

**FORO DEL CONSUMATORE E CLAUSOLE
DI PREDETERMINAZIONE DELL'ORGANISMO ADR:
LE NOVITÀ DERIVANTI DAL D.LGS. 6 AGOSTO 2015, N. 130,
E L'OCCASIONE PER RIPENSARE LA RELAZIONE
TRA STRUMENTI DI DEFLAZIONE DEL CONTENZIOSO,
DA UN LATO, E GIUSTIZIA, STATALE O PRIVATA, DALL'ALTRO**

SOMMARIO: 1. I diversi e precedenti orientamenti in merito all'estensibilità o meno dell'art. 33, comma 2°, lett. *u*, c.cons. alle clausole di predeterminazione dell'organismo ADR nelle controversie tra consumatori e professionisti. – 2. L'irrelevanza delle modifiche apportate dal c.d. *decreto del fare* al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, per risolvere, almeno in un'ottica generale, la questione. – 3. I rischi derivanti, da un lato, da atteggiamenti eccessivamente formalistici, e, dall'altro, dalla tendenza a sovrapporre modelli conciliativi e modelli più propriamente aggiudicativi per la definizione delle liti. – 4. La necessità di ancorare la presunzione di vessatorietà delle clausole di predeterminazione dell'organismo ADR alle esigenze di effettività di tutela che realmente possono garantire questi rimedi, e le indicazioni ricavabili in tal senso dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130.

1. *I diversi e precedenti orientamenti in merito all'estensibilità o meno dell'art. 33, comma 2°, lett. u, c.cons. alle clausole di predeterminazione dell'organismo ADR nelle controversie tra consumatori e professionisti.*

Il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21¹, in *G.U.* n. 58 del 11 marzo 2014, ha ben poco inciso sulla disciplina del c.d. foro del consumatore, lasciando inalterato l'art. 33, comma 2°, lett. *u*, c.cons., e sostanzialmente amplian-

* Contributo pubblicato previo parere favorevole formulato da un componente del Comitato per la valutazione scientifica.

Il testo riproduce, con l'aggiunta di talune note essenziali, la relazione presentata al Convegno «*La riforma del Codice del Consumo nel prisma delle fonti*», tenutosi a Bari il 15 e 16 ottobre 2015.

¹ Per tutti, PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, p. 796 ss.; G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del Codice del Consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, Padova, 2015, *passim*; RECINTO, MEZZASOMA e CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, *passim*.

do il campo di applicazione dell'originario art. 63, oramai confluito nell'art. 66 *bis* c.cons².

Sì che ci si è chiesto³ se dietro un siffatto atteggiamento attendista e prudenziale, a fronte delle tante altre modifiche introdotte proprio con il d.lgs. n. 21/14, il legislatore abbia in fondo soltanto inteso confermare gli orientamenti, talvolta controversi, che sono precedentemente emersi soprattutto in giurisprudenza sul punto, e che hanno indotto una parte della letteratura⁴ a prospettare l'emersione nel nostro ordinamento di un ennesimo sottosistema, ovvero il c.d. *Diritto processuale dei consumatori*.

In particolare tra le questioni tuttora aperte in materia ve n'è una che, anche alla luce di alcune ulteriori novità normative, appare sicuramente meritevole di approfondimento, considerato che in passato è stata scarsamente considerata dalla prevalenza degli interpreti che forse ne hanno sottovalutato i connessi corollari applicativi.

Il riferimento è più specificamente alla riflessione da svolgere sulla incidenza o meno delle regole dettate soprattutto dall'art. 33, comma 2°, lett. *u*, c.cons.⁵ anche con riferimento alle procedure di composizione stragiudiziale delle controversie, in considerazione sia della indubbia e crescente attenzione verso questi rimedi da parte del legislatore europeo e di quello interno, sia di alcune prassi che, in questa direzione, si stanno

² Diffusamente, G. DE CRISTOFARO, *sub art. 66 bis – Foro competente*, in G. D'AMICO (a cura di), *op. cit.*, p. 370 ss.

³ Ancora G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 371, per il quale la riferita opzione legislativa è principalmente « il frutto della superficialità e dell'incuria degli estensori del d.lgs. n. 21 del 2014 ».

