

La conciliazione stragiudiziale presso la Consob

VALERIO SANGIOVANNI

1. Mediazione e conciliazione.

Gli scandali finanziari che hanno colpito duramente gli investitori negli ultimi anni hanno indotto il legislatore a reagire introducendo diverse disposizioni miranti a tutelare i risparmiatori sia dal punto di vista sostanziale sia da quello processuale.

Sotto il profilo della tutela processuale, il D.Lgs. n. 179/2007 ha istituito procedure di conciliazione e di arbitrato presso la Consob per i risparmiatori e gli investitori ⁽¹⁾. In questo articolo ci soffermeremo in particolare sulla conciliazione stragiudiziale. L'assetto normativo in materia si è peraltro recentemente complicato per effetto dell'emanazione del D.Lgs. n. 28/2010 in materia di mediazione ⁽²⁾. Si tratta pertanto, *in limine*, di comprendere l'esatto ambito di applicazione dei due decreti legislativi. Come vedremo, tali testi normativi si pongono in rapporto da legge speciale (il D.Lgs. n. 179/2007) a legge generale (il D.Lgs. n. 28/2010).

In via introduttiva si deve osservare che « conciliazione » e « media-

⁽¹⁾ In generale sulla tutela giurisdizionale nella materia dei servizi finanziari cfr. CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1049 ss. In tema di conciliazione e/o arbitrato presso la Consob v. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 4 ss.; CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: « prima lettura » del d.lgs. 8 ottobre 2007*, n. 179, in *Riv. soc.*, 2007, 1444 ss.; CUOMO ULIOA, *La camera di conciliazione e di arbitrato istituita presso la Consob*, in *Contratti*, 2008, 1178 ss.; GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, 301 ss.; NASCOSI, *La nuova Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 963 ss.; SERRA, *Brevi note sulla disciplina istitutiva della Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob*, in *Studium iuris*, 2009, 262 ss.; SOLDATI, *La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 2009, 423 ss.

⁽²⁾ Fra i primi commenti alla legge sulla mediazione cfr. CARNEVALLI, *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, 437 ss.; I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, 619 ss.

zione» non vanno confuse. La mediazione è l'attività che precede la conciliazione ed è finalizzata a conseguire tale conciliazione. Secondo la definizione legislativa per mediazione si intende « l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa » (art. 1, lett. a, D.Lgs. n. 28/2010). La conciliazione invece è « la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione » (art. 1, lett. c, D.Lgs. n. 28/2010).

Vi è da chiedersi se il D.Lgs. n. 28/2010 e il D.Lgs. n. 179/2007 riguardano la stessa tipologia di controversie. L'ambito di applicazione del primo decreto è molto ampio, riferendosi a controversie 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 o natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari » (art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010). Come si può notare, rientrano nella definizione di controversie mediabili quelle concernenti i contratti finanziari. L'espressione « contratti finanziari », a dire il vero, non pare essere molto precisa, in quanto i contratti cui il legislatore vuole qui fare riferimento andrebbero meglio denominati come « contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento ⁽³⁾ » (così letteralmente l'art. 23, comma 1, t.u.f.) oppure « contratti di intermediazione finanziaria ». Il termine « finanziari » ricorda un rapporto di finanziamento, che non sussiste invece fra l'investitore e l'intermediario, dove la relazione è di « intermediazione » e non di finanziamento. Comunque, al di là della imprecisione lessicale, pare fuori di dubbio che il legislatore volesse riferirsi in questa sede ai contratti disciplinati dall'art. 23, comma 1, t.u.f. Il D.Lgs. n. 179/2007 concerne invece le controversie insorte fra gli investitori e gli intermediari « per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali con gli investitori » (art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 179/2007). I rapporti contrattuali cui si fa riferimento qui sono quelli regolati dall'art. 23 t.u.f. Dalla nostra analisi risulta pertanto che, con riferimento ai contratti d'intermediazione finanziaria, l'ambito di applicazione dei due decreti legislativi è coincidente.

A questo punto sorge allora la domanda di quale sia il rapporto fra i

⁽³⁾ La legge identifica i seguenti servizi e attività di investimento: a) negoziazione per conto proprio; b) esecuzione di ordini per conto dei clienti; c) sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; c-bis) collocamento senza assunzione a fermo né assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; d) gestione di portafogli; e) ricezione e trasmissione di ordini; f) consulenza in materia di investimenti; g) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione » (art. 1, comma 5, t.u.f.).

due procedimenti di conciliazione e di mediazione. Fortunatamente la questione è risolta espressamente dal legislatore, laddove chiarisce che chi intende esercitare un'azione « è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito 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 » (art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010). Nelle materie specifiche (intermediazione finanziaria) coperte dal D.Lgs. n. 179/2007, l'investitore ha dunque una facoltà di scelta: avvalersi del procedimento di conciliazione speciale previsto da tale decreto oppure avvalersi del procedimento di mediazione generale previsto dal D.Lgs. n. 28/2010.

Dal punto di vista della collocazione sistematica, la materia della conciliazione stragiudiziale presso la Consob risulta distribuita su due livelli di fonti: al già menzionato D.Lgs. n. 179/2007 bisogna difatti aggiungere il reg. Consob n. 16763/2008 ⁽⁴⁾. Si tratta di una tecnica normativa ampiamente diffusa nei settori assicurativo, bancario e finanziario: essa consente di conciliare l'indicazione di principi generali nel testo di rango legislativo con regole di dettaglio nel testo di rango regolamentare ⁽⁵⁾.

Con riferimento agli obiettivi che il legislatore persegue con il D.Lgs. n. 179/2007, la previsione di un sistema di conciliazione stragiudiziale vuole avere un effetto deflativo della giustizia ordinaria. Come è noto, nel settore degli investimenti si è assistito — negli ultimi anni — a un ampio contenzioso fra risparmiatori e intermediari finanziari. Tale litigiosità ha avuto a oggetto, principalmente, la inosservanza di norme di comportamento da parte degli intermediari. Le regole di condotta sono indicate nell'art. 21 t.u.f. A livello regolamentare il testo di riferimento è ora il reg. Consob n. 16190/2007 ⁽⁶⁾, il quale ha abrogato e sostituito il precedente reg. Consob n. 11522/1998.

⁽⁴⁾ Regolamento di attuazione del D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob e le relative procedure, in *www.consob.it*.

⁽⁵⁾ Questa tecnica normativa non è scevra da pericoli. Bisogna difatti riflettere che la presenza congiunta di una legge e di un regolamento porta con sé il rischio di ripetizioni fra i due testi normativi. Inoltre sussiste il pericolo di contrasti, rischio che viene peraltro risolto secondo il principio della gerarchia delle fonti, cioè a vantaggio della legge. È difatti appena il caso di ricordare che « i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi » (art. 4, comma 1, disposizioni sulla legge in generale).

