

MARIA PIA GASPERINI*

*Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di
giustizia civile***

Sommario: 1. Premessa. - 2. Arbitrato comune e arbitrati di settore. - 3. La mediazione civile e commerciale. - 4. La negoziazione assistita. - 5. Le ADR in materia di consumo in Italia. - 6. La Direttiva 2013/11/UE: i principi in materia di accesso, efficacia ed equità delle procedure ADR. - 7. Il recepimento della Direttiva ADR nell'ordinamento italiano (d.lgs. 130/2015) e il rapporto con la mediazione civile e commerciale: profili problematici. - 8. L'intervento della Corte di Giustizia.

1. *Premessa*

Il tema dell'*Alternative Disputes Resolution* ha assunto negli anni più recenti un rilievo di primo piano nelle politiche dell'Unione Europea la quale, al fine di garantire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, anche in vista del buon funzionamento del mercato interno, promuove lo sviluppo dei mezzi alternativi di risoluzione delle liti tra le azioni volte a rafforzare la cooperazione giudiziaria in materia civile¹. Vi è, alla base di queste politiche, l'acquisita consapevolezza che il processo giurisdizionale non è l'unico strumento a disposizione delle parti per ottenere giustizia e che, se da un lato la creazione di uno "spazio giudiziario europeo" non può prescindere dall'adozione di misure comuni tese a migliorare l'efficienza delle procedure *stricto sensu* giudiziarie, al contempo è doveroso incentivare l'utilizzo di percorsi diversi che possano condurre alla definizione o composizione delle controversie in tempi più rapidi e con costi limitati. Centrale, in questa

* Professore associato di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ Art. 81, par. 2, lett. g), TFUE.

prospettiva, è altresì l'obiettivo di garantire un miglior accesso alla giustizia, da intendersi come giustizia in senso ampio e, dunque, anche come accesso ai metodi alternativi, visti come complementari e su un piano di pari dignità rispetto alle procedure giudiziarie².

Il tema è indubbiamente cruciale per quei paesi nei quali la durata del processo civile dinanzi al giudice statale ha progressivamente assunto dimensioni patologiche tali da risolversi in un sostanziale diniego di giustizia. E' questo, come noto, il caso dell'Italia, dove la maggior parte delle normative in materia di ADR varate negli ultimi anni si sono affiancate a ripetuti interventi a carattere emergenziale sul processo civile, fino ad assurgere esse stesse al rango di interventi "urgenti"³.

L'assetto normativo delle ADR in Italia si è venuto dunque caratterizzando (non diversamente, almeno per questo aspetto, da altri paesi) come sistema estremamente variegato quanto a strumenti disponibili. Come si vedrà, in esso coesistono ADR a carattere generale e ADR di settore, nonché procedure volontarie, rispondenti a mere finalità di definizione o composizione bonaria della lite con risparmio di tempi e costi, e procedure obbligatorie, strutturate come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria e, pertanto, più evidentemente connotate da una *ratio* deflattiva.

In questo contesto, nel marzo 2016 il Ministro della Giustizia italiano ha istituito una commissione di studio composta da accademici e rappresentanti delle varie categorie professionali interessate (magistrati, avvocati, nota), con il compito di elaborare un'ipotesi di riforma organica degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie che sviluppi gli strumenti di cd. "degiurisdizionalizzazione", con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato⁴. L'occasione per una nuova iniziativa

² Emblematico, in tal senso, il Considerando 5 della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla mediazione civile e commerciale, per il quale "L'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie".

³ Si veda, in proposito, il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (successivamente convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162), recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", che ha introdotto una particolare modalità di trasferimento in arbitrato di cause pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria (art. 1), nonché l'inedito (almeno per il sistema italiano) istituto della procedura di negoziazione assistita dagli avvocati (art. 2 ss.).

⁴ Nel comunicato stampa diramato dal Ministero in data 8 marzo 2016 (consultabile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_13_1_1.page?contentId=COM1220218&previousPage=mg_13_1) si esplicita l'obiettivo della riforma, che è quello di armonizzare e razionalizzare un quadro normativo caratterizzato dalla presenza di forme eterogenee di strumenti negoziali.

di riforma era data dall'approssimarsi del termine di cessazione dell'efficacia delle disposizioni sull'obbligatorietà *ex lege* della mediazione (settembre 2017) per talune controversie in materia civile e commerciale, che imponeva una scelta strategica circa l'opportunità di confermare o prorogare il regime normativo che configura il previo tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle materie di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. 28/2010⁵. Detta commissione, che ha concluso i lavori nel mese di gennaio 2017, ha presentato una serie di proposte di modifica della vigente normativa in materia, tutt'ora all'esame del Ministro della Giustizia⁶. Nel frattempo, per effetto di una modifica apportata in sede di conversione al d.l. 24 aprile 2017, n. 50 (cd. manovra correttiva 2017, convertita in l. 21 giugno 2017, n. 96), l'obbligatorietà della mediazione è stata, come si è detto, "stabilizzata", ovvero definitivamente confermata con riferimento a tutte le categorie di controversie elencate dall'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010⁷.

2. Arbitrato comune e arbitrati di settore

L'arbitrato occupa una posizione a se stante nel sistema dell'*Alternative Disputes Resolution*, trattandosi di uno strumento in cui la soluzione alternativa della controversia è *eteronoma*, ovvero individuata da soggetti estranei alla lite all'uopo investiti per mandato delle parti, le quali si impegnano ad accettare come vincolante detta soluzione⁸.

Il sistema italiano si contraddistingue per la distinzione, peculiare quanto risalente, tra le due figure dell'arbitrato cd. rituale e dell'arbitrato cd. libero o irrituale, il primo destinato a concludersi con una decisione suscettibile di acquisire la medesima efficacia della sentenza

⁵ Questa disposizione, reintrodotta dalla l. 9 agosto 2013, n. 98 (di conversione del d.l. 21 giugno 2013, n. 69) aveva previsto, infatti, un periodo di quattro anni di sperimentazione dell'obbligatorietà della mediazione, decorrente dall'entrata in vigore della legge di conversione (20 settembre 2013).

⁶ La relazione conclusiva della Commissione di studio presieduta dal prof. Guido Alpa (contenente le proposte di modifica normativa e le relative note illustrative) è attualmente consultabile in numerosi siti web (v., ad es., <http://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/TESTO-FINALE-Commissione-ALPA-Aggiornato.pdf>).

⁷ In sede di conversione del menzionato decreto legge è stato infatti introdotto l'art. 11-*ter*, che ha soppresso il terzo e quarto periodo dell'art. 5, comma, 1-*bis* e, con essi, la previsione del limite temporale di efficacia dell'obbligatorietà.

⁸ La devoluzione della lite in arbitrato comporta una rinuncia alla giurisdizione statale, dal che consegue l'incostituzionalità degli arbitrati obbligatori (tra le tante, Corte cost. 8 giugno 2005, n. 221, in *Giur. it.*, 2006, 1450; 24 luglio 1998, n. 325, in *Giur. cost.*, 1998, 2363; 11 dicembre 1997, n. 381, in *Corr. giur.*, 1998, 204; 27 febbraio 1996, n. 54, in *Giur. cost.*, 1996, 379; 9 maggio 1996, n. 152, *ivi*, 1996, 1452).

del giudice (inclusa la *vis executiva*); il secondo, destinato alla definizione con un atto dotato di efficacia vincolante per le parti di tipo negoziale. Mentre l'arbitrato rituale da sempre rinvia la propria disciplina generale nel codice di procedura civile (art. 2 ss. c.p.c. del 1865; artt. 806 ss. c.p.c. vigente), l'arbitrato libero si è sviluppato nella prassi dei rapporti commerciali sin dalla fine dell'800 proprio in contrapposizione al più formale arbitrato codicistico, ricevendo tuttavia considerazione normativa solo in tempi recenti, con l'introduzione dell'art. 808-*ter* c.p.c.⁹

Prettamente italiana è, peraltro, la discussione che per anni ha visto la dottrina divisa tra sostenitori della natura giurisdizionale e sostenitori della natura privatistica dell'arbitrato rituale. L'annoso dibattito, alimentato sia dalla presenza nella Carta fondamentale di una disposizione quale l'art. 102 Cost., a lungo ritenuta espressione del principio del monopolio statale della giurisdizione¹⁰, sia dalle oscillazioni della giurisprudenza di legittimità¹¹, si è progressivamente sopito, oltre che per la direzione impressa dalle più recenti riforme nel senso di una chiara assimilazione del processo arbitrale al processo giurisdizionale¹², anche per l'affermarsi di una nuova lettura dell'art. 102 Cost. che intende la giurisdizione non più come una funzione sovrana ed esclusiva dello Stato, bensì come un servizio che lo Stato ha il dovere di assicurare attraverso la magistratura, ma che può essere "erogato" anche da soggetti diversi cui le parti, nei limiti della disponibilità della propria sfera giuridica, decidano concordemente di rivolgersi per ottenere giustizia¹³.

⁹ Questa disposizione, introdotta con il d.lg. 2 febbraio 2006, n. 40, qualifica espressamente come arbitrato irrituale lo strumento attraverso il quale le parti concordemente ottengono che la lite sia definita da arbitri mediante "determinazione contrattuale".

