

# LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE PRESSO LA CONSOB ALLA LUCE DELLE NOVITA' INTRODOTTE DAL D. LGS.

**28/2010**

Sommario: 1. Premessa. – 2. La conciliazione prevista dal D. Lgs. 179/2007: ambito applicativo (e relativi limiti). – 2.1 Lo svolgimento della procedura. – 3. D. lgs 28/2010 e D. lgs. 179/2007 a confronto: un rapporto di genere a specie. - 4. Conclusioni.

## **1. Premessa**

Uno degli aspetti maggiormente criticati (soprattutto dalla classe forense) della nuova disciplina sulla mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali, introdotta con il D. LGS. N. 28/2010, è senza dubbio rappresentato dalla previsione dell'obbligatorietà del suo esperimento, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, nelle controversie sorte nell'ambito delle materie di cui all'art. 5, comma 1, del predetto decreto.

Non volendo entrare nel merito delle polemiche sorte a tal proposito, in questa sede interessa piuttosto soffermarsi sulla particolare connotazione che tale condizione di procedibilità assume in alcune delle suddette controversie e, precisamente, in quelle aventi ad oggetto i “*contratti finanziari*”.

Proprio relativamente a detto settore, infatti, il legislatore, al su citato comma 1 dell'art. 5, ha previsto che il preventivo tentativo di mediazione sia **condizione di procedibilità alternativa** al procedimento di conciliazione previsto dal D. Lgs. n. 179/2007 innanzi alla Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob (analoga previsione è stata formulata con riferimento alle controversie aventi ad oggetto i contratti bancari, per le quali la mediazione di cui al D. Lgs. 28/2010 è condizione

di procedibilità alternativa alla procedura stragiudiziale innanzi all'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF), istituita in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al D. Lgs. n. 385/1998)<sup>1</sup>.

Ciò sta a significare che la nuova disciplina istitutiva della mediazione civile e commerciale ha lasciato immutata la preesistente normativa relativa ai sistemi di risoluzione delle liti in materia bancaria e finanziaria: nel caso specifico delle controversie di competenza della Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob (cioè quelle sorte tra risparmiatori o investitori non professionali e banche o altri intermediari finanziari per la violazione degli obblighi d'informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali con la clientela relativi a servizi d'investimento o di gestione collettiva del risparmio), quindi, un cliente-investitore che vorrà intraprendere un'azione giudiziale nei confronti di un intermediario, dovrà obbligatoriamente esperire il tentativo di conciliazione previsto dall'uno o dall'altro dei su richiamati decreti legislativi.

È a questo punto opportuno comprendere la *ratio* di tale previsione legislativa, il rapporto che vi è tra le due procedure, il rispettivo ambito di applicazione e, pertanto, l'opportunità di far ricorso all'una piuttosto che all'altra.

---

<sup>1</sup> La prima parte dell'art. 5, comma 1, del D. lgs. 28/10 testualmente recita: "*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, e' tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilità della domanda giudiziale.*".

A tal fine sarà innanzitutto necessario procedere all'analisi dei tratti salienti del procedimento di conciliazione di cui al D. Lgs. 179/2007, per rilevarne man mano le maggiori differenze rispetto a quello di cui al nuovo D. Lgs. 28/2010, traendo così le relative conclusioni.

## **2. La conciliazione prevista dal D. Lgs. 179/2007: ambito applicativo (e relativi limiti).**

L'esigenza di introdurre diverse disposizioni finalizzate a tutelare i risparmiatori, sia dal punto di vista sostanziale che da quello processuale, si è fatta sempre più pressante negli ultimi anni, soprattutto in seguito agli scandali finanziari (tra i quali, per citare i più noti, obbligazioni Argentina, crac Cirio e Parmalat) che hanno visto coinvolti moltissimi piccoli risparmiatori ed hanno messo in luce, tra le tante carenze del sistema, l'assenza di strumenti e di istituzioni per la risoluzione stragiudiziale delle controversie, meno dispendiosi in termini di durata e di denaro rispetto al giudizio.

