

MANOLITA FRANCESCA

Dalle ADR *offline* alle procedure di
*online dispute resolution**

SOMMARIO: 0. “Viaggiatore” e normalizzazione delle decisioni: i possibili contesti applicativi di ADR e ODR. – 1. Ambienti storici di evoluzione delle ADR: tra politiche sociali di sviluppo e funzione terapeutica. – 2. Trattati normativi e partizione funzionale: obbligatorietà/esecutività *vs.* facoltatività/efficacia negoziale. – 3. Storia e controstoria delle ADR: ancora sullo schema alternativo binario (obbligatorietà/esecutività *vs.* facoltatività/efficacia negoziale). – 4. «Modern Times» del viaggiatore-consumatore.

0. «Se una notte d’inverno un viaggiatore».

È quanto evoca una riflessione sulle discipline che compongono il quadro complessivo delle *Alternative Dispute Resolution* (da qui in avanti: ADR), comprensivo della variante *online*¹. L’impressione evocata è, cioè, quella di

* Lo scritto costituisce una rivisitazione ampliata e corredata di note della relazione svolta al Convegno «*Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico*», Salerno, 15 ottobre 2015.

¹ Per una ricostruzione critica delle esigenze e degli impulsi normativi comunitari che hanno condotto all’attuale stato delle fonti italo-comunitarie in materia di sistema alternativo di giustizia v. E. CAPOBIANCO, *Dai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nell’ordinamento italo-comunitario alla mediazione in materia civile e commerciale: analisi e prospettive*, in *Vita not.*, 2012, p. 155 ss.; V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di Adr e di Odr*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 313 ss.; v. anche R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 165 ss.; C. CAMARDI, *Metodi “alternativi” di soluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell’ambiente delle tecnologie informatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 549 ss.; per la variante *online*: A. FACHECHI, *Spunti di riflessione sulle tecniche di conciliazione telematica delle controversie*, in *Corti salernitane*, 2012, p. 373 ss. Sui più recenti testi normativi in materia di ADR e ODR cfr. G.M. RICCIO, *Appunti sulla mediazione on-line*, in *www.comparazioneDirittocivile.it*; S. VIOTTI, *Brevi spunti per una configurazione unitaria delle alternative dispute resolution*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 825 ss.; E.M. APPIANO, *ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE*, in *Contr. impr./Eur.*, 2013, p. 965 ss.; F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei*

uno smarrimento di fronte a *incipit* normativi diversi, tratti diversi, che in modo evidente hanno in comune la finalità della sottrazione, del distacco da qualcosa: da altro². L'*Altro* – a dir poco ingombrante – è, in questo caso, la giustizia e le sue forme tradizionali di attuazione. La declinazione giustizia/giustizia alternativa, che sembra descrivere il rapporto tra giustizia tradizionale e sistemi indotti di risoluzione delle controversie, lascia pochi margini di dubbio sulla funzione cui trovano attrazione i nuovi procedimenti.

L'evidente chiarezza in punto di sistemazione delle nuove procedure come misure alternative non dissipa la perplessità di fondo: esse esprimono davvero una funzione giurisdizionale, secondo procedimenti alternativi³?

consumatori, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1299 ss.; T. ROSSI, *Effettività della tutela nella recente regolamentazione europea di ADR e ODR*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 831 ss.

² Alternativo da cosa è quanto si chiede C. JARROSSON, *Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale*, in *Rev. int. dir. comp.*, 1997, p. 325 ss., spec. nota 7, il quale osserva che «son utilisation dans le sens de “terme d'un choix” correspond à la volonté de retenir une voie originale pur rapport à celle, classique, qui consiste à porter le litige pur la voie contentieuse devant le juge étatique. La fonction judiciaire contentieuse est donc évidemment exclue de notre champ de réflexion. Il en va de même plus généralement de toute l'activité juridictionnelle du juge, ce qui comprend en principe la juridiction gracieuse, même si cette dernière peut entretenir certains rapports avec le sujet». V., altresì, le articolate impressioni sul piano linguistico offerte da E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 321 ss.

³ Sul punto v. le osservazioni di M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 779 ss., spec. p. 782 ss., là dove invita ad applicare l'adagio dei logici medievali «*distingue frequenter*». Sul rapporto tra giustizia e tempo, a proposito della giustizia rapida (distinta da quella «precipitosa») misurata dal tempo della ragionevolezza nell'argomentazione e da quello dell'applicazione delle norme processuali di equilibrio, v. L. MENGONI, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 354 ss. Quanto alla declinazione della funzione giurisdizionale si rimanda alle riflessioni di P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010, p. 32 ss., là dove è tracciato l'indefettibile legame tra funzione giurisdizionale e regole del «giusto processo»; ancora: ID., *La sfera di operatività della giustizia arbi-*

«Se una notte d'inverno un viaggiatore»: così si diceva all'inizio – almeno per descrivere lo smarrimento del lettore di fronte alle nuove normative su ADR e ODR – e tanto si può continuare a ripetere nell'obiettivo, questa volta, di tirare le fila del discorso. Insomma: proprio il comune viaggiatore, in una notte non necessariamente invernale, può lasciare l'immagine letteraria evocativa di sensazioni per tentare una dimostrazione rappresentativa di possibili episodi che raccontano fatti e reazioni, utili a spiegare gli effettivi termini di copertura delle attuali *Alternative Dispute Resolution*.

Parte I. Scena I. Il viaggiatore indolente.

Un viaggiatore resta bloccato quattro ore in aeroporto per apprendere soltanto alla quinta che l'aereo non partirà e che verrà sistemato per la notte presso un albergo, con viveri inclusi. Il tempo del suo rientro è così notevolmente distanziato rispetto a quello originariamente programmato, tanto da costringerlo ad allungare le ferie dal lavoro e a subire ulteriori disagi logistici. Ciò nondimeno il nostro protagonista recupera con nessuna passione i moduli per il riconoscimento di una forma di risarcimento/compensazione. L'ulteriore fatica non serve: la società aerea comunica che secondo il regolamento comunitario n. 261 del 2004 – in materia di cancellazioni e ritardi dei voli aerei –, il vettore ha provveduto all'assistenza obbligatoria e la compensazione (come prevista da quel regolamento per quote di distanza) non è dovuta. Il mancato rientro era stato causato dapprima da un guasto al veicolo e, in definitiva - all'esito dell'eliminazione del guasto -, dal blocco dell'aereo dalle Autorità aeroportuali. L'evento era stato riconosciuto come circostanza eccezionale e, in fondo, il viaggiatore era mediamente appagato dall'aver ricevuto un letto comodo e una buona colazione.

trale, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 583 ss., spec. p. 609, dove si tratteggia il passaggio da un sistema di giustizia fondata sulla natura del soggetto ad una oggettiva, quest'ultima fondata sull'attuazione delle regole e si dice che «La giurisdizione non è, in materia di rapporti civili, una esclusiva dello Stato, il quale, peraltro, è obbligato a garantire il giusto processo e i rimedi adeguati affinché qualsiasi decisione vincolante sia assunta non soltanto nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa ma anche dei principi inderogabili del sistema ordinamentale».

