

## La clausola di mediazione (con particolare riferimento ai contratti di appalto e franchising)\*

di Giulio Spina\*\*

1. Il tema affidatomi è di certo assai complesso e specifico: la clausola di mediazione, con particolare riferimento ai contratti di appalto e *franchising*. Ma proprio tali ambiti contrattuali mi pare possano fornire interessanti spunti di riflessione con riferimento alla tematica dell'applicazione della clausola di mediazione di cui all'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28 del 2010<sup>1</sup>.

Preliminarmente vorrei condividere con voi una riflessione di fondo, che concerne proprio quel rapporto tra mediazione facoltativa ed obbligatoria cui si è appena accennato e nel quale si innesta il tema della clausola di mediazione. Ci si riferisce, in particolare, alla considerazione secondo cui l'obbligatorietà della mediazione *“sembrebbe essere in contrasto con lo spirito stesso di tale istituto”* il quale, invece, si basa sull'incontro delle libere volontà delle parti in lite<sup>2</sup>.

---

\* Il testo riproduce, con integrazioni, la Relazione tenuta al *Primo Convegno nazionale “La mediazione civile e tributaria”*, Torino (Sala del Senato, Palazzo Madama), 29 aprile 2013, patrocinato dalla rivista *La Nuova Procedura Civile*.

\*\* Dottore di ricerca IAPR e Cultore di Diritto processuale civile; Direttore [Osservatorio Nazionale sulla Mediazione Civile](#); Coordinatore Redazionale [La Nuova Procedura Civile](#).

<sup>1</sup> D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, *“Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”* (in *Gazzetta Ufficiale* 5 marzo 2010 n. 53).

Per tutti i riferimenti normativi in tema di mediazione può farsi riferimento alla sezione “normativa” dell'Osservatorio Nazionale Mediazione Civile (<http://osservatoriomediazione civile.blogspot.it/>), nonché a G. SPINA (a cura di), *Codice della mediazione e della conciliazione*, Primiceri Editore, 2013 (in corso di stampa).

L'art. 5, comma 5, D.lgs. n. 28 del 2010 prevede che – salvo quanto disposto dai commi 3 e 4 in tema, rispettivamente, di disciplina applicabile e forma degli atti di mediazione ed accesso alla mediazione – *“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”* (il quale dispone che il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi). Inoltre, a norma della seconda parte del medesimo comma 5 *“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”*.

Quanto alla domanda di mediazione, lo stesso comma 5 precisa poi che questa *“è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto”*; ciò, fermo il rispetto del criterio di cui all'art. 4, comma 1 del medesimo D.lgs. n. 28 del 2010 a norma del quale *“in caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda”* (lo stesso art. 4, comma 1 precisa inoltre che *“per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione”*).

In ogni caso, precisa l'art. 5, comma 5 in commento, *“le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto”*.

<sup>2</sup> In questi termini si veda G. SPINA, *L'obbligatorietà della media-conciliazione ex d.lgs 28/10 nel processo locazione ex art 447-bis*, in E. BRUNO, V. VASAPOLLO (a cura di), *Codice delle locazioni*, Cedam, 2012, p. 571 e 572.

Da un lato, mi pare innanzitutto opportuno rilevare come il tema della mediazione concordata sia stato, da parte dei più, un po' – per così dire – sottovalutato.

Spesso, infatti, parlando delle ipotesi di mediazione previste dal D.lgs. n. 28 del 2010, si ricordano quasi esclusivamente la mediazione c.d. facoltativa (le parti scelgono liberamente di tentare di raggiungere amichevolmente tra loro un accordo risolutivo della controversia tramite il procedimento di mediazione), quella demandata dal giudice (le parti nel corso di un processo già iniziato vengono invitate dal giudice a tentare il percorso di mediazione e possono aderire o meno a tale invito<sup>3</sup>) nonché la c.d. mediazione obbligatoria (le parti sono tenute, prima di rivolgersi al giudice, ad esperire il procedimento di mediazione; ipotesi di mediazione, prevista dall'art. 5, comma 1 D.lgs. n. 28 del 2010, di recente censurata dalla Corte Costituzionale<sup>4</sup>); restando invece, sovente, per – così dire – trascurata l'ipotesi della mediazione attivabile, appunto, tramite clausola contrattuale (o statutaria ovvero prevista dall'atto costitutivo di un ente)<sup>5</sup>.