¹⁰ Con la famosa sentenza n. 2 del 12 febbraio 1963 (in *Giur. cost.*, 1963, p. 20 ss., con nota di P. BARILE, *L'arbitrato e la Costituzione*) la Corte costituzionale affermò la legittimità delle norme allora vigenti sull'arbitrato rituale, in relazione all'art. 102 Cost., in ragione del fatto che, ai sensi di tali norme, il lodo acquisiva l'efficacia della sentenza pur sempre attraverso un provvedimento del giudice statale.

¹¹ Dopo anni in cui aveva saldamente professato la tesi della natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, la Corte di cassazione, con la decisione a Sezioni Unite n. 527 del 3 agosto 2000 (in *Riv. dir. proc.*, 2001, 259 ss., con nota di E.F. RICCI, *La "natura" dell'arbitrato e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*), ha cominciato a sostenere la tesi della natura contrattuale, per poi tornare alla tesi giurisdizionale alla luce delle più recenti riforme.

¹² *Ex multis*, valga il riferimento al vigente art. 824-*bis* c.p.c., dove si afferma che il lodo rituale ha, dalla data della sua ultima sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.

¹³ Coronamento di questa evoluzione è la decisione di Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223 (in *Corr. giur.*, 2013, 1107 ss., con nota di C. CONSOLO) che ha ammesso la cd. *translatio iudicii* tra giudici ed arbitri osservando che "nell'ambito di un ordinamento che riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione ha l'efficacia propria delle sentenze dei giudici, l'errore compiuto dall'attore nell'individuare come competente il giudice piuttosto che l'arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere, dall'organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite".

In siffatto quadro caratterizzato dalla coesistenza dei due modelli generali di arbitrato rituale ed irrituale si inseriscono le varie normative speciali sugli arbitrati di settore (talora strutturati come arbitrati *ad hoc*, talora come arbitrati amministrati da organismi associativi o autorità di garanzia), riconducibili ora all'uno ora all'altro dei modelli generali a seconda che il legislatore, nella sua discrezionalità, abbia scelto di dotare o meno il lodo degli stessi effetti della decisione giudiziaria¹⁴.

E' certamente riconducibile al *genus* dell'arbitrato rituale l'arbitrato cd. societario previsto dagli artt. 34 ss. del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, finalizzato alla risoluzione delle controversie tra soci, tra soci e società, liti promosse da amministratori, liquidatori, sindaci o nei loro confronti e fondato su clausola compromissoria contenuta nello statuto sociale. Tale modello di arbitrato, caratterizzato da alcune regole speciali (è previsto, ad es., che la clausola compromissoria statutaria attribuisca il potere di nomina di tutti gli arbitri, a pena di nullità, a soggetto estraneo alla società), ha un ambito operativo che ricomprende sia le società di persone che le società di capitali, con esclusione delle società «quotate»¹⁵.

Per contro, è espressamente qualificato come arbitrato irrituale lo strumento previsto per la risoluzione delle controversie di lavoro dall'art. 412-*quater* c.p.c., che delinea una procedura dinanzi ad un collegio di conciliazione ed arbitrato composto da tre membri (un rappresentante di ciascuna delle parti ed un terzo membro, con funzioni di presidente, scelto di comune accordo) il quale ha il potere-dovere di esperire un tentativo di conciliazione tra le parti, nonché di procedere all'emanazione del lodo in caso di mancata conciliazione¹⁶.

Per quanto concerne gli arbitrati amministrati, era rituale l'arbitrato gestito sino a qualche tempo fa dalla Camera di conciliazione ed arbitrato istituita presso la CONSOB (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa) ai sensi del d.lg. 8 ottobre 2007, n. 179, mediante il quale si è reso possibile risolvere in via stragiudiziale le controversie tra

¹⁴ Con riferimento agli arbitrati amministrati, un discorso a parte va fatto per gli arbitrati gestiti dalle Camere di commercio, che non sono arbitrati di settore e possono configurarsi come rituali o irrituali a seconda della volontà delle parti, laddove previsto dai vari regolamenti arbitrali.

¹⁵ In tema v., per tutti, E. DALMOTTO, *L'arbitrato nelle società*, Bologna, 2013.

¹⁶ Parimenti irrituale è l'arbitrato che può svolgersi presso le commissioni di conciliazione istituite presso le Direzioni Provinciali del Lavoro ai sensi dell'art. 412 c.p.c., il cui 3° comma riconosce al lodo gli effetti di cui agli artt. 1372 e 2113 c.c.

investitori ed intermediari finanziari per danni derivanti dalla violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza¹⁷.

Ancora, è rituale l'arbitrato previsto dall'art. 209 del d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 (cd. Codice degli Appalti) amministrato dalla Camera arbitrale istituita presso l'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione), destinato alla risoluzione stragiudiziale delle controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee¹⁸.

Va precisato infine che, ad onta della denominazione, non può essere ascritto alla figura dell'arbitrato in senso stretto l'Arbitro Bancario Finanziario, ovvero il sistema di risoluzione alternativa delle controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà inerenti operazioni e servizi bancari e finanziari istituito in attuazione dell'art. 128-*bis* d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 (cd. Testo Unico Bancario) che fa capo ad un organismo indipendente ed imparziale il cui funzionamento è garantito dalla Banca d'Italia. Le decisioni dell'ABF, infatti, sono caratterizzate da una vincolatività del tutto peculiare (l'intermediario che non ottemperi alla decisione è sanzionato con la pubblicità dell'inadempimento), e non privano le parti della facoltà di adire il giudice laddove la decisione sia ritenuta da esse insoddisfacente¹⁹.

3. *La mediazione civile e commerciale*

Con il d.lg. 4 marzo 2010, n. 28, in attuazione della Direttiva 2008/52/CE, il legislatore italiano ha affidato alla cd. mediazione finalizzata alla conciliazione un ruolo centrale nel sistema degli strumenti per la risoluzione stragiudiziale delle controversie, operando un deciso cambio di passo nel senso della valorizzazione dei rimedi alternativi

¹⁷ La Camera di conciliazione ed arbitrato è stata sostituita nel corso del 2016 dall'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF), nuovo sistema ADR istituito dalla stessa Consob con delibera del 4 maggio 2016 e strutturato sulla falsariga dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF).

¹⁸ Il regolamento del 14 gennaio 2015 sulla organizzazione e sul funzionamento della Camera Arbitrale è consultabile in http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=261963780a7780424f820823082c5085.

¹⁹ Il funzionamento dell'Arbitro Bancario Finanziario è disciplinato dalle Disposizioni adottate dalla Banca d'Italia in data 18.6.2009 (in http://www.bancaditalia.it/compti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/disp_mod_ABF_131112.pdf).

alla giustizia statale²⁰. Ancorché il *favor* nei confronti degli istituti conciliativi avesse già condotto a scelte importanti in questa direzione²¹, la normativa sulla mediazione ha segnato una netta soluzione di continuità, costringendo studiosi e (soprattutto) operatori giudiziari a rapportarsi con la crisi della giustizia civile da un diverso punto di vista. Tale normativa, infatti, è espressione di un approccio nuovo sia sotto il profilo dell'organizzazione dell'attività di mediazione e dell'individuazione dei soggetti abilitati a svolgere detta attività, sia sotto il profilo dell'ambito operativo della mediazione stessa, che ha assunto i connotati di uno strumento generalmente utilizzabile per la risoluzione di tutte le controversie civili e commerciali aventi ad oggetto diritti disponibili²².

Sotto il profilo organizzativo, si è scelto di affidare la gestione della mediazione a organismi istituiti presso enti pubblici o privati che diano garanzie di serietà ed efficienza, sotto la vigilanza del Ministero della Giustizia, iscritti in apposito Registro. Nell'ambito di tali organismi operano i singoli mediatori, la cui professionalità e competenza sono garantite – quantomeno in linea teorica - da una formazione mirata di base oggetto di aggiornamento periodico²³.

La mediazione civile e commerciale si configura come servizio di interesse pubblico offerto da soggetti in possesso di una specifica professionalità basata non solo su competenze specialistiche giuridiche o di altri settori, ma anche su abilità relazionali, capacità di comunicazione e negoziazione. E' stato in tal modo conferito formale riconoscimento, anche in Italia, alla figura del “mediatore professionista”, quale soggetto

²⁰ Il d.lg. 28/2010 è stato emanato dal Governo sulla base della delega conferita dall'art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, recante “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*”. In generale, sulla mediazione civile e commerciale v. da ultimo D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016.

²¹ Va ricordato che già nel settore delle controversie societarie gli artt. 38 ss. del d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5 (successivamente abrogati proprio dal d.lg. 28/2010) avevano delineato un modello di conciliazione stragiudiziale – facoltativa - fondato sull'operatività di organismi pubblici e privati iscritti in apposito registro tenuto dal Ministero della Giustizia. Qualche anno prima, inoltre, con riferimento alle controversie di lavoro, gli artt. 36 ss. del d.lg. 31 marzo 1998, n. 80 (successivamente abrogati dalla l. 4 novembre 2010, n. 183) avevano previsto l'obbligatorietà di un tentativo di conciliazione da esperirsi prima del processo dinanzi a commissioni istituite presso le direzioni provinciali del lavoro.

²² Il Considerando 8 della Direttiva 2008/52/CE precisa che essa sia destinata ad applicarsi alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, senza tuttavia che ciò comporti il divieto, per gli Stati membri, di applicare le relative disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni.