Parte I. Scena II. Il viaggiatore polemico.

Un viaggiatore ha prenotato un viaggio vacanza per Ibiza; il volo viene cancellato rispettando tutti i parametri di preavviso introdotti dal già citato regolamento comunitario. Il nuovo protagonista tuttavia non pensa di accontentarsi della scelta tra imbarco su un volo alternativo verso la destinazione finale, «in condizioni di trasporto comparabili, in una data successiva di suo gradimento» (art. 8, reg. n. 261 del 2004), o rimborso del prezzo pieno del biglietto, allo stesso prezzo al quale è stato acquistato. Nonostante la certezza del rimborso nel termine di 7 giorni, decide di non compilare alcuna richiesta preformata e di agire attraverso il suo avvocato per il riconoscimento del risarcimento ulteriore al prezzo di acquisto del biglietto, atteso il malessere e l'aggravio generale prodotti per il mero spostamento della data di partenza.

Due reazioni a confronto, due fatti che potevano avere riguardo anche alla vendita di beni consumo e al sistema di scelta, li inserito, di sostituzione o riparazione dei beni. A fronte della facoltà di scelta nella modalità di attuazione del ripristino, come riconosciuta al consumatore dall'art. 130 c. cons., la riparazione resta regola prima di molti produttori, mentre la sostituzione è applicata con molta parsimonia. È quasi ultroneo osservare che la preferenza generale è quella di accontentarsi di quanto immediatamente offerto, pur di non discutere e, così, ottenere pacificamente un risultato medio che accontenta l'interesse medio riconoscibile al fondo di simili transazioni, in tempi sopportabili e compatibili con la celerità degli scambi propria di questo comparto economico.

La sensazione prevalente prodotta dallo scorrere dei testi normativi in materia di ADR e di ODR è quella della montagna che partorisce il topolino e, segnatamente, che le nuove procedure di risoluzione delle controversie costituiscano null'altro che un nuovo tassello della composita congerie di strumenti di controllo delle evenienze contrattuali. Il tutto non è distante, dunque, dalle linee delle strutture normative europee finalizzate alla normalizzazione dei processi decisionali, a consentire la prevedibilità di azioni/reazioni contrattuali. Il parametro eteronomo di regolarità dei comportamenti è un ulteriore tassello nella costruzione del mercato *ideale*

– quello nel quale nessuno lamenta qualcosa e compie gesti abitudinari -, in luogo di quello *perfetto* di origine economica.

L'impressione iniziale prende contorni sempre più nitidi e fondamentali sempre più solide, nel passaggio dalle procedure alle ragioni che spingono – non da ora – all'utilizzo di questi strumenti e che si muovono entro due confini: quello delle politiche deflattive della giustizia statale e quelle di fidelizzare, attraverso la creazione di un nuovo affidamento negoziale, il contraente non qualificato.

2. Un ritorno alla *old economy* apre alla decostruzione, allo smantellamento delle attuali sovrastrutture e, dunque, alla comprensione dei dati inespresi, per il tramite delle matrici storiche e dei soggetti e predicati dei primi interventi nel settore alternativo alla giustizia.

a) *Ragione/ torto e politiche sociali di sviluppo*

Le prime applicazioni di forme di mediazione volute dallo Stato sono rintracciabili nel *Freedmen's bureau*⁴ (anche noto come *Bureau of Freedmen, Refugees and Abandoned Lands*), dopo la guerra civile americana. Il *Bureau* si presentava come struttura utile a risolvere le controversie tra ex schiavi ed ex padroni e gestire, così, la transizione dalla schiavitù alla libertà. Le Corti avevano una funzione di vera mediazione tra schiavi, ormai uomini liberi, e padroni, con i quali era necessario stabilire nuove regole lavorative muovendo dal *gap* economico provocato dalla mancata assegnazione delle terre promesse ai liberati⁵. Le ragioni dell'intervento sono evidenti: la mancata attribuzione delle terre rischiava di ricostituire le condizioni, questa volta materiali, per la costruzione di un rapporto di lavoro talmente squilibrato da riprodurre in termini contrattuali la schiavitù, quale stato sociale, faticosamente estinta. In proposito e in senso più generale, è stato sostenuto

⁴ J.J. BEHREND, *Freedmen's Bureau*, in J. Waugh e G.B. Nash, eds. *Encyclopedia of American History: Civil War and Reconstruction, 1856 to 1869*, Revised Edition (Volume V), New York, 2010 (*American History Online*); illuminanti, sul punto, le osservazioni di L. NADER, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, edizione curata da E. Grande, Napoli, 2003, spec. p. 110 ss.

⁵ M. FARMER-KAISER, *Freedwomen and the Freedmen's Bureau: Race, Gender, and Public Policy in the Age of Emancipation*, Fordham Univ Press, 2010, p. 145 ss.

che al fondo si trattava di meccanismi di ricerca di quell'egualitarismo non raggiungibile direttamente dallo Stato, ma soltanto attraverso una misura di giustizia sussidiaria⁶.

b) *Politica di sviluppo economico e controllo terapeutico*

In modo diverso, nei periodi della grande depressione e delle grandi contestazioni civili, la ragione preponderante all'applicazione delle ADR era ascrivibile all'esigenza di placare gli animi agguerriti e litigiosi del popolo americano e che provocavano forte incertezza di sistema⁷. I mezzi di soluzione alternativa delle controversie cominciano ad abbandonare i grandi temi della ragione e del torto per avvicinarsi a quello del trattamento terapeutico delle parti variamente in conflitto; nella bilancia cede il piano della pretesa giuridica e vengono innalzati quello dell'efficienza e quello dell'armonia⁸; nuovi coefficienti per larga parte valutati attraverso il parametro del corretto funzionamento delle dinamiche di mercato, ovvero sia un mercato quieto, ridotto al minimo nelle sue incertezze⁹. Ben rappresenta questo passaggio l'immagine della Ford T, in unico modello nero¹⁰.

Il passaggio dalla ricerca dell'egualitarismo a quello terapeutico, nel prologo dei sistemi alternativi alla giustizia, la dice lunga. E la dice altrettanto

⁶ L. NADER, *o.u.c.*, p. 111.

⁷ Le ADR erano state usate già negli anni '30, quando l'alta disoccupazione aveva costretto il Congresso ad adottare il *National Labor Relations Act* volto a garantire i diritti dei lavoratori e, al contempo, fornire processi di risoluzione dei conflitti. Nel 1964 il *Civil Right Act* costituì il servizio di relazioni della Comunità, acquisendo figure di conciliatori a tempo pieno per servizi di ausilio nei conflitti culturali. Un'analisi dettagliata delle vicende storico-evoluzionistiche delle ADR è rintracciabile in J.T. BARRETT e J. BARRETT, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social, and Cultural Movement*, Hardcover, 2004.