Anche i dati sulla diffusione della mediazione nel nostro Paese confermano la poca attenzione attribuita, nella prassi, alla mediazione concordata. Basti al riguardo leggere i dati ministeriali: ad esempio quelli relativi al periodo marzo 2011 – marzo 2012 evidenziano come circa il 77% delle mediazioni sia ascrivibile alla categoria della c.d. mediazione obbligatoria, il 2,7% a quella demandata, quasi il 20% a quella volontaria o facoltativa, mentre solo lo 0,5% dei procedimenti risulta riconducibile alla categoria della mediazione concordata<sup>6</sup>.

D'altro canto, invece, la mediazione concordata – mi pare – può rappresentare un formidabile punto di incontro tra l'esigenza della necessaria

---

<sup>3</sup> L'art. 5, comma 2, D.lgs. n. 28 del 2010 dispone al riguardo che il giudice, “*valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione*”; inoltre, “*se le parti aderiscono all'invito*”, il giudice dispone un rinvio d'udienza.

<sup>4</sup> Con la sentenza n. 272 del 2012 il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina relativa alla c.d. mediazione obbligatoria. Per quanto qui rileva, basti ricordare che le critiche mosse all'istituto in parola hanno riguardato sia la violazione dell'art. 24 Cost. (lesione del diritto costituzionale di accesso alla giustizia) sia profili di violazione degli artt. 76 e 77 Cost. per eccesso di delega legislativa (essendo da escludere che la previsione dell'obbligatorietà della mediazione possa rientrare nella discrezionalità concessa alla legislazione delegata di cui al D.lgs. n. 28 del 2010, in assenza di riferimenti al riguardo nella legge delega di cui all'art. 60, L. n. 69 del 2009): la Consulta ha però dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010 solo per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., ovvero per eccesso di delega legislativa, senza dunque analizzare (in quanto assorbiti nell'evidenziato profilo dell'eccesso di delega legislativa) le censure di incostituzionalità dell'obbligatorietà della mediazione rispetto all'art. 24 Cost.; con la conseguenza che la disciplina della mediazione obbligatoria, e a maggior ragione l'istituto della mediazione in generale, appare non aver subito alcuna bocciatura per così dire sul piano sostanziale, non risultando pertanto inficiata, né giuridicamente, né concettualmente, la bontà dell'istituto in analisi.

Sul punto si rimanda a G. SPINA, *L'illegittimità costituzionale della c.d. mediazione obbligatoria per eccesso di delega legislativa* (nota a Corte Costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272), in [La Nuova Procedura Civile, n. 1 del 2013, in part. pp. 136 e 137](#). Sulle numerose questioni ancora aperte in tema di mediazione civile si veda autorevolmente, di recente: P. SANDULLI, *Le alternative al giudizio e l'economia di mercato, alla luce della sentenza n. 272/2012 della Corte Costituzionale*, in [La Nuova Procedura Civile, n. 1 del 2013, pp. 147 e ss.](#)

<sup>5</sup> In dottrina, tra gli Autori che hanno invece da subito identificato tale quarta ipotesi come un'ipotesi di mediazione distinta dalle tra precedenti si segnala CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Volume III, Giappichelli Editore, 2010, p. 35.

<sup>6</sup> Tale *trend* è confermato anche dalle più recenti rilevazioni statistiche curate dalla Direzione Generale di Statistica del Ministero della Giustizia: dati statistici sulla mediazione aggiornati al 30 giugno 2012 e al 31 dicembre 2012 (i dati ministeriali e le relative analisi sono state curate dall'[Osservatorio Nazionale sulla Mediazione Civile](#)).

libertà in capo alle parti con riferimento alla volontà di intraprendere un percorso conciliativo (esigenza – per così dire – naturalmente legata alla *ratio* stessa dell'istituto, appunto imperniato sull'incontro delle libere volontà delle parti in lite)<sup>7</sup> e quella dell'obbligatorietà della mediazione (quale mezzo scelto legislatore delegato del 2010 per “*contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie*”<sup>8</sup>)<sup>9</sup>.

La clausola di mediazione, infatti, sì, obbliga le parti ad intraprendere un percorso conciliativo prima di rivolgersi al giudice, ma con sostanziali differenze rispetto all'obbligatorietà di cui al richiamato primo comma dell'art. 5. Ciò, in particolare, perché tale obbligo:

-non nasce contemporaneamente alla nascita del conflitto, ma in un momento precedente;

-non è imposto alle parti (nella specie dalla legge), ma nasce da una loro libera scelta.