²³ Attualmente, a norma del D.M. 18 ottobre 2010, n. 180, possono operare come mediatori coloro che siano in possesso di laurea almeno triennale, o iscritti ad albo o collegio professionale, i quali abbiano frequentato un corso di formazione teorico-pratica di almeno 50 ore. Una posizione peculiare, in questo contesto, è assicurata agli avvocati, i quali sono mediatori di diritto (art. 16, comma 4-*bis*, d.lg. 28/2010).

che assiste le parti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia (mediazione cd. facilitativa), privo del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti ma munito della facoltà di proporre alle parti stesse una possibile soluzione conciliativa (mediazione cd. aggiudicativa)²⁴.

Nel contesto italiano dove i costi relativamente accessibili del processo civile (almeno fino ad oggi) e l'elevato numero di avvocati hanno favorito una crescita progressiva della domanda di giustizia rivolta al giudice statale, considerato quale sede primaria e privilegiata per la tutela dei diritti, il legislatore ha inteso favorire un mutamento di prospettiva culturale prevedendo l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione per tutta una serie di controversie su materie espressamente elencate dalla legge (tra le quali rientrano, attualmente, anche le controversie riguardanti diritti derivanti da contratti bancari, finanziari e assicurativi). In tutti questi casi la proposizione del tentativo di mediazione è condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, sicché il giudice non provvede alla trattazione e all'istruzione della causa qualora le parti non abbiano precedentemente tentato di raggiungere una soluzione concordata della lite con l'ausilio di un mediatore professionista operante presso un organismo accreditato²⁵.

L'innovazione è stata fortemente avversata dalla classe forense, la quale ha ottenuto un risultato importante, alla fine del 2012, quando la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime le norme sulla mediazione obbligatoria per un vizio tecnico dovuto all'assenza, nella legge ordinaria che aveva delegato il Governo ad emanare il d.lg. 28/2010, di una specifica disposizione che autorizzasse l'introduzione dell'obbligatorietà²⁶.

Il vizio tecnico è stato successivamente superato nel 2013, quando l'obbligatorietà della mediazione è stata reintrodotta con una legge ordinaria (la l. 9 agosto 2013, n. 98, di

²⁴ Nella mediazione italiana, l'esercizio da parte del mediatore della facoltà di formulare una proposta conciliativa (facoltà che non trova riscontro nella direttiva europea) può determinare una serie di possibili conseguenze pregiudizievoli, sotto il profilo del regolamento delle spese processuali successive, per la parte che rifiuta la proposta medesima (v., al riguardo, l'art. 13 del d.lg. 28/2010).

²⁵ Il meccanismo per la dichiarazione di improcedibilità delineato dall'art. 5, comma 1-*bis*, d.lg. 28/2010, contempla comunque una possibilità di sanatoria del vizio, poiché a seguito del rilievo dell'improcedibilità e prima della sua eventuale declaratoria è previsto che il giudice fissi alla parte attrice un termine per la presentazione dell'istanza di mediazione.

²⁶ Cfr. Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in *Corr. giur.*, 2013, 257 ss., con il commento di I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*; in *Le società*, 2013, 71 ss., con il commento di F.P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*.

conversione del d.l. 21 giugno 2013, n. 69) che ha colto l'occasione per intervenire anche su altri aspetti critici dell'originaria normativa segnalati anche in sede europea²⁷. Tuttavia, con specifico riguardo al problema dei costi della mediazione, ed in specie di quella obbligatoria, sulla quale si erano maggiormente appuntate le censure della Commissione, l'intervento non è apparso particolarmente felice. Da un lato, infatti, è stata introdotta la previsione di un primo incontro gratuito dinanzi al mediatore, con funzione illustrativa, esplorativa e di programmazione (art. 8, comma 1), il cui esito negativo consente comunque di ritenere avverata la condizione di procedibilità (art. 5, comma 2-bis); per contro, si è previsto che nel primo incontro, così come negli incontri successivi, la parti debbano essere obbligatoriamente assistiti dai rispettivi avvocati (art. 8, comma 1). Una previsione, quest'ultima, poco coerente sia con le finalità di limitazione dei costi perseguite dalla novella, sia con l'informalità connaturata alla stessa mediazione.

4. La negoziazione assistita

Il panorama italiano degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie si è ulteriormente arricchito a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, successivamente convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162, che ha introdotto il nuovo istituto della "negoziato assistita da uno o più avvocati" finalizzata, anch'essa, al raggiungimento di un accordo di composizione di liti civili aventi ad oggetto diritti disponibili²⁸.

Questo strumento, chiaramente ispirato al modello francese della *procédure participative* (a sua volta mutuato dalle esperienze di diritto collaborativo nordamericane)²⁹, attribuisce agli avvocati un ruolo centrale, responsabilizzandoli nel ruolo di facilitatori di un accordo tra i litiganti. A differenza che nella mediazione, dove l'assistenza alle parti finalizzata alla ricerca di una soluzione concordata della lite è, per definizione, assicurata da un soggetto

²⁷ Sul punto merita segnalare il parere espresso dalla Commissione Europea in data 2 aprile 2012 nella causa C-492/11 in sede di rinvio pregiudiziale disposto da Giud. Pace Mercato San Severino, 21 settembre 2011 (l'ordinanza di rimessione può leggersi in *Giur. it.*, 2012, 661).

²⁸ Per espressa previsione dell'art. 2, comma 2, lett. b), frutto di una precisazione aggiunta dalla legge di conversione del decreto, le controversie in materia di lavoro sono state escluse dall'ambito operativo della negoziazione assistita.

²⁹ In Francia la *procédure participative* è disciplinata dagli artt. 2062 ss. code civil, nonché dagli artt. 1542 ss. code procédures civil.

terzo ed imparziale (che pure ha bisogno della collaborazione degli avvocati), nel caso in esame sono gli avvocati ad assistere le parti in una negoziazione diretta, la quale nella maggior parte dei casi finisce per essere una negoziazione, più che assistita, *gestita* dagli stessi avvocati³⁰.

Come nel sistema francese, anche nel sistema italiano alla base della procedura vi è la convenzione di negoziazione, ovvero l'accordo (da concludersi per iscritto a pena di nullità) mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza degli avvocati³¹. A differenza dell'omologo francese, tuttavia, l'istituto italiano presenta caratteri di maggior formalismo che, se appaiono in qualche misura giustificabili alla luce della scelta normativa di conferire all'accordo concluso in questa sede *ipso iure* efficacia di titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 5, comma 1), talora appaiono conculcare eccessivamente la libertà delle parti di addivenire o non addivenire alla stipula della convenzione di negoziazione. È previsto, in particolare (art. 4, comma 1), che una parte possa inviare all'altra un formale invito a stipulare la convenzione di negoziazione, con l'avvertimento che la mancata risposta all'invito o il suo rifiuto entro trenta giorni possono essere successivamente valutati dal giudice ai fini del regolamento delle spese di lite, oltre che in vista di altre conseguenze pregiudizievoli per la parte stessa³². In buona sostanza il legislatore italiano, così come penalizza la parte che senza giustificato motivo non si presenti neppure al primo incontro di mediazione, così minaccia di penalizzare la parte che rifiuti *a priori* di impegnarsi in una negoziazione finalizzata alla composizione bonaria della lite.

Inoltre, la normativa italiana è andata ben al di là della normativa transalpina laddove ha previsto una negoziazione assistita obbligatoria per le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, nonché per le liti aventi ad oggetto il pagamento di somme non eccedenti conquantamila euro, configurando il previo

³⁰ La legge italiana non esclude che la negoziazione possa essere assistita da un solo avvocato, anche se questi, in caso di fallimento della negoziazione, sarebbe tenuto – quantomeno sul piano deontologico – a non accettare da alcuna delle parti l'incarico per il patrocinio nel processo (v. l'art. 24, comma 3, del codice deontologico forense).

³¹ Come nel diritto francese, anche nel diritto italiano la convenzione di negoziazione deve precisare il termine concordato per l'espletamento della procedura e l'oggetto della controversia.

³² Vi è un espresso richiamo alle disposizioni di cui agli art. 96 e 642 c.p.c., ovvero alla possibilità che la mancata risposta all'invito o il suo rifiuto possano essere valutati ai fini, rispettivamente, della responsabilità per lite temeraria o della concessione di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo.

espletamento della negoziazione, anche in questo caso (come per la mediazione obbligatoria) quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (art. 3)³³. E' in questi casi che l'invito alla stipula della convenzione di negoziazione riveste una precisa funzione di garanzia dell'accesso al giudice per la parte che intenda proporre la domanda, in quanto l'eventuale mancata risposta all'invito o il suo rifiuto entro il termine di legge determinano l'avveramento della condizione di procedibilità, e la detta parte può sottoporre la propria pretesa alla cognizione del giudice.

Non si può non dare conto del diffuso scetticismo nutrito da studiosi ed operatori circa la reale efficacia della negoziazione assistita obbligatoria (e sulla sua reale capacità deflattiva del contenzioso nelle controversie interessate), rafforzato dalla diffusione dei primi dati statistici non particolarmente lusinghieri³⁴. Il principale problema appare quello della carenza di adeguata preparazione ed approccio negoziale e cooperativo da parte degli avvocati, fattore che anche in Francia sta decretando il sostanziale fallimento dell'istituto. Risultati più incoraggianti la negoziazione assistita sembra evidenziare nella materia matrimoniale, nell'ambito della quale lo strumento può essere facoltativamente utilizzato per il raggiungimento di accordi di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni, anche da coppie con figli minori, incapaci, affetti da handicap grave o maggiorenni non economicamente autosufficienti³⁵.