Inoltre, nei rapporti di lunga durata come quelli che intercorrono tra banche e clienti, la soluzione giudiziale, indipendentemente dall'esito del giudizio, può alla fine rivelarsi compromettente per gli interessi di entrambe le parti. Per il cliente può comportare perdita di fiducia nella banca e la necessità di trovare delle alternative a condizioni non equivalenti, mentre per la banca il contenzioso, se ripetuto, può comportare un danno reputazionale, oltre che un aumento importante dei costi di gestione<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> V. in tal senso BALESTRA M., "Gli investitori e la conciliazione amministrata Consob: uno strumento da far partire e da non sprecare", in *Magistra Banca & Finanza – Milano*, sul sito [www.tidona.com](http://www.tidona.com), 2011, la quale ha evidenziato che, spesso, il reclamo dell'investitore non rappresenta per la banca un caso isolato, ma è il frutto di una politica di gestione o di una carenza della stessa e che i reclami dei clienti, se preventivamente ed adeguatamente trattati all'interno della struttura della banca o di altro intermediario abilitato, potrebbero aiutare a superare le carenze gestionali e a modificare talune prassi interne.

Tale situazione ha indotto il legislatore ad un primo intervento, attraverso l'emanazione della L. 262/05 (c.d. "Legge sul risparmio"), che ha condotto all'istituzione dell'ABF e della Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob<sup>3</sup>, con l'obiettivo, come indicato dalla stessa Banca d'Italia, anche di migliorare l'efficienza e la stabilità del sistema finanziario, minate dalle sempre più numerose controversie conseguenti alla mancata realizzazione di guadagni promessi ai clienti e alle perdite di valore degli investimenti effettuati su suggerimento dell'intermediario.<sup>4</sup>

I soggetti che possono ricorrere alla Camera di Conciliazione sono esclusivamente gli investitori diversi dalle controparti qualificate di cui all'articolo 6, comma 2-quater, lettera d) e dai clienti professionali di cui ai successivi commi 2-quinquies e 2-sexies, del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, che vogliono agire nei confronti degli intermediari per la "violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori medesimi"(art. 2, comma 1, D. Lgs. 179/2007).

Emerge da subito un duplice limite alla competenza: un limite soggettivo, in quanto potranno rivolgersi alla Camera solo gli

---

<sup>3</sup> La legge 28 dicembre 2005 n. 262 (c.d. legge sul risparmio), con l'art. 27, ha dato delega al Governo di adottare un decreto legislativo per l'istituzione di procedure di conciliazione e arbitrato e, attraverso l'art. 29, ha introdotto l'art. 128-bis del T.U.B. che istituisce *"procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari"*, demandando al C.I.C.R. (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio), sentita la Banca d'Italia, la determinazione dei criteri di svolgimento delle procedure conciliative. Successivamente il C.I.C.R., con delibera n. 275 del 28 luglio 2008, sentita la Banca d'Italia, ha fissato i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e ha istituito l'Arbitro Bancario Finanziario. Inoltre il Legislatore, sempre in attuazione dell'art. 27, commi 1 e 2 della L. 262/2005, ha successivamente istituito, attraverso il D. Lgs. 179/07, anche il Sistema di conciliazione e arbitrato presso la Consob, disciplinato dal Regolamento adottato con delibera Consob n. 16763 del 29/12/2008.

<sup>4</sup> Cfr. la premessa delle disposizioni della Banca d'Italia del 18/06/2009, ove si legge: *"Meccanismi efficaci di definizione delle liti incentivano il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela; migliorano la fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi bancari e finanziari; costituiscono un utile presidio dei rischi legali e reputazionali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso."*

investitori non professionali<sup>5</sup>, ed un limite oggettivo, dato che saranno oggetto di trattazione solo le controversie che derivano dall'inadempimento degli obblighi di comportamento previsti nel rapporto tra detti soggetti.