⁴ V., *ex multis*, ZENO ZENCOVICH e M.C. PAGLIETTI, *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009, *passim*. In senso contrario, P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo*, in G. CAVAZZONI, DI NELLA, MEZZASOMA e V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 11 ss.; ed in un'ottica più generale, P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 5 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 159 ss., ove si osserva che ogni sottosistema « non ha autonomia, né è concepibile separatamente dall'ordinamento nel suo complesso, come unità indivisibile » (spec. p. 208).

⁵ In virtù del quale si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di « stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore ». Al riguardo, per una sintesi dei diversi indirizzi dottrinali e giurisprudenziali, G. PAVASINI, *sub art. 33, comma 2°, lett. u*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, p. 346 ss.; CAPOBIANCO, *sub art. 33*, in CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, p. 174 s.; BARENGHI, *sub art. 33*, in CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2012, p. 273; D. ACHILLE e CHERTI, in RECINTO, MEZZASOMA e CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 127.

progressivamente diffondendo, e con le quali bisogna inevitabilmente fare i conti.

Pertanto l'interrogativo che ancora oggi appare utile porsi è il seguente: l'art. 33 c.cons. può rilevare anche per le ADR, imponendo che l'organismo investito della controversia consumatore-professionista sia necessariamente presente nel luogo della residenza o domicilio elettivo del consumatore stesso⁶?

La domanda è di grande attualità, come detto, in quanto non è ormai infrequente la tendenza da parte dei professionisti ad introdurre nella loro modulistica clausole con le quali vengono predeterminati uno o più organismi per la definizione delle eventuali controversie, che, per l'appunto, possono non insistere nei luoghi di residenza o di domicilio elettivo del consumatore.

Tant'è che l'ABI, già con la circolare n. 8 del 2011, in merito a tali clausole ha avvertito la necessità di precisare che devono ritenersi pienamente ammissibili, posto che non comporterebbero né una deroga alla competenza né alla giurisdizione, non presentando, in fondo, alcun collegamento con il profilo strettamente di matrice processuale della individuazione del foro del consumatore.

Una soluzione questa, tuttavia, non condivisa da una parte della dottrina⁷, secondo la quale, invece, la predeterminazione di un organismo di mediazione che non operi nel « territorio » del consumatore rischierebbe di imporre al consumatore stesso degli oneri economici eccessivi, tenuto conto, ad esempio, della possibile lontananza dal domicilio elettivo o dalla residenza sempre del consumatore, tali da indurlo, soprattutto nei casi di micro-contenzioso, a non partecipare proprio al procedimento conciliativo, vanificando in questo modo anche i tentativi di deflazione del contenzioso affidati dal legislatore a siffatti rimedi.

E su questa linea si è, altresì, osservato⁸ che nemmeno la possibilità riconosciuta dall'art. 5 d.lgs. n. 28/10 in materia di c.d. « *mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali* » di individuare concordemente e preventivamente l'organismo di conciliazione farebbe venire meno l'eventuale gravosità di simili previsioni per il consu-

⁶ È, ovvio, che in questa prospettiva, sotto il profilo applicativo, occorrerebbe verificare, altresì, se debba eventualmente farsi riferimento soltanto al luogo dove l'organismo di mediazione ha la propria sede legale, o se a tal fine possa soccorrere anche un'altra sua qualsiasi sede; per indicazioni in merito agli orientamenti emersi relativamente a tale aspetto in materia di c.d. « *mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali* » a seguito delle modifiche apportate dal c.d. *decreto del fare* al d.lgs. n. 28/10, v., *infra*, par. 2, testo e nt. 10.

⁷ Cfr., in particolare, MONTICELLI, *Il cd. foro del consumatore e la vessatorietà della clausola di predeterminazione dell'organismo di mediazione*, in *Contratti*, 2011, p. 856 ss.

⁸ V., sempre, MONTICELLI, *op. cit.*, p. 859.

matore, considerato che, seppure l'art. 34 c.cons. esclude la vessatorietà delle clausole che riproducono disposizioni di legge, non si potrebbe invocare tale disposizione per limitare in modo surrettizio la tutela offerta in concreto al consumatore stesso.