³³ Va ricordato che le controversie risarcitorie da sinistri stradali sono state assoggettate per un breve periodo alla mediazione obbligatoria, ma la novella del 2013 non ha ritenuto di reiterare questa scelta escludendo questa materia dall'elenco del nuovo art. 5, comma 1-*bis*, d.lg 28/2010. Per quanto riguarda, invece, le controversie riguardanti pagamenti di somme fino a cinquantamila euro, l'obbligatorietà della negoziazione assistita scatta salvo che la lite non rientri tra quelle assoggettate, *ratione materiae*, alla mediazione obbligatoria, in quanto i due sistemi di ADR devono ritenersi complementari, non concorrenti (cfr., in questo senso, Trib. Verona, ord. 12 maggio 2016, in *Leggi d'Italia*). Va segnalato, altresì, che la l. 23 dicembre 2014, n. 190 (cd. legge di stabilità 2015), al comma 249 ha previsto che l'esperimento della procedura di negoziazione assistita costituisca condizione dell'esercizio in giudizio di un'azione relativa a una controversia in materia di contratto di trasporto o di sub-trasporto.

³⁴ I dati più recenti, relativi all'anno 2016, sono stati diffusi dal Consiglio Nazionale Forense (in <http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/321984/Monitoraggio+negoziiazione+assistita+2016+-+Dati.pdf/8adb4fb2-45ec-4a8c-943a-55918435eb81?version=1.0>), al quale spetta il compito di effettuare il monitoraggio delle procedure di negoziazione assistita e di trasmettere i relativi dati al Ministero della Giustizia.

³⁵ Alla disciplina della negoziazione assistita in materia matrimoniale è dedicata una specifica disposizione (si tratta dell'art. 6) della l. 162/2014, la quale prevede, tra l'altro, che l'eventuale accordo raggiunto in questa sede sia trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, al fine di un controllo di portata meramente formale o sostanziale a seconda dei casi. Per i coniugi senza figli minori, incapaci, affetti da handicap grave o maggiorenni non economicamente autosufficienti vi è inoltre la possibilità (prevista

5. *Le ADR in materia di consumo in Italia*

Varietà ed eterogeneità degli strumenti di giustizia alternativa sono elementi che caratterizzano anche il settore delle controversie di consumo, nel quale la tipica situazione di asimmetria tra le parti e il carattere “massivo” dei rapporti hanno posto, e pongono, problemi del tutto peculiari di gestione del contenzioso e di tutela della parte cd. debole.

Volendo individuare le principali linee direttrici lungo le quali si è sviluppato il variegato sistema italiano di *Consumer ADR*, va innanzitutto dato conto del ruolo di rilievo occupato dalla conciliazione cd. paritetica, da considerare quale prima forma di ADR affermata nella prassi e dotata di un buon livello di efficienza. Si tratta di procedure che si potrebbero definire “ultrasettoriali” cui il consumatore può accedere volontariamente, istituite da singoli operatori professionali sulla base di protocolli d’intesa stipulati con le associazioni dei consumatori, nell’ambito delle quali il rappresentante dell’impresa esamina la doglianza del consumatore congiuntamente al rappresentante di quest’ultimo al fine di individuare una possibile soluzione transattiva della controversia, soluzione che le parti possono accettare o meno senza conseguenze pregiudizievoli in caso di rifiuto.

Se questo sistema presenta caratteristiche indubbiamente positive che hanno contribuito a decretarne il successo, quali la facile accessibilità, la gratuità e rapidità della procedura, per contro non mancano elementi di criticità, primo tra tutti l’insoddisfatto livello di indipendenza di questi servizi di conciliazione, il cui finanziamento è pur sempre a carico dell’impresa, la quale di norma gestisce i servizi di segreteria e di gestione delle comunicazioni.

L’altra direttrice di sviluppo è quella che ha condotto all’istituzione di procedure ADR in particolari settori economici sotto il controllo ovvero la gestione di autorità indipendenti di garanzia. In questo gruppo vanno ulteriormente distinte le procedure di conciliazione puramente facilitativa da quelle di tipo aggiudicativo, dovendosi annoverare tra le prime, ad es., la conciliazione gestita dalla CONSOB per le controversie in materia di servizi di investimento attraverso la già menzionata Camera di conciliazione ed arbitrato³⁶,

dall’art 12) di pervenire ad un accordo dinanzi all’ufficiale di stato civile, anche senza l’assistenza degli avvocati.

³⁶ Cfr., *supra*, il § 2. Vale la pena qui precisare che mentre la detta Camera si configurava come organo tecnico composto da funzionari dell’Autorità (art. 2 Reg. Consob n. 18275 del 18 luglio 2012), il nuovo Arbitro per le

nonché il Servizio Conciliazione Clienti Energia istituito nel 2013 dall’Autorità per l’Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico (AEEGSI)³⁷; tra le seconde, l’Arbitro Bancario Finanziario (anch’esso già menzionato) e l’Ombudsman Giurì Bancario per le controversie in materia di servizi bancari e finanziari, ai quali il consumatore può rivolgersi gratuitamente o con un minimo esborso per ottenere una decisione da cui discende, per il solo operatore professionale, un vincolo il cui inadempimento è sanzionato sul piano pubblicitario-reputazionale³⁸.

All’interno di questo gruppo una menzione a parte merita la conciliazione in materia di telecomunicazioni gestita dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom) principalmente attraverso i co.re.com (comitati regionali per le comunicazioni) all’uopo delegati³⁹, e ciò per due ordini di motivi. In primo luogo, perché si tratta di uno strumento di ADR a gestione pubblica caratterizzato dall’obbligatorietà sin dalla sua istituzione (l’art. 11 della l. 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell’AGCom, ha previsto che “non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell’istanza all’Autorità”); in secondo luogo, perché la procedura può evolvere in senso aggiudicativo in quanto, in caso di fallimento della conciliazione, al consumatore è data la possibilità di richiedere agli stessi co.re.com (che siano muniti di delega cd. di seconda fase) o all’Autorità la definizione nel

Controversie Finanziarie istituito con delibera del 6 maggio 2016 è organo collegiale in cui il Presidente e due membri sono nominati direttamente dalla Consob, mentre gli altri due sono nominati dalla stessa su designazione, rispettivamente, delle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentative e del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti.

³⁷ L’Autorità per l’energia elettrica ed il gas è stata istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481, con il compito di promuovere la concorrenza, l’efficienza e la diffusione di servizi con adeguati livelli di qualità, attraverso l’attività di regolazione e di controllo. E’ composta da cinque membri nominati con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio, d’intesa con il Ministro dello sviluppo economico. A partire dal 1° gennaio 2017 il tentativo di conciliazione presso il Servizio Conciliazione Clienti Energia è stato reso obbligatorio, quale condizione di procedibilità dell’azione giudiziaria nelle materie di competenza dell’AEEGSI (v. la delibera 209/2016/E/com, disponibile al link <http://www.autorita.energia.it/allegati/docs/16/209-16.pdf>).

³⁸ Mentre l’ABF, come già si è detto, opera sotto il controllo della Banca d’Italia, che provvede a nominare tre dei cinque membri dei collegi territoriali, l’Ombudsman Giurì Bancario è emanazione del Conciliatore Bancario, associazione di intermediari finanziari.

³⁹ L’art. 1, comma 13, della l. 249/1997 qualifica detti comitati come organi funzionali dell’Autorità, rispondenti ad “esigenze di decentramento sul territorio al fine di assicurare le necessarie funzioni di governo, di garanzia e di controllo in tema di comunicazione”. Il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore in oggetto può tuttavia essere esperito, alternativamente, anche presso le Camere di Commercio (in base ai protocolli d’intesa intercorsi tra l’AGCom e Unioncamere, l’ultimo dei quali è stato sigliato nel maggio 2016) o presso le commissioni paritetiche.

merito della controversia⁴⁰. Si tratta di una ADR che ha dato buona prova di sé, i cui punti di forza sono costituiti, oltre che dalla flessibilità, gratuità e rapidità della procedura, da una facile accessibilità (l'architettura del sistema si fonda su strutture diffuse su tutto il territorio nazionale sempre più attrezzate anche per i servizi telematici), dall'affidabilità derivante dal carattere pubblico delle strutture, nonché dall'elevata specializzazione dei conciliatori. Tutto ciò ha consentito di far fronte ad un contenzioso dai numeri piuttosto elevati (più di 100.000 istanze ai co.re.com nel 2015), ancorché di valore mediamente contenuto, sfociato in accordi in oltre l'82% dei casi⁴¹.

Vi è infine un terzo "blocco" tipologico di ADR di consumo rappresentato dalle procedure conciliative amministrative dalle Camere di Commercio, organi dotati, sin dal loro riordino, di competenza generale nella risoluzione extragiudiziale di tutte le controversie consumeristiche e non⁴², successivamente accreditati dal legislatore di un ruolo privilegiato (al pari degli ordini forensi) anche nell'amministrazione dei procedimenti di mediazione civile e commerciale di cui al d.lg. 28/2010⁴³. Al riguardo è da rilevare come le controversie di consumo costituiscano, per gli sportelli di conciliazione delle camere di commercio, una percentuale significativa del contenzioso gestito, nondimeno in diminuzione a fronte di una crescita del contenzioso tra imprese e tra privati (dato, quest'ultimo, influenzato dall'obbligatorietà della mediazione nelle materie di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lg. 28/2010, nonché nelle controversie derivanti da rapporti di sub-fornitura *ex* art. 10 l. 18 giugno 1998, n. 192)⁴⁴, sicché non sembra più possibile affermare che il modello

⁴⁰ In questo caso la procedura si conclude con un provvedimento vincolante, di natura amministrativa, il quale può disporre eventuali rimborsi all'utente di somme non dovute, o la corresponsione di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, da disposizioni normative o da delibere dell'Autorità, ferma restando, in ogni caso, la possibilità di far valere in sede giurisdizionale il maggior danno.

