repubblica*, in *Le giurisdizioni speciali amministrative*. Relazioni e discussioni svolte nel Convegno del 2 ottobre 1954, Milano, 1956, pag. 10 e segg.

⁸ A. Pizzorusso, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Riv. Trim.*, 1975, pag. 1 ss.; R. Romboli, *Giudice naturale*, in *Noviss. Dig. It., Appendice*, III, Torino, 1983, pagg. 966 ss.; A. Pizzorusso, *Giudice naturale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, pag. 4 e segg.

certezza del diritto⁹; e che, in assenza di un controllo statale, il quale peraltro diventa sempre indispensabile nel momento in cui si debba dare esecutività alle decisioni di organi giudicanti in mano a privati, possa essere violato il diritto costituzionalmente garantito alla difesa (art.24, 2° comma, Cost.)¹⁰ ed il precetto che la giustizia è uguale per tutti¹¹.

Il legislatore ha così sempre cercato di risolvere i problemi della giustizia tenendo ben saldi quelli che erano i fondamenti del nostro sistema giudiziario ed intervenendo, ogni qual volta urgesse l'eliminazione di varie cause di inefficienza della procedura, con sporadiche riforme quali la novella del 1950, la riforma del processo del lavoro nel 1973, la riforma del 1990, l'istituzione del giudice di pace nel 1991¹², la riforma dell'arbitrato nel 1994.

In realtà per lo Stato, come taluno ha correttamente osservato, non è tanto importante il risolvere le controversie, quanto controllare che questo venga fatto nel rispetto di determinate garanzie, prima di dare esecutività e forza di legge alle determinazioni che si sono raggiunte da parte di istituzioni o arbitri a cui possono essere devolute¹³.

⁹ Anche G. Alpa, *Casi scelti in tema di arbitrato. Nel diritto italiano e comparato*, Milano, 1994, pag. 1 e segg.

¹⁰ M. Cappelletti, *General Report*, in *Fundamental Guarantees of the Parties*, in *Civil Litigation*, Milano, 1973, pag. 676 e segg.

¹¹ Riguardo al superamento di una concezione statalista dell'amministrazione della giustizia: G. Marani, *Aspetti negoziali ed aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino, 1966, pag. 69 e segg.; S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2 Padova, 1971, pag. 163.

¹² Chiarloni, *Un giudice di pace per la pace dei giudici*, in *Foro it.* 1989, V, 14; Proto Pisani, *Il giudice di pace tra mito e realtà*, in *Foro it.* 1989, V, pag. 11.

¹³ In tal senso: A. Scialoja, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. Dir. comm.*, 1922, I, pag. 518 e C. Punzi, *Arbitrato*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988, pag. 6.

In Italia gli strumenti alternativi che consentono di arrivare alla soluzione di una lite senza passare per le aule giudiziarie sono quasi inesistenti e ben poco conosciuti ed impiegati; nel nostro sistema di Civil Law la chiave di apertura verso queste esperienze è rappresentata dalle riforme legislative del Parlamento, come è accaduto per quella più recente dell'arbitrato.

A questo proposito ora si auspica da varie parti l'introduzione dell'arbitrato obbligatorio¹⁴ che è ormai visto di buon occhio dalla dottrina e dalla giurisprudenza e consentirebbe di alleggerire l'operato del giudice ordinario per alcune categorie di controversie, senza andare a scontrarsi coi precetti costituzionali (è opinione ben confortata da vari autori anche se a suo tempo la Corte Costituzionale aveva manifestato perplessità in ordine all'art. 102 Cost.¹⁵).

Le ADR, oggetto di molti studi da parte di numerosi Autori che mirano a diffonderne la cultura anche nel nostro Paese¹⁶, sono una soluzione cui anela con pressoché generale favore la dottrina. Una ricerca condotta da Mauro Cappelletti¹⁷ una ventina di anni or sono, ha evidenziato come ovunque si affianchi alla giustizia statale un più o

¹⁴ Maria Di Bartolomeo, *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio*, Napoli, 1996.

¹⁵ Denti, *Una difesa d'ufficio*, in *Foro it.* 1987, V, 172.

¹⁶ S. Chiarloni, *Nuovi modelli processuali*, ne *Il diritto dei nuovi mondi*, a cura di G. Visintini, Milano, 1996; M. Taruffo, in particolare, *La composizione della lite: la conciliazione, Relazione al convegno organizzato dalla Camera arbitrale di Milano il 7 febbraio 1997*; P. Rescigno, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare"*, in *Giur. It.* 1995, IV, 73 e molti altri.

¹⁷ Cappelletti & Tallon, *Fundamental Guarantees of the Parties*, in *Civil Litigation*, Giuffrè-Oceane Publications 1973; Cappelletti, Gordley & Johnson, *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Society*, Giuffrè 1975; Cappelletti & Garth, *Access to Justice: a World Survey*, Sijthoff-Giuffrè 1978; Cappelletti & Garth, *Access to Justice: Emerging Issues and Perspective*, Sijthoff-Giuffrè 1979.

meno complesso sistema di metodi di risoluzione delle controversie affidato ai privati, cui si giunge o in modo diretto (accordandosi preventivamente riguardo a chi devolvere le eventuali questioni che possono sorgere da un determinato rapporto, o successivamente per quelle già sorte), oppure passando per la giustizia ordinaria, quando è lo stesso giudice a nominare l'arbitro; vi sono poi previsti procedimenti giudiziari semplificati che mirano a favorire un accordo tra le parti e, ove non sia possibile, una soluzione in tempi ridotti e con poche spese (ad esempio gli *small claims* in Inghilterra).

Questi procedimenti speciali, che secondo alcuni andrebbero a minare il principio di unità della giurisdizione sancito dalla nostra Costituzione, sono quasi sempre previsti in funzione del tipo di interesse in gioco, considerato avendo riguardo allo *status* delle persone (status di consumatore, di risparmiatore, di utente di un qualche servizio) e non in modo oggettivo come fa il nostro modello processuale che prende in considerazione, per stabilire la competenza, la materia in questione, il valore economico, il tipo di rimedio richiesto. In Italia si teme che differenziando la tutela per *status* non venga più rispettato il principio per cui la giustizia è uguale per tutti ma, come è stato osservato, “giustizia <<eguale>> non significa giustizia omologante; ...le caratteristiche individuanti gli *status* sono così estese ...da non costituire elementi discriminanti delle persone; ...gli *status* così individuati non incarnano gli *status* di privilegio di epoca feudale, ma riguardano *status*-protezione, per cui i rimedi e le tecniche di amministrazione della

giustizia tengono conto delle caratteristiche oggettive della controversia”¹⁸.

Solo la negazione dell’esperibilità dell’azione e della difesa violerebbero il principio di uguaglianza di tutti di fronte alla legge; la vera ingiustizia è non consentire a tutti di ottenere adeguata tutela in tempi ragionevoli.

Per questi motivi occorre seguire l’esempio di quegli Stati in cui tramite le ADR si aprono le porte della giustizia ad un maggior numero di individui e si dà una soluzione più pratica, veloce ed equa ai loro problemi, sottraendo al tempo stesso varie competenze al giudice togato ed alleggerendo così il carico di lavoro della magistratura la cui condizione è definita da vari Autori con termini molto negativi ed allarmanti¹⁹.

Delle ADR fanno parte alcuni sistemi di composizione delle controversie di grande importanza ed utilità dei quali è bene chiarire il meccanismo e la funzione.

L’arbitrato rappresenta il principale e più diffuso metodo per ottenere un giudizio equo²⁰ e rapido al di fuori degli organi tipici del contenzioso ed ha la sua più vasta utilizzazione in campo commerciale,

¹⁸ G. Alpa, *Un progetto per la giustizia minore: composizione stragiudiziale delle controversie, ruolo dell’arbitrato, interessi di categoria*, in *Giustizia civile* 1992, II, pag. 577 e segg.

¹⁹ Proto Pisani, *Emergenza nella giustizia civile*, in *Foro it.* 1987, V, 1; Magistratura democratica, *Testo provvisorio di una proposta di riforme urgenti del Codice di procedura civile*, in *Foro it.* 1987, V, 71; CSM, *Parere sul disegno di legge concernente “Provvedimenti urgenti per il processo civile”*, ivi 1989, V, 245; Lipari, *Relazione alla Commissione giustizia del Senato concernente la delega legislativa al Governo*, in *Giustizia civile*, 1985, II, 532.

²⁰ Cipriani, *Il giudizio di equità necessario*, in *Foro it.* 1985, V, 34.

dove permette alle imprese di diversi Stati che hanno rapporti d'affari di ovviare ad alcuni grossi problemi quali la difficoltà nell'interpretazione dei contratti e la risoluzione di eventuali controversie, poiché affrontare le complesse procedure per accedere alle istituzioni della giustizia pubblica nei vari Paesi può rappresentare un percorso denso di incognite. Ecco quindi che l'arbitrato consente di poter scegliere la legge da applicare, le persone che dovranno dirimere la contesa e di ridurre i tempi, in un ambito in cui un periodo di stasi può avere conseguenze gravi sulle imprese.

Il procedimento comporta una sorta di giudizio privato in cui anche gli arbitri sono privati cittadini; il numero di questi è generalmente di tre poiché si dà la possibilità ad ognuna delle parti di nominare un arbitro di propria fiducia, mentre il terzo funge da elemento imparziale. E' anche possibile che vi sia un solo arbitro se le parti sono d'accordo. Oltre a questi vi sono gli avvocati di ciascuna parte e si verifica un'attività del tutto analoga a quella che ha luogo nelle aule dei tribunali ordinari, con l'escussione delle prove, l'audizione dei testimoni,...

Per giungere all'arbitrato occorre che le parti concludano un accordo preventivo detto 'clausola compromissoria', con il quale le parti si obbligano a non ricorrere al giudice ordinario per dirimere le future controversie e, qualora una di esse contravvenga al suo impegno e si rivolga al giudice, questo, preso atto della clausola, dichiarerà la propria incompetenza a decidere la causa; oppure l'accordo può verificarsi in seguito al nascere di una disputa tramite un apposito contratto denominato 'compromesso'.

In Italia si propende, da parte della dottrina e della giurisprudenza, per il principio di autonomia della clausola arbitrale che consente a questa di rimanere valida anche nel caso in cui il contratto sia nullo. Ciò sembra andare contro il principio logico per cui, salvo l'ipotesi della nullità parziale (art.1419 del Codice civile), la nullità di tutte le clausole inficia appunto l'intero contratto, ma tale principio di 'conservazione' della clausola compromissoria ci deriva dalla tradizione e consente che anche in questo caso gli arbitri si possano esprimere sulla validità o meno del contratto nel quale la clausola stessa è inserita²¹.

Nel Regno Unito questo principio è stato introdotto di recente dall'art. 7 dell'*Arbitration Act 1996*, rubricato "*Separability of arbitration agreement*", nel caso in cui la legge applicabile all'arbitrato sia quella dell'Inghilterra, del Galles o dell'Irlanda del Nord, anche se la sede sia posta in un Paese straniero o non sia stata designata.

In quasi tutti gli Stati il compromesso non deve avere forma scritta per essere valido, la forma però è necessaria per la prova. Questo contratto con cui le parti accettano di essere sottoposti al giudizio di arbitri e che ha per oggetto l'instaurazione di un procedimento, la sua istruzione ed il raggiungimento di un lodo, viene classificato come ad *intuitu personae* a titolo oneroso.

Vi sono diversi tipi di arbitrato a cui si può ricorrere in ambito commerciale²²:

²¹ G. Alpa, *La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie (L'arbitrato dei consumatori e l'ombusman bancario)*, in *Ec. e dir. del terziario*, II, 1993.

²² Il Sole 24 ore, "*Giudizi 'sprint' nelle liti d'affari*", lunedì 19 aprile 1993, pag. 7.

a) Arbitrato ad hoc - Consente alle parti di disciplinare direttamente i vari aspetti del procedimento arbitrale. La clausola compromissoria deve quindi essere particolarmente dettagliata per poter dare una risposta ad ogni tipo di questione quale la modalità di designazione degli arbitri, il luogo dell'arbitrato, la lingua, la legge regolatrice del contratto ed evitare che il procedimento si blocchi per la mancata previsione di questioni procedurali. Lo svantaggio di questo tipo di arbitrato è che qualora non sia prevista una soluzione per ogni eventualità si possa avere uno stallo per la mancata collaborazione della parte che non ha interesse all'esecuzione del contratto o che prevede per sé una soluzione sfavorevole della controversia. Questa eventualità non può presentarsi se si fa uso dell'arbitrato istituzionale dove appositi organismi si sostituiscono, in simili casi, alla volontà delle parti. Occorre quindi per questo tipo di arbitrato predisporre tutta una struttura adeguata a renderlo possibile, quale locali ed organizzazione necessaria al procedimento, infine gli onorari degli arbitri non sono prefissati ma vanno concordati appositamente; si aggiunge la spesa per gli avvocati. In questo caso le parti sono obbligate in solido al pagamento delle spese ed all'onorario degli arbitri secondo quanto essi chiederanno al termine del giudizio. Per non andare incontro ad amare sorprese è opportuno giungere ad accordi

preventivi anche sotto questo punto di vista tra le parti ed il loro organo giudicante. L'arbitrato viene normalmente effettuato da diverse categorie di professionisti quali avvocati, dottori commercialisti, ingegneri ed altri, i quali solitamente chiedono un considerevole anticipo delle spese, quantificandone il totale alla fine; pur essendovi delle tariffe professionali è sempre poi difficile andare ad analizzare le singole voci di spesa in relazione al lavoro svolto; anche se ormai quasi tutte le categorie professionali hanno stabilito delle tariffe appositamente per il caso in cui un loro iscritto sia chiamato a svolgere la funzione di arbitro, residua comunque un certo 'quid' di imprevedibilità. Una ulteriore spesa può emergere dall'eventuale presenza di un segretario, in caso di arbitrato particolarmente complesso, che adiuvi gli arbitri nel loro operato²³.

b) Arbitrato ad hoc basato su un regolamento arbitrale - In questo caso il regolamento non deve essere predisposto dalle parti, con i tipici inconvenienti che ne seguono, ma si rinvia alla disciplina prevista da un organismo arbitrale istituzionale quale, per esempio, se si tratta di un arbitrato internazionale, la Camera di commercio internazionale di Parigi²⁴, oppure, in caso di arbitrato interno, si può fare riferimento al regolamento di una Camera arbitrale del proprio Paese.

²³ Per quanto concerne le voci di spesa per queste procedure: Il Sole 24 ore, *"Tutte le spese, voce per voce"*, 29 settembre 1997, pag. 21.

²⁴ Il Sole 24 ore, *"E' Parigi la capitale delle libere intese"*, 19 aprile 1993, pag. 17.

c) Arbitrato amministrato (o istituzionale) - Consiste nell'affidare la gestione dell'arbitrato direttamente ad un organismo specializzato, sottoponendo il procedimento al regolamento di tale istituzione. Non si pongono così nemmeno in questo caso i problemi di dover regolamentare dettagliatamente la procedura, col rischio che sorgano degli intoppi dovuti a lacune nelle disposizioni delle parti, e di dover predisporre luogo, locali e supporti tecnici che invece saranno quelli dell'organismo stesso. Occorre però scegliere l'istituzione più idonea a risolvere quel tipo di controversia. I regolamenti arbitrali di solito contengono anche la previsione delle tariffe e di eventuali compensi per perizie tecniche, ciò consente di prevedere anticipatamente le spese che si andranno ad affrontare con sufficiente precisione. Per le camere arbitrali di solito le voci di spesa consistono nei diritti di registrazione che sono normalmente modesti e vanno versati al momento della domanda per quanto riguarda la parte attrice e quando si presenta la memoria di costituzione per ciò che concerne il convenuto. Vi sono poi i diritti amministrativi (o di segreteria) che consistono nel compenso richiesto dalla camera arbitrale per la gestione del giudizio; questi possono essere previsti per scaglioni in base al valore della controversia ed anche variare percentualmente all'interno di ogni scaglione ma occorre fare attenzione poiché non sempre a cifre uguali corrispondono servizi dello stesso livello, alcune camere arbitrali dispongono infatti di strutture migliori, di servizi di biblioteca,

banche dati, eccetera, mentre altre ne sono prive. Infine la terza voce di spesa riguarda gli onorari degli arbitri di più ardua previsione poiché variano a seconda della complessità, durata, tipo di istruttoria, documentale o meno, richiesta agli arbitri, nonché evidentemente dal numero di questi; può essere allora previsto un minimo ed un massimo a cifre fisse od incrementabili percentualmente, nel primo caso la cifra risulta di immediata percezione, nel secondo si ha il vantaggio di poter calcolare esattamente l'onere economico.

Per quanto riguarda i tempi di pagamento le regole da osservarsi sono generalmente sempre le stesse e possono essere così schematizzate:

- d)un primo versamento di solito viene fatto dopo la costituzione dell'organo giudicante prima che inizi la procedura in senso stretto con la fissazione della prima udienza e corrisponde ai minimi tariffari per quanto riguarda l'onorario degli arbitri, in base al valore della controversia secondo quanto risulta dagli atti introduttivi;
- e)anche le spese di segreteria viene richiesto che siano interamente saldate in questa prima fase;
- f)durante il procedimento può essere richiesta l'integrazione dei pagamenti con una seconda quota;
- g)il saldo definitivo solitamente precede di pochi giorni la consegna del lodo.

Una regola particolare cui le parti devono sottostare dal momento in cui si assoggettano ad un arbitrato amministrato è quella che la procedura si arresta se manca anche un solo versamento; così se una delle parti non paga la sua parte consistente nel cinquanta per cento del deposito richiesto e l'altra non vuole far arrestare il giudizio, quest'ultima dovrà accollarsi l'onere di anticipare le somme dovute dalla controparte. Se il principio applicato è quello della soccombenza gli arbitri disporranno col lodo il rimborso delle spese alla parte vincitrice.

Ogni somma deve essere versata alla Camera arbitrale la quale provvederà a pagare gli arbitri; allo stesso modo in caso di interruzione dei pagamenti gli arbitri si rivolgeranno alla Camera che dovrà ottenere soddisfazione dalle parti.

Sarà sempre quest'ultima che potrà decidere eventuali rimborsi dovuti ad un'anticipata conclusione della controversia o ad una sostituzione dell'arbitro.

Nell'arbitrato possono sorgere dei problemi quando una questione richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria, con la conseguente sospensione del procedimento, perché è necessario, per esempio, un sequestro che gli arbitri non hanno il potere di ordinare.

Uno degli aspetti più discussi dell'arbitrato è infatti la limitatezza dei poteri degli arbitri che, non essendo giudici, non possono escutere coattivamente i testimoni, procedere ad ispezioni, ordinare l'esibizione di documenti alle parti ed ai terzi, concedere sequestri od altri provvedimenti cautelari, emettere decreti ingiuntivi.

Quando poi l'arbitrato deve svolgersi nei confronti di più di due parti o con l'intervento di un terzo le parti devono allora rinunciare all'arbitro di propria nomina esclusiva, per cui possono sorgere difficoltà in ordine alla nomina stessa.

L'ammissibilità dell'intervento di altri soggetti è condizionata al consenso di tutte le parti.

La sentenza arbitrale, detta lodo, obbliga le parti. Queste di solito si impegnano a non impugnarla ed a considerare definitivo il giudizio così espresso.

Per dare esecuzione al lodo occorre il controllo del tribunale nazionale competente dello Stato in cui si chiede il riconoscimento.

In Italia la parte che intende dare esecutività al lodo deve depositarlo in Pretura (in Tribunale, in seguito all'istituzione del giudice unico in primo grado); con la riforma del '94 è stato abolito il termine di un anno entro il quale doveva essere depositato ed ora le parti possono sempre procedere al deposito²⁵ e l'efficacia di sentenza non è più subordinata all'omologa del pretore ma si verifica da subito²⁶.

Quando occorre redigere una clausola compromissoria è necessario osservare alcune regole molto importanti per evitare di avere in seguito dei problemi²⁷:

²⁵ In Inghilterra i procedimenti di *exequatur* previsti dall'*Arbitration Act* 1950 rendono esecutivo il lodo al pari di qualunque altra sentenza, sull'argomento vedi: V. Vigoriti, *Quante deliberazioni per il lodo inglese in Italia?*, in *Riv. Arbitrato*, 1992, pag. 68.

²⁶ Più dettagliatamente: C. A. Nicoletti, *La legge 9 febbraio 1983, n. 28 e la modifica dell'arbitrato*, in *Giur. It.*, 1983, IV, c. 308; F. Carpi, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. Trim.*, 1984, pag. 58; A. Briguglio, E. Fazzalari e R. Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, Milano, 1994.

²⁷ Il Sole 24 ore, "Compromessi a regola d'arte", 19 aprile 1993, pag. 8.

- h) Il procedimento deve concernere materie che siano considerate arbitrabili dalla legge del luogo in cui deve essere fatto valere il lodo. E' necessario informarsi per non porre in essere una clausola 'non operativa'.
- i) Per poter far valere il lodo all'estero occorre verificare che lo Stato in cui risiede la controparte sia firmatario della Convenzione di New York del 1958. E' possibile ottenere lo stesso risultato anche con Stati firmatari di altre specifiche convenzioni (es. Washington 1965).
- j) Se il contratto è stipulato con enti pubblici o Stati bisogna sapere che questi generalmente godono dell'immunità dalla giurisdizione di qualunque tribunale straniero anche se arbitrale; possono però rinunciarvi.
- k) Occorre, se non si opta per l'arbitrato ad hoc, scegliere l'istituzione più adatta cui affidare l'arbitrato in questione.
- l) Va specificata la legge che gli arbitri devono applicare al contratto.
- m) Le parti possono decidere il numero degli arbitri, in genere da uno a tre; più sono gli arbitri, più la soluzione della disputa dovrebbe essere articolata e completa. Se si decide per l'arbitrato amministrato l'istituzione scelta può provvedere a determinare il numero in assenza di disposizioni delle parti (la London court of international arbitration ne prevede uno solo, soluzione di certo più economica ma forse più rischiosa!).
-

- n) E' consigliabile riportare nel contratto la clausola arbitrale indicata dall'istituzione cui si intende affidare l'arbitrato per evitare questioni di competenza (per esempio²⁸, la Camera arbitrale italiana per il commercio delle pelli attualmente operante a Genova fornisce la seguente formula: "Le eventuali controversie che potranno insorgere in relazione al presente contratto dovranno essere risolte mediante arbitrato secondo il regolamento della camera arbitrale italiana per il commercio delle pelli". "Tuttavia quando il contratto è stipulato con l'uso dei formulari internazionali ovvero mediante scambio di telemessaggi contenenti il richiamo dei predetti formulari, è parimenti idonea la clausola d'uso sintetica, come ad esempio Arbitrato Genova, Genoa Arbitration, Place of arbitration Genoa e così via, cercando però di evitare le frasi non usuali o equivocate in quanto possono ingenerare dubbi interpretativi"²⁹).
- o) Nel redigere la clausola è preferibile non adoperare alcuna disposizione restrittiva rispetto al procedimento, come quella che gli arbitri devono necessariamente conoscere una determinata lingua.

Per dare esecuzione coattiva ad una sentenza arbitrale in un Paese straniero occorre avere la collaborazione delle autorità del luogo e questo è possibile se fra i due Paesi in questione sono intervenuti degli accordi.

²⁸ Vedi: R. Raffaele Addamo (a cura di), *La disciplina negoziale del commercio internazionale delle pelli* (contratti n. 6 e 7), Genova, 1993, pag. 3.

²⁹ Vedi nota n. 28.

Le prime convenzioni internazionali in tema di arbitrato commerciale sono state firmate a Ginevra nel 1923 ed a Bruxelles nel 1927.

Attualmente la più importante convenzione in materia è quella di New York del 10 giugno 1958³⁰, ratificata da ben 58 Stati tra cui l'Italia (31/1/1969) ed il Regno Unito (24/9/1975). Con questa convenzione si è stabilito che i tribunali degli Stati firmatari devono rifiutarsi di giudicare una controversia se risulta che tra le parti è stata stipulata una clausola arbitrale.

La convenzione dispone inoltre norme per l'esecuzione coattiva dei lodi arbitrali all'interno dei Paesi firmatari.

Per la validità della clausola arbitrale questa richiede però che siano rispettate alcune condizioni:

- p) l'accordo deve essere scritto;
- q) l'accordo deve riguardare controversie che siano sorte o possano sorgere tra le parti;
- r) le controversie oggetto dell'accordo devono essere relative ad un rapporto giuridico, contrattuale o non contrattuale;
- s) la questione che dà vita alla controversia deve essere arbitrabile secondo il diritto del Paese in cui viene fatto valere il lodo;
- t) il lodo deve essere reso da arbitri che siano capaci secondo la legge del Paese a cui appartiene l'arbitro;

³⁰ Il Sole 24 ore, "Patti senza frontiere targati New York", 19 aprile 1993, pag. 8.

u) la clausola arbitrale non deve essere nulla o invalida secondo la legge del Paese delle parti o secondo quella in cui è reso il lodo.

Le clausole arbitrali sono valide anche quando concluse per corrispondenza o per telegramma.

Le riserve poste da alcuni Paesi alla ratifica della Convenzione di New York sono di due tipi: la n°1 prevede che la Convenzione si applichi alle sole sentenze arbitrali rese sul territorio dell'altro Stato contraente, la n°2 prevede che la Convenzione si applichi alle sole controversie attinenti a rapporti considerati commerciali dalla legislazione nazionale del Paese aderente (il Regno Unito ha apposto alla sua adesione solo la prima delle due riserve, l'Italia non ha apposto riserve).

Vi sono ancora tuttavia numerosi Paesi che trascurano le corti arbitrali per svariati motivi, i casi più tipici riguardano gli Stati musulmani e quelli del Sud America³¹.

L'Arabia Saudita non ha aderito alla Convenzione del '58 benché i Paesi arabi abbiano una situazione a rischio nei rapporti con gli altri Paesi occidentali per via della normativa locale, specialmente quando questa è ispirata al Corano. L'Arabia nutre una profonda diffidenza verso qualsiasi decisione di controversia che abbia avuto luogo all'estero; la normativa coranica inoltre non permette che i musulmani siano giudicati da stranieri.

³¹ Il Sole 24 ore, *"Arabia: lodi in panne"*, *"Sulle Ande sentenze al rallentatore"*, 19 aprile 1993, pag. 17.

In questo Stato vi è una pluralità di tribunali (corti che applicano il diritto islamico, una Commissione che giudica le controversie tra privati ed enti pubblici, un tribunale per le controversie finanziarie e l'intermediazione mobiliare, un tribunale amministrativo ed uno per le controversie di lavoro) che dall'83 hanno anche il compito di esaminare i lodi stranieri per attribuirvi efficacia nel territorio dello Stato in base ad una normativa sull'arbitrato integrata nell'85.

Tuttavia la possibilità di ricorrere all'arbitrato con operatori di questo Paese è ancora frustrata da varie norme locali:

- v) Per ottenere l'esecuzione del lodo in Arabia Saudita è necessario ottenere il consenso del tribunale locale competente il quale, oltre a controllarne la regolarità formale, verifica se vi siano elementi in contrasto col diritto musulmano.
- w) Per il principio che un musulmano può essere giudicato solo da un altro musulmano anche gli arbitri devono essere musulmani, anche se non necessariamente cittadini sauditi. Gli arbitri arabi inoltre conoscono meglio il diritto locale. Questa questione però non incontra il favore degli occidentali che cercano di standardizzare il più possibile le norme di commercio internazionale.
- x) L'unica Convenzione firmata dall'Arabia è quella con l'Icsid (International centre for settlement of investment disputes), perciò è difficile rendere esecutiva una decisione in questo Paese.

y) Per gli enti statali, le società a partecipazione statale e gli altri enti governativi vige il divieto di essere sottoposti all'arbitrato tranne nel caso in cui venga firmata un'autorizzazione dal primo ministro a sottoscrivere clausole arbitrali.

z) Ci si domanda infine se arbitri possano essere anche le donne dal momento che il Corano prescrive di prendere le decisioni in base all'intelligenza di due uomini e, in caso manchi un uomo, di sostituirlo con due donne, facendo così sorgere la questione della disparità degli arbitri.

L'America del Sud è l'area geografica in cui vi è il minor numero di aderenti alla Convenzione di New York. Eccettuati Uruguay, Cile, Colombia, Cuba, Ecuador, Messico, Panama, Perù, Haiti, Guatemala, Trinidad e Tobago, gli altri Stati sono contrari all'idea di veder giudicata all'estero una questione in cui siano implicati dei loro cittadini; si aggiunge la diffidenza verso la neutralità dell'arbitro straniero e la preoccupazione di subire il predominio economico di un Paese straniero.

Nel 1975, per superare questi problemi, gli Stati Uniti e vari Stati dell'America Latina hanno stipulato la Convenzione interamericana sull'arbitrato commerciale internazionale; naturalmente i lodi per avere efficacia dovranno essere eseguiti in Paesi firmatari ed essere relativi ai cittadini di questi, resta così insoluto il caso di investitori di Paesi non aderenti alla Convenzione che intendano sottoporre ad arbitrato le eventuali controversie commerciali.

Per soddisfare le esigenze del commercio internazionale e per dare un regolamento alle parti che desiderano optare per l'arbitrato ad hoc, è

stato creato un regolamento dall'UNCITRAL (United nations commission on international trade law)³², creato con la collaborazione di numerose istituzioni arbitrali internazionali che lo richiamano nei loro accordi.

Il ricorso ad esso permette una certa elasticità di scelte, le parti possono scegliere il numero degli arbitri, il luogo e la lingua dell'arbitrato e la designazione o meno di una "*appointing authority*", cioè di una istituzione o di altro soggetto che possa provvedere a sbloccare i vari punti di stallo, facendo da supervisore. Tuttavia se le parti lasciano lacune nell'accordo arbitrale, il regolamento dispone che gli arbitri siano in numero di tre, che la lingua ed il luogo dell'arbitrato siano decisi dal tribunale arbitrale e che l'"*appointing authority*" sia designata dal segretario generale della Corte permanente di arbitrato dell'Aja. L'"*appointing authority*" < C F102 > in questi casi interviene solo a chiarire i punti in cui è richiamata nell'accordo delle parti.

Per ciò che concerne il lodo, l'articolo 32 del regolamento prevede che esso sia motivato, salvo diverso accordo delle parti e che possa essere reso pubblico solo col consenso delle parti.

Gli onorari degli arbitri devono preferibilmente seguire le tariffe previste dall'"*appointing authority*".

Un'altra Convenzione di grande importanza, cui ho più volte accennato, è quella di Washington del 1965, promossa dalla Banca Mondiale con l'intento di dare agli investitori stranieri una serie di

³² G. Alpa, "*La circolazione dei modelli...*", in G. Alpa (a cura di) "*Corso di Sistemi giuridici comparati*", Torino, 1996, cap. XXVII, pag. 716; Il Sole 24 ore, "*Patti senza frontiere targati New York*", cit.

garanzie per le loro operazioni nei Paesi in via di sviluppo; per assicurare tali garanzie è nato l'Icsid (International centre for settlement of investment disputes)³³, organismo arbitrale internazionale, patrocinato dalla Banca Mondiale. La Convenzione prevede la possibilità di ricorrere all'arbitrato amministrato dall'Icsid solo nei casi di controversie che scaturiscano da contratti d'investimento; l'istituto infatti consiglia di precisare nel contratto che si tratta di un investimento, solo in tale modo si può essere sicuri che il Centro potrà essere chiamato a dirimere la controversia con l'arbitrato. I principi su cui poggia la Convenzione comportano che:

possono essere parti della controversia solo Stati firmatari della Convenzione oppure enti statali da essi dipendenti, da una parte, ed un privato appartenente ad un altro Stato sottoscrittore dall'altra;

una volta che le parti si siano accordate per sottoporre la controversia all'arbitrato, il consenso non può essere revocato, nemmeno se lo Stato sottoscrittore dovesse denunciare la Convenzione; anche per l'investitore straniero il consenso all'arbitrato comporta la rinuncia ad ogni altra forma di tutela e, in particolare alla tutela ottenibile per via diplomatica, facendo agire il proprio Stato con pressioni politico-diplomatiche nei confronti dello Stato inadempiente (resta tuttavia esperibile

³³ Il Sole 24 ore, "*Investimenti col paracadute*", 19 aprile 1993, pag. 8.

presso l'Icsid un procedimento di conciliazione che ha lo scopo di evitare l'arbitrato);

per quanto concerne la possibilità d'ottenere l'esecuzione coattiva del lodo da parte dello Stato contraente che non vi si voglia adeguare, la Convenzione prevede che in caso di rifiuto ad eseguire gli obblighi derivanti dalla pronuncia arbitrale, l'esecuzione possa essere fatta sui beni dello Stato inadempiente che si trovino in qualunque altro Stato che sia parte della Convenzione;

ogni Stato firmatario deve dare attuazione nel proprio territorio alla sentenza dell'Icsid come se fosse una sentenza definitiva di un proprio tribunale nazionale; non è necessario alcun controllo da parte dello Stato firmatario, è sufficiente che la parte che ne chiede l'esecuzione presenti una copia dello stesso al tribunale nazionale competente.

L'Icsid non ha giurisdizione quando le parti della controversia sono entrambe Stati firmatari.

Gli arbitri dell'Icsid sono avvocati esperti di diritto internazionale e docenti di diritto che hanno nazionalità diversa da quella delle parti di ciascun procedimento.

In tempi recenti l'Icsid ha annoverato tra le sue attività anche quella di supervisore in arbitrati ad hoc.

L'attività di "*appointing authority*" è svolta gratuitamente. La procedura arbitrale si svolge normalmente a Washington, presso la sede

dell'organismo, oppure presso altri Paesi, presso istituzioni con cui l'Icsid ha stipulato accordi a tal fine.

Le ragioni che consentono di impugnare il lodo³⁴ variano da Paese a Paese ma esse generalmente consistono in:

aa) Questioni relative ai vizi del lodo.

bb) Questioni di giurisdizione; quando, per esempio, vi è stato arbitrato in assenza di clausola compromissoria.

cc) Vizi della procedura. Quando non vengono rispettate le norme del procedimento arbitrale.

dd) Lodo la cui esecuzione comporta la violazione di norme di ordine pubblico interno o internazionale.

Nei Paesi del common law vi è una maggiore disponibilità a consentire che i lodi vengano impugnati presso i tribunali statali. Accade allora che l'arbitrato come mezzo di risoluzione rapida delle controversie perda parte della sua efficacia.

Anche i termini per impugnare o per rendere esecutivo il lodo variano da Stato a Stato, si va dai tre mesi per la maggioranza degli Stati degli USA, ai trenta giorni della Svizzera, ai ventotto giorni dell'Inghilterra.

Per ciò che concerne la motivazione la più parte delle legislazioni richiede solo che il lodo sia 'sufficientemente motivato', lasciando nell'indeterminatezza di questa espressione l'interprete.

³⁴ P. Pajardi e A. Quadri, *L'impugnazione del lodo arbitrale nella giurisprudenza*, Milano, 1992.

L'arbitrato inoltre può essere facoltativo od obbligatorio; per quest'ultimo si presentano problemi di ammissibilità per alcuni ordinamenti, mentre in altri come l'Inghilterra è pacificamente accettato.

Le altre più diffuse ADR sono:

ee) Conciliazione³⁵ - E' un procedimento con cui un terzo, istituzione o persona fisica, cerca di far comprendere a ciascuno dei contraenti il punto di vista dell'altro, allo scopo di pervenire ad una soluzione di comune accordo. Spesso la soluzione consiste in una transazione. La conciliazione è spesso prevista in abbinamento con l'arbitrato³⁶ dove, quando fallisca la prima, segua allora quest'ultimo; si auspica così che le parti riescano a venirsi incontro l'un l'altra e ad accordarsi senza giungere all'arbitrato, mezzo di risoluzione delle controversie più complesso e costoso. I costi infatti variano sensibilmente a seconda che si stia attuando una fase conciliativa, dove nella più parte dei casi vi è una tariffa fissa per ciascuna parte per la prima riunione ed un'altra tariffa, solitamente inferiore, per ogni successivo incontro, a cui si aggiunge il compenso del conciliatore; oppure si stia esperendo la fase arbitrale, dove la tariffa ed il compenso agli arbitri

³⁵ Barone, *Conciliazione obbligatoria e arbitrato*, in *Foro it.* 1990, V, 375; Il Sole 24 ore, *"I sentieri della conciliazione"* (I conflitti di lavoro), 19 aprile 1993, pag. 7.

³⁶ Vedi, per esempio, il nuovo *Regolamento semplificato di conciliazione ed arbitrato* sottoscritto il 12 dicembre 1996 dal presidente della Camera arbitrale di Milano, dal presidente dell'Associazione italiana arbitrato, dal presidente della Confindustria e dal presidente dell'Unioncamere.

possono variare grandemente a seconda del valore della controversia (normalmente si tratta di percentuali predeterminate). In Italia, dove manca una cultura della conciliazione, si sta proponendo di dare consistenti incentivi fiscali a chi trova una soluzione alle proprie pretese tramite questo strumento e di rendere esecutivi i verbali di conciliazione³⁷.

ff) Arbitraggio - Un terzo, detto arbitratore, determina in un contratto un elemento lasciato in sospeso dalle parti, collaborando alla formazione della loro volontà contrattuale.

gg) Transazione - secondo l'articolo 1965 del Codice civile, transazione è "il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro".