Il che porterebbe, dunque, a dovere ritenere in virtù di questa impostazione presuntivamente vessatorie ai sensi dell'art. 33 c.cons. le clausole che dovessero predeterminare un organismo per la definizione stragiudiziale del conflitto che non sia operante nel « territorio » del consumatore interessato, giungendosi ad equiparare sede dell'organismo conciliativo e foro competente per la controversia.

2. *L'irrelevanza delle modifiche apportate dal c.d. decreto del fare al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, per risolvere, almeno in un'ottica generale, la questione.*

Occorre, tuttavia, chiarire sin da ora, come si cercherà di evidenziare meglio in seguito, che nessuna delle riferite soluzioni appare del tutto persuasiva.

Innanzitutto, rispetto al tema che ci occupa non sembra decisivo per escludere in termini generali l'ammissibilità di tali clausole che il legislatore abbia stabilito nel c.d. « decreto del fare » (d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. dalla l. 9 agosto 2013, n. 98) relativamente alla c.d. « mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali », che le istanze per l'avvio delle procedure debbano essere presentate presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per le controversie (art. 4 d.lgs. n. 28/10)⁹.

Previsione, questa, che a sua volta, letta in combinato disposto con l'art. 5 d.lgs. n. 28/10, sembrerebbe indicare oramai una sorta di « indisponibilità territoriale » per le parti in merito alla scelta dell'organismo di conciliazione, destinata evidentemente a riflettersi anche nelle controversie che vedono coinvolto un consumatore ed un professionista.

Invero, attraverso un vero e proprio sillogismo, si potrebbe giungere a sostenere che, se l'organismo di mediazione deve insistere nel luogo del giudice territorialmente competente, visto che rispetto ai consumatori il giudice competente, ai sensi del combinato disposto degli artt. 33 e 66 *bis* c.cons., è quello del domicilio o della residenza del consumatore stesso,

⁹ In base alla Circolare del Ministero della Giustizia del 27 novembre 2013, « la individuazione dell'organismo di mediazione competente a ricevere l'istanza va fatta tenuto conto del luogo ove lo stesso ha la sede principale o le sedi secondarie; condizione necessaria è che le suddette sedi siano state regolarmente comunicate [all'] amministrazione ed oggetto di provvedimento di iscrizione ».

tale conclusione dovrebbe, per forza di cose, operare anche rispetto alla individuazione dell'organismo ADR al quale rivolgersi per la definizione stragiudiziale della controversia.

Sì che ciò che vale per il processo dovrebbe valere anche per la mediazione.

Tuttavia, di là dalla condivisibilità o meno di un simile approccio ermeneutico, un sillogismo per potere rilevare necessita di una premessa vera.

Viceversa, fermo restando che la disciplina della c.d. « *mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali* » non esaurisce affatto il variopinto mondo delle ADR, per cui la rilevanza delle previsioni in esame, non avendo portata generale, va, comunque, limitata soltanto a siffatta tipologia di procedure, deve, altresì, considerarsi che già in una delle prime pronunzie sul punto¹⁰ si è affermato, con riferimento proprio alla presunta inderogabilità delle disposizioni sulla individuazione dell'organismo ADR competente di cui al d.lgs. n. 28/10, che « *trattandosi di norme legate alla mera competenza territoriale, è chiaro che le parti – se tutte d'accordo – possono porvi deroga rivolgendosi, con domanda congiunta, ad altro organismo scelto di comune accordo* ».

Pertanto, verificato che le previsioni sulla competenza degli organismi ADR introdotte con il c.d. « *decreto del fare* » non sono inderogabili per le parti¹¹, e che le stesse, ad ogni modo, godono di uno specifico campo di applicazione, sembra evidente che la questione di nostro interesse, e cioè se siano presuntivamente vessatorie le clausole che dovessero predeterminare un organismo per la definizione stragiudiziale del conflitto non operante nel « territorio » del consumatore interessato, presenta ancora profili irrisolti, che necessitano di una attenta ponderazione.

3. *I rischi derivanti, da un lato, da atteggiamenti eccessivamente formalistici, e, dall'altro, dalla tendenza a sovrapporre modelli conciliativi e modelli più propriamente aggiudicativi per la definizione delle liti.*

Come già evidenziato, però, né le conclusioni dell'ABI sul punto né quelle di una parte della letteratura appaiono del tutto persuasive.

