

Il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 sulle adr per i consumatori: una grida per l’Azzecagarbugli?

di Cesare Vaccà*

in *La Mediazione*, n. 10/2015, pp. 9-17

1. La disciplina europea

Il 21 maggio 2013 il Parlamento europeo ha adottato sia la direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie di consumo e di utenza, sia il regolamento n. 524/2013 sulla risoluzione *on-line* delle controversie dei consumatori originate dai contratti del commercio elettronico¹.

In sintesi, la direttiva concerne l’opzione per la scelta extragiudiziale nelle controversie inerenti consumatori ed imprese in relazione alla vendita di beni o alla prestazione di servizi, che possono trovare composizione gratuitamente o “*a costi minimi*” entro novanta giorni dall’avvio della procedura presso un organismo indipendente che amministri procedimenti adr, anche arbitrari.

In ogni Stato membro un'autorità competente è incaricata della vigilanza sugli organismi, onde garantire il rispetto degli *standard* indicati dalla direttiva e redigere periodiche relazioni sull’attività degli organismi medesimi.

Il ricorso alle procedure adr non è obbligatorio, bensì una libera scelta del consumatore, ed i soggetti che le amministrano, oltre ad essere indipendenti ed imparziali –il principio di indipendenza è derogabile nel solo caso che un organismo collegiale sia composto, in egual numero, da rappresentanti gli interessi dei consumatori e rappresentanti gli interessi dei professionisti–devono caratterizzarsi per le specifiche competenze in materia di rapporti di consumo e la loro remunerazione ha luogo “*secondo modalità non legate all’esito della procedura*”.

Il regolamento si riferisce, invece, alla composizione delle controversie aventi origine dai contratti stipulati *on-line* mediante una piattaforma *web* gestita dalla stessa Commissione europea e collegata agli organismi adr nazionali, con accesso gratuito al sistema per mezzo di moduli *standard* di reclamo nelle lingue di tutti i Paesi dell’Unione.

2. Il recepimento della direttiva

Per il recepimento della direttiva 2013/11/UE è stata fissata la data del 9 luglio 2015, e l’8 maggio il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri ha licenziato lo schema di d.lgs. volto a dare attuazione agli obblighi europei ai quali, per

* Avvocato, professore di Istituzioni di diritto privato nell’Università degli studi di Milano-Bicocca

¹C. Vaccà, *ADR: recenti prospettive per la mediazione dei conflitti*, in www.consumatoridirittiemercato 2013.

sommi capi, si è fatto cenno, e questa bozza –tutt’altro che esente da critiche- è divenuta, senza modifiche di rilievo, il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, pubblicato in G.U. n. 191 del 19 agosto².

Come è noto, l’art. 141 del *Codice del consumo* tratta –sommariamente- della composizione extragiudiziale delle controversie, delineando il quadro entro il quale deve collocarsi la disciplina di questi procedimenti, cui dedica un riferimento anche il secondo comma dell’art. 16 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che accenna alla mediazione dei rapporti di consumo.

Mai, tuttavia, il legislatore ha ritenuto di affrontare organicamente questo particolare tipo di procedimenti formulando una compiuta disciplina: l’occasione, pertanto, è stata rappresentata dall’attuazione della direttiva 2013/11/UE.

Abrogato l’originario art. 141 del codice del consumo, la sua sostituzione ha luogo mediante l’inserimento degli articoli da 141 a 141 *decies*, recanti le nuove regole, che iniziano (art. 141) con le definizioni atte ad individuarne la sfera applicativa.

Il consumatore, in relazione ad ogni contratto di vendita o di prestazione di servizi che abbiano dato luogo ad una controversia nazionale o transfrontaliera, può attivare mediante una ‘domanda’ una ‘procedura ADR’ presso un ‘organismo ADR’, sull’operato del quale vigila una ‘autorità competente’.

Sono estranee alla nozione di controversie del consumatore quelle, innanzitutto, che contrappongano i soli imprenditori, così come i sistemi di reclamo offerti ai consumatori dalle imprese e gestiti dalle stesse, le forme di negoziazione diretta fra un consumatore ed un’impresa, i procedimenti attivati da un’impresa nei confronti di un consumatore, le conciliazioni eventualmente raggiunte in sede giudiziale, i conflitti che hanno origine dalla prestazione di “*servizi non economici d’interesse generale*”, vale a dire prestati senza un corrispettivo economico da pubbliche amministrazioni, le liti correlate all’assistenza sanitaria e quelle insorte con organismi pubblici di istruzione superiore.

Le procedure extragiudiziali per la composizione delle liti di consumo e di utenza sono volontarie, riferibili tanto ad una lite domestica, quanto transfrontaliera, e la loro forma può essere convenzionale o telematica, esperienza quest’ultima sviluppata nel nostro Paese da oltre due decenni

² Per un primo commento allo schema di d.lgs., G. Triscari, *Il legislatore compie i primi passi per dare attuazione alla direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in questa *Rivista*, n. 9, aprile-giugno 2015.

in seguito alla l. 29 dicembre 1993, n. 580 che, nel riformare il sistema delle Camere di commercio, attribuì loro anche competenze conciliative.

