

ANNA MARIA MANCALEONI

LA VESSATORIETÀ DELLE CLAUSOLE ADR

SOMMARIO: 1. Definizione generale e principali tipologie di ADR. - 2. Le clausole vessatorie nel codice civile (artt. 1341-1342, 1370) e nel codice del consumo (art. 33 ss.). Cenni. - 3. La vessatorietà delle clausole ADR: a) ai sensi dell'art. 1341 c.c.. - 3.1 Segue: b) nel codice del consumo. - 3.2. Segue: le clausole arbitrali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

1. *Definizione generale e principali tipologie di ADR.* – Per mezzi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione, o *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, si intendono una serie eterogenea ed indeterminata di mezzi di soluzione delle controversie accomunati dalla caratteristica negativa di porsi quale alternativa alla giurisdizione ordinaria. Rientrano nella definizione un'infinità di procedure sperimentate nei vari ordinamenti giuridici. In Italia – ordinamento che solo in epoca recente ha avviato una politica di incentivazione delle ADR – si parla più frequentemente di conciliazione o di mediazione, facendosi riferimento ad istituti che assumono connotati differenti di volta in volta, a seconda di quanto stabilito dalla relativa disciplina, che può essere legislativa, regolamentare, auto-regolamentare, lasciata alla libera determinazione delle parti.

Molteplici sono i vantaggi delle ADR: riduzione dei tempi e dei costi della controversia, informalità e segretezza della procedura, possibilità che il soggetto che gestisce la procedura sia dotato di specifica competenza... Anche ragionando dal punto di vista dell'ordinamento giuridico e in un'ottica di politica del diritto, le ADR possono dare un contributo alla riduzione del carico processuale e della durata e costi delle controversie. Tali vantaggi vengono percepiti sia nel contesto del diritto consumeristico (soprattutto, come si evidenzierà, per iniziativa dell'Unione

europea), sia nei rapporti commerciali (c.d. B2B – *business to business* – contrapposto al B2C – *business to consumer*) e, particolarmente, nel contesto delle controversie internazionali: queste, inoltre, presentano delle difficoltà ulteriori sotto il profilo del diritto applicabile (l'incertezza, alla quale non sempre il diritto internazionale privato riesce ad ovviare; problemi di conoscibilità della legge straniera; comunque, i limiti di conoscenza dell'organo giudicante), tali da pregiudicare lo sviluppo del commercio internazionale. Per queste ragioni l'Unidroit (Istituto Internazionale per l'Unificazione del diritto privato) si è fatto promotore della redazione di un codice di regole e principi da applicare negli arbitrati commerciali internazionali (i Principi Unidroit per il commercio internazionale); anche i Principi di diritto europeo dei contratti, redatti dalla Commissione Lando ed applicabili, diversamente dai Principi Unidroit, anche nel c.d. B2C, si propongono, tra l'altro, come strumento per gli arbitri.

Le ADR possono essere ricondotte a diverse tipologie: in particolare si distinguono le ADR facilitative, in cui il terzo gestore della procedura si limita a fare in modo che le parti si incontrino per trovare esse stesse una soluzione consensuale, da quelle aggiudicative, in cui il terzo propone egli stesso una soluzione. Sotto altri profili, le ADR possono essere amministrative, cioè gestite da un organismo istituzionalmente a ciò preposto, oppure gestite direttamente dalle parti in base a quanto previsto nel contratto o concordato a seguito dell'insorgere della controversia; possono essere endoprocessuali, se si svolgono all'interno dell'ordinaria procedura giurisdizionale, o extraprocessuali, se esperite al di fuori di questa. Nei soli casi previsti dalla legge il tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Tra le ADR viene talvolta annoverato anche l'arbitrato. L'arbitrato è, infatti, un mezzo di risoluzione delle controversie che si colloca al di fuori della giurisdizione ordinaria; tuttavia, diversamente dalle altre ADR, il lodo arbitrale ha efficacia di una sentenza: equivale ad un primo grado di giudizio, con la conseguenza che può essere impugnato – per i motivi previsti dalla legge – davanti al giudice d'appello. L'arbitrato ha una posizione ambigua anche nel diritto comunitario: è escluso dall'ambito di applicazione del regolamento CE 44/2001 sulla giurisdizione, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e

commerciale e non è pertanto equiparato alle sentenze; è parimenti escluso dall'ambito di applicazione del Libro verde sulle ADR in materia civile e commerciale¹. Gli arbitri, inoltre, possono rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte costituzionale², ma non anche alla Corte di giustizia³.