¹⁰ Trib. Milano, ord. 29 ottobre 2013, su www.diritto24.ilsole24ore.com.

¹¹ In dottrina su questa linea, tra gli altri, SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti. La mediazione delle controversie di consumo nella direttiva europea 2013-11*, Torino, p. 41 s.; M. VACCARI, *Il rebus della competenza territoriale dell'organismo di mediazione nell'epoca « del fare »: una proposta di soluzione*, su www.judicium.it, pp. 4 e 7.

Le prime perché, seppure colgono la funzione non propriamente alternativa delle ADR rispetto alla giustizia statale, sembrano fondarsi su di un approccio eccessivamente formalistico, secondo cui se l'art. 33 c.cons. fa riferimento soltanto al concetto tecnico di foro del consumatore, tale aspetto non potrebbe coinvolgere anche il profilo della individuazione dell'organismo ADR competente.

Viceversa, come è noto, l'art. 33 c.cons., di là dalla tassatività o meno del suo elenco, è considerata dalla prevalenza degli interpreti¹² una norma fisiologicamente destinata ad interpretazioni estensive, che siano evidentemente rispondenti ad esigenze di protezione e salvaguardia delle concrete istanze dei consumatori.

Parimenti, neppure l'automatica e costante presunzione di vessatorietà di tali clausole prospettata in dottrina appare convincente, posto che questa soluzione sembra risentire eccessivamente della pericolosa commistione, che sovente in passato ha caratterizzato anche il nostro legislatore, tra modelli conciliativi e modelli più propriamente aggiudicativi per la risoluzione dei conflitti, ovvero quei casi in cui la definizione della lite è affidata esclusivamente ad un accordo delle parti, e quei casi in cui è, invece, rimessa ad una determinazione, vincolante, di un soggetto estraneo alla controversia¹³.

Invero, questa prospettiva non è priva di conseguenze, considerato che, soprattutto nel nostro ordinamento, induce ancora a rileggere sotto una medesima luce, e già in parte è stato fatto proprio con l'esperienza della c.d. *mediazione obbligatoria*¹⁴, fenomeni profondamente diversi.

Del resto, a riprova di ciò, è quantomai indicativo che anche in un dossier del Servizio studi della Camera dei Deputati del 2014, intitolato «*La mediazione civile e commerciale: quadro nazionale e politiche dell'Unione europea*», si sia ripreso un passo della Circolare del 27 novem-

¹² In proposito, *ex multis*, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014, p. 98 s.; D. ACHILLE e CHERTI, in RECINTO, MEZZASOMA e CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 107 ss.

¹³ Per tutti, DANOVI, *Natura e genesi della mediazione*, in DANOVI e F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, p. 14 ss.

¹⁴ Il riferimento è, ovviamente, ancora al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di c.d. «*mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*», così come modificato, per l'appunto, dal c.d. decreto del fare in virtù della dichiarazione di incostituzionalità, tra l'altro, dell'art. 5, comma 1°, dello stesso d.lgs. n. 28/10 ad opera di Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272. Per ulteriori indicazioni sulla reintroduzione, in determinate materie, dell'esperimento obbligatorio del tentativo di mediazione, v. G. REALI, *La mediazione obbligatoria riformata*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 729 ss.; DANOVI e F. FERRARIS, *La «nuova» mediazione civile e commerciale: le modifiche al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 operate dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. «decreto del fare») conv. con l. 9 agosto 2013, n. 98, Addenda di aggiornamento. Gennaio 2014, a Danovi e F. Ferraris, La cultura della mediazione e la mediazione come cultura, cit.*

bre del 2013 del Ministero della Giustizia, secondo cui l'istituto della mediazione presenta « una strettissima correlazione con l'attività giurisdizionale ».

Ecco, dunque, l'equivoco che si cela dietro siffatta impostazione.

La mediazione, infatti, anche quando « rafforzata » come nel modello italiano, nella sua esatta individuazione non può essere inserita tra i sistemi alternativi alla giustizia, ma, al contrario, tra i sistemi semplicemente di risoluzione dei conflitti¹⁵.