Dalla definizione di adr adottata dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 si apprende (art. 141, primo comma, alinea g) che si tratta di “*una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie conforme ai requisiti di cui al presente titolo ed eseguita da un organismo ADR*”: una sequenza di tautologie, fra le quali è calato il verbo ‘eseguire’ che certamente non è il più consono a definire l’amministrazione di un procedimento extragiudiziale.

Ma vi è di più: è noto che il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 fece pedissequamente proprio un errore di traduzione contenuto nel testo ufficiale della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008, definendo ‘mediazione’ –con il medesimo *nomen* che il codice civile (artt. 1754 ss.) dedica alla risalente modalità di conclusione degli affari grazie all’intervento di un sensale- quella che nella nostra tradizione sempre si è chiamata conciliazione, creando in questo modo una disordinata e casuale commistione fra *nomina* differenti, caratterizzata dal mantenimento del termine ‘conciliazione’ per i procedimenti disciplinati prima del 2010, e dall’adozione di quello ‘mediazione’ per la figura creata quell’anno dal d.lgs. n. 28 del 4 marzo³.

Poiché –come si è detto- è lo stesso d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 ad adottare il termine ‘mediazione’ con attinenza anche alle controversie di consumo e di utenza, non è stata una scelta felice quella del d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 che ha disatteso questa indicazione, creando una ulteriore –e generica- figura, la ‘procedura ADR’ con riferimento al medesimo ambito, figura che accomuna, oltretutto, procedimenti assai diversi, quali mediazione, conciliazione, negoziazione paritetica, arbitrato⁴.

Una maggior precisione avrebbe evitato, in particolare, le ambiguità delle quali appresso si dirà relativamente all’arbitrato, apparentemente escluso dal novero delle procedure adr offerte ai consumatori, ma che affiora –ad esempio- dal riferimento (art. 141, sesto comma) alle preesistenti disposizioni relative alla “*obbligatorietà delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie*” che ‘sono fatte salve’, fra le quali sono comprese quelle “*in cui l’organismo ADR adotta una decisione*”, vale a dire, per l’appunto, l’arbitrato.

³ Sulla tradizione del ricorso alla figura della conciliazione con riferimento a molteplici e variegata forme di contenzioso da parte del legislatore *pre* e *post* unitario, C. Vaccà, *La giustizia non togata. Alle radici della composizione dei conflitti fra conciliazione, arbitrato e giurisdizioni speciali*, Milano, 1988.

⁴ Sul d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e le relative norme di attuazione, C. Vaccà, M. Martello, *La mediazione delle controversie*, Milano, 2010.

E' pur vero che il ricorso all'arbitrato nelle controversie di consumo e di utenza appare piuttosto remoto in ragione della maggiore complessità e dei più elevati costi del procedimento, ma non è men vero che presentano grande interesse esperienze quali quella spagnola ove, dal 1975 all'*Instituto Nacional del Consumo* venne attribuito, fra gli altri, il compito di gestire tramite la *Junta Arbitral Nacional* ed insieme alle 17 Comunità territoriali autonome, il *Sistema Arbitral de Consumo*, strumento pubblico a disposizione dei cittadini per risolvere gratuitamente ed in modo semplice ed efficace le controversie di consumo e di utenza presso organi arbitrali locali, senza limiti minimi o massimi di valore.

L'elencazione dei pregressi procedimenti 'fatti salvi' che figura nel nuovo art. 141 del codice di consumo (sesto e settimo comma) è, peraltro, incompleta: compare, infatti, il tentativo obbligatorio di conciliazione ad opera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni –ed offerto gratuitamente agli utenti tramite i Corecom, Comitatos regionali per le comunicazioni- ma non si menzionano le disposizioni, di specifica attinenza ai consumatori, delineate dagli artt. 24 e 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche adottato con il d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Si menziona, in modo, invero, più implicito che esplicito, il tentativo parimenti obbligatorio di conciliazione di pertinenza dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico, abbozzato dalla l. 14 novembre 1995, n. 481, ma non è colta l'occasione per aggiornare questa norma palesemente superata che vede nelle sole Camere di commercio i soggetti che amministrano simili procedure.

Se i precedenti procedimenti extragiudiziali convivono con le attuali 'procedure ADR', ciò non esclude, tuttavia, l'eventualità che a queste ultime sia dedicata l'attività di specifici organismi ubicati presso le medesime istituzioni che, *ab origine*, sono legittimate ad amministrare procedimenti di composizione dei conflitti fra utenti ed imprese: in questo caso, in modo, invero, un poco semplicistico, è stabilito (art. 141, nono comma) che "*i funzionari pubblici sono incaricati delle controversie e considerati rappresentanti sia degli interessi dei consumatori, sia degli interessi dei professionisti*".

Pertanto, presso autorità di settore quali quella per l'energia o quella per le comunicazioni, potranno essere attivi i 'vecchi' sistemi di conciliazione ed arbitrato, a fianco dei 'nuovi' che offrono 'procedimenti adr', con quale coordinamento, quale chiarezza per l'utente e, soprattutto, quale utilità non è dato di comprendere.