È peraltro evidente che una previa pattuizione circa l'obbligo di rivolgersi al mediatore, pattuizione contrattuale quindi precedente al nascere dell'eventuale lite, risulta di fondamentale importanza per evitare che, in assenza di tale pattuizione, ci si rivolga poi direttamente al giudice: in pratica, le parti sono di certo maggiormente disposte a scegliere di intraprendere un eventuale e futuro percorso conciliativo quando tra loro non è ancora sorta alcuna controversia, piuttosto che quando questa sia ormai sorta e dunque, in termini più o meno grave, la comunicazione tra loro già compromessa.

2. Pensando proprio ai contratti di appalto e franchising (ma non solo), va però considerato che spesso, in sede di sottoscrizione di un contratto, sussiste, in pratica, uno squilibrio tra le parti (le c.d. asimmetrie informative, economiche o contrattuali, etc.); squilibrio che ovviamente più riverberarsi sul concreto contenuto della clausola di mediazione.

Si pensi proprio al caso del franchising<sup>10</sup> e alla parte debole del contratto, l'affiliato<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> In argomento si veda P. LUCARELLI, *Procedimento di mediazione e questioni di senso*, in *Foro it.*, 2011, V, p. 213 e G. ARMONE - P. PORRECA, *Costi della mediazione tra dubbi di costituzionalità e giustizia coesistenziale*, in *Foro it.*, 2011, V, p. 206.

<sup>8</sup> Così la Relazione illustrativa al Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, in relazione all'art. 5, comma 1.

<sup>9</sup> In dottrina, peraltro, c'è chi ha ipotizzato una natura “*sperimentale*” dell'obbligatorietà della mediazione nell'ottica della diffusione della conoscenza del nuovo istituto, la quale “*a regime*” dovrebbe invece essere legata alla totale libertà di scelta delle parti. R. CAPONI, *Mediazione: il quadro delle novità*, in *Foro it.*, 2011, V, p. 198.

<sup>10</sup> Il contratto di franchising (o affiliazione commerciale) è disciplinato dalla L. 6 maggio 2004, n. 129, “*Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*” (in *Gazzetta Ufficiale* 24 maggio 2004, n. 120). In sostanza, si tratta di un contratto a prestazioni corrispettive fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti (sostanzialmente imprenditori) con cui uno (*franchisor* o affiliante o concedente) concede all'altro (*franchisee* o affiliato), a fronte di un corrispettivo (diritto di ingresso e canone periodico, c.d. *royalties*), la disponibilità “*di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale*” (“*relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale*”), “*inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi*” (diritto di vendere i prodotti del franchisor, o di produrre il bene o il servizio). Art. 1, L. n. 129 del 2004. Si ricorda, inoltre, che si suole distinguere tra *franchising* di distribuzione, di servizi ed industriale.

In dottrina si veda, tra gli altri, A. BONFANTE, *L'evoluzione normativa* in O. CAGNASSO (a cura di), *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, Giappichelli, 2005, F. BORTOLOTTI, *Il Contratto di franchising. La nuova Legge sull'affiliazione commerciale. Le norme antitrust europee*, Cedam, 2004, M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2004.

Il concedente, inoltre, stipula numerosi contratti di affiliazione con altrettanti affiliati, che dunque, all'atto della stipula del contratto, si trovano spesso in pratica a sottoscrivere una sorta di contratto-*standard*, sul quale, quindi, poco essi possono in concreto incidere.

È questo un altro elemento da tenere presente con riferimento all'inserimento ed alla sottoscrizione di clausole di mediazione in ambito di *franchising*.

Come noto, infatti, varie sono le tipologie di clausole conciliative da potersi utilizzare, e ciò sotto diversi punti di vista.