Le ADR sono indicate in tutti i Paesi come la migliore soluzione per ovviare ai mali della giustizia ordinaria, vi si giunge per propria espressa volontà di privati cittadini o, dove è consentito dai principi di un ordinamento, tramite procedimenti speciali obbligatori appositamente previsti dallo Stato o da altre istituzioni pubbliche per determinate controversie o categorie di soggetti, si pensi, ad esempio, agli *small*

³⁷ A buon punto, su questo terreno, si era giunti con lo schema di disegno di legge elaborato dalla Commissione Fazzalari, istituita a fine '93 dall'ex ministro di Grazia e Giustizia Conso; analoghi obiettivi sono stati perseguiti dalla Commissione istituita presso il ministero di Grazia e Giustizia e guidata dal sottosegretario Mirone.

claims, ai *public ombusmen*³⁸, agli arbitrati obbligatori del Regno Unito, per dire solo i principali.

I regolamenti delle tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie si trovano, a volte, nei codici, altre volte solo in leggi speciali, come negli Stati del common law, altre volte ancora sia in codici che in leggi speciali, come in Italia.

I giudici sono privati cittadini e come tali svolgono la loro opera, per questo motivo si parla di amministrazione della giustizia affidata ai privati³⁹.

In realtà si tratta poi sempre di giuristi noti per la loro conoscenza della materia controversa, di avvocati o magistrati con una notevole esperienza nel settore in questione, ciò ha il vantaggio di sapere deferita la contesa a veri e propri esperti del problema che si presenta.

Non tutte le questioni possono essere regolate mediante ADR⁴⁰, in generale vi sono fatti in cui lo Stato ha interesse a risolvere direttamente il problema che presenta aspetti pubblicistici, azioni legali per cui è necessaria la partecipazione del pubblico ministero; in Italia esistono limitazioni che riguardano l'arbitrabilità delle controversie concernenti i conflitti di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c. (l'arbitrato è ammesso solo

³⁸ Napione Giovanni, *L'ombusman*, (Giuffrè), Milano, 1969.

³⁹ V. Vigoriti, *Partecipazione, sindacato, processo*, in *Riv. Trim.*, 1974, pag. 1212 e segg.; G. Ghezzi, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, in *Riv. Trim.*, 1977, pag. 95 e segg.; A. Pizzorusso, *Democrazia partecipativa e attività giurisdizionale*, in *Studio per G. Balladore Pallieri*, Milano, 1978, I, pag. 462 e segg.; P. Scarpone, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia. Profili storici e comparativi*, Milano, 1980; G. Alpa, *Casi scelti in tema di arbitrato. Nel diritto italiano e comparato*, cit., pag. 1 e segg.

⁴⁰ Vedi: G. Alpa, "La circolazione dei modelli...", cit., pag. 714 - 715; Il Sole 24 ore, "I sentieri della conciliazione" (I conflitti di lavoro), cit., pag. 7.

alle condizioni dettate dagli artt. 806 e segg. del Codice di procedura civile; legge 300 del 1970 e 533 del 1973), di quelle in materia di previdenza e di assicurazione obbligatoria (art. 442 c.p.c.), delle questioni di stato e di separazione personale tra i coniugi e di altre che non possono essere oggetto di transazione.

Negli Stati Uniti d'America la saturazione del sistema giudiziario ha fatto sì che le associazioni private aiutassero la giustizia in crisi⁴¹. Alcune associazioni di categoria raccomandano ai propri iscritti di ricorrere all'arbitrato; ciò ha fatto sì che di anno in anno all'American arbitration association (Aaa) aumentassero le richieste di procedimenti arbitrali. Si svolgono circa duecento udienze al giorno nelle aule dell'Aaa sparse in quasi tutti gli Stati degli Usa.

Le controversie concernono anche la responsabilità per negligenza medica o le divergenze relative alla qualità di un prodotto.

L'Aaa organizza corsi di formazione per esperti nei vari settori.

L'ufficio principale ha sede a New York e fornisce tutta una serie di servizi, anche per telefono e per corrispondenza, ed aggiorna chi lo desidera sulla nuova normativa.

Anche l'Aaa consiglia di inserire nei contratti di chi vuole fare riferimento ad essa per ogni eventuale questione la propria clausola compromissoria. L'associazione chiede di essere sempre preventivamente avvisata quando viene stipulato un contratto che contenga la sua clausola compromissoria.

⁴¹ Il Sole 24 ore, *"Liti a stelle e strisce"*, 19 aprile 1993, pag. 17.

Il costo dell'arbitrato va pagato al momento della registrazione del reclamo, quando si dichiara anche il valore della controversia; se tale valore supera i cinque milioni di dollari l'associazione decide quale sarà la tariffa applicabile. In caso di arbitrato tra più di due parti la tariffa viene aumentata di un dieci per cento in più ogni altra parte in causa.

La domanda deve contenere due copie della clausola compromissoria e l'indicazione della data del contratto; le spese devono essere sostenute inizialmente dal richiedente, successivamente saranno ripartite dagli arbitri; le parti devono scegliere il luogo dell'arbitrato, in mancanza sarà deciso dall'Aaa; la scelta degli arbitri deve essere fatta di comune accordo dalle parti, l'associazione invia una lista di arbitri e le parti devono cancellare quelli a loro non graditi, se non vi sono arbitri accettati da entrambi sarà l'Aaa a sceglierli (viene sempre consigliato di dare la possibilità di decidere al terzo arbitro, inserendolo nella clausola compromissoria, nel caso in cui non sia possibile emettere la decisione all'unanimità); il regolamento dell'Aaa non consente che le parti incontrino l'arbitro l'una in assenza dell'altra; in udienza le parti espongono il proprio caso e possono addurre prove e testimoni, gli arbitri possono accettare prove che in un tribunale ordinario sarebbero discutibili anche se poi la prova diretta sarà sempre la più convincente.

Sempre negli Stati Uniti sono sorte molte associazioni private che fungono da "ADR provider" per tutti coloro che vogliono usufruire di questi servizi.

Le più grandi riuniscono centinaia di giudici privati, mediatori ed arbitri professionali assolutamente neutrali e di grande esperienza in ogni tipo di controversia e procedimento alternativo alla giustizia statale.

Queste associazioni provvedono ad istruire ed aggiornare i loro membri sulle nuove normative ed a fornire tutte le strutture necessarie ai procedimenti di ADR.

Si servono di un organico formato da ex giudici delle corti statali o federali selezionati e ben conosciuti per la loro esperienza, reputazione e capacità di fornire una soluzione od un accordo tra le parti.

Risolvono con successo dispute concernenti piccole controversie tra due parti, come questioni complesse di grande valore economico e rilevanza commerciale e si specializzano nelle materie più disparate come in quelle che interessano il commercio, le costruzioni, il rapporto di lavoro, i rapporti di vicinato, il campo finanziario, assicurativo, le lesioni personali, la responsabilità da prodotto difettoso ed altro.

Dispongono inoltre di uno staff di avvocati che operano come arbitri, mediatori o consulenti.

Risulta chiaro dai discorsi precedenti di quanto sia vasta la gamma delle ADR, questa espressione '*alternative dispute resolutions*' racchiude in tre parole una grande varietà di mezzi per risolvere le controversie scegliendo la via extragiudiziale, ovviando perciò agli svantaggi di una causa davanti alla magistratura ordinaria quali in principal modo i costi considerevoli ed i tempi biblici delle cause civili.

Le ADR possono essere condotte con qualunque sistema le parti gradiscano, possono consistere in una discussione intorno ad un tavolo o possono essere strutturate come un ‘processo privato’.

I procedimenti più usati ovviamente sono la mediazione e l’arbitrato.

Le liti tradizionali sono costose, prolisse e molto prostranti per le parti coinvolte. Le ADR possono ovviare alla maggior parte di questi inconvenienti ed offrire la possibilità di un veloce, tempestivo accordo come in un foro, ma tramite soluzioni maggiormente creative ed ugualmente efficaci.

Veniamo ora ad analizzare uno ad uno questi vantaggi⁴²:

1) I TEMPI

Le cause civili normalmente impiegano parecchi anni per giungere al termine, in molti casi sono di gran lunga superati i cinque anni, un procedimento stragiudiziale invece può incominciare col sorgere della lite e giungere al termine quanto prima, specialmente quando viene trovata una soluzione di comune accordo.

Le ADR così consentono ai partecipanti di lasciarsi alle spalle la disputa più velocemente, con la possibilità di riprendere prima gli affari e le loro consuete occupazioni. Terminare presto una causa a volte significa recuperare prima quanto preteso, considerando che le lungaggini spesso convengono alla parte inadempiente. E’ vero che in certi casi, quando a causa del ritardo il ricorrente potrebbe subire un

⁴² Anche Il Sole 24 ore, “*Il rischio-lite fa i conti con il budget*” di M. Panucci, 29 settembre 1997, pag. 21.

danno imminente ed irreparabile e qualora le sue ragioni appaiano fondate in base ad un esame preliminare, il giudice ordinario può offrire un rimedio in tempi brevi attraverso provvedimenti d'urgenza; è anche vero, però, che tali provvedimenti non sono definitivi, in quanto, se il giudice concede il provvedimento, ad esso dovrà poi seguire un giudizio di merito. Inoltre, di regola, tali provvedimenti non soddisfano interamente chi li promuove: quando si è in presenza di interessi di una certa entità il giudice può fissare cauzioni piuttosto elevate a carico di chi abbia ottenuto il provvedimento richiesto, fino alla definizione del giudizio di merito.

hh) LE SPESE⁴³

Il tempo che le ADR fanno risparmiare si riflette direttamente sui costi che si devono affrontare.

Le ADR possono, in taluni casi, eliminare lunghe istruttorie e convertirle in moduli da compilare di elementare impiego per lo scambio di informazioni e richieste.

Se in particolar modo l'arbitrato può apparire un mezzo tutt'altro che a buon mercato, in quanto le parti devono sostenere i costi diretti relativi all'operato del giudice, della segreteria, per le infrastrutture e comporta così oneri finanziari iniziali maggiori, risulta poi nel complesso dare vantaggi maggiori.

ii) LA FLESSIBILITA'

Le ADR offrono una procedura flessibile.

⁴³ Per quanto concerne le voci di spesa per queste procedure: Il Sole 24 ore, *"Tutte le spese, voce per voce"*, 29 settembre 1997, pag. 21.

Possono essere condotte in qualunque modo le parti desiderino.

Permettono ai partecipanti di usare le loro conoscenze e la loro creatività per sviluppare soluzioni innovative più consone alle loro necessità di quanto possano fare gli avvocati ed i tribunali.

jj)L'AUTONOMIA DELLE PARTI

Le parti hanno la più completa autonomia nel scegliere, non solo il procedimento che più le aggradi, ma anche la persona che desiderano operi da conciliatore, mediatore,..., l'arbitro o il collegio arbitrale, in base all'oggetto della controversia e dunque alle specializzazioni note e sperimentate dei singoli professionisti. Questo fattore non è da trascurare, perché, se è vero che gli operatori giudiziari hanno fatto dei passi avanti dal punto di vista della professionalità e della specializzazione, è altrettanto vero che la causa può essere assegnata a giudici poco esperti in particolari argomenti tecnici, economici e finanziari.

Infine le parti possono scegliere il periodo, il luogo ed il giorno a loro più conveniente.

kk)LA SALVAGUARDIA DEI RAPPORTI COMMERCIALI

Quando dei *partner* hanno in corso dei rapporti commerciali, una lite può interrompere o distruggere le loro relazioni. Le risoluzioni più spedite ed i procedimenti di ADR che consentono collaborazione tra le parti, possono preservare importanti rapporti d'affari, come quelli tra venditore e cliente.

Il clima in cui tipicamente si svolge il procedimento davanti ai “*neutrals*” permette sia di giungere a chiare sistemazioni transattive, sia

di conservare, a lite conclusa, un rapporto di fiducia tra le parti, che evita di pregiudicare gli eventuali futuri rapporti commerciali.

II) LA RISERVATEZZA E LA DISCREZIONE

I procedimenti di ADR ed i loro risultati non sono normalmente resi pubblici e quindi possono rimanere “strettamente confidenziali” tra le parti.

Anche le informazioni che vengono scambiate possono rimanere riservate e ciò rappresenta un evidente vantaggio, che può essere senza dubbio valutato in termini economici, per entrambe le parti coinvolte, dal momento che consente di evitare la divulgazione di notizie riservate o dei segreti commerciali delle imprese.

mm) IL PORRE FINE ALLA QUESTIONE

Le ADR evitano la lunga serie di appelli che spesso seguono una causa davanti alla magistratura.

Una mediazione che ha successo culmina in un accordo che ha il valore di un contratto. I lodi arbitrali non possono essere impugnati davanti al giudice ordinario se non in circostanze particolari.

Anche lo Stato può trarre dei vantaggi dalla risoluzione stragiudiziale delle controversie in quanto si tratta di procedure prive di costi che vadano a pregiudicarne il bilancio; infatti molte delle soluzioni che si sono prospettate per risolvere i problemi di cattiva amministrazione della giustizia comportano spese notevoli sia quando si tratti di incrementare l'organico della magistratura, sia quando occorra reperire altre strutture, locali idonei con le relative attrezzature⁴⁴.

⁴⁴ Maria Di Bartolomeo, *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio*, cit.

Anche la Comunità europea da una ventina d'anni a questa parte si sta impegnando maggiormente per la diffusione in Europa delle tecniche stragiudiziali per la risoluzione delle controversie⁴⁵. A studi e ricerche su quanto accade nei Paesi che ne fanno uso da più tempo e che le considerano un'alternativa fisiologica alla giustizia ordinaria, è seguito un *memorandum* della Commissione⁴⁶, presentato al Consiglio il 4 gennaio del 1985, elaborato sulla base del documento COM (84) 692 def., che si è servita anche dell'imponente lavoro del prof. M. Cappelletti⁴⁷ dell'Istituto universitario europeo a Firenze. Questo elaborato della Comunità è diviso in quattro allegati che trattano delle procedure giudiziarie semplificate, dell'azione legale per la difesa degli interessi collettivi, della conciliazione e dell'arbitrato e dei centri di consultazione; la dimensione comunitaria ha rivolto un occhio particolare alle problematiche del consumatore europeo, categoria più debole e diffusa che necessita di una giustizia rapida, efficiente e poco costosa.

A seguito di un'ulteriore ricerca condotta all'inizio del 1993 da Hondius, Jacobs e Joustra, a cui hanno partecipato studiosi di tutti i Paesi dell'Unione eccetto la Grecia, si è giunti, sulla base di questo lavoro, all'approvazione da parte della Commissione di un "libro verde" su

⁴⁵ Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Diritto civile*, cit.

⁴⁶ Vedi: *Bollettino delle Comunità europee*, "La protezione giuridica dei consumatori. Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985", supplemento 2 / 85.

⁴⁷ Cappelletti & Tallon, *Fundamental Guarantees of the Parties*, cit.; Cappelletti, Gordley & Johnson, *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Society*, cit.; Cappelletti & Garth, *Access to Justice: a World Survey*, cit.; Cappelletti & Garth, *Access to Justice: Emerging Issues and Perspective*, cit.

“L’accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell’ambito del mercato unico”, pubblicato a Bruxelles il 16 novembre 1993, COM (93) 576 final⁴⁸. Qui predomina la dimensione comunitaria del problema e viene auspicato il raggiungimento di alcuni obiettivi in base ad un programma che è ancora in corso; si tratta in generale di favorire da parte dei singoli Stati le procedure stragiudiziali, la protezione degli interessi collettivi (in alcuni Paesi si fa luogo ad alcune forme di *class actions*), il gratuito patrocinio, la diffusione dell’azione inibitoria, la formazione di codici deontologici e la semplificazione delle procedure, anche riguardo alle controversie internazionali.

⁴⁸ L’accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le Marché unique, Com. (93), 576, pubbl. a Bruxelles il 16.11.1993.

Capitolo primo.

[Utente Wi1]**Le *alternative dispute resolutions* nella dimensione comunitaria:**

1. l'accesso alla giustizia dei consumatori:

la protezione giuridica dei consumatori nel Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985, il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia del 16 novembre 1993;

1. la Direttiva 93/13 CEE;

un confronto:

1. la normativa di recepimento inglese

2. la normativa di recepimento italiana

1. L'accesso alla giustizia dei consumatori:

la protezione giuridica dei consumatori nel Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985

La Comunità Europea da alcuni decenni ha l'obiettivo di agevolare i cittadini, soprattutto determinate categorie che soffrono maggiormente dei disagi dell'amministrazione della giustizia in Europa e delle diversità delle varie discipline legislative dei diversi Paesi, sia nei rapporti commerciali con le aziende nazionali e straniere, sia nell'eliminazione di ostacoli a far valere i propri diritti in giudizio.

Si allude in particolar modo alla categoria dei consumatori¹, i quali sempre più spesso concludono, senza quasi rendersene conto, contratti d'acquisto con aziende d'oltre frontiera assoggettati alla legge dello Stato cui il produttore appartiene o di competenza giurisdizionale di tribunali di tale altro Stato².

Questa situazione è stata regolata dalla Convenzione del 27 settembre 1968 riguardante la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, successivamente

¹ Sull'argomento: G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Bologna-Roma, 1995; Goyen e Vos, *Les litiges de consommation transfrontières dans la Communauté économique européenne: état des lieux et perspectives*, in *Rev. Europ. Dr. Consumm.*, 1991, pag. 207 e segg.

² Per quanto riguarda alcuni aspetti del tema: M. Gasparinetti, *Tutela del mercato e diritto comunitario dei consumi*, in *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*, Atti del Convegno tenutosi a Verona l'11 novembre 1995.

modificata dalla Convenzione del 9 ottobre 1978³, e dalla Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁴; le suddette fissano criteri sulla competenza giurisdizionale, sull'esecuzione delle decisioni giudiziarie e sul conflitto di leggi. Si dà, in sostanza, alle parti la possibilità di inserire nel contratto la scelta dell'autorità giudiziaria alla quale rivolgersi per eventuali questioni e la legge che dovrà regolare il rapporto, se nulla viene specificato si applicheranno le norme delle convenzioni.

Poiché, in ogni caso, le garanzie offerte al consumatore sono diverse da Paese a Paese, nel 1981 la Comunità ha adottato un altro programma d'azione⁵ che prevede il riconoscimento in ogni Stato della Comunità di alcuni diritti fondamentali tra cui la consulenza, l'assistenza ed il diritto al risarcimento dei danni mediante procedure rapide, efficaci e poco dispendiose.

Partendo da questi presupposti, il Memorandum della Commissione sulla protezione giuridica dei consumatori, presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985⁶, prende in considerazione la situazione del singolo consumatore⁷ che trova difficoltà ad ottenere giustizia quando si

³ GU L 304 del 30 settembre 1978.

⁴ GU L 304 del 9 settembre 1980.

⁵ GU C 133 del 3 giugno 1981.

⁶ Vedi: *Bollettino delle Comunità europee*, "La protezione giuridica dei consumatori. Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985", supplemento 2 / 85.

⁷ Sulla nozione di "consumatore" si vedano i punti 153 e 155 della Relazione sulla convenzione di adesione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito alla Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (la Relazione è pubblicata nella GU n. C 59 del 5.3.1979, pagg. 71 e segg.).

deve rapportare con l'altra parte contrattuale più forte e meglio organizzata, poiché, nell'incertezza e nelle more del giudizio, questi si deve far carico delle spese di consulenza e di rappresentanza legale, col rischio, se sarà soccombente, di dover sopportare anche le spese del vincitore⁸.

Nel documento si prendono in considerazione, con grande realismo, anche le barriere di carattere psicologico⁹ che tengono lontano il consumatore dalla giustizia ordinaria¹⁰, ma si sottolinea soprattutto il fatto che, nella più parte degli Stati europei, altre vie stragiudiziali e procedimenti più snelli, nonché meno onerosi, non vengono abbastanza utilizzati e propagandati; viene auspicato dunque un potenziamento delle procedure giudiziarie semplificate e delle possibilità di servirsi degli strumenti della conciliazione e dell'arbitrato, nonché una migliore informazione per questi potenziali e numerosissimi utenti affinché se ne possano proficuamente avvalere¹¹.

Si vogliono vedere responsabilizzate anche le organizzazioni che rappresentano specifiche categorie di consumatori affinché pubblicino

⁸ Vedi: *Bollettino delle Comunità europee*, "La protezione giuridica dei consumatori. Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985", supplemento 2 / 85, pag. 5.

⁹ Come nota precedente.

¹⁰ Per questa problematica vedi anche: G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit., pagg. 273-274.

¹¹ Vedi, per quanto riguarda l'importanza dell'informazione: *Bollettino delle Comunità europee*, "La protezione giuridica dei consumatori. Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985", supplemento 2 / 85, pag. 12.

una sorta di ‘prontuari’¹² delle procedure da seguire per eventuali reclami ed azioni legali e si avvalgano anche dei nuovi sistemi informatici per permettere la divulgazione di materiale a riguardo (molto ben curati ed efficaci sono, per esempio, i siti internet delle *County Court* inglesi che mettono a disposizione di chi si collega una *Brief Guide to County Court Arbitrations* e quelli dell’*Office of Fair Trading* che spiegano al consumatore danneggiato argomenti quali: *Complaining about goods or services* e le *Alternatives to litigation*).

Il memorandum della Commissione è passato per diverse iniziative che si sono succedute nel tempo ed hanno definito un quadro completo delle argomentazioni sul tema: dopo il convegno di Montpelier¹³ nel 1975 è stata presentata una relazione al Parlamento europeo¹⁴, seguita da una risoluzione nella quale si raccomandava, tra l’altro, una direttiva sulla predisposizione di procedure di conciliazione e di arbitrato; sulla stessa linea, nel 1979 il Comitato economico e sociale ha approvato un parere¹⁵ che invitava la Commissione ad adoperarsi in vari obiettivi riguardanti l’accesso alla giustizia dei consumatori, tra i quali la promozione della costituzione di centri di consulenza e orientamento per i consumatori, nonché di procedure di conciliazione ed arbitrato; nel 1980 si è conclusa

¹² In Inghilterra svariati *brochures* informativi sono distribuiti negli uffici dell’OFT (*Office of fair trading*), presso le *County Courts*, il *Lord Chancellor’s Departement* e presso molti uffici pubblici.

¹³ I verbali sono stati pubblicati dalla Commissione nel 1976.

¹⁴ Doc. PE 47.778 def.

¹⁵ GU C 83 del 2.4.1980.

la sostanziosa ricerca curata dal prof. Cappelletti¹⁶ dell'Istituto universitario europeo a Firenze, che ha permesso di comprendere quanto sia grande la distanza fra le varie esperienze nazionali in questa materia¹⁷.

Infine nel 1982 si è svolto a Gand un colloquio che, tra i vari temi trattati ha chiarito: che le procedure speciali semplificate dovrebbero essere usate per tutte le cause di modesta entità e non solo per quelle che riguardano in senso stretto il consumatore, anche se è senz'altro opportuno limitare in qualche modo la competenza giurisdizionale del tribunale; che sembra opportuno fissare un limite all'importo del valore della causa presa in esame tramite procedimenti speciali (come, per esempio, accade in Inghilterra per gli *small claims*); che occorre semplificare le norme ed il linguaggio procedurali, combinando elementi orali e documenti scritti, e cercando di alleggerire lo svolgimento del processo (sovengono, a questo proposito, i *summons forms* richiesti per dare corso ad uno *small claim* in Inghilterra o in Scozia, i quali non necessitano, oltre tutto, di linguaggio tecnico); che il ruolo del giudice deve essere, in primo luogo, di attivo compositore della lite, soprattutto quando le parti non hanno un rappresentante legale (come può accadere negli *small claims* che sono procedimenti "informali e privati"); che occorre limitare la possibilità di fare appello contro il risultato di questi

¹⁶ Cappelletti & Tallon, *Fundamental Guarantees of the Parties*, cit.; Cappelletti, Gordley & Johnson, *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Society*, cit.; Cappelletti & Garth, *Access to Justice: a World Survey*, cit.; Cappelletti & Garth, *Access to Justice: Emerging Issues and Perspective*, cit.

¹⁷ In questi termini anche: Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Diritto civile*, cit.

procedimenti per aumentarne l'efficacia; infine che è opportuno prevedere un maggior numero di occasioni di conciliazione delle parti che, quando vanno a buon fine, consentono un notevole risparmio di tempo e denaro, e devono diventare una fase fisiologica di queste procedure semplificate¹⁸.

In molte di queste direttive della Comunità europea, che si sono sviluppate osservando soprattutto i Paesi più avanzati da questo punto di vista¹⁹, che appartengono per lo più all'area del *common law*, si notano aspetti di una cultura giuridica moderna che faceva già parte di singole esperienze nazionali di trattare particolari questioni, concernenti magari un tipo particolare di "utente potenziale" della giustizia²⁰ (la qual differenziazione andrebbe forse a scontrarsi col nostro modello processuale monolitico, in base alle considerazioni che si sono fatte nella premessa²¹), con un rimedio ad hoc, che ha avuto poi espansione in altri Stati con i dovuti adattamenti (si pensi ad esempio all'*ombusman*²² di origine svedese), oppure si ribadiscono questioni affrontate già ovunque

¹⁸ Vedi, a riguardo dei suddetti argomenti: *Bollettino delle Comunità europee*, "La protezione giuridica dei consumatori. Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985", supplemento 2 / 85, pagg. 8-12.

¹⁹ Quali il Regno Unito, la Francia, la Germania, gli Stati del Benelux, gli Stati Uniti d'America,...

²⁰ Può essere il consumatore, ma anche il risparmiatore, l'utente di un servizio pubblico, l'utente dell'informazione e così via.

²¹ Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, cit.; G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit., pagg. 288-291.

²² Napione Giovanni, *L'ombusman*, cit.

ma con poco successo (è il caso, sembra, del gratuito patrocinio²³; anche in Inghilterra i sistemi di gratuito patrocinio o patrocinio semi-gratuito, i cosiddetti *aide judiciaire*, *judicial aid*, non si sono dimostrati molto efficaci²⁴), o si toccano temi non ancora ben appianati nel nostro continente (come le *class actions* che ci giungono dal nord America); ma il loro merito è di proporre una giustizia alternativa a quella togata, di facile accesso, che possibilmente prevenga il contenzioso invece di risolverlo, e che si sviluppi uniformemente in tutta l'Europa.

In sintesi si può dire che la Comunità europea guarda di buon occhio alle *alternatives disputes resolutions* e vi affida le proprie speranze di garantire una tutela effettiva e, perché sia veramente efficace, pressoché omogenea, in tutti gli Stati dell'Unione, affinché il consumatore possa essere indennizzato per i danni subiti.

il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia del 16 novembre 1993

Nel 1993, in seguito ad una relazione dal titolo "Il mercato interno dopo il 1992: raccogliere la sfida", presentata alla Commissione il 26 ottobre 1992 ad opera di un gruppo di personalità indipendenti presieduto

²³ Sull'importanza di garantire l'accesso alla giustizia anche a coloro che non ne hanno i mezzi: Risoluzione n. 78 (8) del 2.3.78 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa; M. Cappelletti, *Legal Aid: The Emergence of a Modern Theme*, in "24 Stan. L. Rev.", 1972, pagg. 376 e segg. e ancora Cappelletti, *Access to justice*, in "Rabelsz.", 1976, pagg. 669 e segg.

²⁴ G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit., pag. 275.

dal Sig. Peter Sutherland, dove si sollecitava la Commissione a prendere in più diretta considerazione l'applicazione della normativa comunitaria nei vari Paesi per sollecitarne un'omogenea esecuzione che togliesse il consumatore europeo dalla situazione di incertezza che gravava non solo su questi ma anche, indirettamente, sul buon funzionamento del mercato unico; e successivamente ad una ricerca condotta all'inizio del 1993 da Hondius, Jacobs e Joustra, a cui hanno partecipato studiosi di tutti i Paesi dell'Unione eccetto la Grecia²⁵, si è giunti all'adozione di un Libro verde su "L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico", COM (93) 576²⁶, che ha avuto in generale un'accoglienza estremamente favorevole.

In seguito alla pubblicazione del Libro verde la Commissione ha ricevuto 110 relazioni scritte in rappresentanza di tutti i gruppi di interesse chiamati in causa dalla problematica, sia Stati ed Istituzioni comunitarie, che organizzazioni rappresentative dei consumatori, delle imprese e delle professioni giuridiche; queste sono giunte all'attenzione della Commissione prima del termine fissato dal Libro verde (31 maggio 1994) e le organizzazioni che si sono così espresse sul tema sono state

²⁵ Consumer Redress Scheme in 11 EC Members States. Specificamente vi hanno contribuito: E. Balate (Belgio), L. Holk (Danimarca), A. Morin e P. Foucher (Francia), H. Micklitz (Germania), W. Fagan (Irlanda), G. Alpa (Italia), C. Schöckweiler (Lussemburgo), E. Hondius, W. Jacobs, C. Joustra (Olanda), J. Calvao da Silva e I. Mendes Cabeçadas (Portogallo), M-A. Lopez Sanchez (Spagna), J. Chapman e C. Ervine (Gran Bretagna). La ricerca contiene anche in allegato i testi dei provvedimenti normativi più importanti.

²⁶ L'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le Marché unique, Com. (93), 576, pubbl. a Bruxelles il 16.11.1993.

invitate ad un'audizione tenutasi a Bruxelles il 22 luglio 1994, a cui hanno partecipato 74 organizzazioni o organismi.

Nei vari momenti di confronto da ogni parte si è segnalata la necessità di proseguire con altre analoghe iniziative della Comunità che riguardino le controversie tipiche in materia di consumo, caratterizzate dalla “sproporzione tra valore economico del contenzioso e costo della sua risoluzione giudiziaria”²⁷, per consentire un'amministrazione della giustizia senza discriminazioni²⁸, e di giungere all'approvazione di una disciplina uniforme in tutti gli Stati dell'Unione riguardante le azioni inibitorie; infatti un problema che si è segnalato, consiste nel fatto che l'efficacia dei provvedimenti inibitori è seriamente compromessa tutte le volte che una pratica illecita è messa in atto in un Paese diverso da quello dove essa produce i suoi effetti²⁹.

Una proposta di direttiva, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri riguardanti le azioni inibitorie che possono essere intraprese contro determinate prassi commerciali illecite ed al reciproco

²⁷ Vedi la Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni: “Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno”, riportata negli allegati di: *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*, Atti del Convegno tenutosi a Verona l'11 novembre 1995, pag. 100.

²⁸ Art. 6 Conv. Europea dei dir. dell'uomo: “ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà (...) delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile (...)”. Questo principio deve essere rispettato qualunque valore abbia la controversia.

²⁹ Vedi art. 3 della “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori”, Bruxelles, 24.02.1996, COM (95) 712 def.

riconoscimento degli enti che possono intraprendere tale azione, è stata approvata dalla Commissione il 24 gennaio 1996.

L'azione inibitoria è utile a prevenire o limitare i danni che possono seguire all'esercizio di una pratica commerciale illecita, e può permettere di evitare numerosissime azioni di risarcimento.

I vari Stati membri avevano già provveduto a prevedere azioni inibitorie a seguito della direttiva 84/450/CEE del Consiglio del 10 settembre 1984, in materia di pubblicità ingannevole, e della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, sulle clausole abusive nei contratti stipulati coi consumatori, ma le varie discipline, come già esposto, necessitano di coordinamento per essere realmente efficaci.

All'art. 5 della proposta di direttiva viene già auspicata l'instaurazione di un procedimento precontenzioso che, a seguito di segnalazione dell'autorità competente di un'infrazione, permetta alla parte di porvi fine spontaneamente; l'efficacia dell'azione inibitoria è inoltre direttamente proporzionale alla rapidità della procedura.

Il progetto consente di far ricorso ad un'ampia gamma di soggetti legittimati ad intervenire: associazioni riconosciute sul piano nazionale, autorità nazionali specificamente incaricate (come accade nel Regno Unito), o qualunque ente che soddisfi tali criteri (in Italia tale compito è devoluto alle Camere di Commercio, quale organo di vigilanza sul mercato e di tutela del consumatore).

Precedentemente alla proposta di direttiva, provvedimenti inibitori a tutela dell'interesse collettivo dei consumatori potevano essere adottati, nel Regno Unito, in base al *Fair Trading Act* del 1973, dal *Director*

General of Fair Trading, contro qualsiasi comportamento lesivo degli interessi dei consumatori che sia da considerarsi sleale, e, in Italia, in base al decreto legislativo del 25/1/1992 n. 74 sulla pubblicità ingannevole, da qualsiasi consumatore od organizzazione di consumatori, quindi, a norma della legge del 28/12/1993 n. 549 sulla tutela dell'ozono stratosferico e dell'ambiente, da qualsiasi organizzazione di consumatori o di difesa dell'ambiente; a seguito dell'art. 25 della legge del 6 febbraio 1996 n. 52, ora è prevista anche l'azione inibitoria in base all'art. 1469-*sexies* del codice civile.

Al Libro verde del 1993 è seguito anche, oltre ad altre iniziative che non è necessario ora prendere in considerazione, un “PIANO D'AZIONE sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno”, dove si prendono in considerazione le procedure non giurisdizionali negli Stati membri³⁰ e le iniziative nazionali in materia d'accesso alle procedure giudiziarie³¹, nonché si propone la sperimentazione, in un numero limitato di regioni di frontiera, di un modulo semplificato “europeo” per le controversie intracomunitarie³²

³⁰ In Inghilterra particolare rilievo hanno i *private ombudsmen* per specifici settori (banche, assicurazioni ed altri); la *British and Irish Ombudsman Association* ha definito i criteri minimi che gli aderenti devono rispettare, se i mediatori sono istituiti in servizi pubblici tali criteri sono normalmente definiti per legge. In Italia un ruolo simile hanno le Camere di commercio (vedi legge n. 580/93).

³¹ In Inghilterra presso le *County Courts* le cause che non superano le 3000 UKS sono normalmente trattate come *small claims*; in Italia le cause di minore entità che concernono in gran parte i consumatori, nel limite dei cinque milioni di valore, sono trattate dal Giudice di Pace.

³² Questo modulo ricorda quello usato per gli *small claims* e dovrebbe riportare le generalità dei contendenti, data, luogo e condizioni d'acquisto, la domanda ed eventuali precisazioni ritenute necessarie.

(sulla base di alcune esperienze di taluni Stati), che faciliterebbe l'accesso alle varie giurisdizioni nazionali.

2. La Direttiva 93/13 CEE

La Comunità europea dal 1975 in avanti ha sempre avuto particolare riguardo per la categoria del consumatore³³ e, con la “Direttiva del Consiglio della Comunità economica europea 93/13 del 5 aprile 1993 sulle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (‘‘Direttiva 93/13’’)³⁴ ha voluto fare in modo che, alla luce del mercato unico europeo, in cui vi è un crescente numero di prodotti e servizi che vengono commercializzati attraverso contratti standard, tutti i Paesi

³³ Sulla nozione di consumatore vedi: Guido Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977; Id., *Il diritto dei consumatori*, cit.; J. Ghestin, I. Marchessaux, *L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives*, in C. Bianca e G. Alpa (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996; G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, in J.G.P., 1993, I, pag. 365.

³⁴ Sulla Direttiva 93/13: M. Dean, *Consolidation or Confusion?*, in *New Law Journal*, 1995, pag.28; I. Macneil, *Good faith and the Control of Contract Terms: the E.C. Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, in *The Juridical Review*, 1995, pag. 147; V. Roppo, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, pag. 277; L. Fumagalli, *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, pag. 15; V. Bonocore, *La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle ‘‘Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori’’ e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria: (leasing, factoring e credito al consumo)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, pag. 449; M. Costanza, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. Civ.*, 1994, pag. 543; Laurence Klesta Dosi, *Il controllo delle clausole abusive: la Direttiva 93/13 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese e inglese*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, parte seconda, pag. 426; P. Duffy, *Unfair Contract Terms and the Draft E.C. Directive*, in *The Journal of Business Law*, 1993, pag. 67; M. Dean, *Unfair Contract Terms: the European Approach*, in *The Modern Law Review*, 1993, pag. 581; G. Alpa, *Contratti standard dei consumatori: una proposta di Direttiva Comunitaria*, in *Contr. Impr.*, 1991, pag. 885.

dell'Unione si uniformassero ad una serie di criteri di tutela minima per la parte più a rischio di tali rapporti economici.

Le aziende che vendono ai consumatori dell'Unione perciò dovrebbero provvedere ad eliminare dai loro contratti tutte quelle clausole che la Direttiva 93/13 considera illecite.

Alcune di queste clausole sono invece lecite sotto le leggi di altre giurisdizioni, perciò i contratti standard che le contengono non potrebbero esser utilizzati nell'Unione.

Questa politica dell'Unione è stata convalidata dal Trattato dell'Unione europea³⁵ che ha modificato il Trattato di Roma.

Anche molti Paesi al di fuori di questa, specialmente nell'area economica europea, uniformano le loro leggi agli *standards* della CEE, così la protezione del consumatore finisce per avere un'ampia estensione.

Il consumatore, nella più parte dei casi, non prende in considerazione le clausole del contratto che gli viene proposto e non si rende nemmeno conto dell'illiceità delle stesse o delle ingiustizie che celano, finché non rimane raggirato o danneggiato e prova a domandare soddisfazione per vie legali.