⁸ L. NADER, *o.u.c.*, p. 113 ss.; E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 325.

⁹ J.T. BARRETT e J. BARRETT, *o.l.u.c.*

¹⁰ Non è un caso che la Ford Foundation fondò il Centro Nazionale per la composizione delle controversie in Washington, DC, e il Centro Nazionale per la mediazione e risoluzione dei conflitti in New York; al fondo dell'operazione c'era la stessa casa produttrice del modello Ford T-nera, espressione della produzione seriale e dell'omologazione produttiva utile a consentire economie di scala e, dunque, l'acquisibilità media del prodotto.

lunga il fatto che l'industria delle ADR raggiunge il suo picco, in termini di sostenitori, proprio negli anni segnati da risultati storicamente poderosi in materia di responsabilità del produttore, nelle aule giudiziarie¹¹. È sufficiente, in merito, richiamare per tutti il caso degli anticoncezionali *Dalkon Shield*.

Servivano nuovi ideali e furono rintracciati nell'armonia e nella deconflittualizzazione, utili entrambi a placare tutti¹²: da coloro che protestavano per il Vietnam ai movimenti dei consumatori, prima singolarmente e poi in classe, contro i produttori di amianto ecc. Le ADR furono sostenute da tutti e soprattutto dalle imprese stanche di dover pagare enormi parcelle agli avvocati. Era infatti ricorrente ascoltare in quel periodo espressioni come questa: «gli americani sono litigiosi (...) e giurati di passaggio determinano risarcimenti immotivati in favore di attori immeritevoli; le cause stanno minacciando la nostra efficacia di competizione economica»¹³.

Le due varianti funzionali delle ADR, spiegabili nel rapporto tra le esigenze del torto e della ragione e quelle di pianificazione controllata degli interessi sul piatto, ricondotte ai tempi moderni, trattengono le impressioni iniziali e costringono a chiedersi quando il sistema alternativo extragiuri-

¹¹ L. NADER, *o.u.c.*, p. 115, la quale lucidamente osserva che «L'intolleranza per i conflitti si fece strada nella cultura, per prevenire non tanto le cause delle discordie quanto le loro manifestazioni». V. anche le critiche di Nelson sull'impostazione ideologica che alterò il dato empirico del numero di cause: R.L. NELSON, *Ideology, Scholarship and Sociolegal Change: Lessons from Galanter and the "Litigation Crisis"*, in 21 *Law Soc. Rev.*, 1988, p. 677 ss.

¹² Cfr. E. SILVESTRI, *o.u.c.*, p. 323 ss., allorché contestualizza la formalizzazione storica del movimento di sostegno delle ADR nel 1976, nel corso della conferenza per celebrare il settantesimo anno del discorso di Roscoe Pound, il padre fondatore del diritto americano, dinanzi alla *American Bar Assotiation* sul tema *The Causes of popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. Quali fossero le reali intenzioni, quelle inesprese, sembrano permeabili dalle peculiarità di Warren Burger, *Chief of Justice* della Corte Suprema e acceso sostenitore delle ADR, noto per la sua forte inclinazione conservatrice e per la sua ostilità per il *judicial activism* dei c.dd. nuovi diritti.

¹³ Così si esprimeva: M. GALANTER, *News from Nowhere: The Debased Debate on Civil Justice*, in 71 *Denver Univ. L. Rev.*, 1993, p. 77 ss.

diziale costituisca forma di giustizia e quando la sua applicazione rientri tra le declinazioni negoziali di abbassamento della soglia di rischio delle evenienze nei rapporti tra professionisti e consumatori. Quando, cioè, si abbandona il piano della giustizia in senso tecnico per dare attuazione ad un criterio di normalizzazione, cui la Comunità europea ci ha abituato con l'introduzione, dapprima, del neoformalismo e, successivamente, con la serie interminabile di regolamenti e direttive, che, come quello in materia di servizi aerei, tendono a offrire una ampia copertura – quasi a risposta multipla - di tutte le possibili esigenze emergenti da un rapporto contrattuale, tra professionista e utente non qualificato.

2. Una risposta, con buona dose di fortuna, è evincibile dai testi normativi che fanno riferimento a forme di mediazione, passando dalle ADR e dalle attuali ODR.

Preliminare è tuttavia la precisazione di metodo: ADR e ODR costituiscono due misure indistinguibili quanto a procedimenti e finalità, atteso che le une (ODR) sono varco di accesso alle seconde (ADR). Si tratta di rapporto tra mezzo e fine: l'ODR è mezzo per le ADR¹⁴ e, pertanto, sono necessariamente congiunte in punto di osservazione.

Prova di lettura, allora. Dalla prima e complessiva lettura dei testi in materia di mediazione in senso ampio, si mostra in tutta evidenza un dato di sistema: nelle discipline che richiamano forme mediatriche/conciliative/ADR i procedimenti sono pressoché assimilabili e differenziabili soltanto in ragione del ruolo di intervento del mediatore. Quest'ultimo può essere agevolante una conciliazione o individuatore di una soluzione vincolante per le parti, in ragione di un consenso pregresso

¹⁴ Il regolamento 524/2013/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 (regolamento sull'ODR per i consumatori) richiama infatti la procedura già prevista per le ADR dalla direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, depurandola del condizionamento della necessaria presenza delle parti, in questo modo declinando una giustizia cibernetica per il commercio elettronico che si apre con un reclamo *online* su una piattaforma, capace così di ampliare il terreno coperto dalle ADR – cui l'apertura del procedimento rimanda - all'intero arco di contrattazione tra professionista e consumatore (v. art. 9 del Regolamento ODR).

o successivo al medesimo intervento conciliativo¹⁵. Se allo stato dell'arte questo dice ancora troppo poco, molto di più racconta il piano funzionale. Nelle pieghe delle relative discipline è evidente il rapporto obbligatorietà/esecutività *vs.* facoltatività/efficacia negoziale. Uno schema alternativo binario che dà contezza ad altrettanta divaricazione funzionale tra finalità deflattiva e quella di controllo delle evenienze contrattuali.

Nel procedere con ordine e con puntellatura normativa, è possibile muovere dai piani dell'obbligatorietà e dell'esecutività, per passare successivamente a individuare le aree che presuppongono una funzionalità di tipo facoltativo.

a) *Obbligatorietà/ esecutività*

L'obbligatorietà è della mediazione civile e commerciale, là dove è trattata, all'art. 5 del d.lg n. 28 del 2010¹⁶, come modificato dal d.l. n. 69 del 2013, una quota di mediazione obbligatoria/delegata, quella relativa, tra le altre ipotesi, alla responsabilità medica e alla diffamazione. Essa, dunque, resiste per talune fattispecie¹⁷, sebbene contemperata dal comma 2 *bis* del medesimo art. 5, allorché stabilisce che «quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo».