⁽⁶⁾ Sul regolamento Consob n. 16190/2007 cfr. DURANTE, *Con il nuovo regolamento intermediari, regole di condotta « flessibili » per la prestazione dei servizi di investimento*, in *Giur. mer.*, 2008, 628 ss.; RONALDI, *Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Società*, 2008, 12 ss.; ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MiFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 485 ss.; SANGIOVANNI, *Informazioni e comunicazioni pubblicitarie nella nuova disciplina dell'intermediazione finanziaria dopo l'attuazione della direttiva MiFID*, in *Giur. it.*, 2008, 785 ss.; SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MiFID*, in *Contratti*, 2008, 173 ss.

Le norme di comportamento degli intermediari finanziari si lasciano ricondurre a tre gruppi principali: i doveri informativi, il divieto di compiere operazioni inadeguate e il dovere di gestire i conflitti d'interessi.

I doveri informativi degli intermediari finanziari trovano riscontro nel testo legislativo, laddove si dice che i soggetti abilitati devono « acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati » (art. 21, comma 1, lett. b, t.u.f.)⁽⁷⁾. Essi vengono poi specificati negli artt. 27-36 reg. n. 16190/2007.

Il dovere di adeguatezza delle operazioni d'investimento non trova invece riscontro normativo diretto nel testo della legge⁽⁸⁾. Sono ora gli artt.

(7) Con riferimento ai doveri informativi che fanno capo agli intermediari finanziari cfr. ACQUILA, *Contratto d'intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi d'informazione: tra nullità del contratto e responsabilità dell'intermediario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1451 ss.; BARTOLOMUCCI, *Ancora sugli obblighi informativi nel settore del mercato finanziario: tra doveri dell'intermediario e principio di autodeterminazione dell'investitore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 440 ss.; BRUNO, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione « adeguata » e « necessaria »*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 391 ss.; BULFARO, *La responsabilità contrattuale dell'intermediario per violazione del dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1092 ss.; CAGGIANO, *I doveri d'informazione dell'intermediario finanziario nella formazione ed esecuzione del contratto. Violazione e rimedi*, in *Dir. giur.*, 2006, 453 ss.; CALVO, *Il risparmiatore disinformato tra poteri forti e tutele deboli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1431 ss.; D'ALFONSO, *Violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari: la tutela del risparmiatore tra rimedi restitutori e risarcitori*, in *Resp. civ.*, 2008, 965 ss.; EMILIOZZI, *La responsabilità della banca per omessa informazione del deterioramento del rating di obbligazioni acquistate da un cliente*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, II, 118 ss.; GRECO, *Obbligazioni Cirto e violazione dell'obbligo di informazione: un ulteriore tassello sul tavolo della roulette della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 428 ss.; GRECO, *Verso la contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1140 ss.; GUADAGNO, *I confini dell'informazione precontrattuale e la « storia infinita » dei contratti di intermediazione finanziaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 241 ss.; MARAGNO, *L'orientamento del Tribunale di Venezia in tema di sanzioni degli inadempimenti ai doveri informativi a carico degli intermediari finanziari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1280 ss.; NATOLI, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto « di risparmio »*, in *Contratti*, 2010, 67 ss.; PANZINI, *Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra colpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contr. impr.*, 2007, 982 ss.; SANGIOVANNI, *Omessa informazione sulla rischiosità dell'investimento e risoluzione del contratto*, in *Contr. mer.*, 2009, 973 ss.; SANGIOVANNI, *Gli obblighi informativi delle imprese di investimento nella più recente normativa comunitaria*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 2007, 363 ss.; SVADARO, *Violazione degli obblighi di informazione dell'intermediario finanziario ed annullamento del contratto per vizio del consenso: note a margine di una (discutibile) pronuncia di merito*, in *Banca borsa*, 2007, II, 506 ss.; TICOZZI, *Violazione di obblighi informativi e sanzioni: un problema non solo degli intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2007, 363 ss.

(8) Sulla regola di adeguatezza cfr. FIORIO, *Onere della prova, nesso di causalità ed operazioni non adeguate*, in *Giur. it.*, 2010, 343 ss.; FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella direttiva MiFid*, in *Contratti*, 2007, 583 ss.; GRECO, *Intermediazione finanziaria: rimedi ed adeguatezza in concreto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2556 ss.; SANGIOVANNI, *Informazione sull'adeguatezza dell'operazione finanziaria*

39-44 reg. n. 16190/2007 a disciplinare l'adeguatezza e l'appropriatezza degli investimenti finanziari.

La terza norma di comportamento consiste nel dovere di gestire i conflitti d'interessi⁽⁹⁾. Al riguardo la legge prevede che gli intermediari: « a) adottano ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti; b) informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato » (art. 21, comma 1-bis, t.u.f.).

Se i doveri informativi nei confronti degli investitori, di adeguatezza nel compimento delle operazioni finanziarie e di gestione dei conflitti d'interesse sono le principali norme di comportamento cui sono sottoposti gli intermediari finanziari, sorprende che nel testo del decreto qui in esame sulla conciliazione presso la Consob si faccia riferimento solo agli « obblighi di informazione, correttezza e trasparenza » (art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 179/2007). Il testo dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 179/2007 menziona solo i doveri informativi (mentre non menziona il dovere di adeguatezza, che costituisce la più importante fra le norme di comportamento cui sono tenuti gli intermediari, né l'obbligo di gestire i conflitti d'interessi). Sotto questo profilo si potrebbe arguire che l'inosservanza della regola di adeguatezza (e di gestione dei conflitti d'interessi) non consenta di attivare il procedimento di conciliazione davanti alla Consob. Questa soluzione interpretativa basata sul dato testuale lascia però insoddisfatti, non essendo evidenti le ragioni per cui tali violazioni non potrebbero essere oggetto di un procedimento conciliativo. È vero che rimane ferma la possibilità (anzi il dovere) di avvalersi del meccanismo di mediazione di cui al D.Lgs. n. 28/2010, ma non

ria e dovere di astenersi, in *Corr. giur.*, 2009, 1257 ss.; SANGIOVANNI, *Operazioni inadeguate e doveri informativi dell'intermediario finanziario*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 557 ss.; SANGIOVANNI, *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario fra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva MiFID*, in *Contratti*, 2007, 243 ss.; SANGIOVANNI, *Inadeguatezza della operazione finanziaria, risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2006, 1569 ss.; SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive MiFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 25 ss.; SAVASTA, *L'adeguatezza informativa ed operativa a fronte del rifiuto di fornire informazioni*, in *Società*, 2009, 997 ss.; VENTURI, *L'adeguatezza delle operazioni di intermediazione finanziaria nelle prescrizioni della disciplina speciale e nell'orientamento della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, II, 11 ss.

(9) In materia di conflitti d'interessi nell'intermediazione finanziaria cfr. CALVI, *Il conflitto di interessi nei servizi di investimento mobiliare e la responsabilità dell'intermediario*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1016 ss.

si capisce perché si debba ricorrere al sistema generale e non a quello specializzato della Consob.