Il tentativo di conciliazione in materia di commercio elettronico di cui all'art. 19 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 è, infine, totalmente ignorato, ma ciò può comprendersi ritenendo questa procedura compresa fra quelle considerate dal Regolamento n. 524/2013 sulla risoluzione *on-line* delle controversie dei consumatori.

Il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 (art. 1 *bis*) modifica anche il d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, recante la *Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori*, aggiungendo all'art. 2 i commi 5 *bis* e 5 *ter*, a norma dei quali “*i soggetti nei cui confronti la CONSOB esercita la propria attività di vigilanza [...] devono aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori diversi dai clienti professionali*” e, nel caso di “*mancata adesione*”, alle società e agli enti si applicano le sanzioni di cui agli artt. 190 e 190-ter del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*.

A questo fine la Consob determina, con proprio regolamento, “*i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie [...] nonché i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati*”.

Opportuno ricordare che le norme relative all'Arbitro Bancario Finanziario della Banca d'Italia si esprimono in termini analoghi: nell'art. 128-*bis* del T.U. bancario, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 ricorre, infatti, la medesima espressione ‘adesione a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie’ e l'art. 40 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, *Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, afferma il diritto degli utilizzatori dei servizi di pagamento di avvalersi di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, cui aderiscono le banche, gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento.

Inoltre, le *Disposizioni della Banca d'Italia sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari* (13 novembre 2012, sez. II) egualmente stabiliscono che “*gli intermediari sono tenuti ad aderire all'ABF e [...] l'adesione all'ABF costituisce una condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione di servizi di pagamento; la Banca d'Italia ne valuta l'eventuale violazione nell'ambito della sua azione di controllo*”.

Il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 ha, quindi, inteso parificare le regole della sfera finanziaria e di quella bancaria, considerato che per le controversie aventi origine da entrambe le tipologie di contratti vige l'obbligatorietà della mediazione *ex art.* 5 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 quale

condizione di procedibilità della domanda giudiziale⁵; come indicato dal medesimo art. 5, inoltre, l'obbligo è assolto sia attivando la mediazione presso qualsivoglia organismo accreditato, sia ricorrendo al procedimento di conciliazione disciplinato dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 in ambito finanziario, o a quello istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 per la sfera bancaria.

A fianco, e ben distinto dal procedimento di conciliazione, in ambedue i casi è, poi, a disposizione dei consumatori quello arbitrale.

Le 'procedure ADR' comprendono anche la 'conciliazione paritetica': altro caso di improprietà terminologica, in quanto questa esperienza da tempo sviluppata dalle associazioni dei consumatori, è stata definita dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 'negoziazione volontaria e paritetica', terminologia della quale l'attuale legislatore non tiene conto.

A questa figura corrisponde una forma di superamento dei contrasti di consumo e di utenza resa possibile da specifici accordi fra associazioni ed imprese –o associazioni imprenditoriali di categoria- caratterizzata dalla contrapposizione fra due negoziatori rispettivamente espressione delle parti, le quali non necessariamente partecipano alla procedura, ma hanno conferito mandato con rappresentanza ai negoziatori medesimi dalle cui scelte, pertanto, sono vincolate.

Se l'inclusione fra i procedimenti adr di consumo e di utenza di questa modalità di composizione negoziata dei conflitti è opportuna -anche perché il decreto del 2010 sulla mediazione la escluse dalla propria sfera applicativa- ci si può, però, interrogare sul senso e l'utilità di regole quali quella (art. 141 *ter*, primo comma, alinea *b*) che impone di conferire ai soggetti componenti i *panel* di conciliazione "*un incarico di almeno tre anni per garantire l'indipendenza della loro azione*": tendenzialmente, anzi, sembra vero il contrario, vale a dire che più si protrae un incarico maggiori sono le tentazioni per i preposti...

Appare eccessiva anche la disposizione (art. 141 *ter*, primo comma, alinea *c* e *d*) secondo la quale "*per un periodo di tre anni decorrenti dalla cessazione del proprio incarico nell'organismo ADR*" al rappresentante delle associazioni dei consumatori è precluso ogni "*rapporto lavorativo con il professionista, con un'organizzazione professionale o un'associazione d'impresе di cui il professionista sia membro*", ed analogo divieto vige per il "*rappresentante del professionista, se tale rapporto lavorativo non era già in corso al momento del conferimento dell'incarico*".

Innanzitutto non sembra essere prevista alcuna sanzione in relazione a questo divieto, in secondo luogo può rammentarsi che neppure nei confronti di magistrati e pubblici dipendenti che

⁵ Art. 5, primo comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

assumono incarichi arbitrari di ben altra consistenza esistono –per quanto da tempo auspicate– norme simili.

Il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 innova non poco rispetto alla disciplina della mediazione relativamente agli organismi preposti all'amministrazione delle procedure che, come appresso si dirà, sono non più le sole persone giuridiche –'enti pubblici o privati' secondo la formulazione dell'art. 16 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28- ma altresì le persone fisiche (art. 141, terzo comma del codice del consumo).