⁴¹ Questi dati sono riportati da V. BONSIGNORE, *La ricerca Isdaci sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia nel 2015*, nell'ambito del *Nono rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia* (in http://www.isdaci.it/wp-content/uploads/2016/06/eBook_nono-rapporto_ISDACI.pdf).

⁴² La legge di riordino delle Camere di commercio (l. 29 dicembre 1993, n. 580) ha attribuito alle Camere, tra i vari compiti, quello di costituire "commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti (art. 2, comma 2, lett. g).

⁴³ Va ricordato che, ai sensi dell'art. 19, comma 2, del citato decreto, gli organismi costituiti dalle camere di commercio sono iscritti "a semplice domanda" nel Registro degli organismi di mediazione tenuto dal Ministero della Giustizia.

⁴⁴ Sempre secondo i dati diffusi da V. BONSIGNORE nel *Nono rapporto Isdaci*, cit., nel 2015 le mediazioni in materia di consumo sono state il 38% delle mediazioni complessivamente amministrative dagli organismi camerali.

“generalista” camerale sia il modello più diffuso di ADR dei consumatori⁴⁵. A ciò osta la caratterizzazione egualitaria della regolamentazione delle “mediaconciliazioni” camerale impressa dai relativi regolamenti di procedura (di norma calibrati su un contenzioso “simmetrico” tra parti in posizione di parità), nonché l’onerosità delle stesse procedure che, per quanto contenuta, rende pur sempre l’opzione per la conciliazione camerale meno appetibile rispetto a quella per sistemi di *Consumer ADR* completamente gratuiti, o accessibili a costi puramente simbolici.

6. La Direttiva 2013/11/UE: i principi in materia di accesso, efficacia ed equità delle procedure ADR

La Direttiva 2013/11 del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori si prefigge l’obiettivo di pervenire ad un’armonizzazione, ancorché minima, dei sistemi nazionali di *Consumer ADR* sottoponendoli a principi comuni in particolare circa i requisiti e gli *standards* di qualità delle procedure e degli organismi incaricati della loro gestione⁴⁶. La predetta direttiva si propone quale misura finalizzata al rafforzamento del mercato interno, laddove l’esistenza di strumenti di risoluzione delle liti accessibili, efficaci e a basso costo per consumatori ed utenti è considerata fattore fondamentale di accrescimento della fiducia degli stessi nel funzionamento del mercato stesso⁴⁷.

In questa logica, il legislatore europeo prefigura un sistema di ADR disponibile per tutte le controversie nazionali e transfrontaliere in materia di contratti di vendita o di servizi, della cui esistenza consumatori e professionisti siano adeguatamente informati e le cui procedure rispettino requisiti di qualità uniformi⁴⁸. Particolare rilievo assume a tal

⁴⁵ Cfr., in questo senso, N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti. La mediazione delle controversie di consumo nella direttiva europea 2013-11*, Torino, 2015, 49 ss.

⁴⁶ E’ stato rilevato come, sotto questo profilo, la direttiva in esame rinvenga i propri precedenti nelle Raccomandazioni n. 98/257 e 2001/310 della Commissione Europea, operando una sorta di “canonizzazione” dei principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo *ivi* contenuti (cfr. N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti*, cit., 3 ss.).

⁴⁷ Così, espressamente, il Considerando 4, in stretta correlazione con il Considerando 6, secondo il quale “Le disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell’ADR tra gli stati membri rappresentano una barriera al mercato interno e sono da annoverare tra le ragioni per cui molti consumatori evitano di effettuare acquisti transfrontalieri”.

⁴⁸ Cfr. il Considerando 7.

riguardo la necessità di una piena copertura, da parte delle procedure di ADR, di tutti i settori nei quali siano coinvolti diritti dei consumatori, con il conseguente dovere, per ciascuno Stato membro, di prevedere un organismo ADR “residuo”, abilitato a trattare tutte le controversie per le quali non sia disponibile un organismo ADR con specifica competenza⁴⁹.

Il quadro delineato dalla Direttiva ADR risulta, peraltro, integrato e completato dal Regolamento n. 524/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione *online* delle controversie dei consumatori, con il quale è stata istituita una piattaforma ODR europea volta ad agevolare la risoluzione extragiudiziale indipendente, imparziale, trasparente, efficace, rapida ed equa delle controversie aventi ad oggetto obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi online intercorsi tra consumatori e professionisti⁵⁰.

In questa sede interessa evidenziare alcuni principi che, secondo la direttiva, dovrebbero caratterizzare le procedure ADR per le liti dei consumatori, con speciale attenzione a quelli, tra essi, che – come si avrà modo di vedere – pongono i maggiori problemi per il recepimento in un ordinamento, quale quello italiano, fortemente condizionato dall'impostazione in senso deflattivo tipica della più recente normativa in tema di ADR, e della mediazione civile in particolare⁵¹. Si tratta di principi che, in un modo o nell'altro, attengono all'accesso - *lato sensu* inteso – alle predette procedure, e che il legislatore europeo qualifica altresì come principi di efficacia ed equità, applicabili a tutte le procedure ADR, indipendentemente dalla loro connotazione facilitativa o aggiudicativa⁵².

La direttiva si preoccupa, anzitutto, che vi sia un'adeguata informazione sulle procedure ADR disponibili presso i vari organismi, facendo carico agli Stati membri di

⁴⁹ Cfr. il Considerando 24, nonché l'art. 5, 3° par.

⁵⁰ Con l'espressione “piattaforma ODR” ci si riferisce ad un portale web gestito dalla Commissione Europea, attraverso il quale è possibile, per i consumatori (ma anche per i professionisti), presentare un reclamo che verrà poi sottoposto ad un organismo ADR, il quale assisterà le parti nella ricerca di un accordo. La piattaforma, accessibile al link: <http://ec.europa.eu/consumers/odr/> è operativa dal 15 febbraio 2016.

⁵¹ A scanso di equivoci, il Considerando 45 precisa che “l'obiettivo delle procedure ADR non dovrebbe essere né quello di sostituire le procedure giudiziali né quello di privare i consumatori o i professionisti del diritto di rivolgersi agli organi giurisdizionali”.

⁵² L'art. 2 della direttiva, nel delimitare l'ambito applicativo della stessa, fa riferimento alle procedure gestite da un organismo ADR “che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole” (per una disamina di questi aspetti si rinvia a F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1299 ss., spec. 1301 ss.

garantire che tali organismi mantengano siti *web* aggiornati, e consentano ai consumatori di presentare il proprio reclamo e i relativi allegati *on-line* (art. 5, 2° par., lett. *a*). L'agevole accessibilità *on-line* e *off-line* per entrambe le parti è ribadita anche quale principio di efficacia della procedura (art. 8, lett. *a*), accanto alla necessità che questa si concluda entro un termine determinato (decorrente dal ricevimento del fascicolo completo del reclamo da parte dell'organismo), salva proroga in caso di complessità della lite (art. 8, lett. *e*)⁵³.

Al di là del semplice ed immediato accesso alle informazioni e della facilità di presentazione del reclamo, la direttiva prosegue dettando una serie di indicazioni volte a garantire l'effettiva possibilità, per il consumatore, di utilizzare le procedure ADR previste dai vari Stati membri attraverso l'eliminazione di taluni ostacoli che, in concreto, potrebbero pregiudicare o limitare tale possibilità.

A tal proposito, la direttiva stabilisce che gli Stati membri debbano garantire che le parti possano ricorrere alle procedure ADR senza essere obbligate ad avvalersi dell'assistenza di un avvocato o, comunque, di un consulente legale⁵⁴. Il principio è posto, in questi termini, quale requisito di efficacia della procedura (art. 8, lett. *c*), assumendo tuttavia rilievo, da una diversa angolazione visuale, anche quale requisito di equità della stessa, nella misura in cui l'effettiva disponibilità della procedura senza necessità di assistenza legale viene fatta oggetto di un preciso dovere informativo da parte dell'organismo ADR (art. 9, 1° par., lett. *b*)⁵⁵.

Più in generale, si afferma il principio (anche questo collocato tra i requisiti di efficienza) per cui le procedure di ADR devono essere gratuite o disponibili a costi minimi

⁵³ In tema di accessibilità delle procedure, la direttiva individua una serie di casi nei quali le legislazioni dei singoli Stati membri possono autorizzare gli organismi ADR a mantenere o introdurre norme procedurali che consentano di rifiutare il trattamento di una determinata controversia. Mentre alcune di queste previsioni non pongono particolari problemi interpretativi (v., ad es., il riferimento ai casi in cui il consumatore non abbia previamente tentato di risolvere la questione direttamente con il professionista, o non abbia presentato reclamo all'organismo ADR entro un determinato lasso di tempo dalla presentazione del reclamo al professionista, o abbia già sottoposto la lite all'esame di altro organismo ADR o di un organo giurisdizionale), altre fanno riferimento a concetti dai confini più incerti, risultando di non chiara lettura (v. l'ipotesi in cui la lite appaia "futile" o "temeraria" e, soprattutto, il caso in cui il trattamento di un dato tipo di controversia "rischierebbe di nuocere significativamente all'efficace funzionamento dell'organismo ADR").