È opportuno soffermarsi sulle possibili interpretazioni da dare a tale limite oggettivo, atteso che le suddette norme di comportamento si dividono in tre gruppi principali: gli obblighi informativi nei confronti degli investitori, il divieto di compiere operazioni finanziarie inadeguate ed il dovere di gestire i conflitti d'interessi.

Sulla base di detta classificazione, ha suscitato perplessità in dottrina<sup>6</sup> la menzione che l'art. 2, comma 1, D. Lgs. 179/2007, fa dei soli "*obblighi di informazione, correttezza e trasparenza*", senza invece fare alcun cenno né al dovere di gestione dei conflitti d'interesse, né al dovere di adeguatezza (che, peraltro, costituisce senza dubbio la più importante regola di condotta alla cui osservanza gli intermediari sono tenuti).

Alla luce di ciò, un'interpretazione esclusivamente letterale condurrebbe alla conclusione secondo la quale una violazione della regola di adeguatezza e di gestione del conflitto d'interessi non consentirebbe il ricorso alla procedura di conciliazione di cui al D. Lgs. 179/2007.

Detta interpretazione, eccessivamente ancorata al dato testuale, è, però, senz'altro da scartare, non sussistendo evidenti ragioni per le quali le predette violazioni non permetterebbero di accedere alla procedura

---

<sup>5</sup> La scelta del legislatore di riservare la legittimazione attiva alla categoria degli investitori e, per l'esattezza, soltanto a quelli *non professionali*, va indubbiamente interpretata come un trattamento privilegiato riservato al contraente più debole (sia economicamente, che dal punto di vista del patrimonio informativo di cui lo stesso è in possesso) che, in quanto tale, necessita di una maggiore tutela, consistente anche nel fatto di poter avviare – diversamente dagli intermediari finanziari (che possono solo resistere) - il procedimento di conciliazione.

<sup>6</sup> Cfr. SANGIOVANNI V., *La conciliazione stragiudiziale presso la Consob*, sul sito [www.diritto.net](http://www.diritto.net).

conciliativa innanzi alla Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob.

Secondo la stessa linea interpretativa, inoltre, sarebbero escluse dal novero delle controversie per la risoluzione delle quali è ammesso il ricorso alla procedura conciliativa di cui al su citato art. 2, comma 1, D. Lgs. 179/2007, quelle inerenti il mancato rispetto della forma scritta nei contratti d'intermediazione finanziaria (che è causa di nullità degli stessi, ai sensi dell'art. 23, comma 1, del T.U.F.), poiché, appunto, il dovere di rispettare la forma scritta non è espressamente ricompreso tra gli obblighi di comportamento richiamati dalla suddetta norma.

Al fine di evitare l'eccessiva riduzione che tale interpretazione restrittiva arrecherebbe all'ambito applicativo della procedura di conciliazione Consob, si è condivisibilmente optato per un'interpretazione "estensiva" della nozione di "trasparenza", che vi ricomprienderebbe anche il requisito della forma scritta dei contratti<sup>7</sup>.

La procedura, inoltre, può essere attivata solo dall'investitore e purchè siano rispettate due condizioni di ammissibilità (ex art. 4 del D. Lgs. 179/2007) e cioè:

- 1) deve trattarsi di controversie per le quali non siano state avviate, anche su iniziativa dell'intermediario a cui l'investitore abbia aderito, altre procedure di conciliazione<sup>8</sup>;
- 2) l'investitore deve aver preventivamente presentato reclamo scritto all'intermediario a cui il medesimo abbia risposto per iscritto, o comunque devono esser trascorsi 90 giorni (o il termine più breve

---

<sup>7</sup> V. in tal senso SANGIOVANNI V., *La conciliazione stragiudiziale presso la Consob*, sul sito [www.diritto.net](http://www.diritto.net), il quale correttamente rileva che la mancanza di forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria, generalmente predisposto dall'intermediario, configura un'assenza di trasparenza nei confronti dell'investitore.