Quanto al piano dell'esecutività, il nuovo testo dell'art. 12, d.lg n. 28 del 2010, stabilisce chiaramente che: «Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto

¹⁵ V. le note di R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione. Quadro generale*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 89 ss., secondo il quale la distinzione tra mediazione facilitativa e valutativa resterà filosofia della mediazione, a fronte di una prassi orientata per il risultato facilitativo; v. anche E. CAPOBIANCO, *o.l.u.c.*; ID., *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa» del mediatore*, in www.judicium.it.

¹⁶ F. SANTANGELO, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, p. 148 ss., dove è tracciato il chiaro disegno introdotto dalle discipline comunitarie e dalle connesse finalità dirette e complementari; v., inoltre, G. IMPAGNATELLO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in www.judicium.it.

¹⁷ V. sul punto le riflessioni di E. MINERVINI, *La «storia infinita» della mediazione obbligatoria*, in *Contratti*, 2013, p. 1153 ss.

dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

L'eliminazione dell'omologazione, per l'accordo sottoscritto dalle parti e dai relativi avvocati¹⁸, riduce il divario tra efficacia negoziale del titolo conciliativo ed efficacia del provvedimento giudiziale. In altri termini, l'intervenuta specificazione modificativa dell'art. 12 nell'economia complessiva del provvedimento ha notevolmente spostato l'asse verso l'esecutività; l'operazione complessiva ha fatto uscire dalla porta alcuni aspetti dell'obbligatorietà e ha fatto rientrare dalla finestra – rafforzando e semplificando – la piena esecutività del titolo ai fini «dell'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare ecc.»¹⁹. La peculiarità è nel fatto che quest'ultima sia diretta nell'ipotesi di accordo conciliativo sottoscritto dalle parti e dagli avvocati²⁰, mentre la facoltà di richiesta di omologa resta presente in tutti gli altri casi formativi del titolo²¹.

¹⁸ E. MINERVINI, *o.l.u.c.*

¹⁹ L'attribuzione di esecutività al verbale conciliativo tende ad evitare comportamenti non collaborativi della parte obbligata: F. PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime degli effetti*, in *Riv. not.*, 2011, p. 763 ss., spec. p. 779; F. VALERINI, *Efficacia esecutiva ed esecuzione*, in A. BANDINI e N. SOLDATI (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Milano, 2010, p. 229 ss.; D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in www.judicium.it; E. FABIANI e M. LEO, *Prime riflessioni sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in www.judicium.it.

²⁰ La rilevanza della questione si legge nelle osservazioni svolte a proposito del vecchio testo normativo, in ordine all'esecutività attribuita dall'omologazione del titolo conciliativo. Cfr. E. FABIANI e M. LEO, *o.l.u.c.*, i quali osservavano con riferimento al vecchio testo come fosse inconcludente dare corso ad un tentativo di inquadramento in una delle tre categorie elencate dalla norma, atteso che la funzione si presentava allo stato dei fatti onnicomprensiva. Cfr., altresì, B. CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina della mediazione/conciliazione*, in www.judicium.it, che chiariva come «il riconoscimento all'accordo conciliativo della qualità di titolo esecutivo a seguito dell'omologazione giudiziaria non muta, da un lato, la materia

A questo si aggiunge che resta in piedi quanto contenuto nel comma 3 dell'art. 5, dove è stabilito che «lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale».

In molti hanno riconosciuto nella norma l'indirizzo di incentivare le procedure mediatricie in ragione dell'acclarata funzione deflattiva, che, comunque, resta abbinata a una efficacia negoziale del titolo²².

Posto ciò, c'è molto di più nella circolarità determinata tra provvedimenti cautelari anticipatori o conservativi²³ e atto conciliativo con efficacia

contrattuale della clausola penale né può incidere, dall'altro lato, sulla nozione istituzionale del titolo esecutivo quale atto rappresentativo di un diritto certo, liquido ed esigibile; laddove, nel nostro caso, il titolo non potrà che essere rappresentativo di una mera previsione contrattuale a fronte della quale, per poter agire *in executivis*, occorrerà pure sempre l'accertamento giudiziale dei presupposti per l'applicazione della clausola: come avviene per qualsiasi previsione contrattuale». Tuttavia, è evidente che oggi l'onnicomprensività dell'azione è accompagnata alla ricorrenza di un titolo firmato dalle parti e dai relativi avvocati. Delle due l'una: o gli avvocati svolgono il ruolo di accertamento oppure il procedimento è oggettivamente affiancato a quello giurisdizionale.

²¹ Vi era chi osservava, già con riferimento alla previgente normativa, che la parte che giungesse ad una mediazione potrebbe rifiutare l'accordo per non subire una esecuzione. «In questa scelta prevale, mi pare, l'ideologia della mediazione come giustizia minore, piuttosto che come strumento di regolazione degli interessi dei litiganti: se si fosse voluto privilegiare l'esito della mediazione come composizione di interessi, forse il titolo esecutivo non avrebbe dovuto essere l'*outcome* da giocare, specie nella mediazione che non è condizione di procedibilità della domanda»: M. FABIANI, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in www.judicium.it. Ancora, F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1261, il quale discorre di arma a doppio taglio in relazione proprio alla possibile attribuzione di esecutività del titolo. Sulla assoluta specialità della condizione di esecutività propria della conciliazione v. l'esame offerto da A.M. MARZOCCO, *Le controversie bin materia di comunicazioni elettroniche*, Roma, 2012, p. 267 ss.

²² V. retro nota 19 e le conclusioni di R. TISCINI, *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, in www.judicium.it.

immediatamente esecutiva²⁴. Ancora di più, se il provvedimento cautelare anticipatorio o conservativo è collegato ad un procedimento mediatorio/conciliativo confermativo di quelle risultanze, nel quale le parti hanno

²³ Maggiori problemi interpretativi, rispetto al provvedimento meramente anticipatorio, presenta quello conservativo, attesa la necessità – ai fini della conservazione di efficacia del provvedimento - di avviare il giudizio di merito entro il termine perentorio di sessanta giorni, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito. A proposito del rapporto tra provvedimento conservativo cautelare e apertura del procedimento mediatorio in luogo di quello di merito, propone una applicazione analogica dell'art. 669 *octies*, comma 4, c.p.c. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs n. 23/2010 e nel D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, p. 162 ss.; v. la sospensione dei provvedimenti cautelari *ante causam* in caso di avvio di mediazione obbligatoria in Trib. Reggio Emilia, 13 Ottobre 2012, in *www.IlCaso.it*. La medesima conclusione, ma passando per la sospensione del termine di sessanta giorni fino a quando la domanda non sia divenuta procedibile, era stata sostenuta con riferimento all'ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra pubblici dipendenti e P.A. da C. CONSOLO e S. RECCHIONI, *sub art. 669 octies*, in *Codice di procedura annotato* a cura di Consolo e Luiso, 3° ed., III, Milano, 2007, p. 4782 ss. V., altresì, L. TREVISAN, *La mediazione obbligatoria e i provvedimenti cautelari conservativi ante causam: il giudice di merito si confronta con le prime questioni applicative*, in *www.judicium.it*.