⁵⁴ E' fatta salva, in ogni caso, la possibilità per le parti di avvalersi del parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualunque fase delle procedure.

⁵⁵ Dal punto di vista del legislatore europeo, dunque, non basta che la procedura sia di fatto accessibile alle parti senza obbligo di munirsi di assistenza legale, ma è altresì necessario che gli organismi provvedano ad un'adeguata informazione circa l'insussistenza di siffatto obbligo.

per i consumatori (art. 8, lett. *c*). Il legislatore europeo non manca di manifestare la propria preferenza per la gratuità, precisando tuttavia che, laddove siano previsti costi, questi non debbano superare un importo puramente simbolico⁵⁶.

Infine, vengono ascritti al novero dei requisiti di equità alcuni principi di salvaguardia dell'autonomia delle parti, specificamente attinenti alla libertà per le medesime di gestire il proprio comportamento e le proprie scelte nel corso della procedura ADR nel modo ritenuto più opportuno e/o conveniente⁵⁷. In particolare, è previsto che le dette parti abbiano la possibilità di ritirarsi in qualsiasi momento dalla procedura, senza conseguenze pregiudizievoli, qualora non siano soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento di essa (art. 9, 2° par., lett. *a*)⁵⁸, e comunque debbano essere adeguatamente informate della possibilità di accettare o rifiutare, anche in quest'ultimo caso senza penalizzazioni, un'eventuale proposta di risoluzione della controversia formulata dall'organismo ADR (lett. *b*, *sub i*)⁵⁹.

7. Il recepimento della direttiva ADR nell'ordinamento italiano (d.lgs. 130/2015) e il rapporto con la mediazione civile e commerciale: profili problematici

All'indomani dell'adozione della Direttiva ADR non si è mancato di rilevare come la sua attuazione comportasse problemi di non poco momento per il legislatore italiano, non tanto con riferimento alle procedure ADR di settore (oggetto di discipline normative e regolamentari in linea di massima compatibili con il quadro disegnato dalla direttiva), quanto con riguardo a quella peculiare figura di ADR “generalista” rappresentata dalla

⁵⁶ Cfr., sul punto, il Considerando 41. L'affermazione, da parte della direttiva, della necessità che i costi della procedura si attestino su livelli “minimi” ha indotto, evidentemente, a ritenere superfluo il riferimento al criterio del proporzionamento dei costi al valore della controversia, presente nella Raccomandazione 2001/310/CE.

⁵⁷ Nella “tassonomia” della direttiva, tuttavia, alla “libertà” della procedura vengono specificamente ricondotte, dall'art. 10, da un lato la non vincolatività per il consumatore dell'accordo preventivo con il professionista sulla presentazione di un reclamo presso un organismo ADR che abbia l'effetto di privare il consumatore della possibilità di adire un organo giurisdizionale; dall'altro, la previa informativa alle parti circa il carattere vincolante della soluzione individuata dall'organismo ADR, unitamente all'acquisizione del relativo assenso.

⁵⁸ Non è ben chiaro a cosa si riferisca il legislatore europeo quando prevede la possibilità per le parti di ritirarsi dalla procedura “se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura”. Sembra, tuttavia, che con questa (non felice) espressione la direttiva abbia inteso riferirsi a qualunque tipo di ritiro, comunque motivato, fino a ricomprendere il rifiuto *a monte* di partecipare (ipotesi, quest'ultima, espressamente contemplata dalla Raccomandazione 2001/310/CE).

⁵⁹ L'obbligo informativo si estende sino a ricomprendere la possibilità che la soluzione proposta sia diversa da quella ottenibile da un'autorità giudiziaria che applichi norme giuridiche (lett. *b*, *sub iii*).

mediazione civile e commerciale, così come disciplinata dal d.lg. 28/2010 nella versione novellata dalla l. 98/2013⁶⁰. La cd. “mediaconciliazione”, infatti, rientra a pieno titolo tra le ADR consumeristiche, avendo il legislatore nazionale previsto, da un lato, il possibile accreditamento di organismi specializzati in materia di consumo (art. 16 d.lg. 28/2010, art. 3 d.m. 180/2010), dall’altro – e soprattutto - l’obbligatorietà del previo esperimento della mediazione nelle controversie relative a contratti assicurativi, bancari e finanziari (art. 5, comma 1-*bis*, d.lg. 28/2010), le quali vedono di norma un consumatore, o più consumatori, contrapposti ad operatori professionali⁶¹.

Va preliminarmente chiarito che, nella prospettiva europea, benché sia evidente la predilezione per un sistema volontario di ADR, l’obbligatorietà *ex lege* dell’esperimento di una procedura stragiudiziale prima dell’instaurazione di un processo giurisdizionale non è, di per sé, un problema, non essendo rinvenibile una disposizione che precluda agli Stati membri di legiferare in tal senso. Con specifico riferimento alla mediazione già la Direttiva 52/2008, all’art. 5, 2° par., faceva salva “la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l’inizio del procedimento giudiziario”, con la precisazione che questa “non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”, ed anche con riguardo alle ADR dei consumatori la Direttiva 2013/11, all’art. 1, ribadisce il concetto secondo cui non è pregiudicata “la legislazione nazionale che prevede l’obbligatorietà di tali procedure, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario”⁶².

Dal canto suo, la Corte di Giustizia ha avuto modo di puntualizzare, proprio con riferimento alle controversie di consumo, i limiti entro i quali le ADR obbligatorie non costituiscono ostacolo all’accesso al giudice, affermando che, entro questi limiti, esse costituiscono strumento per il legittimo perseguimento di obiettivi di interesse generale,

⁶⁰ Sul punto si richiama, ancora una volta, lo studio di N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti*, cit., spec. 1 ss.; 152 ss.

⁶¹ Si tratta di settori che generano un contenzioso di dimensioni rilevanti, come dimostrato dai dati ufficiali diffusi dal Ministero della Giustizia (per i dati aggiornati al 30 giugno 2017 si rinvia al link <https://webstat.giustizia.it/Analisi/ricerche/Mediazione%20Civile%2030%20giugno%202017.pdf>).

⁶² Di “neutralità” della normativa europea, sotto questo profilo, discorre Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, cit., chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle previsioni del d.lg. 28/2010 in materia di mediazione civile.

quali la composizione più rapida delle liti e la diminuzione del contenzioso giudiziario, rispetto ai quali appaiono misure non manifestamente sproporzionate⁶³. Affermazioni, queste, riprese qualche anno dopo con riferimento alla mediazione civile *ante* riforma del 2013 dalla Commissione Europea, la quale però in questa occasione ebbe a concludere nel senso che una mediazione obbligatoria onerosa non fosse, in linea di principio, compatibile con le regole poste dalla Direttiva 2008/52, pur demandando al giudice interno di valutare, caso per caso, se i costi fossero tali da rendere la misura sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti⁶⁴.

Il punto è, dunque, quello di regolamentare le procedure ADR obbligatorie contemperando le esigenze di rapida definizione delle liti (e di alleggerimento del carico giudiziario) con l'effettività del diritto di accesso al giudice, ed in quest'ottica il problema è costituito dalle modalità con cui le legislazioni nazionali scelgono di disciplinare le ADR obbligatorie.

Come noto, il legislatore italiano ha cercato di rispondere alle obiezioni delle istituzioni europee reintroducendo un'obbligatorietà "temperata" dalla previsione di un primo incontro gratuito finalizzato, tra l'altro, a verificare la possibilità di avviare la mediazione vera e propria, il cui esito infruttuoso determina la realizzazione della condizione di procedibilità. Se, dunque, le novità introdotte nel 2013 possono aver contribuito ad attenuare i fattori di maggior attrito della normativa italiana rispetto alla direttiva sulla mediazione civile e commerciale, ben altro discorso merita il rapporto tra il novellato d.lg. 28/2010 e la Direttiva ADR per quanto concerne la mediazione delle controversie di consumo e, in particolare, la mediazione delle liti in materia di contratti assicurativi, bancari e finanziari. In questo campo, infatti, permangono nodi problematici

⁶³ Così la nota decisione della Corte di Giustizia, 18 marzo 2010, nei procedimenti riuniti C-317/08, 318/08, 319/08, 320/08, *Alassini* più altri (in *Foro it.*, 2010, IV, 361), sulla compatibilità della normativa italiana in tema di conciliazione obbligatoria nelle telecomunicazioni con la Direttiva n. 2002/22/CE, relativa al cd. servizio universale. In questa sentenza la Corte ha precisato che una procedura di ADR obbligatoria non può condurre ad una decisione vincolante per le parti, non deve comportare un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, deve sospendere la prescrizione dei diritti e non generare costi ingenti per le parti, non può essere disponibile solo *on-line* e deve contemplare la possibilità dell'adozione di provvedimenti provvisori in caso d'urgenza.

⁶⁴ Il riferimento è al già citato parere della Commissione Europea del 2 aprile 2012 (v., *supra*, nt. 27). Va dato conto del fatto che la Corte di Giustizia ha poi chiuso il procedimento di rinvio pregiudiziale senza pronunciarsi nel merito, essendo intervenuta nel frattempo la declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni sulla mediazione obbligatoria da parte della Corte costituzionale italiana.

che, come subito si dirà, il decreto di attuazione della direttiva 2013/11 non ha contribuito a sciogliere.