A ciò si aggiunge che una parte significativa delle controversie fra investitori e intermediari finanziari verte sull'asserita inosservanza del dovere di rispettare la forma scritta per i contratti d'intermediazione finanziaria. L'art. 23, comma 1, t.u.f. esige che tali contratti vengano redatti per iscritto e, in caso di inosservanza della forma prescritta, sancisce la nullità dei contratti⁽¹⁰⁾. Questo genere di controversie non paiono coperte dal dato letterale dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 179/2007, che sembra limitato alle sole liti concernenti l'inosservanza di (alcune delle) norme di comportamento degli intermediari finanziari. Se è corretta questa interpretazione, l'ambito di applicazione del procedimento di conciliazione Consob si riduce parecchio.

Si tratta poi di comprendere quale sia l'esatto significato da attribuirsi al richiamo, operato dal legislatore dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 179/2007, ai criteri della « correttezza » e della « trasparenza ». Intendendo in senso ampio la nozione di « trasparenza », vi si potrebbe far rientrare anche il requisito di forma scritta dei contratti. Dal momento che il contratto d'intermediazione finanziaria viene generalmente predisposto dall'intermediario e deve avere un contenuto minimo, la sua assenza configura un'assenza di trasparenza nei confronti dell'investitore. A ciò si aggiunge che la parte II del libro III del reg. n. 16190/2007 è rubricata « trasparenza e correttezza nella prestazione dei servizi/attività di investimento e dei servizi accessori » e si compone degli artt. da 27 a 59, comprendendo fra l'altro l'art. 37 che prescrive il requisito di forma scritta. Questa interpretazione può forse essere sostenuta, ma non si può non rilevare come il tenore letterale dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 179/2007 non sia particolarmente riuscito. Al fine di ampliare l'ambito di applicazione della conciliazione Consob, invece dell'inciso « per la violazione da parte di questi degli obblighi

(10) Sul requisito della forma scritta dei contratti d'intermediazione finanziaria cfr. BARENGHI, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. mer.*, 2007, 59 ss.; DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 161 ss.; PACE, *Gli ordini di borsa tra forma e mera archiviazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 118 ss.; PONTICOLI - P. DUVIA, *Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MiFID*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 151 ss.; SANGIOVANNI, *L'art. 23. T.U.F. e la sottoscrizione del contratto-quadro*, in *Giur. it.*, 2009, 1682 ss.; SANGIOVANNI, *Mancato aggiornamento del contratto-quadro e « nullità sopravvenuta »*, in *Contratti*, 2008, 653 ss.; SANGIOVANNI, *Contratto di negoziazione, forma convenzionale e nullità per inosservanza di forma*, in *Contratti*, 2006, 966 ss.; SANGIOVANNI, *La nullità del contratto di portafogli di investimento per difetto di forma*, in *Contratti*, 2006, 966 ss.; SANGIOVANNI, *La nullità del contratto per inosservanza di forma nel caso delle obbligazioni argentine*, in *Contr. mer.*, 2006, 737 ss. Più in generale sulle forme nei contratti v., di recente, COLACIINO, *Le forme negoziali nel nuovo diritto dei contratti: le c.d. forme di protezione*, in *Studium iuris*, 2010, 253 ss.

di informazione, correttezza e trasparenza » ci si sarebbe potuti avvalere del diverso inciso « per la violazione da parte di questi dei loro obblighi ». Senza specificazione di quali obblighi possono essere violati dagli intermediari finanziari si avrebbe avuto la possibilità di far ricorso alla conciliazione a tutto tondo.

Tornando a esaminare la *ratio* della previsione di un procedimento conciliativo nel contesto dell'intermediazione finanziaria, è chiaro che tutte le volte in cui il procedimento di conciliazione consente di evitare il ricorso all'autorità giudiziaria si è raggiunto l'auspicato obiettivo di deflazione della giustizia ordinaria. Tale effetto può risultare particolarmente significativo proprio nelle aree, come quella dell'intermediazione finanziaria, che hanno mostrato un alto livello di contenzioso negli ultimi anni.

2. Le parti del procedimento.

La legge prevede anzitutto che « gli investitori possono attivare la procedura di conciliazione, presentando, anche personalmente, istanza alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob » (art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 179/2007).

L'esame di questa disposizione impone dapprima di soffermarsi su quelle che sono le parti del procedimento di conciliazione: gli investitori, da un lato, e gli intermediari, dall'altro.

La legge si premura di dare la definizione di « investitori »: « gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'articolo 6, commi 2-*quinq*ues e 2-*sexies*, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni » (art. 1, lett. a, D.Lgs. n. 179/2007). Come si può notare, la tecnica legislativa è quella di rinviare al t.u.f., il quale — a dire il vero — a sua volta rinvia ai regolamenti attuativi. Difatti l'art. 6, comma 2-*quinq*ues, t.u.f. prevede solo che « la Consob, sentita la Banca d'Italia, individua con regolamento i clienti professionali privati nonché i criteri di identificazione dei soggetti privati che su richiesta di richiama » (11).

Il regolamento Consob di riferimento per la suddivisione nelle differenti categorie di investitori è il reg. n. 16190/2007. Tale regolamento definisce in primo luogo in via generale il « cliente » come « persona fisica o giuridica alla quale vengono prestati servizi di investimento o accessori »

(11) Non ci soffermeremo oltre sulla nozione di « cliente professionale pubblico », limitandoci a segnalare che — anche in questo caso — la relativa definizione è rimessa a regolamento: « il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob, individua con regolamento i clienti professionali pubblici nonché i criteri di identificazione dei soggetti pubblici che su richiesta possono essere trattati come clienti professionali e la relativa procedura di richiesta » (art. 6, comma 2-*sexies*, t.u.f.).

(art. 26, lett. c, reg. n. 16190/2007). Il regolamento distingue poi fra « cliente professionale » e « cliente al dettaglio ». Il cliente professionale è « il cliente professionale privato che soddisfa i requisiti di cui all'allegato n. 3 al presente regolamento » (art. 26, lett. d, reg. n. 16190/2007), mentre il cliente al dettaglio è « il cliente che non sia cliente professionale o controparte qualificata » (art. 26, lett. e, reg. n. 16190/2007).

L'allegato n. 3 al reg. n. 16190/2007 è dedicato interamente alla definizione di cliente professionale privato: tale soggetto si caratterizza per il fatto di essere « un cliente che possiede l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e per valutare correttamente i rischi che assume ». I clienti professionali vengono poi distinti dall'allegato n. 3 in « clienti professionali di diritto » e in « clienti professionali su richiesta ». Non è questa la sede per entrare in dettaglio nella definizione di cliente professionale. Quello che preme sottolineare qui è solo che il procedimento di conciliazione è riservato ai clienti non professionali. I clienti al dettaglio sono più deboli dal punto di vista del patrimonio informativo di cui dispongono, oltre che sotto il profilo economico. Essi necessitano di una maggiore tutela, che trova espressione anche nel fatto di poter avviare — diversamente dagli intermediari finanziari (che possono solo resistere) — il procedimento di conciliazione.

