

## La clausola di mediazione

**Autore:** Castellana Alessia

**In:** Diritto civile e commerciale

### **Disciplina secondo il d. Lgs. 28/2010. Evoluzione giurisprudenziale sulla natura e gli effetti delle clausole di mediazione concordata nel processo**

**SOMMARIO.:** 1. La clausola di mediazione come espressione di mediazione c.d. concordata nel D. Lgs. 28/2010 - 2. La natura della clausola di mediazione nella giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. 28/2010 - 3. La natura della clausola di mediazione nella giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del D. Lgs. 28/2010 - 4. Volume

### **1. La clausola di mediazione come espressione di mediazione c.d. concordata nel D. Lgs. 28/2010**

Nell'ambito del D. Lgs. 28/2010 e precisamente nel capo II che norma il procedimento di mediazione, è consentito alle parti che sottoscrivono un contratto, statuto, o atto costitutivo di un ente, di inserire una **clausola di mediazione o conciliazione**. Tale opportunità incontra la sempre più diffusa esigenza di avvalersi della c.d. **mediazione concordata** e di poter così accedere alla procedura della mediazione o all'arbitrato in via pregiudiziale, prima di esperire iniziative e azioni innanzi all'autorità giudiziaria.

La mediazione c.d. concordata, trova pertanto spazio accanto a quella obbligatoria, volontaria e delegata dall'autorità giudiziaria.

In particolare, **l'art. 5, comma V**, intitolato 'la **condizione di procedibilità** e i **rapporti con il processo**' prevede espressamente che: "...se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. **La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola**, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, **le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.**[1]

Pertanto, qualora in caso di controversia la clausola non venga rispettata, tale circostanza può essere

efficacemente eccepita in sede di prima difesa dalla parte che ha subito il mancato adempimento dell'obbligazione concordemente assunta dalle parti in sede contrattuale, statutaria o costitutiva.

In concreto, laddove il tentativo non venga esperito, il giudice o l'arbitro, a seguito di eccezione della parte interessata a far valere l'inosservanza, assegna alle parti un **termine di quindici giorni** affinché venga depositata l'istanza di mediazione, contestualmente fissando la successiva udienza una volta decorso il termine di durata massima del procedimento fissato dalla legge in tre mesi.

## **2. La natura della clausola di mediazione nella giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. 28/2010**

E' evidente che il D. Lgs. 28/2010 ha avuto ed ha una portata rivoluzionaria: precedentemente alla riforma, la giurisprudenza aveva avuto modo di esprimersi in ordine alla natura delle c.d. clausole di mediazione e di conciliazione, escludendo in radice che l'inserimento di tali previsioni comportasse una rinuncia alla tutela giurisdizionale. Tale assunto, portava come esito che il mancato rispetto della clausola e il mancato esperimento del tentativo di conciliazione pattiziamente previsto, non costituissero un impedimento alla proponibilità e procedibilità dell'azione in sede giudiziaria. [2]

In virtù di tale orientamento, era da escludere che la clausola portasse in se' elementi di vessatorietà ai sensi dell'art. 1341 c.c. o, nell'ambito delle disposizioni in materia di consumo, fosse da ritenersi abusiva ex se. Anche perché, se si fosse affermato il contrario, la natura vessatoria sarebbe stata rilevabile d'ufficio, con conseguente declaratoria di nullità e/o inefficacia della clausola medesima e derivante proponibilità dell'azione. [3]

La Corte di Cassazione nel 2008 aveva avuto modo di evidenziare che il mancato rispetto delle clausole qui esaminate, non comportassero l'improcedibilità, neppure in via temporanea, dell'azione giudiziaria eventualmente promossa senza aver preventivamente ottemperato all'obbligo pattizio, posto che, come accennato sopra, la sussistenza di clausole di mediazione non corrispondeva ad una rinuncia alla tutela giurisdizionale. Pertanto, in vigenza di tale orientamento, l'unica conseguenza derivante dal mancato adempimento contrattuale, poteva rinvenirsi nell'azione di risarcimento del danno eventualmente cagionato. [4]

## **3. La natura della clausola di mediazione nella giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del D. Lgs. 28/2010**

Benché la mediazione concordata costituisca un'ipotesi ancora poco diffusa, rappresenta un'occasione di

incontro di due esigenze fondamentali: quella delle parti, di autodeterminarsi rispetto alla previsione di un percorso conciliativo preliminare al giudizio; quella del legislatore, di statuire in alcuni casi l'obbligatorietà della mediazione. In entrambi i casi, l'obiettivo è quello di contribuire alla **diffusione della cultura della mediazione** e, più in generale, di qualsivoglia soluzione alternativa al conflitto in sede giudiziale.