<sup>8</sup> Emerge, così, la competenza non esclusiva della Camera in tema di procedure di conciliazione ed arbitrato riguardanti la violazione da parte degli intermediari degli obblighi d'informazione, correttezza e trasparenza, bensì concorrente con quella degli altri organismi chiamati a svolgere funzioni similari con riguardo alle controversie che sorgono nel mercato finanziario.

eventualmente previsto in contratto dall'intermediario per la trattazione del reclamo) senza che l'investitore abbia ottenuto risposta.

In mancanza di tali presupposti, infatti, l'istanza di conciliazione non è ammessa per ragioni di economia processuale: nel primo caso, in quanto vi sarebbe un inutile spreco di risorse nel momento in cui la Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob si dovesse occupare della stessa questione di cui un altro organismo di conciliazione è già stato investito (oltre l'inevitabile rischio di decisioni contrastanti).

Nel secondo caso, invece, l'istanza di conciliazione non può essere accolta poiché non è stato rispettato l'iter dei rimedi esperibili dall'investitore, che prevede una progressiva graduazione in base alla loro gravità, per cui quello meno invasivo, che in quanto tale deve essere esperito per primo, è il reclamo<sup>9</sup>.

## **2.1 Lo svolgimento della procedura.**

Una volta attivata, la procedura di conciliazione si articola come segue: la Camera di Conciliazione e Arbitrato invita l'intermediario ad aderire, quest'ultimo provvede a depositare il proprio atto di replica con tutti i documenti contrattuali. Al fine di garantire il diritto al contraddittorio, tutti gli atti e documenti depositati dall'intermediario devono essere da questi inviati all'investitore.

Tratti essenziali della procedura presso la Camera di Conciliazione e Arbitrato sono: a) la *neutralità ed imparzialità* del Conciliatore; b) l'assoluta *assenza di formalità* procedurali; e c) *l'obbligo di*

---

<sup>9</sup> Giustamente la norma prevede che la procedura conciliativa potrà essere avviata non solo nel caso in cui il reclamo non abbia sortito effetti, ma anche qualora l'intermediario non abbia preso posizione entro 90 giorni dalla proposizione del reclamo stesso: non sarebbe infatti ammissibile che l'investitore subisca una riduzione della tutela di cui gode, a causa dell'atteggiamento passivo dell'intermediario. Decorso tale lasso di tempo, perciò, si presume che l'intermediario non voglia rispondere al reclamo e si lascia libero l'investitore di avviare il procedimento di conciliazione.

*riservatezza* in capo a tutte le parti che prendono parte alla procedura di conciliazione.

Il procedimento, diretto con la più ampia libertà di azione dal Conciliatore, può durare al massimo 60 giorni dalla data di presentazione dell'istanza di conciliazione, prorogabili di altri 60 giorni da parte dello stesso Conciliatore, con il consenso delle parti, in 3 casi eccezionali, e cioè qualora:

- a) si siano verificati oggettivi impedimenti del Conciliatore o delle parti;
- b) sia emersa la necessità di acquisire informazioni e documenti indispensabili ai fini dell'esperimento del tentativo di conciliazione;
- c) vi sia la ragionevole possibilità di un esito positivo della procedura di conciliazione.

Il decorso del predetto termine per la conclusione della procedura di conciliazione è soggetto alla sospensione feriale dal 1° agosto al 15 settembre che, peraltro, può essere derogata d'intesa tra le parti ed il Conciliatore;

La conciliazione diretta dalla Consob è una **c.d. procedura facilitativa**<sup>10</sup>, quindi non è aggiudicativa, né valutativa, - salvo che le parti chiedano al Conciliatore di formulare una proposta di conciliazione che, comunque, non ha carattere decisorio, essendo finalizzata solo ad agevolare o proporre un accordo fra le parti (da qui la natura sostanzialmente conciliativa) e deve, pertanto, essere accettata