Abbiamo visto come la nozione di « investitore » risulti di non facile ricostruzione, in quanto obbliga all'esame di più testi, legislativi e regolamentari. Più semplice risulta invece la ricostruzione della nozione di « intermediario », quale controparte dell'investitore nel procedimento di conciliazione. La legge definisce gli « intermediari » come: « i soggetti abilitati alla prestazione di servizi e attività di investimento di cui all'articolo 1, comma 1, lettera r), del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni » (art. 1, lett. b, D.Lgs. n. 179/2007). Come per la definizione di « investitore », si trova anche per quella di « intermediario » un rinvio al t.u.f. Questo testo normativo però definisce subito, senza ulteriore rinvio a un regolamento, i soggetti abilitati nel modo che segue: « le SIM, le imprese di investimento comunitarie con succursale in Italia, le imprese di investimento extracomunitarie, le SGR, le società di gestione armonizzate, le SICAV nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario e le banche italiane, le banche comunitarie con succursale in Italia e le banche extracomunitarie, autorizzate all'esercizio dei servizi e delle attività di investimento » (art. 1, lett. r, t.u.f.). A questa elencazione l'art. 1, lett. c, reg. n. 16763/2008 aggiunge « la società Poste Italiane - Divisione Servizi di Banco Posta ».

Il fatto che la legittimazione attiva al procedimento di conciliazione spetti solo agli investitori (e non agli intermediari) è espressione di un trattamento privilegiato nei confronti del contraente debole del rapporto. Fra l'investitore e l'intermediario viene concluso un contratto d'intermedia-

zione finanziaria, sulla base del quale vengono posti in essere i successivi investimenti. Tale contratto è quasi sempre predisposto dalla banca, la quale si trova pertanto nella condizione di pre-determinarne il contenuto. Inoltre l'intermediario dispone, nella quasi totalità dei casi, di un patrimonio informativo superiore rispetto alla controparte. Il legislatore ritiene che questi rapporti di forza sbilanciati debbano essere riequilibrati. Per raggiungere questo risultato la legge si avvale di diversi strumenti. Uno di essi consiste nell'aprire la strada della conciliazione solo alla parte debole del rapporto contrattuale.

3. *L'istanza di conciliazione.*

Proseguendo nell'analisi dell'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 179/2007, si nota come questo preveda che gli investitori « possono » presentare l'istanza di conciliazione. In questo modo si chiarisce che il ricorso alla conciliazione Consob non è affatto obbligatorio ed è rimesso alla prudente valutazione dell'investitore.

Dal momento che il meccanismo della conciliazione non è obbligatorio, si sarebbe portati a pensare che l'investitore possa agire immediatamente in giudizio. In realtà questa soluzione non coglie nel segno, in quanto la facoltatività del procedimento di conciliazione davanti alla Consob non esclude l'obbligatorietà del procedimento di mediazione disciplinato in via generale dal D.Lgs. n. 28/2010. Ne consegue che l'investitore che non vuole avvalersi del meccanismo previsto dal D.Lgs. n. 179/2007, deve esperire il procedimento di mediazione del D.Lgs. n. 28/2010. In caso negativo, l'investitore si trova esposto all'eccezione di improcedibilità (art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010).

L'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 179/2007 specifica ulteriormente che l'istanza può essere presentata anche « personalmente ». Ne consegue che non è necessario l'intervento di un avvocato. Uno degli obiettivi del meccanismo della conciliazione è quello di ridurre i costi della soluzione delle controversie e questo risultato si raggiunge, fra le altre cose, eliminando la necessità della difesa tecnica. Bisogna, del resto, dire che la difesa tecnica nel procedimento di conciliazione non è necessaria anche in quanto in tale procedimento si cerca solo di raggiungere un accordo transattivo fra le parti e non si mira a stabilire chi abbia torto o ragione. Non vi è dunque necessità di un tecnico del diritto che assista le parti. Ciò non significa, naturalmente, che l'investitore non possa farsi assistere da un avvocato.

L'istanza va indirizzata alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob.

La legge prevede due casi in cui la domanda di avviare il procedimento di conciliazione non può essere accolta: « l'istanza di conciliazione non può essere presentata qualora: a) la controversia sia già stata portata su

istanza dell'investitore, ovvero su istanza dell'intermediario a cui l'investitore abbia aderito, all'esame di altro organismo di conciliazione; b) non sia stato presentato reclamo all'intermediario ovvero non siano decorsi più di novanta giorni dalla sua presentazione senza che l'intermediario abbia comunicato all'investitore le proprie determinazioni» (art. 4, comma 2, D.Lgs. n. 179/2007). In ambedue i casi sono ragioni di economia processuale che impongono di non trattare la domanda di conciliazione.

Il primo evento che rende improponibile la domanda si verifica quando un altro organismo di conciliazione sia già stato investito della medesima problematica. Se anche la Camera di conciliazione presso la Consob potesse occuparsi — in via aggiuntiva — della stessa questione, vi sarebbe un inutile spreco di risorse, nel senso che due soggetti diversi si occuperebbero del medesimo caso. Tipicamente il ricorso alla conciliazione di cui al D.Lgs. n. 179/2007 può essere escluso quando una delle parti si avvalga del procedimento di mediazione previsto in via generale dal D.Lgs. n. 28/2010. La disposizione prevede la possibilità che sia stato l'intermediario a chiedere la conciliazione in altra sede; però — in questo caso — occorre che l'investitore abbia dato il proprio consenso. Mentre dunque il procedimento di conciliazione dinanzi alla Consob può essere avviato solo dall'investitore, in altri contesti può accadere che la conciliazione venga avviata dall'intermediario. Se, però, il procedimento è stato avviato in altra sede senza il consenso dell'investitore, questi rimane libero di avvalersi del procedimento Consob.

Il secondo caso in cui l'istanza di conciliazione non può essere accolta si verifica quando non sia stato previamente presentato reclamo dell'investitore nei confronti dell'intermediario finanziario. Sussiste dunque una graduazione dei rimedi esperibili dall'investitore: il meccanismo meno invasivo è quello del reclamo; se il reclamo non produce effetti può essere avviato il procedimento di conciliazione. Naturalmente può succedere che l'intermediario non prenda posizione sul reclamo e questo atteggiamento di passività non può produrre l'effetto di ridurre la tutela di cui gode l'investitore. Per questa ragione la legge prevede espressamente che l'istanza di conciliazione possa essere presentata anche quando il reclamo non sia stato trattato dall'intermediario entro il termine di novanta giorni. Decorso un tale lasso di tempo, si presume che l'intermediario non voglia rispondere al reclamo e si lascia libero l'investitore di avviare il procedimento di conciliazione.

Non è risolto espressamente dal legislatore del D.Lgs. n. 179/2007 il rapporto che intercorre fra il procedimento di conciliazione e il giudizio civile.

