

## **L'UNIFORME REGOLAMENTAZIONE DELLA RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE CON I CONSUMATORI**

Gina GIOIA

Professore aggregato  
nell'Università degli Studi di Viterbo

**RIASSUNTO:** La Commissione europea si è prefissa di creare un sistema di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori uniforme per tutto il territorio dell'Unione, convinta di attuare in questa maniera i diritti dei consumatori. Nel presente saggio si analizza la direttiva 11/2013/UE, anche attraverso il recepimento che ne ha fatto il legislatore italiano nel Codice del consumo (d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130), e si mette in discussione la reale perseguibilità dell'obiettivo che la Commissione si è dato.

**PAROLE CHIAVE:** Mediazione; arbitrato; ODR, ADR.

**ABSTRACT:** The EU Commission set out to create an ADR system for consumers disputes, that was uniform for the entire EU territory. The goal was to implement the consumers rights. In the essay the Directive 11/2013/UE is analysed, including the transposition by the Italian legislator into the Consumers Code (Decree-Law 6 August 2015, no 130). Whether such goal is achievable through the rules given by the Directive is being challenged.

**KEYWORDS:** Mediation; arbitration; ODR; ADR.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Gli obiettivi della UE in materia consumeristica. – 3. L'interesse alla risoluzione alternativa per le istituzioni europee. – 4. L'ambito di applicazione generalizzato della normativa comunitaria in materia di CDR. – 5. L'uniforme trattamento delle controversie dei consumatori. – 6. Requisiti qualitativi minimi degli organismi e promozione dell'accesso alle procedure CDR. – 7. In particolare, l'imparzialità e l'indipendenza. – 8. La procedimentalizzazione delle CDR e la decisione. – 9. Procedimento improntato alla massima correttezza e obblighi di informazione. – 10. La domanda di CDR. – 11. Conoscibilità delle CDR da parte dei consumatori e dell'impresa. – 12. Monitoraggio degli organismi CDR e ruolo della Commissione. – 13. Il regolamento relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori (regolamento ODR per i consumatori). – 14. Conclusioni.

1. Con la direttiva 11/2013/UE, il legislatore comunitario ha inteso prendere atto delle lacune nella tutela effettiva per i consumatori, lacune che si registrano prima ancora nella mancanza di attuazione delle norme che li riguardano. Soprattutto per le violazioni di piccola entità il ricorso alla giurisdizione sarebbe troppo oneroso, perciò esso nella maggior parte dei casi viene evitato<sup>1</sup>. Uno stato di fatto di questo genere, a lungo andare, potrebbe generare una certa impressione di impunità per le imprese, con la conseguenza di favorirne comportamenti illeciti. L'effetto macroeconomico che si vi può accompagnare, al quale il legislatore dell'Unione è particolarmente sensibile per motivi istituzionali, è l'alterazione del mercato, con conseguente venir meno dell'affidamento dei consumatori verso le imprese<sup>2</sup>. Si è infatti sperimentato che la mancata tutela dei diritti violati, non è solo una questione privata tra singolo consumatore e impresa, ma investe quantomeno il buon funzionamento del mercato.

Nelle intenzioni dell'autore delle leggi, la risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori dovrebbe creare quel circolo virtuoso per cui il diritto europeo sarebbe implementato, così che le imprese sarebbero indotte a comportarsi secondo gli standard richiesti dall'Unione e i consumatori si mostrerebbero ottimisti verso l'acquisto di beni e servizi, certi che in caso di bisogno troverebbero facilmente efficace tutela (art. 4)<sup>3</sup>.

L'operazione messa in atto, oltre che della risoluzione amicale delle controversie, grava le procedure alternative di risoluzione di un compito al quale queste normalmente non assolvono, vale a dire quello dell'attuazione del diritto, al fine dichiarato di voler raggiungere un alto livello di protezione del consumatore.

Normalmente sia il legislatore europeo che la Corte di giustizia hanno affidato l'attuazione delle norme comunitarie dei consumatori ai mezzi di tutela stabiliti all'interno dei singoli ordinamenti, con il limite del rispetto dei criteri di equivalenza e di effettività. Com'è noto il principio di effettività, o della tutela giurisdizionale effettiva, obbliga i giudici degli Stati membri ad assicurare che i mezzi di ricorso e le norme processuali nazionali non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile la proposizione di azioni fondate sul diritto dell'Unione<sup>4</sup>. Il rispetto del principio di equivalenza presuppone

---

<sup>1</sup> Le violazioni sistematiche e su larga scala potrebbero senz'altro essere intercettate e costituire un illecito, sanzionabile in via amministrativa da parte delle *Autority* preposte.

<sup>2</sup> Dirimere le controversie è stato visto dalla Direttiva come un modo per far fronte alla frammentazione del mercato interno, negativa per la competitività, la crescita e la creazione di posti di lavoro dell'Unione. La fiducia dei cittadini che possano usufruire dell'accesso a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo per risolvere le controversie nazionali e transfrontaliere, in questa prospettiva, sarebbe essenziale per l'attuazione del mercato.

<sup>3</sup> Non precisamente in linea con questa impostazione W.H.J. HUBBARD, *Another look at the Eurobarometer surveys*, in 50 *Comm. Market L. Rev.* 2013, 187 ss, secondo cui i consumatori che acquistano beni, benché in internet, non sono affatto preoccupati delle questioni legali che potrebbero conseguire alla stipula del contratto.

<sup>4</sup> Ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE, gli Stati membri sono tenuti a mettere a disposizione i rimedi giurisdizionali "necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori

che la normativa nazionale controversa si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli fondati sulla violazione del diritto interno "aventi oggetto e causa analoghi"<sup>5</sup>.

In quest'ottica, il diritto processuale civile e i singoli mezzi di tutela non sono mai stati direttamente<sup>6</sup> oggetto di regolamentazione da parte degli organi europei<sup>7</sup>.

Già nel Libro Verde a monte della direttiva n. 2008/52/CE, relativa a determinati aspetti della "mediazione" in materia civile e commerciale<sup>8</sup>, emergeva come i giudici fossero oberati di cause e i procedimenti cominciassero ad essere eccessivamente lunghi e costosi, nonché le norme da applicare troppe, complesse e confuse. Di *contra* le risoluzioni alternative da oltre un decennio si presentavano molto attraenti rispetto all'intervento della giurisdizione statale<sup>9</sup>.

**2.** Nella Direttiva 11/2013, il legislatore europeo è partito dalla constatazione –espressa nel preambolo 5 della stessa– che le procedure alternative non

---

disciplinati dal diritto dell'Unione". Alla luce di tale disposizione, i requisiti di tutela giurisdizionale effettiva per i diritti derivanti dal diritto dell'Unione sembrano andare oltre la formula classica che menziona l'impossibilità pratica o l'eccessiva difficoltà. Ciò significa che i mezzi di ricorso nazionali devono essere accessibili, rapidi e avere costi contenuti. In tal senso cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen presentate il 7 febbraio 2013 nella causa C-536/11 *Bundeswettbewerbshörde c. Donau Chemie AG*.

<sup>5</sup> Di norma, il compito di raffrontare i diversi procedimenti nazionali, in termini di equivalenza, è lasciato al giudice del rinvio, che deve verificare l'analogia dei ricorsi di cui trattasi riguardo al loro oggetto, alla loro finalità ed ai loro elementi essenziali. Per stabilire se una disposizione procedurale nazionale sia meno favorevole, il giudice nazionale deve tener conto della sua collocazione nel complesso della procedura e delle particolarità di tali regole. Cfr. CGUE 19 luglio 2012, *Littlewoods Retail* (C-591/10), nonché 15 luglio 2011 (C-177/10, *Rosado Santana* e 22 dicembre 2010, *DEB* (C-279/09).

<sup>6</sup> Cfr., ad es. CGCE *Courage Ltd. C. Crehan*, C-453/1999 (in *Foro it.*, 2002, IV, 76, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal ... si lagni e chiedi i danni"*, di E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, e di G. ROSSI, *"Take Courage"!*) e successivamente CGCE *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SPA* C-95-298/2004 (in *Dir. comunitario e scambi internazionali*, 2006, 534-537, con nota di E. ADOBATI, *La Corte di giustizia riconosce il diritto dei singoli di far valere il diritto comunitario in un'azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni nell'ambito della RC auto*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2007, 634-645, con nota di S. MONTEMAGGI, *Dalla Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, 305-326, con nota di O. PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*), CGUE J rös, C-397/11. Cfr. CGUE anche C-536/11 *Bundeswettbewerbshörde c. Donau Chemie AG*, in *Il nuovo dir. amm.*, 2014, 86 ss., con nota di P. CASSINIS, *L'accesso ai documenti antitrust all'attenzione della Corte di Giustizia nel caso "Donau Chemie" e del legislatore comunitario*.

<sup>7</sup> La discussione sull'opportunità di introdurre mezzi di tutela comuni è già risalente e affrontata, in particolare, da W. VAN GERVEN, *On Rights, Remedies and Procedures*, 37 *Comm. Market Law Rev.* 2000, 501 ss., in particolare 528 ss.

<sup>8</sup> È noto che il termine "mediazione" per indicare l'attività di un soggetto terzo diretta a far trovare la soluzione amichevole di una controversia è l'italianizzazione dal termine inglese *mediation*. Benché provenienti dal medesimo verbo latino *mediare*, mediazione e *mediation*, nell'ambito del linguaggio giuridico, non erano sovrapponibili. L'attività che oggi un po' impropriamente viene indicata con mediazione è stata da sempre descritta come "tentativo di conciliazione".

<sup>9</sup> Libro Verde sulla risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale, COM(2002)196, 7 ss.

siano state attuate correttamente e non funzionino in maniera soddisfacente e in egual misura in ognuna delle zone geografiche o in ognuno dei settori economici dell'Unione. I consumatori e i professionisti non erano ancora a conoscenza dei meccanismi extraprocessuali di ricorso esistenti e soltanto un'esigua percentuale di cittadini sapeva come presentare un reclamo a un organismo di risoluzione delle controversie. Laddove le procedure alternative sono disponibili, i loro livelli qualitativi variano notevolmente da uno Stato membro all'altro e le controversie transfrontaliere non sono spesso trattate in modo efficace dagli organismi.

Obiettivo dell'attuale direttiva è –come si legge testualmente nell'art. 1– di contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno, garantendo che i consumatori possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie.

I metodi di risoluzione alternativa promossi dall'ordinamento dell'Unione –a differenza del sistema statunitense– sono indirizzati non tanto a ridurre il carico di lavoro dei giudici nazionali o sopranazionali, bensì a costituire forme di tutela complementari a costi ridotti, di facile accesso, dotate di standard qualitativi elevati ed ispirati ai principi di imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità. Il tutto accompagnato dalla celere durata della procedura (90 giorni): un sistema, dunque, concepito nell'ottica di massima appetibilità non solo per i consumatori, ma anche per le imprese, incentivate all'adesione da innumerevoli risvolti positivi.

L'obiettivo che invece il legislatore italiano si è posto, nel recepimento della direttiva (d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130), per i noti motivi atavici, è probabilmente maggiormente collegato all'attuazione dell'art. 7, della legge delega del 29 luglio 2003, n. 229, che esortava –seppure favorendo l'intervento delle associazioni– ad attivare forme di composizione extragiudiziale delle controversie consumeristiche, allo scopo senz'altro di deflazionare il carico del contenzioso pendente e agevolare la rapida soluzione delle liti.

La Commissione UE calca la mano sull'aspetto evidenziato da tempo per cui la risoluzione alternativa delle controversie può rivelarsi uno strumento estremamente importante per salvaguardare la reputazione dell'azienda onde conservare le relazioni con i clienti e la fiducia del pubblico. L'avvalersi di strumenti di gestione e definizione stragiudiziale delle dispute rappresenta, del resto, un valore aggiunto anche agli occhi dei potenziali clienti, in quanto l'impresa appare maggiormente predisposta al dialogo e alla ricerca di soluzioni condivise, piuttosto che allo scontro e alla litigiosità, ammesso che gli avventori siano interessati a tali pieghe<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Vedi nota 3. Peraltro c'è il rischio che l'utilizzo generalizzato renda le imprese tutte uguali e parimenti appetibili e allo stesso tempo riduce l'affidabilità del sistema di risoluzione alternativa, che potrebbe appiattirsi e non dare più risposte adeguate.

Il sistema virtuoso *win win* alla base dei meccanismi di *mediation* della lite, nel consentire di addivenire ad una composizione del conflitto per lo più concordata e condivisa dalle parti, fa sì che il conflitto venga superato senza lasciare sul campo vincitori e vinti; addirittura propugna il principio secondo il quale esistono situazioni in cui tutte le parti possono vincere. Si tratta senz'altro di modalità che donano una certa *allure* positiva alle imprese. In questo sistema risulta fondamentale l'“approccio collaborativo”, un atteggiamento basato sulla ricerca del reciproco vantaggio e di soluzioni costruttive per entrambe le parti. Il primo passo verso tale approccio che rende vincenti entrambi i configgenti è l'avvio di un gioco comunicativo non viziato<sup>11</sup>, così da preservare i rapporti personali o economici tra le parti, molto meglio di quanto non possa accadere in seguito ad un processo celebrato dinanzi al giudice.

Al fine di ottenere il raggiungimento degli obiettivi preposti, il legislatore europeo ha deciso di puntare sui sistemi già esistenti all'interno degli Stati membri, limitandosi a fissare regole che mirano a potenziarli e a individuare caratteristiche minime comuni che dovranno essere rispettate da tutti gli organismi di mediazione presenti nell'Unione europea. Per realizzare l'armonizzazione delle regole si è scelto, infatti, di intervenire nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, secondo cui l'Unione, nelle materie non attribuite alla sua competenza esclusiva, interviene soltanto ove gli Stati non siano in grado di conseguire adeguatamente gli obiettivi agevolmente realizzabili, invece, a livello comunitario (art. 5 del Trattato UE).

Nel testo del Preambolo 15 della direttiva 2013 si prevede che lo sviluppo, all'interno dell'Unione, di metodi alternativi di soluzione delle controversie che funzionino correttamente sono necessari per rafforzare la fiducia dei consumatori nel mercato interno, anche nel settore del commercio elettronico, nonché per sfruttare le potenzialità e le opportunità offerte dal commercio transfrontaliero e *online*. Si è inteso fondare tale sviluppo sulle procedure già esistenti negli Stati membri, nel rispetto delle tradizioni giuridiche di questi. Gli organismi di risoluzione delle controversie correttamente funzionanti, già esistenti e di nuova istituzione, che soddisfino i requisiti di qualità stabiliti dalla direttiva, sono considerati organismi ai sensi della direttiva, con gli effetti che vedremo.

Nel quadro del legislatore europeo di rilancio della fiducia dei consumatori nel mercato, attraverso una buona immagine offerta dalle imprese, si colloca anche il regolamento 524/2013/UE relativo all'*Online Dispute Resolution*

---

<sup>11</sup> Sull'*equilibrium theory* di John Nash (il celebre film *A Beautiful Mind* narra la sua storia) è stata fondata la teoria delle ADR. Secondo Nash tutti i contendenti, se razionali ed informati, non possono non accordarsi, perciò vi è un punto di equilibrio in cui tutti possono soddisfare lo stesso interesse e che perciò non hanno interesse a perderlo.

Cfr. J.K. SEBENIUS, *Negotiation Analysis: A Characterization and Review*, in 38 *Management Science* 1992, 18 ss. A proposito della *mediation* I. Ayres e J. G. BROWN, *Economic Rationales for Mediation*, in *Virginia L. Rev.* 1994, 323. Sull'utilizzo massivo di questa teoria, cfr. L. FISHER, *Rock, Paper, Scissors: Game Theory in Everyday Life*. Basic Books, Nov. 3, 2008.

(ODR). Sussidiarietà e proporzionalità in questo caso hanno ceduto il passo alla necessità di offrire mezzi di soluzione delle controversie uniformi per i consumatori acquirenti *online* nei vari Paesi dell'Unione.

3. Il processo normativo che ha portato all'affermazione in Europa delle cd. *Alternative Dispute Resolution* (ADR) nelle liti che riguardano i consumatori è stato piuttosto lungo e articolato. Esso si inquadra in una tendenza molto più ampia di affidamento della risoluzione delle controversie a privati e anche, se si vuole, di definizione della lite con metodi alternativi alla decisione di un giudice dello Stato<sup>12</sup>.

Come è ormai noto, la nascita del movimento a favore della diffusione dei metodi alternativi di risoluzione dei conflitti avvenne negli Stati Uniti<sup>13</sup>, intorno alla metà degli anni settanta, ad opera di un gruppo di giuristi che sul tema della crisi conclamata dell'accesso alla giustizia<sup>14</sup>, sottolineò la necessità di utilizzare strumenti diversi al fine di decongestionare il sistema giurisdizionale<sup>15</sup>. Si trattò, fin dall'inizio, non di un'elaborazione teorica, quanto di un riferimento di natura pratica, strumentale, volto a realizzare un risultato ritenuto importante: assicurare a tutti i cittadini procedure efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie. Tuttavia, la dottrina più attenta ha da lungo tempo evidenziato la dimensione costituzionale dell'introduzione dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie<sup>16</sup>.