Un discorso parzialmente diverso deve farsi per l'arbitrato irrituale (o libero), quale istituto previsto e disciplinato nel nostro ordinamento: il lodo irrituale non sostituisce un grado di giudizio, ha efficacia contrattuale, può essere impugnato dinanzi al giudice di primo grado soltanto per i motivi indicati dalla legge.

Le altre ADR, invece, diversamente dall'arbitrato, non si pongono in rapporto di alternatività alla giurisdizione: le parti, pur dopo l'esperimento della procedura ed in presenza di una decisione resa dal mediatore o dal conciliatore, sono libere di non accettare l'esito e rivolgersi al giudice ordinario.

2. Le clausole vessatorie nel codice civile (artt. 1341-1342) e nel codice del consumo (art. 33 ss.). Cenni. – Le clausole vessatorie sono disciplinate sia nel codice civile, sia nel codice del consumo.

Prima dell'attuazione della direttiva CE 93/13 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori, la disciplina del codice

¹ Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, COM (2002) 196 del 19 aprile 2002.

² Corte Cost., 22-28 novembre 2001, n. 376 in *Riv. arbitrato*, 2001, 657, con nota di A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo della pronuncia della consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*.

³ CGCE, 23 marzo 1982, C-102/81, *Nordsee*: "l'arbitro che deve pronunciarsi su una lite vertente su un contratto in forza di una clausola inserita nello stesso non può essere considerato una giurisdizione di uno degli stati membri ai sensi dell'art. 177 del Trattato qualora non vi sia alcun obbligo, né giuridico né di fatto, per i contraenti di risolvere le loro liti mediante arbitrato e le pubbliche autorità dello stato membro di cui trattasi non siano implicate nella scelta della via dell'arbitrato, né possano intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro. Se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto comunitario che i giudici ordinari potrebbero esaminare, vuoi nell'ambito del contributo che offrono agli organi arbitrali, vuoi in sede di controllo del lodo arbitrale, spetta a questi giudici accertare se debbano rinviare alla corte, a norma dell'art. 177 del Trattato, per ottenere l'interpretazione o la valutazione della validità delle disposizioni di diritto comunitario che essi debbano applicare nell'esercizio di tali funzioni".

civile trovava applicazione a prescindere dalla qualità delle parti, e dunque sia nei rapporti tra professionisti/imprenditori sia nei rapporti tra questi ultimi ed i consumatori: si trattava di una disciplina a tutela dell' "aderente" al contratto predisposto.

L'espressione "clausole vessatorie", assente nel c.c., è stata coniata dalla dottrina e poi mutuata dalla giurisprudenza in riferimento alle clausole indicate nell'art. 1341, co. 2, c.c., in quanto clausole che "vessano" una parte (l'aderente) a vantaggio dell'altra (il predisponente).

Il c.c. inserisce la disciplina delle clausole vessatorie nel contesto della regolamentazione dei contratti stipulati mediante condizioni generali di contratto (art. 1341), o contratti standard, e della *species* dei contratti stipulati mediante moduli o formulari (art. 1342). La finalità perseguita – ragionando in un'ottica consensualistica – è quella di far sì che l'aderente presti validamente il proprio consenso, essendo a tal fine necessario che egli possa prendere conoscenza delle clausole contrattuali e particolarmente di quelle a lui più sfavorevoli. Pertanto l'art. 1341 c.c. subordina l'efficacia delle condizioni generali di contratto al requisito della conoscibilità (co. 1) e l'efficacia delle clausole vessatorie alla presenza di specifica sottoscrizione da parte dell'aderente (co. 2). Il c.c. detta quindi una disposizione in materia di interpretazione delle clausole predisposte (art. 1370: c.d. *interpretatio contra stipulatorem* o *contra proferentem*).

Si ritiene che l'elencazione delle clausole per le quali è richiesta sottoscrizione specifica (art. 1341, co. 2) sia tassativa; si ritiene inoltre che il requisito della specifica sottoscrizione ai fini dell'efficacia delle clausole vessatorie sia rispettato anche qualora figuri un'unica sottoscrizione, purché ulteriore rispetto a quella del contratto, relativa a tutte le clausole vessatorie; non è cioè necessario che le clausole vessatorie vengano riportate singolarmente alla fine del testo contrattuale per essere separatamente sottoscritte, essendo sufficiente un richiamo mediante mero riferimento (normalmente) numerico alla clausola riportata nel testo del contratto, seguito da un'unica sottoscrizione⁴. Rispettate tali modalità minime, le clausole vessatorie, sono efficaci senza an-

⁴ Normalmente compare la dicitura "Ai fini degli artt. 1341-1342 c.c. si sottoscrivono le seguenti clausole: 5, 7, 9 ..." o simili.

che se siano di fatto evidentemente svantaggiose per l'aderente e quest'ultimo non abbia evidentemente avuto la possibilità di negoziarle; ciò che conta, è che sia stato posto in condizioni di conoscerle e di essere "avvertito" del rischio di "vessazioni", tramite la richiesta di un'ulteriore sottoscrizione. La tutela così apprestata è, dunque, di natura eminentemente formale.