Prima del 1995 la situazione era ancora peggiore perché le varie discipline che regolavano la vendita di beni e servizi variavano grandemente da uno Stato all'altro.

³⁵ Il Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht nel 1992, è entrato in vigore il 1° novembre 1993 (si dice che Comunità europee, politica estera e giustizia e affari interni siano i pilastri su cui si fonda l'Unione).

Per queste ragioni si è giunti alla Direttiva 93/13, che dovrebbe portare a veder osservata nei contratti di tutti i commercianti dei Paesi dell'Unione una serie di regole di protezione del consumatore.

Si tratta di una direttiva, e, come tale, secondo l'articolo 189, 3° paragrafo del Trattato di Roma, essa obbliga gli Stati a cui è indirizzata nel risultato, ma lascia quest'ultimi liberi di decidere come raggiungerlo³⁶ (un regolamento, al contrario, secondo l'art. 189, paragrafo 2°, avrebbe un impatto diretto sui diritti dei cittadini); in altre parole la legislazione di ogni singolo Stato deve incorporare il dettato delle direttiva ma può anche prevedere una tutela ancora maggiore di quella richiesta, come esplicitamente consentito dall'articolo 8.

La direttiva 93/13 prevedeva che gli Stati vi si uniformassero entro il 31 dicembre 1994.

L'obiettivo della normativa in questione è agevolare in primo luogo i consumatori nei loro acquisti, ma anche, indirettamente, le aziende, che dovrebbero essere facilitate nella vendita dei loro prodotti nei vari Paesi dell'Unione, dall'eliminazione delle differenti discipline e condizioni vigenti in ciascuno di essi; ed anche la concorrenza fra imprese dovrebbe aumentare³⁷.

³⁶ Sul recepimento della normativa comunitaria: B. Tremml, *The E.U. Directive on Unfair Terms in Consumers Contracts*, in *International Contract Advisor*, Spring 1997, vol. III, n. 2; G. Alpa, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in "Le imprese italiane nel mercato europeo alla ricerca di nuovi equilibri contrattuali: il ruolo delle Camere di Commercio", Camera di Commercio industria artigianato e agricoltura di Milano, Atti della giornata di studio, Milano, 2 luglio 1996, pag. 37.

³⁷ Di questa opinione: B. Tremml, *The E.U. Directive on Unfair Terms in Consumers Contracts*, cit.

Nel termine suddetto del 31 dicembre 1994 tutti gli Stati dell'Unione avrebbero dovuto far entrare in vigore le leggi, i regolamenti ed i dispositivi amministrativi atti a veder realizzata la normativa comunitaria, ma non tutti gli Stati hanno provveduto in tempo ed alcuni nemmeno l'hanno recepita; la ragione di questo comportamento talvolta risiede nel fatto che si ritiene la legislazione del proprio Stato già conforme a quei principi (vedi per esempio la Spagna, dove dall'84 vige la legge generale sulla tutela dei consumatori³⁸, o l'Olanda³⁹, dove vige il nuovo testo del codice civile del 1992).

Ciò considerato, l'articolo 10 della Direttiva prevede che questa trovi applicazione ai contratti conclusi dai consumatori dopo il 31 dicembre 1994⁴⁰.

La 'copertura' che la Comunità europea ha previsto si estende ai rapporti tra il consumatore ed il venditore-fornitore di beni o servizi, ma non si applica ai contratti tra "professionisti".

Il consumatore è definito dall'articolo 2 (c) come colui che conclude contratti per scopi che non ineriscono al suo commercio od alla sua professione; lo status di consumatore non deriva così da un

³⁸ Sono di opinione contraria: E. Hondius, *EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Towards a European Law of Contract*, 7 *Journal Contr. Law*, 1994, pag. 43 e S. Diaz Alabart, *Actuacion espanola en relacion con la directiva comunitaria del 5 aprile 1993 sobre clausas abusivas en contratos celebrados con consumidores*, in C. Bianca e G. Alpa (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996, pagg. 235 e segg.

³⁹ Vedi: Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*. *Diritto civile*, cit., pag. 15.

⁴⁰ Sull'ambito di applicazione temporale della normativa: B. Tremml, *The E.U. Directive on Unfair Terms in Consumers Contracts*, cit.; "Le imprese italiane nel mercato europeo alla ricerca di nuovi equilibri contrattuali: il ruolo delle Camere di Commercio", Camera di Commercio industria artigianato e agricoltura di Milano, Atti della giornata di studio, Milano, 2 luglio 1996, dibattito pag. 72.

atteggiamento soggettivo, ma da circostanze oggettive⁴¹ che lo inquadrano in una o nell'altra figura.

Se il compratore sta svolgendo un'attività concernente i suoi affari, tale contratto non cadrà sotto le previsioni della Direttiva; se l'acquisto è fatto sia per uso privato, che per uso nella professione, occorrerà vedere quale impiego prevale⁴².

L'articolo 2 chiarisce che è un "professionista" la persona fisica o giuridica che conclude contratti che rientrano nelle previsioni della normativa in questione nel corso dei suoi affari, del suo commercio o della sua professione.

La più parte dei servizi presi in considerazione sono molto comuni: viaggi, vacanze, assicurazioni, banche, ...

L'articolo 6.2 della Direttiva raccomanda agli Stati membri di prendere tutte le misure necessarie affinché i diritti dei cittadini non vengano vanificati da previsioni contrattuali che assoggettino la transazione alla legge di uno Stato che non fa parte dell'Unione.

Escluse dall'ambito della Direttiva, secondo l'articolo 1, 2° comma, sono le clausole contrattuali che, o riflettono disposizioni normative o regolamenti "mandatory", oppure le norme o i principi delle convenzioni internazionali di cui gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione stessa fanno parte⁴³.

⁴¹ B. Tremml, *The E.U. Directive on Unfair Terms in Consumers Contracts*, cit.

⁴² Vedi nota precedente.

⁴³ G. Alpa e R. Delfino, *Il giudice di pace e la tutela del consumatore*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1996, II, pag. 357.

Questa prescrizione consente alle disposizioni che devono, secondo le leggi degli Stati membri, essere inserite nei contratti coi consumatori, di non essere sindacate alla luce della Direttiva. Inoltre, conformemente al decimo paragrafo del Preambolo della Direttiva, i contratti concernenti il rapporto di lavoro, i diritti di successione, il diritto di famiglia e l'incorporazione e l'organizzazione delle società, come anche gli accordi tra soci in affari, sono lasciati fuori dall'ambito della Direttiva.

Infine è ancora più importante osservare che l'oggetto del contratto ed il rapporto qualità-prezzo del bene o del servizio sono parimenti esclusi, affinché la normativa in considerazione non funga da legge per il controllo dei prezzi⁴⁴.

L'esclusione più rilevante dall'ambito della Direttiva riguarda le clausole negoziate individualmente dal consumatore col commerciante.

Di esse se ne dà una definizione indiretta nell'articolo 3, 2° comma, dove si afferma che una clausola contrattuale che è preventivamente stabilita dal commerciante, senza che il consumatore abbia la possibilità di influenzarne il contenuto, non è una clausola oggetto di trattativa individuale, così come quella inserita in moduli prestampati.

⁴⁴ Vedi nota 41.

Inoltre il solo fatto che un contratto preveda la possibilità di differenziazioni o lasci spazi vuoti da riempire da parte del consumatore, non ne fa un contratto individuale.

Bisogna invece esaminare se il consumatore abbia avuto l'effettiva possibilità di negoziare la clausola, di influenzarne il contenuto.

Non rileva che sia stato un avvocato a redigerla.

Secondo l'articolo 3, il fatto che una clausola sia stata oggetto di trattativa individuale non esclude che le altre clausole possano essere considerate illecite in base alla Direttiva.

E' il professionista che ha l'onere di provare che la clausola sia stata oggetto di trattativa individuale⁴⁵.

Nei contratti che non sono 'standard' è invece il consumatore che deve dimostrare che la clausola non è stata discussa.

L'articolo 3 afferma che una clausola è illecita se è contraria alla buona fede oggettiva e causa un significativo squilibrio⁴⁶ a carico del consumatore, dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Lo squilibrio significativo è inteso in modo diverso dalle varie legislazioni nazionali che hanno il diritto di interpretare autonomamente le direttive dell'Unione.

⁴⁵ A. Giampieri, "Il recepimento della Direttiva sulle clausole abusive negli Stati dell'Unione europea", in G. Alpa (a cura di), *Corso di Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, cap. XXII, pag. 629; G. Alpa e R. Delfino, *Il giudice di pace e la tutela del consumatore*, cit., pag. 357.

⁴⁶ Aldo Frignani, *I principi della Direttiva 93/13 CE e l'equità contrattuale*, in "Le imprese italiane nel mercato europeo alla ricerca di nuovi equilibri contrattuali: il ruolo delle Camere di Commercio", Camera di Commercio industria artigianato e agricoltura di Milano, Atti della giornata di studio, Milano, 2 luglio 1996, pag. 17.

L'espressione vuole comunque colpire le clausole che pongono il consumatore in una condizione di ingiustificato svantaggio rispetto al professionista.

Secondo l'articolo 4 della Direttiva, per vagliare l'ingiustizia della clausola occorre tenere in considerazione la natura dei beni o dei servizi oggetto del contratto, e tutte le circostanze esistenti al momento in cui le parti lo hanno concluso; due di queste condizioni sono sottolineate dalla normativa comunitaria: il fatto che le parti negozino tra di loro e se il consumatore è stato costretto o meno ad accettare i termini stabiliti dal professionista.

La Direttiva esige perciò che la clausola in questione venga esaminata per vedere se essa è illecita già di per sé, ed in seguito alla luce della situazione particolare presa in considerazione; occorre fare attenzione al fatto che il professionista si sia fatto forte della sua superiorità economica od intellettuale, o meno.

Infine l'articolo 5 raccomanda che le clausole siano scritte usando termini chiari e comprensibili⁴⁷; dove ci fosse il dubbio sul significato di una parola dovrebbe prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore⁴⁸.

L'articolo 5 della Direttiva ha un'appendice che contiene una lista di clausole da considerarsi illecite; questa lista è stata fatta propria da

⁴⁷ Vedi paragrafo seguente per quanto concerne l'interpretazione dell'OFT inglese di questa espressione.

⁴⁸ *L'interpretatio contra proferentem* è principio uniformemente accolto da tutti gli Stati dell'Unione; vedi anche: G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit., pagg. 153, 169 e 178.

quasi tutte le norme nazionali di recepimento della Direttiva, e costituisce un buon punto di partenza per la protezione del consumatore.

L'appendice 1 (a) sostiene l'illiceità delle clausole che hanno per oggetto o per effetto l'esclusione o la limitazione della responsabilità legale di un venditore o di un fornitore nel caso in cui il consumatore riporti una lesione personale o consegua la morte per causa di un'azione o di un'omissione dei succitati professionisti.

Il numero 1 (b) afferma l'illiceità delle clausole che hanno per oggetto o per effetto l'esclusione o la limitazione dei diritti del consumatore quando il venditore, il fornitore o un'altra parte non adempia in modo totale o parziale, o vi adempia in modo inadeguato, all'obbligazione.

Il numero 1 (c) designa come illecite le clausole che hanno per oggetto o per effetto di legare il consumatore ad un contratto per il quale la prestazione del venditore o del fornitore è soggetta ad una condizione il cui avverarsi dipende solo dalla volontà del professionista.

Secondo il numero 1 (d) sono illecite le clausole che hanno per oggetto o per effetto il consentire al professionista di trattenere somme pagate dal consumatore quando quest'ultimo decide di non concludere od eseguire la prestazione, senza prevedere un analogo diritto per il consumatore nel caso in cui sia il professionista a comportarsi in siffatto modo.

Per il numero 1 (e) sono illecite le clausole che hanno per oggetto o per effetto di richiedere al consumatore una somma sproporzionata nel caso in cui questi non adempia alla sua obbligazione.

Le lettere (f) e (g) affermano che sono illecite le clausole che danno al venditore o al fornitore la possibilità di porre fine al contratto senza prevedere lo stesso privilegio per il consumatore.

Allo stesso modo sono illecite le clausole che consentono al professionista che pone fine al contratto di trattenere le somme già pagate dal consumatore per una prestazione che non è stata effettuata.

Infine, tranne che in casi eccezionali, è illecito il comportamento del venditore o fornitore che termina un contratto di durata indeterminata senza una ragione valida.

Il numero 1 (h) stabilisce che sono illecite le clausole che hanno per oggetto o per effetto di estendere automaticamente la durata di un contratto a termine senza il consenso del consumatore; è parimenti illecito chiedere il consenso troppo in anticipo.

La lettera (i) afferma che sono illecite le clausole che hanno per oggetto o per effetto di legare irrimediabilmente il consumatore a clausole che egli non ha l'opportunità di conoscere prima di concludere il contratto; per esempio le clausole che riportano la statuizione che il consumatore ha letto e compreso tutte le clausole del contratto.

Le lettere (j), (k), (l) e (m) invalidano le clausole che danno diritto al professionista di modificare unilateralmente il contratto senza una valida ragione ben predeterminata nello stesso; sono in particolar modo illecite le clausole che consentono modifiche ingiustificate del prodotto o del servizio.

Inoltre le clausole che consentono al professionista di aumentare il prezzo sono illecite se non è prevista la possibilità per il consumatore di

porre fine al contratto se il prezzo finale è troppo elevato rispetto a quello richiesto inizialmente.

Per finire è illecito dare al professionista il diritto esclusivo di stabilire se le merci o il servizio sono conformi a quanto richiesto nel contratto o di interpretare le clausole dello stesso.

La lettera (n) prende in considerazione le clausole che sono illecite se hanno per oggetto o per effetto di limitare l'obbligo del professionista di rispettare gli impegni dei propri agenti o che stabiliscono che il professionista non è obbligato dagli impegni presi dai propri agenti se non sono osservate particolari formalità.

La lettera (o) stabilisce che sono illecite le clausole che hanno per oggetto o per effetto di obbligare il consumatore a rispettare tutti i suoi obblighi anche quando il venditore o il fornitore non rispetta i suoi.

Il numero 1 (p) afferma che sono illecite le clausole che hanno per oggetto o per effetto di consentire al professionista di trasferire ad un terzo i suoi diritti ed obblighi relativi al contratto senza prima chiedere il consenso al consumatore che potrebbe subirne dei danni.

Il numero 1 (q) stabilisce che sono illecite le clausole che hanno per oggetto o per effetto di escludere la possibilità del consumatore di intraprendere azioni legali od altri rimedi; in particolare occorre fare attenzione a quelle clausole che deferiscono ogni eventuale controversia ad un arbitrato che non rispetti determinate garanzie, oppure restringono i mezzi di prova o impongono al consumatore un onere della prova che, stando alla legge, dovrebbe essere imposto all'altra parte.

Nell'appendice si trovano alcune importanti eccezioni che riguardano coloro che offrono servizi finanziari⁴⁹: a questi soggetti non si applica il numero 1 (g), ciò comporta che la clausola contrattuale che riserva al fornitore di tali servizi il diritto di porre fine unilateralmente ad un contratto di durata indeterminata senza avvisare, quando c'è una valida ragione, non è illecita.

Il numero 2 sanziona la clausola contrattuale che consente al fornitore di servizi finanziari di mutare il tasso di interesse pagato al consumatore o di aumentare le spese per questi servizi senza avvertirlo, ma, se ci fosse una valida ragione per farlo, a questi deve essere reso noto il cambiamento prima possibile ed il consumatore allora, se lo ritiene, ha la possibilità di porre fine al contratto.

L'appendice 1, nei punti (g), (j) e 1 (b), secondo il numero 2 (c), non si applica ai seguenti contratti: transazioni di valori di borsa, strumenti finanziari e quando sono in questione prodotti o servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni del mercato che il professionista non può influenzare, ad indici di borsa ed a tassi del mercato finanziario, valute estere ed indicizzazione dei prezzi⁵⁰.

Le stesse osservazioni valgono per i contratti che riguardano l'acquisto o la vendita di moneta straniera e *traveller's checks*.

⁴⁹ La Direttiva 93/13 in Italia andrà pertanto coordinata con il T.U. bancario, i regolamenti CONSOB e le disposizioni del settore assicurativo (per es. D.L. 17 marzo 1995, n. 174 e 175).

⁵⁰ B. Tremml, *The E.U. Directive on Unfair Terms in Consumers Contracts*, in *International Contract Advisor*, cit. e vedi nota 48.

L'articolo 6, 1° comma, raccomanda agli Stati membri di predisporre leggi che facciano sì che le clausole illecite usate nei contratti coi consumatori non siano vincolanti per quest'ultimi e che il resto del contratto rimanga in piedi solo se è possibile anche senza quest'ultime.

Uno degli scopi della Sezione 6 è rendere inefficaci le cosiddette "clausole di salvataggio", le quali prevedono la sostituzione della clausola nulla con un'altra clausola legale, ma che ha pressappoco lo stesso effetto.

L'articolo 7, 1° comma, chiede agli Stati membri dell'Unione di provvedere affinché vengano messi a disposizione dei consumatori mezzi adeguati per difendersi dall'uso delle clausole vessatorie; l'articolo 7, 2° comma, stabilisce che questi mezzi devono includere persone ed organizzazioni legittimate a difendere i consumatori di fronte ai tribunali nazionali ed agli organi amministrativi.

Queste azioni devono essere intraprese sia nei confronti di singoli professionisti che facciano uso di clausole vessatorie, che di gruppi o organizzazioni di professionisti che facciano parte del medesimo settore economico e che utilizzano le clausole in questione (Articolo 7, comma 3°).

E' chiara, a questo punto, la grande importanza della Direttiva 93/13, la quale ha come obiettivo di giungere, a poco a poco, ad un unico diritto europeo dei contratti con i consumatori⁵¹; sarà utile ora vedere

⁵¹ E. Hondius, *EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Towards a European Law of Contract*, cit., pag. 35.

come la normativa comunitaria è stata recepita in Inghilterra ed in Italia, nonché esaminare le differenze ed i problemi di coordinamento che ha causato con le altre varie discipline interne dei due Stati.

Un confronto:

a) la normativa di recepimento inglese

La normativa più significativa del diritto inglese nel campo della protezione dei consumatori (la cosiddetta *consumer protection*) prima del recepimento della Direttiva 93/13, consisteva nell'*Unfair Contract Terms Act* (UCTA), approvato nel Regno Unito nel 1977.

La normativa comunitaria è stata invece parzialmente attuata tramite un nuovo corpo di leggi, l'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (UTCR), 1994, approvato l'8 dicembre 1994 ed entrato in vigore il 1° luglio 1995.

Questa disciplina può creare problemi di coordinamento con le altre specifiche di settore, ma, come già segnalato, se si va ad esaminare

l'art. 1, 2° comma della Direttiva 93/13, esso afferma che la stessa non si applica quando vi sono “clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative”⁵².

Le regole di tutela specificamente previste dalle varie legislazioni nazionali in campi specifici dovrebbero allora prevalere sulle disposizioni della Direttiva e sulle leggi di recepimento.

Il legislatore britannico però non chiarisce nell'UTCR (a differenza di quello irlandese che invece, occorrendo una precisazione su cosa si intenda per imperativo agli occhi della Direttiva 93/13, afferma la priorità delle normative e dei regolamenti “*mandatory*” nei confronti dell'*European Communities (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations)*, 1994 (ECR)), con la conseguenza che lo stesso potrebbe non essere applicato quando vi siano altre norme che regolino un contratto del consumatore⁵³.

Sarà ora utile un breve *excursus* dei punti chiave dell'UCTA 1977, per poter così comprendere le innovazioni portate dal più recente UTCR 1994 ed i distinti ambiti di applicazione⁵⁴.

Per ciò che concerne quest'ultimo aspetto, l'UCTA si applica a qualunque contratto dei consumatori, non solo ai contratti standard.

Occorre poi subito dire che l'UCTA definisce il consumatore all'articolo 12.1, lett. a, come colui che “(a) *neither makes the contract*

⁵² A. Giampieri, “*Il recepimento della Direttiva sulle clausole abusive negli Stati dell'Unione europea*”, cit., pag. 622 e 623.

⁵³ Giampieri, *op. ult. cit.*, pag. 622-623.

⁵⁴ Vedi nota 63.

*in the course of a business nor holds himself out as doing so; and (b) the other party does make the contract in the course of a business; and (c) the goods passing under the contract are of a type ordinarily supplied for private use or consumption”*⁵⁵, includendovi così, sia le persone fisiche che giuridiche, diversamente da quando invece esposto nella Direttiva 93/13 che si riferisce alla persona fisica (*natural person*, art. 2, lett. c); taluni hanno osservato che sarebbe forse più corretto includere tra i consumatori anche le persone giuridiche che concludono contratti non inerenti alla loro attività professionale.

Per ciò che interessa la nozione di professionista invece non vi è alcun problema, poiché sia la Direttiva che l’UCTA includono senza distinzioni sia la persona fisica che quella giuridica; osservando la *Section 14* dell’*Act*, si può ritenere che anche soggetti “pubblici” vi possano pacificamente rientrare⁵⁶.

L’UCTA richiede che una clausola sia *reasonable* e *fair*; letteralmente: “*fair and reasonable... having regard to the circumstances which were, or ought reasonably, to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made*”.

I criteri per vagliare la *reasonableness* di una clausola⁵⁷ perciò sono:

⁵⁵ Laurence Klesta Dosi, *Il controllo delle clausole abusive: la Direttiva 93/13 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese e inglese*, cit., pag. 429.

⁵⁶ G. Alpa e R. Delfino, *Il giudice di pace e la tutela del consumatore*, cit., pag. 357.

⁵⁷ A. Giampieri, “*Il recepimento della Direttiva sulle clausole abusive negli Stati dell’Unione europea*”, cit., pag. 628 e 629.

1. il potere contrattuale delle parti;
 2. la possibilità per il consumatore di scegliere il professionista con cui stipulare il contratto;
 3. il fatto che il cliente conosceva o avrebbe dovuto conoscere l'esatta portata della clausola, soprattutto se aveva già avuto precedenti rapporti contrattuali con quel professionista;
 4. nel caso in cui la clausola limiti od escluda la responsabilità nell'ipotesi di inadempimento bisogna avere riguardo alla iniziale prevedibilità, o meno, di questa circostanza;
5. se il bene è stato fabbricato su una specifica richiesta del cliente;
- inoltre, secondo la giurisprudenza inglese⁵⁸:
6. deve essere controllata per intero e non smembrata a seconda delle pretese della parte che sostiene il suo carattere ragionevole (*Steward Gill Ltd. v. Horatio Myer & Co Ltd* [1992] 2 All ER 247);
 7. deve essere considerata in riferimento al contratto in specie (*Philipps Products Ltd v. Hyland* [1987] 2 All ER 620,

⁵⁸ Laurence Klesta Dosi, *Il controllo delle clausole abusive: la Direttiva 93/13 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese e inglese*, cit., pag. 435.

Lord Slade 628), in alcuni casi i giudici hanno avuto un atteggiamento soggettivo, identificando la parte meglio predisposta ad assicurarsi contro il rischio incombente (*Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827, 843 Lord Wilberforce, e *Smith v. Eric S. Bush* [1989] 2 All ER 514, 531 Lord Griffiths).

La Direttiva 93/13 richiede invece la buona fede, concetto poco familiare ai sistemi di *common law*, che hanno dovuto stabilire dei criteri per definire il concetto di “*good faith*”⁵⁹.

I due principi, di *reasonableness* e di *good faith*, in ogni caso, non coincidono.

La presenza della buona fede comunque non esclude la vessatorietà della clausola⁶⁰; la Direttiva inoltre pone l’onere della prova della non-vessatorietà a carico del professionista, cosa che non viene fatta dall’*Act*.

La normativa comunitaria ha introdotto il sistema della lista di clausole che “possono essere dichiarate abusive”, già conosciuta da alcuni ordinamenti (in special modo da quello tedesco cui la Direttiva sembra essersi ispirata⁶¹); questo metodo è stato così adottato da tutti i Paesi che l’hanno recepita, il Regno Unito non era aduso a questo mezzo

⁵⁹ A. Giampieri, “*Il recepimento della Direttiva sulle clausole abusive negli Stati dell’Unione europea*”, cit., pag. 627.

⁶⁰ G. Alpa e R. Delfino, *Il giudice di pace e la tutela del consumatore*, cit., pag. 357.

⁶¹ Laurence Klesta Dosi, *Il controllo delle clausole abusive: la Direttiva 93/13 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese e inglese*, cit., pag. 426.

e l'ha introdotto *ex novo*. Un compito però importante è svolto dall'apparato giudiziario che determina nel caso specifico la vessatorietà o meno di una clausola, e stabilisce l'illiceità di altre che non si trovano nella lista.

Trova unanime applicazione il criterio non codificato ma ormai pacifico⁶² dell'interpretazione *contra proferentem*.

La Direttiva 93/13 vorrebbe veder realizzato un sistema dove le organizzazioni dei consumatori dei vari Stati abbiano legittimazione attiva in difesa dei consumatori, nel Regno Unito però l'istituto della *class action* non è riconosciuto, così come non è stata applicata l'azione tendente alla tutela di interessi collettivi, nozione che presuppone un pregiudizio arrecato ad un insieme astratto di soggetti.

E' stato detto che la normativa britannica che incorpora la Direttiva comunitaria è l'UTCR; vi sono rilevanti problemi di compatibilità tra quest'ultima, l'*Act* del 1977 ed il testo della Direttiva 93/13.

Si è appena visto come il rapporto tra le *Regulations* e l'*Unfair Contract Terms Act* (1977) contrasti in vari aspetti⁶³, poiché mentre le prime si incentrano sul concetto di "*unfairness*" e sulla clausola di "*good faith*", l'*Act* parla di "*reasonableness*"; mentre le *Regulations* interessano le clausole inserite in contratti standard predisposti dal professionista,

⁶² Vedi G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit., pagg. 153, 169 e 178.

⁶³ G. Alpa, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in "*Le imprese italiane nel mercato europeo alla ricerca di nuovi equilibri contrattuali: il ruolo delle Camere di Commercio*", cit., pag. 40.

l'*Act* prende in considerazione tutti i contratti col consumatore; le *Regulations* riguardano ogni clausola, l'*Act* solo le clausole di limitazione e di esclusione della responsabilità⁶⁴ (*exemption clauses and notices*); l'*Act* opera anche nei casi in cui il contratto è stato “negoziato”; la nozione di consumatore dell'*Act* comprende anche le persone giuridiche che agiscono al di fuori della loro sfera professionale; l'*Act* esclude che siano lecite limitazioni di responsabilità nella vendita di beni, cosa che, almeno in teoria, potrebbe essere considerata *fair* alla luce della Direttiva.

Per risolvere queste incompatibilità si è proposto di considerare i due testi una vicendevole integrazione l'uno dell'altro.

Per quanto concerne lo stabilire quando ci si trova di fronte ad un consumatore come inteso dalla Direttiva, ed a cui solo essa estende determinate garanzie, le *Regulations* non sono di alcun aiuto e lasciano che sia il giudice a decidere.

Un avvocato londinese, Alison Padfield, consiglia di distinguere tra attività “*in the course of a business*” e singolo atto; quando si tratta di quest'ultimo anche il professionista può essere considerato un consumatore ai fini della normativa comunitaria (il cosiddetto *professionel-profane o business consumer*⁶⁵).

⁶⁴ Vedi: Laurence Klesta Dosi, *Il controllo delle clausole abusive: la Direttiva 93/13 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese e inglese*, cit., pag. 427 e G. Alpa, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, cit., pag. 40.

⁶⁵ La Direttiva escludendo questa figura si è attirata molte critiche. Vedi: Laurence Klesta Dosi, *Il controllo delle clausole abusive: la Direttiva 93/13 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese e inglese*, cit., pag. 429.

L'UTCR adotta poi una terminologia piuttosto imprecisa che dà ampio potere interpretativo ai giudici; anche la lista di clausole dell'allegato è puramente indicativa e può essere estesa e valutata con grande libertà.

Le *Regulations*, infine, portano alcune deroghe alla disciplina generale del *common law*⁶⁶: particolare attenzione merita la non vincolatività della clausola oscura, ossia che non è espressa in "*plain and intelligible language*" (l'*Office of Fair Trading* cerca di dare ragguagli sul significato di quell'espressione, cosa che invece non fanno le *Regulations*, le quali, all'articolo 6 affermano esclusivamente che: "*A seller or supplier shall ensure that any written term of a contract is expressed in plain, intelligible language, and if there is a doubt about the meaning of a written term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail*"; per l'OFT⁶⁷ non risponde a quei requisiti la clausola che il consumatore non può capire in tutti i suoi termini, non ha il tempo di leggere accuratamente, è densa di termini legali specialistici ed abbreviazioni incomprensibili, fa riferimento a testi di legge che il consumatore non conosce, non è composta da periodi brevi e chiari ed è scritta con caratteri troppo piccoli), poiché questa regola consente di dichiarare *unfair* anche clausole concernenti l'oggetto od il prezzo, che altrimenti non rientrerebbero nel campo di tutela della normativa

⁶⁶ G. Alpa, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in "*Le imprese italiane nel mercato europeo alla ricerca di nuovi equilibri contrattuali: il ruolo delle Camere di Commercio*", cit., pag. 39.

⁶⁷ Unfair Contract Terms (A bulletin issued by the Office of Fair Trading), Issue n. 2 September 1996.

britannica in questione (“*terms which describe the main subject matter of the contract or the quality/price ratio of the good or services*”); benché la Direttiva lasci gli Stati liberi di prevedere il tipo di sanzione per le clausole illecite, qui non è chiara la sorte delle clausole dichiarate *unfair*, vale a dire se la loro illiceità si converta in “*illegality*” o in “*voidness*” (nel primo caso se la parte nel cui interesse il contratto è stato dichiarato illecito vuole ugualmente darvi effetto, è libera di farlo, tranne quando l’illiceità discende da violazione di principi generali; nel secondo caso ciascuna parte potrebbe trarre profitto dalla decisione); infine ci si domanda quali contratti sono sottoposti a questa disciplina in ambito temporale⁶⁸ (la tesi prevalente in Inghilterra sembra sostenere che le *Regulations* devono essere applicate ai contratti conclusi dopo la data dell’entrata in vigore di questa normativa, ossia il 1° luglio 1995).

La Direttiva 93/13 prevede accanto al controllo giurisdizionale delle clausole abusive, anche quello amministrativo.

L’*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* ha appunto istituito un sistema di controllo amministrativo, affidato al *Director General of Fair Trading*⁶⁹, preposto al controllo delle clausole contrattuali, ed a cui si possono segnalare consuete violazioni della disciplina comunitaria affinché esso provveda a promuovere azioni in sede cautelare per prevenire l’uso di clausole abusive.

⁶⁸ Vedi nota 40.

⁶⁹ Per un approfondimento: G. Alpa, *Vendite al consumatore e controllo dei contratti standard nella disciplina del “Supply of Goods” (Implied Terms) Act del 1973*, in *Riv. Dir. comm.*, 1974, pagg. 293 e segg.

L'Office of Fair Trading ha istituito *The Unfair Contract Terms Unit*, presso l'Office of Fair Trading, Room 505, Field House, 15-25 Bream's Buildings, London EC4A 1PR, che si occupa di monitorare la situazione dell'Inghilterra per quanto concerne l'uso di clausole illecite, e di pubblicare un Bollettino⁷⁰ dove riporta i risultati cui è pervenuto e dispensa consigli a consumatori e commercianti.

Nel 'numero' del 2 settembre 1996 la situazione è descritta in termini allarmanti; l'uso di clausole illecite nei contratti coi consumatori è vastissimo, ed i commercianti e le imprese non sembrano volersi adattare alle nuove regole.

Gli *unfair terms*, tra l'altro, non si scontrano solo con le *Regulations*, ma con tutta la normativa di *consumer protection* che è in vigore da molto più a lungo.

E' rilevante ora soffermarsi sulla clausola arbitrale cui si riferisce senz'altro la lettera q) dell'*addendum* della Direttiva 93/13, dove vengono considerate quelle clausole che hanno per oggetto o per effetto di "sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente ad una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto".

⁷⁰ Vedi nota 67.

Lo scopo perseguito dalla normativa “consiste nel prevenire e nel reprimere tentativi, da parte del ‘professionista’ di profittare del proprio preminente potere contrattuale per imporre al consumatore limitazioni all’esercizio dei diritti derivantigli dal contratto e limitazioni alla difesa; i profili considerati sono molteplici, e assai diversi tra loro, quali la regolamentazione negoziale dell’onere della prova e dei mezzi di prova, la giurisdizione e la competenza del giudice, la rinuncia a diritti, ad azioni e ad accezioni”⁷¹.

Il *Consumer Arbitration Agreements Act* del 1988 stabiliva che in Inghilterra, nel Galles ed in Irlanda del Nord, la clausola arbitrale nei contratti con i consumatori era ammessa solo in determinate ipotesi: occorreva il consenso del consumatore successivamente all’insorgere della controversia, il consenso doveva riguardare le controversie insorte dal contratto in causa ed il procedimento doveva rispettare le regole fissate dalla disciplina dell’arbitrato (par. 1).

Ora, in seguito alla promulgazione dell’*Arbitration Act* del 1996, la situazione è mutata.

In base alla *schedule 4* del suddetto atto, il *Consumer Arbitration Agreements Act* del 1988 è stato interamente abrogato.

Le sezioni 89, 90 e 91 del nuovo *Act* riguardano le clausole arbitrali (*consumer arbitration agreements*), e, secondo il disposto della sezione 108 del medesimo testo, esse sono estese anche alla Scozia, oltre

⁷¹ Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Diritto civile, cit.*, pag. 12.

che all’Inghilterra, al Galles ed all’Irlanda del Nord in cui deve venir applicata invece tutta la normativa in questione.

La sezione 89 (*Application of unfair terms regulations to consumer arbitration agreements*) stabilisce che l’UTCR 1994 si applica alle clausole arbitrali contenute nei contratti con i consumatori, e specifica che: con “*arbitration agreement*” si intende una clausola che deferisce ad un arbitrato ogni controversia presente o futura, derivante da contratto o meno; nella parte del testo di legge dedicata alle clausole arbitrali nei contratti coi consumatori per “*the Regulations*” viene inteso l’UTCR 1994 e tutte le successive leggi che lo modificheranno o sostituiranno; le sezioni 89, 90 e 91 si applicano qualunque sia la legge applicabile alla clausola arbitrale.

La sezione 90 (*Regulations apply where consumer is a legal person*) afferma che le *Regulations* si applicano sia quando il consumatore è una persona giuridica, come quando è una persona fisica.

La sezione 91 (*Arbitration agreement unfair where modest amount sought*) stabilisce che: una clausola arbitrale è illecita ai fini delle Regulations se concerne una rivendicazione fino ad un certo ammontare, ora fissato a 3000\$; le disposizioni di questa sezione consentono provvedimenti differenti per casi e scopi diversi; il potere di prendere provvedimenti che concernono questa sezione compete (a) per l’Inghilterra ed il Galles, al Segretario di Stato col consenso del *Lord Chancellor*, (b) per la Scozia, al Segretario di Stato d’accordo col *Lord Advocate*, e (c) per l’Irlanda del Nord, al Dipartimento per lo sviluppo economico dell’Irlanda del Nord col consenso del *Lord Chancellor*; ogni

provvedimento di questo genere per l'Inghilterra ed il Galles o la Scozia deve essere prodotto con atti giuridici che possono essere annullati in seguito ad una risoluzione di entrambi i rami del Parlamento; ogni provvedimento di questo genere per l'Irlanda del Nord dovrà consistere in una norma di legge secondo le *Statutory Rules (Northern Ireland) Order 1979* e potrà essere soggetto ad una risoluzione negativa secondo la sezione 41 (6) dell'*Interpretation Act (Northern Ireland) 1954*.

Chiarita così la possibilità di applicare, in base alla *section 89* dell'*Arbitration Act 1996*, le *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*, alle clausole arbitrali coi consumatori, e posto un limite di valore alla pretesa cui si riferiscono, al di sopra del quale esse sono valide (attualmente 3000\$), non rimane che esaminare le garanzie richieste dalla normativa comunitaria, di cui le *Regulations* sono il recepimento, affinché la clausola arbitrale sia valida.

Si è già detto di come l'Unione europea affidi alle ADR, e dunque particolarmente all'arbitrato, le sue speranze di giungere ad una giustizia più equa, rapida e di minor costo per il cittadino; appare dunque fuori luogo pensare che la Direttiva 93/13, con la lettera q) del suo *addendum*, abbia voluto screditare le clausole arbitrali nei contratti con i consumatori e renderle dunque indiscriminatamente illecite.

La normativa comunitaria ha invece voluto estendere la tutela del consumatore prevedendo l'invalidità di quelle clausole che vadano ad introdurre procedimenti stragiudiziali di composizione delle controversie non assistiti da regole giuridiche ben chiare e determinate; la clausola

arbitrale non è perciò automaticamente illecita, ma il giudice dovrà valutare se essa soddisfa le indicazioni comunitarie.

b) la normativa di recepimento italiana

In Italia la Direttiva 93/13 è stata recepita tramite novellazione del codice civile che si è arricchito, nel libro IV sulle obbligazioni, dopo il capo XIV del titolo II (Dei contratti in generale), di un nuovo capo, il “Capo XIV-bis. Dei contratti del consumatore.” (artt. 1469-bis, ter, quater, quinquies e sexies), che regola la conclusione dei contratti tra venditori e fornitori di beni e servizi con i consumatori, con particolare riguardo alle clausole che possono dimostrarsi vessatorie.