---

<sup>10</sup> La procedura "facilitativa" è quella attraverso la quale le parti raggiungono un accordo amichevole e si distingue da quella "aggiudicativa" o "valutativa", che dà ragione ad una delle parti e che consiste in una proposta di conciliazione formulata dal mediatore a seguito di richiesta congiunta delle parti in tal senso o, diversamente, in una proposta alle parti formulata dal mediatore, qualora lo ritenga opportuno. La procedura "aggiudicativa" o "valutativa" (tipica quella svolta innanzi all'ABF) si conclude con un provvedimento di natura decisoria (una vera e propria decisione secondo diritto), che ha carattere vincolante.

da entrambe le parti - che si conclude con un “*contratto inter partes*”, ovvero con la redazione di un sintetico verbale di mancato accordo.

Infatti, qualora al termine del procedimento si pervenga alla conciliazione, i contenuti dell’accordo positivo sono riportati in apposito processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal Conciliatore. Detto accordo di conciliazione beneficia delle medesime agevolazioni fiscali previste all’art. 17 del D. Lgs. 28/10.

Qualora, invece, la procedura non si concluda con l’accordo, se le parti lo richiedono, ovvero lo ritiene il Conciliatore, quest’ultimo formula una proposta alle parti alle cui conclusioni ritiene che si debba conciliare.

Tale proposta non è comunque vincolante per le parti le quali, se la riterranno equa, potranno recepirla, potendo altrimenti disattenderla o utilizzarla come mera indicazione per proseguire le trattative compiendo, sulla base della stessa, autonome determinazioni (delle quali il Conciliatore dà atto nel apposito verbale di fallita conciliazione).<sup>11</sup>

Di questa proposta ne terrà conto il giudice per la liquidazione delle spese di lite, che saranno a carico della parte che non ha conciliato, se l’esito del giudizio coincide interamente con la proposta.

Le parti sono tenute al versamento delle spese di avvio della procedura all’atto del deposito, rispettivamente, dell’istanza e dell’atto di replica e, solo in caso di esito positivo della procedura, saranno tenute a versare altresì il compenso al Conciliatore; in caso contrario, la metà del compenso sarà posto a carico della Camera che vi provvederà con le risorse rinvenibili presso la Consob nel fondo contributivo versato

---

<sup>11</sup> V. art. 14.

dovute dai soggetti sottoposti alla sua vigilanza (ai sensi dell'art. 40, co. 3, l. 724/1994).

Tale scelta appare finalizzata ad incentivare ed agevolare l'accesso alla procedura conciliativa da parte dei piccoli investitori, soprattutto qualora la controversia assuma valore rilevante: l'investitore, infatti, sa che, se non si giungerà ad un accordo, sarà tenuto a pagare solo la metà della metà del compenso e, trattandosi di un importo relativamente modesto, ciò non dovrebbe disincentivare il ricorso a tale procedura.<sup>12</sup>

Al contempo il legislatore non ha consentito un accesso gratuito a detto servizio, al chiaro fine di evitare tentativi di conciliazione strumentali.

Ma va anche considerato un ulteriore effetto prodotto dalla disposizione *de quo*, che rende la Camera cointeressata al buon esito della conciliazione, atteso che la stessa dovrà sostenere la metà del compenso del Conciliatore in caso di esito negativo della conciliazione: la Camera, quindi, è spinta a scegliere Conciliatori particolarmente abili e competenti.

### **3. D. lgs 28/2010 e D. lgs. 179/2007 a confronto: un rapporto di genere a specie.**

Dalla lettura del D. Lgs. 28/10 non si evince chiaramente il rapporto sussistente tra la procedura conciliativa disciplinata da detto decreto e quella prevista dal D. Lgs. 179/2007.

Le uniche norme dalla cui analisi è possibile cogliere la portata della potenziale influenza della nuova procedura stragiudiziale sulla precedente sono l'art. 23 e l'art. 5 del D. lgs. 28/10.