Sotto un primo profilo il problema è se le parti possano iniziare un procedimento civile in pendenza del procedimento di conciliazione. A questa domanda deve essere data risposta negativa. Il D.Lgs. n. 179/2007 deve difatti essere raccordato con le disposizioni del D.Lgs. n. 28/2010. Secondo

questo testo normativo di carattere generale, l'azione in giudizio presuppone l'esperimento di un tentativo di mediazione (art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010). L'investitore, accortosi che l'intermediario non è disponibile a giungere a un accordo a condizioni gradite al risparmiatore, può sì rivolgersi all'autorità giudiziaria, ma solo dopo avere esperito un tentativo di conciliazione (oppure di mediazione).

Sotto un secondo profilo la questione è se ci si possa rivolgere alla Camera di conciliazione presso la Consob anche quando è già stato instaurato un processo civile. A me pare che a questo secondo quesito si possa dare risposta positiva, se si vuole interpretare la normativa in un'ottica più ampia possibile di deflazione del contenzioso civile. Bisogna peraltro dire che è improbabile che, instaurato un giudizio civile, le parti ricorrano alla conciliazione Consob. Difatti, se volessero giungere a un accordo transattivo potrebbero ben farlo nel corso del processo civile. Il carattere solo teorico del possibile ricorso alla conciliazione Consob a processo già avviato risulta dal fatto che, ai sensi della disposizione generale dell'art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010, un tentativo di mediazione è condizione di procedibilità dell'azione. Si dovrebbe dunque pensare all'ipotesi che, inizialmente le parti siano ricorse inutilmente a un tentativo di mediazione di carattere generale (fallito); e, solo una volta avviata l'azione in giudizio, tentino la conciliazione Consob. Teoricamente questo ordine di avvenimenti è possibile, ma è altamente improbabile nella prassi.

Finora ci siamo occupati solo di quanto prevede direttamente la legge in materia di presentazione dell'istanza di conciliazione. L'art. 8 reg. n. 16763/2008 interviene però a precisare i dettagli concernenti l'avvio del procedimento.

L'istanza deve essere sottoscritta dall'investitore e « corredata della documentazione attestante le condizioni di ammissibilità di cui all'articolo 7 » (art. 8, comma 1, reg. n. 16763/2008). L'art. 7 reg. n. 16763/2008 riproduce le condizioni di ammissibilità di cui all'art. 4, comma 2, D.Lgs. n. 179/2007 appena esaminate. Le condizioni di ammissibilità sono una negativa (non avere avviato altre procedure di conciliazione), l'altra positiva (avere presentato reclamo senza avere ottenuto risposta). Con riferimento alla prima condizione, è ragionevole assumere che l'investitore potrà limitarsi ad affermare di non avere avviato altre procedure di conciliazione, e sarà semmai l'intermediario convenuto in conciliazione davanti alla Consob a eccepire che è pendente un'altra procedura di conciliazione. Con riferimento alla seconda condizione, l'investitore dovrebbe produrre copia del reclamo presentato alla banca (anche se si deve rilevare che un tale onere fa capo all'intermediario ai sensi dell'art. 8, comma 5, reg. n. 16763/2008). L'istanza deve inoltre essere corredata della documentazione attestante il pagamento delle spese di avvio del procedimento. L'istanza « può essere formulata utilizzando l'apposito modulo predisposto dalla Camera ». L'utilizzo del modulo non è obbligatorio. Si tratta di una scelta che può es-

sere preferibile nel caso in cui la controversia sia relativamente semplice e non richieda particolari esplicazioni.

Il regolamento fissa il contenuto minimo dell'istanza, consistente nella identificazione delle parti (« il nome, il cognome, il domicilio dell'istante persona fisica ovvero, per le persone giuridiche, la denominazione, la sede legale e il nome del legale rappresentante; gli indirizzi postali ed elettronici, i numeri telefonici e di *telefax* da utilizzare nel corso del procedimento; l'eventuale nomina di procuratori »), nella definizione dell'oggetto del contendere (« la descrizione della controversia e delle pretese, con indicazione del relativo valore ») ⁽¹²⁾ e nell'impegno a rispettare le regole della conciliazione (« l'impegno a osservare gli obblighi di riservatezza e le altre norme del presente regolamento »).

Come si è visto, l'istanza di conciliazione Consob può essere presentata dal solo investitore (e non dall'intermediario finanziario). Essa, al fine di realizzare il necessario contraddittorio, deve però essere portata a conoscenza dell'intermediario. Al riguardo il regolamento prevede che « l'istanza deve essere comunicata all'intermediario con mezzo idoneo a dimostrarne l'avvenuta ricezione e depositata nei successivi trenta giorni presso la Camera » (art. 8, comma 2, reg. n. 16763/2008). Si possono considerare mezzi idonei a dimostrare l'avvenuta ricezione — classicamente — la raccomandata con ricevuta di ritorno, ma anche il *fax* e la posta elettronica certificata.

Sarebbe inutile assoggettare l'istanza di conciliazione a condizioni di ammissibilità se poi nessuno si premura di verificare il rispetto di tali presupposti. Per questa ragione si prevede che « la Camera valuta l'ammissibilità dell'istanza entro cinque giorni dal suo deposito, invitando l'istante a procedere entro un congruo termine ad eventuali integrazioni e correzioni. Decorso inutilmente il termine assegnato, la Camera dichiara la inammissibilità dell'istanza dandone tempestiva comunicazione all'investitore e all'intermediario » (art. 8, comma 3, reg. n. 16763/2008). Anche questa disposizione rivela il favore del regolatore per l'istituto della conciliazione. Non si deve dimenticare che chi promuove il procedimento di conciliazione è un investitore non professionale e, dunque, un soggetto strutturalmente debole. A ciò si aggiunga che il risparmiatore non è obbligato ad avvalersi della difesa tecnica prestata da un avvocato. Per queste ragioni non si possono di certo escludere errori nella presentazione dell'istanza. La Camera opera allora in ausilio dell'investitore, indicando quanto debba essere ancora fatto per rendere la domanda ammissibile. A tal fine fissa un termine per tutti i necessari adempimenti.

⁽¹²⁾ Più avanti il regolamento specifica che « il valore della controversia è determinato ai sensi degli articoli 10 e seguenti del codice di procedura civile e rileva ai fini del calcolo delle indennità da porre a carico delle parti » (art. 15 reg. n. 16763/2008).

Oltre che l'investitore è anche la Camera a rivolgersi direttamente all'intermediario finanziario. Difatti « la Camera, ritenuta l'ammissibilità dell'istanza, entro cinque giorni dal suo deposito ovvero dalle integrazioni e correzioni richieste, invita l'intermediario ad aderire al tentativo di conciliazione, trasmettendo le eventuali integrazioni e correzioni » (art. 8, comma 4, reg. n. 16763/2008).