La scelta di incorporare la nuova normativa di recepimento della Direttiva comunitaria nel codice civile si è dimostrata particolarmente felice poiché dimostra che si è ritenuto che si fosse in presenza di regole che incidono sulla disciplina dei contratti in generale⁷².

Si è introdotta così una nuova categoria di contratti, accanto a quelli di vendita, di agenzia, di banca, di assicurazione ed altri, caratterizzata dal rapporto che intercorre tra un professionista ed un consumatore.

⁷² G. Alpa, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in “Le imprese italiane nel mercato europeo alla ricerca di nuovi equilibri contrattuali: il ruolo delle Camere di Commercio”, cit., pag. 25.

Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 1469-bis, è la persona fisica (e non giuridica! Anche se la Direttiva vorrebbe che si prendesse in considerazione anche il consumatore persona giuridica) “che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”⁷³.

Il professionista è, per contro, la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che utilizza la tipologia di contratto in questione nel quadro della sua attività professionale o imprenditoriale.

L'art. 1469-bis contiene un elenco di venti clausole che si presumono vessatorie sino a prova contraria, purché non siano contenute in contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, di valori mobiliari, non si riferiscano ad indici di borsa ed a tassi del mercato finanziario, valute estere ed indicizzazione dei prezzi.

Vi sono poi, all'art. 1469-quinquies, clausole che sono sempre inefficaci anche se oggetto di trattativa; si tratta di clausole che abbiano per oggetto o per effetto di escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o di danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; delle clausole di esclusione o di limitazione delle azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte nel caso di inadempimento totale o parziale, o di inadempimento inesatto da parte del professionista; delle clausole che prevedano l'estensione dell'adesione del consumatore ad

⁷³ G. Alpa e R. Delfino, *Il giudice di pace e la tutela del consumatore*, cit., pag. 356 e 357.

altre clausole che questi non abbia avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

Infine le clausole che non sono contenute nell'elenco devono essere valutate dal giudice secondo i criteri indicati all'art. 1469-bis: buona fede oggettiva, significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Il principio di buona fede nel nostro ordinamento è pacificamente accettato, al contrario di quanto accade invece nel Regno Unito dove non è granché consono alla mentalità inglese; lo squilibrio non deve riguardare l'oggetto ed il prezzo del bene in questione, ma può essere sindacato solo il fatto che la clausola arrechi uno svantaggio al consumatore cui non corrisponde un pari svantaggio del professionista, che questo vantaggio non sia adeguatamente giustificato da altre circostanze e che lo svantaggio causi un significativo squilibrio della posizione del consumatore rispetto a quella del professionista⁷⁴.

Non sono vessatorie le clausole che sono state oggetto di trattativa (conformemente alle indicazioni della Direttiva 93/13 in Italia l'onere della prova incombe sul professionista in base all'art. 1469-ter), quelle conformi a norme di legge e quelle che esprimono principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parte tutti gli Stati dell'Unione europea.

Come nel Regno Unito anche in Italia le clausole oscure (articolo 1469-quater) sono interpretate *contra proferentem*.

⁷⁴ G. Alpa e R. Delfino, *Il giudice di pace e la tutela del consumatore*, cit., pag. 357.

Contro le clausole abusive possono venire utilizzate azioni inibitorie ed azioni dirette a far dichiarare illiceità della clausola.

Le Camere di Commercio, a seguito della loro riforma con legge 580/93, possono agire per ottenere l'inibitoria (esercitata ai sensi dell'art. 669-bis cod. proc. civ.), ex art. 1469-sexies, delle clausole abusive che sono utilizzate da un professionista o da un'associazione di professionisti in un determinato contratto tipo.

Un decreto ministeriale dovrà individuare anche associazioni di consumatori e professionisti cui dare la suddetta facoltà, come auspicato dalla Direttiva 93/13.

La dichiarazione di abusività o vessatorietà della clausola comporta l'inefficacia relativa di questa, mentre "rimane efficace il resto" (l'inefficacia può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice).

Questa previsione dell'articolo 6, 1° comma, della Direttiva, comporta che sia precluso al giudice di valutare se il contratto "possa sussistere senza le clausole abusive".

Uno dei temi più importanti ed incerti che vengono a sollevarsi all'esame della Direttiva comunitaria e della normativa di recepimento italiana è costituito dall'efficacia della clausola arbitrale contenuta nei contratti con i consumatori.

Si è già detto come la lettera q) dell'*addendum* della Direttiva prenda in considerazione quelle clausole che hanno per oggetto o per effetto di "sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente ad una giurisdizione di arbitrato non

disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto”, ed anche del generale favore che nell’ambito dell’Unione assiste le ADR.

Il n. 18 del 3° comma dell’articolo 1469-bis cod. civ. considera presuntivamente abusiva la clausola che preveda a carico del consumatore “deroghe alla competenza dell’autorità giudiziaria”.

Questo articolo che non esplicita la condizione dell’arbitrato è stato soggetto di varie interpretazioni⁷⁵.

Alcuni hanno pensato che, siccome nella normativa di recepimento italiana non si fa riferimento all’arbitrato (mentre la Direttiva 93/13 sembra invece prenderlo palesemente in considerazione), il nostro legislatore abbia voluto esprimere il suo favore verso questo istituto non estendendovi la disciplina di tutela del consumatore e considerando così sempre efficaci le clausole compromissorie.

E’ difficile sostenere questa tesi poiché essa comporta l’implicita accusa al legislatore di non aver esteso in Italia quella tutela minima che l’Unione europea desidera sia attivata in tutti gli Stati che vi fanno parte (gli Stati membri possono tutt’al più potenziare le garanzie ma non ridurle!).

⁷⁵ Vedi: Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*. *Diritto civile, cit.*, pag. 12.

Una seconda interpretazione esamina l'espressione "competenza dell'autorità giudiziaria" e, se questa viene intesa nel senso proprio di valore, materia e territorio, si ricade nell'ipotesi precedente.

Un'altra interpretazione si basa sull'espressione "competenza dell'autorità giudiziaria" attribuendovi un significato più esteso che ricomprende anche la giurisdizione; la conseguenza di ciò sarebbe che tutte le clausole compromissorie sarebbero da dichiararsi inefficaci.

Altri scindono i due tipi di arbitrato: rituale ed irrituale.

Le clausole volte ad instaurare il primo sarebbero efficaci perché questo è retto da regole giuridiche, quelle che vanno a riferirsi al secondo sarebbero abusive perché l'arbitrato libero non è disciplinato da disposizioni giuridiche.

Davvero però le cose stanno in questi termini?

Anche l'arbitrato irrituale ha una disciplina; si tratta di una regolamentazione che va ad estendere all'arbitrato libero alcune disposizioni che disciplinano la nomina del terzo arbitro o la nomina dell'arbitro che la parte non vuole nominare, e che inoltre considera estensibili all'arbitrato libero alcuni principi fondamentali che concernono l'imparzialità degli arbitri, il contraddittorio, la disponibilità delle prove, la loro allegazione e così via.

Inoltre il lodo irrituale è assimilabile ad un contratto, ed è perciò soggetto alla disciplina dei contratti.

Così ragionando si va a sottrarre alla tesi precedente gli arbitrati rituali, irrituali ed amministrati, mentre rimangono in causa le altre ADR⁷⁶.

Tagliare fuori l'arbitrato irrituale sarebbe un grave danno alla giustizia visto la notevole diffusione che ha raggiunto nel nostro Paese⁷⁷.

Sembra opportuno allora concludere affermando che, benché nel codice civile non si faccia esplicita menzione della clausola compromissoria, questa non è automaticamente inefficace.

La clausola arbitrale può essere tutt'al più, se si interpreta estensivamente l'espressione deroga alla competenza, presuntivamente vessatoria, anche se preme sottolineare che le preoccupazioni della Direttiva 93/13, che ha comunque forgiato un'espressione non molto chiara nel suo significato ("giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche"), sono tutte dirette a diffidare di procedure di composizione stragiudiziale delle liti che non siano assistite da disposizioni giuridiche e che non garantiscano una sufficiente tutela del consumatore, quindi, in ultima analisi, di quelle clausole che diano luogo ad un arbitrato in cui quest'ultimo "non possa intervenire per nominare il suo arbitro, i periti, o non sia rispettato il principio del contraddittorio"⁷⁸.

⁷⁶ Le considerazioni di critica all'interpretazione in questione sono tratte da: Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Diritto civile*, cit., pag. 13.

⁷⁷ Di questa opinione è anche: Aldo Frignani, *I principi della Direttiva 93/13 CE e l'equità contrattuale*, in "Le imprese italiane nel mercato europeo alla ricerca di nuovi equilibri contrattuali: il ruolo delle Camere di Commercio", cit., pag. 21.

[Utente Wi2]

⁷⁸ G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit., pag. 187.

Capitolo secondo.

Le alternative dispute resolutions nel Regno Unito.

- 1. La distinzione tra Non Adjudicative ADR e Adjudicative ADR.**
- 2. Le principali differenze tra common law e civil law ed il loro riflesso sull'arbitrato.**
- 3. L'arbitrato delle County Courts.**
- 4. L'Ombudsman.**
- 5. Iniziative private:**
 - 6. l'Insurance Ombudsman Bureau (IOB);**
 - 7. il Banking Ombudsman e l'Ombudsman bancario italiano;**
 - 8. il Corporate Estate Agents Ombudsman.**
- 9. Iniziative pubbliche:**
 - 10. il Parliamentary Ombudsman ed i Local Government Ombudsmen;**
 - 11. il Pensions Ombudsman;**
 - 12. il Legal Services Ombudsman;**
 - 13. i Public Utilities Schemes;**
 - 14. le Trade Organisations e l'Office of Fair Trading;**
 - 15. il Building Society Ombudsman;**
 - 16. il settore finanziario-assicurativo.**
- 17. L'arbitrato dei consumatori.**

1. La distinzione tra Non Adjudicative ADR e Adjudicative ADR.

Le Non Adjudicative ADR rientrano nella vasta categoria delle attività di *negotiating*¹; si tratta di tecniche di composizione amichevole delle controversie, dove le parti si accordano per trovare una soluzione che le soddisfi entrambe.

Lo scopo è la ricerca di un equilibrio degli interessi in causa, che viene raggiunto col dialogo, in modo che esse possano comprendere le loro reciproche esigenze, e, quasi sempre, facendosi reciproche concessioni.

Si perviene così, quando il procedimento va a buon fine, ad un'intesa che non comporta alcun atto autoritario decisionale²; ad ogni modo "le Non Adjudicative ADR non sono incompatibili con lo svolgimento davanti a magistrature"³.

Una buona parte delle procedure di ADR che verranno esaminate in seguito prevedono la *negotiation* come fase preliminare, poiché essa può far evitare la decisione della controversia; se questa non ha successo viene avviato un *Adjudicative Scheme*.

In questo modo si dà alle parti la possibilità di intervenire loro stesse a comporre il dissidio, elaborando una soluzione confacente ai loro

¹ A. Davis, S. Roberts, *Access to Agreement*, London, 1988.

² Goldberg, Sanders, Rogers, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, II edn, Little, Brown and Co. 1992.

³ Paolo Gaggero, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel Regno Unito*, in *Economia e diritto del terziario*, 1995, I, pag. 345.

desideri ed interessi, e risparmiando il tempo ed il denaro che la fase decisionale comporterebbe.

Si può allora facilmente comprendere quanto sia importante, nell'attività in questione, l'atteggiamento delle parti e l'abilità e competenza del terzo che deve favorire l'esito positivo delle trattative⁴.

Alcuni Autori pongono l'accento sulle qualità personali delle parti, di eventuali difensori e del terzo, altri fanno dipendere l'esito della composizione della lite in modo prevalente dal tipo di procedimento usato, ed altri ancora analizzano le tattiche di cui si servono i protagonisti di questi fenomeni per massimizzarne la resa in loro favore⁵.

Quando una parte decide di tentare di risolvere una controversia mediante una Non Adjudicative ADR, oppure è obbligato ad esperire questo tentativo dalla legge, vi si può accostare con differenti atteggiamenti⁶; si distingue il *soft-negotiator*, ossia colui che si dimostra ben disposto ad andare incontro alle richieste dell'altra parte senza pur rinunciare alla difesa dei propri diritti per il raggiungimento di un cosiddetto *fair settlement*, da chi invece è poco disposto ai compromessi ed ha un atteggiamento *competitive*, ovvero l'*hard-negotiator*.

⁴ D. Pruitt, *Negotiation Behaviour*, New York-London, Academic Press, 1981; M. Millhauser, *The Unspoken Resistance of Alternative Dispute Resolution*, in 3 *Neg. J.* 1987, pagg. 29 e segg.

⁵ Gli esponenti degli orientamenti in questione sono, rispettivamente: Hazen Genn, *Hard Bargaining: Out of Court Settlement in Personal Injury Action*, Oxford, Clarendon Press, 1987; Gerald Williams, *Legal Negotiation and Settlement*, St. Paul, 1983; Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, *Getting to Yes*, New York, Penguin, 1991.

⁶ D. Lax, J. K. Sebenius, *The manager as Negotiator*, New York, 1986; T. Tyler, *The Quality of Dispute Resolution Processes and Outcome: Measurement problems and Possibilities*, in 66 *U. Den. L. Rev.* 1989.

All'interno di quest'ultima categoria si distinguono ancora l'*effective competitive negotiator*, che tende a difendere al massimo i propri diritti, dall'*ineffective competitive negotiator*, il quale, tenendo comportamenti irragionevoli, va a pregiudicare il buon fine del procedimento.

A seconda di chi è coinvolto nella lite è possibile perciò prevedere l'esito del tentativo di composizione di un equo assetto giuridico ed anche con quale mezzo sarà più conveniente cercare di giungervi⁷.

Gli atteggiamenti descritti vanno riferiti sia al titolare della pretesa giuridica nonché, quando presente, al suo difensore, quindi all'altra parte coinvolta.

Passando a considerare l'attività del terzo occorre distinguere che questa sia esercitata durante un procedimento di *conciliation* oppure di *mediation*⁸, le quali rappresentano le principali Non Adjudicative ADR.

La *conciliation* consente meno possibilità di intervento sull'esito della trattativa da parte del terzo, poiché questi si deve limitare a sollecitare l'accordo, ad illustrare i vantaggi del buon esito della questione e ad informare i contendenti su tutto ciò che occorre loro sapere: questioni legali e meramente pratiche.

La *mediation* invece richiede che il terzo entri nel merito della questione, possibilmente smorzando l'atteggiamento competitivo che possa essere tenuto da qualcheduno, e conduca la trattativa con

⁷ S. B. Goldberg, J. M. Brett, *Disputants' Perspectives on the Differences between Mediation and Arbitration*, in 6 *Neg. J.* (1990), pagg. 249 ss.

⁸ Smith, *A Warmer Way of Disputing: Mediation and Conciliation*, 26 *Am. J. Comp. L.* 1989; Sander, *Varieties of Dispute Processing*, 70 (1976) *F.R.D.*

imparzialità, facendo leva sulla propria esperienza in materia, esponendo i reciproci punti di vista ad entrambe le parti, nonché rendendo palesi le rispettive strategie e formulando proposte che vadano incontro alle pretese di ognuno.

Si può concludere affermando che la *mediation* è il procedimento che maggiormente livella le disuguaglianze tra i contendenti, poiché il terzo mette a nudo le rispettive intenzioni e prerogative⁹, quindi illustra i vantaggi di una soluzione di compromesso che accontenti l'uno e l'altro.

Quando infine si tratti di *negotiation* volontaria le parti si affrontano da sole senza l'assistenza di un altro soggetto e senza l'osservanza di alcuna disciplina; se giungono ad un accordo questo può venire in seguito formalizzato dinanzi all'autorità.

Le caratteristiche preminenti degli *Adjudicative Schemes* consistono nel fatto che si può pervenire alla risoluzione della controversia senza doversi attenere alle norme di stretto diritto e privilegiando così l'equità¹⁰, le parti hanno il compito di aiutare attivamente ad arrivare ad una soluzione della lite, la procedura è flessibile, l'approccio al problema è diretto, veloce e la soluzione cui si perviene più difficilmente suscita reazioni di insofferenza nelle parti, infine le Non Adjudicative ADR sono ripetibili *ad libitum*.

⁹ Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass Ltd., 1986.

¹⁰ J. Comaroff, S. Roberts, *The invocation of Norms in Dispute Settlement*, in I. Hammett, *Social Anthropology and Law*, New York - London, Academic Press, 1982.

L'esperienza nordamericana è molto più complessa di quella inglese per quanto concerne i modelli di risoluzione delle controversie, ma può essere fatto tesoro anche degli studi americani sull'argomento, in quanto le basi teoriche da cui prendono inizio le varie tecniche sono identiche¹¹.

Occorre comunque tenere presente che le Non Adjudicative ADR nel Regno Unito si esauriscono nell'attività di *negotiating*¹².

¹¹ Vedi: Paolo Gaggero, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel Regno Unito*, cit., pag. 345 e 346.

¹² Paolo Gaggero, *Note sugli alternative dispute resolution schemes nell'esperienza inglese*, in G. Alpa (a cura di), *Corso di Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996.

2. Le principali differenze tra common law e civil law ed il loro riflesso sull'arbitrato¹³.

In via del tutto generale, col termine *common law* si va ad indicare quell'insieme di principi e regole che traggono la loro autorità dalle usanze e dai costumi di tempi immemorabili, in seguito affermati e riconosciuti dalle deliberazioni dei tribunali che, così facendo, vi davano forza¹⁴.

Tutto ciò va distinto dal *civil law*, basato sulle norme create dai legislatori, ed influenzato dal diritto romano.

I sistemi di *civil law* e quelli angloamericani di *common law* regolano l'arbitrato in modo diverso poiché trasfondono nella disciplina i principi ed il modo di pensare di due differenti apparati giuridici.

Comunque leggi e regolamenti cambiano non solo tra i due sistemi ma anche più semplicemente da uno Stato all'altro.

Vi sono però alcune caratteristiche fondamentali che attengono ad un proprio metodo di affrontare le questioni e risolverle, ad un *idem sentire* che generalmente non muta tra gli Stati di un medesimo sistema, con particolare riguardo alle regole di interpretazione dei contratti (c.d. *common core*).

¹³ Paragrafo tratto da: Christian Borris, *Common law and civil law: fundamental differences and their impact on arbitration*, in *Arbitration*, rivista del Chartered Institute of Arbitrators, (1994) 6, JCI Arb. 2, 78.

¹⁴ Definizione del *Black's Law Dictionary*.

Per quanto concerne la procedura, dopo aver osservato che i punti in comune tra i due sistemi sono essenzialmente due, ossia il fatto che entrambi mirano ad ottenere un eguale trattamento delle parti, immune da ogni discriminazione, e che l'uno e l'altro desiderano che venga assicurato il diritto e l'opportunità di essere ascoltati davanti alla corte arbitrale, si può passare ad elencare le numerose peculiarità che, per contro, li caratterizzano.

1. Sistema dispositivo *versus* sistema inquisitorio.

Forse la distinzione più palese tra il *common law* ed il *civil law* è il ruolo e la funzione del giudice nel procedimento.

Di solito il *common law* è associato al sistema dispositivo ed il *civil law* a quello inquisitorio.

Il ruolo del giudice nel sistema dispositivo consiste nell'amministrare le questioni controverse così come vengono sollevate dalla presentazione dei fatti preparata dalle parti, e ad applicare sanzioni ed altre misure che vengano appropriatamente richieste dai contendenti.

Quando un problema non viene sollevato, non vengono fatte obiezioni o non vengono richieste determinate prove, si considera che si sia rinunciato a queste possibilità.

La causa va avanti solo su domanda e ad impulso delle parti.

Il sistema inquisitorio invece è caratterizzato dai poteri del giudice di richiedere prove, dirigere e condurre il corso del procedimento.

Non bisogna però dare troppo peso a queste differenze; mentre il fatto che si adotti l'uno o l'altro sistema può avere grande rilevanza in una causa penale, in un processo civile il divario si avverte molto meno.

Quando non siano state disposte specifiche previsioni nel regolamento arbitrale o non vi sia un accordo tra le parti, gli arbitri normalmente si attengono alle regole osservate davanti ai tribunali dello Stato in cui operano, benché non siano tenuti ad osservarle con meticolosità.

2. L'udienza.

Come già considerato, la possibilità di presentare le proprie ragioni davanti alla corte è considerato di fondamentale importanza sia negli Stati del *common law* che in quelli del *civil law*.

Ad ogni modo lo scopo e l'importanza dell'udienza ai fini del buon esito della controversia differisce grandemente nell'una o nell'altra situazione.

Nel sistema di *civil law* nella maggior parte dei casi l'udienza è quasi esclusivamente una mera formalità; viene data più importanza alle prove documentali, così durante la stessa è difficile che siano sentiti dei testimoni.

Le cose stanno diversamente negli Stati del *common law*; benché le memorie siano presentate in preparazione all'udienza, le parti normalmente ribadiscono le loro argomentazioni durante l'udienza.

Coloro che giungono da Paesi del *common law* fanno molto affidamento in essa, dove viene data loro l'opportunità di ribattere le loro ragioni, anche a costo di ripetersi¹⁵.

Chi è coinvolto in un arbitrato governato da arbitri del *common law*, oppure quando gli arbitri consentono alla parte che proviene da quella tradizione giuridica di usare l'udienza per gli scopi suddetti, dovrebbe prendere ben in considerazione questa differenza per non avere delle brutte sorprese; chi giunge all'udienza con la convinzione che si tratti di una mera formalità può rimanere sorpreso quando venga messo di fronte alle *performances* di bravi avvocati di Paesi del *common law*.

Anche la preparazione di questi difensori dà molta importanza alla capacità di presentare oralmente le argomentazioni a sostegno della loro tesi, e ciò può talvolta andare a discapito dei loro colleghi del *civil law*.

3. L'escussione delle prove.

a) La *cross-examination*.

Nei Paesi del *common law* la *cross-examination* è considerata il metodo migliore di testare la credibilità dei testimoni, nonché l'elemento caratterizzante dell'udienza.

b) La testimonianza delle parti.

Un'altra differenza consiste nella possibilità di introdurre una dichiarazione della parte come prova.

¹⁵ Vedi: Craig, Park, Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 1990, paragrafo 23.03.

Generalmente tutto ciò che questa vuole esporre nel procedimento è già contenuto nelle sue memorie difensive.

La maggior parte dei sistemi di *civil law* non consentono, di regola, di far testimoniare una parte, principalmente per due ragioni: innanzitutto sarebbe spiacevole che una volta chiamata a deporre confutasse ciò che ha esposto nelle memorie, ed inoltre essa sarebbe soggetta a responsabilità penale se la dichiarazione non fosse veritiera; si vuole perciò evitare di porla in una situazione di conflitto di interessi.

La corte per lo più consente alla parte di testimoniare come *ultima ratio*, se reputa che potrebbe essere di aiuto per rimuovere gli ultimi dubbi, dopo che è già stato utilizzato ogni altro mezzo di prova.

I sistemi di *common law* invece sono più propensi ad accettare i cosiddetti “*party witnesses*”.

Questa differenza non deve però essere sopravvalutata poiché ovunque i giudici e gli arbitri sono liberi di valutare le prove secondo le loro convinzioni.

Ogni giudice andrà a considerare la situazione di conflitto di interessi in cui la parte che fa testimonianza si potrebbe andare a trovare, perciò se essa sussiste realmente questa prova verrà valutata con diffidenza.

D’altro canto, un giudice di *civil law* difficilmente si rifiuterà di considerare la dichiarazione ritenendo che la testimonianza di una parte è sicuramente inaffidabile, quando la dichiarazione invece si ponga in un contesto plausibile e convincente.

In ogni caso la prova in considerazione di rado avrà un impatto decisivo sull'esito della controversia¹⁶.

c) L'affidavit.

Un *affidavit* consiste in una deposizione scritta e giurata che viene spesso usata come mezzo di prova nei procedimenti arbitrali fuori dai sistemi di *civil law*, in special modo negli arbitrati internazionali quando i testimoni dovrebbero fare lunghi viaggi per presenziare davanti alla corte.

Un *affidavit* può consentire di risparmiare il denaro e la fatica di citare i testimoni per l'udienza.

Questi inoltre raramente sono ben disposti a viaggiare per quello scopo, ma acconsentono più facilmente a fare una dichiarazione scritta.

Nei sistemi di *civil law* i giudici difficilmente, e solo in circostanze particolari, riconoscono all'*affidavit* il valore di una testimonianza.

In quelli di *common law* invece questo mezzo di prova è accettato e si rinuncia così alla *cross-examination*; la sua attendibilità dipende poi dalle pene previste dalla legge per una dichiarazione mendace.

Anche in questo caso le differenze sono più teoriche che pratiche: in realtà gli arbitri sono liberi di valutare le prove secondo la loro convinzione e solitamente danno più importanza alla sostanza dell'atto che alla sua forma¹⁷.

¹⁶ Borris, *Die UNCITRAL-Schiedsregeln in der Praxis des Iran-United States Claims Tribunal*, Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, Band 2 (1988), pagg. 3-16.

¹⁷ Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2nd ed., 1989, Rz. 652.

d) I mezzi di ricerca della prova.

La *discovery* è l'attività mediante la quale una parte cerca presso l'altra parte ciò che crede essere in suo possesso.

I vari sistemi di *common law* differiscono l'un l'altro per quanto concerne la facilità con cui consentono l'espletamento di queste procedure.

Non è un segreto, però, che in America le *discovery* vengano concesse con grande facilità, anche sulla base di mere supposizioni, consentendo quelle che sono solite essere chiamate le “*fishing expeditions*”.

Nel *civil law* invece non viene vista di buon occhio l'attività di ricerca della prova che può andare a mettere in pericolo la riservatezza di certe informazioni; a volte ha destato molta sorpresa, in chi appartiene a questo sistema, la brusca apparizione di legali che si introducono nei loro locali alla ricerca di archivi, scattando fotografie e facendo domande ai dipendenti.

Nei procedimenti arbitrali non è consentito usare mezzi di ricerca della prova coattivi; anzitutto perché nei sistemi di *common law* si è restii ad acconsentire che il tribunale arbitrale disponga coattivamente tali misure, sia in forza della sua autorità, che con l'assistenza dei tribunali statali¹⁸; secondariamente, anche se ciò fosse permesso, non si potrebbe farne uso nei Paesi di *civil law*.

¹⁸ Borris, *Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit in den USA*, 1987, Rz. 227-236.

Naturalmente il tribunale arbitrale può chiedere ad una parte di sottoporsi volontariamente ad una procedura di *discovery*, ma nel caso in cui essa si opponga ci si deve arrestare.

E' questione non risolta, invece, se dal rifiuto della parte la corte possa trarne le debite conseguenze.

e) I consulenti tecnici.

Nei sistemi di *common law* la parte che vuole introdurre l'opinione di un esperto a sostegno delle proprie ragioni deve sceglierlo di propria iniziativa e quindi presentarlo nel corso del procedimento.

Nelle giurisdizioni di *civil law* invece le parti possono assumere esperti di propria iniziativa che diano il loro parere alla corte, ma questa, se lo reputa opportuno, nomina anch'essa dei consulenti tecnici imparziali.

L'opinione degli esperti delle parti, per quanto possano avere una elevata reputazione, è sempre ascoltata con diffidenza dal tribunale, in particolar modo quanto questi arrivano a conclusioni opposte partendo dagli stessi fatti.

Anche allo scopo di evitare le considerevoli spese per i consulenti tecnici, normalmente le parti lasciano che sia la corte a nominarne uno indipendente ed il cui giudizio sarà certamente tenuto più in considerazione dai giudici.

In entrambi i sistemi i consulenti tecnici possono essere *cross-examined*.

4. La sentenza.

Vi è un discreto numero di differenze tra i due sistemi per quanto riguarda la forma e la sostanza della sentenza arbitrale.

In alcuni Stati facenti parte del *common law* è consentito, quando non viene vivamente consigliato, di non redigere le motivazioni del lodo.

L'*American Arbitration Association* (Aaa) (di cui si è già detto a riguardo), per esempio, raccomanda agli arbitri di non motivare le decisioni che concernono specifici ambiti, per ridurre il rischio che il lodo venga impugnato nei tribunali statali.

Negli arbitrati internazionali invece la prassi è che vi sia sempre motivazione.

Un'altra questione riguarda chi debba sopportare le spese del giudizio, ed anche a questo proposito vi sono alcune diversità: di solito negli Stati di *civil law* è la parte soccombente che deve pagare le spese del procedimento e degli avvocati della parte vittoriosa (ma non mancano le eccezioni come il Belgio), negli USA invece si consente che ogni parte sostenga le spese per la causa senza che possa recuperarne l'importo, cosa che viene per contro consentita in Gran Bretagna, in Australia ed alcune altre giurisdizioni di *common law*.

Nei tribunali arbitrali si è inclini a distribuire le spese tra i contendenti.

5. Il controllo statale¹⁹.

¹⁹ Schutze, Tscherning, Wais, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2nd Ed. 1990, Rz. 582.

I più moderni sistemi di *civil law* e *common law* lasciano ampia discrezionalità agli arbitri sia nelle questioni procedurali che di diritto sostanziale.

Tuttavia l'arbitrato è una ADR che deriva la propria legittimazione dallo Stato ed esso si è riservato alcuni poteri di controllo per salvaguardare quegli *standards* di tutela minima per un *fair trial*.

Il suddetto controllo è esercitato durante quattro stadi del procedimento arbitrale: innanzitutto il tribunale statale può sospendere l'arbitrato se reputa che le parti non erano d'accordo nel devolvere la lite ad arbitri invece che alla giurisdizione statale; quindi in molti Paesi si reputa che certe misure come la citazione ed il giuramento dei testimoni possano solo essere adottate dalle corti statali e perciò, quando sono richieste dal procedimento, possono essere sottoposte al vaglio di legittimità; l'esecutività dei lodi arbitrali è ovunque concessa dai tribunali statali che devono perciò stabilire se si è giunti ad una decisione nel rispetto di determinate garanzie per le parti e se il lodo non è contrario all'ordine pubblico; per finire sono pochi i sistemi legali che consentono che il lodo venga impugnato davanti ai tribunali statali.

6. L'interpretazione dei contratti.

Come i tribunali statali anche le corti arbitrali decidono le controversie in base al diritto sostanziale vigente.

Vi è però una caratteristica dell'arbitrato che può influenzare l'applicazione del diritto, ossia il fatto che gli arbitri possano giungere da Paesi diversi con differenti *legal backgrounds*.

Negli arbitrati internazionali è la regola.

La maggior parte delle controversie da risolversi mediante arbitrato consistono nel giungere ad attribuire un divisato assetto a rapporti giuridici che si basano sull'interpretazione di un contratto.

L'interpretazione dei contratti è il compito principale del tribunale arbitrale.

E' essenziale allora comprendere il diverso peso ed autorità attribuita al linguaggio del documento (*wording of the contract*).

Le regole del *common law* esigono che venga attribuita la più grande autorità possibile alle parole del contratto, mentre quelle del *civil law* enfatizzano la reale volontà dei contraenti al momento in cui esso fu concluso.

Il principio romanistico della "*falsa demonstratio non nocet*" consente alle parti di palesare un diverso intento da quello che sembra indicato da una descrizione inesatta o dal significato letterale del testo.

Queste differenze hanno portato a due tecniche di redazione dei contratti: nel *common law* vengono preferiti quelli lunghi e dettagliati che vanno a menzionare ed elencare ogni possibile contingenza che potrebbe in futuro essere oggetto di controversia (ciò può essere spiegato dalla consueta affermazione che un contratto può fare affidamento solo sul suo contenuto); nei sistemi di *civil law* invece si ritiene che non sia necessario che il contratto preveda ogni dettaglio poiché ci si aspetta che la corte arbitrale, interpretandolo, non si fermi al significato letterale delle parole ma tenga in dovuta considerazione le circostanze in cui è stato stipulato.

E' bene concludere ricordando che tutti questi inconvenienti dovuti alle diversità tra i due sistemi non si presentano quando si fa luogo ad un arbitrato istituzionale governato dalle sue regole predeterminate, come quelli già menzionati dell'*International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce* o dell'UNCITRAL.

3. L'arbitrato delle County Courts.

Le *County Courts* sono state introdotte in Inghilterra con una legge del 1946²⁰.

Il loro scopo era quello di offrire alle parti un procedimento economico con cui poter risolvere delle controversie in ambito civile, nascenti da rapporti contrattuali o da responsabilità extracontrattuale.

Si cercava così di andare incontro alle esigenze degli strati meno abbienti della popolazione, infatti si discorreva di “tribunali dei poveri”²¹, affinché trovassero giustizia nelle loro liti di relativo valore, ma anche molto diffuse, dinanzi ad una corte facilmente raggiungibile.

L’Inghilterra ed il Galles sono divisi in 18 circoscrizioni, con uno o più giudici ciascuna, a loro volta suddivise in 310 distretti, ciascuno dei quali è sede di un tribunale di contea²².

Questi tribunali di contea sono composti da giudici monocratici che tengono udienza secondo turni regolari presso diverse County Courts che, riunite formano un’unica circoscrizione.

²⁰ Konrad Zweigert, Hein Kotz, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Milano, 1992, pagg. 251 e 252.

²¹ G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit., pagg. 275 e 276.

²² Vedi: *Bollettino delle Comunità europee*, “La protezione giuridica dei consumatori. Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985”, supplemento 2 / 85, pagg. 18 e 19.

Il legislatore ha affidato a questi tribunali di competenza generale in materia civile (con alcune eccezioni come le azioni per diffamazione) molte materie di grande importanza, come per esempio le locazioni e la protezione dell'affittuario, sicché la più parte dei processi civili vengono discussi in primo grado davanti alle County Courts.

La competenza concerne controversie per un importo che deve essere generalmente inferiore alle 2000£, ma può variare a seconda della materia trattata, poiché alcune Courts sono competenti anche a riguardo delle procedure concorsuali e del diritto della navigazione, inoltre quando il convenuto è d'accordo possono essere trattate anche liti di ammontare più elevato.

Se la disputa si basa su materie che devono essere giudicate secondo le regole dell'*Equity* la competenza per valore sale fino a 10.000£.

I giudici delle County Courts vengono scelti tra i *barristers* (ossia gli avvocati) e nominati dalla regina su proposta del *Lord Chancellor* (Ministro della Giustizia).

Ciascun tribunale di contea ha il suo personale amministrativo ed un *Registrar* che lo dirige.

Il *Registrar*, una specie di assistente del giudice, deve essere scelto tra i *solicitors* (si tratta dei procuratori legali) aventi almeno sette anni di pratica, e riveste anche il ruolo di giudice: segue la procedura fino al dibattimento orale, emette sentenze in caso di contumacia o di confessione (quando l'oggetto della domanda non viene dunque

contestato) e gli è consentito decidere le cause (sempre che le parti non si oppongano) che hanno un valore inferiore a 200£²³.

Quando il *Registrar* esercita funzioni giurisdizionali le sue pronunce sono appellabili davanti al giudice e, successivamente, davanti alla *Court of Appeal* (Corte d'Appello).

Anche se la funzione delle County Courts, come si diceva, era indirizzata a soddisfare le esigenze dei poveri, è ormai un dato di fatto che questi tribunali sono stati aditi più che altro dalla popolazione della “borghesia” più abbiente, prevalentemente commercianti, attratti dal miraggio di una giustizia “spicciola”, senza la necessità di nominare un difensore ed accollarsi le spese che ne derivano, oltre a quelle del procedimento²⁴.

Questa situazione è stata segnalata nel 1976 in una relazione del *National Consumers' Council* (consiglio nazionale dei consumatori) dal titolo “*Justice out of reach*” (giustizia inaccessibile), in cui si segnalava alla pubblica opinione che le County Courts erano adite da privati solo nel 9% dei casi.

In seguito all'introduzione dell'*Administration of Justice Act* del 1973 è stata introdotta una procedura arbitrale con cui il *Registrar*, fulcro

²³ Vedi nota 22.

²⁴ La situazione è così delineata in: G. J. Borrie, *Nouveaux développements des moyens destinés à assurer la protection des consommateurs en Angleterre*, in *Riv. Soc.*, 1977, pagg. 552 e segg.; *Bollettino delle Comunità europee*, “La protezione giuridica dei consumatori. Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985”, supplemento 2 / 85, pagg. 18 e 19; G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit., pagg. 275 e 276.

intorno al quale ruotano le riforme, può “liquidare” controversie di modesta entità: gli *small claims*.

E’ un procedimento del settore pubblico che ricalca il modello dell’arbitrato privato.

Nel 1981 un regolamento delle County Courts, le *County Courts Rules*, stabilisce che “si tratta di un’udienza informale, senza l’applicazione rigorosa delle norme in materia di prova”²⁵; è possibile farsi assistere da un avvocato, ma il regolamento relativo alle spese processuali scoraggia tale comportamento poiché non consente, in linea generale, alla parte vincitrice di recuperare il costo degli onorari degli avvocati²⁶.

