



→ Marco Marinaro
Avvocato Cassazionista - Conciliatore
Professore a contratto di Metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione,
Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università di Salerno
www.studiolegalemarinaro.it

La “clausola di mediazione” nella contrattualistica d’impresa

Il ruolo dell’autonomia nella soluzione stragiudiziale delle liti

L’interesse suscitato dalla nuova normativa che ha regolamentato organicamente la mediazione finalizzata alla conciliazione quale strumento pacifico per la risoluzione delle controversie civili e commerciali ha focalizzato l’attenzione dell’opinione pubblica e degli operatori del diritto soprattutto su alcuni punti ritenuti centrali della scelta operata dal legislatore in fase di delega e dal governo in fase di attuazione. E nell’attesa della pubblicazione del decreto ministeriale che dovrà dettare le nuove norme di dettaglio, le pur numerose critiche provenienti soprattutto da una parte dell’avvocatura hanno contribuito a suscitare notevole interesse degli utenti.

La giustizia civile vive una profonda crisi di sistema e sicuramente la mediazione non potrà risultare determinante (soprattutto) nel deflazionare l’imponente carico arretrato (a meno che non siano adottate nuove norme che, collegate al D.Lgs. 28/2010, possano seriamente incentivare percorsi di mediazione per i processi pendenti); tuttavia è indispensabile che sull’onda della novità legislativa prendano avvio percorsi virtuosi affinché l’autonomia privata possa riappropriarsi di spazi utili alla soluzione negoziale delle controversie. Nuovi strumenti per un diverso approccio culturale al conflitto che abbandoni una giurisdizione onnivora, ma ormai per lo più lenta e perciò stesso “debole ed inefficace”.

In questa logica, tra le norme che hanno suscitato il maggior interesse e anche le più aspre critiche vi è la previsione della obbligatorietà del tentativo di mediazione (si ricordi che l’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale) per un ampio numero di controversie con decorrenza dal 20 marzo 2011.

In particolare, volendo prescindere dalle questioni rela-

tive al contestato eccesso di delega nel quale sarebbe incorso il governo, le critiche relative alla scelta operata sono giunte dai “puristi” della conciliazione: costoro, ritenendo a ragione che la volontarietà che è alla base della scelta della mediazione sia un valore e che la stessa vada preservata evitando di porre obblighi (prevedendo però incentivi), non hanno gradito questo approccio. Molti tuttavia hanno poi rilevato come proprio la obbligatorietà - unitamente agli incentivi di carattere fiscale ed alle forme di tutela previste dalla normativa - costituirà l’unico decisivo impulso, perché nel breve termine si sviluppi un confronto con un nuovo tipo di approccio alle controversie in una serie di materie dove il tasso di litigiosità è particolarmente elevato, perseguendo un obiettivo che, seppure può apparire secondario nella scelta legislativa, è destinato a rivelarsi primario e fondamentale in una prospettiva di lungo periodo: la pacificazione sociale.

Ma l’attenzione suscitata dalla obbligatorietà del tentativo di mediazione ha lasciato in ombra una ulteriore norma che prevede una interessante opportunità, peraltro già in vigore, per la contrattualistica delle imprese. Infatti, è stata prevista espressamente per le parti la possibilità di inserire una “clausola di mediazione o conciliazione” nei contratti e negli statuti o atti costitutivi di enti (società, fondazioni, associazioni, etc.). Ciò significa che, a prescindere dalle materie per le quali è prevista l’obbligatorietà ex lege, le parti potranno rendere obbligatorio ex contractu il tentativo di mediazione -con gli effetti della improcedibilità della domanda giudiziale- inserendo una apposita clausola.

Al riguardo occorre precisare che sarà opportuno che la clausola sia formulata correttamente e non lasci dubbi circa l’intento delle parti perché si svolga preventiva-

Clausola di mediazione

Tutte le controversie derivanti dal presente contratto saranno preventivamente sottoposte ad un tentativo di mediazione finalizzato alla conciliazione secondo le disposizioni di cui al D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28. A tal fine le parti si obbligano a non intraprendere alcuna azione legale o giudiziale se non all'esito negativo del procedimento di mediazione.

[La clausola potrà essere completata come segue indicando l'Organismo prescelto ed eventualmente anche la sede per il procedimento]

Le parti di comune accordo indicano quale Organismo di mediazione per lo svolgimento del procedimento _____ [indicare un Organismo accreditato presso il Ministero della Giustizia; l'elenco aggiornato è disponibile sul sito web www.giustizia.it] e fissano quale sede dello stesso _____ ovvero la sede più vicina a quella di stipula del presente contratto tra quelle previste dall'Organismo prescelto al tempo dell'attivazione della procedura.

mente il procedimento di mediazione. Peraltro, non appare irrilevante segnalare che la scelta preventiva (che potrebbe ovviamente essere adottata in qualsiasi materia e, quindi, anche in una materia per la quale è prevista come obbligatoria ex lege) contribuirà non soltanto a connotare una relazione fondata sul fair-play negoziale, ma consentirà alle parti di individuare preventivamente l'Organismo di mediazione al quale affidare il procedimento, fissandone altresì anche la sede. Una selezione preventiva dell'Organismo permetterà dunque di scegliere con accuratezza lo stesso, valutandone la serietà, l'esperienza, la specializzazione, i costi, le regole, oltre che a fissare la sede sulla base di quanto offerto proprio dall'Organismo prescelto. Pertanto, anche nelle materie oggetto di obbligatorietà legale sarà utile inserire la clausola in maniera tale da evitare che nel momento dell'eventuale lite possa essere soltanto una delle parti ad individuare l'Organismo, fissando così - seppure indirettamente - anche le regole del procedimento.