Le disposizioni del nuovo testo dell'art. 141 del codice del consumo si concludono (decimo comma) con l'affermazione, di preta origine giuslavoristica, secondo la quale “*il consumatore non può essere privato in nessun caso [la doppia negazione testimonia la qualità della produzione legislativa ...] del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale*”⁶.

La *Relazione* alla proposta di legge motiva questa scelta –che rischia di vanificare l'intento di offrire ai consumatori procedure atte a risparmiare tempo e denaro- appellandosi al 45° considerando della Direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013, ma si tratta di un riferimento erroneo.

La direttiva, nel passo che si è indicato, formula infatti due principi assai diversi: innanzitutto che il ricorso alle procedure adr è oggetto di una libera scelta, non già di un obbligo “*che possa impedire alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario*”; in secondo luogo che “*nei casi in cui una controversia non possa essere risolta secondo una determinata procedura ADR il cui esito non sia vincolante, è auspicabile che alle parti non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario in relazione a tale controversia*”.

Potrebbe creare confusione l'espressione “*il cui esito non sia vincolante*”, che egualmente ricorre nel testo inglese “*whose outcome is not binding*”, ed in quello francese “*une procédure de REL donnée dont l'issue n'est pas contraignante*”, ma essa deve essere interpretata in relazione alla prima parte del periodo, che tratta della impossibilità di giungere ad un accordo nei casi in cui sia negoziata la (eventuale) composizione del conflitto, rispetto ai quali netta è la differenza con l'arbitrato, il cui esito è sempre certo e vincolante, pervenendo così all'ovvia conclusione che, di

⁶ La diffidenza nei confronti dell'arbitrato è, infatti, testimoniata dal secondo comma dell'art. 808 cod. proc. civ. nel testo in vigore sino al d.lgs. 2006, n. 40, a norma del quale “*le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se ciò sia previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro, purchè ciò avvenga, a pena di nullità, senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria*”.

fronte all'impossibilità di giungere ad un accordo negoziato, i diritti delle parti non possono che trovare tutela in sede giurisdizionale.

In definitiva, un principio ben diverso da quello formulato dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130.

3. Gli organismi ADR

Sono abilitati ad operare tutti gli organismi che abbiano presentato “domanda di iscrizione alla relativa autorità competente” dichiarando “di possedere o meno i requisiti di un organismo ADR che rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, e di rispettare o meno i requisiti di qualità” richiesti (art. 141 *nonies*, primo comma, alinea i).

A parte la crisi di identità del nostro legislatore, in quanto non di direttiva si tratta, bensì del relativo decreto di attuazione, se l'organismo sa di non possedere i requisiti richiesti, o si propone di non rispettare quelli di qualità del servizio, perché mai dovrebbe presentare domanda di iscrizione nell'elenco?

Come si è anticipato, l'organismo può far capo ad una persona fisica, ma non solo, esso infatti può addirittura essere “costituito da una sola persona fisica” (art. 141 *bis*, settimo comma) creando, in questo modo, una figura di mediatore *free lance* sino ad ora ignota alla nostra esperienza ma alla base, ad esempio, del sistema di mediazione rumeno⁷.

Si tratta di una disposizione dirimpente, che ancora una volta, solleva il problema della formazione, ignorato nei suoi reali termini dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e dai relativi decreti di attuazione (ed ancor più dalle norme che qui si commentano).

Come è ben noto, cinquanta ore di corso, per di più erogate da enti di formazione assai diversi fra loro per competenza e qualificazione, vengono assai superficialmente ritenute sufficienti per preparare un mediatore, e nessuna esperienza specifica è richiesta agli organismi di mediazione ed a chi ne promuove la costituzione⁸.

Nel caso degli ‘organismi ADR’ le carenze appaiono ancor più tangibili, in quanto –quasi alla stregua di *one man band*- un'unica persona fisica rappresenta organizzativamente e legalmente

⁷ La legge 192/2006 che disciplina la mediazione delle controversie in Romania (in attuazione della Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008) qualifica, infatti, l'attività del mediatore alla stregua di esercizio di una professione regolamentata.

⁸ La disattenzione del legislatore nei confronti della formazione è appassionatamente sottolineata da M. Martello, *La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni*, Milano, 2014.

l'organismo e può condurre qualsivoglia procedura adr senza che le sue competenze siano in alcun modo verificate.

Gli organismi devono dotarsi di un *website* –e mantenerlo aggiornato- tramite il quale non soltanto sia resa possibile l'eventuale presentazione della domanda e la produzione *on-line* dei relativi documenti nel rispetto della riservatezza dei dati personali, ma i consumatori possano altresì acquisire ogni informazione relativa ai servizi offerti.

Devono essere resi accessibili via *web* i recapiti dell'organismo, i dati relativi all'inserimento nel registro ministeriale, l'eventuale settore di competenza specifica e gli altrettanto eventuali limiti di valore delle liti trattate, l'indicazione delle persone preposte ai procedimenti, le lingue adottate negli stessi, i costi, ed in generale ogni rilevante aspetto disciplinato dal regolamento del quale l'organismo si è dotato.