Il profilo dei costi è senz'altro quello più delicato. Mentre nel sistema della Direttiva ADR, come si è visto, il consumatore deve poter usufruire di una procedura preferibilmente gratuita o a costi puramente simbolici, e la gratuità ovvero la minima onerosità sono effettive (non essendo necessario che le parti siano munite di difesa tecnica), nella mediazione lo stesso consumatore deve necessariamente avvalersi dell'assistenza di un avvocato anche per partecipare al primo incontro "esplorativo", sicché l'esenzione di tale incontro dai costi di mediazione stabilita dalla riforma del 2013 risulta, in concreto, vanificata dai costi dell'assistenza tecnica⁶⁵.

Vi è poi l'aspetto della libertà di poter abbandonare la procedura in ogni momento, che la Direttiva ADR garantisce al consumatore senza conseguenze pregiudizievoli, e che per contro il d.lg. 28/2010 assortisce di sanzioni di vario tipo, salva la ricorrenza di un giustificato motivo⁶⁶. Ed ancora, la libertà di accettare o rifiutare un'eventuale proposta di composizione della lite senza conseguenze negative, anch'essa riconosciuta al consumatore dalla Direttiva ADR, esclusa invece dalla normativa nazionale sulla mediazione civile, che prevede penalizzazioni sul piano delle spese processuali per la parte che abbia rifiutato una proposta il cui contenuto si sia rivelato *ex post* non più soddisfacente rispetto a quello della decisione giudiziaria (art. 13 d.lg. 28/2010). Vi sono, cioè, nella disciplina italiana della mediazione civile, rilevanti forme di condizionamento del comportamento dei contendenti che, già difficilmente giustificabili in una logica di contrapposizione tra parti "pari"⁶⁷, appaiono "sproporzionate" rispetto all'obiettivo di efficientamento della giustizia ove siano

⁶⁵ Alcuni indirizzi formalistici della giurisprudenza di merito non favoriscono, peraltro, il consumatore. Cfr., ad es., Trib. Torino, 30 marzo 2016 (fattispecie in materia bancaria, in *Redazione Giuffrè* 2016) secondo cui la comparizione della parte istante senza l'assistenza dell'avvocato nel primo incontro dinanzi al mediatore determina il mancato soddisfacimento della condizione di procedibilità, ancorché detta parte abbia partecipato con l'assistenza di altra figura di consulente.

⁶⁶ Si va dalla sanzione pecuniaria, di importo corrispondente al contributo unificato previsto per il giudizio, alla possibilità che il giudice tenga conto della mancata comparizione ingiustificata in mediazione ai fini del giudizio di merito (art. 8, comma 4-bis, d.lg. 28/2010), fino all'eventualità della condanna ai sensi dell'art. 96 c.p.c.

⁶⁷ Occorre ricordare che la Commissione Europea, nel parere del 2 aprile 2012, cit. (*sub* 64 ss.), con specifico riguardo alla disciplina del rifiuto della proposta del mediatore contenuta nell'art. 13 d.lg. 28/2010 era giunta alla conclusione che, nella mediazione obbligatoria, tale costrizione della volontà delle parti fosse sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti.

chiamate ad operare in un contesto “asimmetrico” nel quale la legge dovrebbe apprestare una tutela differenziata alla parte cd. “debole” del rapporto in contestazione⁶⁸.

Alla luce di quanto esposto, ben si comprende come l’attuazione della Direttiva ADR implicasse scelte importanti, che in un modo o nell’altro avrebbero dovuto condurre ad una rivisitazione della normativa interna in materia di mediazione civile e commerciale, o attraverso la sottrazione delle controversie di consumo all’ambito operativo dell’obbligatorietà, o mediante esclusione dell’applicabilità alla mediazione consumeristica di alcuni meccanismi da essa previsti, ed in particolare di quelli sopra richiamati.

Il d.lg 6 agosto 2015, n. 130, attuativo della Direttiva 2013/11 (emanato a seguito della legge delega 7 ottobre 2014, n. 154), ha però scelto una terza via, optando per una soluzione “conservatrice” che ha lasciato sostanzialmente immutato, in tutti i suoi aspetti, l’attuale impianto della mediazione civile. Nell’operare la sostanziale “trasfusione” delle regole della direttiva all’interno del Codice del consumo⁶⁹, il legislatore delegato ha precisato, infatti, che le nuove disposizioni trovano applicazione con riferimento alle procedure *volontarie* di composizione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo (art. 141, 4° comma), facendo espressamente salve le vigenti disposizioni del d.lg. 28/2010 in materia di mediazione obbligatoria e delle normative che prevedono obbligatori tentativi di conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche, nonché nelle materie di competenza dell’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico (6° comma, lett. *a*, *b* e *c*). Il decreto di attuazione, dunque, “stralcia” le ADR obbligatorie e, conseguentemente, aggira le problematiche più delicate inerenti alla compatibilità della mediazione con i principi della direttiva ADR evitando scelte delicate destinate ad incidere su un nervo scoperto di politica giudiziaria.

E’ da chiedersi, tuttavia, se la Direttiva 2013/11 consentisse al legislatore italiano, in sede di attuazione, di sottrarre le ADR obbligatorie, e la mediazione in particolare, all’applicazione dei principi *ivi* affermati. La convinzione alla base del decreto delegato del

⁶⁸ Un esempio di tutela differenziata è offerto dall’art. 9, 2° par., lett. *a*) della Direttiva ADR, che nel riconoscere alle parti la possibilità di ritirarsi dalla procedura in ogni momento, fa salva l’ipotesi in cui la legislazione nazionale preveda l’obbligatoria partecipazione del professionista, stabilendo che in tal caso l’*opt out* sia garantito al solo consumatore.

⁶⁹ Il decreto attuativo introduce infatti, nella parte V del d.lg. 6 settembre 2005, n. 206, un Titolo II-*bis*, rubricato “Risoluzione extragiudiziale delle controversie”, composto dagli artt. 141-141-*decies*.

2015 è, evidentemente, che ciò fosse possibile alla luce, in particolare, di quanto affermato dall'art. 3, 2° cpv., della direttiva, in cui è previsto che questa si applichi “fatta salva la direttiva 2008/52/CE” sulla mediazione civile e commerciale⁷⁰.

Tale salvezza, però, costituisce elemento suscettibile di interpretazione tutt'altro che univoca, sia in sé considerato, sia ove posto in relazione con altre disposizioni della direttiva e dei Considerando preliminari. Sotto il primo profilo, essa conserva un senso compiuto anche intesa come salvezza del sistema della mediazione civile *nei settori estranei alla materia del consumo*; sotto il secondo profilo, essa non può essere sganciata dal 1° par. dell'art. 3, che nel considerare l'eventualità del contrasto tra la direttiva ADR ed altri atti giuridici dell'Unione Europea giunge ad affermare la prevalenza delle disposizioni della prima (salvo che la stessa disponga diversamente).

Ma è soprattutto il Considerando 19 a rivelare l'impostazione europea dei rapporti tra ADR consumeristiche e mediazione, ovvero tra Direttiva 2013/11 e Direttiva 2008/52. Qui, infatti, dopo una premessa a dire il vero ambigua⁷¹, alla quale fa seguito l'affermazione secondo cui la direttiva ADR “non dovrebbe pregiudicare” la direttiva sulla mediazione, si arriva a concludere che la direttiva 2013/11 “è destinata a essere applicata orizzontalmente a tutti i tipi di procedure ADR, *comprese le procedure ADR contemplate dalla direttiva 2008/52/CE*”. Privilegiando questa chiave di lettura, il sistema dei rapporti tra normativa sulle ADR dei consumatori e normativa sulla mediazione appare configurabile come un sistema di rapporti tra cerchi concentrici parzialmente sovrapposti, dove le aree di non sovrapposizione mantengono il proprio regime normativo, mentre l'area di sovrapposizione (ove si collocano le controversie di consumo) è assoggettata ad un concorso di norme (quelle sulle ADR di consumo e quelle sulla mediazione civile), il cui contrasto va risolto nel senso della prevalenza dei principi di tutela rafforzata propri del diritto consumeristico.

⁷⁰ Nella Relazione illustrativa del decreto attuativo si legge che “il recepimento della direttiva 2013/11/UE non dovrebbe avere alcuna influenza generale sul decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, in quanto i due ambiti di applicazione continueranno a rimanere distinti” (la Relazione è consultabile al link: http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/gefTesto.aspx?file=0165_F001.pdf&leg=XVII#page mode=none).

⁷¹ Così il testo italiano della prima parte del Considerando 19: “Per garantire la certezza giuridica è opportuno prevedere che, in caso di conflitto, prevalga la presente direttiva, salvo qualora sia previsto altrimenti”.

Il sistema, così ricostruito, riacquista una sua intrinseca coerenza, nella misura in cui assicura al consumatore, anche in sede di risoluzione stragiudiziale delle controversie, “un livello elevato di protezione”⁷² indipendentemente dall’ADR prescelta.