Ed invero l'architettura normativa del D.Lgs. 28/2010 delinea una struttura di base nella quale gli Organismi preposti adotteranno regole procedurali ed organizzative differenti che non sempre potranno risultare adeguate alla definizione degli interessi delle parti in contesa. Queste ultime non potranno incidere sui regolamenti

procedurali degli Organismi (che dovranno essere conformi al D.Lgs. 28/2010 ed approvati dal Ministero della Giustizia), ma potranno scegliere, nella molteplicità dell'offerta tra enti pubblici e privati che va delineandosi, quello che ritengono meglio possa rispondere alle specifiche esigenze della possibile futura controversia. Risulta quindi utile e per ciò stesso consigliabile l'inserimento consapevole di una clausola di mediazione anche in quei contratti nei quali il legislatore obbliga le parti al tentativo di mediazione. Laddove questa obbligatorietà non è prevista sarà invece raccomandabile →

La mediazione obbligatoria

Con decorrenza dal 20 marzo 2011 in talune materie è previsto l'obbligo di avviare un tentativo di mediazione prima di agire in giudizio, ed in particolare:

- condominio
- diritti reali
- divisione
- successioni ereditarie
- patti di famiglia
- locazione
- comodato
- affitto di aziende
- risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti
- risarcimento del danno derivante da responsabilità medica
- risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità
- contratti assicurativi
- contratti bancari
- contratti finanziari

Il procedimento di mediazione deve essere avviato presso gli Organismi autorizzati ed il suo esperimento è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.

← considerare tale opportunità, in quanto potrà rafforzare sin dalla fase costitutiva del rapporto e con effetti duraturi la reciproca fiducia tra le parti, accompagnandole nella eventuale fase critica dello stesso. In tal modo si sceglierà in maniera preventiva e consapevole come affrontare una pur possibile lite optando per una modalità consensuale, valutando anche l'opportunità di indicare l'Organismo e suo tramite anche le regole che disciplineranno il procedimento.

Nondimeno, in una logica nella quale si affinano sempre più gli strumenti alternativi e si ampliano in fase preventiva le opportunità per le parti di disciplinare le procedure che si intenderanno utilizzare all'insorgere della eventuale lite, potranno valutarsi soprattutto per i rapporti tra imprese le cosiddette clausole multi-step, cioè quelle mediante le quali si prevede per gradi l'accesso a forme alternative di risoluzione delle controversie. L'esempio principale e che bene si presta ad integrare forme facilitative con forme aggiudicative è la clausola

cosiddetta "med-arb". Si tratta della clausola con la quale le parti affidano la soluzione della controversia ad un procedimento di mediazione; l'eventuale esito negativo dello stesso attiva automaticamente l'accesso alla procedura arbitrale (non necessariamente dinanzi allo stesso ente) preferibilmente di tipo amministrato che ne garantisce l'organizzazione, consentendo anche costi predeterminati ed accessibili.

Una sfida per le imprese e i loro consulenti a ricercare sin dalla fase costitutiva del rapporto, anche di tipo societario, forme e soluzioni idonee nella prospettiva di una gestione rapida, economica ed efficace del contenzioso insito nell'attività d'impresa: se il conflitto è inevitabile, resta la scelta degli strumenti da adottare per valorizzare le opportunità offerte da una gestione consensuale e propositiva dello stesso e che trova stimoli nella nuova normativa sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle liti in materia civile e commerciale.

EFFETTI SOSTANZIALI DELLA DOMANDA DI MEDIAZIONE

Per favorire il ricorso alla mediazione il tempo necessario per espletarne il tentativo non deve pregiudicare il diritto in contestazione. In virtù delle norme civilistiche comuni si potrebbe al più attribuire alla relativa istanza gli effetti di una costituzione in mora, non avendosi alcun effetto né sui termini di decadenza né sui termini di prescrizione dei diritti reali e dei diritti potestativi, residuando solo l'effetto di interrompere il termine di prescrizione del diritto nelle obbligazioni. Per evitare questi inconvenienti l'art. 5, 6° comma, del D.Lgs. n. 28 del 2010 ha previsto che dalla comunicazione alle altre parti della domanda di mediazione si producono sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale e s'impedisce la decadenza per una sola volta, fermo restando che se il tentativo fallisce la domanda giudiziale va proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale presso l'organismo. Il legislatore si è ispirato alla previgente disciplina della conciliazione stragiudiziale societaria, apportandovi un correttivo in riferimento alle decadenze, precisando che esse sono impedito "una sola volta". Ma, alla domanda di

Mauro Bove,
*Ordinario di Diritto
processuale civile
Preside della Facoltà
di Giurisprudenza
dell'Università di Perugia*



mediazione non si applica l'art. 2967 c.c., verificandosi solo l'interruzione e la sospensione dei termini di decadenza, per cui, se il tentativo fallisce, la domanda giudiziale va proposta entro l'intero termine di decadenza (si faccia l'esempio dell'azione risarcitoria di cui all'art. 2377, 6° comma, c.c.). Tuttavia, ed è qui il correttivo, per evitare di lasciare aperto potenzialmente all'infinito il termine di decadenza, i descritti effetti sono ipotizzabili in collegamento ad una sola domanda di mediazione. Questa disciplina potrebbe comportare qualche problema pratico nel collegare i descritti effetti sostanziali, non al deposito della domanda presso l'organismo, bensì alla comunicazione di essa alle altre parti, per cui l'istante resta in balia dell'attività dell'organismo per un certo periodo di tempo. Il legislatore ben avrebbe potuto, pur collegando gli effetti sulla prescrizione e la decadenza a detta comunicazione, farne retroagire la produzione proprio al momento del deposito della domanda. Residua poi il rilievo per cui la produzione di effetti sostanziali è possibile solo se nella domanda è precisamente individuato il diritto che si mette in gioco.