Da allora, i meccanismi di ADR si sono diffusi e radicati anche nell'area UE senza ricevere mai una regolamentazione uniforme. Il concetto di ADR è, infatti, ampio e suscettibile di ricomprendere metodi differenti utilizzabili

<sup>12</sup> Tendenza che in Italia ha raggiunto l'apoteosi con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, c.d. decreto degiurisdizionalizzazione, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162 e recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile". Anche sull'inadeguatezza linguistica di questo termine, cfr., da ultimo, F. Carpi, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, 811 ss.; C. PUNZI, *La cd. "degiurisdizionalizzazione" della giustizia civile, in Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, 7 ss.; G. BALENA, *Il trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti, in Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni in l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in *Foro it.* 2015, V, 17 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati: La negoziazione assistita, ibidem*, 22 ss.; M. GIORGETTI, *Negoziazione assistita*, Milano, 2015 *passim* (in particolare sulla l. 10 novembre 2014, n. 162); C. CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr giur.* 2014, 1173; A. Briguglio, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti)*, in *giustiziacivile.com*, 2014, 20; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2014, 909.

<sup>13</sup> Si veda la posizione di M.A. EISENBERG, *Private Ordering through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking*, 89 *Harv. L. Rev.* 1976, 637 e quella critica di O.M. FISS, *Against Settlement*, 93 *YALE L.J.* 1073, 1984, 1075.

<sup>14</sup> Come si sottolinea nel famoso studio di M. CAPPELLETTI e B.G. GARTH, *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective, A General Report, in Access to Justice*, Vol. I, *A World Survey*, cur. Idd., Milano-Alphaanderijn 1978, ss.

<sup>15</sup> L'inizio del movimento si fa risalire alla Conferenza di Chicago 1976.

<sup>16</sup> N. TROCKER, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in *L'altra giustizia*, cur. V. Varano, Milano, 2007, 317.

dalle parti in causa, quali: la negoziazione, la conciliazione, la cd. mediazione e altri tipi di arbitrato.

In ambito consumeristico, lo sviluppo dell'ADR ha una storia a sé stante, tant'è che attualmente in Europa ha una propria consolidata struttura, benché utilizzi le tecniche "classiche" dell'ADR<sup>17</sup>. La sua peculiarità le è valso l'appellativo, prima di CADR<sup>18</sup> e poi di CDR<sup>19</sup>, a sottolinearne ancor più l'autonomia rispetto all'ADR più generale.

Verso la fine degli anni Novanta, la Commissione europea emanò una raccomandazione (n. 98/257/CE) sui principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, che dovevano essere: indipendenza, trasparenza, contraddittorio, effettività e legalità, libertà e rappresentanza. Le ADR erano già espressamente menzionate nel Libro verde del 1993 sull'accesso dei consumatori alla giustizia<sup>20</sup>, nella direttiva 97/5/CE<sup>21</sup> sui bonifici transfrontalieri, nella direttiva 97/7/CE<sup>22</sup> sulla tutela dei consumatori nei contratti a distanza, nonché oggetto di atti non vincolanti, quali la Comunicazione della Commissione sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, del 1998<sup>23</sup>. L'importanza dei mezzi alternativi è stata rilevata anche nelle conclusioni del Consiglio di Tampere del 1999. Con il Trattato di Amsterdam (in vigore dal 1° maggio 1999) e l'attribuzione all'Unione della competenza in materia di giustizia civile (aumentata progressivamente anche con il Trattato di Lisbona), l'attività di regolamentazione da parte degli organi di quest'ultima in tema di ADR si è intensificata. Un'altra raccomandazione (n. 2001/310/CE) completa la prima perché riguarda anche le procedure che comportano semplicemente un tentativo di fare incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione basata sul consenso e aggiunge ai principi ispiratori la lealtà (*fairness*).

Il ruolo centrale di tali strumenti di definizione delle controversie è poi stato definitivamente evidenziato dal Libro Verde del 2002, riferito ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale<sup>24</sup>,

---

<sup>17</sup> In tal senso C. HODGES e N. CREUTZFELDT, *The Transformation of Enforcement: European Economic Law in a Global Perspective* cur. H.-W. MICKLITZ e A. WECHSLER, Oxford 2016, 126.

<sup>18</sup> Ch. HODGES, I. BENÖHR e N. CREUTZFELDT-BANDA, *Consumer ADR in Europe. Civil Justice Systems*, Oxford e Portland 2012, 1 ss..

<sup>19</sup> Gli stessi Autori nel saggio in nota 14.

<sup>20</sup> Libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del Mercato Unico, COM (93) 576 def. del 16 novembre 1993.

<sup>21</sup> Direttiva 97/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 gennaio 1997 sui bonifici transfrontalieri, in *GUCE* L 43 del 14 febbraio 1997, 25.

<sup>22</sup> Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in *GUCE* L 144 del 4/6/ 1997, 19.

<sup>23</sup> Comunicazione della Commissione sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, COM (1998) 198.

<sup>24</sup> Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, COM (2002) 196 def. del 19 aprile 2002.

Le politiche *pro* conciliazione dell'Unione sono riferite da M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 357 ss.; E.M. APPIANO, *I sistemi Adr*

al quale ha fatto seguito la direttiva 2008/52 CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla mediazione in materia civile e commerciale<sup>25</sup>, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28<sup>26</sup>.

Con la direttiva n. 52/2008/CE diventa un obiettivo prioritario per l'Unione promuovere la mediazione come via alternativa al sistema giurisdizionale e facilitazione dell'accesso alla giustizia; da quel momento gli Stati membri sono stati onerati ad adottare procedimenti per la c.d. mediazione. Oltre a questa più generale direttiva, ve ne sono una serie di altre settoriali che incoraggiano<sup>27</sup> o richiedono agli Stati di stabilire procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie<sup>28</sup>. Anche la Corte di giustizia ha preso posi-

---

*nell'ottica del legislatore comunitario*, in questa *Rivista*, 2009, 59 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova 2008, 38 ss.; F. DANOVI, *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.* 1997, IV, 327 ss.

<sup>25</sup> Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (GUL 136 del 24 maggio 2008, 3). La Commissione europea deve riferire, entro il 2016, sull'attuazione della direttiva. Relativamente al recepimento di tale direttiva, il Parlamento europeo ha approvato il 13 settembre 2011 una risoluzione non legislativa (Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali).

Sulla portata della direttiva ampiamente D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna 2016, 31 ss.; L.P. COMOGLIO, *Mediazione e accesso alla giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 288 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 4 s.; N. ANDREWS, *The duty to consider mediation: salvaging value from the european mediation directive*, in N. TROCKER E DE LUCA, *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze 2011, 13 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 653 ss.; F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1258 ss.

<sup>26</sup> In materia di mediazione sono stati pubblicati numerosi scritti in versione monografica, v. nota precedente e tra gli altri anche ad es. Aa.Vv., *La mediazione civile e commerciale* cur. C. BESSO, Torino 2010; Aa.Vv., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cur. M. Bove, Padova, 2011; Aa.Vv., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, cur. B. SASSANI e F. SANTAGADA, 2a ed., Roma 2011; G. P. CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova 2011, *passim*. Com'è noto sul decreto legislativo è caduta la scure della Consulta (6 dicembre 2012, n. 272) ed è stato rimesso in piedi dal d.l. n. 69 del 21 giugno 2013, convertito in l. n. 98 del 9 agosto 2013. Si veda F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Bologna 2013, *passim*. C. BESSO, *La novellata mediazione e due precetti con sanzione positiva*, in *Giur. it.* 2014, 90; M.A. LUPOI, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, 12 ss.

<sup>27</sup> Incoraggiano alla mediazione: le direttive n. 2002/65/CE, sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, n. 2008/122/CE, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio, n. 2000/31/CE, sul commercio elettronico, n. 6/2008/CE, sulla liberalizzazione dei servizi postali, n. 2002/92/CE, sull'intermediazione assicurativa, n. 2004/39/CE, la c.d. MIFID, sostituita dalla *Direttiva 2014/65/UE (MiFID II)* e il Regolamento (UE) n. 600/2014 (MiFIR).

<sup>28</sup> Richiedono la mediazione: le direttive n. 2009/136/CE per il settore delle telecomunicazioni, nn. 2009/72-73/CE per il settore dell'energia, n. 2008/48/CE sul credito al consumo, n. 2007/64/CE per i servizi di pagamento nel mercato interno, n. 2006/123/CE per i servizi nel mercato interno e n. 2014/17/UE per i contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, nonché il Regolamento n. 181/2011/UE relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus.

Già prima facevano riferimento alla conciliazione, la *Direttiva 1985/374/CE* relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi, la *Direttiva 1997/5/CE* sui bonifici transfrontalieri, la *Direttiva 1997/7/CE* volta alla la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, la *Direttiva 2000/31/CE* dell'8 giugno 2000 relativa ai servizi della società dell'informazione.

zione sulla portata delle ADR, nel noto caso *Alassini c. Telecom*<sup>29</sup>. La normativa nazionale (che recepiva la c.d. direttiva servizio universale n. 2002/22/CE) può correttamente prevedere il previo esperimento obbligatorio di una procedura di conciliazione extragiudiziale, secondo la Corte, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso alla procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone<sup>30</sup>. Nei casi *Claro c. Centro Móvil Milenium*<sup>31</sup> e *Asturcom Telecomunicaciones c. Rodríguez*<sup>32</sup> la Corte ha ritenuto che la nullità (o abusività) della clausola arbitrale contenuta in un contratto stipulato da un consumatore sia necessariamente rilevabile d'ufficio dal giudice<sup>33</sup>.

L'Unione si è fatta parte attiva nella promozione della CDR con il varo di alcuni network che hanno per scopo la facilitazione e la soluzione di liti transnazionali. La Rete del Centro europeo consumatori (European Consumer Centres Network, ECC-NET) è la rete che si occupa delle questioni transnazionali riguardanti genericamente i consumatori<sup>34</sup>, mentre FIN-NET (*Financial Services Complaints Network*) ha ad oggetto la cooperazione tra organismi nazionali di risoluzione extragiudiziale di controversie in materia di servizi finanziari<sup>35</sup>. Non specificamente diretta ai consumatori (i quali tuttavia se ne possono servire come cittadini) è la rete SOLVIT che si occupa delle questioni transfrontaliere dovute a una cattiva applicazione del diritto

<sup>29</sup> C. giust. CE 18 marzo 2010 in cause riun. C-317, 318, 319, 320/08, in *Giur. it.* 2010, 2585, con nota di C. Besso.

<sup>30</sup> Recepisce questa giurisprudenza anche C. cost. 6 dicembre 2012 n. 272, in *Giust. civ.* 2013, 23 con nota di G. Finocchiaro.

<sup>31</sup> C. giust. CE 26 ottobre 2006 in causa C-168/05.

<sup>32</sup> C. giust. CE 6 ottobre 2009 in causa C-40/08.

<sup>33</sup> Cfr. nello stesso senso anche la più recente CGUE 28 luglio 2016 in causa C- 68/15, *Tomášová c. Ministerstvo spravodlivosti SR*. Questa interpretazione era iniziata con il caso C-240/98 *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores* del 27 giugno 2000 e la troviamo anche nel caso C-243/08 *Pannon GSM*, del 4 giugno 2009.

<sup>34</sup> Creata con una risoluzione del Consiglio d'Europa nel 2000, ha lo scopo anche di informare i consumatori sulle possibilità di ricorrere all'ADR, facilitandone l'approccio. In ogni singolo Stato membro è stato creato il Centro europeo consumatori, che dovrebbe essere un punto di riferimento per i consumatori, informandoli sui loro diritti in occasione di acquisti transfrontalieri, dare loro consigli e supporto, consentire un facile accesso alle procedure e assisterli, sviluppare la conoscenza dei metodi ADR e condividere le pratiche migliori già esistenti in alcuni Stati, nonché cooperare con gli altri network europei (per l'Italia, [www.ecc-net.it](http://www.ecc-net.it)). In caso di controversia il consumatore si rivolge al Centro europeo del proprio Stato, il quale, insieme al Centro dello Stato della controparte, supporta il consumatore. Il network gestisce oltre sessantamila casi ogni anno.

<sup>35</sup> Istituito nel 2001, anche questo ha l'obiettivo di facilitare l'accesso dei consumatori acquirenti di servizi finanziari in un (altro) Stato europeo alla soluzione extragiudiziale delle controversie. Come emerge dal report (in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)), le controversie gestite nel 2011 sono 1854. In Italia tali controversie sono affidate all'Arbitro bancario finanziario, su cui si rinvia a C. Consolo e Stella, *L' "arbitro bancario finanziario" e la sua giurisprudenza precognitrice*, in *Società* 2013, 185 ss., all'Ombudsman-Giuri bancario, all'ISVAP.

to dell'Unione europea da parte delle amministrazioni pubbliche degli Stati membri<sup>36</sup>.

Nel 2010 la Commissione ha adottato una raccomandazione con l'obiettivo di introdurre un metodo unico europeo per la classificazione e il resoconto dei reclami proposti dai consumatori<sup>37</sup>.

Con la c.d. direttiva ADR e il regolamento ODR (*Online Dispute Resolution*), l'Unione europea si propone di assicurare che per ogni controversia del consumatore esista una procedura di risoluzione stragiudiziale, obiettivo che si intende raggiungere informando i consumatori delle possibilità e attraverso la cooperazione tra organismi CDR e autorità nazionali che si occupano di applicare la legislazione a tutela del consumatore.

In ambito europeo, l'estrema flessibilità e varietà degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie poneva rilevanti problemi interpretativi derivanti dal fatto che l'estensione dell'area degli ADR fosse soggetta a variazioni in base al criterio definitorio utilizzato e alla tradizione giuridica interessata e che, sotto la medesima etichetta di ADR, venissero ricompresi strumenti diversissimi e difficilmente riconducibili ad un modello comune. La diversità dei modelli utilizzati dava luogo, da un lato ad una varietà di meccanismi per risolvere le controversie (che potevano andare da decisioni vincolanti a raccomandazioni o accordi tra le parti), dall'altro ad una diversificazione dell'organizzazione e gestione delle procedure, che potevano essere organizzate pubblicamente o privatamente e assumere la forma di *Ombudsman*, di commissione reclami nell'interesse dei consumatori, di mediatore privato, di associazione di categoria, *etc.*<sup>38</sup>

Tutto ciò concorreva a creare un quadro di grande complessità che, di certo, non agevolava l'accesso del cittadino europeo alla soluzione delle controversie. Oltre la diversità delle discipline, la scarsa conoscenza di tali sistemi, sia da parte delle imprese che dei consumatori, comportava la rinuncia di questi ultimi a far valere i loro diritti violati, spesso riguardanti pretese di modesta entità, rispetto ai quali l'azione in giudizio avrebbe richiesto costi (e tempi) sproporzionati rispetto al bene conseguibile. Gli effetti negativi di questo stato di fatto si riverberavano inevitabilmente sul funzionamento del mercato.

Si pensi che, nel primo decennio del nuovo secolo, operavano in Europa almeno 750 organismi ADR nazionali per lo più gratuiti o, comunque, *low cost* (commissioni e comitati per i reclami, *Ombudsman*, comitati per la risoluzione delle controversie, centri arbitrali, servizi di mediazione, organismi di conciliazione) che presentavano denominazioni e procedure differenti a seconda della cultura e delle tradizioni giuridiche dello Stato membro in cui

---

<sup>36</sup> Istituita nel 2002 ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)).

<sup>37</sup> N. 304/2010/UE, relativa all'utilizzo di una metodologia armonizzata per la classificazione e la notifica dei reclami e delle richieste dei consumatori (in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)).

<sup>38</sup> Ch. HODGES, I. BENÖHR e N. CREUTZFELDT-BANDA, *Consumer ADR in Europe. Civil Justice Systems*, cit, 1 ss.

operavano. Anche all'interno di uno stesso Paese, si riscontrava una grande varietà di schemi<sup>39</sup>. In Italia il ricorso alla definizione delle controversie senza ricorrere al giudice statale risultava piuttosto contenuto.

Nemmeno la copiosa produzione normativa contenuta nelle varie direttive di cui si è detto era stata sufficiente a dirimere le forti incertezze in merito all'applicazione delle tecniche di ADR. I dati empirici continuavano a dimostrare quanto l'estrema complessità delle leggi che disciplinavano le controversie –soprattutto quelle riguardanti operazioni transfrontaliere– alimentasse la sfiducia dei consumatori verso l'utilizzo delle ADR.