Sono, invero, gli strumenti più specificamente aggiudicativi, quali, ad esempio, l'arbitrato, che investono – oggi anche più di prima – il profilo della giustizia alternativa privata, e lo conferma, del resto, pure il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, meglio noto anche come « decreto Orlando », che ha sancito, tra l'altro, il possibile trasferimento proprio a giudizi arbitrali delle liti civili attualmente pendenti dinanzi alle autorità giudiziarie.

È, pertanto, in queste ultime ipotesi, come già osservato anche in altre occasioni¹⁶, che la riflessione da svolgere coinvolge il tema della giurisdizione e, quindi, più da vicino, l'aspetto delle soluzioni alternative alla giustizia statale, emergendo la necessità che ci siano, innanzitutto, procedure « giuste » ai sensi dell'articolo 111 Cost¹⁷.

Basti osservare, infatti, in parte semplificando, che è proprio l'accertamento della situazione giuridica sottostante alla lite che, di regola, rileva diversamente nei procedimenti strettamente aggiudicativi ed in quelli conciliativi, anche se valutativi¹⁸.

Nei primi segna, pure qualora si faccia ricorso a criteri c.dd. equitativi, la definizione del conflitto, nei secondi, invece, concorre, con altri elementi, alla soluzione della controversia, che viene, però, risolta secondo lo schema ed il criterio del contemperamento dei contrapposti interessi

¹⁵ Ad avviso di LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, su www.judicium.it, si dovrebbe più propriamente discorrere di « un'alternativa alla giustizia ».

¹⁶ RECINTO, *La natura giuridica del settlement tra giusto processo e giuste* Online Dispute Resolution, su www.dirittifondamentali.it.

¹⁷ Rispetto a questa impostazione, cfr. P. PERLINGIERI, *Sui modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2014, p. 93 ss., per il quale occorre « tenere ben distinta la mediazione-conciliazione dal fenomeno della giustizia alternativa privata, cioè dall'arbitrato: mentre la prima non concerne la giurisdizione, il secondo ne rappresenta un validissimo istituto »; ID., *Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 657 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 37 ss.; ID., *Arbitrato e Costituzione*, Napoli, 2002, p. 19 ss.; ed in giurisprudenza per lo specifico riconoscimento all'arbitrato di una funzione giurisdizionale: Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223; Cass., sez. un., ord., 25 ottobre 2013, n. 24153.

¹⁸ Al riguardo F. FERRARIS, *Tipologie di mediazione e ambito di applicazione*, in DANOVI e F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., p. 35 ss.

delle parti, anche quando vi è una proposta da parte del mediatore¹⁹.

Dunque, anche in punto di presunzione di vessatorietà delle clausole di predeterminazione di organismi ADR con sedi diverse da quella del domicilio elettivo o della residenza del consumatore, un perfetto parallelismo con le vicende e le sorti delle clausole derogatorie del foro del consumatore, e più specificamente con quanto disposto in proposito dall'art. 33 c.cons., induce a riflettere, e non poco.

4. *La necessità di ancorare la presunzione di vessatorietà delle clausole di predeterminazione dell'organismo ADR alle esigenze di effettività di tutela che realmente possono garantire questi rimedi, e le indicazioni ricavabili in tal senso dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130.*

Nondimeno una risposta al nostro interrogativo, ovvero se siano presuntivamente vessatorie tali clausole va, e può essere, comunque, rintracciata nel sistema, ma in una logica, però, che sia realmente rispondente ad esigenze di effettività di tutela del consumatore, e che, rifugga, quindi e necessariamente, sia da posizioni eccessivamente formalistiche, sia da atteggiamenti, al contrario, « paternalistici » nei riguardi del consumatore stesso.

Invero, ed è noto a tutti, l'art. 33 c.cons. autorizza a ritenere vessatorie tutte le clausole che comportano a carico del consumatore, in un'ottica di attenzione ad ogni singolo e specifico accordo, ed alle sue peculiarità, « *un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto* ».

Pertanto, rispetto al tema che ci occupa, abbandonando definitivamente ogni prospettiva che sia modellata e nasca, invece, in una dimensione prettamente processuale, non può assolutamente escludersi *a priori* – non soltanto quando non vi sia una coincidenza della sede dell'organismo ADR con il domicilio elettivo o la residenza del consumatore –, che una clausola che miri a predeterminare l'organismo di conciliazione possa realmente, ed in considerazione, però, dello specifico e complessivo assetto di interessi, assumere ugualmente carattere vessatorio, e come tale essere affetta da nullità ai sensi dell'articolo 36 c.cons.²⁰.