Nel 1996 il codice civile è stato novellato per dare attuazione alla direttiva 93/13 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori (intendendosi per "consumatore" la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale); la nuova disciplina è stata inserita negli artt. 1469-*bis* / 1469-*sexies*. Nel 2005, con l'emanazione del codice del consumo (d.lgs. 206/2005) la disciplina è stata "stralciata" dal codice civile e inserita nel codice del consumo (libro III, art. 33 ss.). Sull'opportunità o meno di cambiare la *sedes materiae* della disciplina consumeristica si è svolto un dibattito durante l'*iter* che ha portato alla codificazione settoriale: se da una parte appariva coerente privilegiare il codice del consumo, in quanto la disciplina *de qua*, in quanto concerne i consumatori, risponde al criterio soggettivo di aggregazione normativa su cui si basa il codice ed è oltre tutto disciplina particolarmente significativa nella vita dei consumatori, dall'altra la *sedes* del codice generale avrebbe sottolineato la centralità della materia per tutti i cittadini e – secondo l'auspicio di parte della dottrina – avrebbe facilitato l'applicazione analogica delle norme consumeristiche a tutela di tutti i contraenti, anche se non consumatori, che si trovano in una posizione di inferiorità nei confronti della controparte.

La disciplina di fonte comunitaria – diversamente da quella codicistica di cui agli artt. 1341-1342, 1370 c.c. – non mira a tutelare il consenso contrattuale: se si vuole anche evitare, da una parte, che il consumatore si trovi vincolato a clausole di cui non ha potuto prendere conoscenza (art. 33, co. 2, lett. 1: c.d. clausole "a sorpresa"), o che non ha potuto comprendere perchè oscure o ambigue (v. art. 35), dall'altra si vogliono sanzionare, con la nullità "di protezione" (art. 36), clausole che comunque risultino "sbilanciate" a vantaggio del professionista, in quanto "determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" (art. 33, co. 1). A tal fine il giudice compie una valutazione che entra nel

merito della clausola e dei contenuti dell'intero contratto; si tratta, pertanto, di un controllo che può definirsi di natura sostanziale, nel raffronto con quello meramente formale previsto dagli artt. 1341-1342 c.c.

Il cod. cons., accanto al criterio generale di valutazione della vessatorietà, prevede un elenco di clausole assistite da presunzione *iuris tantum* di vessatorietà: qualora la clausola contestata rientri in una delle tipologie dell'elenco, il professionista può farne valere la validità dando prova contraria, ciò che può essere fatto sulla base dei criteri specificati dalla stessa disciplina, in particolare dimostrando che lo squilibrio determinato dalla clausola è controbilanciato da altre clausole dello stesso contratto o di altro contratto collegato o che la clausola è stata oggetto di trattativa individuale (v. art. 34).

Nella trasposizione della disciplina dal c.c. al cod. cons., il testo originario è stato significativamente modificato: le conseguenze derivanti dalla declaratoria di vessatorietà della clausola sono state definite (art. 36) in termini di nullità di protezione (nullità parziale, rilevabile dal giudice nel solo interesse del consumatore).

Può discutersi sulla cumulabilità o meno della disciplina codicistica e di quella consumeristica: se, cioè, in presenza di una clausola non oggetto di trattativa individuale (art. 34, co. 4 cod. cons.) in un contratto tra un professionista ed un consumatore, occorra comunque applicare, oltre alla disciplina consumeristica, l'art. 1341, co. 2, c.c., e dunque richiedere la specifica sottoscrizione ai fini dell'efficacia della clausola se questa rientra tra quelle ivi elencate tassativamente. Sono stati individuati argomenti a sostegno di entrambe le tesi: in senso positivo, può invocarsi il *favor* per il consumatore; in senso negativo, può sostenersi che l'esistenza di una *lex specialis* per i consumatori (artt. 33 ss. cod. cons.) esclude l'applicazione di quella generale (artt. 1341-1342, 1370 c.c.). A nostro avviso, il fatto che la disciplina consumeristica sia ora compresa in un codice separato, se pure di per sé non decisivo, dà maggior forza all'argomento della specialità della disciplina consumeristica e della sua autosufficienza. Il rapporto tra le due discipline, peraltro, è regolato dall'art. 1469 *bis* c.c., secondo cui le disposizioni del titolo II (contratti in genere) del libro IV del c.c., tra cui l'art. 1341 c.c., si applicano ai contratti