Era necessario mettere ordine, specie in un settore in cui si è sempre registrato un altissimo contenzioso e un conflitto di interessi economici di grande rilevanza. Occorreva dare indicazioni univoche e concrete ai consumatori per poter assicurare, nelle intenzioni del legislatore europeo, certezza del diritto<sup>40</sup>. Il modo migliore per andare in questa direzione è stato individuato nella previsione di una ADR che assicuri a tutti i cittadini dell'Unione le medesime linee guida di soluzione delle controversie, in qualunque posto europeo decidano di acquistare i beni e usufruiscano di servizi. La scelta è stata quella di creare una griglia a maglie larghe, in cui molti procedimenti già esistenti potessero riconoscersi e gli altri che invece non potessero riconoscersi avrebbero potuto identificarsi, ricorrendo a modifiche della loro struttura interna e/o di funzionamento. Solo gli organismi che rispondono ai requisiti richiesti possono ricevere l'approvazione della Commissione.

La direttiva del 2013 –a differenza della direttiva del 2008 che riguarda esclusivamente le ADR in cui non interviene la decisione di un terzo– ha inteso abbracciare tutte le possibili forme di risoluzione extrastatale delle liti. Le diverse tecniche di ADR, sebbene eterogenee, sono riconducibili a due o tre modelli fondamentali corrispondenti a una distinzione sistematica tra *determinative* o *adjudicative ADR* e *facilitative* o *non adjudicative ADR*<sup>41</sup>. A metà tra i due è posta l'*advisory ADR*<sup>42</sup>. Il mediatore/conciliatore aiuta il processo di negoziazione, senza raccomandare alcun accordo possibile, in tal caso siamo di fronte ad una (cd. mediazione o) conciliazione *facilitative* (è il caso della negoziazione), oppure propone e raccomanda un accordo *advisory*, in tal caso siamo di fronte ad una (cd. mediazione o) conciliazione *evaluative*

<sup>39</sup> Ch. HODGES, I. BENÖHR e N. CREUTZFELDT-BANDA, *op. loc. cit.*

<sup>40</sup> Anzi, nella traduzione italiana si legge "certezza giuridica": preambolo 19.

<sup>41</sup> Sul ruolo del terzo e la distinzione tra ADR *facilitative* e *determinative*, v. E. L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa* in *Giur. comm.* 2009, 240 ss.; E. SILVESTRI, *Osservazione in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 321; cfr. anche P. BERNARDINI, *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano 2001, *passim*.

<sup>42</sup> I tratti funzionali e strutturali della conciliazione "facilitativa" e di quella "valutativa" sono messi a fuoco da F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1200; R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, in *Foro it.*, 2003, V, 165 ss.; A. CASTAGNOLA e F. DELFINI, *Mediazione facilitativa e mediazione valutativa o aggiudicativa*, in AA.VV., *La mediazione*, Padova, 2010, 29 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2010, 212 ss.

(è il caso della media-conciliazione). In entrambi i casi il controllo del risultato e il potere di conciliare rimane alle parti fino alla fine del procedimento. Così non è nel caso in cui la decisione sia imposta. I mezzi c.d. decisionali, *determinative* o *adjudicative*, il cui archetipo è senz'altro l'arbitrato (rituale e irrituale, nonché tutte le convenzioni che attribuiscono ad un terzo la decisione), seguono il modello valutativo, *evaluative*, nel definire la controversia, ma in più impongono una decisione pronunciata da un soggetto privato terzo rispetto alla controversia, che nell'arbitrato è vincolante. Dal punto di vista della libertà delle parti nella gestione della lite e della determinazione della soccombenza, non vi è una grande differenza rispetto alla decisione presa da un giudice dello Stato<sup>43</sup>.

La direttiva non prende invece in considerazione le forme di conciliazione e arbitrato che possono intervenire o innestarsi a processo iniziato e che sono dirette ad evitare la pronuncia della sentenza da parte del giudice<sup>44</sup>.

Il legislatore italiano, che ha recepito la direttiva con il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130<sup>45</sup>, ha escluso dall'applicazione l'arbitrato, mostrando da una parte di preferire che tale procedimento sia (e rimanga) regolato dalle norme del codice di rito e dall'altra di tenere lontano l'arbitrato dalle controversie dei consumatori<sup>46</sup>.

A questo proposito non è chiaro se l'Arbitrato Bancario Finanziario sia da ricomprendere nella nuova legge e, come tale, in ordine ad ottenere l'inserimento nell'elenco della Commissione europea, deve rispondere alle caratteristiche imposte dalla direttiva e poi dalla legge oppure se invece, alla luce della lettera della norma, debba essere escluso dall'applicazione delle norme sul *CDR*. Com'è noto, infatti, la dottrina non è affatto d'accordo sulla natura arbitrale o conciliativa delle decisioni di questo organismo<sup>47</sup>.

Invece l'arbitrato amministrato dalla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob era senz'altro un procedimento di natura arbitrale, come previsto espressamente dall'art. 5, co. 4°, d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, che

---

<sup>43</sup> Sul punto cfr. anche N.M. ALEXANDER, *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*, Alphen aan den Rijn 2009, 9 s.

<sup>44</sup> Anche queste sono più o meno di derivazione anglosassone e ormai, dopo il rodaggio in rito speciale del lavoro, le troviamo disseminate anche all'interno del nostro processo ordinario di cognizione. Il richiamo è ancora al cd. decreto degiurisdizionalizzazione.

<sup>45</sup> Recante l'attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori.

<sup>46</sup> È al lavoro una commissione, incaricata dal Ministro della giustizia e presieduta da Guido Alpa, con lo scopo di dare una disciplina organica che riformi e sviluppi gli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato.

<sup>47</sup> Mettono anzitutto in evidenza la funzione prognostico-deflativa dell'istituto C. CONSOLO e M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflativo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo Abf, "scrutatore" di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. giur.* 2011, 1653. La tesi della natura di arbitrato rituale è propugnata da G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'A.B.F.*, in *Società*, 2011, 1216; La tesi della cd. mediazione è portata avanti da E. CAPOBIANCO, *Arbitro bancario finanziario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg. VI, 2012, 35 ss.

lo istituiva<sup>48</sup>. Tuttavia, l'art. 1 *bis* d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 ha imposto ai soggetti nei cui confronti la CONSOB esercita la propria attività di vigilanza di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, la legge di stabilità 2016 ha stabilito che la Camera Arbitrale verrà meno dalla data in cui sarà operativo "l'organo decidente" (art. 1, co. 47, l. 28 dicembre 2015, n. 208). All'inizio dell'anno (8 gennaio 2016), la Consob ha provveduto a mettere in pubblica consultazione uno schema di regolamento istitutivo del "nuovo Organismo Consob". Con esso la Consob si propone di rilanciare l'ADR (che fino a quel momento non ha avuto successo), chiaramente in aderenza alle norme recepite della direttiva, soprattutto assicurando l'imparzialità e la rappresentatività dei soggetti interessati (come stabilito nel nuovo co. 5 *ter* dell'articolo 2 d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179)<sup>49</sup>. A termine della consultazione, la Consob, con delibera del 4 maggio 2016, ha istituito l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF)<sup>50</sup>. All'esito della procedura, che si svolgerà con un contraddittorio attenuato, l'organismo imporrà alle parti una decisione, applicando le norme giuridiche che disciplinano la materia e tenendo conto degli atti di carattere generale emanati dalla Consob e dall'AESFEM<sup>51</sup>, delle linee guida delle associazioni di categoria validate dalla Consob, dei codici di condotta delle associazioni di categoria ai quali l'intermediario aderisce (artt. 14, commi 1, 2 e 3; 15, co. 1, Regolamento). Le parti non saranno tenute alla decisione. Tuttavia, si stabilisce una deterrenza, dato che la mancata conformazione dell'intermediario alla decisione del collegio di accoglimento (anche solo parziale) del ricorso è resa nota mediante pubblicazione sul sito web dell'Organismo, a cura e spese dell'intermediario inadempiente, su due quotidiani a diffusione nazionale, di cui uno economico, e sulla pagina iniziale del sito web dell'intermediario per una durata di sei mesi (art. 16, co. 3, Regolamento).

4. Quando cinque anni or sono (29 novembre 2011) la Commissione Europea ha pubblicato un Pacchetto sulla CDR contenente una comunicazione sulla risoluzione alternativa delle controversie per consumatori nel mercato unico<sup>52</sup>, una proposta di direttiva sull'ADR per i consumatori<sup>53</sup>, una proposta di regolamento sull'ODR per i consumatori relativa alle operazioni trans-

<sup>48</sup> Cfr. in tal senso C. CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: "prima lettura" del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. soc.* 2007, II, 1445 e F. Corsini, *L'arbitrato amministrato dalla Camera di conciliazione e arbitrato costituito presso la Consob*, in *Giur. comm.* 2012, I, 358; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2012.

<sup>49</sup> Sui punti critici del proposto regolamento, non ultimo quello delle sovrapposizioni di competenza con l'ABF, cfr. A.A. DOLMETTA e U. MALVAGNA, *Sul nuovo "Adr Consob"*, in *Banca borsa tit. cred.* 2016, 251 ss.

<sup>50</sup> In tema N. SOLDATI, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, in *Contratti*, 2016, 1056.

<sup>51</sup> L'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati, con sede a Parigi, è stata creata nel 2010 "per salvaguardare la stabilità dei mercati finanziari e risolvere le lacune della vigilanza finanziaria europea".

<sup>52</sup> COM(2011) 791.

<sup>53</sup> COM(2011) 793..

frontaliere di commercio elettronico documento<sup>54</sup>, lo ha accompagnato con un'approfondita valutazione di impatto<sup>55</sup>, finalizzata a dare conto delle scelte effettuate onde assicurare un efficace intervento sui sistemi alternativi alla risoluzione delle controversie.

Per far fronte all'elevata disomogeneità e frammentazione del settore, l'intervento normativo ha voluto assicurare che i requisiti di qualità degli organismi *CDR* fossero rispettati in tutto il territorio dell'Unione Europea e che i consumatori avessero la garanzia di poter accedere ad un sistema alternativo di risoluzione delle controversie, ovunque si trovassero e indipendentemente dallo strumento utilizzato (*on line – offline*) per effettuare i loro acquisti. A muovere le scelte del legislatore europeo è stata la determinazione –espressa nella valutazione d'impatto– che solo una completa copertura di *CDR* da parte degli Stati membri potesse consentire all'UE di trattare efficacemente –con l'ausilio del sistema di risoluzione tramite *web*– le controversie di commercio elettronico transfrontaliero e di superare le carenze sostanziali che, nei decenni precedenti, avevano compromesso l'efficacia dei diversi strumenti legislativi adottati in materia di *CDR*<sup>56</sup>.

Del resto, l'inadeguatezza dei pregressi strumenti normativi in materia di ADR aveva già trovato ampia conferma nelle risultanze emerse dall'importante indagine promossa dalla Commissione, DG SANCO, e svolta, nell'ottobre 2009<sup>57</sup>, dal *Civic Consulting* di Berlino. Questo ente era stato incaricato di verificare l'esistenza e il funzionamento delle procedure di risoluzione alternativa negli Stati membri. Nonostante la diversità delle esperienze, l'indagine mostrava come essi avessero prodotto un effetto positivo nell'Unione, che aveva visto fissare una serie di criteri qualitativi fondamentali che gli organismi *CDR* sono tenuti a rispettare. Tali principi, tuttavia, non si sono rivelati sufficienti per conferire ai consumatori fiducia nel mercato unico.

La direttiva, emanata, insieme al Regolamento ODR, il 21 maggio 2013, rappresenta una tappa fondamentale nel processo evolutivo delle *CDR*. In essa sono disciplinati uniformemente gli organismi e le procedure di risoluzione alternativa da queste seguite, la cui rispondenza alle relative norme diventa necessaria ai fini di qualificare un organismo e la sua procedura riconosciuti a livello europeo<sup>58</sup>. Nella innovativa seconda parte, costruisce un complesso sistema organizzativo destinato ad assicurare l'unitarietà delle procedure a

<sup>54</sup> COM (2011) 794.

<sup>55</sup> Documento SEC 2011/1409 definitivo.

<sup>56</sup> La Relazione che accompagna la proposta di direttiva evidenzia "lacune nella copertura, scarsa consapevolezza dei consumatori e delle stesse imprese sulla possibilità di farvi ricorso, standard qualitativi delle relative procedure non omogenei".

<sup>57</sup> Cfr. studio su utilizzo della risoluzione alternativa delle controversie nella Ue del 16 ottobre 2009, [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/adr\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf), pp. 56-63; 112-115; 120-121.

<sup>58</sup> Lo stesso intento unificativo si è prefissa la Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori. Sul punto E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti*, in *Eu. dir. priv.* 2014, 927.

livello sovranazionale, nonché il controllo dei requisiti e il monitoraggio delle attività degli organismi amministranti la *CDR*.

Parimenti a quello oggettivo, anche l'ambito di applicazione soggettivo è piuttosto ampio, laddove ricomprende tutti gli organismi che si occupino di risolvere le controversie tra consumatori e professionisti in via extragiudiziale, attraverso l'intervento di un arbitro, un conciliatore, un mediatore, un *Ombudsman* o una commissione per i reclami<sup>59</sup>.

Le controversie prese in considerazione riguardano sia operazioni *offline* che *online*, sia compravendite nazionali che acquisti oltre confine<sup>60</sup>. Del resto, i vantaggi connessi alle procedure *CDR* e consistenti nella rapidità, flessibilità e gratuità (o basso costo) assumono un rilievo ancora maggiore nel caso di controversie di carattere transfrontaliero, caratterizzate dall'estrema lentezza e costo dei procedimenti a causa della difficoltà di affrontare un processo in un paese straniero, in una lingua non conosciuta e dall'esito incerto in termini di effettività della decisione<sup>61</sup>. Il legislatore italiano ha recepito in pieno questo dato e si è altresì preoccupato di tenere conto di quella parte di popolazione analfabeta telematica, per la quale ha ritenuto opportuno mantenere anche le *CDR offline* (art. 141 co. 4 cod. cons.).

**5.** Insomma, prese di mira tutte le possibili declinazioni di *CDR*, non restava che dare loro regole uniformi, così come è avvenuto.

Per di più, sebbene l'attività normativa di cui si sta discutendo sia diretta a regolare le controversie con i consumatori, essa mostra una vocazione all'applicazione generalizzata. Infatti il legislatore comunitario, preoccupato di garantire la certezza (preambolo 19), attribuisce prevalenza alla direttiva del 2013, in caso di conflitto, salva diversa e espressa previsione. La direttiva infatti risulta applicabile ai sistemi di risoluzione alternativa interna, nonché, orizzontalmente, a tutti i tipi di procedure ADR, comprese quelle contemplate dalla direttiva 2008/52/CE<sup>62</sup>, relativa alla cd. mediazione in materia civile e commerciale. Questa definisce già un quadro di riferimento per i sistemi di composizione stragiudiziale a livello di Unione per quanto concerne le controversie transfrontaliere, senza per questo limitarne ad essi l'applicazione. Il disegno più recente è quello di conferire unitaria struttura, sia alle procedure

---

<sup>59</sup> Una tale ampiezza di previsione trova riscontro nell'art. 4 della direttiva che, alla lettera h), definisce "organismo ADR": "qualsiasi organismo, a prescindere dalla sua denominazione, istituito su base permanente, che offre la risoluzione di controversie attraverso una procedura ADR ed è inserito in elenco ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2". Sull'essenzialità del carattere permanente, ci permettiamo di rinviare a G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, in *Corr. giur.*, 2012, 697 ss.

<sup>60</sup> Per quanto concerne quest'ultima ipotesi, si precisa che la lettera f) dell'art. 4 fornisce la definizione di controversia transfrontaliera come "una controversia contrattuale derivante da un contratto di vendita o di servizi, nell'ambito della quale il consumatore, quando ordina i beni o i servizi, risiede in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito il professionista".

<sup>61</sup> Infatti, le ADR hanno acquisito un'importanza sempre maggiore non solo nelle legislazioni statali, ma anche nell'ambito di organizzazioni come l'*UNCITRAL*, la *World Intellectual Property Organization*, la Camera di Commercio Internazionale, il Consiglio d'Europa.

<sup>62</sup> Preambolo 19.

*facilitative* sia a quelle valutative (*adjudicative* o non), così come aveva già fatto la direttiva appena menzionata nell'ambito di riferimento.

Nella Relazione che ha preceduto il decreto attuativo italiano, si è ritenuto che i due ambiti di applicazione dovessero rimanere distinti. Si potrebbe ritenere che la CDR, prevista nel codice del consumo, e l'ADR, prevista nell'emendato d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, non interferiscano<sup>63</sup>. Bisogna precisare tuttavia che le norme di quest'ultimo atto legislativo non possono contravvenire alla direttiva quando si tratti di dirimere controversie con i consumatori, perciò, ad es. andrebbe rivista (*i.e.* ritenuta inapplicabile) la norma sull'assistenza necessaria dell'avvocato nei casi di conciliazione obbligatoria, di cui all'art. 5 co. 1 *bis*<sup>64</sup>. Va precisato che l'art. 141 *quater* co. 4 lett. b cod. cons. ha recepito puntualmente la previsione della direttiva. Invece sembra del tutto congrua l'altra previsione del medesimo co. citato laddove impone la cd. mediazione come condizione di procedibilità, naturalmente nei limiti della giurisprudenza *Alassini*. Dal momento che il legislatore italiano ha escluso dall'ambito di applicazione della CDR le ADR in cui la soluzione della controversia sia imposta alle parti dall'organismo<sup>65</sup> e che sia l'ABF, sia l'ACF prevedono procedure in cui la soluzione è imposta, resterà da verificare se gli investitori *retail* siano da considerare consumatori<sup>66</sup>. Nel caso lo siano, in ottemperanza alla direttiva, bisogna chiedersi se sarà necessario attivare per le controversie che li riguardano una diversa procedura, consonante con le tutele già accordate al contraente debole<sup>67</sup>.