¹⁹ LUIISO, *Il modello italiano di mediazione. Il « giusto » procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, in *Giur. it.*, 2012, p. 214 s.; BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, su www.judicium.it; DANОВI, *Natura e genesi della mediazione*, in DANОВI e F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., p. 14 ss.; NOVIELLO, *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010*, su www.comparazioneDirittocivile.it.

²⁰ Sul punto sia consentito rinviare a RECINTO e M.R. NUCCIO, *Concorrenza e tutela*

Del resto siffatta soluzione sembra recentemente avvalorata anche dal nostro legislatore.

Infatti, nel recepire con il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, la c.d. direttiva ADR sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori²¹, tra le tante e diverse novità è stato, tra l'altro, novellato anche l'art. 33, comma 2° c.cons., aggiungendosi due ulteriori lettere:

la *v-bis*) secondo cui si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di « *imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie (...) di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un unico organismo ADR* »;

e la *v-ter*) secondo cui si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di « *rendere eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie (...)* ».

Sì che, già ad una prima lettura, sembra sia possibile affermare che in questo ultimo intervento normativo il legislatore, relativamente alla competenza degli organismi ADR, abbia finalmente abbandonato una visione, assolutamente non condivisibile – ma precedentemente perseguita –, di progressiva « giurisdizionalizzazione » di queste procedure, che si sarebbe, di fatto, annidata nel richiamare ancora una volta, così come è avvenuto nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, un criterio di competenza di tipo specificamente territoriale, proprio invece della giustizia statale.

Potendosi prescindere, quindi, in futuro anche dalla coincidenza o meno della sede dell'organismo ADR con il domicilio elettivo o con la residenza del consumatore, sembra che, a seguito di questo nuovo provvedimento legislativo, si potranno sanzionare con la presunzione di vessatorietà tutte quelle clausole che risulteranno in concreto limitative di quelle esigenze di trasparenza e facilità di accesso alle ADR, che sono, del resto, gli aspetti fisiologici e connaturali di queste procedure, che lo stesso d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, in tutto il suo articolato ha inteso salvaguardare e garantire²².

In punto di presunzione della vessatorietà non rileverà, pertanto, necessariamente ed esclusivamente la sede dell'organismo ADR, bensì, ipotizzando qualche esemplificazione che sia rispondente alla novella del-

del consumatore, in RECINTO, MEZZASOMA e CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 143 ss.

²¹ Dir. 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il reg. CE n. 2006/2004 e la dir. 2009/22/CE.

²² Per indicazioni in tal senso, M. MARINARO, *I nuovi organismi avranno un sito web per dare informazioni*, e ID., *Requisiti richiesti: trasparenza, efficacia, equità e libertà*, ambedue in *Guida al dir.*, 2015, n. 39, rispettivamente, p. 56 ss. e p. 61 ss.

l'art. 33 c.cons. in esame, occorrerà valutare se il consumatore sia stato privato o meno della possibilità di concorrere alla scelta dell'unico organismo indicato, o se la tipologia di organismi preselezionati dal professionista operi, con possibile rischio per le ragioni del consumatore stesso in ragione della diversa materia del contendere, soltanto in determinati ambiti di competenza, oppure se siano state previste delle soglie monetarie per la presentazione della controversia, così come ammette lo stesso d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, che potrebbero, però, nel caso specifico condizionare il ricorso alla procedura.

Se sapremo, allora, cogliere la portata di tali ultime novità potrà venirsi a delineare un complessivo sistema di presunzioni di vessatorietà, che sappia finalmente distinguere tra rimedi giurisdizionali e rimedi stragiudiziali, e che sia, quindi, opportunamente calibrato anche sulle peculiarità delle procedure ADR, ovvero adeguato alla tutela che realmente possono garantire, e cioè un accordo dei contendenti, e non certo una decisione vincolante di un soggetto terzo, come nella giustizia statale o privata, che sia.