Senza alcuna pretesa di esaustività, vi sono infatti quelle che individuano a priori l'organismo di mediazione cui rivolgersi o quelle che delimitano solo l'ambito territoriale all'interno del quale successivamente scegliere l'eventuale organismo; le conseguenze della scelta di tali tipologie di clausole sono evidenti proprio, tra l'altro, con riferimento alle note peculiarità del contratto di *franchising*, che spesso vede la sede della parte più forte, il concedente (che tra l'altro è il soggetto che nella prassi presenta il contratto al potenziale affiliato), in un territorio spesso anche assai distante da quello della sede dell'affiliato: notevole è al riguardo il disagio, anche meramente economico, per quest'ultimo di partecipare ad un procedimento di mediazione in un luogo distante da dove svolge questi svolge la propria attività. Vi sono poi quelle clausole che prevedono addirittura le caratteristiche che il singolo mediatore dovrà possedere o che possono prevedere l'obbligo di rivolgersi ad un organismo che regoli in un determinato modo il potere del mediatore di formulare proposte conciliative o, ancora, quelle che stabiliscono precise disposizioni procedurali (ovviamente ulteriori rispetto a quelle legislative e quelle proprie che ogni singolo organismo definisce col proprio regolamento). È ben possibile, inoltre, che una clausola di mediazione circoscriva il proprio ambito applicativo, prevedendo, magari, l'obbligatorietà della mediazione solo per determinate controversie relative al contratto. È questo il tema – oggetto di dibattito – che vede contrapposte le tesi, da un lato, dell'opportunità di prevedere clausole di mediazione quanto più dettagliate e precise, e, dall'altro lato, che invece sostiene l'esigenza di lasciare più vaga la clausola di mediazione, nell'ottica – come ad esempio il legislatore delegato ha fatto in tema identificazione della territoriale degli organismi di mediazione – di evitare il rischio di quella che è stata definita un'"impropria giurisdizionalizzazione" della mediazione; ciò, tuttavia, magari precisando nella clausola medesima che essa riguarda tutte le controversie inerenti il contratto e, in particolare, la sua interpretazione, validità, efficacia, esecuzione e risoluzione.

---

<sup>11</sup> Sul punto si veda A. FICI, *commento all'art. 1* (L. n. 129 del 2004), in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile*, Utet, 2011, p. 260, secondo cui, tra l'altro, la debolezza del *franchisee*, cui la disciplina di cui alla l. n. 129 del 2004 cerca di porre rimedio, è sia una debolezza informativa, sia una debolezza economica.

In argomento si veda anche G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Cedam, 2009 e V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 669 e ss., il quale parla di *franchisee* come "fisiologicamente debole" rispetto al *franchisor*.

A tale riflessione può aggiungersi, poi, che riveste importanza non solo il testo della clausola di mediazione, ma il senso che essa assume all'interno dell'intero contenuto negoziale (quindi del contratto nel suo complesso).

Guardando ancora ai contratti di *franchising*, infatti, può notarsi che spesso essi siano caratterizzati, specchio dell'asimmetria tra le parti<sup>12</sup>, dall'assenza, appunto, di simmetria (sia quantitativa, sia qualitativa) fra le obbligazioni a carico dell'una e dell'altra parte:

- quelle di pertinenza dell'affiliato, infatti (la parte debole cui si è fatto riferimento), sono sovente di gran lunga più numerose;  
- inoltre, alla formulazione dettagliata degli impegni dell'affiliato, corrispondono spesso espressioni e formule per così dire più evanescenti (o quantomeno più sfumate) per il *franchisor*.

In tema di franchising si può qui solo rimandare – ma è opportuno farlo – alla L. 6 maggio 2004, n. 129 (recante *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*) che, con un evidente *favour* conciliazione (nei confronti sia della tutela giurisdizionale, sia dell'arbitrato), già aveva previsto la possibilità per le parti di convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, dovesse essere fatto un tentativo di conciliazione. Ricordo solo che il legislatore aveva ivi identificato un criterio di competenza territoriale: il tentativo di conciliazione doveva svolgersi presso la camera di commercio nel cui territorio ha sede l'affiliato (il soggetto debole)<sup>13</sup>.

3. Sebbene sotto altra veste, anche con riferimento al contratto di appalto va sottolineato il rischio di una certa asimmetria contrattuale tra le parti.

---

<sup>12</sup> In argomento si veda, tra gli altri, G. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti di impresa (B2b)*, in *Contratto e impresa*, 2008 e D. MAFFEIS, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006.

<sup>13</sup> L'Art. 7, L. n. 129 del 2004, rubricato "Conciliazione" dispone quanto segue "per le controversie relative ai contratti di affiliazione commerciale le parti possono convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, dovrà essere fatto un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede l'affiliato. Al procedimento di conciliazione si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 38, 39 e 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni".