In definitiva i due *corpora* normativi sembrano intersecarsi e sovrapporsi, anche se il legislatore ha affidato al codice del consumo i principi generali, in assonanza con la direttiva, e alla legge sulla cd. mediazione la procedura, che sembra ancor di più assumere valenza generale. *Il va sans dire* che l'interprete della procedura dovrà attenersi a quanto stabilito nei principi generali.

<sup>63</sup> Sui rapporti tra le due normative, cfr. approfonditamente N. SCANNICCHIO, *La risoluzione delle controversie bancarie. ADR obbligatoria e ADR dei consumatori*, in *Contratti*, 2016, 537. G. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo: il d.lgs. n. 130/15 e le modifiche del codice del consumo (d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 494; O. DESIATO, *Le politiche dell'Unione europea in favore della "degiurisdizionalizzazione" e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori*, in *Resp. civ. prev.* 2016, 1793.

<sup>64</sup> Sul punto cfr. B. ZUFFI, *sub art. 141 quater*, in *Codice del consumo* cur. V. CUFFARO, Milano 2015, 1018, che propone di interpretare la direttiva come *self executing*.

<sup>65</sup> Art. 141, co. 4, cod. cons.: *le disposizioni di cui al presente titolo si applicano alle procedure volontarie di composizione extragiudiziale per la risoluzione, [...] nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole.*

<sup>66</sup> Sul punto ci permettiamo di rinviare a G. GIOIA, *Tutela giurisdizionale dei contratti del mercato finanziario*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. GABRIELLI e R. LENER, in *Tratt. contratti P. RESCIGNO e E. GABRIELLI*, Milano 2011, 59.

<sup>67</sup> Nell'ambito dei clienti *retail* vanno senz'altro distinti i consumatori. È stato giustamente sottolineato come le disposizioni che regolano l'attività dell'ABF vadano interpretate nel senso che il collegio decidente assuma una composizione diversa a seconda che la controversia sia promossa da un consumatore o da un non consumatore. In tal senso M. RABITTI, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contr. e impr.*, 2014, 201. Sul concetto di consumatore non può non riferirsi a Cass., sez. un., 20 marzo 2008, n. 7444.

L'intenzione del legislatore europeo, in parte colta anche da quello italiano, era di delineare un procedimento uniforme, almeno nei principi che lo regolano, per tutti i procedimenti di risoluzione delle controversie coinvolgenti i consumatori. Tuttavia, il procedimento spesso utilizzato, soprattutto nella mediazione facilitativa, non è del tutto conforme alla struttura che il legislatore europeo ha pensato<sup>68</sup>, in cui si richiede la motivazione della soluzione che viene adottata. La *riunione delle parti al fine di agevolare una soluzione amichevole* (art. 141 co. 4 cod. cons.) in quanto tale ha una struttura alquanto deformalizzata, difficilmente compatibile con, ad esempio, la necessità di motivare la soluzione prospettata alle parti.

Il legislatore italiano ha approfittato dell'opportunità panregolamentare offerta dalla direttiva. Nel co. 5 dell'art. 141 cod. cons. l'ambito di applicazione della nuova disciplina risulta esteso anche alle cd. negoziazioni paritetiche, vale a dire alle procedure attuate da organismi le cui persone fisiche che ne fanno parte siano dipendenti o retribuite *in toto* dal professionista, benché rispettino i criteri di indipendenza e trasparenza. In merito l'Italia aveva già ricevuto il plauso del Parlamento europeo, nella risoluzione del 25 ottobre 2011<sup>69</sup>, per aver introdotto metodi di risoluzione paritetici derivanti da protocolli di intesa stipulati tra le associazioni dei consumatori e le imprese o loro associazioni ai quali le imprese erano legate *ex ante* a ricorrere in caso di controversie<sup>70</sup>.

**6.** Attraverso la garanzia di taluni requisiti qualitativi, il legislatore europeo intende invogliare i consumatori e i professionisti verso l'utilizzo delle procedure CDR. Le caratteristiche sono state originariamente elaborate a livello dell'Unione mediante le due raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE di cui si è detto. La direttiva ha stabilito una serie di precisi requisiti vincolanti per tutte le procedure CDR seguite da un organismo notificato alla Commissione<sup>71</sup>.

A tutti i consumatori europei dovrà essere garantito, in maniera omogenea, accesso ai meccanismi extragiudiziali di ricorso caratterizzati da trasparenza, equità ed elevata qualità a prescindere dal luogo di residenza all'interno dell'Unione. In questa direzione dovranno essere indirizzati sia gli organismi CDR già esistenti e correttamente funzionanti in ambito nazionale (adeguandone, se necessario, l'ambito di operatività) sia quelli che verranno

---

<sup>68</sup> Su cui vedi *ultra*

<sup>69</sup> 2011/2117 (INI)

<sup>70</sup> In una situazione analoga, la Circolare del Dipartimento per gli affari della giustizia del 27 novembre 2013 ha risolto la questione attinente alle convenzioni stipulate dagli organismi di mediazione, rispetto alle quali erano stati avanzati numerosi dubbi circa il rispetto degli obblighi di imparzialità ed indipendenza. Le convenzioni che prevedano agevolazioni a favore di una sola delle parti devono ritenersi non consentite.

<sup>71</sup> Così stabilisce il preambolo 37 della direttiva.

eventualmente creati. È necessario che tutti presentino i requisiti e garantiscano gli standard previsti dalla direttiva<sup>72</sup>.

Nella prospettazione del legislatore comunitario risulta indispensabile che gli Stati membri favoriscano lo sviluppo di quegli organismi che presentino requisiti minimi di competenza, indipendenza, imparzialità, trasparenza, efficacia ed “equità”, perché questa viene individuata come la via per ottenerne la diffusione.

Il rispetto di questi principi è condizione necessaria perché un organismo –a questo punto, di qualità– venga inserito nell’elenco che le autorità nazionali competenti sono tenute a trasmettere alla Commissione<sup>73</sup>.

L’art 5 della direttiva richiede agli Stati membri di garantire che gli organismi *CDR* mantengano un sito *web* aggiornato, in maniera, da una parte, da consentire ai consumatori di presentare un reclamo e la documentazione di supporto necessaria *online* e, dall’altra, da permettere alle parti l’accesso e lo scambio delle informazioni concernenti la procedura *CDR*. Il requisito è necessario per favorire una più rapida gestione della lite ed evitare eccessivi costi per gli utenti che diversamente sarebbero tenuti a spostarsi. Anche lo stato del sito *web* è requisito fondamentale e condizione di accesso ai sistemi di risoluzione alternativa di qualità. Il legislatore italiano ha recepito questa parte all’art. 141 *bis* co. 1, lett. a) cod. cons. Sarà quindi cura degli organismi organizzarsi in maniera tale che le parti possano scambiarsi le informazioni *online* e solo eccezionalmente su supporto cartaceo, modificando la propria struttura che finora era ancora rimasta ai vecchi sistemi.

Strettamente collegato alla gestione delle controversie attraverso i siti *web* è l’ulteriore prescrizione che impone agli organismi di accettare sia le controversie nazionali sia quelle transfrontaliere, comprese le controversie oggetto del regolamento UE 524/2013 sull’ODR<sup>74</sup>. Nell’accettare le controversie transfrontaliere, l’organismo, oltre agli altri requisiti, dovrà garantire la conoscenza della lingua straniera da parte almeno di un membro dell’organo che poi sarà investito concretamente della controversia<sup>75</sup>, o almeno una traduzione adeguata allo scopo.

Nel recepire la normativa europea, il d.lgs. ha ritenuto di doverne copiare integralmente l’art. 5, co. 4, relativo alle ipotesi in cui l’organismo può rifiutarsi di ricevere e trattare una controversia, nell’art. 141 *bis* co. 2 cod. cons. Tra questi motivi compare la futilità e temerarietà della controversia. Naturalmente la futilità non può essere interpretata come scarso valore economico, dal momento che il legislatore europeo con la direttiva ha inteso

---

<sup>72</sup> Tali requisiti sono espressamente previsti nel capitolo II intitolato “Accesso e requisiti applicabili agli organismi e alle procedure ADR”.

<sup>73</sup> Vedi *ultra*.

<sup>74</sup> Come si avrà modo di approfondire successivamente, tale regolamento intende predisporre una piattaforma *web* che può funzionare solo se vi sono ADR nazionali in grado di gestire *online* controversie transfrontaliere.

<sup>75</sup> B. ZUFFI, *sub art. 141 bis*, in *Codice del consumo* cur. V. CUFFARO, cit., 1010.

proprio “riscattare” quelle controversie che per l’esiguo valore non vengono portate davanti al giudice. Piuttosto il termine futilità va letto in stretta relazione con l’endiadi temerarietà, che, secondo una certa impostazione abbastanza condivisibile, deve essere riferita alla natura ritorsiva, emulativa o strumentale della domanda di CDR<sup>76</sup>. Il rifiuto di ricevere una controversia potrebbe poi derivare dalle norme procedurali del singolo organismo, a condizione che non ostacolino in maniera eccessiva l’accesso al procedimento stragiudiziale. La limitazione può riguardare la materia, ma anche il valore (minimo o massimo) della controversia (v. anche art. 141 *quater* co. 1 lett. f) cod. cons.). L’organismo decidente è tenuto comunque a motivare anche sul rifiuto (per “incompetenza” e non). La futilità potrebbe perciò essere intesa in senso oggettivo, vale a dire che essa potrebbe venire in rilievo solo ove prevista, qualificata e quantificata espressamente dal regolamento degli organismi.

Dall’Europa si richiede, ancora, che gli organismi operino nel rispetto della normativa di protezione dei dati personali di cui alla legislazione nazionale di attuazione della direttiva 95/46/CE nello Stato membro in cui l’organismo CDR è stabilito<sup>77</sup>.

Oltre all’accesso, particolare attenzione è posta sull’attuazione del requisito di trasparenza, che deve essere garantito attraverso la diffusione –su sito *web*, supporto durevole o in qualsiasi altro modo che si ritenga appropriato– di ogni informazione utile all’utente sul funzionamento e la composizione dell’organo.

Un organismo CDR è trasparente ove fornisca tutte le indicazioni necessarie per far comprendere appieno ai potenziali utenti i modi di funzionamento, le garanzie offerte per assicurare l’indipendenza, l’imparzialità dei membri che li compongono, le regole con cui è assicurato il loro finanziamento (fonte pubblica o privata), il regolamento interno che disciplina la risoluzione delle controversie, le lingue nelle quali possono essere presentati i reclami e in cui si svolge la procedura CDR. In particolare, ogni ente dovrebbe fornire agli utenti informazioni relative, quantomeno, alla natura dello strumento CDR gestito (mediazione, conciliazione paritetica, arbitrato, ecc.), alla tipologia di controversie cui la procedura è applicabile, ai costi, alle modalità e ai tempi di svolgimento della stessa, nonché alle garanzie adottate per la riservatezza delle informazioni acquisite dall’ente nel corso della procedura.

Inoltre, è fatto obbligo agli Stati membri di garantire che gli organismi CDR rendano disponibili sui loro siti *web* relazioni annuali d’attività contenenti informazioni relative alle controversie nazionali e transfrontaliere: numero di controversie ricevute, eventuali problematiche che si verificano di frequente, percentuali di procedure rifiutate o interrotte, tempo medio di risoluzione delle controversie, *etc.* Una simile informazione, da una parte, consente alle imprese di selezionare l’ente migliore nel gestire le procedure

<sup>76</sup> In tal senso A.A. DOLMETTA, *Sul nuovo “Adr Consob”*, cit., 251 ss.

<sup>77</sup> Vedi art. 141 *bis* co. 1, lett. e).

CDR e, dall'altra, incrementa la concorrenza tra i soggetti che operano in questo campo, ampliando così l'offerta di servizi efficienti e di qualità.

Il legislatore italiano ha dedicato alla trasparenza (insieme ad efficacia, equità e libertà) l'art. 141 *quater* cod. cons., recependo sostanzialmente tutto quanto richiesto dalla direttiva.

7. A cominciare dall'ambito di applicazione, la direttiva focalizza l'attenzione sull'imparzialità degli organismi CDR. Esclude infatti le procedure presso organismi di risoluzione delle controversie in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione della controversia siano assunte o retribuite esclusivamente dal professionista e le procedure presso sistemi di trattamento dei reclami dei consumatori gestiti dal professionista.

Le persone fisiche incaricate della risoluzione alternativa delle controversie non devono essere oggetto di pressioni che possano influire sul loro comportamento nei confronti della controversia. Appare evidente, infatti, che il requisito dell'imparzialità (intesa come equidistanza rispetto alle posizioni da regolare) venga meno ove una delle parti incaricate della risoluzione della controversia sia alle esclusive dipendenze del professionista.

L'importanza di garantire l'assenza di qualsiasi forma di pressione o condizionamento si sottolinea al preambolo 35, soprattutto in presenza di finanziamenti, qualora provengano da una delle parti in causa o dall'organizzazione alla quale appartiene una delle parti. In questi casi, le persone fisiche incaricate della CDR alle dipendenze di un'organizzazione professionale o di un'associazione di imprese di cui il professionista è membro o che ricevono da queste ultime, sotto qualsiasi forma, la loro unica remunerazione, devono avere a loro disposizione risorse di bilancio distinte e apposite, sufficienti per assolvere ai loro compiti (preambolo 35). Così, ove si escluda che la CDR possa essere gestita da chi sia completamente dipendente dal professionista, non si respinge l'idea che l'organismo possa avere delle sovvenzioni o addirittura essere parte dell'organizzazione del professionista, dando per scontato che la separazione di bilancio possa essere sufficiente a garantire l'imparzialità.

La preoccupazione dell'imparzialità investe anche i requisiti dei singoli incaricati nella risoluzione delle controversie dei consumatori. L'art. 6 si sofferma, oltre che sui requisiti di competenza e indipendenza, sulla imparzialità che *le persone fisiche incaricate della risoluzione della controversia* debbono possedere per far parte di un organismo CDR. Tali requisiti diventano fattori determinanti circa il funzionamento dell'ente, tanto da condizionare la credibilità del suo operato e così incidere sulla sua qualità. L'imparzialità, la conoscenza e l'esperienza tecnica dei mediatori, conciliatori, arbitri integra, a tutti gli effetti, il presupposto necessario per il corretto inserimento dell'organismo nell'operatività della direttiva. In particolare, l'indipendenza e l'integrità degli organismi sono di importanza cruciale per persuadere i cittadini dell'Unione che i meccanismi CDR offrono loro un risultato giusto e indipendente. Perciò è opportuno che la persona fisica o l'organismo collegiale incaricati della procedura siano indipendenti da tutti coloro che potrebbero

avere un interesse nel relativo esito e che non si trovino in situazioni di conflitto di interessi che potrebbero impedire loro di prendere una decisione in modo equo, imparziale e indipendente (preambolo 32).

Per soddisfare appieno l'operatività di tali requisiti, gli Stati membri dovranno accertarsi che le persone fisiche incaricate del *CDR* possiedano le competenze e le capacità necessarie alla funzione da svolgere, nonché conoscenze giuridiche generali sufficienti a comprendere le implicazioni giuridiche della controversia e che non siano soggette a pressioni tali da influire sul loro comportamento nei confronti della controversia. A questo fine è necessario che tali persone siano nominate per un mandato di durata sufficiente a garantire l'indipendenza della loro azione e non siano soggette a istruzioni dell'una o dell'altra parte, siano retribuite secondo modalità non legate all'esito della procedura e comunichino senza indugio all'organismo *CDR* tutte le circostanze eventualmente in grado, o ritenute in grado, di incidere sulla loro indipendenza e imparzialità.

La dottrina ha immediatamente criticato la direttiva per incongruenza. Ha messo in evidenza come la tanto auspicata imparzialità venga messa in discussione dalla previsione della possibilità che gli organismi afferiscano alla compagine del professionista come dipendenti (art. 2.2.) a patto che vengano nominati in un collegio di cui facciano parte in egual misura anche rappresentanti dei consumatori, che non si trovino in rapporto di dipendenza gerarchica con il professionista, che siano applicati all'organismo per non meno di tre anni, che non si occupino dell'oggetto che hanno affrontato nella procedura per i successivi tre anni al termine del loro mandato e, infine, che il loro bilancio sia separato<sup>78</sup>. Questi requisiti, che non mirano in maniera seria all'indipendenza (la quale sembra più mezzo che non fine), non sembrano perciò sufficienti a garantire l'imparzialità.