L'art. 23 - dedicato al coordinamento della disciplina della mediazione con le ipotesi preesistenti di conciliazione - prevede innanzitutto, al

---

<sup>12</sup> V. in tal senso MARINARO M., *Anche l'arbitrato Consob sui nastri di partenza*, su *Guida al Diritto* 13/2011, 8.

comma 1, che *“sono abrogati gli artt. 38,39 e 40 del D. lgs. 5/2003”* (ovvero la c.d. conciliazione societaria); a fronte di tale abrogazione, però, il medesimo comma dell’art. 23 prosegue precisando che *“i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del presente decreto”*.

Il comma 2, poi, al capoverso 1, statuisce che *“restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, nonché le disposizioni concernenti i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all’art. 409 c.p.c.”*; al capoverso 2, invece, stabilisce che *“I procedimenti di cui al periodo precedente sono esperiti in luogo di quelli previsti dal presente decreto”*.

La suddetta disposizione, dunque, dopo aver sancito l’abrogazione della conciliazione stragiudiziale in materia societaria di cui agli artt. 38-40 D. lgs. 5/2003 – che trova la propria ragion d’essere nella trasfusione di quasi tutte le norme che regolano detta procedura nel nuovo D. lgs 28/10 (e ciò spiega quanto stabilito dalla seconda parte del comma 1 dello stesso art. 23) – fa espressamente salve solo le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione.

Nulla dice, invece, circa le procedure non obbligatorie ma facoltative: ma ciò non deve far pensare che queste siano venute meno, in virtù di una sorta di soppressione implicita (peraltro non ravvisabile e comunque priva di senso, alla luce dell’esplicita abrogazione degli artt. 38-40 D. lgs 5/2003)<sup>13</sup>.

Piuttosto, più corretta sembra l’interpretazione secondo la quale la norma in commento abbia voluto riferirsi espressamente ed

---

<sup>13</sup> Il legislatore, infatti, qualora avesse voluto sancire l’abrogazione di altre norme, non avrebbe avuto alcuna difficoltà a provvedervi espressamente, proprio come ha fatto per gli artt. 38-40 D. lgs. 5/2003.

esclusivamente ai procedimenti conciliativi previsti come obbligatori prima dell'entrata in vigore del D. lgs. 28/10<sup>14</sup>, stabilendo, appunto, che questi non sarebbero stati sostituiti dalla procedura conciliativa stragiudiziale di cui al nuovo decreto legislativo.

Ciò sta a significare, in altre parole, che per le controversie per le quali già prima dell'entrata in vigore del predetto D. lgs. 28/10 sussisteva una previsione di obbligatorietà dell'esperimento della procedura conciliativa, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la stessa potrebbe considerarsi assolta solo nei modi e con le forme previsti dalla preesistente disciplina, non rappresentando un'alternativa in tal senso la nuova procedura ex D. lgs. 28/10<sup>15</sup> – salvo i casi di cui all'art. 5, comma 1, D. lgs. 28/10, nei quali il legislatore ha espressamente previsto che la predetta condizione di procedibilità si assolve, alternativamente, sia attraverso l'esperimento del tentativo di conciliazione di cui al decreto in questione, sia attraverso quello previsto dalla disciplina preesistente (ed uno di questi è, come già detto, il caso delle controversie aventi ad oggetto i contratti finanziari)<sup>16</sup>.

Da quanto appena esposto emerge abbastanza chiaramente il carattere generale del procedimento conciliativo ex D. lgs. 28/10, il quale sembra aver apportato solo delle aggiunte al contesto normativo preesistente (a parte l'abrogazione della disciplina societaria), al quale si è, in sostanza, affiancato. Dalla portata generale di detta procedura, peraltro, discende la possibilità di applicazione analogica di molte sue disposizioni alla

---

<sup>14</sup> Quali, per esempio, quelli previsti dalla l. 18/06/1998 n. 192, per le controversie relative ai contratti di subfornitura, dalla legge istitutiva delle Autorità per i servizi di pubblica utilità, nonché quelli previsti nelle controversie in materia agraria, in quelle relative alla misura dei canoni di locazione degli immobili urbani e nel rito processuale del lavoro.