Ogni organismo deve, inoltre, render noto “*se risolve le controversie in base a disposizioni giuridiche, considerazioni di equità, codici di condotta o altri tipi di regole*” (art. 141 *quater*, primo comma, alinea *i*), precisazione che appare inutile ed ambigua, in quanto ogni fonte del diritto – iniziando dal contratto- deve ritenersi applicabile, né si comprende sulla base di quali considerazioni potrebbero privilegiarsene alcune a scapito di altre.

Di un certo interesse le relazioni annuali sull'attività, anch'esse pubblicate *on-line*, che evidenziano, fra l'altro, le “*eventuali cause sistematiche o significative generatrici delle controversie*”, oltre a numerosi dati statistici sulle controversie trattate, e su quelle rifiutate.

E' prevista una sorta di condizione di procedibilità, in quanto l'organismo può rifiutarsi di prendere in carico un procedimento se “*il consumatore non ha tentato di contattare il professionista interessato per discutere il proprio reclamo, né cercato, come primo passo, di risolvere la questione direttamente con il professionista*”: è così generalizzato il principio, da tempo adottato – ad esempio- per il procedimento presso l'Ombudsman-Giurì Bancario, che presuppone il preventivo inoltro di un reclamo all'istituto bancario con il quale è insorta la lite.

Inoltre, se è trascorso un anno dalla data di presentazione del reclamo all'impresa, l'organismo può parimenti rigettare la domanda di procedimento adr.

Gli organismi possono pure rifiutarsi di trattare un contenzioso allorché (art. 141 *bis*, secondo comma) -e ciò rappresenta un inedito indirizzo- “*la controversia è futile o temeraria*”; il valore della controversia sia “*inferiore o superiore ad una soglia monetaria prestabilita ad un livello tale da non nuocere in modo significativo all'accesso del consumatore al trattamento dei*

reclami”; la controversia “*è in corso di esame, o è già stata esaminata da un altro organismo ADR o da un organo giurisdizionale*”, nei quali casi si suppone che sia un’eccezione della controparte a segnalare all’organismo la litispendenza, ovvero l’esito già intervenuto.

La preclusione riposta sul valore della lite lascia alquanto perplessi, innanzitutto perchè è lasciata ai regolamenti dei singoli organismi la determinazione delle soglie minime e massime; in secondo luogo in quanto se certamente ha senso evitare di instaurare procedimenti su liti bagatellari, non si comprende tuttavia perché porre un limite massimo al valore delle controversie oggetto di adr, superato il quale –verosimilmente- non rimane che la via giudiziale, con buona pace delle esigenze di deflazionare il carico di lavoro degli organi giudiziari; infine, assai vaga e discrezionale è l’espressione “*non nuocere in modo significativo*”, né si comprende a chi competa tale valutazione.

Non meno arbitraria –ed incomprensibile- la facoltà concessa agli organismi di declinare una richiesta di procedimento qualora “*il trattamento di questo tipo di controversia rischierebbe di nuocere significativamente all’efficace funzionamento dell’organismo ADR*”, né appare una adeguata garanzia per il consumatore la disposizione secondo la quale “*qualora, conformemente alle proprie norme procedurali, un organismo ADR non è in grado di prendere in considerazione una controversia, che gli è stata presentata*”, l’organismo stesso “*fornisce a entrambe le parti una spiegazione motivata delle ragioni della sua decisione [...] entro 21 giorni dal ricevimento del fascicolo della domanda*”, fermo restando che le “*norme procedurali non devono nuocere in modo significativo*” all’accesso dei consumatori alle procedure adr: un complesso di regole all’insegna di una –quanto meno- opinabile la discrezionalità concessa agli organismi nel determinare cosa possa nuocere ‘in modo significativo’ all’organismo stesso ed ai consumatori.

Le regole attinenti l’indipendenza e l’autonomia dei soggetti preposti ai procedimenti (art. 141 *bis*, terzo comma) ricalcano quelle del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 relative al mediatore; da rilevare, invece, l’insussistenza di quelle precipuamente dedicate alla formazione: è, infatti richiesto il possesso “*delle conoscenze e delle competenze in materia di risoluzione alternativa o giudiziale delle controversie dei consumatori*”, nonché “*una comprensione generale del diritto*”, lasciando agli organismi ogni decisione in merito alla (eventuale) formazione.

Innanzitutto, perché mai i soggetti che operano nell’ambito delle adr dovrebbero avere ‘competenze e conoscenze’ –la competenza non comprende logicamente la conoscenza?- anche in materia giudiziale, vale a dire, quantomeno, di procedura civile?

Ma, specialmente, cosa significa “*una comprensione generale del diritto*”?

Ci si potrebbe chiedere se sia possibile avere competenze in tema di composizione giudiziale dei conflitti contando soltanto su di una generale ‘comprensione del diritto’, sempre che abbia senso disquisire di questa nozione, che inevitabilmente evoca una cultura degna di opere quali *L’avvocato nel cassetto*⁹.