²⁴ Si tratta della chiusura tra diritto sostanziale e tutela esecutiva come rilevata da S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935 (in Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di P. Perlingieri), p. 136 ss., spec. p. 142, allorché afferma che «il rapporto processuale esecutivo è strutturalmente, non funzionalmente autonomo». Quella medesima chiusura ed esigenza della tenuta del giudicare che oggi è leggibile in Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3296, a proposito dell'arbitrato e della *translatio iudicii*. V. i commenti di C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio tra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1107 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*; e R. FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2690 ss. V. già gli accenni in Cass., ord., 6 dicembre 2012, n. 22002, in *Riv. arb.*, 2013, p. 699 ss. e le notazioni di P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, cit., p. 585 ss.

preventivamente prestato il consenso a che il mediatore individui una soluzione immediatamente vincolante alla controversia. L'effetto diventa, poi, ridondante rispetto al neutro effetto negoziale, pure riconosciuto all'atto conciliativo, nelle ipotesi di mediazione obbligatoria²⁵.

Quanto all'efficacia dell'atto conciliativo rispetto ai terzi, non sembra peregrina l'ipotesi che possa avere luogo la sequenza tra trascrivibilità della domanda giudiziale e atto conciliativo, atteso che, in caso contrario, perderebbe ogni senso la medesima previsione contenuta nell'art. 5, comma 3, del d.lg. n. 28 del 2010²⁶. Quest'ulteriore tassello interpretativo/normativo, ad oggi mancante, appare quantomeno dovuto, in ragione proprio della architettura normativa predisposta dal legislatore. La sua

²⁵ In merito, v. M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in www.judicium.it, il quale dall'analisi della disciplina conclude che è evidente come «nel momento in cui il legislatore interviene con le dette misure di “istituzionalizzazione” e “rafforzamento”, la mediazione rivolta alla conciliazione esca dalla sua forma “pura” di rimedio autonomo di soluzione della controversia civile, per entrare in una sorta di terra di mezzo, nella quale essa assume delle peculiarità tutte sue, che in una certa misura sfuggono a rigide schematizzazioni»; con specifico riferimento all'esecutività ancora ID., *L'accordo conciliativo*, nella stessa rivista.

²⁶ Si discute se il titolo conciliativo, ancorché titolo esecutivo, sia trascrivibile se non autenticato da un notaio, v. sul punto le riflessioni di M. BOVE, *o.l.n.c.*; ID., *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. “decreto del fare”*, nella stessa rivista. Certo è che è trascrivibile l'accordo intervenuto tra le parti che copra uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c., là dove il processo verbale sia stato autenticato da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato (art. 11, comma 3, d.lg. n. 28 del 2010). Altro è il fatto che da sempre sia esclusa la possibilità che un atto di composizione privata della lite possa chiudere il procedimento avviato con la trascrizione della domanda giudiziaria. Per tutti v. R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti, La trascrizione*, 2° ed., in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 2004, p. 186 ss.; cfr., ancora, M.P. GASPERINI, *Rapporti tra mediazione e giudizio contenzioso nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in www.judicium.it; tuttavia, v. Trib. Genova 18 novembre 2011, in *Foro it. Online*, che, nel rimettere la questione di legittimità costituzionale, afferma che «non è manifestamente infondata, in relazione agli art. 3 e 24 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 d.lg. 4 marzo 2010 n. 28 e dell'art. 2653, 1° comma, c.c., nella parte in cui non viene prevista la possibilità di trascrivere la domanda di mediazione, ma prevede unicamente la possibilità di trascrivere la domanda giudiziale»

esclusione aprirebbe ad uno stato di fatto schizofrenico: tra facoltà di procedere alla trascrizione della domanda giudiziaria e impossibilità di trascrivere il titolo conciliativo intervenuto in corso di procedimento; ciò a scapito della pienezza di tutela consegnata attraverso la trascrivibilità della domanda. La soluzione trova traccia nel sistema complessivo disegnato dalla pubblicità immobiliare e, segnatamente, nella garanzia di efficacia della funzione prenotativa e del principio di continuità che da sempre mostrano l'attitudine a recepire atti di natura diversa al fine di determinare autonomia ed effettività di tutela.

A fronte dell'accesso realizzato dall'art. 5, comma 4 del d.lg n. 28 del 2010, molti reputano che la chiusura procedimentale resti inattuabile, attesa l'impossibilità di far seguire alla trascrizione della domanda giudiziale un atto di autonomia privata che esula dalla funzione propria di accertamento della sentenza²⁷. Mancherebbe, in definitiva, una equiparazione normativa pari a quella inserita negli ultimi commi degli artt. 2652 e 2653 c.c. e che parifica *tout court* la domanda giudiziale all'atto di notifica con il quale la parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria, dichiara all'altra di volere avvalersi della procedura arbitrale (commi aggiunti dall'art. 26 della l. n. 25 del 1994).

È, tuttavia, così, persa di vista la funzione prenotativa e la relativa elasticità²⁸. Quest'ultima, determinata dall'attuazione pubblicitaria «legittima-

²⁷ V., quanto allo stato dell'arte in argomento, M.P. GASPERINI, o.l.u.c., la quale osserva che il problema è «quello dei costi a carico della parte costretta, per cautelarsi nei confronti dei terzi, ad instaurare sia il processo che la mediazione»; qualcuno discorre, poi, di assenza di limpidezza normativa, come F. DANOVI, *Mediazione processo e ruolo dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1052 ss. Molti sono concordi nel reputare che l'effetto prenotativo si produca soltanto con la trascrizione della sentenza di accoglimento: cfr., tra gli altri, R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 167; G. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto ed effetti*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 718, secondo il quale «l'effetto "prenotativo" della trascrizione della domanda resta riferibile solo alla sentenza di accoglimento e, nel silenzio della legge, non ha alcun rilievo allorchè si trascriva l'accordo di conciliazione».

²⁸ Sia consentito un rinvio a M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003, p. 86 ss.

mente anticipata»²⁹ di diritti instabili o in via di perfezionamento, presenta un meccanismo teso a garantire l'efficacia della funzione conservativa, per il tramite del cumulo tra effetto transitorio ed effetto definitivo.