con i consumatori ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli al consumatore; e dall'art. 38 cod. cons., secondo cui le disposizioni del codice civile si applicano ai contratti conclusi con i consumatori soltanto" per quanto non previsto dal presente codice".

3. *La vessatorietà delle clausole ADR: a) ai sensi dell'art. 1341 c.c.* – Prima dell'attuazione della direttiva CE 93/13 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori tale disciplina si applicava indistintamente a prescindere dalla qualità dei contraenti-aderenti (consumatori o professionisti); attualmente, essa trova applicazione nei rapporti tra professionisti-imprenditori, mentre nei contratti con i consumatori trova applicazione la disciplina del codice del consumo.

Tra le clausole vessatorie elencate nell'art. 1342, co. 2, c.c. figurano le clausole compromissorie, nonché le clausole che comportano deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria. Se è pertanto vessatoria la clausola per arbitrato rituale⁵, meno immediata è la soluzione con riferimento all'arbitrato irrituale. La giurisprudenza ne ha escluso la vessatorietà, in quanto la decisione ha natura meramente contrattuale e non preclude il ricorso al giudice⁶. In senso contrario poteva argomentarsi che la clausola determina comunque una deroga alla giurisdizione ordinaria, in quanto implica una parziale rinuncia dell'aderente alla tutela giurisdizionale (visto l'indirizzo giurisprudenziale che negava l'impugnabilità del lodo per manifesta iniquità, salvo dolo dell'arbitro)⁷; analoghe considerazioni possono svolgersi anche a seguito delle

⁵ Diversa è la disciplina per l'arbitrato internazionale: nella disciplina della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 la clausola compromissoria per arbitrato estero non richiede la specifica approvazione per iscritto ex art. 1342 anche se il contratto è stato stipulato in Italia (Cass., sez. un., 22 maggio 1995, n. 5601, *Riv. dir. internaz.*, 1995, 817); v., inoltre, l'attuale art. 833 c.p.c., che sottrae l'arbitrato internazionale ai requisiti di forma della clausola compromissoria previsti dalla normativa di diritto interno.

⁶ Cass. 20 ottobre 1965, n. 2157; 11 dicembre 1978, n. 5832, Trib. Cagliari, in *Riv. giur. sarda*, 1989, 384, con nota di A. LUMINOSO; Cass. 5 settembre 1992, n. 10240.

⁷ G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in Commentario Schlesinger, *sub art.* 1342, Milano, 1993, 389-390.

modifiche che la disciplina dell'arbitrato irrituale ha subito a seguito del D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 *"Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato"* (art. 808 *ter*)⁸.

Non è considerata vessatoria la clausola di arbitraggio, né quella con cui le parti affidano ad un terzo l'incarico di predisporre una perizia contrattuale.

3.1 Segue: *b) nel codice del consumo*. – L'art. 33, co. 2, lett. t) del cod. cons. (nel quale è stato trasposto l'abrogato art. 1469 *bis* c.c., co. 3, n. 18) menziona tra le clausole presuntivamente vessatorie quelle che sanciscono a carico del consumatore "decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, *deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*, limitazioni all'allegazione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi".

La disposizione deve essere interpretata alla luce della lettera e dello scopo della direttiva CE 93/13 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori. Quest'ultima, in allegato, alla lett. q), menziona fra le clausole indicativamente abusive quelle che hanno ad oggetto o per effetto di *"sopprimere o limitare l'esercizio delle azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche*, limitando inde-

⁸ Art. 808 *ter* (Arbitrato irrituale). "Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824 *bis*, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo.

Il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I:

- 1) se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale;
- 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale;
- 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812;
- 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo;
- 5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio. Al lodo contrattuale non si applica l'articolo 825".

bitamente 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". Il testo comunitario, dunque, non muove da un pregiudizio negativo nei confronti dell'arbitrato di per sé considerato, ma nei confronti del solo arbitrato "non disciplinato da disposizioni giuridiche"⁹.