La formazione, come si è anticipato, è peraltro del tutto eventuale, e discrezionalmente affidata agli organismi: tuttavia, poiché il decimo comma dell’art. 141 *bis* dispone che “*se gli organismi ADR [...] provvedono alla formazione delle persone fisiche incaricate della composizione extragiudiziale delle controversie, le autorità competenti provvedono a monitorare i programmi di formazione istituiti dagli organismi*” è da scommettere che nessuno attiverà programmi atti a determinare il controllo (ahimé, anzi, il ‘monitoraggio’ ...) delle autorità di riferimento.

4. I procedimenti

Le imprese stabilite in Italia che si sono impegnate a ricorrere alle modalità adr devono informare i consumatori “*in modo chiaro, comprensibile e facilmente accessibile sul sito web [...] e nelle condizioni generali di contratto*” in merito “*all’organismo o agli organismi competenti per risolvere le controversie*”, dei quali indicano anche l’indirizzo *web* (art. 141 *sexies*, primo e secondo comma): ciò sembrerebbe comportare che il consumatore debba accettare l’organismo prescelto dalla controparte o, quantomeno –come appresso si dirà- si tratta di una formulazione assai ambigua.

Le parti non hanno l’obbligo di essere assistite da un legale, ma possono se lo desiderano, richiedere un parere indipendente, o essere affiancate da terzi di loro fiducia (art. 141 *quater*, terzo comma, alinea *b*).

Qualora la procedura sia volta “*a risolvere la controversia proponendo una soluzione*”, gli organismi informano le parti prima dell’avvio che esse hanno la possibilità di ritirarsi “*in qualsiasi momento*” (art. 141 *quater*, quinto comma) ma se è previsto “*l’obbligo del professionista di aderire alle procedure ADR*”, questa facoltà è riconosciuta al solo consumatore.

In ogni caso, “*le parti, prima di accettare di dare seguito ad una soluzione proposta [...] hanno la scelta se accettare o seguire la soluzione proposta o meno*” e devono essere “*informate*

⁹ 33 edizioni dal 1965, *L’avvocato nel cassetto. Il consulente legale per tutti. Guida giuridica completa*, De Vecchi Editore, opera che rappresenta il pilastro della formazione scientifica di chi pensa, tramite essa, di poter pervenire ad una ‘comprensione generale del diritto’.

del fatto che [...] la partecipazione alla procedura non preclude la possibilità di chiedere un risarcimento attraverso un normale procedimento giudiziario”, fermo restando che le stesse parti devono essere consapevoli che “la soluzione proposta potrebbe essere diversa dal risultato che potrebbe essere ottenuto con la decisione di un organo giurisdizionale che applichi norme giuridiche”.

Che, nel caso di procedure strutturate sulla formulazione di una proposta ad opera di un singolo o di un *panel*, le parti abbiano il diritto di non accettare è cosa abbastanza ovvia –anche se così non è per la negoziazione paritetica- ma stupisce la eventualità di un successivo procedimento, questa volta giudiziale, per ottenere il risarcimento del danno, innanzitutto perché non si comprende qual senso avrebbe un percorso indirizzato, nelle intenzioni, a superare ogni attrito fra le parti, ma al quale rimanga estraneo il risarcimento del danno (contrattuale, extracontrattuale?); in secondo luogo perché logica ed esperienza insegnano che le procedure adr sostituiscono i procedimenti giudiziari nell’interesse delle parti e dell’amministrazione della giustizia, non vi si aggiungono.

Inoltre, che tramite un procedimento adr si ottengano soluzioni differenti da quelle cui potrebbe pervenirsi in sede giudiziale, è cosa altrettanto scontata, e peraltro positiva: con la sola esclusione dell’arbitrato in nessun procedimento extragiudiziale le parti –e i soggetti preposti- sono vincolati dalle domande, e proprio in ciò risiedono le maggiori *chances* per i mediatori ed i conciliatori di far superare definitivamente ogni attrito ai contendenti, anche alla luce delle posizioni emerse nel corso del procedimento, ma non configurabili all’avvio della procedura.

Le parti devono, quindi, essere consapevoli che in ciò risiede un valore aggiunto dei metodi adr, non già un rischio: forse non è fuori luogo osservare che il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 mostra una ricorrente diffidenza nei confronti della materia che affronta, tanto è vero che “*le parti, prima di accogliere una soluzione proposta o acconsentire a una soluzione amichevole, dispongono di un periodo di riflessione ragionevole*” (art. 141 *quater*, quinto comma, alinea *d*): in realtà proprio il contrario di ciò che appare sensato, in quanto se è vero che l’assenso non deve essere estorto se si desidera che la soluzione raggiunta o accettata sia soddisfacente e quindi durevole, non è men vero che lasciar trascorrere un eccessivo lasso di tempo giova soltanto all’insorgere di dubbi, magari indotti da non disinteressati consulenti.

Il prolungarsi della procedura non influisce, comunque, negativamente sui termini di prescrizione e decadenza che, analogamente a quanto disposto per la mediazione dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, sono sospesi dalla data della domanda a quella “*della comunicazione alle parti della mancata definizione della controversia con modalità che abbiano valore di conoscenza legale*” (art. 141 *quinquies*, secondo comma).