Nel procedimento il ruolo del « convenuto » viene assunto dall'intermediario. Questi « comunica alla Camera e all'investitore, con mezzo idoneo a dimostrarne l'avvenuta ricezione, non oltre i cinque giorni successivi alla comunicazione dell'invito della Camera, la propria adesione al tentativo di conciliazione con apposito atto contenente l'impegno a osservare gli obblighi di riservatezza » (art. 8, comma 5, reg. n. 16763/2008). L'atto deve essere corredato: « a) dei documenti attestanti il pagamento delle spese di avvio della procedura; b) della documentazione afferente al rapporto contrattuale controverso, ivi compreso il reclamo proposto dall'investitore e le eventuali determinazioni assunte al riguardo ». L'inosservanza di norme di comportamento presuppone l'instaurazione di un rapporto contrattuale fra le parti. Il regolamento esige che sia l'intermediario a produrre la relativa documentazione. A ben vedere, l'investitore dovrebbe essere in possesso di una copia del contratto (l'art. 23, comma 1, t.u.f. impone difatti alla banca di consegnare un esemplare del contratto al cliente). Tuttavia, in un'ottica di semplificazione per il risparmiatore, l'onere di produrre in conciliazione la documentazione contrattuale viene imposto all'intermediario.

Naturalmente può capitare che l'intermediario non intenda aderire alla conciliazione e ciò rende vano il procedimento previsto dal legislatore. Per questo caso la Camera attesta la mancata, tempestiva, adesione dell'intermediario al tentativo di conciliazione (art. 8, comma 6, reg. n. 16763/2008). Questa attestazione è utile perché consente all'investitore di adire le vie giudiziarie senza essere esposto all'eccezione di improcedibilità. Alla luce dell'art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010 l'esperimento di un tentativo di mediazione è condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria. Il deposito di tale attestazione in allegato all'atto di citazione soddisfa senz'altro il requisito di legge e impedisce all'intermediario convenuto di sollevare con successo l'eccezione di improcedibilità.

A questo punto le parti si possono considerare « costituite » nel procedimento. Successivamente si tratta allora di procedere alla nomina del conciliatore. Non ci soffermeremo in questa sede sulle disposizioni di dettaglio che regolano la nomina del conciliatore (art. 9 reg. n. 16763/2008) e determinano i suoi obblighi (art. 10 reg. n. 16763/2008).

4. Il procedimento di conciliazione.

Una volta costituitesi le parti e nominato il conciliatore, l'istanza di

conciliazione deve essere esaminata nel corso di un apposito procedimento.

In materia di procedimento, la legge si limita a enunciare alcune regole di fondo, prevedendo che « il regolamento di cui all'articolo 2, comma 5, lettera f), disciplina le norme di procedura nel rispetto dei principi di riservatezza, imparzialità, celerità e di garanzia del contraddittorio, fatta salva la possibilità di sentire le parti separatamente » (art. 4, comma 3, D.Lgs. n. 179/2007)⁽¹³⁾. Tale delega al regolamento ha trovato espressione nell'art. 11 reg. n. 16763/2008, che stabilisce i principi generali della procedura.

Secondo tale disposizione « la procedura di conciliazione si ispira ai principi dell'immediatezza, della concentrazione e dell'oralità ed è coperta da riservatezza in tutte le sue fasi » (art. 11, comma 1, reg. n. 16763/2008). Con particolare riferimento alla riservatezza si prevede che « la Camera assicura adeguate modalità di conservazione e di riservatezza degli atti introduttivi della procedura di conciliazione nonché di ogni altro documento proveniente dai soggetti che hanno partecipato a qualsiasi titolo alla procedura di conciliazione o formatosi nel corso della procedura stessa » (art. 11, comma 2, reg. n. 16763/2008). Infine « la procedura di conciliazione si ispira a principi di imparzialità e garanzia del contraddittorio, fatta salva la possibilità per il conciliatore di sentire le separatamente le parti » (art. 11, comma 3, reg. n. 16763/2008).

Potrebbe apparire sorprendente la disposizione secondo cui « la conciliazione si svolge, di regola, nel luogo in cui è il domicilio del conciliatore » (art. 12, comma 1, reg. n. 16763/2008). Normalmente difatti, quando una delle parti (nel caso di specie, l'investitore) si trova in una posizione di debolezza nei confronti dell'altra (nel caso di specie, l'intermediario), tale situazione viene per così dire « compensata » con il fatto che la parte debole viene favorita sotto il profilo della competenza per territorio. In questo senso va interpretato il fatto che la legge presuma come vessatoria, fino a prova contraria, la clausola con cui si stabilisce « come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore » (art. 33, comma 2, lett. u, cod. cons.). Nel caso di specie bisogna peraltro dire che il procedimento di concilia-

(13) L'art. 2 D.Lgs. n. 179/2007, richiamato dalla disposizione in esame, istituisce la Camera di conciliazione e arbitrato. La norma richiamata si limita peraltro a dettare alcune regole di fondo dell'organizzazione e del funzionamento della medesima, rinviando per il resto a un regolamento della Consob. In particolare il regolamento della Consob definisce: « a. l'organizzazione della Camera di conciliazione e arbitrato; b. le modalità di nomina dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri...; c. i requisiti di imparzialità, indipendenza, professionalità e 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 » (art. 2, comma 5, D.Lgs. n. 179/2007).

zione non può essere equiparato a un giudizio né il regolamento Consob può essere equiparato a un contratto. Inoltre il regolamento non è che privilegi la posizione dell'intermediario, avendo il regolatore scelto un'alternativa neutrale: il domicilio del conciliatore. Infine si osservi che la tutela « territoriale » dell'investitore si realizza comunque, in quanto la Camera — nel nominare il conciliatore — deve attenersi al criterio della « vicinanza territoriale all'investitore » (art. 9, comma 1, reg. n. 16763/2008). Non è pertanto garantito che investitore e conciliatore siano domiciliati esattamente nello stesso comune, ma è probabile che non distino di molto, realizzandosi così — nei fatti — quell'esigenza di tutela cui si è accennato. La soluzione fatta propria dalla Consob appare, dunque, complessivamente equilibrata.

Ispirata alla regola delle celerità è la disposizione secondo cui « il conciliatore fissa la data e la sede per la prima riunione non prima di cinque e non oltre dieci giorni dalla data di accettazione, dandone tempestiva comunicazione alle parti e alla Camera » (art. 12, comma 2, reg. n. 16763/2008). Il tempo minimo concesso alle parti è dunque di una settimana, mentre il tempo massimo è di due settimane. Mi pare che il termine minimo sia ragionevolmente equo per consentire alle parti una sufficiente preparazione in vista dell'incontro con il conciliatore. Va di nuovo sottolineato che la preparazione non concerne elementi di diritto (non rilevanti per la decisione del conciliatore), ma la esposizione dei fatti e le condizioni alle quali si è disposti a conciliare.