<sup>15</sup> La procedura di cui al D. lgs. 28/10 sarà, cioè, pur sempre esperibile in tali casi, ma ciò non varrà ad assolvere alla condizione di procedibilità.

<sup>16</sup> Sul punto V. MINELLI G., *Controversie oggetto di mediazione*, in AA. VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a. c. di BOVE M., Cedam, 86.

disciplina – che a questo punto potremmo definire speciale - della conciliazione di cui al D. lgs 179/2007, al fine di colmarne eventuali lacune<sup>17</sup>.

#### **4. Conclusioni.**

Alla luce dell'analisi sin qui condotta, non resta che cercare di individuare delle risposte agli interrogativi formulati in premessa, e cioè: qual è la *ratio* posta alla base della previsione legislativa che sancisce l'alternatività della condizione di procedibilità nelle controversie aventi ad oggetto i contratti finanziari? Ed è indifferente ricorrere all'una piuttosto che all'altra procedura di conciliazione, o ve ne è una preferibile?

Lo scarso successo del procedimento di conciliazione innanzi alla Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob, determinato da un ricorso modesto a detta procedura da parte degli investitori, del tutto scettici sull'effettiva terzietà – e, quindi, sulla reale possibilità di giungere ad una soluzione conciliativa – di un organismo di conciliazione “*in house*”<sup>18</sup>, ha indubbiamente rivestito un ruolo determinante nella scelta del legislatore di riformare la procedura di mediazione con il D. lgs 28/10: ciò,

---

<sup>17</sup> Vedi in tal senso, FINOCCHIARO G., *La specialità della conciliazione presso la Consob non esclude l'uso di alcune regole sulla mediazione*, in *Guida al diritto*, n. 15, 104. L'Autore, inoltre, mette correttamente in evidenza che una certa influenza della nuova procedura conciliativa sulle preesistenti è dovuta al fatto che la stessa ha un oggetto assai più ampio, dal momento che non si limita a disciplinare la procedura di mediazione: un esempio è fornito dalle disposizioni in tema di inutilizzabilità e segreto professionale e di spese processuali (artt. 10 e 13), che riguardano l'eventuale successivo giudizio e che, pertanto, sono sicuramente applicabili indipendentemente da quale sia stata la procedura conciliativa precedentemente esperita.

<sup>18</sup> Si tratta, infatti, di un organismo istituito presso la Consob, che svolge la propria attività avvalendosi di strutture e risorse individuate dall'Autorità stessa: ai sensi dell'art. 2, comma 5, del D. lgs. 179/2007, alla Consob è demandato il compito di definire con regolamento, sentita la Banca d'Italia: a) l'organizzazione della Camera di conciliazione e arbitrato; b) le modalità di nomina dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri, prevedendo anche forme di consultazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all'art. 137 del D. lgs. 6/12/2005 n. 206, e delle categorie interessate, e perseguendo la presenza paritaria di donne e uomini; c) i requisiti d'imparzialità, indipendenza, professionalità ed onorabilità dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri; d) la periodicità dell'aggiornamento dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri; e) le altre funzioni attribuite alla Camera di conciliazione e arbitrato; f) le norme per i procedimenti di conciliazione e di arbitrato.

chiaramente, nella speranza di un effettivo rilancio delle procedure conciliative per le controversie sorte in detto settore, al fine di ridurre il continuo ricorso alla giustizia ordinaria, con conseguenti, inevitabili, sovraccarico dei Tribunali statali e sensibile aumento dei tempi per la risoluzione delle controversie e dei costi del contenzioso legale.

