
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

La mediazione "da clausola"

Articolo di **Valentina RENNA**¹

SOMMARIO: 1.- La mediazione concordata nel d.lgs. 28/2010: un punto d'arrivo. 2.- La disciplina della mediazione concordata nell'art. 5, comma 5, d.lgs. 28/2010. 2.1.- L'atteggiamento delle parti e il permanere della volontà conciliativa. 3.- L'efficacia delle clausole di mediazione prima del d. lgs. 28/2010. 4.- La redazione delle clausole di mediazione: i contenuti della volontà negoziale. 5.- La natura della clausola di mediazione: il contraente consumatore.

¹ Avvocato, Dottore di ricerca in diritto dell'economia e del mercato.

1. La mediazione concordata nel d.lgs. 28/2010: un punto d'arrivo

Si definisce mediazione concordata quella che origina da una clausola con cui le parti si impegnano a sottoporre controversie future ed eventuali, nascenti dal rapporto contrattuale o societario che stanno fondando, a un preventivo tentativo di mediazione².

In sostanza, le parti si obbligano a incontrarsi una volta insorta la controversia e lì si confrontano sulle possibilità di bonaria definizione della lite, con l'aiuto di un terzo che è privo di qualsiasi mandato in ordine al diritto sostanziale controverso³.

La stipula di una clausola che preveda l'utilizzo di strumenti alternativi di risoluzione del conflitto (ne sono esempio l'arbitrato e, appunto, la mediazione) rappresenta una delle massime espressioni di autonomia negoziale riconosciute ai contraenti: sono le parti a stabilire liberamente che si utilizzi uno strumento risolutivo che tenga il posto della, o semplicemente differisca la, fase contenziosa davanti al giudice.

Nondimeno, fino all'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010, mancava una disciplina di carattere generale sul vincolo consensuale che le parti assumono per ricorrere alla mediazione in caso di controversie, cosa che, peraltro, non inibiva l'utilizzo nella prassi, sia pure con esiti incerti, della clausola di mediazione.

Il legislatore italiano si era occupato finora, quasi esclusivamente, della determinazione pattizia in favore dell'arbitrato, dettandone una puntuale disciplina nel codice di rito; al contrario, spazio limitato era stato riservato alla mediazione, per lo più dedicato a forme eteroimposte di mediazione da utilizzarsi in ambiti specifici ovvero a sparute ipotesi di composizione bonaria della lite di tipo eteroguidato. L'unico richiamo alla mediazione da clausola, preesistente al d. lgs. 28/2010, era costituito dall'art. 40, comma 6, d.lgs. 5/2003 in materia di conciliazione societaria, oggi peraltro abrogato dall'art. 23 d.lgs. 28/2010.

In quella disposizione il legislatore aveva compiuto il «salto di qualità»⁴, in virtù della previsione secondo cui le clausole di mediazione di fonte negoziale potevano determinare l'arresto (temporaneo) del processo. Posto che la conciliazione non sostituiva il processo, per la prima volta se ne definiva l'effetto con riguardo allo stesso.

² F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, 2011, 173.

³ M. CURTI, *Profili processuali delle clausole di conciliazione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2000, 1041. Tale approccio è confermato dalla definizione di mediazione contenuta nell'art. 1, comma 1, d.lgs. 28/2010 «a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa».

⁴ F. DE SANTIS, *La conciliazione in materia societaria. Fondamenti negoziali, contrafforti pubblicistici e riflessi sul processo ordinario*, in Giurisprudenza Italiana, 2/2004, laddove si spiegava che «la clausola di conciliazione non prefigura un sistema di risoluzione delle controversie necessariamente alternativo alla giurisdizione statale, ma una sorta di «condizionamento» della medesima, nel senso che l'attività (necessaria) del giudice dello Stato può subire un temporaneo arresto nell'attesa che si avveri, ad iniziativa di parte, una «condizione» esterna al processo».

Quella novità, timidamente introdotta in un ambito specifico (le controversie societarie), ha ricevuto un sigillo definitivo nella disciplina organica della mediazione in materia civile e commerciale.