Gli *small claims* hanno dato degli ottimi risultati e nel 1988 sono stati estesi alle *sheriff courts* della Scozia.

A seguito di un decreto del 1992 *Lay Representatives (Right of Audience) Order* è possibile farsi rappresentare da un profano (come può essere un amico che non si intende di diritto), se si desidera.

La normativa attuale prevede che tutti i reclami presentati alle County Court di valore inferiore alle 1,000 ukp (pounds sterling) siano automaticamente decisi tramite il procedimento arbitrale; non occorre farne richiesta poiché esso è imposto dal tribunale.

²⁵ Vedi: “PIANO D’AZIONE sull’accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell’ambito del mercato interno” della CE, testo riportato negli allegati di *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*, Atti del Convegno tenutosi a Verona l’11 novembre 1995, pag. 102.

²⁶ Vedi: Libro verde della CE, *L’accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le Marché unique*, Com. (93), 576, pubbl. a Bruxelles il 16.11.1993, pag. 60.

Anche alle rivendicazioni che non eccedono le 3,000 ukp viene data risposta con l'arbitrato (il limite di valore consisteva in principio in 500 £ (sterline), nel 1991 è stato portato a 1,000 £ ed infine nel 1996, a partire dall'8 gennaio, *Lord Chancellor*, Lord Mackay of Clashfern, ha approvato l'incremento sino a 3,000 £ affermando che: "*I believe this increase in the small claims limit will be of a great benefit to litigants who wish to bring straightforward claims in the less formal and less costly forum*"), a meno che esse includano un risarcimento per lesioni personali superiore alle 1,000 ukp, oppure si tratti di controversie sul possesso di terreni (*possession of land*).

Inoltre si può fare richiesta del procedimento arbitrale anche quando questo non è instaurato automaticamente, ma in questo caso non operano alcune limitazioni in termini di spesa, perciò è bene informarsi prima di prendere delle decisioni.

Quando si ritiene di avere un diritto da difendere, il giudice *Geoff Edward*, che ha pubblicato una *Small Claims Guide* di cui si può prendere visione consultando il *sito internet* della *London County Court*, consiglia di chiedere consiglio sulle reali possibilità di sostenere la causa, prima di instaurarla.

Informazioni sulla procedura, ma non sulla validità della pretesa, possono essere chieste al personale delle County Courts.

In genere l'attore mira a raggiungere una transazione, sia rivolgendosi direttamente all'altra parte, che ad uffici d'informazione

quali il *Citizens' Advice Bureaux* ed i *Consumers' Advice Centres* (uffici e centri di consulenza per i consumatori)²⁷.

Alcuni uffici offrono la consulenza gratuita dei loro legali e molti *solicitors* dedicano gratuitamente mezz'ora del loro tempo per rispondere alle domande di chi ha intenzione di instaurare una causa.

Il primo passo da fare prima di intraprendere l'azione legale consiste nello scrivere una lettera a chi si ha da rimproverare per un comportamento scorretto spiegando dettagliatamente cosa gli si biasima e su cosa esattamente verte la lamentela; in questa lettera va specificato che, se non si ottiene una risposta nel termine di un certo numero di giorni (solitamente dieci o quattordici), si darà inizio all'azione legale; il documento in questione andrà poi allegato al modulo di citazione.

Il procedimento inizia con la compilazione da parte dell'attore di un modulo di "istanza di citazione" (*simplified summons*) di grande chiarezza, che la Corte in seguito invia al convenuto unitamente ad un modulo di risposta.

Se si tratta di una somma di denaro o di cose fungibili, il tribunale spedisce un'ingiunzione di pagamento senza chiedere la comparizione delle parti (*default summons*); negli altri casi si ricorre alla citazione ordinaria (*ordinary summons*).

Spetta quindi al ricorrente optare fra i due tipi di citazione, e non sempre la decisione è agevole.

²⁷ Vedi: *Bollettino delle Comunità europee*, "La protezione giuridica dei consumatori. Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985", supplemento 2 / 85, pagg. 18 e 19.

Il convenuto ha diverse possibilità: ammettere le ragioni altrui ma chiedere tempo per pagare, ammettere solo una parte della colpa o negare il tutto.

Se il convenuto non comunica la propria risposta entro 14 giorni il comparente riempie un modulo con il quale può ottenere una sentenza che, in via normale, costituisce titolo immediatamente esecutivo.

Se il convenuto non contesta la fondatezza della domanda, ma si oppone alle condizioni di pagamento, il *Registrar* fissa un termine per l'incontro delle parti e per decidere sulle suddette condizioni.

Se il convenuto contesta l'ingiunzione di pagamento, o, se si tratta di una citazione ordinaria (*ordinary summons*), contesta tutta la domanda (*he is denying the whole claim*), si dà inizio al procedimento arbitrale.

In questo caso la più parte delle volte il tribunale trasferisce la causa alla County Court che ha competenza sul luogo dove il convenuto risiede; se ciò rappresenta un grosso inconveniente per l'attore, questi può farlo presente alla corte e, se questa lo riterrà opportuno, rimanderà indietro il caso.

Di solito l'istruttoria è documentale (si possono allora portare i contratti, le fotografie, dei *brochures*, le fatture, i referti, ecc.), ma talvolta può essere necessario sentire le parti ed eventuali testimoni.

I testimoni talvolta sono molto utili, ma se non vogliono presentarsi in tribunale non sempre è conveniente forzarli con le speciali procedure di legge!

Ancora più spesso si necessita di consulenti tecnici; se si vince la causa spetterà all'altra parte pagare la loro parcella fino ad un ammontare limite che consiste, attualmente, in 200 ukp.

Anche per i testimoni (è utile allora ricordarsi che anche l'attore è un testimone!), in caso di vittoria, si può chiedere una somma forfetaria di 50 ukp più le eventuali spese, perché hanno dovuto tralasciare le loro occupazioni per recarsi all'udienza.

L'onorario degli avvocati (dei quali peraltro non è obbligatoria l'assistenza), come già segnalato, non può essere fatto pagare alla parte soccombente.

L'attore ha l'onere della prova; egli deve convincere il giudice della fondatezza della sua pretesa "*on a balance of probabilities*"; vi sono molte discussioni dottrinali sull'esatto significato di quelle parole ma, in sostanza, vogliono dire che occorre convincere il giudice che la propria versione ha più probabilità di essere vera di quella dell'altra parte.

Se viene tenuta udienza, questa non può essere pubblica e non deve seguire una specifica procedura.

Nella maggioranza dei casi il giudice-arbitro decide subito la questione e mette le motivazioni per iscritto; può però accadere che questi ritenga di dover riflettere prima di dare il verdetto.

Si può fare appello contro le decisioni arbitrali solo per due motivi²⁸: questioni di diritto (*the Judge erred in law*) o perché l'arbitro si

²⁸ Vedi: Geoff Edwards, *A Brief Guide to County Court Arbitrations*, consultabile presso il sito internet della County Court di Londra, 1996.

è “comportato male” durante l’udienza (*the Judge “misconducted himself” during the hearing*).

Una volta giunti al lodo (*the award*) la parte soccombente ha, di regola, 28 giorni di tempo per eseguire il verdetto; se non ottempera si può richiedere l’uso di speciali procedure per l’esecuzione forzata (*enforcement proceedings*).

4. L'Ombudsman.

Gli ombudsmen del Regno Unito sono ormai molto numerosi²⁹, se ne parlerà sia tra le iniziative pubbliche che private, ma è d'uopo chiarire preventivamente l'origine e la funzione di questo istituto che ha origini antichissime.

Il termine Ombudsman, che letteralmente significa “uomo che fa da tramite”, si può tradurre con il termine di “procuratore” e in tale significato è anche stato usato in diritto privato.

Esso è comparso per la prima volta nel 1552, e deriva da un'antica radice svedese *Umbup* (potere, autorità, rappresentanza), analoga a quella islandese *ubmond* o al verbo dell'antico svedese *ombjuda* (invitare, dare un incarico), a sua volta di derivazione da *bjuda* (offrire), connesso con l'antico islandese *bioda* e con l'antico tedesco *biotan*³⁰.

La grafia della parola non è uguale in tutti i paesi scandinavi dove appunto questo istituto ha avuto origine.

Durante il Medioevo il sistema amministrativo svedese era piuttosto primitivo ed interamente imperniato sulla figura del Re.

²⁹ Giovanni Criscuoli, *L' "insurance ombudsman"*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1992, I, pag. 183.

³⁰ Napione Giovanni, *L'Ombudsman*, cit., pagg. 2 e 3.

Solo nel XVII secolo si ebbe uno “strumento di governo” (1634) che istituiva un regolamento per l’amministrazione con cui si cercava di far collaborare la Corona ed i nobili.

La nobiltà avrebbe partecipato alla gestione delle cose pubbliche nel Consiglio del Re; a questo così parteciparono il Cancelliere di Giustizia, il Maresciallo, l’Ammiraglio, il Tesoriere ed il Cancelliere.

Ciascuno di essi era a capo di un ramo dell’amministrazione ed aveva in subordine un ufficio (*Kollegium*) comprendente alcuni componenti del Consiglio del Re ed altri funzionari.

L’ufficio del Cancelliere risultò divenire molto importante, inglobare le funzioni degli altri quattro uffici e dare origine ai vari ministeri³¹.

Gli altri uffici originari spezzarono il legame col Consiglio del Regno nel secolo XVIII.

Ecco che gli uffici amministrativi svedesi da quasi tre secoli vantano una posizione di grande autonomia.

Nel 1809 il Consiglio del Regno cambiò il suo nome in Consiglio di Stato e nel 1840 i Consiglieri della Corona diventarono i vari Ministeri e la Cancelleria venne abolita.

Questa struttura, a grandi linee, è ancora quella attuale.

Da un lato vi sono i Ministeri³² che preparano disegni di legge governativi, nominano i più alti gradi dell’amministrazione e decidono i ricorsi amministrativi.

³¹ Guzman Hecksher, *Swedish Public Administration at work*, Stoccolma, 1962, pag. 9 e segg.

Dall'altro lato operano gli organi amministrativi che sono autonomi, isolati e non rapportati ad alcun ministero.

Ecco che la figura dell'Ombudsman si profila in questo quadro come l'organo che deve controllare l'attività dei pubblici dipendenti e di tutta l'amministrazione, affinché non vi siano discriminazioni o abusi; l'Ombudsman nasce quindi come organo del Parlamento a cui i singoli cittadini si possono rivolgere quando si sentono lesi dalla pubblica amministrazione in un loro diritto od interesse³³.

Fu la Costituzione del 1809³⁴ a prevedere che il Parlamento avesse modo di controllare la pubblica amministrazione attraverso un suo organo: l'Ombudsman; in seguito la successiva legge costituzionale del 1866 non mutò le cose, e la riforma del 1915 creò un Ombudsman particolare per l'amministrazione militare.

I Paesi vicini alla Svezia furono influenzati da questa esperienza ed a poco a poco questo istituto si espanse in Finlandia, in Danimarca, in Norvegia, nella ormai scomparsa Repubblica Federale Tedesca, in Olanda, in Gran Bretagna, nel Canada, negli Stati Uniti e nella Nuova Zelanda.

³² B. Lagergren, *Les secrétaires généraux des Cabinets ministériels en Suède*, in *Revue int. Des sciences administratives*, 1039, pag. 31.

³³ Napione Giovanni, *L'Ombudsman*, cit., pag. 1.

³⁴ G. Astuti, *L'esperienza costituzionale svedese*, in *Le costituzioni della Svezia e della Norvegia*, Firenze, 1946.

Questo istituto di origine antichissima è diventato col passare del tempo sempre più attuale, soprattutto per la sua natura democratica e per reprimere i ricorrenti abusi e negligenze della pubblica amministrazione.

In Gran Bretagna i mezzi a tutela del cittadino nei confronti della P.A. non sono mai stati considerati sufficienti ma, d'altro canto, l'opinione pubblica inglese ha sempre avuto (anche se è andata gradualmente scemando!) “una fede irremovibile nella bontà dei pubblici uffici”³⁵.

Nel 1929 si istituì la Commissione Donoughmore³⁶ per indagare sui poteri dei ministeri che però non portò a nulla.

Dopo la seconda guerra mondiale il fenomeno del Welfare State mutò l'atteggiamento dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione.

Nel 1957, dopo l'affare Crichton Down³⁷ (famoso scandalo che allarmò l'opinione pubblica britannica sugli abusi della P.A.), fu creata la Commissione “dei tribunali e delle inchieste in materia amministrativa”, detta commissione Frank (dal nome del suo presidente), che indagò sulla composizione e sul funzionamento dei tribunali e sui procedimenti d'inchiesta svolti dai ministeri.

³⁵ Napione Giovanni, *L'Ombudsman*, cit., pag. 24.

³⁶ B. Schwarz, *Law and Executive in Britain*, New York- Cambridge, 1949, pagg. 43-123.

³⁷ B. Chapman, *The Ombudsman*, in *Public Administration*, 1960, pag. 303 e segg.

Nel 1961 l'organizzazione "Justice"³⁸ pubblicò una relazione di Sir John Whyatt su "Il cittadino e l'amministrazione"³⁹, dove si illustrava ampiamente l'istituto dell'Ombudsman scandinavo; a questo punto anche la dottrina incominciò ad interessarsi all'argomento.

La relazione auspicava l'introduzione di un Commissario Parlamentare o Ombudsman, su modello di quello scandinavo, completamente indipendente dall'esecutivo.

Sir Whyatt trattò argomenti che avrebbero potuto ostacolare l'istituzione di questa figura e propose delle soluzioni.

Si allude al segreto d'ufficio degli atti del Gabinetto, che avrebbero potuto restare tali, al numero troppo elevato di ricorsi che avrebbe trasformato il Commissario Parlamentare in una sorta di ministero (per un primo periodo si propose che il nuovo organo prendesse in considerazione solo i ricorsi presentati da un membro del Parlamento) ed alla libertà d'azione dei capi dei dicasteri che avrebbero potuto porre il veto ad un'indagine decisa dal Commissario (disposizione che però ridurrebbe l'efficacia del suo operato).

Tutte queste modifiche per adattare l'istituto alla mentalità britannica ne avrebbero però mutato lo spirito originario.

Nel discorso della Corona pronunciato il 3 novembre del 1964 dalla Regina Elisabetta fu annunciato che il nuovo Governo laburista

³⁸ La sezione britannica della Commissione internazionale dei giuristi.

³⁹ *The citizen and the administration*, Londra, 1961, direttore di ricerca Sir John Whyatt.

avrebbe introdotto “nuove misure per l’indagine imparziale di singole lamentele”.

Nell’ottobre del 1965 un libro bianco sul “Commissario Parlamentare per l’amministrazione” è stato presentato al Parlamento dal Primo Ministro e dal Ministro Lord del Tesoro “per ordine di Sua Maestà”.

Il Commissario Parlamentare, *Parliamentary Commissioner for Administration (PCA)* è stato dunque istituito con una legge del 22 marzo 1967 (intitolata “Parliamentary Commissioner Act 1967”); con legge del 1969 sono stati creati in Irlanda del Nord il *Northern Ireland Parliamentary Commissioner for Administration (PCA)* ed il *Commissioner for Complaints (CforC)*, che nel 1972 sono stati riuniti in una sola persona comunemente chiamata Ombudsman che ricopre entrambe le cariche.

5. Iniziative private:

a) l'Insurance Ombudsman Bureau (IOB):

Insurance Ombudsman

City Gate One

135 Park Street

London

SE1 9EA

0171 928 7600

L' *Insurance Ombudsman* (in seguito *IOB*) è stato istituito nel 1981 ad iniziativa delle tre maggiori compagnie assicurative inglesi, la *GA*, la *GRE* e la *Royal*⁴⁰; questa decisione è parte di un'insieme di riforme fatte

⁴⁰ Rossella Delfino, *L'Ombudsman come modello di Alternative Dispute Resolution nel settore privato: alcune considerazioni sull'istituto, attraverso l'analisi della Insurance Ombudsman Bureau*, in *Economia e diritto del terziario*, n° 1, 1995, pag. 402.

proprie dalle imprese del settore per dare una risposta alla insoddisfazione che dilagava tra la clientela degli assicurati che non vedeva prese seriamente in considerazione le proprie lamentele, ed al conseguente aumentare dei conflitti giudiziari⁴¹.

Per sfuggire ad una più pregnante regolamentazione da parte dello Stato non venne adottata solo questa misura, ma furono anche redatti dall'*Association of British Insurers (ABI)*, che è un ente privato, gli *Statements of Insurance Practice* (in cambio dell'esenzione dei contratti assicurativi dall'*Unfair Contract Terms Act 1977*) ed i *Codes of Practices*⁴².

L'*Insurance Ombusman*⁴³ è stato il primo del settore privato ed è giocoforza incominciare da qui l'esame della funzione e della regolamentazione di questo istituto che i seguenti *Ombudsmen* hanno preso a modello.

La sua istituzione è avvenuta tramite la sottoscrizione da parte delle suddette compagnie di un contratto di tipo aperto⁴⁴, cosiddetto *Memorandum of Association*, registrato il 30 gennaio 1981, costitutivo di una società consortile a responsabilità illimitata (*unlimited company*),

⁴¹ Giovanni Criscuoli, *L'<<insurance ombudsman>>*, cit., pag. 184.

⁴² Vedi § 6, lett. e), *Le Trade Organisations e l'Office of Fair Trading*.

⁴³ C. M. Schmitthoff, *Ombudsmen Galore*, in *The Journal of Business Law*, 1985, pag. 198 e segg.; M. J. Wilson, *The Insurance Ombudsman Bureau*, in *Solicitors' Journal*, 1990, pag. 996 e segg.

⁴⁴ Per la puntuale definizione del contenuto dei documenti di costituzione e regolamentazione dell'istituto, vedi: Giovanni Criscuoli, *L'<<insurance ombudsman>>*, cit., pagg. 184, 185 e 186.

avente personalità giuridica e denominata “*The Insurance Ombudsman Bureau*”.

Tale atto costitutivo va integrato con lo Statuto, *Article of Association*, dove vengono specificate le condizioni oggettive e soggettive per l’adesione al consorzio (artt. 3, 4 e 5), il quale è aperto non solo all’adesione di altre compagnie assicurative (*subsequent Members*) dello stesso tipo di quelle fondatrici (*first Members*), ma anche ad ogni altra impresa che sia da una di queste controllata (*ancillary Member*) e presentata; inoltre in questo documento sono contenute le norme sui contributi per la gestione della società e quelle sulla regolamentazione, funzione e poteri dei suoi organi.

Le varie compagnie hanno voto differenziato all’interno dell’assemblea generale (*General Meeting*) a seconda della posizione che ricoprono nel mercato.

Infine il regolamento di attuazione (*Terms of Reference*) disciplina l’azione dell’Ombudsman che è competente per controversie in materia di rapporti contrattuali di assicurazione oppure di *unit trust* (rapporto di investimento in cui il risparmiatore sottoscrive e versa una quota di capitale di un fondo comune, la cui gestione viene affidata ad un fiduciario, *trustee*, che lo gestisce secondo le regole del *trust*, compiendo operazioni di investimento in valori mobiliari).

Nel 1989 anche la *Corporation of Lloyd’s* si è unita allo *IOB*, nel 1990 quest’ultimo ha assorbito le competenze dello *Unit Trust*

*Ombudsman*⁴⁵ e nel 1991 è diventato istituto per la risoluzione stragiudiziale delle controversie degli imprenditori associati alla *LAUTRO (Life Assurance and Unit Trust Regulatory Organisation)*; da quel momento la procedura istituzionale di risoluzione extragiudiziale delle liti prevista dalla *LAUTRO* è esperibile solo quando la materia della disputa non rientra tra quelle per le quali è competente l'*Insurance Ombudsman*⁴⁶.

Gli organi costitutivi ed operativi dello *IOB* sono tre⁴⁷:

- * il *BOARD OF DIRECTORS* (artt. 15-34 St.), eletto dall'assemblea generale (art. 40 St.), è composto di un numero di membri variabile da tre a dodici (ma l'assemblea generale può disporre diversamente (art. 15.c)), che rappresentano le imprese assicuratrici socie del *Bureau*. Esso deve gestire il patrimonio consortile (artt. 22 e 23 St.), fissare e raccogliere i contributi dovuti dalle singole imprese consorziate, designare il o i componenti del *Council* a questo spettanti e stabilirne il compenso (art. 59 St.), trattare gli affari sociali e pagare le spese di promozione. Il *Board* è presieduto da un *Chairman* che può essere coadiuvato da un vicario o *Deputy Chairman* (art. 26

⁴⁵ *The Insurance Ombudsman Annual Report 1990*, pag. 1.

⁴⁶ Paolo Gaggero, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel Regno Unito*, cit., pag. 363.

⁴⁷ Vedi: Giovanni Criscuoli, *L'<<insurance ombudsman>>*, cit., pagg. 185 e 186 e Rossella Delfino, *L'Ombudsman come modello di Alternative Dispute Resolution nel settore privato: alcune considerazioni sull'istituto, attraverso l'analisi della Insurance Ombudsman Bureau*, cit., pagg. 403 e 404.

St.). Prende le decisioni a maggioranza, ma il presidente ha voto decisivo in caso di parità (art. 27 St.).

* il *COUNCIL OF THE BUREAU* (artt. 59-64 St.) è composto di un numero variabile di membri da sei a dodici, di cui non più di tre designati dal *Board* (*Board appointees*) e sottoposti a ratifica del *Council*, e non più di nove nominati o confermati dallo stesso *Council* (*Council appointees*) ed a loro volta sottoposti a ratifica da parte del *Board*. Almeno quattro di questi membri devono essere rappresentanti di associazioni di consumatori; i rimanenti sono esperti del settore assicurativo. Il *Council* si rinnova annualmente per un terzo dei suoi componenti; tiene almeno un incontro ogni sei mesi, nonché un *Annual Meeting of the Council* prima dell'*Annual General Meeting* della società (art. 60.a St.). Il principale dei suoi compiti è eleggere l'*Insurance Ombudsman*, nonché i suoi vicari, e determinarne il compenso, controllare il bilancio dello *IOB*, rappresentare in giudizio il consorzio per ogni controversia di cui è parte attiva o passiva.

* l'*OMBUDSMAN*, nominato dal *Council* con ratifica del *Board* per un periodo di tempo di due anni rinnovabili, secondo l'art. 2.c dei *Terms of Reference*: "...may act as counsellor, conciliator, adjudicator or arbitrator..."⁴⁸; può dunque agire da consigliere, conciliatore, arbitro o decisore.

⁴⁸ Giovanni Criscuoli, *L'<<insurance ombudsman>>*, cit., pag. 186.

L'aumento di reclami presentati allo *IOB* ha fatto sì che nel 1989 si istituisse un *Deputy Ombudsman*⁴⁹ che, contrariamente a quando farebbe pensare questa denominazione, consiste in un altro *Ombudsman* con pieni poteri e responsabilità.

Una sorta di segreteria, l'*Enquiry and Application Departement*, è adibita alla ricezione dei reclami; vi sono poi tre *Assistant Teams* (due per le controversie assicurative ed uno per quelle finanziarie), presieduti ognuno da un *Senior Assistant*, che prendono in esame le controversie.

Vi sono alcune condizioni che devono sussistere perché l'*Insurance Ombudsman* possa occuparsi di una disputa (oltre naturalmente al fatto che la società contro cui viene presentato il reclamo sia socia dello *IOB* e che l'oggetto delle controversia rientri nella competenza di quest'ultimo)⁵⁰:

- I. occorre prima di tutto che colui che fa il reclamo si sia rivolto preventivamente al direttore dell'ufficio della compagnia assicurativa con cui è in disaccordo per tentare una soluzione *inter partes* (art. 67.a St.; art. 4.a *Terms of Reference*);
- II. se la risposta data da questi non soddisfa il querelante e si è giunti ad una situazione di stallo (*deadlock*), ci si può rivolgere all'*Ombudsman* entro sei mesi dalla risposta del

⁴⁹ Vedi: Rossella Delfino, *L'Ombudsman come modello di Alternative Dispute Resolution nel settore privato: alcune considerazioni sull'istituto, attraverso l'analisi della Insurance Ombudsman Bureau, cit.*, pag. 403 e *Building Societies Ombudsman Scheme Annual Report 1991-92*, pag. 5.

⁵⁰ Giovanni Criscuoli, *L'<<insurance ombudsman>>*, cit., pagg. 191 e 192.

direttore della società assicuratrice (termini più lunghi possono essere concordati dallo IOB con la compagnia assicuratrice);

III. il ricorso deve essere presentato dal diretto interessato e deve riguardare una polizza emessa nel Regno Unito o nell'isola di Man o nelle isole del Canale (art. 68.b.d St.);

IV. non deve essere in atto per la stessa questione un altro procedimento giudiziario od arbitrale (art. 4.b *Terms of Reference*);

V. la causa non deve sussistere tra il querelante e la compagnia assicuratrice di un terzo soggetto (art. 68.f St.; art. 5.d *Terms of Reference*);

VI. la polizza non deve riguardare la copertura di rischi attinenti a speculazioni economiche e commerciali operate da (o per conto di) soggetti che non siano persone fisiche (art. 68.c St.; art. 5.d *Terms of Reference*);

VII. in relazione alle assicurazioni per coperture di lungo termine la copertura non deve riguardare la politica gestionale dell'impresa e così i calcoli attuariali relativi alla determinazione dell'utile dell'impresa stessa destinato alla distribuzione tra gli assicurati, tra i quali vi è il querelante, ovvero della riduzione del premio assicurativo che la relativa polizza prevede (art. 68.c St.; art. 5.d *Terms of Reference*);

VIII. la questione non deve essere stata oggetto di un precedente ricorso allo *IOB*, tranne che non vi siano nuovi elementi di prova (art. 4.c *Terms of Reference*).

Il reclamo può essere presentato per telefono o per lettera⁵¹; è ricevuto dall'*Enquiry and Application Department* che compie un'indagine preliminare per accertare la presenza di tutte le condizioni di procedibilità, quindi invia un modulo al querelante, al quale è consentito allegare ogni documento che si reputi rilevante per la decisione della questione.

Il reclamante deve restituire il modulo con gli allegati al *Bureau* ed inviarne una copia al direttore della compagnia assicurativa contro cui si instaura la lite.

Il procedimento dell'*Ombudsman* è informale e le parti non necessitano dell'assistenza di legali, i quali possono essere ugualmente nominati, senza però possibilità di recuperarne le spese in caso di soddisfazione della pretesa (situazione peraltro analoga a quella che si verifica nella quasi totalità dei procedimenti stragiudiziali che hanno luogo nel Regno Unito).

La questione viene assegnata ad un *Assistant*, ed a questo punto l'impresa assicuratrice dovrà corrispondere una quota fissa di 300 £ per l'operato dell'*Ombudsman*, qualunque siano le successive sorti e l'esito della procedura; per il reclamante essa invece è gratuita.

⁵¹ Rossella Delfino, *L'Ombudsman come modello di Alternative Dispute Resolution nel settore privato: alcune considerazioni sull'istituto, attraverso l'analisi della Insurance Ombudsman Bureau*, cit., pag. 405.

L'istruttoria è eseguita con metodo inquisitorio e l'*Ombudsman* può avvalersi della consulenza di periti, esperti o consulenti tecnici⁵².

Le compagnie socie del *Bureau* sono obbligate contrattualmente a fornire tutta la documentazione necessaria alla piena comprensione del problema oggetto della disputa, se il loro comportamento non è corretto ne verrà fatta segnalazione sia al *Council of the Bureau* che al *Board*, i quali potranno richiamare i funzionari poco disposti alla collaborazione (art. 3.b *Terms of Reference*).

L'*Assistant* può invitare le parti ad un incontro alla presenza dell'*Ombudsman*, in tal caso il querelante viene risarcito dei conseguenti oneri, e può proporre una transazione che, se viene accettata da entrambe le parti, pone fine alla questione; ad ogni modo deve adoperarsi per una soluzione concordata della controversia.

Le parti difficilmente hanno rapporti diretti poiché comunicano per mezzo dell'*Assistant*.

Quando le parti non riescono a trovare un accordo si passa alla fase decisionale: l'*Assistant* indossa le vesti di arbitro⁵³ (art. 2.c *Terms of Reference*) e la sua decisione viene sottoposta all'approvazione dell'*Ombudsman*; se quest'ultimo ritiene che il ricorso non sia fondato

⁵² Rossella Delfino, *L'Ombudsman come modello di Alternative Dispute Resolution nel settore privato: alcune considerazioni sull'istituto, attraverso l'analisi della Insurance Ombudsman Bureau*, cit., pag. 406.

⁵³ Sul fatto piuttosto criticato che sia lo stesso soggetto a svolgere prima le funzioni di mediatore, poi di arbitro, vedi: *The Law Society, Alternative Dispute Resolution*, 1991, pag. 18 e Goldberg, Green e Sander, *Dispute Resolution*, 1985, Little Brown and Company, Boston, pag. 246.

invia al querelante una *advice letter* nel quale motiva le ragioni della sua persuasione.

Se il cliente insoddisfatto fornisce nuove prove l'*Ombudsman* potrà decidere se ritornare sulle sue decisioni o chiudere la questione con una *final decision*.

Quando la decisione è favorevole al reclamante essa potrà comprendere il versamento di una penale a carico della compagnia assicuratrice sino a 10.000 £ annue, se si tratta di controversie relative a polizze che obbligano l'assicuratore a pagare al beneficiario una rendita periodica, oppure sino a 100.000 £ negli altri casi.

Se la penale non supera gli importi suddetti il pagamento della stessa è vincolante per l'impresa, altrimenti costituisce una mera raccomandazione.

La decisione non è appellabile tranne che nel caso eccezionale in cui emergano nuove prove prima non disponibili.

Nel caso in cui una società non ottemperi alla decisione dell'*Ombudsman*, quest'ultimo potrà citarla in giudizio per inadempimento contrattuale (*breach of contract*).

L'*Ombudsman* per risolvere la controversia si deve attenere alle vigenti leggi assicurative, anche se la prassi, quando più favorevole al querelante, deve prevalere su queste.

I precedenti non sono vincolanti.

Nella relazione annuale (*Annual Report*) del 1989, l'*Ombudsman* in carica rapportò il suo ufficio a quello del tribunale medievale del Cancelliere (la *Court of Chancery*), custode "*of the King's conscience*".

Egli, infatti, secondo le sue parole, doveva “*to keep the conscience of the insurance industry*”, pronunciando decisioni basate sull’equità, badando più al reale intento delle parti che ad una interpretazione letterale del contratto⁵⁴.

I vantaggi di questa procedura sono quelli consueti di ogni ADR, a suo tempo già vagliati; vale la pena però soffermarsi su quello che invece è da alcuni ritenuto uno svantaggio di questo e di tutti gli altri *Ombudsmen* privati: l’indipendenza e l’imparzialità sarebbero discutibili poiché l’istituto, come si è visto, è interamente finanziato dalle imprese associate che si rimettono alla sua giurisdizione⁵⁵.

L’opinione presentata è sicuramente discutibile, ma, per quanto possa avere anche un fondo di verità, occorre soffermarsi sul fatto che comunque l’istituto in questione consente ai reclamanti di usufruire di una possibilità in più di quante non ne avrebbero altrimenti: una *chance* di ottenere soddisfazione a costi pressoché nulli, in tutti i casi che, in altre circostanze, non sarebbero magari neppure giunti davanti ad una corte per l’indisponibilità di mezzi economici del cliente della compagnia assicuratrice o per la sua sfiducia nella giustizia ordinaria.

Inoltre la pronuncia dell’*Ombudsman* fa salvo il diritto del querelante di adire successivamente l’autorità giudiziaria, perché persuaso di non aver ancora ottenuto giustizia.

⁵⁴ *The Insurance Ombudsman Annual Report*, 1989, pag. 1; *The Keeper of the Conscience*, in *The Conveyancer*, 1989, pag. 324.

⁵⁵ *National Consumer Council, Ombudsman Services, Consumers’ views of the Office of the Building Societies Ombudsman and the Insurance Ombudsman Bureau*, London 1993.

**b) il Banking Ombudsman e l'Ombudsman bancario
italiano:**

Banking Ombudsman

70 Gray's Inn

Road

London

WC1X 8NB

0171 404 9944

Il ***Banking Ombudsman***⁵⁶ è sorto nel 1986, su iniziativa di diverse banche inglesi, ed ha funzione e struttura plasmati a modello dell'*Insurance Ombudsman*.

Esso può risolvere esclusivamente controversie inerenti a contratti bancari conclusi tra le banche del consorzio che l'ha istituito ed i loro clienti.

⁵⁶ Vedi: Paolo Gaggero, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel Regno Unito*, cit., pagg. 364 e 365; lo specifico regolamento del *Banking Ombudsman* e la guida *Complaint Now* prelevata dal sito internet del *Banking Ombudsman* di Londra.

Il *Banking Ombudsman* tratta solo di problemi contemplati nelle sue norme di attuazione (*Terms of Reference*) e gli si può chiedere se un tipo di lamentela rientri nelle sue competenze.

In breve si può affermare che si occupa di dispute che riguardano tutti i tipi di contratti bancari che vengono conclusi nelle varie sedi delle banche oppure per telefono, od anche tramite *cash machines* o *plastic cards*.

Vengono incluse così le lamentele circa conti correnti, libretti di risparmio, depositi, assegni, ordini bancari, debiti,...; prestiti, ipoteche e somme dovute dal correntista alla banca in conto corrente sono inclusi, ma solo quando la banca ha commesso un'irregolarità, non quando si mettono in dubbio i suoi giudizi commerciali.

L'*Ombudsman* può trattare reclami che riguardano carte di credito ed alcuni servizi bancari di esecuzione testamentaria e di fedecommesso, nonché altri servizi relativi alle tasse ed alle assicurazioni, quando forniti dalla banca.

Il *Banking Ombudsman* può aprire un procedimento solo se:

- 1) riguarda una banca o una compagnia consorziata al *Banking Ombudsman*;
- 2) il reclamo deve riguardare un fatto accaduto negli ultimi sei anni, e la banca deve essere membro del *Banking Ombudsman* fin da allora;
- 3) il valore della lite non deve eccedere le 100,000 £ e non deve far parte di una controversia di maggiori dimensioni;

4) il servizio bancario oggetto della disputa deve essere stato fornito in Inghilterra, nel Galles, in Scozia o nell'Irlanda del Nord, sono escluse (al contrario di quanto si era visto per l'*Insurance Ombudsman Bureau*) le isole del Canale, l'Isola di Man e gli Stati esteri.

Non ha invece competenza se:

- 1) oggetto della controversia è la valutazione commerciale della banca o la sua politica generale;
- 2) la questione è già stata decisa o è pendente davanti ad un tribunale ordinario, oppure è già stata presa in considerazione dall'*Ombudsman*;
- 3) il tipo di disputa deve essere risolta tramite una delle procedure istituite in esecuzione del *Financial Services Act*⁵⁷;
- 4) la lagnanza concerne il modo in cui la banca ha esercitato la sua valutazione discrezionale riguardo all'esecuzione di testamenti e nel *trust*;
- 5) la lamentela riguarda il conto bancario di una società con un giro d'affari annuo superiore al milione di sterline.

Prima che l'*Ombudsman* possa interessarsi del problema occorre aver esaurito tutte le procedure interne con gli uffici della banca in questione.

Se si hanno difficoltà a questo riguardo, o se si è nel dubbio se la lite sia di competenza del *Banking Ombudsman*, si può scrivere a

⁵⁷ Vedi § 6, lett. g), *Il settore finanziario-assicurativo*.

quest'ultimo spiegando in che cosa consista esattamente il problema e sottolineando in particolare quale colpa abbia la banca, quale danno si sia sofferto in conseguenza di ciò, e come si desidera che la banca vi rimedi.

L'*Ombudsman* può intimare alla banca di risolvere il problema nel termine di quattro settimane o di dichiarare la situazione di stallo (*deadlock*).

In quest'ultimo caso il reclamante ha sei mesi di tempo per decidere se adire l'*Ombudsman*; in caso affermativo occorre che gli invii una copia della lettera di risposta della banca (*deadlock letter*) e lo metta al corrente di ogni dettaglio.

Se si è già scritto all'*Ombudsman* non serve ripetere le informazioni che siano già in suo possesso.

Al ricorrente viene inviato un modulo da compilare.

Dal momento che la legge proibisce alle banche di divulgare informazioni relative ai loro clienti senza l'autorizzazione dell'autorità competente, occorrerà attendere che questa venga concessa prima di iniziare il procedimento.

Nel caso in cui si stia agendo nell'interesse di qualcun altro è opportuno segnalarlo e spiegare le ragioni per cui il diretto interessato non può adire l'*Ombudsman* personalmente (per esempio perché è malato ed ha chiesto ad un'altra persona di aiutarlo).

Normalmente la procedura è portata avanti esclusivamente per iscritto ed il reclamo è trattato in modo confidenziale.

Il cliente querelante o la banca possono chiedere all'*Ombudsman* di non mettere a conoscenza l'altra parte di determinate informazioni, in

questo caso esse hanno però un'influenza minore sull'esito della controversia, da momento che non viene data all'altra parte la possibilità di replicare.

La decisione dell'*Ombudsman* ha carattere vincolante.