Per ricostruire la disciplina, occorre considerare anche l'art. 141 cod. cons., norma introdotta *ex novo* nel 2005.

Ciò premesso, deve distinguersi il caso dell'arbitrato rituale, da quello dell'arbitrato irrituale e delle altre ADR.

Rispetto all'arbitrato, si nota che il testo italiano, diversamente da quello comunitario, non menziona espressamente l'istituto. Tale omissione è stata variamente interpretata: come espressione del *favor* assoluto da parte del legislatore nei confronti delle clausole arbitrali; nel senso opposto, quale indicativa della vessatorietà presuntiva di tutte le clausole arbitrali¹⁰.

Una possibile chiave di lettura è stata ricercata nell'interpretazione dell'espressione "competenza dell'autorità giudiziaria", di cui all'art. 33, co. 2, lett. t) cod. cons.: se l'espressione è intesa in senso proprio, la clausola arbitrale non può considerarsi vessatoria, in quanto non comporta una deroga alla competenza; se l'espressione è intesa impropriamente, quale sinonimo di giurisdizione, può pervenirsi alla soluzione opposta di considerare le clausole arbitrali presuntivamente inefficaci in quanto derogative della giurisdizione ordinaria.

Alcuni hanno distinto a seconda della natura rituale o irrituale dell'arbitrato: nel primo caso la clausola sarebbe valida, in quanto l'arbitrato rituale è disciplinato da disposizioni giuridiche, nel secondo caso sarebbe inefficace perché l'arbitrato irrituale non sarebbe disciplinato da disposizioni giuridiche¹¹; in

⁹ Cfr. F. TOMMASEO, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. Alpa – S. Patti, Milano, I, 1997, 444; L. SALVANESCHI, in *Commentario alla legge 5 gennaio 1994, n. 25*, a cura di G. Tarzia, R. Luzzatto, E.F. Ricci, Padova, 1995, 29-30.

¹⁰ Le varie tesi sul punto sono riportate da G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999, 422.

¹¹ G. GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv.dir.civ.*, 1993, I, 555.

senso contrario è stato eccepito che l'arbitrato irrituale non può dirsi non disciplinato da disposizioni giuridiche¹².

Deve a questo punto – prima di esporre le conclusioni sulla vessatorietà o meno delle diverse tipologie di clausole ADR – menzionarsi come, successivamente all'introduzione della disciplina di cui alla direttiva 93/13, la tendenza comunitaria ad incentivare le ADR si sia rafforzata. In particolare, sono state adottate due raccomandazioni: la raccomandazione 98/257/CE del 30 marzo 1998 "riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo" e la raccomandazione della Commissione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 "sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo"; la seconda ha portata residuale, nel senso che riguarda gli organi di risoluzione extragiudiziale delle controversie che si limitano a far sì che le parti si incontrino per cercare una soluzione extragiudiziale della controversia pur senza proporre essi stessi una soluzione e che sono, in quanto, tali esclusi dal campo di applicazione della precedente raccomandazione.

Le due raccomandazioni, ciascuna nel rispettivo ambito di applicazione, dettano i principi ai quali gli organi di gestione delle ADR dovrebbero uniformarsi, tra i quali, in particolare: indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà, rappresentanza.

Parallelamente, è stata istituita una rete extragiudiziale per la risoluzione delle controversie consumeristiche ("Rete comunitaria per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (REE)"¹³, formata dagli organismi ADR accreditati presso gli Stati membri in quanto si adeguino ai principi stabiliti nelle due raccomandazioni sopra citate, con il compito di assistere i consumatori nella risoluzione extragiudiziale delle controversie transfrontaliere.

Alle due raccomandazioni sopra menzionate il legislatore italiano ha riconosciuto un ruolo significativo quale parametro di

¹² A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, II, 1999, 295-297.

¹³ Risoluzione del Consiglio 25 maggio 2000, in GUCE C 155/1 del 6 giugno 2000. V. I AMBROSI, *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie: creazione di una Rete giudiziaria europea per la tutela dei consumatori e la risoluzione delle controversie transfrontaliere*, in *Giur. it.*, 2005, 208.

riferimento nel giudizio di vessatorietà delle clausole ADR nell'art. 141, cod. cons.: qui si prevede che il Ministero dello sviluppo economico, d'intesa con il Ministero della giustizia, comunichi alla Commissione europea l'elenco degli organi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo che si conformino ai requisiti di cui alle raccomandazioni citate (co. 2); in ogni caso si considerano conformi alle raccomandazioni gli organi di risoluzione extragiudiziale delle controversie istituiti presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (co. 3). Si esclude, quindi (co. 4), che siano vessatorie le clausole inserite nei contratti dei consumatori aventi ad oggetto il ricorso ad organi che si conformano alle raccomandazioni comunitarie.