L'intera disciplina dell'indipendenza e imparzialità è stata recepita anche all'interno del nostro ordinamento –sempre all'art. 140 *bis* cod. cons.– dove peraltro si era già proposta la questione dell'imparzialità dell'Arbitro Bancario Finanziario, per essere costituito all'interno della Banca d'Italia<sup>79</sup>.

L'art. 141 *ter* cod. cons. invece ha ratificato la *best practice* in tema di negoziazione paritaria che aveva ottenuto il bollino della Commissione<sup>80</sup>. All'esito della stesura normativa, la procedura cui le parti dovranno attenersi per dirimere le singole questioni è prestabilita. L'indipendenza e trasparenza devono essere garantiti dalla pariteticità degli organismi, vale a dire l'affidamento

---

<sup>78</sup> Si veda G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, in 51 *Comm. Market L. Rev.* 2014, 165 ss., in part. 174. Cfr. anche M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, in *Eu. Rev. Priv. L.*, 2016, 61.

<sup>79</sup> L'autonomia di giudizio è posta in discussione da F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'Adr*, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, I, 261, ma v. la replica G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR"*, *ibidem*, 665; Sul punto anche S. RUPERTO, *L' "Arbitro Bancario Finanziario"*, *ibidem*, 332 ss.

<sup>80</sup> Vedi *supra*.

della gestione delle singole controversie a commissioni paritetiche, composte da conciliatori adeguatamente formati, uno in rappresentanza dell'azienda, l'altro dell'utente, viene indicato dalle associazioni dei consumatori. La loro nomina deve avvenire tramite procedura trasparente, come già impone in via generale la direttiva. Si richiedono perciò meccanismi di designazione prestabiliti, anche rispetto a specifiche "competenze", ma con alternanza tra più conciliatori. Il fatto che i conciliatori debbano far parte dell'organismo per almeno tre anni si pone come specificazione rispetto al requisito generale già previsto nell'art. 141 *bis* co. 4 lett. b. Durante lo svolgimento dell'incarico e per i tre anni successivi alla cessazione, le persone fisiche che negli organismi rappresentano le associazioni di consumatori non possono ricevere compenso o finanziamento a nessun titolo dalle associazioni di imprese o dalle organizzazioni professionali dell'impresa e dalla stessa impresa. Possono invece ottenere un contributo a parziale rimborso, che va erogato in maniera trasparente<sup>81</sup>. L'organismo che non abbia distinta soggettività (il singolo conciliatore può essere anche un dipendente dell'imprenditore), garantisce i requisiti richiesti dalla legge attraverso l'autonomia organizzativa (ricalca l'art. 141 *bis* co. 4 lett. c) e la predisposizione di autonome risorse di bilancio, nonché di un organo paritetico di garanzia privo di collegamenti gerarchici o funzionali con il professionista.

I protocolli possono essere conclusi tra imprese e (almeno un terzo delle associazioni riconosciute *ex art.* 137) associazioni di consumatori, ma anche nell'ambito dei servizi pubblici<sup>82</sup>.

**8.** La regolamentazione uniforme della materia doveva necessariamente passare per la procedimentalizzazione, seppure minima, in maniera da poter più facilmente realizzare l'auspicato riconoscimento delle procedure sparse all'interno del modello base. Invero ne è sortito un procedimento quasi-giudiziale, il cui risultato potrebbe avvicinarsi di molto a quello raggiungibile in un giudizio ordinario, senza però garantire né una decisione, né una soluzione secondo diritto.

La direttiva delinea un procedimento improntato al principio del contraddittorio, di struttura tendenzialmente contenzioso-decisoria, che porta ad un atto finale motivato, in perfetta simmetria con quanto accade nel processo giurisdizionale dichiarativo e nell'arbitrato<sup>83</sup>, molto meno in linea con la composizione amichevole.

Anzitutto alle parti devono essere chiare le regole che verranno seguite nella composizione delle liti. L'art. 7, co. 1, lett. *i*), impone agli organismi *CDR* di fornire informazioni chiare e facilmente comprensibili circa i tipi di regole sulle quali devono basarsi per risolvere le controversie, che possono essere

<sup>81</sup> Il Ministero dell'Economia e dello Sviluppo, attraverso appositi bandi, eroga dei contributi alle associazioni che abbiano assistito proficuamente i consumatori nelle conciliazioni paritetiche.

<sup>82</sup> V. Conferenza unificata - Accordo 26 settembre 2013.

<sup>83</sup> In tal senso cfr. F. P. LUISO *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1299.

disposizioni giuridiche, ma anche considerazioni di equità, ovvero codici di condotta.

Oltre alle norme che riguardano le modalità di soluzione della controversia, l'organismo deve rendere pubbliche e conoscibili le norme di procedura che segue.

La persona incaricata di risolvere la controversia deve possedere non solo la conoscenza e l'attitudine alla risoluzione alternativa delle controversie, ma anche una conoscenza generale del diritto (art. 6.1 a)<sup>84</sup>.

Può prevedersi che il procedimento sia introdotto con un reclamo del quale non si richiede alcuna formalità, ma chiaramente la forma normale sarà quella scritta, mentre è necessario che contenga gli elementi minimi per individuare almeno le parti e l'oggetto del contendere. Non è escluso che possano essere chiesti ulteriori chiarimenti, nonché la documentazione necessaria, prima di notificare la controversia alla controparte (art. 8, lett. d). Anche questa attività può essere interpretata in maniera informale, ma è affidata alla stessa autorità e non alla parte reclamante.

Il rispetto del principio del contraddittorio è garantito sia attraverso la garanzia di un periodo di tempo ragionevole per esprimere la loro opinione, sia attraverso l'ottenimento da parte dell'organismo di argomentazioni, prove, documenti e fatti presentati dall'altra parte, di eventuali dichiarazioni rilasciate e opinioni espresse da esperti e di poter esprimere osservazioni in merito (art. 9, co. 1, lett. a). All'art. 141 *ter* co. 4 lett. a, che recepisce questo disposto, il legislatore italiano ha previsto inoltre che, ove richiesto, le prove presentate da una parte possano rimanere riservate.

Sia che la soluzione a termine della procedura venga proposta sia che venga imposta, essa va presa in forma scritta e motivata e in tale forma (o su un supporto durevole) va notificata alle parti. Per notificazione naturalmente non deve intendersi quella prevista dagli artt. 136 ss. c.p.c., ma senz'altro la conoscenza alle parti può essere data in qualsiasi forma di cui possa conservarsi traccia.

Le parti vanno altresì informate del fatto che la soluzione proposta sarebbe diversa rispetto alla soluzione trovata da un giudice dello Stato. A meno che ciò non venga inteso nel senso che l'organismo sia tenuto ad informare le parti con una mera formula di rito, il mediatore o l'arbitro devono essersi prefigurata la decisione secondo diritto in maniera piuttosto nitida da poterla comunicare alle parti. Ad ogni modo, da ciò si evince che la soluzione adottata può anche non essere secondo diritto. Invece non è affatto chiaro se essa debba quantomeno tendere all'attuazione del diritto, come sembrereb-

---

<sup>84</sup> Il legislatore italiano all'art. 140 *bis* co. 4 lett. a cod. cons. ha previsto che le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie siano: in possesso delle conoscenze e delle competenze in materia di risoluzione alternativa o giudiziale delle controversie dei consumatori, inclusa una comprensione generale del diritto provvedendo, se del caso, alla loro formazione. In base al co. 10, le autorità competenti provvedono a monitorare i programmi di formazione istituiti dagli organismi.

be suggerire l'intero impianto del procedimento, ovvero se possa risulturne completamente avulsa, al fine di attuare i concreti interessi delle parti<sup>85</sup>. Quel che è certo è l'impossibilità di derogare alle norme cogenti a tutela del consumatore, laddove la soluzione adottata sia imposta al consumatore (art. 11). In queste ipotesi, l'approccio dell'arbitro dovrà essere più in accordo con il diritto, mentre l'impianto sembrerebbe suggerire che nei casi di soluzione non imposta ciò non sia necessario.

La formula secondo cui le controversie debbono essere risolte "in modo equo, pratico e proporzionato sia nei confronti dei consumatori che dei professionisti, sulla base di una valutazione oggettiva delle circostanze nelle quali il reclamo è presentato e nel rispetto dei diritti delle parti", appare di tutt'altra semplice interpretazione. Potremmo azzardare l'ipotesi che i diritti (in ogni ipotesi imprescindibili) cui si fa riferimento siano esclusivamente quelli riguardanti il procedimento.

In definitiva, con la risoluzione alternativa delle controversie, la direttiva se da una parte si propone di attuare il diritto a tutela dei consumatori, dall'altra parte lascia liberi gli organismi di decidere secondo equità nella maggior parte dei casi. Il piano del legislatore europeo rimane perciò oscuro, a meno che non si voglia pensare che con esso si auspichi che il diritto europeo dei consumatori venga permeato con le soluzioni offerte dagli operatori CDR, attraverso un processo di *soft law*. L'Unione dovrebbe farsi carico del controllo degli organismi, oltre con riguardo al funzionamento, con riguardo alla loro "giurisprudenza", ma non si capisce in che modo. Diversamente bisognerebbe accettare che l'applicazione delle norme a tutela dei consumatori possa avvenire in maniera discontinua e contrastante. A noi sembra, invece, che la soluzione delle controversie con i metodi CDR possa ambire esclusivamente a indennizzare il consumatore e, nei casi più rosei, a risarcirlo.

9. La modalità di gestione delle controversie deve avvenire evidentemente secondo regole di *fairness*, vale a dire di correttezza<sup>86</sup>. L'equità cui fa riferi-

<sup>85</sup> G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 176.

<sup>86</sup> Sarebbe più opportuno tradurre il termine *fairness* con correttezza e non con equità, come avviene normalmente. Come ognuno sa, quest'ultimo termine nella nostra cultura indica un criterio di giudizio talvolta ammesso dalla legge, altre volte scelto dalle parti, che consente al giudice o all'arbitratore una decisione svincolata dall'applicazione di una norma astratta, ed elaborata invece nella sua coscienza, nel cosiddetto *giudizio secondo equità*, *ex aequo et bono* (espressione utilizzata *world wide*), oppure *ex bono et aequo*, in contrapposizione al giudizio secondo diritto.

Il giudizio per equità può essere scelto anche dalle parti nel giudizio arbitrale. La dottrina processuale civilistica è copiosa sul punto. Per tutti E. F. RICCI, *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 398; G. VERDE, *Contro l'equità necessaria del giudice di pace*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 745; A. BRIGUGLIO, *Arbitrato rituale ed equità*, in *Riv. arb.* 1996, 276, L. MONTESANO, *Aspetti problematici di forma e di prova nel compromesso per arbitri e di controllo giudiziario sull'equità arbitrale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1989, 902; M. GIORGETTI, *Lodo di diritto reso da arbitro di equità, lodo rituale reso da arbitro libero e... viceversa*, in *Riv. arb.* 2000, 745. A. CERINO CANOVA, *Principio di legalità e giudizio d'equità*, in *Foro it.* 1985, V, c. 33 s.; R. MARTINO, *Decisione equitativa e "principi informativi della materia"*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 1360 ss. Cfr. anche F. GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contr. e impr.* 1991. P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni d'equità*, in *Arch. giur.* 1921, 224 ss., ora in *Opere giuridiche*, vol. III, Padova 1968, 3 ss.; V. DENTI, *Contributo allo studio*

mento il legislatore europeo attiene alla modalità di gestione della lite e al ruolo centrale della volontà delle parti di addivenire ad una decisione che scaturisca da un dialogo libero e sereno all'interno della procedura<sup>87</sup>.

L'equità, pertanto, non rappresenta il parametro di valutazione *pro aequo et bono* che la persona fisica incaricata della risoluzione della controversia deve utilizzare ai fini della decisione, dal momento che le CDR oggetto della direttiva sono, come detto, sia facilitative sia decisorie e che l'equità, come si intende nella lingua italiana, è riferita solo a queste ultime. Riguarda, cioè, il modo di risolvere la controversia, non tanto il procedimento seguito. L'equità, così intesa, opera sull'intero insieme dei rapporti professionali e umani fra le parti in lite. Sono quest'ultime a rimanere protagoniste e a decidere quale ipotesi di accordo appare loro corretta e preferibile. Il conciliatore-mediatore-arbitro si limita a prenderne atto.

Caratteristica fondamentale del procedimento sono gli obblighi di informazione che lo percorrono in tutto il suo svolgimento. Con questa attività, gli organismi devono anche sopperire alla mancanza di assistenza legale alle parti, tutt'altro che obbligatoria. Anche su questo le parti vanno informate, nonché sulla possibile, ma niente affatto necessaria, assistenza o rappresentanza di un terzo in qualsiasi momento del procedimento.

Già prima che la procedura abbia inizio, le parti sono informate della possibilità di abbandonarla in qualsiasi momento, ove non soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura<sup>88</sup>. Non si capisce se tale insoddisfazione debba essere motivata.

La CDR che ha in mente il legislatore europeo non è obbligatoria per il consumatore, come invece può esserlo per il professionista e questa non obbligatorietà pervade l'intero procedimento.

---

*del giudizio di equità nel processo civile*, Pavia 1944, 3 ss.; C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile. Premesse teoriche*, Milano 1959, 143 ss.; R. VECCHIONE, voce *Equità (giudizio di)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, Torino 1960, 625 ss.; V. FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano 1966, 69 ss.; A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano 1966, 107 ss.; V. VARANO, voce *Equità. I) Teoria generale e II) Giudizio di equità*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma 1989; E. GRASSO, voce *Equità (giudizio)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino 1991, 470 ss.; G. FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova 2001, 17 ss.

<sup>87</sup> La questione della *fairness* dei procedimenti in vista della tutela delle categorie più deboli è stata posta nella discussione che si è sviluppata intorno alle ADR fin dall'inizio, cfr. R. DELAGADO, Ch. DUNN, P. BROWN, H. LEE, D. HUBBERT, *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, in *Wis. L. Rev.* 1985, 1359.

<sup>88</sup> La disposizione è in linea con l'impostazione data al problema in Italia, dove si era posto rispetto alla pretesa natura di deroga alla giurisdizione della clausola di conciliazione ed era stata risolta dalla Consulta (24 marzo 2006, n. 125) in senso negativo sulla considerazione che le parti possono abbandonare in qualsiasi momento la trattativa conciliatoria, e, sebbene la clausola sia obbligatoria (ma non è questo il caso, come detto), dà luogo ad una mera condizione di procedibilità dell'azione. Si veda G. MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cur. M. BOVE, Padova 2011, 199 ss.

All'art. 7 lett. i), si richiede che le parti debbano essere informate anche sulle regole su cui l'organismo CDR può basarsi per risolvere la controversia, ad es. norme giuridiche, considerazioni di equità, codici di condotta.

Prima di accettare una soluzione proposta, le parti debbono essere informate su una serie di prerogative. Anzitutto esse devono sapere che possono decidere di accettare o seguire la soluzione proposta o meno<sup>89</sup>. Le procedure potrebbero tuttavia prevedere l'obbligatorietà dell'accettazione della soluzione per il professionista, ma mai per il consumatore.

Anche il fatto che la partecipazione alla procedura non precluda la possibilità di chiedere il risarcimento attraverso un normale procedimento giudiziario deve essere oggetto dell'informativa. Non è chiaro tuttavia se le parti (in particolare il consumatore) vadano informate sulle eventuali spese cui andrebbero incontro nel rivolgersi al giudice. Le parti devono anche sapere che la soluzione proposta potrebbe essere diversa dal risultato che potrebbe essere ottenuto con la decisione di un organo giurisdizionale che applichi le norme giuridiche. A questo proposito ci si chiede se alle parti vada prospettata concretamente quale possa essere la soluzione secondo diritto, oppure se sia sufficiente una mera genericissima prospettazione con formula di rito. È chiaro che la prospettazione di una soluzione secondo diritto presuppone, se non una motivazione, uno studio della controversia, che probabilmente non si confà alla celerità richiesta dalla procedura. Entrambe le parti devono, poi, essere rese edotte degli effetti giuridici che scaturiscono dall'accettazione della soluzione prospettata e, prima di accogliere la soluzione proposta, devono poter disporre di un periodo ragionevole per riflettere sulla soluzione. In caso sia opportuno, l'organo propone uno slittamento della riunione per permettere a tutti di rivalutare i termini della controversia.

In definitiva, l'equità di cui si parla si concretizza nell'insieme di tutti quegli accordamenti finalizzati alla massima valorizzazione della volontà delle parti, che conduce verso una scelta il più consapevole possibile.

Senza dubbio, spesso le decisioni saranno prese *ex aequo et bono* (secondo l'opzione di cui all'art. 7 lett. i). Solo in questo caso l'equità diventa regola di giudizio.