Nel caso in esame, non c'è dubbio che manchi la modalità di espressione dell'effetto finale e altrettanto non c'è dubbio sulla eterogeneità degli atti segnalabili in sede conclusiva del procedimento (conciliazione/sentenza). Eppure, la medesima eterogeneità è già rintracciabile nell'impianto complessivo pubblicitario, là dove la sequenza prenotativa introdotta con il contratto preliminare è chiusa attraverso la trascrizione della sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso. Se, da un canto, una simile osservazione trova un limite nella specialità dell'atto introduttivo nella sequenza in discorso e, dunque, nella disciplina instaurata dagli artt. 2652 e 2653 c.c. – dedita ad assorbire nell'autonomia del sistema-trascrizione le vicende propriamente giudiziarie – è, d'altro canto, palese che il legislatore del 1942 ha progettato un sistema complesso di segnalazioni che produce, appunto, un collegamento tra atti eterogenei³⁰. Il riferimento è nel voluto collegamento tra pubblicità principale e pubblicità accessoria della domanda giudiziaria, come realizzato al fine di garantire l'operatività del principio di continuità (2650 c.c.)³¹. È così che la trascrizione della domanda giudiziaria subisce anche un'annotazione rispetto al titolo (2655 c.c.)³², l'unica che può garantire l'effettività della tutela colmando il vuoto nella serie continua di scritturazioni tra pubblicità del titolo e segnalazione

²⁹ S. PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XIV, 2, Milano, 1989, p. 433.

³⁰ S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, 2, cit., p. 436 ss., che quale dettagliatamente descrive i singoli stadi del procedimento pubblicitario a fini prenotativi senza operare alcuna distinzione in ordine alla tipologia di atto segnalato, sia esso contratto condizionato oppure domanda giudiziale.

³¹ Sul ruolo della serie continua di segnalazioni nella circolazione dei diritti e ai fini dell'applicazione dell'art. 2644 c.c., v. M. FRANCESCA, *Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 62 ss.

³² Sull'assenza di tassatività che contraddistingue la pubblicità accessoria v. G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizione, annotazione, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, Napoli, 2009, p. 180 ss. ed *ivi* ampia bibliografia.

della domanda, che prenota l'efficacia finale della sentenza rispetto ai terzi. Ciò al pari di quanto accade per la trascrizione del contratto condizionato. La sede è questa volta per se stessa a composizione multipla, tanto da poter garantire la sequenza tra trascrizione della domanda giudiziaria e titolo conciliativo, in un ambiente deputato ad accogliere le vicende – qualsiasi esse siano – imputabili all'atto oggetto di trascrizione. Soltanto la continuità postula e garantisce l'effettività della portata applicativa dell'art. 2644 c.c., alla quale logica partecipa la segnalazione tutta, anche quella con funzione prenotativa³³.

Il provvedimento rubricato “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile”, L., 10 novembre 2014, n. 162 si inserisce nelle medesime linee appena tracciate.

Qui all'art. 3 è stabilito che la negoziazione assistita è condizione di procedibilità per chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e chi intende proporre una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i 50.000 euro.

E sul piano dell'esecutività, l'art. 5 stabilisce chiaramente che «L'accordo che compone la controversia, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. La medesima disposizione, al secondo comma, indica gli avvocati come legittimati al controllo dell'autografia delle firme e alla conformità «dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico», ciò in modo analogo a quanto già visto in materia di mediazione civile e commerciale.

b) Facoltatività/efficacia negoziale

La Direttiva sulle ADR e il Reg. sulle ODR presentano una articolazione descrittiva che in sé esclude l'obbligatorietà, sebbene, talvolta, essa non manchi di essere evocata come *extrema ratio*.

Il 45° considerando della Direttiva ADR stabilisce che «È opportuno che la presente direttiva non contenga alcun elemento che possa impedire alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario. Il medesimo considerando ancora aggiunge che «Nei casi in cui una controversia

³³ S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, 2, cit., p. 433 ss.

non possa essere risolta secondo una determinata procedura ADR il cui esito non sia vincolante, è auspicabile che alle parti non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario in relazione a tale controversia».

Il regolamento in materia di ODR parimenti assume al 26° considerando che «Il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale sono diritti fondamentali sanciti dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'ODR non è intesa a sostituire le procedure giudiziali o a privare i consumatori o i professionisti del loro diritto di rivolgersi ai tribunali, né può farlo».

Sul piano dell'efficacia la Direttiva ADR declina con caratteri vaghi una non definita vincolatività [v. art. 7, lett.re n) e o)] e stabilisce, all'art. 10, comma 2, rubricato con l'inconfondibile appellativo «Libertà», che: «Gli Stati membri provvedono affinché nelle procedure ADR volte a comporre la controversia mediante l'imposizione di una soluzione, *sia possibile rendere* tale soluzione vincolante per le parti soltanto a condizione che queste siano state preventivamente informate del suo carattere vincolante e abbiano specificatamente dato il loro assenso». Le medesime norme qui richiamate costituiscono altresì il punto di rinvio per il regolamento ODR, che, al riguardo, nulla aggiunge.

4. L'esame dei dati normativi conferma l'impressione iniziale e consente di raccontare la contro storia delle ADR – che esse intervengano o meno *online* – attraverso i binari obbligatorietà/facoltatività-esecutività/efficacia, in luogo di quelli canonici della successione degli eventi normativi.

Le ADR cui perviene l'Unione europea con i due provvedimenti sopracitati sono palesemente facoltative o al più obbligatorie per la sola parte professionista, atteso il ruolo del consenso prodromico all'avvio del procedimento. Esse non sono mai sostitutive o di impulso all'apertura di un contenzioso canonico. La loro funzione si presenta soltanto indirettamente deflattiva e direttamente votata a introdurre una fase terapeutica di trattative che trova conclusione in un rinnovato accordo. Un negozio novativo ed estintivo del precedente capace di comporre gli interessi sul piatto e ricondurre il tutto a nuovi *standards* di conformità, capaci di aderire ai ca-

ratteri della parte da tutelare³⁴. Anche le materie investite dalle ADR esplicitano la stessa controstoria che qui si va enunciando: contratti tra professionisti e consumatori, intervenuti *online* o meno – poco importa, attesa l'equivalenza della disciplina –, che offrono già una ampia gamma di garanzie connesse all'attuazione di quanto magistralmente disegnato come ripristino del sinallagma contrattuale³⁵. Quella ampia gamma di misure, interne e proprie alla fattispecie negoziale, volte a consentire una corretta esecuzione del rapporto e alle quali è stato riconosciuto il ruolo di sanzione, seppure per fatti privi di origine colposa. Proprio in questo senso, si discorre della risoluzione o della semplice riduzione di prezzo come rimedi previsti nella compravendita in caso di inadempimento del venditore, quali forme di sanzione a contenuto limitato, ovverosia già predefinite dal legislatore.