L'art. 141 cod. cons. fa riferimento alla risoluzione extragiudiziale delle controversie: non fa distinzioni fra le varie tipologie di ADR e nulla dice sull'inclusione o meno dell'arbitrato (rituale e irrituale) tra le ADR ai fini della disciplina ivi dettata.

Sul punto, potrebbe considerarsi dirimente l'ultimo comma dell'art. 141: si dice, infatti, che "Il consumatore non può essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale"; e tale affermazione non appare riferibile all'arbitrato (rituale), che si caratterizza proprio – tra l'altro – in quanto il lodo prende il posto della sentenza di primo grado e può essere impugnato nei limiti previsti dal c.p.c.; né appare riferibile all'arbitrato irrituale, che limita, anch'esso per definizione, la possibilità delle parti di rivolgersi al giudice (art. 803 c.p.c.). In senso contrario, è stato ritenuto che le clausole compromissorie non debbano essere considerate presuntivamente vessatorie, in quanto l'art. 141, co. 4, cod. cons. esclude la vessatorietà in tutti i casi in cui si adottino procedure conformi alla raccomandazione del 1998, e quest'ultima è dedicata anche all'arbitrato¹⁴.

Allo stato, la giurisprudenza relativa ai contratti con i consumatori considera vessatoria sia la clausola per arbitrato rituale, sia quella per arbitrato irrituale¹⁵ (quest'ultima – v. *supra*, par. 3 – non

¹⁴ A. Nascosi, Commento all'art. 141 cod. cons., in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di A. Zaccaria e G. De Cristofaro, Padova, 2010, sub art. 141, 994.

¹⁵ Sull'arbitrato irrituale v. Trib. Venezia, 18 luglio 2008, n. 1597; App. Genova, 13 febbraio 2007, in *Obblig. e contratti*, 2007, 765; Trib. Roma, 18

è invece considerata vessatoria ai sensi dell'art. 1341, co. 2, c.c.). Per quanto riguarda l'arbitrato irrituale, si ritiene che esso comporti una *limitazione all'esercizio delle azioni legali o vie di ricorso del consumatore* ai sensi della direttiva 93/13, allegato, lett. q), alla luce della quale deve essere interpretata la normativa di diritto interno; inoltre, a prescindere dalla lettera del sopra citato art. 33, co. 2, lett. t), cod. cons., la clausola per arbitrato irrituale può essere considerata vessatoria in base al criterio generale di controllo della vessatorietà (art. 33, co. 1, cod. cons.: perchè causa a carico del consumatore "un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto").

Resta fermo che il professionista può sempre dare prova contraria alla vessatorietà della clausola, in particolare dimostrando che vi è stata, sul punto, trattativa individuale.

Per quanto riguarda le clausole relative ad ADR diverse dall'arbitrato (rituale o irrituale), quali sono quelle che prevedono procedure conciliative, deve concludersi, ex art. 141 cod. cons., che la vessatorietà è esclusa ogniqualvolta tali procedure siano gestite da organismi iscritti nell'elenco di cui al co. 2 (e dunque si tratti di organismi che si conformino ai principi sanciti dalle raccomandazioni comunitarie)¹⁶. L'ult. co. della disposizione chiarisce inoltre che il consumatore "non può essere privato in

giugno 2006, commentata da T. MANCINI, *L'abusività della clausola compromissoria per arbitrato irrituale nei contratti con il consumatore*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2008, 110 ss. e in www.judicium.it; App. Lecce, 23 febbraio 2006; Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 17 novembre 2005; Trib. Roma, 8 luglio 2004; Trib. Roma, 8 maggio 1998; per altri riferimenti v. A. VENTURELLI, *sub art. 33 cod. cons.*, sez. XVIII, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2010, 321-322.

¹⁶ Nel caso delle clausole di conciliazione, che non implicano alcuna rinuncia alla giurisdizione ordinaria, la vessatorietà può discendere dal fatto che anche in questo contesto il consumatore potrebbe scontare la propria situazione di debolezza nei confronti del professionista: v. P. BARTOLOMUCCI, in *Commentario al codice del consumo Rossi-Carleo*, Napoli, 2005, 865 ss.; in ogni caso, inoltre, si tratta di procedure che, seppure non alternative alla giurisdizione, comportano un possibile allungamento dei tempi e dei costi processuali (per cui possono considerarsi, in ipotesi, clausole che, in senso ampio, "limitano" l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, ai sensi della lett. q) dell'allegato alla direttiva 93/13, oltre che vessatorie ai sensi della *Generalklausel*).

nessun caso del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale".