Sulla base del nuovo D. lgs. 28/10, invece, l'investitore che voglia esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione per una controversia sorta con un intermediario finanziario, potrà scegliersi l'organismo di mediazione che ritiene più affidabile, cioè davvero terzo. Se l'intermediario non parteciperà alla mediazione il mediatore dovrà comunque formulare una proposta di conciliazione da comunicare all'intermediario, il quale potrà accettarla o meno entro sette giorni dalla data di ricezione (in mancanza di risposta entro detto termine la proposta si ha per rifiutata). La mancata partecipazione dell'intermediario al procedimento di mediazione senza un giustificato motivo potrà essere valutata dal Giudice del giudizio successivo ai sensi dell'art. 116 c.p.c. sulla valutabilità del contegno delle parti nel processo<sup>19</sup>. Per tale motivo ad un intermediario converrà senz'altro e sempre partecipare al procedimento di mediazione avviato nei suoi confronti da un investitore al fine di non incorrere nelle conseguenze negative previste da tale norma. Se, invece, sarà l'intermediario ad avviare la procedura conciliativa davanti ad un organismo che l'investitore non ritiene realmente terzo, quest'ultimo potrà non partecipare alla mediazione adducendo nel giudizio successivo, quale giusto motivo del diniego ad aderire alla mediazione, la dubbia imparzialità dell'organismo di conciliazione;

---

<sup>19</sup> L'art. 116 c.p.c. testualmente recita: *"Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge non disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo"*.

oppure potrà parteciparvi avvalendosi, nella causa seguente, del diritto di impedire la produzione di quanto emerso nei suoi confronti nel corso del procedimento di mediazione.<sup>20</sup>

Va poi prestata grande attenzione ad una fondamentale differenza tra le due procedure conciliative in questione: ci si riferisce al carattere di *definitività*, che la mediazione di cui al D. lgs. 28/10 conferisce indubbiamente alla risoluzione della controversia e che non si riscontra con altrettanta certezza, invece, nel procedimento ex D. lgs. 179/2007.

L'art. 12, comma 2, del nuovo D. lgs., infatti, attribuisce inequivocabilmente tale carattere di definitività all'accordo di conciliazione raggiunto, statuendo che *“il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale”*.

Ciò significa che il soggetto che ha interesse a far valere quanto stabilito con l'accordo di conciliazione, non agirà in un giudizio ordinario o ancora presso la Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob, ma semplicemente cercherà di ottenere l'esecuzione dell'accordo attraverso i mezzi che il nostro ordinamento mette a disposizione dei privati per l'esecuzione delle sentenze dei giudici.

Quanto alla procedura disciplinata dal D. lgs. 179/2007, invece, nonostante l'art 14, comma 1, del regolamento n. 16763/2008 stabilisca che anche detto verbale omologato *“costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale”* – sembrando, così, del tutto assimilabile al verbale di cui sopra – i dubbi interpretativi sul punto sono originati dall'art. 141, comma 5, del Codice del Consumo, anch'esso applicabile all'ambito in questione, che dispone che *“il consumatore non può essere*

---

<sup>20</sup> V. VISCONTI G., *La nuova disciplina della mediazione*, sul sito [www.finansol.it](http://www.finansol.it).

*in nessun caso privato del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale”.*

Se, quindi, il consumatore è sempre libero di adire il giudice qualunque sia l'esito della composizione extragiudiziale, la norma che prevede l'efficacia esecutiva del verbale perde la sua funzione implicita, cioè quella di evitare un ulteriore giudizio ordinario<sup>21</sup>.

Alla luce di quanto appena esposto – unitamente alla considerazione che per ricorrere alla mediazione di cui al D. lgs 28/10 non sussiste neanche il limite rappresentato dall'obbligo di rispettare la condizione di ammissibilità del preventivo esperimento del reclamo – mi sento di sostenere l'assoluta preferibilità del ricorso alla nuova mediazione piuttosto che a quella di cui al D. lgs 179/2007, in quanto solo con la prima si ha la certezza della definitività, che è peraltro perfettamente in linea con l'obiettivo cardine della riforma: evitare il contenzioso giurisdizionale al fine di ridurre i tempi di giustizia.

---

<sup>21</sup> V. in tal senso ORLANDO L., *La mediazione nelle controversie societarie, bancarie, finanziarie*, sul sito [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it).