La procedura è gratuita per il cliente che fa il reclamo, ed anche quando la banca, ritenendo che la questione comporti gravi conseguenze per la stessa o sollevi una questione molto importante, decida di trasferire la causa davanti ad un tribunale ordinario, deve corrispondere ogni costo legale anche per l'altra parte.

In Italia è stato istituito dall'Associazione Bancaria Italiana un ***Regolamento dell'ufficio reclami e dell'Ombudsman bancario***⁵⁸ (all. alla circolare dell'A.B.I., serie tecnica R. n. 3 del 1 febbraio 1993).

L'art. 12 di questo Regolamento prevede che le banche aderenti alla proposta pubblicizzino, nei loro locali aperti al pubblico, l'Accordo in base al quale sono sorte le suddette strutture, in modo che i clienti vengano a conoscenza di questo strumento di risoluzione delle controversie.

In base ad esso gli enti creditizi aderenti devono istituire presso le loro sedi un Ufficio Reclami (ove non già esistente), cui è preposto un responsabile; per quelli aventi non più di tre sportelli, il Responsabile

⁵⁸ Paragrafo basato sulla consultazione del "Regolamento dell'ufficio reclami e dell'Ombudsman bancario" prelevato dal sito internet della Banca Carige, e di: Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Diritto civile, cit.*, pag. 18.

dell'Ufficio Reclami è il Presidente o il Direttore, e l'ufficio è costituito presso la relativa segreteria.

Come accade nel Regno Unito, anche in Italia si richiede che, prima di poter adire l'*Ombudsman*, il cliente che ha da presentare delle doglianze circa il modo con cui l'ente abbia gestito operazioni o servizi, si deve rivolgere innanzitutto al suo Ufficio Reclami; questo, secondo l'art. 2 del Regolamento deve evadere il reclamo (pervenutogli tramite raccomandata A.R. o consegnato direttamente allo sportello presso cui viene intrattenuto il rapporto, previo rilascio di ricevuta) entro sessanta giorni.

Ove il reclamo sia fondato l'ente deve indicare nella risposta i tempi entro i quali si impegna a risolvere la questione.

Quando la doglianza verta su servizi di intermediazione in valori mobiliari viene ugualmente applicato il Regolamento in questione, fermo restando il disposto degli artt. 19, 22 e 23 del "Regolamento disciplinante l'esercizio di attività di intermediazione mobiliare", approvato dalla Consob con deliberazione n° 5387 del 2 luglio 1991.

L'*Ombudsman bancario* è un organismo collegiale che ha sede in Roma, ed è composto da:

- un Presidente, nominato dal Governatore della Banca d'Italia;
- due membri, nominati dal Presidente dell'Associazione Bancaria Italiana;

- un membro, nominato dal Presidente del Consiglio Nazionale Forense;
- un membro, nominato dal Presidente del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti.

I predetti componenti durano in carica un triennio e possono essere confermati per una sola volta.

All'interno del collegio viene nominato un vice Presidente che sostituisce il Presidente in caso di assenza o di impedimento di quest'ultimo.

Quando vengano a mancare dei componenti, coloro che li hanno eletti devono provvedere alla loro sostituzione su impulso da parte del Presidente o del vice Presidente.

I componenti del collegio decadono di diritto dall'incarico qualora non siano presenti, senza giustificato motivo, per tre riunioni consecutive dell'*Ombudsman*.

Questo delibera a maggioranza semplice dei presenti, ed in caso di parità il voto del Presidente (o in sua assenza a quello del vice Presidente) è decisivo.

L'istituzione dispone di una segreteria tecnica coordinata da un segretario che partecipa alle riunioni del collegio.

Si possono rivolgere all'*Ombudsman bancario* "...esclusivamente i soggetti che rivestono la qualifica di consumatori ai sensi dell'art. 18 della legge 19 febbraio 1992, n° 142 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee),

per controversie relative a rapporti, aventi ad oggetto operazioni o servizi, da essi intrattenuti con gli enti creditizi per finalità estranee all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta..." (art. 7 del Regolamento dell'ufficio reclami e dell'Ombusman bancario).

Le condizioni per proporre l'azione sono che:

- 1) il reclamo non sia stato già portato davanti all'a.g.o. o ad un collegio arbitrale;
- 2) il valore della controversia non superi i cinque milioni di lire;
- 3) si sia preventivamente tentato di risolvere la questione con l'Ufficio Reclami dell'ente con cui si è in contrasto.

In conformità con l'art. 10 del Regolamento, l'*Ombudsman* deve pronunciarsi entro 90 giorni, e la sua decisione è vincolante per l'ente creditizio.

Ogni procedura è gratuita per il cliente e rimane fermo per questi il diritto di adire l'Autorità giudiziaria o, dove previsto, il collegio arbitrale.

Le decisioni prese in adempimento delle particolari procedure per la risoluzione delle controversie previste dall'*Insurance Ombudsman Bureau*, dal *Banking Ombudsman* e dall'*Ombudsman bancario*, difficilmente non sono rispettate dagli enti aderenti alle convenzioni che le hanno fatte sorgere; ciò che più garantisce il loro corretto comportamento è la pubblicità negativa (prevista in talune occasioni anche a mezzo stampa) che, in caso contrario, vi si ritorcerebbe contro ed allontanerebbe la clientela.

Al contrario, il puntuale rispetto delle decisioni eleva la reputazione degli enti facendoli apparire *customed concerned* e diminuisce lo squilibrio di potere esistente tra il cliente insoddisfatto e l'ente in questione.

c) il Corporate Estate Agents Ombudsman:

Corporate Estate Agents

Ombudsman

Beckett House

4 Bridge Street

Salisbury

SP1 2LX

01722 333306

Il *Corporate Estate Agents Ombudsman*⁵⁹ è sorto da una convenzione tra agenti immobiliari per la soluzione stragiudiziale delle controversie tra *Residential Estate Agents* ed i propri clienti.

Si occupa dei reclami che riguardano l'inadempimento di un'obbligazione da parte dell'*Agent*, la sua inosservanza di regole

⁵⁹ Vedi: Paolo Gaggero, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel Regno Unito*, cit., pagg. 365 e 366 ed il relativo regolamento.

deontologiche o principi di pratica commerciale e comportamenti di *maladministration*.

La lite non può toccare valutazioni di stima e perizie.

Come per quanto già osservato per il *Banking Ombudsman*, anche quello in questione può, se lo ritiene opportuno, deferire a sue spese la controversia davanti al giudice ordinario, e non può essere adito nel caso in cui la questione sia stata già presentata ad una corte ordinaria.

Il cliente insoddisfatto deve attivarsi con richiesta scritta entro un anno dal comportamento censurato.

Dopo avere obbligatoriamente cercato di risolvere la disputa direttamente con l'*Agent* in questione e non essere potuti giungere ad alcun accordo, l'interessato deve chiedere l'intervento dell'*Ombudsman* entro sei mesi dal verificarsi della situazione di *deadlock*.

Il *Corporate Estate Agents Ombudsman* deve dapprima tentare una conciliazione e, se non vi riuscisse, formulare un'ipotesi di accordo, operando da mediatore.

Quando le procedure descritte non dessero risultato, questi provvede ad adottare una decisione: essa è vincolante per entrambe le parti se ha il consenso del cliente, diversamente quest'ultimo può adire il tribunale ordinario.

6. Iniziative pubbliche:

6. il Parliamentary Ombudsman⁶⁰:

In Gran Bretagna il Commissario Parlamentare⁶¹ (*Parliamentary Commissioner for Administration, PCA*) fu istituito con una legge del 22 marzo 1976.

Egli è nominato dalla Corona su parere del governo, d'intesa con il leader dell'opposizione ed il presidente della commissione ristretta per il *Parliamentary Commissioner for Administration*.

Non è richiesto alcun requisito specifico, ma il *PCA* non può essere membro del Parlamento, né di un partito politico, né può rivestire alcuna altra carica pubblica importante tranne quella di *Health Service Commissioner*.

E' un funzionario della Camera dei Comuni.

⁶⁰ Paragrafo basato sulla consultazione di due articoli prelevati dal sito internet del UK gov. London: *Parliamentary Commissioner for Administration, PCA* e *Northern Ireland Parliamentary Commissioner for Administration, PCA and Commissioner for Complaints, CforC*.

⁶¹ Napione Giovanni, *L'Ombudsman*, cit.

Conserva la sua carica sino all'età di 65 anni e non può essere rinnovato nell'incarico.

Il *PCA* può essere destituito dalla Corona in base ad una mozione adottata dalle due Camere del Parlamento.

Il legame tra esecutivo e Commissario Parlamentare sembra perciò molto forte, ma la durata della carica e le modalità previste per la revoca gli assicurano una discreta autonomia.

Il Commissario Parlamentare può sindacare soltanto le Amministrazioni statali, e, fra queste, solo quelle menzionate in una tabella allegata alla legge esecutiva.

Vi sono menzionati i Ministeri e uffici statali come la Zecca, l'Archivio dei pubblici documenti, l'Istituto Poligrafico dello Stato ed altri.

Restano invece esclusi l'Amministrazione locale, le industrie nazionalizzate, gli altri enti pubblici, oltre che i giudici ed i tribunali Amministrativi.

Il suo compito consiste nell'esaminare le denunce inoltrate a causa di un'ingiustizia imputabile a fatti di maladministration e quelle per mancata comunicazione ingiustificata di informazioni ufficiali.

La legge del 1967 istitutiva del Commissario Parlamentare non definisce la nozione di *maladministration* e ciò consente di lasciare grande discrezionalità al suo operato, ad ogni modo, in sede di dibattito parlamentare, si è chiarito quali siano i comportamenti che rientrano in essa: motivi personali, negligenza, disattenzione, ritardo, incompetenza, incapacità, inettitudine, immoralità, parzialità, arbitrarietà,...

In virtù del codice di comportamento del 1994, relativo all'accesso alle informazioni dell'amministrazione, il *PCA* può anche esaminare le denunce inoltrate per motivo di accesso negato in maniera illegittima ad informazioni ufficiali.

Il codice stabilisce anche che i ministeri ed altri organismi governativi sono tenuti a: fornire su richiesta informazioni relative alla loro sfera di competenze, comunicare fatti ed analisi a sostegno delle principali decisioni, elaborare orientamenti relativi alle relazioni dei ministeri con il pubblico, motivare le decisioni amministrative ed infine, fornire le informazioni relative ai servizi pubblici così come previsto dalla Carta del cittadino (costi, finalità, realizzazioni, reclami e riparazioni).

Si tratta di tutte le informazioni di cui dispongono i ministeri e gli altri organismi governativi tranne quelle il cui carattere confidenziale viene garantito dalla legge o dal codice di comportamento.

Il *PCA* raccomanda una misura correttiva a favore del richiedente; può anche raccomandare una modifica delle procedure qualora l'ingiustizia in questione fosse dovuta a queste ultime.

Il *PCA* decide di aprire, di proseguire o d'interrompere le sue indagini e il modo in cui condurle, in base al suo potere discrezionale.

Tutti i poteri di cui dispone gli sono conferiti dalla legge e, in tal senso, li esercita in maniera del tutto indipendente rispetto al potere esecutivo ed al Parlamento.

Il PCA deve essere investito con una denuncia scritta inoltrata da una persona o da un gruppo di persone che ritengono di essere state personalmente danneggiate.

La denuncia deve essere indirizzata al PCA tramite un membro del Parlamento⁶².

Il querelante deve aver portato il suo caso all'attenzione di un membro del Parlamento entro 12 mesi a partire dalla data del fatto incriminato.

Il PCA non può avviare un'indagine di propria iniziativa.

Il membro del Parlamento viene informato della decisione del Commissario di aprire un'inchiesta; allo stesso tempo la denuncia viene comunicata ufficialmente al ministero interessato in modo che esso possa presentare le proprie osservazioni.

Il PCA deve innanzitutto dare la possibilità al ministero o all'organismo oggetto della denuncia, nonché ad ogni funzionario citato, di presentare le proprie osservazioni. In seguito, una delle sue unità investigative apre un'inchiesta, esamina i documenti ministeriali e tiene gli incontri ritenuti necessari con i funzionari interessati, con il richiedente e con ogni terza parte interessata.

Al termine della sua inchiesta il PCA presenta una relazione al parlamentare interessato e, se ritiene sia il caso, al Parlamento.

⁶² Rossella Delfino, *L'Ombudsman come modello di Alternative Dispute Resolution nel settore privato: alcune considerazioni sull'istituto, attraverso l'analisi della Insurance Ombudsman Bureau*, cit., pag. 397.

Nel corso di un'inchiesta, il *PCA* può chiedere ad ogni ministro, ogni funzionario o ad ogni altra persona di comunicargli le informazioni o i documenti pertinenti che ritiene siano in loro possesso; fatte salve pochissime eccezioni, egli può rendere pubbliche tutte le informazioni che gli vengono comunicate.

Per quanto concerne il reperimento delle prove, il *PCA* dispone di poteri molto simili a quelli della *High Court*, ai sensi della legge del 1967, un tribunale può sanzionare ogni ostruzione fatta alle sue attività senza un motivo legittimo.

Il *PCA* non può indagare nel caso in cui:

1. il querelante si è già rivolto ad un tribunale;
2. si tratti di misure relative all'acquisto obbligatorio di terreni o alla loro ulteriore cessione;
3. si sia di fronte a decisioni discrezionali prese in assenza di ogni fatto di cattiva amministrazione.

Il *PCA* non ha il potere di costringere l'organo oggetto della denuncia a prendere una misura correttiva: le sue raccomandazioni non hanno forza esecutiva.

Quando un organo respinge o tarda ad attuare le raccomandazioni del *PCA*, egli può informarne le Camere. In pratica a questo punto la questione passa alla commissione intergruppo che può convocare ed interrogare i funzionari superiori; qualora la questione non possa essere risolta in questa fase, può essere dibattuta alla Camera dei Comuni ed il ministro interessato può essere invitato a giustificare le azioni del suo ministero.

Il *PCA* presenta al Parlamento delle relazioni annuali e periodiche che vengono pubblicate quali documenti parlamentari.

Nell'Irlanda del Nord con una legge del 1969 vennero istituiti il Commissario Parlamentare (*Northern Ireland Parliamentary Commissioner for Administration, PCA*) ed il Commissario per i Reclami (*Commissioner for Complaints, CforC*), poi riuniti nel gennaio del 1972 in una sola persona che riveste entrambe le cariche, chiamata *Ombudsman*.

Per tutto ciò che concerne il *PCA* si rimanda a quanto appena detto per il Commissario Parlamentare della Gran Bretagna, con l'unica differenza che il *PCA* dell'Irlanda del Nord ha competenza per gli atti di *maladministration* commessi da un ministero del governo centrale dell'Irlanda del Nord, ad eccezione dei settori gestiti dal governo di Westminster, o da altri organi pubblici elencati nella legge.

Il *Commissioner for Complaints* esamina le denunce relative a fatti di cattiva amministrazione commessi da organi pubblici dell'Irlanda del Nord, ivi compresi gli *Health and Social Service Boards*, gli *Education and Library Boards*, i *District Councils* ed il *Northern Ireland Housing Executive*. Per quanto riguarda l'*Health Service*, i suoi poteri sono identici a quelli dell'*Health Service Commissioner for Great Britain*.

Ogni persona può inoltrare personalmente una denuncia al *CforC* entro un termine di due mesi dalla data in cui è venuto a conoscenza dell'atto o entro sei mesi dalla data dell'atto stesso: verrà considerata la data meno recente.

Non vi può essere intervento d'ufficio.

Il *CforC* applica una procedura identica a quella del *PCA*, ma la sua relazione viene comunicata direttamente al richiedente.

Le decisioni del *CforC* hanno forza esecutiva nella misura in cui il querelante può rivolgersi alla *County Court* per ottenere soddisfazione in base alla relazione del Commissario.

Dal 1974 vi sono inoltre dei ***Local Government Ombudsmen***⁶³ presso i quali si può ricorrere quando si abbiano delle lamentele dovute a *maladministration* da parte di autorità e consigli locali.

E' previsto che il soggetto querelante prima di poter ottenere il suo intervento cerchi di risolvere la questione coi diretti interessati, sperando, ove ve ne siano, appositi procedimenti interni per la soluzione di questi problemi.

In Inghilterra vi sono tre *Local Ombudsmen* per differenti circoscrizioni territoriali⁶⁴:

A) *Greater London, Kent and East Sussex:*

Mr E B C Osmotherly CB

Local Government Ombudsman

21 Queen Anne's Gate

⁶³ Vedi: Rossella Delfino, *L'Ombudsman come modello di Alternative Dispute Resolution nel settore privato: alcune considerazioni sull'istituto, attraverso l'analisi della Insurance Ombudsman Bureau*, cit., pag. 397.

⁶⁴ *How to complain to the Local Government Ombudsman*, brochure informativo pubblicato dalla *Commission for Local Administration in England (the Local Government Ombudsmen)*, aggiornato all'agosto 1996.

London SW1H 9BU

Tel: 0171 915 3210

Fax: 0171 233 0396

B) Surrey; West Sussex; East Anglia; the south west, the west, the south and most of central England (excluding Birmingham):

Mr J R White

Local Government Ombudsman

The Oaks No 2

Westwood Way

Westwood Business Park

Coventry CV4 8JB

Tel: 01203 695999

Fax: 01203 695902

C) Birmingham, Cheshire, Derbyshire, Nottinghamshire, Lincolnshire and the north of England:

Mrs P A Thomas

Local Government Ombudsman

Beverley House

17 Shipton Road

York YO3 6FZ

Tel: 01904 663200

Fax: 01904 663269

b) il Pensions Ombudsman:

Pensions

Ombudsman

11 Belgrave

Road

London

SW1V 1RB

0171 834 91444

Il *Pensions Ombudsman*⁶⁵ è stato istituito nel 1991, in attuazione del *Social Security Act* del 1990 (benché sia stato istituito con legge è competente per attività di carattere privato).

Nominato dal *Secretary of State for Social Security*, si interessa di controversie in materia pensionistica che non siano state risolte dai *trustee* o dai *managers* dell'ente erogante la pensione o dall'*Occupational Pensions Advisory Service*.

Il reclamo può riguardare un *trustee* od un amministratore (*manager*) che debba gestire un fondo pensionistico, a carico del quale vi sia l'obbligo di corrispondere una rendita vitalizia.

⁶⁵ Vedi: Paolo Gaggero, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel Regno Unito*, cit., pagg. 366, 367 e 368 ed il relativo regolamento.

Si può trattare quindi di fondi costituiti per l'erogazione di trattamenti di quiescenza a seguito di un'attività lavorativa (*occupational pension schemes*), o fondi generici cui il querelante abbia deciso volontariamente di aderire (*personal pension schemes*).

Sono inclusi anche, oltre ai fondi costituiti nell'ambito del *public pensions schemes*, quelli costituiti ed amministrati da imprese private, come quelle assicuratrici.

Quando vengano in considerazione fondi di ambito privato, l'*Ombudsman* non si occupa solo di *maladministration* ma anche di fatti diversi come, per esempio, l'errata applicazione di norme giuridiche.

Occorre che il reclamante tenti prima di risolvere la questione direttamente col gestore del fondo, quando ciò non porti ad alcun risultato l'*Ombudsman* tenta una conciliazione fra le parti e, se nemmeno questa ha successo, elabora una decisione che è vincolante per le parti ed immediatamente esecutiva.

Il querelante può impugnarla solo per violazione di legge.

Tutta la procedura è gratuita e le spese per la gestione dell'ufficio sono sostenute dal *Secretary of State for Social Security*.

c) il Legal Services Ombudsman:

Legal Services

Ombudsman

22 Oxford Court

Oxford Street

Manchester

M2 3WQ

0161 236 9532

L'ufficio⁶⁶ è sorto nel 1991, in attuazione del *Courts and Legal Services Act* del 1990 e, per la Scozia, del *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* dello stesso anno.

Esso ruota intorno al *Lord Chancellor Departement*, il quale nomina l'*Ombudsman* e finanzia il suo ufficio.

Si occupa di fatti inerenti alla condotta di *solicitors*, *barristers* e *licensed conveyancers* che abbiano prestato assistenza legale per atti di alienazione, o che abbiano esercitato le funzioni di esecutore testamentario.

Se la questione è già stata presa in considerazione dalla corporazione cui appartiene il professionista per la somministrazione di

⁶⁶ Vedi: Paolo Gaggero, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel Regno Unito*, cit., pag. 368 ed il relativo regolamento.

eventuali sanzioni, l'*Ombudsman* non ha competenza finché essa non ha concluso il suo procedimento.

Il *Legal Services Ombudsman* ha solo potere di raccomandazione e suggerisce nei confronti del cliente che abbia ragione sulla pretesa vantata, quando è opportuno, il pagamento di una *compensation* per l'ingiustizia subita.

Il dissenziente deve dare pubblicità del proprio rifiuto di osservare la decisione dell'*Ombudsman* e della conseguente motivazione del suo comportamento; in caso contrario ciò sarà attuato dall'ufficio a spese del professionista.

d) i Public Utilities Schemes:

Si tratta di procedure introdotte in occasione della privatizzazione di numerose imprese di fornitura di servizi pubblici, per garantire tutela all'utente che subisca scorrettezze da parte del fornitore o somministratore⁶⁷.

Sono state le leggi che hanno regolamentato la privatizzazione che ne hanno previsto l'istituzione.

Si è dato origine così a diversi uffici a capo dei quali vi è un *Director General* che ha la funzione di terzo preposto alla procedura.

Il *Director General* è un pubblico ufficiale, qualificato come *crown servant* e nominato dal *Secretary of State of Trade and Industry*; non sembra comunque essere un funzionario dello Stato, ma, piuttosto, un incaricato di un servizio di interesse generale.

1. L'*Electricity Scheme* - L'*Electricity Act* del 1989 ha istituito l'*Office of Director General of Electricity Supply*, a capo dell'*Office of Electricity Regulation (OFFER)*. Il consumatore insoddisfatto, prima di poter accedere al *Director General*, deve rivolgersi al *Regional Office* dell'*OFFER* o, in Scozia, al *Consumers' Committee* (quest'ultimo può essere anche coinvolto dopo aver esperito inutilmente la procedura del *Regional Office*). Il *Director*

⁶⁷ Vedi: Paolo Gaggero, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel Regno Unito, cit.*, pagg. 369-373 ed i relativi regolamenti.

General decide la questione con un provvedimento vincolante cui è riconosciuta l'efficacia delle sentenze delle *County Courts* (o delle *Sheriff Courts*).

2. Il *Gas Scheme* - Il *Gas Act* del 1986 ha istituito l'*Office of Director General of Gas Supply*, l'*Office of Gas (OFGAS)* (diretto dal primo) ed il *Gas Consumers' Council (GCC)*. Il *Director General* è competente quando la compagnia oggetto di reclamo è la *British Gas*, il *GCC* negli altri casi. Si può accedere a queste procedure solo dopo aver cercato inutilmente di risolvere la questione con la compagnia interessata. Se il primo ad interessarsi della controversia è il *GCC* e la questione non è stata da esso risolta, gli atti sono trasmessi d'ufficio all'*OFGAS*, affinché assuma le dovute iniziative.

3. Il *Telecommunications Scheme* - Il *Telecommunications Act* del 1984 ha istituito il *Director General of Telecommunications* e l'*Office of Telecommunications (OFTEL)*. Quest'ultimo è dotato di una struttura molto articolata (170 uffici locali) ai quali può essere rivolto il reclamo, oppure si può prendere contatto direttamente con l'*OFTEL* o il *Director General*.

4. Il *Water Scheme* - Il *Water Act* ha istituito l'*Office of Water Services (OFWAT)* ed il *Director General of Water Services* che lo dirige. L'utente che fa il reclamo

deve prima tentare la procedura di composizione davanti al *Customer Services Committee*, quindi, se questa non ha dato il risultato sperato, può chiedere aiuto al *Director General*.

e) le Trade Organisations e l'Office of Fair Trading⁶⁸:

Ai sensi dell'articolo 124, paragrafo 3 del *Fair Trading Act* del 1973, il *Director General of Fair Trading* ha il dovere di promuovere modelli di *Adjudicative* e *Non-Adjudicative* ADR ad opera delle *Trade Organisations* (associazioni rappresentative di categoria) e di incoraggiare le stesse a stabilire regole deontologiche per la tutela degli interessi del consumatore.

Questi procedimenti di conciliazione ed arbitrato sono stati introdotti tramite i *Codes of Practice* (codici di buona condotta).

Dal 1973 le *Trade Organisations*, in collaborazione con l'*Office of Fair Trading*, hanno introdotto codici nei seguenti settori⁶⁹: vendita di elettrodomestici e servizio dopo vendita; viaggi organizzati; vendita e manutenzione di veicoli a motore; vendita e riparazione di calzature; lavanderia; arredamento; fotografia; vendita per corrispondenza; vendita

⁶⁸ Vedi: *Bollettino delle Comunità europee*, "La protezione giuridica dei consumatori. Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985", supplemento 2 / 85, pagg. 40 e 41.

⁶⁹ Vedi: Paolo Gaggero, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel Regno Unito*, cit., pagg. 373, 374 e 375.

diretta e servizi; vetro e vetrerie; contratti per servizi funerari, per erogazione di credito e compravendita di mobilio.

L'*Office* ha anche collaborato all'elaborazione di codici riguardanti i servizi delle poste e delle telecomunicazioni.

I *Codes of Practice* ribadiscono le regole che governano la compravendita di beni e la fornitura di servizi, ma aggiungono anche dei diritti per il consumatore e degli oneri per i commercianti.

Per fare qualche esempio, secondo il codice dell'*Association of British Travel Agents (ABTA)*, gli organizzatori di viaggi non possono imporre una maggiorazione di prezzo per variazione dei tassi di cambio, quando manchino meno di 30 giorni all'inizio del viaggio; inoltre se l'itinerario del viaggio subisce modifiche di rilievo, al cliente va riconosciuto il diritto di annullare la propria prenotazione e di ottenere il rimborso integrale di quanto ha già versato.

Parimenti, i codici in materia di riparazione di elettrodomestici stabiliscono termini per la realizzazione dei lavori di riparazione a domicilio, nonché un periodo minimo durante il quale le parti di ricambio devono essere conservate dopo la cessazione di fabbricazione di un apparecchio.

I modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie previsti dai *Codes of Practice* prevedono che il cliente, in caso di lamentela sul servizio o sul bene acquistato, ritorni prima possibile dal negoziante per cercare di risolvere la situazione; se ciò non fosse possibile viene

consigliato di rivolgersi al *Citizens' Advice Bureau* (ufficio di consulenza dei cittadini) o ad un *Trading Standards Departement*⁷⁰.

Il terzo passo consiste in una conciliazione condotta dalla competente associazione di categoria.

Alcune di esse possono fornire servizi supplementari; ad esempio, la *Shoe and Allied Trades Research Association (SATRA)* amministra il *Foot-wear Testing Centre*, il quale può effettuare perizie per stabilire se il difetto riscontrato è dovuto ad un vizio di fabbricazione o ad un cattivo uso fatto dal cliente.

La quarta fase comporta la facoltà di usufruire di un arbitrato indipendente e poco costoso, di competenza del *Chartered Institute of Arbitrators*.

L'arbitro decide secondo norme di diritto in base ad istruttoria documentale.

Le controversie devolute a questo istituto non possono più essere portate davanti alla corte ordinaria se non per fare appello per questioni di diritto.

Le decisioni cui si perviene seguendo le norme dei *Codes of Practice* sono normalmente accettate dai commercianti, i quali tollerano più volentieri di sottoporsi a questo giudizio, di quanto non farebbero se fosse lo Stato a stabilire dei controlli obbligatori per il corretto esercizio delle professioni.

⁷⁰ Vedi § 7, *L'arbitrato dei consumatori*, punto 1.

f) il Building Society Ombudsman:

Building Society

Ombudsman

Millbank Tower

Millbank

London

SW1P 4XJ

0171 931 0044

Il *Building Societies Act* del 1986 ha istituito la *Building Societies Commission* ed ha imposto alle *Building Societies* (istituti di credito immobiliare) di predisporre degli *schemes* per ADR nei confronti dei clienti⁷¹.

⁷¹ Vedi: Paolo Gaggero, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel Regno Unito, cit.*, pagg. 375 e 376 ed il relativo regolamento.

Queste procedure devono ottenere l'approvazione della *Building Societies Commission*.

Nella pratica esiste un solo regolamento per la risoluzione delle controversie ufficialmente riconosciuto, quello della *Building Societies Ombudsman Company Limited*, e le *Building Societies* devono obbligatoriamente aderirvi per legge, nonché partecipare al suo finanziamento.

Il *Building Societies Ombudsman* è competente in materia di acconti, mutui, servizi bancari prestati dalla *Building Society* di *trust* nei rapporti in cui la *Building Society* sia *trustee* e servizi di esecuzione testamentaria quando la *Building Society* sia *executor*.

Occorre che vi sia un contratto a cui ricondurre le pretese del cliente, e queste possono riguardare un inadempimento, la violazione di norme giuridiche o comportamenti di *maladministration* dell'impresa.

Il *Building Societies Ombudsman* tenta dapprima una negoziazione, quindi, se non ha successo, decide la disputa.

L'impresa non può essere condannata a pagare somme superiori a 100.000 £.

La decisione dell'*Ombudsman* vincola solo la *Building Society*, a meno che questa non unisca al rifiuto una richiesta scritta all'*Ombudsman* perché provveda a rendere pubbliche le ragioni per cui non intende ottemperare alla decisione entro 28 giorni (*publicity option*); oppure non chiedi all'*Ombudsman* di formare una memoria riassuntiva da depositare nel giudizio ordinario dinanzi alla *High Court*.

g) il settore finanziario-assicurativo⁷²:

Il *Financial Services Act* del 1986 ha previsto l'istituzione di organismi di autodisciplina che debbono essere riconosciuti ed operare sotto il controllo della *Securities and Investment Board (SIB)*, la quale esercita un controllo anche sull'*Insurance Brokers' Registration Council*.

Gli intermediari devono predisporre procedure di ADR che ottengano l'approvazione della *SIB*, oppure possono aderire ad organismi di autodisciplina o rappresentativi di singoli operatori finanziari che siano già stati riconosciuti dalla *SIB*.

Vi sono i seguenti regolamenti di ADR cui hanno provveduto varie associazioni rappresentative di categorie di soggetti operanti nel settore dell'intermediazione finanziaria:

1. *L'Investors' Compensation Scheme* - Non è un procedimento per la risoluzione delle dispute, ma un fondo, istituito d'accordo fra le imprese d'investimento autorizzate dalla *SIB*, che provvede a liquidare un indennizzo al risparmiatore danneggiato dall'impresa d'investimento alla quale si fosse affidato. L'indennizzo non può superare le

⁷² Vedi: H. Huppermann and George C. Freeman III, *Selected Topics in Securities Arbitration: Rule 15c2-2, Fraud, Duress, Unconscionability, Waiver, Class Arbitration, Punitive Damages, Right of Review, and Attorneys' Fee and Costs*, in *Tulane L. Rev.* (1991), pagg. 1547 e segg. ed i relativi regolamenti.

48.000 £ e l'investitore può sempre rivolgersi altrove per soddisfare ulteriori pretese.

2. Il *SIB's Scheme* - La *Securities and Investment Board* (*SIB*) ha predisposto una procedura gratuita per la quale l'investitore che abbia subito un pregiudizio, dopo essersi rivolto senza soddisfazione all'impresa, si deve rivolgere alla *Complaint Unit* che tenta una attività di mediazione. Qualora non venga raggiunto un accordo si può interessare della questione il *Complaint Committee* (sempre della *SIB*) che, dopo aver avviato un'istruttoria, ne comunica l'esito all'*Independent Investigator*; quest'ultimo tenta nuovamente una *conciliation* e, se non si perviene ad un accordo, decide come arbitro.

3. Il *SFA's Scheme* - La *Securities and Futures Authority* è nata nel 1991, conseguentemente alla fusione della *Security Association* e della *Association of Futures Dealers and Brokers*. La *SFA* ha disposto due tipi di ADR: il primo (*SFA's Full Arbitration Scheme*) non prevede attività preliminari di conciliazione o mediazione, ma funge solo da arbitro, perciò non è stato quasi mai utilizzato; il secondo (*SFA's Consumer Arbitration Scheme*) contempla innanzitutto un'attività di *conciliation* ed in seguito, se occorre, un arbitrato vincolante per l'impresa finanziaria che comporta il pagamento di una tariffa di 10 £ (o maggiore fino a 500 £ se la pretesa sembra temeraria).

4. L'*IMRO's Scheme: l'Investment Ombudsman* - E' una procedura vincolante per le imprese finanziarie aderenti all'*IMRO (Investment Management Regulatory Organisation)* per i danni cagionati da una *financial loss* dovuta al comportamento dell'intermediario in valori mobiliari. Il reclamante deve esperire i tentativi di risolvere la questione prima con l'intermediario, in seguito tramite la *conciliation* approntata dall'*IMRO*, e, quando tutto ciò non ha dato risultato, l'*Ombudsman* decide la lite. La decisione è vincolante per l'impresa finanziaria se il risarcimento non supera le 100.000 £; per cifre superiori occorre il consenso di entrambe le parti.

5. Il *FIMBRA's Scheme* - La *FIMBRA (Financial Intermediaries Managers and Brokers Regulatory Association)* dal 1991 ha predisposto una procedura per la quale se l'investitore non ottiene soddisfazione presso l'intermediario, si può rivolgere al *FIMBRA's Complaints Department* che tenta una conciliazione; se l'accordo non viene raggiunto l'*Indipendent Complaint Commissioner* tenta nuovamente la *conciliation* o provvede direttamente all'arbitrato. Il *Commissioner* non si può pronunciare per controversie di valore superiore alle 50.000 £. Tutta la procedura è gratuita tranne nel caso in cui si reputi che la pretesa dell'investitore sia infondata o irragionevole.

6. Il *LAUTRO's Scheme* - E' un procedimento per la risoluzione di controversie in materia assicurativa, ma viene trattato in questa occasione perché si occupa anche di rapporti di *unit trust*, che consiste in un particolare tipo di investimento, e poiché su di esso si estende il controllo della *SIB*. La procedura può essere affrontata solo se per la questione non è competente (come si è già visto a suo tempo) l'*Insurance Ombudsman*. La procedura della *Life Assurance and Unit Trust Regulatory Organisation* prevede che l'interessato si rivolga prima alla controparte, quindi, se questa non ha accettato le richieste, si può investire della controversia il *Complaint Committee* (formato da rappresentanti delle imprese associate e da membri indipendenti), il quale tenta dapprima una *conciliation* e, se non si è riusciti a pervenire ad un accordo, decide come arbitro. Si può chiedere di rinunciare al tentativo di composizione negoziale. L'impresa che non ottempera alla decisione arbitrale è soggetta a sanzioni disciplinari; tra quelle è prevista la restituzione di quanto ricevuto dall'investitore o dall'assicurato.

7. L'arbitrato dei consumatori:

Nel Regno Unito vi sono molte organizzazioni che possono essere d'aiuto a chi deve fare un reclamo perché è rimasto insoddisfatto dell'acquisto di un bene o della fornitura di un servizio.

Ciò non significa necessariamente instaurare una causa in tribunale, anzi, vi sono speciali procedimenti, ombudsmen, agenzie di consulenza e responsabili dei vari settori commerciali che possono indicare al cittadino come ottenere soddisfazione.

Le principali organizzazioni di cui gli inglesi hanno la possibilità di usufruire sono⁷³:

- 1. Dipartimenti della qualità del commercio, o Dipartimenti per la protezione del consumatore.** (Trading standards (or consumer protection) departments). Possono

⁷³ Informazioni tratte da una guida consultabile nel sito internet dell'*Office of Fair Trading*, dal titolo *How to complain (Complaining about goods. Complaining about services. General tips. Who can help? Alternatives to litigation. Going to court.)*, aggiornata al 3 ottobre 1996.

interessarsi di molte situazioni conflittuali che riguardano beni e servizi. Hanno il potere di indagare su casi di lamentele per indicazioni false o fuorvianti, pesi e misure inesatte, credito al consumo e (tranne che nell'Irlanda del Nord) sulla sicurezza dei prodotti. Offrono spesso consigli su problemi concernenti lo *shopping* di tutti i giorni. Il loro indirizzo si trova nella guida del telefono sotto le varie province, distretti metropolitani, borghi londinesi ed il Consiglio regionale della Scozia. Per l'Irlanda del nord bisogna cercare sotto i vari uffici locali del Dipartimento per lo sviluppo economico. A volte questi centri hanno uffici nelle più grandi aree commerciali, per dare consigli ed informazioni ai consumatori e ricevere le loro lamentele.

1. Dipartimenti della salute ambientale. (Environmental health departments). Si interessano di problemi della salute, fanno controlli su cibo e bevande, verificano la situazione dell'igiene dei negozi e dei ristoranti e, nell'Irlanda del nord, la sicurezza dei prodotti commerciali.

1. Uffici di consulenza per i consumatori. (Citizens advice bureau)⁷⁴. Sono di aiuto in una moltitudine di situazioni,

⁷⁴ Vedi anche quanto si è detto nel § 3, *L'arbitrato delle County Courts*.

comprese le lamentele sui prodotti o servizi. Si trovano nella guida telefonica.

1. **Uffici di consulenza legale gratuita.** (Law centres)⁷⁵. Si tratta di uffici dove poter avere consulenze legali gratuite da giuristi qualificati.