5. Le autorità competenti

Sovraintendono all'offerta dei servizi adr "autorità competenti" individuate sia in via generale, sia con riferimento alle specifiche competenze settoriali: le prime sono rappresentate, congiuntamente, dal Ministero della giustizia e da quello dello sviluppo economico "con riferimento al registro degli organismi di mediazione relativo alla materia del consumo" già indicato dall'art. 16 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28; le altre sono individuate, per i rispettivi settori di competenza, nella Consob, nella Banca d'Italia, nell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, nell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, nelle "altre autorità amministrative indipendenti di regolazione di specifici settori, ove disciplinino specifiche procedure ADR secondo le proprie competenze", ed infine nel Ministero dello sviluppo economico per quanto concerne la negoziazione paritetica nei settori non regolamentati "o per i quali le relative autorità indipendenti di regolazione non applicano o non adottano specifiche disposizioni", ed inoltre con attinenza ai tentativi di conciliazione di pertinenza delle Camere di commercio secondo quanto indicato dall'art. 2 della l. 29 dicembre 1993, n. 580 (art. 141 *octies*, primo comma).

Il medesimo Ministero "è designato punto di contatto unico con la Commissione europea" ed ivi "è istituito un tavolo¹⁰ di coordinamento e di indirizzo [...] composto da un rappresentante per ciascuna autorità competente" con compiti di "definizione degli indirizzi relativi all'attività di iscrizione e di vigilanza delle autorità competenti, nonché ai criteri generali di trasparenza e imparzialità, e alla misura dell'indennità dovuta per il servizio prestato dagli organismi ADR" (art. 141 *octies*, primo, secondo e terzo comma).

Successivi decreti ministeriali, od altri "provvedimenti interni" istituiranno gli elenchi degli organismi che operano in ambito nazionale e transfrontaliero essendo dotati dei requisiti stabiliti da ciascuna autorità competente, che è altresì responsabile dell'iscrizione, della sospensione e della cancellazione degli organismi, sul cui operato "vigila" (art. 141 *decies*, primo e secondo comma) "sulla base di propri provvedimenti" (terzo comma).

Sempre alle autorità competenti gli organismi trasmettono, con cadenza biennale, i dati statistici relativi all'attività svolta, insieme alla "valutazione dell'efficacia della procedura ADR offerta dall'organismo e di eventuali modi per migliorarla" (art. 141 *nonies*, quarto comma).

Appare evidente che si sia voluto sgravare il Ministero della giustizia da quanti più compiti possibile, considerata l'esperienza della mediazione, rispetto alla quale, se si escludono i pregevoli elaborati statistici annuali, può dirsi che il controllo ministeriale abbia brillato per l'assenza, accreditando –fra l'altro- ogni sorta di improbabili organismi di mediazione ed enti di formazione dei mediatori.

¹⁰ Del gergo sindacalese, ormai, è permeato anche il legislatore ...

Ad ulteriore conferma di questa impressione, si consideri che, sebbene ogni autorità competente “*notifichi senza indugio l’elenco [degli organismi adr] al Ministero dello sviluppo economico*”, i consumatori interessati ad informazioni sugli organismi stessi devono cercarle nei *website* delle singole autorità difettando, a quanto sembra, un’offerta coordinata di informazioni di fonte ministeriale (art. 141 *decies*, quinto e sesto comma).

E’, poi, il Ministero dello sviluppo economico a trasmettere –peraltro, “*con il contributo delle altre autorità competenti*”- ogni quattro anni alla Commissione europea “*una relazione sullo sviluppo e sul funzionamento di tutti gli organismi ADR*” atta ad identificare “*le migliori prassi degli organismi ADR*”, e, “*se del caso*” sia a sottolineare “*le insufficienze, comprovate da statistiche*” sia ad elaborare “*raccomandazioni su come migliorare l’efficacia e l’efficienza*” degli organismi (art. 141 *decies*, ottavo comma).

Le attività di coordinamento fra gli organismi nazionali e degli altri Paesi dell’Unione, sono assicurate non già dal Ministero dello sviluppo economico, come apparirebbe logico data la sua veste di ‘punto di contatto unico’, bensì dalle autorità competenti, che pure “*incoraggiano la cooperazione tra organismi ADR e autorità nazionali preposte all’attuazione degli atti giuridici dell’Unione sulla tutela dei consumatori*” (art. 141 *septies*).

6. Conclusioni

Gli indirizzi adottati in sede di recepimento della direttiva sulla composizione extragiudiziale dei conflitti di consumo e di utenza non sembrano, nel complesso, apportare regole di tutela per il consumatore maggiori rispetto alla situazione preesistente, caratterizzata dalla negoziazione paritetica, ove istituita da accordi fra imprese, loro associazioni di categoria, ed associazioni di consumatori, nonché dalla mediazione disciplinata dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, ed infine dai numerosi casi di tentativo di conciliazione istituiti da leggi inerenti specifici settori, specie nella sfera delle *public utilities*.

Le tutele potrebbero, finanche, essere minori in ragione dei numerosi aspetti quantomeno ambigui del d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130.