L'esito della procedura deve essere in forma scritta e così, o su un supporto durevole, notificato alle parti. Necessaria è anche la redazione dei motivi sui quali l'esito si fonda, che va (questa volta) comunicata alle parti.

L'uniformità del procedimento si rivela senz'altro positiva laddove si tratti di risarcire un danno, per un fatto la cui verifica è pacifica. Un sistema procedimentale così semplice, tuttavia, non si rivela all'altezza della funzione laddove si tratti di stabilire se un danno vi sia stato. Non ci riferiamo alle liti, ad esempio, derivanti da colpa medica (e sanitaria), rispetto alle quali la con-

---

<sup>89</sup> In tal senso l'art. 141 *quater* co. 5 lett. b cod. cons.

notazione di liti consumeristiche viene messa in discussione<sup>90</sup> e perciò sono escluse dalla portata della direttiva, ma, molto più semplicemente, alle liti derivanti da accordi illeciti tra imprese.

Tali liti, com'è noto, sono tutt'altro che infrequenti e la Direttiva n. 104/2014 in materia di *private enforcement antitrust*, intende favorire l'esercizio al risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza<sup>91</sup>. Sulla stessa linea, la giurisprudenza italiana tende a potenziare i mezzi processuali esistenti, con lo scopo di rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni della concorrenza, nelle ipotesi di cui agli artt. 2 ss. della legge n. 287 del 1990, attraverso un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni (anche con riferimento all'art. 15 del Reg. CE n. 1/2003) e, soprattutto, di consulenza tecnica, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni<sup>92</sup>. Le questioni aperte dalla direttiva in tema di risarcimento del danno a favore di chiunque (persona fisica o giuridica) lo abbia subito non sono senz'altro alla portata di facilitatori privi di specifiche competenze in materia di concorrenza sleale<sup>93</sup>.

**10.** Alla stregua della Direttiva del 2008, quella del 2013 si preoccupa di fare in modo che l'esperimento del tentativo di conciliazione non impedisca che il diritto, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, si prescriva oppure non possa essere esercitato per intervenuta decadenza (art. 12). Nell'art. 141 *quinquies* cod. cons. troviamo due elementi importanti, in parte discordanti con la legge sulla mediazione.

<sup>90</sup> Cass., sez. VI, 24 dicembre 2014, n. 27391 ha statuito che l'espressa pattuizione della prestazione [unicamente] in regime di esclusione dalle normali procedure del S.S.N. configura la posizione del paziente come quella di un consumatore e quella dell'Azienda Ospedaliera come quella di un esercente una vera e propria attività di professionista, secondo la disciplina di tutela del consumatore. Cfr. anche Cass., III, 2 aprile 2009, n. 8093.

<sup>91</sup> Per il commento alla Direttiva cfr. M. NEGRI, *In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni per il risarcimento del danno antitrust*, in *Int'l Lis*, 2014, 73, nonché S. Vincere, *La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 1153; A.D. DE SANCTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, ivi, 1495; G. VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.* 2015, 301.

<sup>92</sup> In tal senso Cass, sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564, in *Int'l Lis* 2015, 123, con nota di M. DE CRISTOFARO, *Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale*, il quale sottolinea come questa decisione abbia promosso un'applicazione *ante litteram* della Direttiva n. 104/2014 in materia di *private enforcement antitrust*, che intende favorire l'esercizio al risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza.

<sup>93</sup> Si pensi alle peculiarità in tema di onere della prova, su cui M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA* 2015, 100; nonché, per esempio, alla determinazione del nesso causale, alla definizione degli effetti dei provvedimenti dell'*Authority* e delle sentenze del giudice che individuano il comportamento anticoncorrenziale nella controversia intentata dal consumatore, ovvero alla individuazione del danno risarcibile. Sul punto cfr. E. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella direttiva 2014/104/UE*, *ibidem*, 32. In tema anche M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eu. dir. priv.* 2014, 1.

Anzitutto, la norma, alla stregua dell'art. 5, l. 28/2010, fa riferimento alla domanda che produce gli stessi effetti della domanda giudiziale. Al contrario, la direttiva non parla di domanda, ma ammette semplicemente che il procedimento possa essere introdotto anche con reclamo. Questo apre un primo problema che si era già posto nel 2010 e cioè l'accuratezza richiesta alla domanda di mediazione.

Il momento in cui la domanda di mediazione si intende proposta è la data di ricevimento da parte dell'organismo. La statuizione si pone in linea con l'art. 4, l. 28/2010, che collega la litispendenza (almeno nella sovrapposizione di due domande) al . netto contrasto con l'art. 5, che fa coincidere tale momento con il deposito dell'istanza. Potremmo dire che il ricevimento (che presuppone un invio anche telematico) coincida con il deposito (che può avvenire anche per via telematica). Tuttavia la medesima statuizione si pone in contrasto con l'art. 5 co. 6, l. 28/2010, che per la produzione degli effetti della domanda giudiziale richiede il ricevimento da parte dei "convenuti" in mediazione. Per l'art. 141 *quinquies* gli effetti, come la litispendenza, si producono con il ricevimento da parte dell'organismo<sup>94</sup>. Nella norma più recente il legislatore sembra aver preso atto dell'anomalia creata dalla legge precedente. Di fatto sono state create due distinte discipline, una generale e l'altra speciale, che probabilmente non governeranno al buon funzionamento della mediazione, che abbisogna di regole certe.

La produzione degli effetti della domanda giudiziale presuppone che la domanda di mediazione contenga (l'organismo), le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa, come prevede l'art. 4 co. 2. Di questa specificazione non vi è traccia nell'art. 141 *quinquies*. L'esiguo valore delle controversie dei consumatori potrebbe far ritenere sovrabbondante l'indicazione dei requisiti di una domanda giudiziale. Tuttavia ove, giustamente, ciò non si ritenesse necessario, gli effetti della domanda potrebbero riguardare esclusivamente l'interruzione della prescrizione (effetto che può essere ottenuto anche con la messa in mora, atto ben lontano dalla complessità della domanda giudiziale), ma non anche l'effetto sospensivo, che presuppone una causa instaurata e pendente davanti al giudice o all'arbitro, perciò, anzitutto, una domanda ben definita.

**11.** Nelle intenzioni del legislatore europeo la conoscenza delle CDR da parte dei consumatori costituisce il presupposto indispensabile per un diffuso utilizzo di tali strumenti. Un'azione volta a favorire l'informazione dei consumatori sui sistemi CDR esistenti, sui modi per farvi ricorso –soprattutto in caso di controversie transfrontaliere– e sui vantaggi che essi comportano risulta, quindi, prioritaria.

---

<sup>94</sup> La dottrina aveva sottolineato l'incongruenza tra l'art. 4 e l'art. 5: cfr. L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 580. R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *judicium*; G. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in *Il giusto processo civile* 2011.

All'insorgere di una controversia, i consumatori devono essere in grado di identificare rapidamente gli organismi *CDR* competenti a trattare il loro reclamo e, soprattutto, sapere se il professionista coinvolto intenda partecipare al procedimento trasmesso all'organismo *CDR*. A tal fine, l'art. 13 della direttiva prevede che la reperibilità delle informazioni circa l'organismo competente provenga dallo stesso professionista, che è tenuto a comunicare dette informazioni in modo chiaro, comprensibile e facilmente accessibile sul suo sito *web* e, se del caso, nelle condizioni generali dei contratti di vendita o di servizi conclusi con il consumatore. In particolare, i professionisti devono fornire ai consumatori sia le informazioni relative alle procedure interne di trattamento dei reclami o alle eventuali altre modalità di contatto diretto, finalizzate a risolvere controversie con i consumatori senza fare ricorso ad un organismo *CDR*, sia –qualora la soluzione diretta di una controversia risulti impossibile– le informazioni relative ai pertinenti organismi *CDR* precisando se intende farvi ricorso.

Il dovere di informazione<sup>95</sup> che grava sul professionista non si sostanzia, pertanto, nell'obbligo di aderire agli organismi *CDR* competenti. Al contrario, il professionista è libero di scegliere se ricorrere o meno alla risoluzione stragiudiziale della lite, ma ha l'obbligo giuridico di specificare se intende avvalersi di *CDR*. Tale specificazione è indispensabile per il consumatore, che

---

<sup>95</sup> Tale obbligo è già previsto, in vari Paesi, in vari settori. Ad esempio, in Italia per le controversie in materia di comunicazioni, di servizi finanziari di controllo della borsa (Consob), sono previsti reclami, ricorsi interni e altro prima dell'accesso al giudice Più specificatamente in materia bancaria, l'articolo 128-bis del testo unico bancario (TUB) che ha istituito l'ABF, prevede che le banche e gli altri intermediari finanziari sono obbligati ad aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela. In base alla normativa sull'ABF, se il cliente ritiene che l'intermediario abbia avuto un comportamento scorretto o poco trasparente, deve rivolgersi in prima battuta all'ufficio reclami istituito presso l'intermediario stesso, che è tenuto a rispondere entro 30 giorni. Se la risposta dell'intermediario non lo ha soddisfatto, il cliente può presentare ricorso all'arbitro bancario finanziario, che deciderà sulla questione in pochi mesi. Sul punto, cfr. A. PIERUCCI, *L'Arbitro Bancario e Finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. comm.* 2014, 811 ss.; G. CARRIERO, *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 161 ss.; A. BERLINGUER, *L'ABF tra giudizio e media-conciliazione*, in *Riv. arbitrato* 2013, 19 ss. Per le controversie in materia di telecomunicazioni, se si escludono alcuni principi generalissimi stabiliti dall'art. 8 del d.lgs. 259 del 2003, la disciplina è fissata interamente dalle delibere Agcom che si sono succedute nel tempo: la delibera 182/02/Cons, con cui si adotta il regolamento concernente la risoluzione delle controversie sorte tra organismi di telecomunicazione e utenti, e il nuovo regolamento approvato con delibera 173/07/Cons. Questo complesso normativo prevede che per le controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi, il ricorso in sede giurisdizionale sia "improcedibile fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Co.re.com. competente per territorio munito di delega a svolgere la funzione conciliativa, ovvero dinanzi agli organi di composizione extragiudiziale delle controversie" in materia di consumo, di cui all'articolo 141, commi 2 e 3, del Codice del consumo (art. 3, co. 1, delibera 173/07/Cons). Sul punto M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.* 2014, 1 ss.; G. Gardini, *L'attività di conciliazione dei Corecom*, in *Le istituzioni del Federalismo* 2008, 852 ss.; G. DELLA CANANEIA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. pubbl.* 2005, 601 ss.

deve essere messo nelle condizioni di sapere, sin da subito, se il professionista è disposto a tentare una soluzione “amichevole” della controversia.

È evidente che l’obbligo imposto al professionista di fornire ogni informazione utile sul ricorso al *CDR*, si ricollega all’art. 7 della direttiva il quale, nel disciplinare il principio di trasparenza, impone agli stessi organismi *CDR* di fornire al pubblico –sui loro siti *web* o su supporto durevole– una serie di informazioni utili per consentire un accesso consapevole ai meccanismi alternativi di risoluzione della controversia. L’informazione dunque diviene il requisito indispensabile per garantire il rispetto del principio di trasparenza.

Infine, la direttiva completa il quadro sul tema, prevedendo nelle disposizioni di cui all’art. 15 un’altra tipologia di informazione, da attuarsi per opera di enti deputati a svolgere anche una sorta di funzione pubblicitaria di diffusione di notizie riguardanti gli elenchi degli organismi *CDR* che, una volta monitorati, rientrano nell’ambito applicativo della direttiva. Un ruolo decisivo in tal senso è riconosciuto ai Centri europei dei consumatori, che hanno la funzione di raccordo tra le associazioni dei consumatori nazionali, al fine di agevolare i propri iscritti nell’avvio di una procedura *cross-border*. Si conferisce eguale funzione promozionale anche alle associazioni dei consumatori a quelle d’imprenditori, che possono svolgere un ruolo primario nella divulgazione degli strumenti *CDR*. Tali enti, infatti, possono incoraggiare l’utilizzo del *CDR* tra i loro associati e supportarli nella scelta del sistema che maggiormente si adatta alle proprie esigenze. La funzione di diffusione può essere garantita da qualsiasi altro organismo. In tal modo si amplia notevolmente il numero e la tipologia di enti volti ad assicurare una completa e capillare campagna pubblicitaria. In Italia, ad esempio, le Autorità di regolamentazione, in particolare l’Autorità per l’energia elettrica e gas (AEEG)<sup>96</sup> e l’Autorità garante per le comunicazioni (AGCOM), hanno svolto un ruolo decisivo per la diffusione degli istituti della conciliazione paritetica. In particolare, nel caso del settore energetico, l’AEEG ha destinato parte del proprio bilancio alla promozione della conciliazione paritetica, contribuendo anche alla formazione del personale delle associazioni coinvolto nei tavoli di conciliazione<sup>97</sup>.

L’obbligo, degli Stati membri, di accertarsi che i professionisti predispongano tutte le informazioni necessarie per permettere ai consumatori di individuare facilmente gli organismi *CDR* competenti, trova un’ulteriore affermazione nell’art. 21 delle disposizioni finali. Tale articolo, infatti, stabilisce che gli Stati membri dovranno prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive da applicarsi in caso di mancato rispetto delle norme sull’informazione. In ordine poi alla tipologia di sanzioni da predisporre per rendere veramente effettivo il rispetto della normativa sull’informazione, la direttiva si rimette alla scelta dei singoli governi in sede di legislazione

---

<sup>96</sup> Per qualche spunto, cfr. M.A. ZUMPARO, *Dall’arbitrato alla soluzione amministrativa della controversia, nel percorso delineato dalle delibere dell’AEEG*, in *Riv. arb.* 2012, 475.

<sup>97</sup> Delibera n. 35/07.

di attuazione. Poiché si tratta di obblighi, che individuano un comportamento dovuto dal professionista, l'incompletezza dei documenti informativi da consegnare al consumatore, prima della conclusione del contratto, potrebbe dar luogo a una responsabilità precontrattuale, oppure determinare l'incompletezza dello stesso testo contrattuale per cui, in quest'ultimo caso, l'omissione dell'informazione potrebbe configurare, secondo una certa impostazione, un'ipotesi di nullità relativa del contratto<sup>98</sup>. La soluzione della nullità relativa sembra francamente un po' forzata, anzitutto perché normalmente la demolizione del contratto non incontra l'interesse del consumatore, in secondo luogo con la nullità il risarcimento del danno è compreso. Dal punto di vista sistematico, la mancanza di una clausola (o semplice previsione) che riguarda il piano patologico e non quello fisiologico del normale svolgimento del contratto molto difficilmente può essere inquadrata come nullità, benché relativa<sup>99</sup>.

Inoltre, gli Stati membri in sede di attuazione potrebbero preferire una forma di sanzione di carattere economico a carico del professionista, come ad esempio il pagamento di multe o di penali.

**12.** L'art. 18 della direttiva stabilisce che ciascuno Stato membro designi un'*autorità competente*, con il compito di monitorare il funzionamento e lo sviluppo degli organismi *CDR* nel proprio territorio.

Poiché nulla è detto sulle caratteristiche che tale organo deve possedere, si auspica che gli Stati membri, al fine di evitare il moltiplicarsi di enti a ciò deputati, scegliessero tra due strade seguire due strade: assegnare tale compito ad autorità che già si occupavano a vario titolo della tutela del consumatore nei vari settori commerciali –magari conferendo a ognuno di esse il compito aggiuntivo di monitorare gli organismi *CDR* che affrontano controversie nello stesso settore di appartenenza<sup>100</sup>– o, in alternativa, istituire autorità *ad hoc* cui eventualmente assegnare in maniera esclusiva tale funzione. La seconda soluzione prospettata appariva preferibile sotto molti aspetti: in primo luogo la funzione di controllo e monitoraggio conferita in maniera esclusiva a un ente a ciò deputato avrebbe evitato sovrapposizioni di funzioni e duplicazioni di attività. Peraltro l'autorità stessa avrebbe potuto essere il punto di raccordo fra i vari organismi *CDR* presenti su scala nazionale. In secondo luogo, il compito della Commissione di inserimento in un apposito elenco di tutte le autorità presenti nell'Unione avrebbe richiesto che il flusso di informazioni, acquisizione di dati e relative valutazioni fosse concentrato presso un'unica autorità statale, anche per evitare dispersione di dati e di tempo<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Sull'obbligo di informazione al consumatore dovuto dal professionista e conseguenze per la sua omissione, cfr G. ALPA, *Le ADR: dalla tutela dei consumatori alla amministrazione efficiente della giustizia civile*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, cur. G. ALPA e R. DANNOVI, Milano 2004, 44 ss.

<sup>99</sup> In questo senso, ci permettiamo di rinviare, a G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., 697 ss. e al più risalente Id., *Nuove nullità relative a tutela del contrente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 1332 ss.

<sup>100</sup> In Italia si pensi al ruolo di vigilanza svolto dalle numerose *Autorità* presenti.

<sup>101</sup> G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., 697 ss.