1. **Associazioni di commercianti.** (Trade associations)⁷⁶. Quasi tutti i commercianti fanno parte di una di esse. Alcune hanno i loro codici di buona condotta e procedimenti di conciliazione o arbitrato. Un codice di buona condotta non vincola legalmente ma può essere utile quando un commerciante non segue più certe regole che invece dice di voler rispettare.

1. **Servizi pubblici.** (Utilities)⁷⁷. Quando si hanno delle lamentele a riguardo di servizi quali gas, acqua, elettricità e telefono, occorre prima tentare di risolvere il problema direttamente con l'azienda che sicuramente ha un ufficio dedicato a ciò. I summenzionati servizi pubblici hanno un "moderatore" che ha l'autorità per risolvere i problemi dei consumatori.

⁷⁵ Come nota precedente.

⁷⁶ Vedi § 6, lett. e), *Le Trade Organisations e l'Office of Fair Trading*.

1. **Ombudsmen.** Vi sono ombudsmen⁷⁸ per tutta una serie di servizi di cui si è già parlato dettagliatamente, i più importanti sono:

2. il *Banking Ombudsman*.
3. l'*Insurance Ombudsman*.
4. il *Corporate Estate Agents Ombudsman*.
5. il *Funeral Ombudsman* (31 Southampton Row London WC1B 5HJ 0171 430 1112).
6. il *Personal Investment Agency Ombudsman* (3rd Floor Centre Point 103 New Oxford Street London WC1 1QH 0171 240 3838).
7. il *Parliamentary Ombudsman* ed i *Local Government Ombudsmen*.
8. l'*Health Service Ombudsman*.
9. il *Pensions Ombudsman*.
10. il *Legal Services Ombudsman*.
11. il *Building Society Ombudsman*.

8. **Conciliazione ed arbitrato.** (Conciliation and arbitration).

Se un commerciante è membro di un'associazione, spesso questa ha adottato un procedura di conciliazione o arbitrato; la

⁷⁷ Vedi § 6, lett. d), *I Public Utilities Schemes*.

⁷⁸ P. Birkinshaw, *Access to justice in the privatised and regulated state*, Hull University Press, 1991.

maggior parte delle associazioni hanno entrambe⁷⁹. L'arbitrato comunque non è necessariamente più economico che intraprendere un'azione in tribunale con la speciale procedura per le liti di modesta entità (*County Courts' small claims procedure*)⁸⁰, occorre perciò esaminare il caso specifico.

Le Independent Small Claims Courts di Manchester e di Londra.

Sono due istituzioni arbitrali private attualmente in funzione a Manchester ed a Westminster che si occupano di liti relative ai *torts* ed agli *small claims* (qui vengono così intese le controversie di valore entro le 500 £), introdotte per la protezione dei consumatori. Naturalmente le si può adire solo nel caso in cui sia stata predisposta una clausola compromissoria. Le spese sono modestissime, non sono ammessi difensori e l'arbitro si può avvalere di perizie tecniche e testimoni⁸¹. Solo il *Manchester Arbitration Scheme* contempla una fase preliminare di *conciliation* che si svolge davanti al *Secretary*, inoltre il regolamento consente (cosa assai rara nel Regno Unito) di ripetere la *conciliation* durante la procedura arbitrale⁸². La procedura della *London Small Claims Court* invece contempla la *negotiation* solo come causa di estinzione della controversia⁸³.

⁷⁹ Vedi § 6, lett. e), *Le Trade Organisations e l'Office of Fair Trading*.

⁸⁰ Vedi anche quanto si è detto nel § 3, *L'arbitrato delle County Courts*.

⁸¹ G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit., pag. 277.

⁸² Vedi: Paolo Gaggero, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel Regno Unito*, cit., pagg. 387, 388, 389 e 340.

⁸³ Mc Ewan, Craig, Mainman, *Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent*, in 18 *Law and Society Rev.* (1984), pagg. 12 e segg.

Capitolo terzo.

Un confronto con l'esperienza italiana:

- a) le Camere di Commercio e le Camere arbitrali;**
- b) il “Regolamento semplificato di conciliazione ed arbitrato”
dell'Unioncamere;**
- c) l'arbitrato obbligatorio;**
- d) il Giudice di Pace.**

Un confronto con l'esperienza italiana:

a) le Camere di Commercio e le Camere arbitrali:

La legge del 29 dicembre 1993, n. 580 (Gazzetta Ufficiale Supplemento ordinario di martedì 11 gennaio 1994), che dispone il “Riordino delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura”, si inserisce in un più vasto contesto di tutela dei consumatori nei confronti delle clausole vessatorie ed insieme di promozione dei mezzi di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

La legge 580/93 va a toccare infatti nell'articolo 2, in special modo nel quarto comma alle lettere b) e c), gli stessi argomenti della Direttiva 93/13¹ e si collega alla legittimazione attiva alla proposizione dell'azione inibitoria ex art. 1469 sexies del cod. civ., introdotto dalla normativa di recepimento italiana delle indicazioni comunitarie (novellazione del c.c. con legge del 6 febbraio 1996, n. 52).

Quasi contestualmente (per la precisione il 22 dicembre 1993), inoltre, è stata approvata la legge di riforma dell'arbitrato 25/94² che ha apportato rilevanti modifiche alla sua disciplina.

¹ Vedi Capitolo I, § 2.

² Sulla nuova disciplina introdotta dalla legge 5 gennaio 1994, n. 25 si vedano: La China, *L'arbitrato*, Milano, 1995; Punzi, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. Dir. proc.*, 1994, pagg. 331 e segg.; Ricci, *L'efficacia “vincolante” del lodo arbitrale dopo la l. 25 del 1994*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1994, pagg. 809 e segg.; Montesano, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale*, in *Riv. Trim. e proc. civ.*, pagg. 613 e segg.; Tarzia, *Conflitti tra lodi arbitrali e tra lodi e sentenze*, in *Riv. Dir. proc.*, 1994, pagg. 613 e segg.; Briguglio, Fazzalari, Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994; Bernardini, De Nova, Nobili, Punzi, *La riforma dell'arbitrato*, IPSOA, 1994; Tarzia, Luzzatto, Ricci, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1995.

Sorta, quest'ultima, sulla base di un progetto dell'AIA (Associazione Italiana Arbitrato) e prendendo in considerazione alcuni suggerimenti giunti da un gruppo di lavoro della Camera arbitrale di Milano, si tratta di un importante passo in avanti per una più vasta e migliore applicazione dell'istituto.

Vengono infatti introdotti dei principi essenziali a garantire la volontà e l'autonomia delle parti che vogliano fare uso dell'arbitrato (per esempio: 1) la clausola arbitrale può ora essere contenuta in un telegramma o in un telex e non è più nulla se non contiene il numero degli arbitri; 2) è adesso espressamente riconosciuta la sua separabilità dal contratto cui si riferisce; 3) la giurisdizione degli arbitri non è più messa da parte quando vi sia connessione tra la disputa che essi devono regolare con una causa pendente davanti al giudice ordinario poiché la loro competenza è finalmente globale eccetto che per le questioni incidentali che non sono suscettibili di formare oggetto di compromesso arbitrale; 4) gli arbitri hanno il termine più lungo di 180 gg. per pronunciarsi e 5) il lodo rituale ha efficacia dichiarativa di sentenza sin dal momento della sua sottoscrizione) e compare un nuovo capitolo nel cod. di proc. civ. dedicato all'arbitrato internazionale, dove vengono incorporate le disposizioni della Convenzione di New York del 1958³.

Focalizzando ora, dopo questa breve introduzione che ha voluto inquadrare gli ambiti più prossimi e connessi alla materia che si va a trattare, la nostra attenzione sulla legge 580, occorre affermare che essa

³ Vedi quanto si è detto sulla Convenzione di New York del 1958 nella Premessa.

attribuisce alle Camere di commercio l'autorità di un organismo amministrativo a metà strada tra le imprese ed i cittadini, soprattutto, ribadisco, nell'ottica dei poteri ad esse conferiti dall'art. 2, di predisposizione di contratti tipo e di controllo sulla vessatorietà dei rapporti negoziali tra professionisti e consumatori⁴.

Si può dire che ora esse svolgano, da questo punto di vista, un ruolo simile a quello dell'*Office of Fair Trading* dell'Inghilterra e forse anche più incisivo, data la loro facoltà di proporre l'azione inibitoria, nonché, va ricordato, sempre in forza della legge 580 art. 2, 5° comma, di costituirsi parte civile nei giudizi relativi ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria ed il commercio⁵ e la possibilità di esercitare l'azione di repressione della concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2601 c.c.⁶ (nei casi in cui gli atti di concorrenza sleale ledono gli interessi di un'intera categoria professionale).

Il controllo di natura amministrativa delle clausole o dei contratti iniqui si configura innanzitutto come preventivo (come è stato notato, a questo proposito si va addirittura oltre le previsioni della stessa Direttiva 93/13 che domanda agli Stati membri di provvedere ad istituire efficaci ed adeguati mezzi per far cessare l'inserzione delle clausole abusive, non

⁴ Danilo Longhi, "*Le Camere di Commercio quali authority fra consumo e produzione*", in *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*, Atti del Convegno tenutosi a Verona l'11 novembre 1995, pag. 35 e segg.

⁵ Roberto Viganò, "*I delitti contro l'economia pubblica e la costituzione di parte civile delle Camere di Commercio*", in *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*, Atti del Convegno tenutosi a Verona l'11 novembre 1995, pag. 62 e segg.

⁶ Franco Girino, "*La concorrenza sleale e l'azione ai sensi dell'art. 2601 c.c.*", in *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*, Atti del Convegno tenutosi a Verona l'11 novembre 1995, pag. 55 e segg.

necessariamente per precorrerne la formazione⁷) e va ad evitare l'insorgere di liti, quindi successivo se, come *extrema ratio*, viene esercitata l'azione inibitoria (taluno osserva che il controllo è anche generale, poiché ha ad oggetto l'intera attività negoziale del professionista, ed astratto, poiché l'illecito è indipendente dalla colpa dell'agente e dal danno che ne deriva⁸).

In conseguenza di tutto ciò, è stata istituita presso la Camera di commercio di Milano una speciale unità operativa, denominata "Unità di Regolazione del Mercato"⁹, facente capo direttamente alla segreteria generale, cui è devoluto l'esercizio delle nuove funzioni attribuite alle Camere di commercio dalla legge di riforma ed, in particolare, il controllo di vessatorietà delle condizioni generali di contratto.

Alcuni settori a rischio sono stati oggetto di un'attenzione particolare, quali, ad esempio, quelli dei contratti di multiproprietà, dei contratti di mediazione e dei contratti delle agenzie di viaggio.

Dal momento che questi compiti richiedono particolari conoscenze specialistiche, è stata anche formata una Commissione di esperti, composta dal Segretario Generale della Camera, che la presiede, da due esperti in materia di diritto e tecnica dei contratti e da due funzionari camerali, che dovrà emanare un parere tecnico sulla liceità di contratti e

⁷ In proposito: Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*. *Diritto civile, cit.*, pagg. 10 e 11.

⁸ Pier Daniele Melegari, *Il progetto della Camera di Commercio di Milano e le linee d'intervento sulla regolazione del mercato*, in "Le imprese italiane nel mercato europeo alla ricerca di nuovi equilibri contrattuali: il ruolo delle Camere di Commercio", Atti della giornata di studio tenutasi a Milano il 2 luglio 1996, pag. 57.

clausole in seguito ad una fase di iniziativa ed istruttoria a cura dell'Unità di Regolazione del Mercato, che provvede a monitorare le condizioni di contratto predisposte dai professionisti o da associazioni di professionisti con sede legale nella provincia.

La Camera di commercio può anche esaminare i contratti standard predisposti da professionisti o associazione di professionisti non appartenenti alla provincia quando tali contratti siano ampiamente diffusi e utilizzati nei rapporti negoziali con i consumatori della circoscrizione provinciale.

Dopo il parere tecnico vi può essere un'ulteriore ed eventuale fase di cooperazione diretta alla ristesura (concordata davanti alla Commissione dalle varie associazioni) delle clausole ritenute vessatorie dalla Commissione.

Qualora i professionisti o le loro associazioni si rifiutassero di cooperare e di prendere in considerazione le proposte di modifica della Camera, il Segretario Generale decide a riguardo dell'esercizio dell'azione inibitoria ai sensi dell'art. 1469 sexies c.c..

Le altre funzioni attribuite dalla legge 580/93 alle Camere di commercio riguardano l'informazione e la trasparenza, l'arbitrato e la conciliazione, nonché la raccolta degli usi e delle consuetudini.

Ma ciò che è rilevante è la loro nuova funzione di tutela del consumatore che entra per la prima volta a far parte delle prerogative Camerali.

⁹ Sull'argomento: Pier Daniele Melegari, *Il progetto della Camera di Commercio di Milano e le linee d'intervento sulla regolazione del mercato*, cit., pag. 58 e segg.

L'arbitrato e la conciliazione costituiscono una sorta di apparato paragiurisdizionale per il controllo successivo della legittimità dei contratti; infatti l'art. 2, 4° comma, lett. a, dà facoltà alle Camere di “promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione di controversie tra imprese e fra imprese e consumatori ed utenti”.

In realtà questa funzione è tutt'altro che nuova per le Camere di commercio che sin dalla fine del secolo scorso hanno sempre fornito agli operatori economici un efficace mezzo per la risoluzione delle dispute in un campo in cui, come si è giunti a chiarire nell'analisi compiuta nella Premessa a riguardo dell'arbitrato in ambito commerciale, la velocità e l'esigenza di soluzioni competenti in materia sono di importanza vitale per le imprese ed ora anche, si potrebbe aggiungere, per i consumatori.

Il numero delle Camere arbitrali è in continua crescita, attualmente sono circa 67, e si è avuto un incremento delle associazioni tra di esse.

Gli arbitrati amministrati negli ultimi cinque anni sono stati 450, il numero non è alto ma è in continua crescita: le procedure sono state 90 nel 1995, 164 nel 1996; ed è aumentato anche il valore medio delle controversie: nel 1995 è stato di 300 milioni, nel 1996 di 750 milioni, con una durata media di 200 giorni per arbitrato¹⁰.

¹⁰ Giuseppe Tripoli, *Le controversie dribblano...*, Il Sole 24 ore, 14 luglio 1997.

In ogni caso questi mezzi di risoluzione delle controversie sono ancora poco utilizzati dalle imprese, solo l'1% ne ha fatto uso ed un numero un po' più alto di esse ha conosciuto la conciliazione.

E' soprattutto su quest'ultima che si sta concentrando l'attenzione del Parlamento¹¹; una proposta è quella di concedere l'esonero, anche totale dall'imposta di registro, riconoscere valore di titolo esecutivo ai verbali di conciliazione ed istituire camere conciliative presso ogni circondario di tribunale; i conciliatori potrebbero essere professionisti, sia avvocati che tecnici, e disporre di un Albo.

Alcune Camere di commercio nel '96 hanno incominciato ad aprire degli sportelli di conciliazione; anche presso la Corte d'appello di Roma è stata istituita una Camera di conciliazione¹².

La Camera arbitrale di Milano

Palazzo Mezzanotte

Piazza degli Affari, 6 - 20123

Tel.(02) 85151 - 85154444

Fax(02) 85154384

è un'azienda speciale della Camera di commercio ed è nata più di dieci anni fa per sviluppare e gestire arbitrati¹³.

In questo periodo il contesto economico in cui l'azienda opera è profondamente cambiato.

¹¹ Antonello Cherchi, *Il rilancio dell'arbitrato*, Il Sole 24 ore, 14 luglio 1997.

¹² Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Diritto civile, cit.*, pag. 10.

¹³ Rinaldo Sali, *Una soluzione allo sprint*, Il Sole 24 ore, 14 luglio 1997.

Se, infatti, dieci anni fa essa doveva condurre arbitrati per poche grandi imprese, ora che la cultura arbitrale si è evoluta la richiesta è aumentata ed il valore del contenzioso è mediamente inferiore, giacché coinvolge spesso artigiani, la piccola e media impresa ed i consumatori.

La Camera, attualmente la più attiva in Italia, offre consiglio sulla clausola compromissoria più adatta al tipo di contenzioso e, a lite insorta, gestisce attentamente la procedura; in particolare, tramite un Consiglio arbitrale, organo interno alla Camera, composto da professionisti di disparata estrazione professionale, vigila sulla correttezza delle procedure e sulla trasparenza delle nomine degli arbitri.

Questo organo, per la precisione, provvede a:

- controllare l'esistenza e la validità della clausola arbitrale, nonché adottare provvedimenti sulla competenza;
- nominare, sostituire o ricusare gli arbitri;
- prorogare i termini di deposito della decisione finale;
- determinare le spese di procedimento.

La Camera arbitrale perciò garantisce la trasparenza del procedimento, la professionalità degli arbitri ed il contenimento di tempi e costi.

La durata di un arbitrato amministrato mediamente è di dieci mesi.

I costi sono controllati e fissi secondo un tariffario basato sul diverso valore economico della lite, così le aziende possono sapere preventivamente quanto verrà loro a costare la risoluzione della controversia.

Per compiere la sua attività e fornire informazioni e documentazione agli utenti dei servizi della Camera arbitrale, essa ha istituito presso di sé un Centro di documentazione sull'arbitrato¹⁴, accessibile tramite abbonamenti, che ha una sua pagina nel sito *internet*: [http://www.mi.camcom.it/camera arbitrale](http://www.mi.camcom.it/camera%20arbitrale).

Per rispondere alle domande sull'arbitrato e la conciliazione il personale del Centro ha a propria disposizione:

- a) libri e riviste italiane e straniere;
- b) raccolte di leggi straniere;
- c) regolamenti delle istituzioni arbitrali nazionali ed estere;
- d) atti dei principali convegni tenuti in Italia e all'estero;
- e) rassegna stampa delle principali testate italiane.

La Camera arbitrale di Genova

Via Garibaldi, 4 - 16124

Tel.(010) 20941 - 2094372

Fax(010) 2094300

Dott.ssa Rachele Allio

(Segreteria: via Garibaldi 4 - Tel.010/2704372)

opera da più di un secolo; la prima struttura è nata nel 1882 e si chiamava "Collegio arbitrale di Genova".

In questa città che da sempre è un importante snodo di traffici marittimi e che ruota attorno all'attività economica di cui è fulcro il porto, si parlava di "arbitrato alla genovese", espressione con cui ci si

¹⁴ Vincenza Bonsignore, *Super archivio dei riti alternativi*, Il Sole 24 ore, 14 luglio 1997.

riferiva ad “un particolare tipo di procedura arbitrale, caratterizzata dall'estrema libertà delle forme”¹⁵.

Le Camere arbitrali oggi operanti a Genova (situazione aggiornata al settembre 1997) sono sei: quella dei Cereali e dei Semi (sorta nel 1891), del Caffè (fondata nel 1925), delle Pelli (costituita nel 1936), Immobiliare (operante dal 1986), Marittima (1989) e del Trasporto dei contenitori (1993).

Queste organizzazioni hanno sede presso la Camera di commercio e sono ad essa legate da accordi di collaborazione; nel corso degli anni hanno svolto centinaia di arbitrati.

La durata delle procedure va dai tre ai sei mesi, ma può aumentare quando si tratta di casi particolarmente complessi o vi sia la necessità di effettuare perizie, accertamenti, visite delle merci.

I costi sono stabiliti dagli organi direttivi e resi noti per mezzo di tabelle annualmente aggiornate.

A seguito della 580/93 le strutture arbitrali sono state riunite presso un'unica sede ed è in corso di creazione una Camera arbitrale generica, che operi in tutti i campi rimasti finora fuori dall'esperienza settoriale.

L'ufficio fornisce consulenza per la redazione della clausola compromissoria (è generalmente consigliata una clausola sintetica del tipo: *Arbitrato Genova, Genoa Arbitration, Place of arbitration Genoa* e

¹⁵ R. Raffaele Addamo, *Specialisti con “pedigree”*, Il Sole 24 ore, 29 settembre 1997, cit. pag. 21.

così via), assistenza per esperire il tentativo di conciliazione delle controversie ed instaura l'arbitrato.

Gli arbitri, i periti e gli esperti della Camera arbitrale mettono la loro esperienza a disposizione degli operatori economici e dei consumatori.

Alcune Camere, come ad esempio quella delle Pelli e dei Cereali, svolgono attività di consulenza contrattuale e collaborano alla redazione e revisione dei contratti-tipo (la cui diffusione è merito dei mercanti inglesi che ne facevano uso per ridurre il contenzioso e per contenerne le spese, fu così che anche gli operatori commerciali italiani della fine del secolo scorso dovettero accettare, nei contratti internazionali, la clausola “*Arbitration London*”¹⁶) utilizzati nel settore economico di appartenenza.

La Camera arbitrale di Vicenza

Corso Fogazzaro, 37 - 36100

Tel.(0444) 994811

Fax(0444) 994834

è operativa da alcuni anni e nel 1992 è stato nominato un Consiglio arbitrale, composto da professionisti di varia estrazione.

Sono stati così gestiti numerosi procedimenti arbitrali nazionali ed internazionali.

Ultimamente ha provveduto ad aggiornare il suo regolamento, approvato dalla giunta camerale nel 1991.

¹⁶ R. Raffaele Addamo, *La Camera arbitrale italiana per il commercio delle pelli*, Genova, 1986, pag. 11 e segg.

E' stata prevista la costituzione di uno specifico codice deontologico che gli arbitri devono approvare espressamente al momento dell'accettazione della nomina, a garanzia della loro serietà ed imparzialità.

La Camera si è inoltre dotata di uno sportello di conciliazione che si propone di trovare un equo componimento per le controversie di modesto ammontare (da 500.000 lire a 30 milioni) che coinvolgono, in particolare, i consumatori.

La necessità di avere arbitri competenti ha fatto sì che l'ente camerale vicentino affidasse alla Fondazione Giacomo Rumor, Centro produttività Veneto, l'organizzazione di corsi di formazione per arbitri e conciliatori che inizieranno nell'autunno del 1998¹⁷.

La Camera arbitrale del Piemonte

- Torino

Via S. Francesco da Paola, 24 - 10123

Tel.(011) 57161

Fax(011) 5716516

- Alessandria

Via San Lorenzo, 21 - 15100

Tel.(0131) 3131 - 313202

Fax(0131) 43186

- Asti

Piazza Medici, 8 - 14100

¹⁷ Elena Fontana, *Un corso per diventare arbitro*, Il Sole 24 ore, 29 settembre 1997, pag. 21.

Tel.(0141) 535211

Fax(0141) 535200

- Biella

Via N. Sauro, 2 - 13051

Tel.(015) 355456

Fax(015) 2522215

- Vercelli

Piazza Risorgimento, 12 - 13100

Tel.(0161) 5981 - 598247

Fax(0161) 598265

- Verbano - Cusio - Ossola

Villa Fedora

Strada statale per il Sempione, 4

28042 Baveno

Tel.(0323) 925277

Fax(0323) 922054

- Cuneo

Via E. Filiberto, 3 - 12100

Tel.(0171) 318711

Fax(0171) 696581

è nata nel 1995 dalla trasformazione della Camera arbitrale della
Camera di commercio di Torino (1974).

Annovera fra i propri aderenti le Camere di commercio di Alessandria, Asti, Biella, Cuneo, Verbania e Vercelli, assumendo così un carattere regionale, inedito nel panorama italiano¹⁸.

I vantaggi consistono nel fatto che questa organizzazione, forgiata su un regolamento comune, consente di avvalersi:

- di un unico nucleo di professionisti ed esperti giuridici che forniscono la necessaria assistenza tecnica;
- dell'unificazione dei servizi amministrativi ed il coordinamento delle iniziative promozionali;
- del coordinamento della formazione di arbitri e conciliatori;
- della diffusione sul territorio di un servizio che viene portato vicino agli utenti, evitando loro spostamenti e conseguenti perdite di tempo e di denaro.

¹⁸ Daniela Cena, *Rete di servizi in tutto il Piemonte*, Il Sole 24 ore, 14 luglio 1997.

b) il “Regolamento semplificato di conciliazione ed arbitrato” dell’Unioncamere:

Il Regolamento semplificato di conciliazione ed arbitrato, sottoscritto il 12 dicembre 1996 da Piero Bassetti, presidente della Camera arbitrale di Milano, Giorgio Fossa, presidente della Confindustria, Giuseppe Guarino, presidente dell’Associazione Italiana Arbitrato, e Danilo Longhi, presidente dell’Unioncamere, è stato pensato specificamente per fornire un’efficace mezzo di risoluzione extragiudiziale delle controversie alle imprese che finora hanno sottoutilizzato questi procedimenti di “giustizia alternativa” per le loro dispute in ambito commerciale.

In Italia questo Regolamento rappresenta, al contrario di quanto si è visto per il Regno Unito, una delle pochissime occasioni in cui troviamo la conciliazione stabilmente connessa all’arbitrato¹⁹.

Ciò consente di poter esperire in una prima fase obbligatoria il tentativo di conciliazione, più conveniente, quando ha successo, in termini di spesa e di tempo, e di accedere all’arbitrato solo se questo fallisce.

¹⁹ Il Sole 24 ore, *Obiettivo: un taglio alle tariffe e ai tempi biblici dei Tribunali*, 12 maggio 1997, pag. 6.

Il procedimento è snello, viene coinvolto un solo conciliatore od un solo arbitro, le tariffe sono predeterminate ed i tempi brevi, 45 giorni per la fase conciliativa e 120 per quella arbitrale²⁰.

Sino al maggio del 1997 erano otto le Camere arbitrali che fornivano questo servizio: quella del Piemonte (che come è stato detto è regionale), quella di Bologna, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Trieste e Vicenza; le adesioni sono comunque continue ed incessanti.

Questo tipo di arbitrato amministrato, naturalmente, è un'attività che si aggiunge a quella normalmente svolta dalle varie Camere arbitrali²¹.

Per poterne usufruire occorre che le parti abbiano inserito la clausola compromissoria nel contratto²²; a questo proposito viene consigliata la seguente: “Tutte le controversie nascenti dal presente contratto verranno deferite alla Camera di ... e risolte, qualora di valore non superiore a lire 300 milioni, secondo il Regolamento semplificato Unioncamere di conciliazione e arbitrato o, qualora di valore superiore a lire 300 milioni, secondo il Regolamento arbitrale ordinario”.

Se invece la clausola arbitrale manca e la controversia è già sorta, occorre la stipulazione di un compromesso; quello suggerito dall'Unioncamere è il seguente: “I sottoscritti ... (indicazione del nome e della residenza o, se società, della sede delle parti) e ... premesso che tra loro è insorta controversia avente ad oggetto ... (indicazione, anche

²⁰ Il Sole 24 ore, *Un patto per la giustizia “alternativa”*, 12 maggio 1997, pag. 6.

²¹ Tiziana Pompei, *Una rete per comporre le liti*, Il Sole 24 ore, 12 maggio 1997.

²² Il Sole 24 ore, *Dalla clausola al compromesso*, 12 maggio 1997.

generica, dell'oggetto della controversia, eventualmente con riferimento al contratto da cui la stessa prende origine) convengono di deferire tale controversia alla Camera di ... e di farla risolvere, qualora di valore non superiore a lire 300 milioni, secondo il Regolamento semplificato Unioncamere di conciliazione e arbitrato o, qualora di valore superiore a lire 300 milioni, secondo il Regolamento arbitrale ordinario. (Data e firma delle due parti)".

Analizzando il Regolamento si apprende immediatamente che possono accedere alla procedura operatori economici ed imprese di cui almeno una deve essere associata alla Confindustria, direttamente o tramite le associazioni territoriali e/o di categoria, e che il valore della lite non può eccedere i 300 milioni (cifra peraltro ragguardevole!).

Inoltre a differenza di quanto affermato dalla giurisprudenza e generalmente accettato dalla dottrina e dai regolamenti dei principali centri arbitrali, l'eventuale domanda riconvenzionale "non si somma per la determinazione del valore della lite e dell'ammontare delle tariffe"²³.

Il procedimento non si presta a modifiche o personalizzazioni²⁴; è solo così che le Camere arbitrali possono offrire condizioni uniformi, standard qualitativi elevati, rapidità del servizio (infatti, come è stato fatto osservare nella Premessa, ogni scelta o deroga allunga i tempi e rischia di arenare il procedimento) e contenimento dei costi.

²³ Vedi il punto 1.2 del Preambolo del Regolamento semplificato Unioncamere di conciliazione ed arbitrato.

²⁴ Stefano Azzali, *Le regole per arrivare alla soluzione*, Il Sole 24 ore, 12 maggio 1997.

La sede sarà la Camera arbitrale scelta dalle parti; se non è stata eseguita alcuna designazione vi provvede il Gruppo di lavoro di Conciliazione e di Arbitrato Unioncamere²⁵, costituito dall'Unioncamere, da alcune Camere di Commercio da più tempo attive nel campo arbitrale, nonché integrato da esperti e dalla presenza dell'AIA quale consulente scientifico per l'attuazione del citato protocollo.

Le parti devono esperire prima il tentativo di conciliazione, dove si auspica che vengano risolte almeno le controversie di minore entità con grande vantaggio per entrambi i contendenti.

Sia il conciliatore che l'arbitro sono monocratici e devono essere scelti in un elenco messo a disposizione da ogni Camera arbitrale²⁶.

Il lodo, che può essere raggiunto, se l'arbitro lo ritiene sufficiente, anche solo sulla base di prove documentali, deve essere depositato entro 90 giorni dall'accettazione dell'incarico.

I costi sono fissi per la fase conciliativa e calcolati in percentuale per quella arbitrale²⁷.

Le parti devono versare, alla prima riunione conciliativa, la somma di lire 800.000 (400.000 per parte) indipendentemente dal valore della controversia.

²⁵ Vedi i punti 3.1 e 3.2 del Preambolo del Regolamento semplificato Unioncamere di conciliazione ed arbitrato.

²⁶ Stefano Azzali, *Le regole per arrivare alla soluzione*, cit.

²⁷ Per quanto concerne i costi vedi: Il Sole 24 ore, *Tre chance per la conciliazione e In 120 giorni la decisione*, 12 maggio 1997; Stefano Azzali, *Le regole per arrivare alla soluzione*, cit.

Se la conciliazione va subito a buon fine con una sola riunione nessuna altra somma è dovuta dalle parti.

Per ogni eventuale riunione successiva (non oltre le tre riunioni complessive) le parti devono versare lire 200.000 (100.000 per parte).

La Camera corrisponde un compenso di lire 500.000 al conciliatore per ogni procedura di conciliazione, che potrà comprendere da una a tre sedute.

Per la fase arbitrale la somma che ciascuna parte deve versare alla Camera corrisponde al valore della controversia moltiplicato per il coefficiente del 2,5 %; l'importo complessivo versato da entrambe le parti non può essere inferiore a 700.000 lire, né superiore ad 11 milioni.

Le parti dovranno effettuare i versamenti nel seguente modo:

- il 3 % del valore della controversia e comunque non meno di lire 700.000 anteriormente alla prima udienza arbitrale, a titolo di deposito a copertura delle spese del procedimento;
- la restante parte prima del deposito del lodo a copertura delle spese del procedimento.

La Camera corrisponde all'arbitro un compenso per ogni procedura arbitrale pari al 4 % del valore della controversia determinato dalla Camera e comunque non inferiore a 500.000 lire.

Nel caso in cui il procedimento si concluda prima dell'emissione del lodo, la Camera può determinare spese inferiori alle tariffe, con riferimento all'attività svolta.

La Camera, in casi straordinari, può determinare spese inferiori o eccedenti le tariffe.

c) l'arbitrato obbligatorio:

In Italia la cultura della risoluzione stragiudiziale delle controversie si sta diffondendo lentamente e deve ancora superare numerosi scogli, dovuti prevalentemente alla visione della giurisdizione che avevano i nostri costituenti o, meglio ancora, a come essa è stata interpretata.

Si allude al fatto che in sede costituente, in seconda commissione, nella seduta del 12 dicembre 1946, l'on. Mannironi, su spunto di alcune considerazioni in proposito dell'on. Calamandrei, chiese che fosse inserito nella Carta costituzionale il riconoscimento esplicito dell'istituto arbitrale "nei casi voluti dalle parti o disposti dalla legge"; la sua proposta non venne accolta perché ritenuta superflua in quanto il riconoscimento doveva ritenersi implicito²⁸.

Inoltre i lavori preparatori degli organi costituenti indicano inequivocabilmente la legittimità dell'arbitrato *ex lege*.

Nonostante ciò la Corte costituzionale ha ribadito più volte (anche se non si tratta di un vero e proprio orientamento ma di una serie di decisioni, a riguardo di disparate discipline, che rispondono più che altro

²⁸ Maria Di Bartolomeo, *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio*, cit., pagg. 40 e segg.

a ragioni di politica legislativa²⁹) la sua illegittimità in quanto andrebbe a sottrarre l'interessato al giudice naturale³⁰, senza menzionare il fatto che, riconoscendosi un doppio grado di giurisdizione ordinaria successivo al primo stragiudiziale, non si viola il principio del giudice naturale.

Vi sono poi, qualcheduno fa notare³¹, disposizioni di legge che già violerebbero questo principio di “precostituzionalità” del giudice naturale perché lasciano un certo margine di discrezionalità nella scelta del giudice, quali l'art. 168 *bis* c.p.c., art. 38 ordinamento giudiziario, l'art. 45 c.p.p., l'art. 48 e 623, lett. b) e c), c.p.p..

La regola della “precostituzione” è infatti garantita quando l'organo giudicante è istituito per legge sulla base di criteri generali (e non per la singola controversia), quando i criteri di scelta sono obiettivi e, dove residui discrezionalità, vi sia possibilità di difesa³².

Ma soprattutto si fa riferimento al divieto di istituire giurisdizioni speciali poiché la tesi che fa coincidere quest'ultime con l'arbitrato obbligatorio è assai risalente e radicata, anche se in seguito si è optato per una distinzione che scinde la libertà di scelta tra l'arbitrato e gli organi giurisdizionali dello Stato e la libertà di scelta dei giudici tra persone di fiducia delle parti: “Quando ricorrono nelle parti entrambe le libertà di scelta si ha arbitrato volontario, quando manca soltanto la

²⁹ In tal senso: Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Diritto civile, cit.*, pag. 20.

³⁰ G. Alpa, *Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato, cit.*

³¹ Vedi: Maria Di Bartolomeo, *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio, cit.*, pagg. 77 e segg.

prima si ha arbitrato obbligatorio; se mancano entrambe le facoltà di scelta si ha giurisdizione speciale”³³.

In verità quest’ultima è vista con grande favore nelle esperienze straniere che devolvono molte questioni in campi specifici ad organi estranei all’apparato giudiziario ordinario, a cui partecipano rappresentanti laici delle categorie interessate a determinate controversie.

In Francia, ad esempio, sono ancora molto vitali i Tribunali di commercio che, contrariamente a quanto è accaduto in Italia, hanno resistito a tutte le critiche in proposito e svolgono un ruolo importantissimo insieme ai Tribunali in materia di lavoro, ai Tribunali della sicurezza sociale ed altri.

Una figura di arbitrato obbligatorio in realtà è già apparsa nel nostro ordinamento; si tratta dell’arbitrato in materia di opere pubbliche previsto nei capitolati generali dello Stato tra i quali in particolare il capitolato generale delle opere pubbliche.

Per ovviare a questa tesi però si disse che si trattava di un arbitrato contrattuale, ma allora la clausola che lo prevedeva, imposta a chi avesse sottoscritto il capitolato, sarebbe stata da ricondursi tra quelle vessatorie.

Quando nel 1962 il nuovo capitolato generale degli appalti pubblici venne emanato sotto forma di regolamento non si poté più fare

³² Vedi: Maria Di Bartolomeo, *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio*, cit., pagg. 75 e 76.

³³ Cass., 31 luglio 1950, n. 2250, in *Giur. It.*, 1952, I, 1, c. 359.

riferimento ai contratti, tuttavia la Corte costituzionale non si è mai pronunciata a riguardo.

Infine l'art. 32 della legge dell'11 febbraio 1994, n. 109 ha chiarito che “nei capitolati generali e speciali non può essere previsto che la soluzione delle controversie sia deferita ad un collegio arbitrale ai sensi degli artt. 806 ss. c.p.c.”.

Questa disposizione non sembra essere stata ancora applicata ed inoltre non chiarisce la sorte dei rapporti venutisi a costituire prima della legge quadro del 1994.

L'arbitrato obbligatorio non è comunque illecito secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea che ne ha riconosciuto la piena compatibilità con l'art. 6 della Convenzione europea sui diritti umani, a condizione che venga garantito il diritto di difesa e tutti quelli previsti dallo stesso protocollo in questione, in particolare la possibilità di impugnare il lodo³⁴.

Ciò che è veramente importante è che l'arbitrato obbligatorio non sottragga alle parti la possibilità di adire successivamente il giudice ordinario; di fatto l'esperienza insegna che raramente le dispute si presentano davanti alla magistratura ordinaria dopo essere transitate per le procedure di mediazione, conciliazione ed un eventuale arbitrato.

Ciò che è accaduto in Italia è veramente un *unicum* nel panorama internazionale.