Non sono chiariti, innanzitutto, i rapporti fra la sezione speciale del registro di cui all’art. 16 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 –presso il Ministero della giustizia, riservata agli organismi dediti alla “*trattazione degli affari che richiedono specifiche competenze anche in materia di consumo*”- e gli elenchi tenuti dalle singole autorità competenti e, certamente, sono insussistenti le norme concernenti le competenze richieste agli organismi ed ai soggetti preposti alle procedure, così come quelle inerenti la formazione di questi ultimi.

La non necessaria presenza degli avvocati, che da un lato rappresenta un aspetto positivo considerata anche l'esigenza di non far lievitare i costi data l'entità –presumibilmente modesta- della media dei contenziosi, dall'altro può portare alla disattenzione degli stessi legali nei confronti delle procedure adr, e questo non è certo positivo, considerato il potere condizionante che la categoria forense ha mostrato di dispiegare nei confronti della mediazione, parzialmente rivalutata solo in seguito all'istituzione dell'obbligatorietà dell'assistenza e difesa.

La possibilità concessa agli organismi di istituire soglie minime e massime (?) di valore delle liti oggetto dei procedimenti adr, così come quella –diversa- di rifiutare la trattazione di una procedura non sembrano certo giovare al consumatore, e tantomeno giova il potere dell'impresa nell'indirizzare la scelta dell'organismo.

Quest'ultimo profilo è reso ancor più delicato dalle tariffe, della quali nulla si sa, se non che dovranno essere assai contenute: lecito, quindi, nutrire sospetti sulle motivazioni che, in assenza di remuneratività del servizio, potrebbero spingere taluni organismi ad operare: come già si è rilevato, la direttiva 2013/11/UE indica quale scelta prioritaria la gratuità dei servizi, ed il nostro legislatore bene avrebbe fatto a considerare l'eventualità che un organismo pubblico, quale il sistema delle Camere di commercio, antesignano nell'offerta di procedimenti conciliativi nelle liti fra consumatori ed imprese, vedesse valorizzata la propria esperienza in sede di recepimento della direttiva stessa, anche in funzione del lusinghiero tasso di definizione dei procedimenti indicato dalle statistiche ministeriali¹¹.

Le ambiguità in relazione alla scelta dell'organismo, in quanto –come già si è rilevato- l'art. 141 *sexies* (commi primo e secondo) dispone che i professionisti “*sono obbligati ad informare [i consumatori] in merito all'organismo o agli organismi competenti per risolvere le controversie*” nel “*sito web del professionista, ove esista, e nelle condizioni generali applicabili al contratto di vendita o di servizi*”, sono poi enfatizzate dal nono comma dell'art. 1 della proposta di d.lgs., che inserisce fra le clausole vessatorie elencate dall'art. 33 del codice del consumo quelle volte ad “*imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione delle controversie [...] di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un unico organismo*”.

La Relazione (par. 4.2) conferma, del resto, che “*al fine di evitare il preordinato indirizzamento del consumatore verso un organismo o tipologia ADR viene pertanto stabilita la vessatorietà (e quindi la nullità) delle clausole che prevedono non solo l'indicazione da parte del*

¹¹ Ministero della giustizia, Direzione generale di statistica, *Mediazione civile ex d.l. 28/2010, Statistiche relative al periodo 1° gennaio-31 marzo 2015*.

professionista di un unico organismo ADR, ma anche l'indicazione di una sola 'tipologia' di organismi ADR".

Anche in questo caso la differenza fra 'l'obbligo di informare' e 'l'imposizione di rivolgersi' ad un dato organismo è assai tenue.

L'eterogenea commistione fra procedure differenti, alle quali sembrerebbe rimanere –se pur ambiguamente- estraneo l'arbitrato, vero e proprio invitato di pietra mai esplicitamente menzionato nel d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, non depone a favore della comprensione e della trasparenza: da rilevare, a questo proposito, che sebbene nella *Relazione* all'articolato si legga (par. 2) che “*non viene esercitata l'opzione di prevedere organismi che abbiano la facoltà di imporre una soluzione*”, concetto ribadito nell'*Analisi di impatto della regolamentazione* (sez. IV), in realtà il quarto comma dell'art. 141 comprende il caso dell'organismo adr che “*adotta una soluzione*”, coerentemente, del resto, alla legislazione in materia di *public utilities* che considera, insieme, l'offerta di servizi di conciliazione e di arbitrato.

Per non dire, poi, della circostanza che anche per le controversie bancarie e finanziarie l'arbitrato rappresenta una innegabile opzione.

Labile, inoltre, nella pratica la differenza fra ‘adottare una soluzione’ e ‘proporre una soluzione’, espressione che ricorre al quinto comma dell'art. 141 *quater*, che consente simili procedure.

In definitiva, è lecito essere perplessi di fronte alle modalità con le quali ha avuto luogo il recepimento della direttiva sulla composizione extragiudiziale delle controversie dei consumatori, che troppi spazi sembra lasciare alle prassi applicative, reiterando il pericoloso convincimento che la formazione degli operatori sia un *optional*.