In ogni caso, il mancato rispetto della clausola che prevede una procedura di tipo conciliativo non può che rilevare eventualmente sotto il profilo dell'inadempimento contrattuale: al di là dei casi in cui la legge stessa prevede la conciliazione a pena di procedibilità, le parti non possono limitare, neppure pattiziamente, il diritto di rivolgersi alla giurisdizione ordinaria¹⁷.

3.2. *Segue: le clausole arbitrali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.* – La direttiva comunitaria e la relativa normativa attuativa devono essere integrate con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che, in due occasioni, si è pronunciata in materia di vessatorietà delle clausole arbitrali. Deve premettersi che tali pronunce si inseriscono in un filone giurisprudenziale, ormai consolidato, secondo cui la normativa di diritto interno che non consenta – sia pure per ragioni inerenti alla disciplina di diritto processuale e non al diritto sostanziale – di conseguire i risultati voluti dalle direttive consumeristiche deve considerarsi incompatibile con il diritto comunitario.

Il primo precedente significativo è la sentenza *Océano*¹⁸, nel quale la Corte di giustizia ha sancito la regola, per cui, ai sensi della direttiva 93/13 l'abusività di una clausola contrattuale è rilevabile d'ufficio¹⁹. Con analoghe argomentazioni, nel caso *Cofi-*

¹⁷ F.P. LUIO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *www.judicium.it*, 6; NASCOSI, *op. loc. cit.*

¹⁸ CGCE, 27-6-2000, cause riunite C-240/98/ C-244/98, 27-6-2000, *Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA c. Rocio Marciano Quinterno e altri*.

¹⁹ V. sentenza, punti 26-27: "26. L'obiettivo perseguito dall'art. 6 delle direttive, che obbliga gli Stati membri a prevedere che le clausole vessatorie non vincolino i consumatori, non potrebbe essere conseguito se questi ultimi fossero tenuti a eccepire essi stessi la illiceità di tali clausole. In controversie di valore spesso limitato, gli onorari dei legali possono essere superiori agli interessi in gioco, il che può dissuadere il consumatore dall'opporsi all'applicazione di una clausola vessatoria. Sebbene in controversie del genere le norme processuali di molti Stati membri consentano ai singoli di difendersi da soli, esiste un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non faccia valere l'illiceità della clausola oppostagli. Ne discende che una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio tale clausola.

dis²⁰, la Corte di giustizia ha ritenuto che una norma di diritto interno che stabilisca un termine di due anni entro il quale l'abusività di una clausola abusiva può essere rilevata dal giudice o eccepita dal consumatore, è incompatibile con la direttiva 93/13.

Sulla scia di tali precedenti, nel caso *Mostaza Claro*²¹, di fronte al quesito "se il sistema di tutela dei consumatori predisposto dalla direttiva CE 93/13 implica che i giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale possano rilevare d'ufficio l'illiceità di una clausola compromissoria ritenuta abusiva, anche quando la relativa eccezione non è stata sollevata nel corso del procedimento arbitrale e viene proposta per la prima volta dal consumatore nell'atto che introduce l'impugnazione, *là dove la disciplina nazionale in materia di arbitrato depone in senso contrario*", la Corte di giustizia ha ritenuto che "la direttiva dev'essere interpretata "nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, *anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo*" (corsivi nostri).

Secondo la Corte ed in coerenza con i propri precedenti, l'art. 6, n. 1 della direttiva 93/13 – disposizione che impone agli Stati membri di prevedere che le clausole abusive non vincolino il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni

27. Del resto, come osserva l'avvocato generale al paragrafo 24 delle conclusioni, il sistema di tutela istituito dalla direttiva si basa sull'idea che la disuguaglianza tra il consumatore e il professionista possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale. Per questo motivo l'art. 7 della direttiva, il quale al n. 1 impone agli Stati membri di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive, precisa al n. 2 che tali mezzi comprendono la possibilità per le organizzazioni di consumatori riconosciute di adire le autorità giudiziarie perché queste accertino se clausole redatte per un uso generalizzato siano vessatorie e, eventualmente, ne dichiarino l'illiceità, anche quando esse non siano state inserite in un contratto determinato".

²⁰ CGCE, C-473/00, 21-11-2002, Cofidis SA c. Jean-Louis Fredout.