³⁴ In *Economia e diritto del terziario*, n. 1, 1995: “Casi scelti in tema di arbitrato. A proposito del volume di Guido Alpa e Tomaso Galletto”, pagg. 485 e ss., vedi la sintesi della relazione del Prof. Vittorio Denti.

E' vero che, come si afferma nella "storica" sentenza n. 127 del 1977 della Corte costituzionale³⁵, l'arbitrato *ex lege* priva le parti della possibilità di scegliere se risolvere la loro lite tramite un mezzo di risoluzione delle controversie giudiziale o extragiudiziale, ma non è la sola occasione in cui esse vengono private della libertà di decidere autonomamente³⁶.

Alla luce di queste considerazioni sembra opportuno rimediare attraverso un cambiamento della visione giurisprudenziale, piuttosto che tramite una revisione della Costituzione, al problema della presunta illegittimità dell'arbitrato obbligatorio.

Questo mezzo, infatti, in un momento difficile come quello attuale per la giustizia civile, potrebbe essere d'aiuto non solo ad alleggerire il carico di lavoro della magistratura, ma anche a dare una risposta a tutti coloro che domandano una giustizia rapida ed efficiente.

Si è infatti assistito negli ultimi anni ad una serie di interventi estemporanei del legislatore per eliminare le cause più gravi di disservizio dell'ordinamento giudiziario che non sembrano però aver dato i risultati sperati.

Anche le recenti "sezioni stralcio", istituite con legge n. 276 del 1997, dopo alcuni mesi dalla loro entrata in funzione, non si sono ancora dimostrate all'altezza della situazione; sorte per cercare di smaltire gli arretrati delle cause "incardinate" col vecchio rito (sino all'aprile del

³⁵ Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127, in *Lav. e prev.*, 1977, pag. 1955.

³⁶ Per una analisi più approfondita sul punto: Maria Di Bartolomeo, *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio*, cit., pagg. 45 e segg.

1995), vengono costituite con criteri di individuazione dei giudici contraddittori e punitivi, col risultato che tali cause vedono dilatarsi i tempi per l'assegnazione a sentenza.

d) il Giudice di Pace:

Il Giudice di Pace è stato istituito con legge n. 374 del 21 novembre 1991³⁷ nell'ottica di fornire un mezzo giudiziario di più facile e spedito accesso per coloro che necessitano di risolvere controversie entro il limite di cinque milioni di lire o di trenta nel caso di azioni di responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli.

E' chiaro allora che questi si troverà innanzitutto a decidere la quasi totalità delle questioni riguardanti i consumatori (che costituiscono la cosiddetta "microconflittualità") e dovrà spesso applicare nella sua attività giurisdizionale la legge di attuazione della Direttiva comunitaria n. 13 del 1993 sulle clausole vessatorie³⁸, di cui si è già parlato nel primo capitolo.

³⁷ Sulla legge 374/91: N. Picardi, *Il giudice di pace in Italia: alla ricerca di un modello*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, Milano, 1993, p. 623 ss.; R. Caponi, *Il giudice di pace*, Milano, 1991; S. Chiarloni, *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1993, pag. 903; M. Acone, B. Capponi, C. Cecchella e G. Manzo, *Il giudice di pace, commento alla legge n. 374 del 1991*, Napoli, 1992.

³⁸ G. Alpa e R. Delfino, *Il giudice di pace e la tutela del consumatore*, cit., pag. 355.

Occorre dunque rilevare gli aspetti che maggiormente caratterizzano la procedura davanti al Giudice di Pace, sia per quel che concerne le semplificazioni che in quanto a spese processuali.

Nelle controversie che non superano il valore di 1 milione le parti possono stare in giudizio anche senza difensore, negli altri casi, considerata la natura e l'entità della causa, il giudice può eccezionalmente autorizzarle a stare in giudizio di persona.

Le dispute il cui valore non eccede i 2 milioni di lire sono decise secondo equità e le sentenze sono inappellabili, inoltre, in base all'art. 46 della legge di istituzione del Giudice di Pace, "gli atti e i provvedimenti relativi alle cause ovvero alle attività conciliative in sede non contenziosa il cui valore non ecceda la somma di due milioni di lire sono esenti da imposta di bollo e di registro e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura".

Taluni Autori³⁹ hanno però fatto notare che si fa riferimento solo agli atti ed ai provvedimenti, così i documenti prodotti dalle parti sono soggetti a bollo ed a registrazione che comportano talvolta oneri non indifferenti per le parti.

Parimenti l'esonero è escluso per le indennità dei testimoni nonché per le spese relative alla pubblicazione dei provvedimenti e degli avvisi di qualunque genere.

³⁹ C. Cecchella, *Il giudice di pace. Commento alla l. 374/91*, Napoli, 1992, pag. 284; Maria Di Bartolomeo, *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio*, cit., pag.101.

La procedura è semplificata; la domanda può essere presentata anche oralmente al giudice che di essa “fa redigere processo verbale che, a cura dell’attore, è notificato [al convenuto] con citazione a comparire a udienza fissa” (art. 316 c.p.c.).

La citazione ha carattere succinto poiché non è richiesta l’esposizione dei motivi di diritto né l’indicazione delle prove, ma soltanto l’esposizione dei fatti e l’indicazione dell’oggetto della lite (oltre che naturalmente la menzione delle parti e del giudice).

I termini per comparire sono la metà di quelli previsti per il procedimento davanti al tribunale.

Le parti possono farsi rappresentare da persona munita di mandato scritto steso di solito in calce alla citazione oppure contenuto in un atto separato (art. 317 c.p.c.).

Il mandato a rappresentare davanti al giudice di pace comprende sempre quello a transigere ed a conciliare, attività che rappresentano lo scopo primario del procedimento.

Durante la prima udienza il giudice di pace interroga liberamente le parti e tenta la conciliazione; se questa ha successo si pone fine alla questione tramite la redazione di processo verbale dell’accordo raggiunto che ha l’efficacia di titolo esecutivo.

In caso contrario il giudice invita le parti a precisare definitivamente i fatti posti a sostegno delle loro domande ed a produrre documenti e prove; se l’attività delle parti lo richiede il giudice può fissare un’ulteriore udienza (art. 320 c.p.c.).

Quando il giudice ritiene la causa matura per la decisione invita le parti a precisare le conclusioni, quindi la causa viene discussa oralmente e ritenuta per la decisione che viene emessa nel termine di quindici giorni dalla discussione (art. 321 c.p.c.).

Il giudice di pace può essere adito anche in sede non contenziosa, affinché tenti la conciliazione.

Se viene raggiunto un accordo il relativo verbale ha valore di titolo esecutivo se la controversia rientra nei limiti di competenza del giudice di pace, altrimenti ha valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio (art. 322 c.p.c.).

Per quanto il giudice di pace costituisca un importante mezzo di tutela dei contraenti deboli, occorre però affermare che l'effetto defatigante della giustizia togata, che era auspicato dall'introduzione di questo magistrato onorario che, deflazionando il carico di lavoro del giudice togato, avrebbe dovuto ridare efficienza al sistema giudiziario, non è stato raggiunto appieno⁴⁰.

Da più parti viene sottolineato che l'organizzazione della struttura burocratica necessaria al funzionamento del giudice di pace ha comportato e comporta tuttora una spesa non indifferente a carico del bilancio dello Stato⁴¹; inoltre sono stati sollevati dubbi a riguardo dell'osservanza da parte della legge 374/91 della norma costituzionale

⁴⁰ In tale prospettiva: A. Proto Pisani e G. Fabbrini, *Proposte di riforme urgenti del processo civile*, in *Foro it.*, 1986, V, c. 511 ss.; G. Verde, *Profili del processo civile*, Napoli, 1988, pag. 77; B. Capponi, *La decisione della causa nel procedimento civile di primo grado*, in *Corriere giuridico*, 1991, pagg. 1033 e segg.

⁴¹ C. Bufardecì, *Il giudice di pace*, Bergamo, 1992 e Maria Di Bartolomeo, *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio*, cit., pag. 84.

della naturalità del giudice, in quanto all'art. 15 essa prevede la figura del "coordinatore dell'ufficio del giudice di pace", il quale sembra disporre di una certa discrezionalità nell'attribuire le cause al giudice, e non si comprende se essa debba sempre manifestarsi in atti formali sindacabili dal CSM, o se ciò non sia necessario e dunque venga messo in discussione l'art. 25, 2° comma della Costituzione⁴².

Anche i criteri di nomina del giudice di pace non sembrano garantire la dovuta professionalità dell'organo (vedi art. 5 della l. 374).

Per ovviare a questi problemi è stato proposto con il disegno di legge n. 1031⁴³, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 19 ottobre 1994, rubricato "Istituzione dell'arbitro unico nelle controversie private", di istituire un arbitro unico *ex lege* al quale devolvere le competenze del giudice di pace e che permetterebbe di superare le obiezioni sollevate in tema di arbitrato obbligatorio dalla Corte costituzionale.

Il disegno mira a fornire uno strumento di grande professionalità poiché gli arbitri sarebbero scelti tra quelli inseriti in un apposito albo, da istituirsi presso il Consiglio dell'Ordine degli avvocati esercenti la

⁴² In proposito: Maria Di Bartolomeo, *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio*, cit., pag. 91. Per quanto riguarda l'assegnazione degli affari agli organi giudiziari: M. Cappelletti, *Giudici non professionali: una nota critica sul dibattito in Italia*, in *Giur. It.*, 1980, IV, c. 193 ss.

⁴³ Questo disegno di legge fa capo all'orientamento di chi sostiene che l'arbitrato obbligatorio è perfettamente compatibile con i principi della Costituzione poiché il processo è ugualmente convogliato nell'ambito dell'attività del giudice ordinario attraverso l'azione di nullità ed il decreto di omologazione. Di questa opinione: E. Capaccioli, *L'arbitrato nel diritto amministrativo. Le fonti.*, Padova, 1957, pagg. 118 e ss.; A. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, pagg. 239 ss. e O. T. Scozzafava, *Il problema della legittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio*, in *Giur. It.*, 1978, I, 1, pagg. 1980 e ss.

professione nella circoscrizione della locale Corte d'Appello, dalle stesse parti o, se non si raggiungesse un accordo, tramite sorteggio.

L'arbitro *ex lege* consentirebbe un procedimento celere, a costi contenuti per i litiganti (in base a tariffe professionali previste per l'attività stragiudiziale) ed a costi zero per lo Stato, rispettoso di specifici principi deontologici per la sua professione, che darebbe la possibilità di munirsi di un titolo esecutivo secondo la disciplina dell'arbitrato rituale.

BIBLIOGRAFIA

PREMESSA

R. Raffaele Addamo, *La disciplina negoziale del commercio internazionale delle pelli (contratti n. 6 e 7)*, Genova, 1993

Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Diritto civile*, articolo, a quanto consta, ancora inedito

Guido Alpa, *Casi scelti in tema di arbitrato. Nel diritto italiano e comparato*, Milano, 1994

Guido Alpa, *Un progetto per la giustizia minore: composizione stragiudiziale delle controversie, ruolo dell'arbitrato, interessi di categoria*, in *Giustizia civile* 1992, II, pag. 577 e segg.

Guido Alpa, *La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie (L'arbitrato dei consumatori e l'ombusman bancario)*, in *Ec. e dir. del terziario*, II, 1993

Guido Alpa, *Corso di Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996

V. Andrioli, *Le giurisdizioni speciali nella Costituzione della Repubblica*, in *Le giurisdizioni speciali amministrative*. Relazioni e discussioni svolte nel Convegno del 2 ottobre 1954, Milano, 1956, pag. 10 e segg.

Barone, *Conciliazione obbligatoria e arbitrato*, in *Foro it.* 1990, V, 375

Bollettino delle Comunità europee, "La protezione giuridica dei consumatori. Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985", supplemento 2 / 85

A. Briguglio, E. Fazzalari e R. Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, Milano, 1994

Cappelletti, *General Report*, in *Fundamental Guarantees of the Parties*, in *Civil Litigation*, Milano, 1973, pag. 676 e segg.

Cappelletti & Tallon, *Fundamental Guarantees of the Parties*, in *Civil Litigation*, Giuffrè-Oceane Publications 1973

Cappelletti, Gordley & Johnson, *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Society*, Giuffrè 1975

- Cappelletti & Garth, *Access to Justice: a World Survey*, Sijthoff-Giuffrè 1978
- Cappelletti & Garth, *Access to Justice: Emerging Issues and Perspective*, Sijthoff-Giuffrè 1979
- F. Carpi, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. Trim.*, 1984, pag. 58
- Chiarloni, *Un giudice di pace per la pace dei giudici*, in *Foro it.* 1989, V, 14
- S. Chiarloni, *Nuovi modelli processuali*, ne *Il diritto dei nuovi mondi*, a cura di G. Visintini, Milano, 1996
- Cipriani, *Il giudizio di equità necessario*, in *Foro it.* 1985, V, 34
- CSM, *Parere sul disegno di legge concernente "Provvedimenti urgenti per il processo civile"*, ivi 1989, V, 245
- Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, in *Analisi comparatistica del processo*, (Il Mulino) Bologna 1991
- Denti, *Una difesa d'ufficio*, in *Foro it.* 1987, V, 172
- Maria Di Bartolomeo, *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio*, Napoli, 1996
- Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro it.* 1989, V, 132
- F. Ferronato e G. Rebecca, *Arbitrato. Manuale teorico-pratico*, Milano, 1993
- G. Ghezzi, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, in *Riv. Trim.*, 1977, pag. 95 e segg.
- Il Sole 24 ore, *"Giudizi 'sprint' nelle liti d'affari"*, lunedì 19 aprile 1993, pag. 7
- Il Sole 24 ore, *"Tutte le spese, voce per voce"*, 29 settembre 1997, pag. 21
- Il Sole 24 ore, *"E' Parigi la capitale delle libere intese"*, 19 aprile 1993, pag. 17
- Il Sole 24 ore, *"Compromessi a regola d'arte"*, 19 aprile 1993, pag. 8
- Il Sole 24 ore, *"Patti senza frontiere targati New York"*, 19 aprile 1993, pag. 8
- Il Sole 24 ore, *"Arabia: lodi in panne"*, *"Sulle Ande sentenze al rallentatore"*, 19 aprile 1993, pag. 17
- Il Sole 24 ore, *"Investimenti col paracadute"*, 19 aprile 1993, pag. 8
- Il Sole 24 ore, *"I sentieri della conciliazione"* (I conflitti di lavoro), 19 aprile 1993, pag. 7
- Il Sole 24 ore, *"Liti a stelle e strisce"*, 19 aprile 1993, pag. 17
- Il Sole 24 ore, *"Il rischio-lite fa i conti con il budget"* di M. Panucci, 29 settembre 1997, pag. 21

O. Kahn e B. Freund, *General Problems of Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 1980

Libro verde della CEE, L'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le Marché unique, Com. (93), 576, pubbl. a Bruxelles il 16.11.1993

Lipari, *Relazione alla Commissione giustizia del Senato concernente la delega legislativa al Governo*, in *Giustizia civile*, 1985, II, 532

Magistratura democratica, *Testo provvisorio di una proposta di riforme urgenti del Codice di procedura civile*, in *Foro it.* 1987, V, 71

G. Marani, *Aspetti negoziali ed aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino, 1966

G. Mirabelli e D. Giacobbe, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1994

J. Mustill e M. Boyd, *Commercial arbitration*, London-Edinburgh, 1989

Napione Giovanni, *L'ombusman*, (Giuffrè), Milano, 1969

C. A. Nicoletti, *La legge 9 febbraio 1983, n. 28 e la modifica dell'arbitrato*, in *Giur. It.*, 1983, IV, c. 308

P. Pajardi e A. Quadri, *L'impugnazione del lodo arbitrale nella giurisprudenza*, Milano, 1992

A. Pizzorusso, *Democrazia partecipativa e attività giurisdizionale*, in *Studio per G. Ballardore Pallieri*, Milano, 1978, I, pag. 462 e segg.

A. Pizzorusso, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Riv. Trim.*, 1975, pag. 1 ss.

A. Pizzorusso, *Giudice naturale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, pag. 4 e segg.

Proto Pisani, *Il giudice di pace tra mito e realtà*, in *Foro it.* 1989, V, pag. 11

Proto Pisani, *Emergenza nella giustizia civile*, in *Foro it.* 1987, V, 1

C. Punzi, *Arbitrato*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988, pag. 6

Regolamento semplificato di conciliazione ed arbitrato sottoscritto il 12 dicembre 1996 dal presidente della Camera arbitrale di Milano, dal presidente dell'Associazione italiana arbitrato, dal presidente della Confindustria e dal presidente dell'Unioncamere

P. Rescigno, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare"*, in *Giur. It.* 1995, IV, 73

S. Rodotà, *Se si vuole una giustizia "normale"*, in *La Repubblica*, 25 agosto 1995

- R. Romboli, *Giudice naturale*, in *Noviss. Dig. It., Appendice*, III, Torino, 1983, pagg. 966 e segg.
- Salvi, *L'efficienza della giustizia. Norme astratte e tutela concreta dei diritti*, in *Giur. It.* 1987, IV, pag. 172
- S. Satta, *Note sull'arbitrato libero*, in *Rass. Arbitrato*, 1974, pag. 6
- S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2 Padova, 1971, pag. 163
- P. Scarpone, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia. Profili storici e comparativi*, Milano, 1980
- R. Schlesinger, *Comparative Law*, New York, 1975
- C. M. Schmitthoff, *The Law and Practice of International Trade*, London, 1980
- A. Scialoja, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. Dir. comm.*, 1922, I, pag. 518
- M. Taruffo, in particolare, *La composizione della lite: la conciliazione, Relazione al convegno organizzato dalla Camera arbitrale di Milano il 7 febbraio 1997*
- V. Vigoriti, *Quante deliberazioni per il lodo inglese in Italia?*, in *Riv. Arbitrato*, 1992, pag. 68
- V. Vigoriti, *Partecipazione, sindacato, processo*, in *Riv. Trim.*, 1974, pag. 1212 e segg.

CAPITOLO I

- S. Diaz Alabart, *Actuacion espanola en relacion con la directiva comunitaria del 5 aprile 1993 sobre clausas abusivas en contratos celebrados con consumidores*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, C. Bianca e G. Alpa (a cura di), Padova, 1996, pagg. 235 e segg.
- Guido Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Bologna-Roma, 1995
- Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Diritto civile, cit.*
- Guido Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977
- Guido Alpa, *Contratti standard dei consumatori: una proposta di Direttiva Comunitaria*, in *Contr. Impr.*, 1991, pag. 885

Guido Alpa, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *“Le imprese italiane nel mercato europeo alla ricerca di nuovi equilibri contrattuali: il ruolo delle Camere di Commercio”*, Camera di Commercio industria artigianato e agricoltura di Milano, Atti della giornata di studio, Milano, 2 luglio 1996, pag. 37

G. Alpa e R. Delfino, *Il giudice di pace e la tutela del consumatore*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1996, II, pag. 357

Guido Alpa, *Vendite al consumatore e controllo dei contratti standard nella disciplina del “Supply of Goods” (Implied Terms) Act del 1973*, in *Riv. Dir. comm.*, 1974, pagg. 293 e segg. *Bollettino delle Comunità europee*, “La protezione giuridica dei consumatori. Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985”, supplemento 2 / 85

V. Bonocore, *La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle “Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori” e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria: (leasing, factoring e credito al consumo)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, pag. 449

Cappelletti & Tallon, *Fundamental Guarantees of the Parties*, cit.

Cappelletti, Gordley & Johnson, *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Society*, cit.

Cappelletti & Garth, *Access to Justice: a World Survey*, cit.

Cappelletti & Garth, *Access to Justice: Emerging Issues and Perspective*, cit.

M. Cappelletti, *Legal Aid: The Emergence of a Modern Theme*, in “24 Stan. L. Rev.”, 1972, pagg. 376 e segg.

Cappelletti, *Access to justice*, in “Rabelsz.”, 1976, pagg. 669 e segg.

Commissione delle Comunità europee, “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori”, Bruxelles, 24.02.1996, COM (95) 712 def.

Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni: “Piano d’azione sull’accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell’ambito del mercato interno”, riportata

negli allegati di: *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*, Atti del Convegno tenutosi a Verona l'11 novembre 1995, pag. 100

Conv. Europea dei dir. dell'uomo (art. 6)

M. Costanza, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. Civ.*, 1994, pag. 543

Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, cit.

M. Dean, *Consolidation or Confusion?*, in *New Law Journal*, 1995, pag.28

M. Dean, *Unfair Contract Terms: the European Approach*, in *The Modern Law Review*, 1993, pag. 581

Laurence Klesta Dosi, *Il controllo delle clausole abusive: la Direttiva 93/13 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese e inglese*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, parte seconda, pag. 426

P. Duffy, *Unfair Contract Terms and the Draft E.C. Directive*, in *The Journal of Business Law*, 1993, pag. 67

Aldo Frignani, *I principi della Direttiva 93/13 CE e l'equità contrattuale*, in "Le imprese italiane nel mercato europeo alla ricerca di nuovi equilibri contrattuali: il ruolo delle Camere di Commercio", Camera di Commercio industria artigianato e agricoltura di Milano, Atti della giornata di studio, Milano, 2 luglio 1996, pag. 17

L. Fumagalli, *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, pag. 15

M. Gasparinetti, *Tutela del mercato e diritto comunitario dei consumi*, in *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*, Atti del Convegno tenutosi a Verona l'11 novembre 1995

J. Ghestin, I. Marchessaux, *L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives*, in C. Bianca e G. Alpa (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996

A. Giampieri, "Il recepimento della Direttiva sulle clausole abusive negli Stati dell'Unione europea", in G. Alpa (a cura di), *Corso di Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, cap. XXII, pag. 629

Goyen e Vos, *Les litiges de consommation transfrontières dans la Communauté économique européenne: état des lieux et perspectives*, in *Rev. Europ. Dr. Consomm.*, 1991, pag. 207 e segg.

E. Hondius, *EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Towards a European Law of Contract*, 7 *Journal Contr. Law*, 1994, pag. 43 e segg.

Libro verde della CEE, *L'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le Marché unique*, Com. (93), 576, pubbl. a Bruxelles il 16.11.1993

"Le imprese italiane nel mercato europeo alla ricerca di nuovi equilibri contrattuali: il ruolo delle Camere di Commercio", Camera di Commercio industria artigianato e agricoltura di Milano, Atti della giornata di studio, Milano, 2 luglio 1996, dibattito pag. 72

I. Macneil, *Good faith and the Control of Contract Terms: the E.C. Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, in *The Juridical Review*, 1995, pag. 147

Napione Giovanni, *L'ombusman*, cit.

G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, in *J.G.P.*, 1993, I, pag. 365

Relazione sulla convenzione di adesione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito alla Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (la Relazione è pubblicata nella GU n. C 59 del 5.3.1979, pagg. 71 e segg.)

Risoluzione n. 78 (8) del 2.3.78 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa

V. Roppo, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, pag. 277

Trattato sull'"Unione europea", firmato a Maastricht nel 1992

B. Tremml, *The E.U. Directive on Unfair Terms in Consumers Contracts*, in *International Contract Advisor*, Spring 1997, vol. III, n. 2

Unfair Contract Terms (A bulletin issued by the Office of Fair Trading), Issue n. 2 September 1996

CAPITOLO II

Guido Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit.

Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Diritto civile*, cit., pag. 18

- G. Astuti, *L'esperienza costituzionale svedese*, in *Le costituzioni della Svezia e della Norvegia*, Firenze, 1946
- P. Birkinshaw, *Access to justice in the privatised and regulated state*, Hull University Press, 1991
- Black's Law Dictionary*
- Bollettino delle Comunità europee*, "La protezione giuridica dei consumatori. Memorandum della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985", supplemento 2 / 85, pagg. 40 ss.
- G. J. Borrie, *Nouveaux développements des moyens destinés à assurer la protection des consommateurs en Angleterre*, in *Riv. Soc.*, 1977, pagg. 552 e segg.
- Christian Borris, *Common law and civil law: fundamental differences and their impact on arbitration*, in *Arbitration*, rivista del Chartered Institute of Arbitrators, (1994) 6, *JCI Arb.* 2, 78
- Borris, *Die UNCITRAL-Schiedsregeln in der Praxis des Iran-United States Claims Tribunal*, *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, Band 2 (1988)
- Borris, *Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit in den USA*, 1987, *Rz.* 227-236
- B. Chapman, *The Ombudsman*, in *Public Administration*, 1960, pag. 303 e segg.
- J. Comaroff, S. Roberts, *The invocation of Norms in Dispute Settlement*, in I. Hammett, *Social Anthropology and Law*, New York - London, Academic Press, 1982
- Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni: "Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno", riportata negli allegati di: *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*, Atti del Convegno tenutosi a Verona l'11 novembre 1995, pag. 100
- Craig, Park, Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 1990, paragrafo 23.03
- Giovanni Criscuoli, *L' "insurance ombudsman"*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1992, I, pag. 183
- A. Davis, S. Roberts, *Access to Agreement*, London, 1988
- Rossella Delfino, *L'Ombudsman come modello di Alternative Dispute Resolution nel settore privato: alcune considerazioni sull'istituto, attraverso l'analisi della Insurance Ombudsman Bureau*, in *Economia e diritto del terziario*, n° 1, 1995, pag. 402

- Paolo Gaggero, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel Regno Unito*, in *Economia e diritto del terziario*, 1995, I, pag. 345
- Paolo Gaggero, *Note sugli alternative dispute resolution schemes nell'esperienza inglese*, in G. Alpa (a cura di), *Corso di Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996
- Hazen Genn, *Hard Bargaining: Out of Court Settlement in Personal Injury Action*, Oxford, Claredon Press, 1987
- Goldberg, Sanders, Rogers, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, II edn, Little, Brown and Co. 1992
- Goldberg, J. M. Brett, *Disputants' Perspectives on the Differences between Mediation and Arbitration*, in 6 *Neg. J.* (1990), pagg. 249 ss.
- Goldberg, Green e Sander, *Dispute Resolution*, 1985, Little Brown and Company, Boston
- Guzmar Hecksher, *Swedish Public Administration at work*, Stoccolma, 1962
- H. Huppermann and George C. Freeman III, *Selected Topics in Securities Arbitration: Rule 15c2-2, Fraud, Duress, Unconscionability, Waiver, Class Arbitration, Punitive Damages, Right of Review, and Attorneys' Fee and Costs*, in *Tulane L. Rev.* (1991), pagg. 1547 e segg.
- B. Lagergren, *Les secrétaires généraux des Cabinets ministériels en Suède*, in *Revue int. Des sciences administratives*, 1039, pag. 31
- D. Lax, J. K. Sebenius, *The manager as Negotiator*, New York, 1986
- Libro verde della CE, *L'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le Marché unique*, Com. (93), 576, pubbl. a Bruxelles il 16.11.1993, pag. 60
- Mc Ewan, Craig, Mainman, *Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent*, in 18 *Law and Society Rev.* (1984), pagg. 12 e segg.
- M. Millhauser, *The Unspoken Resistance of Alternative Dispute Resolution*, in 3 *Neg. J.* 1987, pagg. 29 e segg.
- Moore, *The Mediation Process: Pratical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass Ltd., 1986
- Napione Giovanni, *L'Ombudsman*, cit.
- National Consumer Council, *Ombudsman Services, Consumers' views of the Office of the Building Societies Ombudsman and the Insurance Ombudsman Bureau*, London 1993

D. Pruitt, *Negotiation Behaviour*, New York-London, Academic Press, 1981

Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, *Getting to Yes*, New York, Penguin, 1991

Sander, *Varieties of Dispute Processing*, in 70 (1976) *F.R.D.*, pagg. 111 ss.

Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2nd ed., 1989, Rz. 652

C. M. Schmitthoff, *Ombudsmen Galore*, in *The Journal of Business Law*, 1985, pag. 198 e segg.

Schutze, Tscherning, Wais, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2nd Ed. 1990, Rz. 582

B. Schwarz, *Law and Executive in Britain*, New York- Cambridge, 1949

Smith, *A Warmer Way of Disputing: Mediation and Conciliation*, 26 *Am. J. Comp. L.* 1989

The citizen and the administration, Londra, 1961, direttore di ricerca Sir John Whyatt

The Law Society, Alternative Dispute Resolution, 1991, pag. 18 e ss.

The Insurance Ombudsman Annual Report, 1989

The Insurance Ombudsman Annual Report 1990

The Keeper of the Conscience, in *The Conveyancer*, 1989, pag. 324

T. Tyler, *The Quality of Dispute Resolution Processes and Outcome: Measurement problems and Possibilities*, in 66 *U. Den. L. Rev.* 1989

Gerald Williams, *Legal Negotiation and Settlement*, St. Paul, 1983

M. J. Wilson, *The Insurance Ombudsman Bureau*, in *Solicitors' Journal*, 1990, pag. 996 e segg.

Konrad Zweigert, Hein Kotz, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Milano, 1992

CAPITOLO III

R. Raffaele Addamo, *Specialisti con "pedigree"*, Il Sole 24 ore, 29 settembre 1997, cit. pag. 21

R. Raffaele Addamo, *La Camera arbitrale italiana per il commercio delle pelli*, Genova, 1986

M. Acone, B. Capponi, C. Cecchella e G. Manzo, *Il giudice di pace, commento alla legge n. 374 del 1991*, Napoli, 1992

Guido Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Diritto civile, cit.*, pagg. 10 e 11

Guido Alpa, *Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, cit.

G. Alpa e R. Delfino, *Il giudice di pace e la tutela del consumatore*, cit., pag. 355

Stefano Azzali, *Le regole per arrivare alla soluzione*, Il Sole 24 ore, 12 maggio 1997

Bernardini, De Nova, Nobili, Punzi, *La riforma dell'arbitrato*, IPSOA, 1994

Vincenza Bonsignore, *Super archivio dei riti alternativi*, Il Sole 24 ore, 14 luglio 1997

Briguglio, Fazzalari, Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994

C. Bufardecì, *Il giudice di pace*, Bergamo, 1992

E. Capaccioli, *L'arbitrato nel diritto amministrativo. Le fonti.*, Padova, 1957

R. Caponi, *Il giudice di pace*, Milano, 1991

M. Cappelletti, *Giudici non professionali: una nota critica sul dibattito in Italia*, in *Giur. It.*, 1980, IV, c. 193 ss.

B. Capponi, *La decisione della causa nel procedimento civile di primo grado*, in *Corriere giuridico*, 1991, pagg. 1033 e segg.

Cass., 31 luglio 1950, n. 2250, in *Giur. It.*, 1952, I, 1, c. 359

C. Cecchella, *Il giudice di pace. Commento alla l. 374/91*, Napoli, 1992

Daniela Cena, *Rete di servizi in tutto il Piemonte*, Il Sole 24 ore, 14 luglio 1997

Antonello Cherchi, *Il rilancio dell'arbitrato*, Il Sole 24 ore, 14 luglio 1997

S. Chiarloni, *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1993

Convenzione di New York del 1958

Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127, in *Lav. e prev.*, 1977, pag. 1955

Maria Di Bartolomeo, *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio*, cit.

Economia e diritto del terziario, n. 1, 1995: "Casi scelti in tema di arbitrato. A proposito del volume di Guido Alpa e Tomaso Galletto", pagg. 485 e ss., vedi la sintesi della relazione del Prof. Vittorio Denti

Elena Fontana, *Un corso per diventare arbitro*, Il Sole 24 ore, 29 settembre 1997, pag. 21

A. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963

Franco Girino, "La concorrenza sleale e l'azione ai sensi dell'art. 2601 c.c.", in *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*, Atti del Convegno tenutosi a Verona l'11 novembre 1995, pag. 55 e segg.

Il Sole 24 ore, *Obiettivo: un taglio alle tariffe e ai tempi biblici dei Tribunali*, 12 maggio 1997, pag. 6

Il Sole 24 ore, *Un patto per la giustizia "alternativa"*, 12 maggio 1997, pag. 6

Il Sole 24 ore, *Dalla clausola al compromesso*, 12 maggio 1997

Il Sole 24 ore, *Tre chance per la conciliazione e In 120 giorni la decisione*, 12 maggio 1997

La China, *L'arbitrato*, Milano, 1995

Danilo Longhi, *"Le Camere di Commercio quali authority fra consumo e produzione"*, in *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*, Atti del Convegno tenutosi a Verona l'11 novembre 1995, pag. 35 e segg.

Pier Daniele Melegari, *Il progetto della Camera di Commercio di Milano e le linee d'intervento sulla regolazione del mercato*, in *"Le imprese italiane nel mercato europeo alla ricerca di nuovi equilibri contrattuali: il ruolo delle Camere di Commercio"*, Atti della giornata di studio tenutasi a Milano il 2 luglio 1996, pag. 57

Montesano, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale*, in *Riv. Trim. e proc. civ.*, pagg. 613 e segg.

N. Picardi, *Il giudice di pace in Italia: alla ricerca di un modello*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, Milano, 1993, p. 623 ss.

Tiziana Pompei, *Una rete per comporre le liti*, Il Sole 24 ore, 12 maggio 1997

A. Proto Pisani e G. Fabbrini, *Proposte di riforme urgenti del processo civile*, in *Foro it.*, 1986, V, c. 511 ss.

Punzi, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. Dir. proc.*, 1994, pagg. 331 e segg.

Regolamento semplificato Unioncamere di conciliazione ed arbitrato

Ricci, *L'efficacia "vincolante" del lodo arbitrale dopo la l. 25 del 1994*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1994, pagg. 809 e segg.

Rinaldo Sali, *Una soluzione allo sprint*, Il Sole 24 ore, 14 luglio 1997

O. T. Scozzafava, *Il problema della legittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio*, in *Giur. It.*, 1978, I, 1, pagg. 1980 e ss.

Tarzia, *Conflitti tra lodi arbitrali e tra lodi e sentenze*, in *Riv. Dir. proc.*, 1994, pagg. 613 e segg.

Tarzia, Luzzatto, Ricci, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1995

Giuseppe Tripoli, *Le controversie dribblano...*, Il Sole 24 ore, 14 luglio 1997

G. Verde, *Profili del processo civile*, Napoli, 1988

Roberto Viganò, *“I delitti contro l’economia pubblica e la costituzione di parte civile delle Camere di Commercio”*, in *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*, Atti del Convegno tenutosi a Verona l’11 novembre 1995, pag. 62 e segg.

DOCUMENTI INTERNET

Dal sito Internet dell’*Office of Fair Trading* sono stati prelevati:

- Unfair Contract Terms (A bulletin issued by the Office of Fair Trading), Issue n. 2 September 1996

- Una guida dal titolo: *How to complain (Complaining about goods. Complaining about services. General tips. Who can help? Alternatives to litigation. Going to court.)*, aggiornata al 3 ottobre 1996

Dal sito Internet della *County Court* di Londra:

- Geoff Edwards, *A Brief Guide to County Court Arbitrations*, 1996

Dal sito Internet londinese del *Banking Ombudsman*:

- Lo specifico regolamento del Banking Ombudsman
- La guida *Complaint Now*

Dal sito Internet della Banca Carige:

- “Regolamento dell’ufficio reclami e dell’Ombusman bancario”

Dal sito Internet del *UK gov. London*:

- *Parliamentary Commissioner for Administration, PCA*
- *Northern Ireland Parliamentary Commissioner for Administration, PCA and Commissioner for Complaints, CforC*

Dal sito Internet della *Commission for Local Administration in England (the Local Government Ombudsmen)*:

- *How to complain to the Local Government Ombudsman*, brochure informativo aggiornato all’agosto del 1996

SOMMARIO

pag.

Premessa.

Tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie:

vantaggi, diffidenze e diffusione 1

Capitolo primo.

[Utente Wi1] *Le alternative dispute resolutions* nella dimensione comunitaria:

1. l'accesso alla giustizia dei consumatori:

- la protezione giuridica dei consumatori nel Memorandum

della Commissione presentato al Consiglio il 4 gennaio 1985 38

- il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia

del 16 novembre 1993 44

2. la Direttiva 93/13 CEE 49

un confronto:

a) la normativa di recepimento inglese 62

b) la normativa di recepimento italiana 74

pag.

Capitolo secondo.

Le alternative dispute resolutions nel Regno Unito.

1. La distinzione tra Non Adjudicative ADR e Adjudicative ADR	83
2. Le principali differenze tra common law e civil law ed il loro riflesso sull'arbitrato	88
3. L'arbitrato delle County Courts	100
4. L'Ombudsman	109
5. Iniziative private:	
a) l'Insurance Ombudsman Bureau (IOB)	115
b) il Banking Ombudsman e l'Ombudsman bancario italiano	126
c) il Corporate Estate Agents Ombudsman	134
6. Iniziative pubbliche:	
a) il Parliamentary Ombudsman ed i Local Government Ombudsmen	136
b) il Pensions Ombudsman	144
c) il Legal Services Ombudsman	146
d) i Public Utilities Schemes	148
e) le Trade Organisations e l'Office of Fair Trading	150
f) il Building Society Ombudsman	153
g) il settore finanziario-assicurativo	155
7. L'arbitrato dei consumatori	159

pag.

Capitolo terzo.

Un confronto con l'esperienza italiana:

<i>a)</i> le Camere di Commercio e le Camere arbitrali	165
<i>b)</i> il “Regolamento semplificato di conciliazione ed arbitrato” dell’Unioncamere	179
<i>c)</i> l’arbitrato obbligatorio	184
<i>d)</i> il Giudice di Pace	189
 Bibliografia	 194
Documenti Internet	207