Nella realtà le cose non sono andate precisamente in questo modo. Nell'art. 141 *octies* cod. cons., le competenze risultano ripartite tra varie Authority, ognuna per il proprio sistema di competenza. Il Ministero di Giustizia si contende con il Ministero dello sviluppo economico si contendono la tenuta del registro degli organismi di mediazione in materia di consumo. Rimane poi la competenza della Consob (per le controversie tra investitori e intermediari in ambito di violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza), dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas, il sistema idrico (Aeegsi), dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), nonché della Banca d'Italia<sup>102</sup>. Nei vari settori di competenza potranno essere previsti degli organismi *CDR*, a condizione che rispettino i principi, le procedure e i requisiti delle disposizioni dettate dal codice del consumo, come modificato. Sempre in questo ambito, il Ministero dello Sviluppo economico, oltre a tenere l'elenco degli organismi paritetici non regolamentati e a quelli istituiti ai sensi della legge sul riordino delle Camere di commercio<sup>103</sup>, ha la funzione di convocare e raccordare i membri del tavolo di coordinamento e di indirizzo (istituito presso il medesimo Ministero) e di cui fanno parte tutte le autorità di cui sopra, con lo scopo precipuo di uniformità d'indirizzo, come richiesto dalla Direttiva.

L'autorità competente trasmette alla Commissione i dati e ogni riferimento utile all'identificazione degli organismi. In tal modo, l'autorità entrerà a far parte di un elenco in cui sono presenti tutte le autorità competenti di ciascun Stato membro.

Il monitoraggio degli organismi *CDR* è assicurato attraverso un flusso di informazioni che tali organismi sono tenuti a fornire all'autorità competente. Il primo co. dell'art. 19 prevede, infatti, la trasmissione di una serie di dati utili innanzitutto a identificare l'organismo *CDR* e a capire se ha i requisiti di qualità. Gli elementi che dovranno emergere sono, quindi: nome, informazioni di contatto, indirizzo *web*, informazioni sulla loro struttura, sul loro funzionamento, sulle persone fisiche incaricate della risoluzione della controversia, sul loro finanziamento, il regolamento interno, il tipo di controversie trattate, i motivi per cui può rifiutarsi di trattare una controversia, la durata approssimativa delle procedure *CDR* e i costi, la lingua o le lingue in cui possono essere presentati i ricorsi e in cui si svolge la procedura, una dichiarazione motivata sul possesso dei requisiti previsti dalla legge.

---

<sup>102</sup> La Banca d'Italia e la Consob hanno comunicato che i loro due unici organismi sono l'ABF e l'ACF, per cui non istituiranno alcun registro.

<sup>103</sup> Tra gli organismi paritetici, al 28 novembre 2016, risultano iscritti e notificati alla Commissione: Organismo di conciliazione paritetica Consorzio Netcomm – Associazioni di consumatori; Organismo di conciliazione paritetica Trentitalia S.p.A. – Associazioni di consumatori; Organismo di conciliazione paritetica Alitalia S.p.A. – Associazioni di consumatori; Organismo di conciliazione paritetica Poste Italiane S.p.A. – Associazioni di Consumatori. Tra gli organismi costituiti dalle Camere di commercio, al 18 aprile 2016, risultano iscritti e notificati alla Commissione: Sportello di conciliazione della CCIAA di Napoli; Sportello di conciliazione della CCIAA di Cosenza; Sportello di Conciliazione della Camera arbitrale di Milano – Servizio di Online Dispute Resolution RisolviOnline.com; Sportello di conciliazione della CCIAA del Molise.

I criteri con cui si individua la competenza (anche territoriale) ad acquisire una controversia nel proprio raggio d'azione, dato il carattere informale della procedura, non potrà presentare questioni di competenza, così come sono intese nel codice di rito<sup>104</sup>. Nemmeno le clausole che individuano preventivamente la sede dell'organismo cui devolvere la controversia in caso di insorgenza vanno considerate, di per sé, vessatorie, per il solo fatto che tale sede non coincida con il domicilio o la residenza del consumatore. Ciò che rileva in questo contesto è ancora una volta la *fairness* nel dare al consumatore la possibilità di contribuire alla scelta dell'organismo, di avere un organismo specializzato per quel tipo di controversia e di non dover sopportare un costo che possa dissuaderlo dal ricorrere alla procedura<sup>105</sup>.

Il co. 3 dell'art. 19 si riferisce, invece, a informazioni che riguardano la capacità dell'organismo di trattare le controversie in modo efficiente. Tali informazioni sono indispensabili a far comprendere alla Commissione se le procedure di risoluzione alternativa siano davvero in grado di offrire una tutela adeguata ai consumatori, ma anche alle imprese. L'autorità, infatti, dovrà acquisire dati riguardanti il numero di reclami trattati e portati a compimento con l'adozione di una decisione, la percentuale di procedure CDR interrotte prima di raggiungere un risultato, il tempo medio necessario per la risoluzione della controversia, eventuali problematiche che generano liti più frequenti tra consumatori e professionisti, nonché un'autovalutazione dell'organismo CDR dell'efficacia della procedura offerta ed eventuali soluzioni per migliorarla.

L'art. 141 *novies* cod. cons., che ha recepito l'art. 19 della Direttiva, stabilisce che gli organismi che intendano essere considerati organismi CDR devono presentare domanda d'iscrizione alla rispettiva autorità competente e indicare tutti requisiti detti.

Sulla base di tutte le informazioni ricevute, l'autorità competente deve compiere una valutazione di compatibilità degli organismi monitorati con le prescrizioni della direttiva, ossia verificare se essi siano in possesso o meno dei requisiti di qualità. Dopo di che elabora un elenco in cui sono presenti

---

<sup>104</sup> Secondo gli interpreti, nell'ambito della mediazione, anche obbligatoria, la contestazione della competenza per territorio accompagnata dal rifiuto di accettare la mediazione innanzi all'organismo incompetente equivale a rifiuto della mediazione. In tal senso M.G. CIVININI, *Questioni controverse in materia di mediazione*, in *QG*, 15 maggio 2014. Cfr. anche Trib. di Palermo, Sez. I civile, Ord. 29 luglio 2015, che giustifica l'assenza del "convenuto" in mediazione davanti all'organismo territorialmente incompetente. Nelle CDR si possono porre questioni di "incompetenza per materia" (come visto, ad es., a proposito di ABF e ACF) che senz'altro e a maggior ragione possono essere risolte allo stesso modo. Nel caso invece l'"incompetenza per materia" non sia sollevata, vista la specificità delle competenze, sarà l'organismo a rifiutarsi legittimamente di decidere la controversia. V. anche l'art. 4 del d. lgs. 28/10, modificato con il d.l. n.69/2013 -Decreto del Fare-, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

<sup>105</sup> Cfr. in tal senso G. RECINTI, *Foro del consumatore e clausole di predeterminazione dell'organismo adr: le novità derivanti dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, e l'occasione per ripensare la relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e giustizia, statale o privata, dall'altro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 118.

tutti gli organismi *CDR*, stabiliti nel territorio statale, che soddisfano le condizioni imposte.

L'elenco è corredato anche da ulteriori informazioni: nome dell'organismo, indirizzi *web*, tariffe, lingue in cui possono essere presentati reclami, natura (vincolante o non) dell'esito della procedura. Tale elenco, così dettagliato, dovrà essere notificato dall'Autorità competente alla Commissione. Quest'ultima elabora un elenco degli organismi trasmessi dalle varie autorità competenti di tutti gli Stati membri e –una volta completato con gli eventuali aggiornamenti relativi alle modifiche intercorse circa il nome, le informazioni di contatto, l'indirizzo *web* e la dichiarazione che si riferisce alla competenza– trasmette l'elenco consolidato alle autorità competenti e agli Stati membri.

L'attività di monitoraggio non si arresta qui. L'andamento e lo sviluppo delle procedure di risoluzione alternativa sono osservati, con cadenza biennale, attraverso la pubblicazione (a cura dell'autorità competente) di una relazione sullo sviluppo e sul funzionamento degli organismi. Lo scopo della relazione è di individuare settori scoperti dall'applicazione della normativa, le prassi ottimali, le insufficienze che ostacolano il funzionamento degli organismi per le controversie nazionali e transfrontaliere e, se del caso, elaborare anche raccomandazioni per fornire suggerimenti finalizzati al miglioramento.

Ai sensi dell'art. 141 *decies* cod. cons., le autorità competenti hanno ben definiti poteri di regolamentazione e vigilanza sugli organismi iscritti negli elenchi da esse tenuti. Devono stabilire i criteri per l'iscrizione, verificare il rispetto dei requisiti di stabilità, efficienza, imparzialità e limitata onerosità delle procedure per il consumatore, non solo all'atto dell'iscrizione ma costantemente. Oltre all'iscrizione, le autorità possono stabilire dei criteri per la sospensione e per la cancellazione dall'elenco.

**13.** L'intervento del legislatore europeo si completa con il regolamento UE n. 524/2013 in materia di ODR.<sup>106</sup>

La formula inglese ODR (*online dispute resolution*)<sup>107</sup> identifica quei sistemi di composizione delle controversie che consentono la gestione in via stragiudiziale del conflitto attraverso il ricorso e l'utilizzo di strumenti tecnologici (*email, chat rooms, videoconferenze, software*)<sup>108</sup>.

<sup>106</sup> D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., 121 ss.; M. FRANCESCA, *Dalle Adr Offline alle procedure di Online Dispute Resolution: statuti normativi e suggestioni di sistema*, in AA.VV., *Odr e tentativo obbligatorio di mediazione*, Napoli 2015, 7 ss.; L. BUGIOLACCHI, *Commercio elettronico e ODR (Online dispute resolutions) dopo il regolamento n. 524/2013 dell'Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. e prev.* 2013, 1403 ss).

<sup>107</sup> La questione viene risolta anche nei rapporti esterni all'EU. Si rinvia a M. e M. SHANNON, *Keep It Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in International Business-to-Consumer E-Commerce*, in 20 *B.U. Int'l L.J.* 125 (2002). Per qualche altro riferimento, soprattutto riguardo agli Stati Uniti, cfr. V. C. CRAWFORD, *A Proposal to Use Alternative Dispute Resolution as a Foundation to Build an Independent Global Cyberlaw Jurisdiction Using Business to Consumer Transactions as a Model*, 25 (2002) *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 383.

<sup>108</sup> Con riferimento a queste procedure stragiudiziali telematiche, si è parlato di iDR (*Internet Dispute Resolution*), in altri casi di eDR (*Electronic Dispute Resolution*), in altri ancora di eADR (*electronic ADR*) ovvero di oADR (*online ADR*). Per indicare il fenomeno dei sistemi di ADR *online* è stato proposto

Lo sviluppo dell'*e-commerce* richiede che i principali protagonisti del commercio *online* –ossia gli imprenditori e i consumatori– possano riporre fiducia in queste nuove forme di relazione. Si devono perciò prevedere procedure snelle e strumenti semplici che consentano di dirimere l'insorgenza dei conflitti che potrebbero minarne la sua concreta affermazione, nonché un'adeguata garanzia di protezione in caso di controversie.

È del tutto evidente come in tale ambito la posizione che maggiormente necessita di essere salvaguardata sia quella dei consumatori, che attraverso internet si trovano dinanzi a un immenso negozio virtuale, ove sono stravolte tutte le certezze giuridiche legate alla territorialità e alla materialità e dove qualsiasi messaggio telematico ha confini indeterminati. I nuovi ambienti virtuali, infatti, non permettono ai visitatori di muoversi fisicamente e toccare con mano il prodotto. Sotto questo profilo è fondamentale maturare una forte consapevolezza del bene che si va ad acquistare o del servizio che si va a scegliere *online*, al fine di poter concludere transazioni realmente vantaggiose. Tale consapevolezza, però, è effettiva esclusivamente se si conoscono non solo i rischi, i pericoli, i vantaggi e gli svantaggi di un'operazione del genere, ma anche i rimedi (giudiziali o stragiudiziali) predisposti per tutelare la propria posizione e i propri interessi<sup>109</sup>.

A differenza delle controversie tra consumatori e professionisti *tout court*, quelle che si originano in rete richiedono una maggiore celerità nella loro gestione. I tradizionali strumenti (giudizi davanti ai tribunali ordinari) funzionali a rapporti statici, mal si conciliano con i conflitti della rete che invece abbisognano di assoluta speditezza e pronta soluzione. In tali controversie acquista rilievo significativo, più che la certezza del diritto, la velocità della soluzione, la sola idonea a evitare che una controversia a lungo irrisolta pregiudichi lo sviluppo delle operazioni commerciali.

La possibilità di risolvere i conflitti interamente in rete si traduce in termini di massima appetibilità dei servizi e delle transazioni *online*, spingendo gli operatori del commercio elettronico e, in particolare, i consumatori a concludere con più facilità contrattazioni sul *web*.

In ambito comunitario non sono mancate iniziative volte allo sviluppo degli strumenti alternativi di risoluzione delle dispute nei rapporti *online*. Basti

---

a Ethan Katsh, uno dei maggiori esperti di ODR, anche il termine PDR: *Primary Dispute Resolution*, allo scopo di evidenziare la sua necessità e non mera alternatività in un mondo, quello virtuale, nel quale le parti si trovano in luoghi diversi e lontani, le questioni giurisdizionali sono complesse e la velocità è una priorità (E. KATSH, *The New Frontier: Online ADR Becoming a Global Priority*, in *Dispute Resolution Magazine*, Winter 2000, (pubblicato anche nel sito <http://www.umass.edu>), 6 e ss.: "When parties are at a distance, when jurisdictional issues are unclear and when speed is a priority, recourse to courts becomes less and less likely or desirable. As a result, it may very well be that, for the online world, what we have known as Alternative Dispute Resolution (ADR) may, over time, become Primary Dispute Resolution (PDR)".

<sup>109</sup> In tal senso cfr. A. MASCIA, *La composizione stragiudiziale delle dispute e l'utilizzo della tecnologia*, cit, 4. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari 2004, 3 ss.

ricordare, in tal senso la direttiva sul commercio elettronico<sup>110</sup>, la quale, al fine di non creare barriere allo sviluppo della società dell'informazione e alla diffusione del mercato *online*, ha espressamente statuito l'obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché "la loro legislazione non ostacoli l'uso, anche per vie elettroniche adeguate, degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previsti dal diritto nazionale" (art. 17, co. 1). La direttiva sulla commercializzazione a distanza dei prodotti finanziari<sup>111</sup> impone agli Stati membri di istituire "adeguate ed efficaci procedure extragiudiziali di reclamo e di ricorso per la composizione di controversie riguardanti i consumatori relative a servizi finanziari forniti a distanza" (art. 14, co. 1); ricordiamo, inoltre, che le questioni affrontate nel *Libro verde* della Commissione europea hanno avuto un'importanza cruciale anche per lo sviluppo delle procedure *online* di risoluzione dei conflitti e del commercio elettronico in ambito comunitario. Dopo aver affermato che la risoluzione alternativa delle controversie è una priorità politica, il *Libro verde* pone l'accento sul settore della società dell'informazione cui "è stato riconosciuto il ruolo dei nuovi servizi *online* di risoluzione delle controversie... in materia di risoluzione delle controversie transfrontaliere su Internet"; anche l'Atto per il mercato unico 2011 include tra le sue priorità chiave l'istituzione "di procedure di risoluzione delle controversie capaci di favorire una soluzione facile, rapida e abbordabile per i consumatori nonché suscettibili di salvaguardare le relazioni tra le imprese e la loro clientela. Tale azione comprenderà una voce per il commercio online"; ricordiamo, infine, la consultazione pubblica riguardante l'uso dei sistemi *CDR* avviata nel gennaio 2011, la quale, ha trattato anche le questioni connesse all'ODR e alla necessità di garantire le possibilità di ricorso per i consumatori nelle operazioni transfrontaliere, eseguite online<sup>112</sup>. È emerso un ampio sostegno in merito alla necessità di migliorare gli strumenti ODR, in particolare per le operazioni di commercio elettronico dove esiste un numero crescente di reclami specialmente per i casi riguardanti importi esigui. È stata inoltre evidenziata l'esigenza di affrontare la questione linguistica e di fornire informazioni adeguate alle parti sulle procedure e sui relativi esiti.

È, dunque, nel quadro di questa articolata produzione normativa che deve essere letto il regolamento UE n. 524/2013 in materia di ODR.

Punto di partenza del legislatore europeo è la constatazione che l'offerta di sistemi *CDR*, connessa alle operazioni di commercio elettronico, risulta

---

<sup>110</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, "Direttiva sul commercio elettronico", pubblicata nella G.U.C.E. n. L 178 del 17 luglio 2000. Cfr. R. GIORDANO, *La tutela giurisdizionale del commercio elettronico*, in *Giur. merito* 2013, 2544 ss.

<sup>111</sup> Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE (pubblicata nella G.U.C.E. n. L 271 del 9 ottobre 2002).