La mediazione c.d. concordata **sorge volontariamente in fase contrattuale**, quindi antecedentemente al momento in cui nasce il conflitto e per tale ragione si ritiene sempre più frequentemente e ragionevolmente che sia la chiara espressione dell'intenzione delle parti, di tentare una preventiva composizione della controversia eventualmente insorta al di fuori del giudizio.

Di tale avviso è anche la più recente giurisprudenza. L'anno 2017 è stato particolarmente fervido e in ragione della formulazione attuale della norma le pronunce di merito si sono espresse in senso diametralmente opposto rispetto ai precedenti giurisprudenziali.

In particolare, **il patto con cui le parti decidono di vincolare il diritto di agire in giudizio al preventivo esperimento della procedura di mediazione è a parere dei giudici di merito da intendersi valido e legittimo**; non solo, **in caso di violazione**, non mancano pronunce in cui il principio sancito è nel senso di un dovere del magistrato a dichiarare l'**improcedibilità della domanda** giudiziale ogniqualvolta il patto stesso venga disatteso. [5]

Talmente pregnante è l'interpretazione recente che la giurisprudenza sente di attribuire alla natura delle c.d. clausole di mediazione quale condizione di procedibilità volontaria, che addirittura in una pronuncia il Tribunale di Taranto ha ritenuto che "... la clausola contrattuale conciliativa che statuisce l'obbligo del preventivo tentativo di mediazione prima di adire l'autorità giudiziaria, è inefficace qualora carente della espressa sanzione di improcedibilità in caso di inosservanza..." [6]

Vale senz'altro la pena di evidenziare che tale è il livello di affidabilità e adeguatezza delle clausole di conciliazione in sede contrattuale, che le stesse Camere di Commercio propongono da tempo ipotesi di **clausole tipo**, tra cui si sottopone all'attenzione del lettore quella che segue: "Le parti sottoporranno tutte le controversie derivanti dal presente contratto o collegate ad esso - ivi comprese quelle relative alla sua interpretazione, validità, efficacia, esecuzione e risoluzione - al tentativo di mediazione secondo le disposizioni del Regolamento di Mediazione Civile e Commerciale del..." ... (Organismo di mediazione prescelto)... "...che le parti espressamente dichiarano di conoscere e di accettare integralmente. Le parti si impegnano a ricorrere alla mediazione prima di iniziare qualsiasi procedimento arbitrale o giudiziale." [7]

Uno strumento di ADR potenzialmente applicabile ad ogni tipologia contrattuale, statutaria e costitutiva in continua crescita.

## **Volume consigliato**

Fonti:

1. 5, comma V D. Lgvo. n. 28/2010
2. Civile, sez. I, 3 dicembre 1987 n. 8983
3. Taranto, sez. Ginosa, 25 novembre 2008
4. Civ., sez. III, 28 novembre 2008, n. 28402
5. Tribunale di Roma, sez. VIII, 10 ottobre 2017 n. 20690
6. Tribunale di Taranto, Sez. I civile, 22 agosto 2017
7. <https://www.camera-arbitrale.it/it/mediazione/clausole-di-mediazione.php?id=482> Camera Arbitrale di Milano

**Note**

[1] Art. 5, comma V, D. Lgs 28/10: l'articolo così come formulato, è stato così sostituito dall'art. 84, comma 1, lett. e), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98; per l'applicabilità di tale disposizione vedi il comma 2 dell'art. 84 del medesimo D.L. n. 69/2013.

[2] Cass. Civile, sez. I, 3 dicembre 1987 n. 8983

[3] Trib. Taranto, sez. Ginosa, 25 novembre 2008

[4] Cass. Civ., sez. III, 28 novembre 2008, n. 28402

[5] Tribunale di Roma, sez. VIII, 10 ottobre 2017 n. 20690

[6] Tribunale di Taranto, Sez. I civile, 22 agosto 2017

[7] <https://www.camera-arbitrale.it/it/mediazione/clausole-di-mediazione.php?id=482> Camera Arbitrale di Milano

<https://www.diritto.it/la-clausola-di-mediazione/>