Insomma, se le regole sulla competenza, come pure il contesto europeo oramai ci suggerisce da tempo, sono funzionali all'effettività della tutela, tant'è che l'efficacia del rimedio giurisdizionale si misura, anche, sul piano del giudice competente a decidere la controversia – come testimoniato dalla stessa disciplina del c.d. foro del consumatore –, rispetto ai sistemi ADR, invece, dove non si decide ma ci si accorda, l'effettività della tutela sembra passare, viceversa, per l'informazione al consumatore, per l'economicità e la chiarezza della procedura, per la congruenza tra oggetto della specifica controversia e campi di azione e di attività dell'organismo ADR incaricato del conflitto.

Del resto, se lo stesso d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, ed anche il c.d. Regolamento ODR²³ ci suggeriscono che l'*habitat* naturale delle procedure conciliative sarà, e dovrà essere, preferibilmente il *web*, collegare la protezione delle posizioni del consumatore in questi ambiti soltanto a meri profili di territorialità collegati al suo domicilio elettivo o alla sua residenza sarebbe risultato, oltre che a-sistematico, decisamente inefficiente, so-

²³ Reg. UE n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori, che modifica il reg. CE n. 2006/2004 e la dir. 2009/22/CE. Sul concetto di *Online Dispute Resolution*, v., per tutti, A. MARANGON, *I sistemi online di risoluzione delle controversie*, in *Dir. inf.*, 2006, p. 375 ss.; G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in *Informatica e dir.*, 2007, nn. 1-2, su www.ittig.cnr.it; E. FORGILLO, *La giustizia telematica. Le online dispute resolution*, in D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2011, p. 458 ss.; e, recentemente, per osservazioni relative al quadro legislativo interno, cfr. RECINTO e M.R. NUCCIO, *Concorrenza e tutela del consumatore*, cit., p. 552 s.

prattutto in termini di diversità e gradualità dei rimedi di tutela che un sistema, dinanzi alla sua complessità, deve sapere offrire ed assicurare²⁴.

E tale apprezzabile esito non appare affatto casuale, ma probabilmente è il frutto di una più ampia e condivisibile prospettiva che positivamente ispira l'intero d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, e che induce a ritenere che in questa occasione si è forse fatto meglio dello stesso legislatore europeo, evitandosi anche, come visto, taluni errori del nostro recente passato.

Invero, mentre la direttiva ADR interessava, ancora impropriamente equiparandoli, sia i sistemi conciliativi che quelli strettamente decisor²⁵, il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, viceversa, è specificamente rivolto, con la sola eccezione di taluni procedimenti soltanto indirettamente decisor²⁶ come l'ABF, a regolare esclusivamente procedure propriamente valutative o facilitative, ovvero, quelle « *in cui l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole* »²⁶.

Si che, in conclusione, sembra possibile affermare che le riferite ultime modifiche all'art. 33 c.cons., privilegiandosi un'ottica volta superare la pericolosa e spesso diffusa tendenza ad equiparare specialità ed eccezionalità, potranno rappresentare, alla luce di una rilettura dello stesso rapporto tra diritto e processo, un'importante occasione per avviare un definitivo, e probabilmente oramai indifferibile, ripensamento della relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e giustizia, statale o privata, dall'altro.

²⁴ Ampiamente per questa prospettiva, P. PERLINGIERI, *Il « giusto rimedio » nel dritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss. Sottolinea, tuttavia, PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014*, cit., p. 800, che seppure è vero che « nella società postmoderna, la complessità è un tratto caratteristico dell'esperienza giuridica: epperò la declinazione al plurale degli istituti giuridici, nell'area consumeristica, sta virando decisamente verso l'immagine di un guazzabuglio. E la cattiva qualità delle regole (...) alimenta il contenzioso, moltiplica la disomogeneità delle decisioni giudiziarie inducendo i destinatari delle stesse a negoziare prescindendone, nel senso non già di un agire *contra ius* quanto e piuttosto di un accantonamento selettivo ».

²⁵ Per osservazioni critiche in proposito, RECINTO, *La natura giuridica del settlement tra giusto processo e giuste Online Dispute Resolution*, cit., p. 2 ss.

²⁶ Specificamente, al riguardo, M. MARINARO, *La proposta « mediata » non è aggiudicativa ma solo facilitativa*, in *Guida al dir.*, 2015, n. 39, p. 64 ss.