Nell'ampia materia dei rapporti professionisti/consumatori, si va dall'esercizio del diritto di recesso, là dove l'interesse che ha mosso all'acquisto a distanza o fuori dai locali commerciali non sia perfettamente conformato o il bene non risulti atto a soddisfare l'interesse soggettivo del consumatore, fino al difetto di conformità che introduce l'obbligatorietà del ripristino, attraverso la subpartizione in sostituzione o riparazione del bene. Le garanzie risultano più che duplicate in funzione di protezione del sinallagma contrattuale e/o della sicurezza degli scambi nel mercato europeo (forse la seconda funzione prevalente sulla prima³⁶), tanto da essere

³⁴ È ricorrente l'osservazione che nella conciliazione le parti possano disporre anche di situazioni sostanziali diverse da quelle oggetto della controversia, da qui la sua maggiore duttilità rispetto ai reali interessi delle parti. V., sul punto, U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, p. 437; E. CAPOBIANCO, *o.l.u.c.*

³⁵ D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano 1952, p. 501 ss.; in argomento, le ripercussioni giurisprudenziali e la perdurante centralità scientifica del pensiero del Maestro sono riscontrabili in P. PERLINGIERI e S. POLIDORI (a cura di), *Domenico Rubino, II. Singole fattispecie negoziali*, Napoli, 2009, p. 555 ss.

³⁶ V., in merito, le riflessioni di A. GENTILI, *Senso e consenso, Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015, p. 637, il quale osserva che «non è da escludere che non la tutela del consumatore e la giustizia dell'interpretazione ma la tutela del mercato e l'efficienza dell'interpretazione spingano il legislatore

capaci di affiancare anche la vendita di servizi come il trasporto aereo, offrendo già un numero di soluzioni mediamente soddisfacenti. L'area delle evenienze non controllabili si attesta, a questo punto, sul mancato adempimento degli obblighi già abbondantemente prescritti sul piano formativo ed esecutivo o forse che, benché la loro corretta attuazione, vedano comunque non soddisfatto l'utente dotato di maggiore senso critico. È l'ipotesi del secondo protagonista dei fatti narrati in apertura, di colui che non si è accontentato di ottenere il rimborso del biglietto o la sistemazione su un altro volo.

Qui l'interesse apicale non è individuare il torto o la ragione rispetto ad una vicenda negoziale che non ha avuto una fisiologica esecuzione, ma di normalizzare le ulteriori pretese non previste o che ancora non hanno trovato individuazione tra le soluzioni predeterminate o ante-viste in uno degli atti normativi comunitari. Il piano della mancata soddisfazione dell'utente diventa effettivamente una evenienza da contrastare, atteso che la sicurezza e la crescita, in termini di appetibilità, sono misure direttamente proporzionate nella loro evoluzione, le uniche capaci di dare forma all'acqua, ad un mercato privato di confini strutturali.

Anche il passaggio all'efficacia del titolo conciliativo non muta le conclusioni raggiunte. Il negozio concluso rende applicabili i medesimi rimedi previsti in materia contrattuale. Lungi dall'essere solo accostabile ad un titolo esecutivo, è inoltre di per sé privo di quelle tutele anticipatorie o conservative che lasciano presagire che il dialogo sarà instaurato prioritariamente – sebbene non esclusivamente – sulle pretese avanzate dalle parti e finalizzato a regolare, modificare o estinguere quel medesimo rapporto primigenio. Il nostro viaggiatore polemico potrebbe facilmente spuntare un buono sconto consistente su altro viaggio, che potrebbe placare la sua litigiosità e realizzare l'interesse della Compagnia aerea ad evitare che il caso divenga dimostrativo per altri utenti. Presupposti restano la *res dubia* e una potenziale *res* litigiosa ricomposta, però, attraverso un metodo elastico di definizione, assai lontano dall'atto di disposizione dell'azione proprio

ad una politica ermeneutica rigida, per cui – per migliorare la distribuzione di beni e servizi di consumo e incentivare la concorrenza – dati due sensi, dubbio o non dubbio, valga il più favorevole al consumatore».

del procedimento esecutivo e dalla necessaria corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato³⁷.

Dalla riunione dei primi due articoli della Direttiva ADR se ne deduce, infatti, che la disciplina è volta a consentire una soluzione amichevole delle controversie nascenti da un reclamo del consumatore circa gli adempimenti degli obblighi contrattuali provenienti da contratti di vendita tra professionisti e consumatori, ubicati nel territorio europeo.

Al comma 2 dell'art. 2, infatti, è chiaramente stabilito il confine di operatività della disciplina e vengono così escluse, tra le altre:

- d) le controversie fra professionisti;
- e) la negoziazione diretta tra consumatore e professionista;
- f) i tentativi messi in atto da un giudice al fine di giungere a una composizione della controversia nel corso di un procedimento giudiziario riguardante la controversia stessa;
- g) le procedure avviate da un professionista nei confronti di un consumatore.

È emblematico che siano escluse le contrattazioni dirette tra professionista e consumatore e i tentativi già avviati da un giudice per giungere ad una composizione della controversia. Nel passaggio si esprime con tutta la sua portata la finalità terapeutica – della quale si riferiva - nei confronti del consumatore.

³⁷ V., in merito, le riflessioni di E. CAPOBIANCO, *ol.m.c.*, che rileva come «caratteristica comune alle soluzioni non aggiudicative, come la transazione e la mediazione, è la possibile maggiore ampiezza di contenuti rispetto a quelli che possono essere offerti da una soluzione di tipo arbitrale, caratterizzata, come del resto quelle giudiziali, dal vincolo della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Solo nelle prime, il contenuto dell'atto risolutivo della controversia potrà, a differenza di quanto accade quando esso sia di natura eteronoma, essere caratterizzato da una certa atipicità potendo investire diritti diversi da quello in contestazione, realizzando così soluzioni complessivamente più adeguate, che possano tener conto, in prospettiva dinamica, degli interessi attuali delle parti, talvolta differenti da quelli propri del momento in cui la lite è insorta, normalmente cristallizzati, invece, nella visione statica del processo, giudiziale o arbitrale, tradizionalmente inteso».

La Direttiva sulle ADR intenta un processo chiaramente leggibile nelle pieghe del dettato normativo, nei continui richiami alla facoltà attribuita allo Stato membro di rendere la procedura di risoluzione della controversia obbligatoria per il professionista³⁸. Tanto è dato rinvenire in più passaggi che, a titolo esemplificativo, possono essere riassunti nel contenuto dell'art. 10, comma 2. Qui è precisato – a proposito di quanto è rubricato Libertà –, con riferimento al necessario rapporto temporale tra informazione sulla vincolatività del risultato e ruolo del consenso, che la «specifica accettazione del professionista non è richiesta se le norme nazionali dispongono che le soluzioni vincolano i professionisti». Il riferimento alla obbligatorietà della partecipazione del professionista alla procedura risolutiva compare in più tratti della medesima Direttiva [v., ad esempio, l'art. 9, comma 2, a)], lasciando presagire che la linea sia, ancora una volta, quella di riconoscere un'azione aggiuntiva al consumatore, utile a garantire, insieme, tutela dell'interesse della parte presunta debole e conservazione del contratto. Il punto rappresenta un anello ulteriore di quella catena di misure già riferite alla corretta esecuzione del contratto, per fatti privi di origine colposa in funzione della tenuta del sinallagma contrattuale. In buona sostanza: l'obbligatorietà della partecipazione del professionista si presterebbe ad essere qualificata come forma di sanzione in sé rispetto a vizi in vario modo impedienti l'esatta evoluzione del segmento esecutivo del rapporto contrattuale.