Il regolamento prevede che il conciliatore « conduce gli incontri senza formalità di procedura e senza obbligo di verbalizzazione e nel modo che ritiene più opportuno, tenendo conto delle circostanze del caso, della volontà delle parti e della necessità di trovare una rapida soluzione della lite » (art. 12, comma 3, reg. n. 16763/2008). Il procedimento è dunque ispirato alla massima informalità e all'oralità. Ovviamente il compito del conciliatore è, dapprima, quello di ricostruire gli accadimenti, basandosi sul racconto effettuato dalle parti e — se necessario — sulla visione della documentazione prodotta. In un secondo momento la funzione del conciliatore è quella di proporre una soluzione alla controversia che possa andare bene ad ambedue le parti. Il conciliatore non deve invece ricondurre i fatti esposti a diritto, in quanto il suo compito — diversamente da quello di un giudice — non è di determinare chi abbia ragione e chi torto, ma solo quella di proporre una soluzione che vada bene alle parti.

Con riferimento all'obiettivo della celerità, la legge prevede che « in ogni caso il procedimento deve essere concluso nel termine massimo di sessanta giorni dalla data di presentazione dell'istanza di conciliazione » (art. 4, comma 4, D.Lgs. n. 179/2007). Si tratta, evidentemente, di una disposizione mirante a garantire una veloce soluzione della controversia. Il termine previsto dalla legge appare peraltro piuttosto breve e quindi forse destinato nella prassi a essere superato con una certa frequenza. Si pone

così il problema di comprendere cosa succeda una volta decorso inutilmente tale termine.

Con riguardo al possibile superamento del termine massimo di durata del procedimento, il regolamento prevede che « il conciliatore, con il consenso delle parti, proroga il termine per la conclusione della procedura per un periodo non superiore a sessanta giorni, comunicandolo alla Camera, quando: a) ricorrono oggettivi impedimenti del conciliatore o delle parti; b) è necessario acquisire informazioni e documenti indispensabili ai fini dell'esperimento del tentativo di conciliazione; c) vi è la ragionevole possibilità di un esito positivo della procedura » (art. 13, comma 2, reg. n. 16763/2008). Anzitutto si noti che la proroga del termine è possibile solo con il consenso di ambedue le parti. Questa disposizione è posta a vantaggio dell'investitore, il quale — se ritiene che il procedimento di conciliazione non lo tuteli adeguatamente — può negare il proprio consenso alla proroga e, dovendosi così considerare fallito il tentativo di conciliazione, rimane libero di rivolgersi all'autorità giudiziaria. Dalla lettura della disposizione regolamentare non si riesce peraltro a comprendere con certezza se i requisiti fissati per la proroga siano previsti in via alternativa (nel senso che basta uno di essi per la proroga) o cumulativa (nel senso che devono ricorrere tutti e tre). Nel caso in cui il termine non venga prorogato, il tentativo di conciliazione deve considerarsi come fallito, con la conseguenza che le parti possono rivolgersi all'autorità giudiziaria.

5. Gli esiti della conciliazione.

Una volta ascoltate le parti, ci si avvia verso l'esito del procedimento. I possibili esiti della conciliazione sono delineati nel regolamento attuativo: l'alternativa è fra la possibilità che la conciliazione riesca oppure che essa non vada in porto.

Con riferimento al possibile esito positivo della conciliazione, il regolamento prevede che « se la conciliazione riesce, i contenuti dell'accordo sono riportati in apposito processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Se le parti non danno spontanea esecuzione alle previsioni dell'accordo conciliativo, il verbale, previo accertamento della sua regolarità formale, è omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha avuto luogo la conciliazione e costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale » (art. 14, comma 1, reg. n. 16763/2008). Questa disposizione prevede anzitutto la formalizzazione dell'accordo raggiunto fra le parti in un testo scritto. L'utilità del ricorso alla forma scritta è di tutta evidenza: essa serve a suggellare gli accordi intercorsi, evitando successivi ripensamenti delle parti nonché possibili successive difformità di

visione sull'esatto contenuto degli accordi raggiunti. È significativo che l'accordo, pur redatto dal conciliatore, venga sottoscritto dalle parti. Successivamente le parti devono dare esecuzione a tale accordo. Può però naturalmente capitare che la parte tenuta a un certo adempimento in esecuzione dell'accordo conciliativo non vi proceda spontaneamente, rendendo così necessaria l'esecuzione forzata. A tal fine viene attribuito al presidente del tribunale il potere di omologare il verbale di conciliazione. In questo contesto il potere del presidente del tribunale si limita all'accertamento della regolarità formale del verbale. Una volta conseguita l'omologazione, il verbale costituisce titolo esecutivo.

Con riferimento al possibile esito negativo del procedimento di conciliazione, il regolamento prevede che « quando non è raggiunto l'accordo, su istanza congiunta delle parti il conciliatore formula una proposta rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare. Di tali posizioni il conciliatore dà atto in apposito verbale di fallita conciliazione » (art. 14, comma 2, reg. n. 16763/2008). È probabile che questa disposizione sia destinata a non assumere particolare rilevanza pratica, in quanto essa presuppone un'istanza congiunta delle parti. Dal momento che le parti non sono riuscite a conciliarsi, esse — di norma — non presteranno il proprio consenso all'espressione di proposte conciliative.

Il procedimento di conciliazione produce i suoi effetti solo in ambito civilistico. Per escludere qualsiasi rilevanza dal punto di vista amministrativo, la legge specifica che « le dichiarazioni rese dalle parti nel procedimento di conciliazione non possono essere utilizzate nell'eventuale procedimento sanzionatorio nei confronti dell'intermediario avanti l'autorità di vigilanza competente per l'irrogazione delle sanzioni amministrative previste per le medesime violazioni » (art. 4, comma 7, D.Lgs. n. 179/2007). Al fine di comprendere appieno il significato di questa disposizione, bisogna riflettere sul fatto che — nella materia dell'intermediazione finanziaria — convivono norme di rilevanza civile con regole di rilievo amministrativo. Se, ad esempio, il cliente dell'intermediario contesta l'inosservanza dei doveri informativi dell'intermediario finanziario (art. 21 t.u.f.) e pretende il risarcimento del danno che ne è derivato⁽¹⁴⁾, tale richiesta si gioca sul piano meramente civilistico del rapporto fra due soggetti privati.