Peraltro, quali ulteriori elementi che mi paiono di rilievo in tema di applicazione della mediazione concordata alla fattispecie contrattuale in parola, nonché per l'identificazione delle più opportune clausole di mediazione in materia, un'indagine del 2005 della Camera di Commercio di Milano (C. VACCÀ, *Rapporti di franchising e prassi contrattuale*, ISDACI, Camera di Commercio di Milano, dicembre 2005) aveva già evidenziato la notevole diffusione di "canali, anche informali, di mediazione delle tensioni" relative all'applicazione dei contratti di *franchising*, in quanto:

- "le rivendicazioni che più facilmente possono essere oggetto di tali conflitti concernono – di regola – questioni "minori" rispetto a quelle destinate a sfociare in procedimenti arbitrali o giudiziari (margini di autonomia degli affiliati in sede di acquisto dei repertori merceologici, es. collezioni stagionali; modalità di effettuazione dei saldi e delle campagne promozionali; ritiro dell'invenduto; la ripartizione degli oneri inerenti pubblicità locale e nazionale; gli obblighi di acquisto delle attrezzature d'ufficio, degli arredi, del materiale promozionale)": questioni – si ritiene – che ben paiono poter trovare risoluzione maggiormente soddisfacenti per le parti in sede di mediazione, piuttosto che d'avanti ad un giudice;
- la principale causa della conflittualità concerne l'impossibilità (o l'incapacità) di conseguire i risultati economici attesi dall'affiliato, con riferimento alla quale, ancora, un percorso conciliativo pare poter offrire maggiori chances risolutive di una sentenza.
- assai spesso i motivi di tensione che emergono "sono lo specchio di una situazione di crisi, di radicate incomprensioni, di striscianti ostilità, tali da precludere la prosecuzione dei rapporti fra le parti coerentemente alle aspettative iniziali": ancora una volta, dunque, emergono le potenzialità applicative dell'istituto della mediazione, tramite la clausola di cui all'art. 5, comma 5 D.lgs. n. 29 del 2010, alle controversie in parola.

Sebbene sotto altra veste, anche con riferimento al contratto di appalto va sottolineata una certa asimmetria contrattuale tra le parti (nella specie a vantaggio dell'appaltante): vale dunque anche qui quanto precedentemente osservato in merito alla stipulazione della clausola di mediazione ed al suo contenuto.

Connotata di peculiari caratteristiche è poi la tematica della mediazione, e dell'utilizzo della clausola di mediazione, in materia di appalti pubblici.

Va al riguardo innanzitutto ribadita la possibilità per la p.a. di essere parte in un procedimento di mediazione. Sul punto basti fare riferimento alle Linee guida ministeriali di cui alla Circolare n. 9/2012 del Dipartimento della funzione pubblica, che, pur prevedendo particolari disposizioni, ha confermato, in generale, la possibilità per la p.a. di prendere parte ad un procedimento di mediazione.

In tema di mediazione, va ad ogni modo fatto riferimento a quei rapporti contrattuali dove la p.a. agisce non nell'adozione di atti di natura autoritativa ma, appunto, secondo le norme di diritto privato (art. 1, comma 1-*bis*, L. n. 241/90<sup>14</sup>)<sup>15</sup>.

Al riguardo sarebbe interessante indagare in ordine ad una sorta di parallelismo che pare potersi intravedere tra quel processo che ha portato all'affermazione della partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo (quale istituto che permette a questi di collaborare con la p.a. nell'elaborazione della migliore decisione possibile; e quindi anche nell'ottica della prevenzione di successivi conflitti), e l'applicazione della mediazione alle controversie in cui sia parte una p.a. (come strumento che permetta, proprio tramite l'apporto vicendevolmente collaborativo delle parti in lite, una migliore definizione della controversia)<sup>16</sup>.

Con particolare riferimento agli appalti pubblici, l'ambito di applicazione della mediazione (e quindi della clausola di mediazione), va poi parametrato alla

---

<sup>14</sup> Legge 7 agosto 1990, n. 241, "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi" (in *Gazzetta Ufficiale* 18 agosto 1990, n. 192). Nella dottrina amministrativista si veda, tra i tanti, F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di) *Il nuovo procedimento amministrativo*, Roma, 2009, D. U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia: Linee generali di sviluppo e critica di alcune recenti «involuzioni»*, in *Foro amm. TAR* 2011, 11, 3779 e ss., nonché M. A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II (*Diritto amministrativo generale*), Milano, Giuffrè, 2000, 1184.