<sup>112</sup> Consultazione pubblica sull'uso della risoluzione alternativa delle controversie (ADR) come mezzo per risolvere le controversie connesse alle operazioni e prassi commerciali nell'UE.

frammentaria e incompleta. Infatti, se da un lato circa la metà dei sistemi *CDR* offre ai consumatori la possibilità di presentare un proprio reclamo, dall'altro, solo un numero veramente esiguo di essi consente di portare a termine l'intera procedura in linea. Tale mancanza rappresenta un evidente ostacolo alle operazioni transfrontaliere di commercio elettronico e di conseguenza allo sviluppo del Mercato interno digitale. Afferma al riguardo il preambolo 4 del regolamento "La frammentazione del mercato interno ostacola gli sforzi volti a rilanciare la competitività e la crescita. Inoltre, la situazione di squilibrio in termini di disponibilità, qualità e conoscenza di mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo per risolvere le controversie derivanti dalla vendita di beni o dalla fornitura di servizi in tutta l'Unione rappresenta un ostacolo nel mercato interno che mina la fiducia dei consumatori e dei professionisti negli acquisti e nelle vendite a livello transfrontaliero".

Il nuovo regolamento mira, pertanto, a istituire un sistema ODR a livello europeo (la piattaforma di risoluzione delle controversie *online*) per la risoluzione extragiudiziale delle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi *online* tra un consumatore residente nell'Unione e un professionista stabilito nell'Unione.

Tale piattaforma, ai sensi dell'art. 5 del regolamento, consiste in un sito *web interattivo* –accessibile gratuitamente in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea– che offre un unico punto di accesso per consumatori e professionisti che desiderano risolvere in ambito extragiudiziario le controversie derivanti da operazioni *online*. È gestita dalla Commissione

Nella piattaforma ODR sono fornire informazioni generali sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie contrattuali tra professionisti e consumatori derivanti da contratti di vendita e contratti di servizi *online*. Tra i servizi, vi è quello di consentire a professionisti e consumatori di presentare reclami mediante la compilazione di un modulo elettronico disponibile in tutte le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione e di accludere documenti pertinenti. Inoltre, attraverso di essa si trasmettono i reclami all'organismo competente il quale deve comporre la controversia secondo le proprie norme procedurali, entro 30 giorni dalla data di avvio della procedura (*articolo 9, co. 8*). In essa, si mette a disposizione gratuitamente uno strumento elettronico di gestione dei casi che consenta agli organismi di condurre *online* la procedura di risoluzione della controversia con le parti mediante la piattaforma ODR stessa.

Il regolamento ODR va letto in combinato disposto con la direttiva 2013/11/UE. Un chiaro collegamento con la direttiva in questione lo troviamo, infatti, all'art. 5 co. 6, ove si stabilisce che tutti gli organismi inseriti in elenco, conformemente all'art. 20, paragrafo 2 della suddetta direttiva, che sono competenti a trattare le controversie oggetto del presente regolamento sono registrati elettronicamente sulla piattaforma ODR europea.

Inoltre, come si legge nel preambolo 5, il regolamento non andrà applicato alle controversie contrattuali tra consumatori e professionisti, connesse alla

vendita di beni o alla fornitura di servizi *offline*, nonché alle controversie tra professionisti.

La normativa in esame, per circoscrivere meglio il campo di applicazione, si preoccupa di fornire una serie di definizioni utili all'interprete in sede di applicazione, e più precisamente all'art. 4 lett. e) definisce la vendita di beni o fornitura di servizi *online* come "un contratto di vendita o di servizi in base al quale il professionista, o l'intermediario del professionista, offre beni o servizi mediante un sito *web* o altri mezzi elettronici e il consumatore effettua l'ordinazione di tali beni o servizi su tale sito *web* o mediante altri mezzi elettronici".

Alla successiva lett. g) definisce i *mezzi elettronici* come "strumentazioni elettroniche per il trattamento (inclusa la compressione digitale dei dati) e l'archiviazione di dati che sono interamente inviati, trasmessi e ricevuti via cavo, via radio, via mezzi ottici o tramite altri mezzi elettromagnetici".

È prevista ai fini di una maggiore conoscenza e potenzialità di utilizzo, la creazione di una rete di assistenza per la risoluzione delle controversie *online*. In particolare, all'art. 7, commi 1 e 2, il regolamento si occupa di garantire la designazione da parte di ogni Stato membro di un "punto di contatto ODR" chiamato a fornire assistenza per la risoluzione delle controversie riguardanti reclami presentati attraverso la piattaforma. Tutti i punti di contatto nazionali entrano a far parte di una più vasta rete di assistenza istituita dalla Commissione europea (art.7, co. 5).

Gli Stati membri possono delegare la responsabilità per i punti di contatto ODR ai loro centri della rete di Centri europei dei consumatori, alle associazioni dei consumatori o a qualsiasi altro organismo. Ogni punto di contatto ODR dispone di almeno due assistenti per la risoluzione delle controversie *online* (cd. "assistenti ODR").

I punti di contatto ODR forniscono assistenza per la risoluzione delle controversie riguardanti reclami presentati mediante la piattaforma, ad esempio agevolano la comunicazione tra le parti e l'organismo competente, informando i consumatori degli altri mezzi di ricorso se una controversia non può essere risolta tramite la piattaforma, come nel caso in cui il professionista non acconsenta all'uso della procedura alternativa.

Le modalità di presentazione di un reclamo alla piattaforma ODR sono stabilite dal successivo art. 8, secondo cui, la parte ricorrente compila il modulo scaricabile dal sito *web* della piattaforma eventualmente allegando documenti in formato elettronico a sostegno del proprio reclamo. Nel reclamo devono essere contenute anche informazioni utili ai fini della determinazione dell'organismo competente. Tali informazioni sono elencate nell'allegato del regolamento ODR: nome, indirizzo mail e indirizzo geografico del ricorrente; indicare se la parte ricorrente è un consumatore o un professionista; tipo di beni o servizio cui il reclamo fa riferimento con indicazione del relativo prezzo; data di acquisto dei beni o servizi da parte del consumatore; tipo di reclamo *etc.*

Va precisato che il modulo sarà trattato soltanto se compilato per intero. La piattaforma, infatti, solo ove il modulo di reclamo sia debitamente compilato comunica ad entrambi le parti, in modo facilmente comprensibile e senza indugi, in una delle lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione prescelta dalle stesse, il reclamo unitamente all'informazione che le parti devono trovare un accordo sull'organismo competente cui dovrà essere trasmesso il ricorso (art 8, par.3). Le parti sono informate anche del fatto che se non trovano nessun accordo, il reclamo non sarà trattato. Inoltre, laddove la piattaforma ha individuato vari organismi competenti, ne comunica alle parti l'elenco corredato di tutti gli elementi utili per identificarlo (il nome e le modalità di contatto per il punto di contatto ODR nel luogo di residenza del consumatore e nel luogo di stabilimento del professionista, nonché informazioni circa le loro tariffe, la lingua o le lingue in cui sarà condotta la procedura; la durata approssimativa della procedura; se del caso, l'esigenza della presenza fisica delle parti o dei loro rappresentanti; la natura vincolante o non vincolante dell'esito della procedura).

Nella comunicazione che la piattaforma inoltra alle parti è contenuto anche l'invito, qualora la parte convenuta sia un consumatore e il professionista sia tenuto a ricorrere a uno specifico organismo, a trovare un accordo entro dieci giorni di calendario in merito ad esso, oppure, nel caso in cui il professionista non sia tenuto a ricorrere a uno specifico organismo, un invito a sceglierne uno o più tra quelli indicati nel modulo di reclamo o identificati dalla piattaforma ODR.

Se le parti non forniscono una risposta alla piattaforma o non riescono a trovare un accordo su un organismo entro 30 giorni, il reclamo non sarà trattato. In tal caso la parte ricorrente sarà informata della possibilità di contattare un assistente ODR per ottenere informazioni su altre forme di reclamo.

Una volta operata la scelta, sarà trasmesso il reclamo all'organismo competente. Quest'ultimo instaura il dialogo (non un vero e proprio contraddittorio nel senso processuale del termine) con le parti tramite la notifica a esse della controversia, le informa delle norme procedurali applicabili e dei costi da sostenere. Dopo di che, se le parti sono d'accordo, si dà inizio alla procedura, che ai sensi dell'art. 10 dovrebbe concludersi entro 30 giorni dalla data di avvio e senza imporre la presenza fisica delle parti o dei loro rappresentanti, a meno che le stesse norme procedurali prevedano tale possibilità e le parti siano d'accordo.

Infine, l'art. 10 prevede un altro dialogo, questa volta, però tra l'organismo che ha trattato la controversia e la piattaforma cui dovrà inoltrare informazioni sulla durata, l'oggetto della controversia e il suo esito, allo scopo di consentire alla Commissione di controllare l'uso e il funzionamento della piattaforma ODR e di redigere le relazioni di cui all'art. 19. Tale disposizione prevede, infatti, al paragrafo 1) che ogni anno e per la prima volta un anno dopo l'inizio della fase operativa della piattaforma ODR, la Commissione ri-

ferisca al Parlamento europeo e al Consiglio in merito al funzionamento della piattaforma ODR; al paragrafo 2) che entro il 9 luglio 2018 e successivamente ogni tre anni, la Commissione presenti al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'applicazione del presente regolamento –in particolare per quanto riguarda la facilità d'uso del modulo di reclamo e l'eventuale necessità di adeguamento delle informazioni elencate nell'allegato del presente regolamento– con l'indicazione di opportune proposte di modifica.

L'art. 14, in perfetto parallelismo con l'art. 13 della direttiva, si sofferma sull'obbligo d'informazione che i professionisti sono tenuti a garantire ai consumatori. Il successo del funzionamento della piattaforma è, infatti, strettamente collegato al grado di conoscenza che gli utenti hanno circa le possibilità del suo utilizzo. Il modo più rapido ed efficace di reperire tali informazioni, è dato dal primo contatto che si instaura tra gli operatori della rete.

Il consumatore accedendo al sito *web* del professionista che offre contratti di vendita o servizi *online*, è informato della possibilità di ricorrere alla piattaforma ODR di cui è indicato l'indirizzo di posta elettronica. Tali informazioni devono essere facilmente, direttamente, e permanentemente accessibili sui siti *web* dei professionisti e, se l'offerta è fatta mediante posta elettronica o altri messaggi testuali trasmessi tramite mezzi elettronici, l'informazione deve essere contenuta in tali messaggi. Le informazioni devono includere un *link* elettronico alla *homepage* della piattaforma ODR.

Se l'obiettivo del legislatore, così come emerge dal regolamento, sarà raggiunto si può ragionevolmente ritenere che lo sviluppo del commercio elettronico potrà davvero ricevere un notevole impulso, grazie alla garanzia di successo e alla rapidità nella definizione della controversia *online*. La Commissione europea è responsabile della piattaforma per quanto concerne il suo sviluppo, il funzionamento, la manutenzione e la sicurezza dei dati.

**14.** L'efficacia della procedura si concretizza, nelle intenzioni del legislatore europeo, nel rispetto dei requisiti imposti all'art. 8: 1) *facilità di accesso* alla procedura, per entrambe le parti del rapporto, indipendentemente dalla loro ubicazione; 2) *non necessaria presenza del difensore*: le parti possono essere rappresentate e assistite da terzi (ossia da chiunque, anche da chi non è un professionista esercente la professione forense); 3) *gratuità* della procedura o costi moderati; 4) *durata minima* della stessa: la controversia va risolta entro 90 giorni, prorogabili per casi più complessi.

Vedremo se gli Stati saranno in grado di implementare concretamente le norme e invogliare i consumatori ad utilizzarle. Probabilmente un obiettivo non sarà mai raggiunto e sarà quello dell'attuazione delle norme a tutela del consumatore. Come abbiamo cercato di dire, nella maggior parte dei casi le soluzioni non saranno necessariamente basate sul diritto, perciò seppure il *CDR* dovesse diventare un sistema molto usato, non attuerà diritti, ma, al limite, soddisferà gli interessi economici delle parti. Del resto anche che diventi un sistema molto usato è circostanza che verosimilmente non si verificherà. Se si fa riferimento agli Stati uniti (cioè da dove siamo partiti per arrivare a

questa situazione) l'utilizzo massiccio delle ADR si basa non solo su diversi presupposti storici rispetto ai nostri, ma sulla politica fatta dallo Stato e dalle corti che hanno investito in termini economici<sup>113</sup> e di aumento di personale per mettere a punto sistemi di mediazione incentivati dai giudici. La cultura dell'ADR anche fuori dalle corti si è diffusa in questo modo. Peraltro, studi empirici hanno dimostrato che al *trend* di soluzione delle controversie non sia seguita una diminuzione della litigiosità e nemmeno dei costi<sup>114</sup>.

Come se l'obiettivo del legislatore europeo si fosse fermato a quella Risoluzione del 24 gennaio 1969 sul rafforzamento della posizione del consumatore nel mercato comune, in cui l'accesso alla giustizia venne indicato come una priorità. Nella successiva risoluzione del 14 aprile 1975, l'accesso era focalizzato nella necessità di garantire il risarcimento del danno attraverso procedure rapide ed economiche. Quest'ultima solo può essere la finalità della CDR indiscriminata, non già l'attuazione dei diritti dei consumatori. In ogni caso, lascia fuori quelle ipotesi più complesse di accertamento e determinazione del danno, che possono investire contestualmente un numero notevole di soggetti.

Qualora le CDR prendessero piede sarebbero in grado probabilmente di far acquistare più credibilità alle imprese ed essere d'aiuto al decollo dei consumi, ma più si espanderanno maggiormente si scolleranno rispetto alla tutela dei consumatori basata delle norme dell'Unione.

La procedimentalizzazione con regole uniformi potrà garantire una certa fiducia nel sistema, certo e uguale per tutti, ma essa non potrà perdere il precipuo carattere di ancillarità rispetto al diritto, perciò non sarà in grado di attuare, creare e stabilizzare diritti<sup>115</sup>, ma forse prassi necessariamente disomogenee. A meno che, si intende, non voglia pensarsi che il procedimento, di per sé, anche magari per il solo fatto di averlo previsto normativamente, attui diritti.

A noi sembra che l'attuazione dei diritti passi necessariamente attraverso il processo e che solo attraverso l'interpretazione giurisprudenziale possano superarsi le lacune della "mercantizzazione" e della "frammentazione", che passa anche attraverso la "costituzionalizzazione" dei diritti dei consumatori, come propone una dottrina avveduta<sup>116</sup>.

Insomma l'abbandono del processo non ci pare la strada che possa permettere di raggiungere i risultati sperati. Nemmeno l'utilizzo massiccio del

---

<sup>113</sup> Si ricordi che il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, all'articolo 3, contiene la ormai classica clausola di invarianza finanziaria.

<sup>114</sup> Si veda ampiamente O. G. CHASE, *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York e Londra 2005, 115 ss.

<sup>115</sup> Basti leggere qualche pagina di J. AUERBACH, *Justice Without Law*, New York e Oxford 1983. Cfr. anche M. TARUFFO, *Adeguamento delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 779.

<sup>116</sup> H.-W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercantizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, 859.

processo è la via giusta. Sicuramente le corti vanno sgravate dall'enorme numero di processi, che rendono la giustizia lenta e inefficace; sicuramente molte controversie non abbisognano di nessun accertamento di diritto. Queste possono e devono essere devolute alla composizione stragiudiziale, altrimenti, vieppiù ove siano di valore limitato, spesso resterebbero prive di qualsivoglia tutela. Ove invece tale accertamento sia necessario, per la natura della controversia o magari per la novità del caso o per il numero di soggetti coinvolti, l'attività giurisdizionale risulta imprescindibile. In mancanza, l'incertezza circa la tutela delle situazioni giuridiche soggettive che ne deriverà sarà la fonte di altre e numerose controversie, che prima o poi approderebbero inevitabilmente davanti ai giudici.

Se volessimo rifarci all'antica saggezza per cui *in medio stat virtus*, dovremmo cercare una soluzione di compromesso. Un medio equilibrato potrebbe essere costituito dall'utilizzo attento dell'azione di classe<sup>117</sup>, combinato con quello della *CDR* –entrambe utili per il raggiungimento del medesimo risultato– con la consapevolezza che quest'ultima costituisce in ogni caso un surrogato di giustizia. Il ricorso all'azione di classe in maniera ponderata permetterebbe, da un lato, ai consumatori di aver accesso alla giustizia, attraverso la ripartizione dei costi, e al giudice di esprimersi in maniera “paranomofilattica” su fondamentali questioni di diritto, la cui interpretazione potrebbe essere utilizzata per risolvere, anche attraverso la *CDR*, successive controversie prive dell'ampia portata richiedente un'azione di classe.

---

<sup>117</sup> L'incentivazione della *class action* è propugnata anche da G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 176. La dottrina italiana lamenta la mancanza della previsione di un'azione di classe nella direttiva 2014/104/UE. In tal senso G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. prev.* 2016, 1082 e ivi altri riferimenti. Cfr. anche B. NASCIBENE, *L'interazione tra programmi di clemenza e azioni di risarcimento nel diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di collective redress*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 731.