8. *L’intervento della Corte di Giustizia*

Il d.lg. 130/2015, come detto, ha però scelto di mantenere il regime normativo della mediazione civile obbligatoria separato da quello delle procedure per la risoluzione extragiudiziale delle controversie di consumo. Ne risulta, sotto il profilo dei rimedi alternativi, un sistema a “protezione diseguale” per il consumatore, nel quale il settore della mediazione nei rapporti di consumo inerenti, in particolare, ai contratti assicurativi, bancari e finanziari, dominato dall’obbligatorietà e dall’onerosità non minimale, si contrappone a quello delle procedure ADR genericamente riferibili alle obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti e consumatori, caratterizzato dalla volontarietà e dalla gratuità, ovvero da un’onerosità meramente simbolica⁷³. Se si considerano altresì i diversi livelli di tutela sotto il profilo delle garanzie informative per il consumatore caratterizzanti l’uno e l’altro regime, si deve riconoscere che l’attuazione della Direttiva 2013/11 in Italia abbia mancato l’obiettivo di armonizzazione e razionalizzazione del sistema delle procedure ADR consumeristiche indicato dall’Europa, privilegiando le esigenze interne di deflazione del contenzioso dinanzi alle corti statali.

Ancora una volta è stata la giurisprudenza, in prima battuta, ad evidenziare le aporie legislative e a farsi carico di affrontare i nodi problematici. Con specifico riferimento al rapporto tra mediazione obbligatoria e Direttiva 2013/11, una corte italiana di merito ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sottoponendole due distinti quesiti concernenti, l’uno, il rapporto intercorrente, in generale, tra la direttiva ADR e la direttiva sulla mediazione civile e commerciale; l’altro, la compatibilità con la direttiva ADR di talune

⁷² Art. 169 TFUE, richiamato dal Considerando 1 della direttiva ADR.

⁷³ Perplexità al riguardo sono espresse anche da 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, 1806 s., la quale osserva come la sottrazione della mediazione obbligatoria dall’ambito operativo dei principi della Direttiva 2013/11 rappresenti una “nota stonata” anche rispetto alla disciplina della negoziazione assistita, la quale esclude che l’espletamento della detta procedura possa costituire condizione di procedibilità per le controversie riguardanti obbligazioni derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori.

norme sulla mediazione obbligatoria contenute nel d.lg. 28/2010. Il giudice italiano ha infatti dubitato che “attraverso il richiamo alla Direttiva 2008/52, la Direttiva 2013/11 abbia inteso implicitamente far salvo il diritto degli stati membri di prevedere la mediazione obbligatoria in sostituzione della ADR per i consumatori anche nelle controversie in cui è possibile il ricorso a questo strumento”, osservando inoltre che “la procedura italiana sulla mediazione obbligatoria, come delineata dal d.lgs. 28/2010, appare difforme dalla procedura di ADR dei consumatori anche in alcuni specifici e rilevanti profili”⁷⁴.

A seguito di tale rinvio pregiudiziale la Corte di Giustizia (prima sezione) ha pronunciato la sentenza del 14 giugno 2017 (C-75/16), la quale, però, lascia sostanzialmente irrisolti i principali nodi problematici attinenti al coordinamento tra mediazione obbligatoria e principi europei dell’ADR di consumo⁷⁵. La Corte ha evitato, innanzitutto, di prendere posizione sulla fondamentale questione del rapporto tra Direttiva 2008/52 e Direttiva 2013/11, ritenendo che nel caso specifico ciò non fosse necessario a motivo del carattere puramente interno della controversia originante il rinvio, come tale non rientrante, ad avviso della Corte, nell’ambito applicativo della direttiva sulla mediazione civile e commerciale (art. 1, 2° par.)⁷⁶.

⁷⁴ Il riferimento è all’ordinanza emessa da Trib. Verona, 28 gennaio 2016 (in *Contratti*, 2016, 537 ss., con il commento di N. SCANNICCHIO), con la quale il giudice ha richiesto alla Corte di chiarire:

- se se l’art. 3 par. 2 della direttiva 2013/11, nella parte in cui prevede che la medesima direttiva si applichi “fatta salva la direttiva 2008/52”, vada inteso nel senso che fa salva la possibilità per i singoli stati membri di prevedere la mediazione obbligatoria per le sole ipotesi che non ricadono nell’ambito di applicazione della direttiva 2013/11, vale a dire le ipotesi di cui all’art. 2, par. 2 della direttiva 2013/11, le controversie contrattuali derivanti da contratti diversi da quelli di vendita o di servizi oltre quelle che non riguardino consumatori;

- se l’art. 1 par. 1 della direttiva 2013/11, nella parte in cui assicura ai consumatori la possibilità di presentare reclamo nei confronti dei professionisti dinanzi ad appositi organismi di risoluzione alternativa delle controversie, vada interpretato nel senso che tale norma osta ad una norma nazionale che prevede il ricorso alla mediazione, in una delle controversie di cui all’art. 2, par. 1 della direttiva 2013/11, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale della parte qualificabile come consumatore, e, in ogni caso, ad una norma nazionale che preveda l’assistenza difensiva obbligatoria, ed i relativi costi, per il consumatore che partecipi alla mediazione relativa ad una delle predette controversie, nonché la possibilità di non partecipare alla mediazione se non in presenza di un giustificato motivo”.

⁷⁵ La decisione della Corte di Giustizia è consultabile al link: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=191706&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

⁷⁶ Osserva la Corte (*sub* 30 ss.) che, se è vero che il considerando 8 della Direttiva 2008/52 non vietava ai singoli Stati membri di applicare la stessa anche ai procedimenti di mediazione interni, il fatto che il legislatore italiano si sia avvalso di questa possibilità “non può avere l’effetto di ampliare l’ambito di applicazione della direttiva 2008/52, come definito all’articolo 1, paragrafo 2, della stessa”.

Premesso che la controversia principale potesse al più rientrare – quantomeno in astratto – nell’ambito applicativo della sola direttiva 2013/11, la Corte ha quindi demandato al giudice del rinvio di valutare se essa vi rientrasse *in concreto*, e cioè se si trattasse di una controversia: *a)* promossa da un consumatore contro un professionista con riguardo ad obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o servizi; *b)* soggetta ad una procedura di mediazione conforme ai requisiti di indipendenza, imparzialità, trasparenza, efficacia, rapidità ed equità previsti dalla predetta direttiva, suscettibile di: *c)* essere affidata ad un organismo ADR incluso nell’elenco di cui all’art. 20, par. 2, notificato alla Commissione, e pertanto rispondente ai requisiti di qualità previsti dalla direttiva. Solo in caso di ritenuta sussistenza di tutte le predette condizioni, il giudice del rinvio avrebbe potuto, e potrebbe, procedere al sindacato di compatibilità, con i principi della direttiva, di taluni aspetti normativi della disciplina normativa italiana della mediazione civile, quali l’obbligatorietà del previo esperimento della procedura, la necessità dell’assistenza legale e la previsione di sanzioni per la mancata partecipazione⁷⁷.

La declaratoria finale della Corte secondo cui la Direttiva 2013/11 osta ad una normativa nazionale, come quella sulla mediazione civile italiana, che obbliga il consumatore all’assistenza legale e gli consente di ritirarsi solo in presenza di un giustificato motivo, è dunque una declaratoria condizionata, la cui efficacia si esplica se, e solo se, il giudice del rinvio ritenga che la lite sottoposta al suo esame, e la relativa procedura di mediazione abbiano le caratteristiche di cui sopra⁷⁸. Ed è pertanto una declaratoria che, nell’immediato, difficilmente potrà avere un impatto significativo sulle mediazioni obbligatorie, posto che queste, in quanto estranee all’ambito operativo del d.lg. 130/2015, continueranno a svolgersi dinanzi ad organismi non qualificabili come “organismi ADR” ai sensi della Direttiva 2013/11, almeno fino a quando il Ministero della Giustizia e il Ministero dello sviluppo economico non avranno istituito il registro degli organismi

⁷⁷ A tal proposito la Corte precisa (*sub* 40), che la direttiva 2013/11 si applica non a tutte le controversie che abbiano come parte un consumatore, ma solo alle procedure che soddisfino i requisiti di cui nel testo.

⁷⁸ Per quanto attiene all’obbligatorietà delle procedure di mediazione nelle materie di cui all’art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010 (segnatamente per le liti in materia bancaria, finanziaria e assicurativa), la Corte di Giustizia conferma l’orientamento a suo tempo espresso dalla sentenza *Alassini*, dichiarando che la direttiva 2013/11 non osta ad una normativa nazionale che preveda il ricorso a una procedura di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda, purché non sia impedito alle parti l’esercizio del diritto di accesso al sistema giudiziario (valutazione, anche questa, rimessa dalla Corte al giudice del rinvio).

specializzati in materia di consumo previsto dall'art. 16 del d.lgs. 28/2010 ovvero l'elenco degli organismi ADR ai sensi dell'art. 141-*decies* Cod. Consumo⁷⁹.

La Corte di Giustizia ha dunque “salvato”, almeno per ora, il regime dualistico italiano di protezione del consumatore nel settore delle procedure ADR, avallando una differenziazione di tutela a seconda che il ricorso a tali procedure sia volontario, o imposto dalla legge come condizione di procedibilità della domanda. Ed a fronte di ciò, all'interprete non resta che prendere atto di quanto lunga sia, ancora, la strada per il superamento dell'attuale frammentazione del sistema.

Camerino, dicembre 2017.

⁷⁹ L'art. 141-*octies*, lett. a), Cod. Consumo (così come introdotto dal d.lg. 130/2015), individua infatti nel Ministero della Giustizia unitamente al Ministero dello sviluppo economico le autorità competenti ai fini dello svolgimento delle funzioni di cui agli artt. 141-*nonies* e -*decies* (iscrizione nell'elenco degli organismi ADR, gestione dell'elenco e relativa vigilanza) con riferimento al registro degli organismi di mediazione relativo alla materia del consumo.