<sup>15</sup> In via generale, sulla qualità di parte della p.a. e sulle risoluzioni alternative delle controversie ove sia parte in lite una p.a. si veda A.R. TASSONE, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato in Rivista dell'arbitrato*, vol. X, n. 2/2000, F. LUBRANO, *La Pubblica Amministrazione come parte*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Giappichelli, 2008, nonché, conspecifico riferimento agli appalti pubblici, F. ASTONE, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2007.

<sup>16</sup> In generale, con riferimento al tema della partecipazione del privato ai processi decisionali pubblici si veda, tra gli altri, G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Cedam, Padova, 1997 e *Procedimento, procedura e partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, nonché S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2007.

luce del codice degli appalti (D.lgs. n. 163 del 2006)<sup>17</sup>. Il tema è assai complesso, ma non può qui non richiamarsi, quantomeno:

-l'art. 239 c, 2, secondo cui "le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, possono sempre essere risolte mediante transazione";

-la logica sottesa alla disciplina delle c.d. riserve e dell'accordo bonario di cui all'art. 240;

-nonché le disposizioni in tema di arbitrato, relative alle "controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee" (art. 241).

4. Alla luce di quanto, seppur brevemente, osservato, proprio sulla scorta delle peculiarità di tali ipotesi contrattuali, mi pare si possa innanzitutto ribadire che proprio il rapporto tra le imprese sia uno dei settori privilegiati per lo sviluppo della mediazione. E per questi termini va quindi ribadita la necessaria maggiore rilevanza da attribuirsi alla mediazione concordata.

Mi pare infatti che per quanto – seppur brevemente – evidenziato, le potenzialità di tale categoria di mediazione sono invece di assoluto rilievo<sup>18</sup>. E vanno poste in evidenza, soprattutto oggi. In questi termini mi pare un grande merito vada riconosciuto agli organizzatori del Convegno, che sia nella sessione mattutina, sia in quella pomeridiana, hanno previsto appositi spazi per tale tema.

In coerenza proprio con gli obiettivi del Convegno di favorire la diffusione della cultura della mediazione, di sensibilizzazione e di promozione della mediazione, vorrei condividere con voi la riflessione circa l'opportunità di discutere in merito all'ipotizzare (certo con le dovute cautele) forme di incentivazione, magari dal punto di vista fiscale, connesse all'utilizzo delle clausole di mediazione.

Da ultimo, le difficoltà anche redazionali (cui si è accennato) circa le clausole di mediazione, riportano all'attenzione anche il tema della necessità di coinvolgere nel processo di sviluppo e promozione dell'istituto della mediazione (anche concordata), tutte le professionalità relative alla gestione dei conflitti, quindi, in *primis*, anche quelle legali, non potendosi considerare la mediazione come un qualcosa di avulso e totalmente altro dal modo della

---

<sup>17</sup> Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE" (in *Gazzetta Ufficiale* 2 maggio 2006 n. 100, *Supplemento Ordinario* n. 107).

In argomento si rimanda, tra gli altri, a V. ITALIA (a cura di), *Il nuovo ricorso negli appalti pubblici*, Giuffrè, 2010.

<sup>18</sup> Sul punto si vuole sottolineare esclusivamente che se da un lato le varie categorie di mediazione (obbligatoria, facoltativa, demandata e concordata) possono essere definite come distinte "ipotesi genetiche" di mediazione, in quanto tutte le richiamate forme rappresentano, in ultima istanza, solo diverse modalità con cui le parti si avvicinano all'istituto (sul punto si rimanda a G. SPINA, *Le questioni interpretative sottoposte dall'Italia alla Corte di giustizia UE in materia di mediazione civile e commerciale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Giuffrè n. 3-4/2012, p. 648), il cui procedimento rimane poi il medesimo, da un altro punto di vista vanno evidenziate alcune rilevanti differenze sostanziali tra le richiamate diverse ipotesi di mediazione (si pensi ad esempio, con particolare riferimento alla mediazione demandata dal giudice, come in quel caso, a differenza di quanto può avvenire in sede di mediazione facoltativa, le parti in lite già si stanno affrontando dinanzi ad un'autorità giudiziaria e quindi la partecipazione delle stesse alla mediazione avverrà di certo con l'assistenza dei propri difensori).

giustizia e delle professioni legali (esempio ne è proprio la scelta e definizione delle più opportune clausole contrattuali o statutarie di mediazione), apparendo invece quanto mai opportuno procedere verso un sempre maggior coinvolgimento, nell'ottica di una reciproca collaborazione, di tutte le professionalità coinvolte.

La Nuova Procedura Civile