La direttiva opera, dunque, nel campo dove già sono riconosciute tutele al consumatore sia sul piano formativo del negozio sia su quello esecutivo, evitando così l'insorgere di una controversia non controllabile. Questo è il suo esclusivo campo di operatività. La mera funzione di deflazione avrebbe dovuto, invece, ampliare l'area ai rapporti comunque intervenuti tra professionista e consumatore o consentire l'aggancio ad un procedimento giudiziario avviato. È evidente che l'obiettivo è altro ed è palesemente quello di costituire una sorta di cabina di compensazione nella quale il consumatore potrà dare sfogo alle sue inquietudini o alla sua litigiosità.

³⁸ F.P. LUISO, *o.l.u.c.*, paventa la traduzione in diritto interno in obbligatorietà del procedimento già disegnato dalla Direttiva ADR che vincolerebbe il professionista, ciò a prescindere dal suo consenso.

Una tecnica paternalistica di fidelizzazione dell'utente/operatore del mercato unico europeo³⁹, che esclude il contenzioso e le esternalità producibili dalla sua pubblicità (riunione di consumatori in *class action* o semplice anafettività verso la contrattazione oltreconfini).

La scelta ripete quanto già avvenuto nel Codice del consumo, in merito all'ordine tra rimedi, dove quello risolutivo è soltanto successivo all'impossibilità di ottenere la riparazione o la sostituzione secondo i termini stabiliti dal comma 7 dell'art. 130 e dove il medesimo fine ha spinto all'adozione della formula contenuta nell'art. 135, comma 2 che indica la disciplina codicistica come suppletiva/integrativa rispetto a quella propriamente consumeristica. L'obiettivo è chiaro: tentare di arginare lo scioglimento del vincolo a favore di una conservazione della vicenda negoziale e, indirettamente, fidelizzare il consumatore alle negoziazioni oltreconfine. Sono certamente prove generali di armonizzazione: la via inaugurata delle ADR sembra molto più penetrante ed efficace rispetto a quella avviata nel 2011 con la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita [COM (2011) 635]⁴⁰. Proprio nelle motivazioni della Proposta si legge che le differenze tra singoli Stati membri in punto di disciplina contrattuale costituiscono la ragione prima della mancata diffusione del mercato transfrontaliero, con enormi disagi per gli operatori economici e, a cascata, sul piano dell'occupazione. Tuttavia incidere sul diritto dei contratti dei singoli Stati membri deve essere sembrata un'opera assai più complessa dell'individuazione di forme di cura alternative per il consumatore poco avvezzo a fidarsi di un mercato che non offre le medesime basi di riconoscibilità empirica di quello interno.

Anche le modalità del *settlement* di spiegare efficacia possono essere inserite nel medesimo percorso: da un lato, la decisione non è funzionalmente

³⁹ Già avvertiva gli effetti di simili normative sui costi dell'impresa e, dunque, sulla tipologia di operatori resistenti in un mercato sempre meno concorrenziale R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 151 ss.

⁴⁰ Alcune riflessioni in materia di difficoltà armonizzative, innescate anche dalla Proposta di regolamento sulla vendita, sono presenti in M. FRANCESCA, *Autonomia del criterio della priorità e regole di funzionamento delle misure di conoscenza*, in Atti SISDiC, *Pubblicità degli atti e delle attività*, Napoli, 2014, p. 425 ss., spec. p. 425 ss.

deputata ad assumere valore esecutivo, ma dall'altro non è nemmeno accostabile a una transazione (art. 1965 ss., c.c.).

Nel primo senso, è sufficiente l'osservazione che l'art. 7, comma 1, lett. o) della Direttiva ADR consuma il riferimento all'esecutività della decisione con un «se del caso», tutto ciò a fronte della Direttiva 2008/52/CE relativa alla mediazione civile e commerciale, che all'art. 6, comma 1, discorre esplicitamente dell'esecutività del titolo come momento fondamentale di garanzia della tenuta del risultato della mediazione. Sotto il secondo profilo, il titolo conciliativo assorbe la disciplina rimediale di tipo negoziale, come integrata dalle fonti comunitarie, mentre la transazione è dotata di una peculiare stabilità che impedisce alle parti di adire l'autorità giudiziaria per rimettere in discussione il rapporto transatto. È quasi superfluo rammentare come quest'ultima sia accompagnata da una disciplina peculiare delle invalidità: non è, ad esempio, rescindibile per lesione (art. 1970 c.c.) e non risente dell'errore di diritto (1969 c.c.).

5. Insomma ritornando ai casi che hanno mosso questo intervento, il nostro secondo protagonista, nella Scena III e finale del medesimo capitolo, potrà placare il suo temperamento con una ADR/ODR che riconoscerà il suo diritto ad essere risarcito/accontentato, evitando al fornitore di servizi la pubblicità di una sentenza e, dunque, non incoraggiando una azione, contro un operatore del mercato unico europeo, da parte di coloro che, intanto, erano placidamente ristorati dal rimborso del biglietto.

Il rischio è quello del cartello Phoebus per le lampadine, noto per avere fissato la standardizzazione nella loro costruzione, per omologare la produzione ed evitare che la perfezione tecnica di realizzazione portasse alla sopravvivenza di una lampadina per 113 anni, esattamente come quella prodotta precedentemente al Cartello e ininterrottamente accesa nella caserma di Pompieri di Livermore (in Nordamerica). È il nuovo modello della normalizzazione degli interessi, che ha visto come precursore il mercato della Ford T nera, il creatore della quale aveva avuto il suo primo impiego nella società di elettricità di Thomas Edison.

Il rischio è, in altri termini, che la via dell'armonizzazione verso *standards* eteroimposti produca una uniformazione dei comportamenti, tanto da da-

re luogo a quanto definito da Tolstoj, in altro contesto, come «discreta felicità familiare».

La scena del nuovo capitolo si aprirà, a questo punto, con l'immagine della catena di produzione di «Tempi moderni» o con un consumatore che valuta le proprie attività giornaliere scaricando nuove *App*, tra le quali quella della non litigiosità, proprio come descrive C.S. Friedman, in una «Giornata perfetta»⁴¹.

⁴¹ C.S. FRIEDMAN, *Perfect Day*, in 122 *Fantasy & Science Fiction*, March-April 2012, p. 191 ss., trad. it. in AA.VV., *Il futuro di vetro e altri racconti*, a cura di David G. Hartwell, Milano, 2014.