⁽¹⁴⁾ Le conseguenze civilistiche della violazione delle norme di comportamento degli intermediari finanziari sono state definite in due importanti sentenze della Corte di cassazione: Cass., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 133 ss., con nota di BOVE; in *Contratti*, 2008, 221 ss., con nota di SANGIOVANNI; in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con nota di MARCONDA; in *Danno resp.*, 2008, 525 ss., con note di ROPPO e di BONACCORSI; in *Dir. banca merc. fin.*, 2008, 691 ss., con nota di MAZZANI; in *Dir. giur.*, 2008, 407 ss., con nota di RUSSO; in *Giur. comm.*, 2008, II, 604 ss., con nota di BRUNO - ROZZI; in *Giust. civ.*, 2008, I, 2775 ss., con nota di FEBBRAIO; in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 155 ss., con nota di CALISAI; in *Società*, 2008, 449 ss., con nota di V. SCOGNAMIGLIO. In tali sentenze è stato

Sarebbe tuttavia insufficiente limitarsi al lato privatistico del rapporto (relazione diretta investitore-intermediario finanziario). In effetti un'altra disposizione del t.u.f. (l'art. 190) prevede sanzioni amministrative (la sanzione amministrativa pecuniaria da euro duemilacinquecento a euro duecentocinquanta) nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione e dei dipendenti di società o enti abilitati i quali violino — fra le altre norme — l'art. 21 t.u.f. Il legislatore si ispira al principio del favore del meccanismo conciliativo. A questo fine vuole evitare che l'intermediario possa essere reticente in sede di conciliazione nel timore di subire successivamente delle sanzioni amministrative. Grazie alla disposizione in esame, gli intermediari possono conciliare « liberamente », facendo anche ammissioni relative a propri comportamenti in violazione di disposizioni di legge. Se successivamente la conciliazione non dovesse riuscire, tali dichiarazioni non producono effetti nel possibile separato procedimento amministrativo.

Le disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 179/2007 in materia di conciliazione stragiudiziale si concludono prevedendo che « con il predetto regolamento sono determinate le modalità di nomina del conciliatore per la singola controversia e il compenso a questi spettante... nonché l'importo posto a carico degli utenti per la fruizione del servizio di conciliazione stragiudiziale » (art. 4, comma 8, D.Lgs. n. 179/2007). Appare utile spendere qualche parola sui costi della conciliazione, tema evidentemente sen-

affermato il principio di diritto secondo cui la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418 c.c. Per un ulteriore approfondimento delle tematiche affrontate dalla Corte di cassazione nelle sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007 cfr. anche CESARNO, *Gli obblighi dell'intermediario finanziario nella prestazione dei servizi di investimento dagli orientamenti della giurisprudenza di merito alle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 614 ss.; CRESSA, *A proposito della violazione degli obblighi di informazione nel contratto di investimento finanziario dopo l'intervento della Suprema Corte a Sezioni Unite*, in *Riv. giur. sarda*, 2008, 734 ss.; GARNULI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 393 ss.; MAFFEI, *Dopo le Sezioni Unite: l'intermediario che non si astiene restituisce al cliente il denaro investito*, in *Contratti*, 2008, 555 ss.; POKORSKI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. impr.*, 2008, 936 ss.

sibile per chi si avvicina a questo meccanismo di risoluzione delle controversie. Al riguardo si tenga presente che il rapporto di forza fra i contraenti non è certo identico, dal momento che si confrontano un investitore (normalmente una persona fisica) e un intermediario finanziario (ossia una persona giuridica), soggetti dotati di ben diversa capacità economica. Il legittimato non può essere insensibile a questo aspetto se vuole rendere efficiente lo strumento della conciliazione.

Il regolamento prevede che « le indennità per la fruizione del servizio di conciliazione sono costituite dalle spese di avvio della procedura, da corrispondere alla Camera, dal compenso del conciliatore e dalle spese da questi sostenute, rimborsabili ai sensi del comma 5 » (art. 16, comma 1, reg. n. 16763/2008).

Per quanto riguarda le spese di avvio della procedura, queste « sono versate dalle parti all'atto del deposito, rispettivamente, dell'istanza e dell'atto di replica » (art. 16, comma 2, reg. n. 16763/2008). Bisogna considerare che tali spese sono veramente modeste, prevedendo l'allegato al reg. n. 16763/2008 che si tratti di 30 euro per ciascuna parte.

Più consistente è l'ammontare di quanto dovuto a titolo di compenso del conciliatore. Al riguardo il regolamento prevede che « quando la conciliazione riesce, il pagamento del compenso del conciliatore grava in capo alle parti, che vi sono tenute solidalmente fra loro. In caso di mancata conciliazione, la metà del compenso è posta a carico della camera » (art. 16, comma 3, reg. n. 16763/2008). L'allegato del regolamento determina l'ammontare del compenso del conciliatore in relazione al valore della controversia. Curiosa è la previsione che, in caso di mancata conciliazione, spetta alla Camera pagare la metà delle spese del conciliatore (l'altra metà del compenso continua a gravare sulle parti in via solidale). Questa previsione produce due effetti. Da un lato si incentiva il tentativo di conciliazione: l'investitore sa che, se non si giungerà a un accordo, sarà tenuto a pagare solo la metà della metà del compenso. Trattandosi di importi relativamente modesti, il costo della fruizione del servizio non dovrebbe disincentivare i risparmiatori. Contemporaneamente si è però scelto di non rendere il servizio gratuito in quanto tale soluzione avrebbe aperto la strada a tentativi di conciliazione strumentali. Sotto un altro profilo, il fatto che la Camera debba reggere la metà del compenso del conciliatore in caso di esito negativo della conciliazione spinge la Camera a scegliere conciliatori particolarmente abili. La Camera è co-interessata al buon esito della conciliazione.

Infine il conciliatore ha diritto al rimborso delle spese: « la Camera, con atto sottoposto all'approvazione della Consob secondo quanto previsto dall'articolo 3, comma 3, determina in via generale le spese necessarie per l'esecuzione dell'incarico, rimborsabili al conciliatore » (art. 16, comma 5, reg. n. 16763/2008). Con questa disposizione viene attribuito alla Camera il potere di determinare quali siano, in generale, le spese rimborsabili. Evi-

dentemente si deve trattare di spese direttamente connesse con lo svolgimento dell'incarico. Con riferimento poi alla liquidazione delle spese concretamente affrontate dal conciliatore nel caso specifico « la Camera, dietro proposta del conciliatore, liquida il compenso ad esso spettante e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dell'incarico, ove opportunamente documentate. La liquidazione così effettuata è vincolante per le parti » (art. 16, comma 6, reg. n. 16763/2008).

Notizie libri

Appare, nella collana dei *Breviaria iuris* (Cedam, 2010) il *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M.V. Benedetelli, C. Consolo e L.G. Radicati di Brozolo. Se ne sentiva la necessità. Ma al di là della soddisfazione per la lacuna colmata, l'opera è da salutare con estremo favore perché ben più approfondita e prestigiosa (e « personale » e creativa negli apporti di molti fra i numerosi commentatori) di quanto non accada di solito nel settore editoriale nel quale essa si colloca.

Esemplare è poi la completezza delle fonti commentate (oltre alle norme interne ed alle convenzioni internazionali, una ampia silloge di regolamenti arbitrali), e particolarmente azzeccata è — nella parte seconda — la scelta del commento, piuttosto che per complessi normativi, « per materie », trovandosi poi all'interno di ciascuna di esse (convenzione arbitrale, sede dell'arbitrato, organo arbitrale, procedura arbitrale, misure cautelari, impugnazione, riconoscimento ed esecuzione ecc.) riprodotte e chiosate sinotticamente le varie fonti normative volta a volta implicate. [A.B.]