²¹ CGCE, 26 ottobre 2006, C-168/2005, Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL.

nazionali – è norma imperativa, dalla cui violazione consegue la nullità del lodo²²; tale considerazione prevale sull'argomentazione secondo cui il riconoscimento del potere del giudice di valutare la nullità della clausola compromissoria qualora il consumatore non abbia sollevato la relativa eccezione "compromette l'efficacia dei lodi arbitrari"²³.

La seconda pronuncia in materia di vessatorietà delle clausole arbitrali (Asturcom)²⁴ presenta alcuni aspetti comuni al precedente *Mostaza Claro* ed alcune significative differenze: l'ordinamento *a quo* è ancora quello spagnolo e la disciplina di riferimento (sulle clausole abusive e sull'arbitrato) è, pertanto, la stessa, ma qui il consumatore è rimasto contumace ed il dubbio sulla rilevabilità d'ufficio della clausola arbitrale viene sollevato dal giudice dell'esecuzione, quando il lodo arbitrale ha già acquisito efficacia di cosa giudicata.

Il giudice dell'esecuzione spagnolo – considerato che la disciplina nazionale non consente agli arbitri di rilevare d'ufficio l'abusività, né ciò è consentito al giudice dell'esecuzione – chiede alla Corte di giustizia se la direttiva 93/13 debba essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso *in assenza del consumatore*, sia tenuto a rilevare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto concluso tra un professionista e detto consumatore²⁵, nonché ad annullare tale lodo.

²² La legge spagnola in vigore all'epoca dei fatti prevedeva, tra le ipotesi di annullabilità del lodo, la contrarietà all'ordine pubblico (v. punto 15 della sentenza *Mostaza Claro*). La Corte di giustizia, nel caso *Eco Swiss* (CGCE, 1° giugno 1999, C-126/97) ha statuito che, nei limiti in cui il giudice nazionale deve, sulla base delle proprie norme di diritto processuale, accogliere un'impugnazione di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione delle norme comunitarie dello stesso tipo (v. punto 35 sentenza *Mostaza Claro*).

²³ V. punti 33-34 della sentenza.

²⁴ CGCE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*.

²⁵ Il giudice dell'esecuzione ritiene che la clausola arbitrale sia abusiva tenuto conto, in particolare, che le spese che il consumatore avrebbe dovuto

La Corte di giustizia ribadisce le argomentazioni utilizzate nei sopra richiamati precedenti²⁶ e valuta come debba essere risolta la questione qualora entrino in considerazione le norme nazionali in materia di cosa giudicata. La Corte esclude che il giudice nazionale abbia l'obbligo di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione di diritto comunitario, di qualsiasi natura essa sia. In assenza di una normativa comunitaria in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi; esse non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)²⁷. Ciò premesso, la Corte rileva come l'art. 6 della direttiva 93/13 costituisca norma imperativa e come la direttiva debba considerarsi un "provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità europea e, in particolare, per l'innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno" (punto 51). Ne consegue che, poiché il diritto spagnolo consente al giudice dell'esecuzione di dichiarare la nullità del lodo arbitrale definitivo per contrasto con l'ordine pubblico, allo stesso giudice spetta valutare se la clausola com-

sostenere per recarsi alla sede arbitrale sono superiori all'importo della somma oggetto di controversia; che tale sede si trova a considerevole distanza dal domicilio del consumatore; che è lo stesso l'ente arbitrale ad elaborare i contratti di telefonia utilizzati dall'impresa parte in causa.

²⁶ In particolare le seguenti: alla base della direttiva 93/13 vi è la situazione di inferiorità in cui versa il consumatore rispetto al professionista; per tale ragione, l'art. 6, n. 1, della direttiva vuole che le clausole abusive non vincolino il consumatore; è a tal fine necessario un intervento da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale (quali i giudici), cui deve riconoscersi il potere di rilevare d'ufficio l'abusività.

²⁷ Il termine di due mesi, decorso il quale il lodo acquista autorità di cosa giudicata ai sensi della legge spagnola, viene considerato un termine ragionevole.

promissoria sia abusiva e trarne le dovute conseguenze: "la direttiva 93/13 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola"²⁸.

²⁸ V., anche per un raffronto con il diritto italiano, E. D'ALESSANDRO, *La Corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in www.judicium.it.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato*, Commentario diretto da F. Carpi, Bologna, 2007, 713-719; E.S. RICCI, *Clausola compromissoria «vessatoria» e impugnazione del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1086-1087.