È il comma 5 del composito art. 5 d.lgs. 28/2010 a contemplare espressamente l'ipotesi di una pattuizione in favore della mediazione, offrendo la posizione del legislatore che mette l'accento sulla scelta libera e preventiva delle parti diretta alla gestione della fase patologica del rapporto. Si parla al riguardo di obbligatorietà convenzionale della mediazione⁵.

2. La disciplina della mediazione concordata nell'art. 5, comma 5, d.lgs. 28/2010

L'analisi del disposto impone di ricordare, in apertura, che la disciplina ivi contenuta riguarda le clausole di mediazione rientranti in un ambito di applicazione alquanto ampio, che è poi quello del d.lgs. 28/2010: quanto a dire, clausole inserite in schemi contrattuali in materia civile o commerciale o negli statuti e atti costitutivi delle società⁶.

In entrambi i casi vale il ben noto limite della disponibilità del diritto controverso⁷.

Replicando l'incipit del comma dedicato alla mediazione delegata («*Fermo quanto previsto dal comma 1 bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4*»), l'art. 5, comma 5, d.lgs. cit.⁸ dispone che se nel contratto, nell'atto costitutivo o nello statuto, le parti hanno inserito una clausola di mediazione o

⁵ R. MASONI, *Tipologie di mediazione nei rapporti col processo*, *Giur. merito* 2012, 65, § 7; o anche mediazione convenzionalmente obbligatoria, A. PETTA, *La mediazione obbligatoria nel giudizio oggettivamente complesso*, in *Giur. merito* 2012, 343, nota 21; nella vigenza della disciplina sulla conciliazione societaria (d. lgs. 5/2003) la mediazione da clausola inserita in contratti o statuti societari veniva definita facoltativamente obbligatoria, nel senso che le parti erano libere di pattuire detta clausola di conciliazione per le loro liti future e se si determinavano in questo senso, l'esperimento del tentativo di conciliazione diventava una condizione di procedibilità per la domanda giudiziale, BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, § 3.

⁶ C'è chi propende, stante la generalità della previsione, per l'applicazione della presente disciplina anche alle clausole di mediazione inserite in contratti collettivi in materia di controversie di lavoro - come regolamentate dall'ordinamento intersindacale e prive di una tipizzazione legislativa - che prevedano il preventivo esperimento della mediazione presso l'organismo intersindacale, cfr. C. CECHELLA, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro*, dopo la riforma del 2010: la conciliazione, in *Rivista dell'arbitrato* n. 3, 2011, § 5.

⁷ Quanto all'indagine sulla disponibilità dei diritti in materia di controversie societarie - da determinarsi in chiave collettiva - valga il rinvio a I. CAPELLI, *La disponibilità dei diritti nelle controversie societarie*, in *Rivista di diritto societario*, 3/2011, 670.

⁸ Art. 5, comma 5, d.lgs. 28/2010: «*Fermo quanto previsto dal comma 1 bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, 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.*»

conciliazione⁹, senza aver dato effettivo corso allo strumento risolutivo previsto, il giudice, su eccezione formulata nella prima difesa da una delle parti, assegna termine per proporre la domanda di mediazione, differendo il processo a successiva udienza per consentire lo svolgimento della mediazione nel termine di tre mesi previsto dalla legge (art. 6 d.lgs. cit.).

Come emerge dal testo, la disciplina in esame poco o nulla dice in ordine ad aspetti sostanziali della clausola di mediazione, soffermandosi, piuttosto, a regolare i rapporti tra mediazione avente fonte negoziale e processo.

Seguendo l'iter delineato dal legislatore anteporremo, nella trattazione, la considerazione dell'efficacia processuale della clausola di mediazione all'analisi degli aspetti più propriamente sostanziali.

Intanto, l'incipit del disposto è chiaro nello stabilire che la clausola di mediazione non confligge con le ipotesi in cui la mediazione sia obbligatoria per legge: anche nelle materie in cui è stata imposta la mediazione come condizione di procedibilità dell'azione (art. 5, comma 1 bis, d.lgs. cit.), resta ferma la possibilità per le parti di vincolarsi in via negoziale alla mediazione. Vincolo contrattuale e vincolo legale possono validamente coesistere: dal punto di vista squisitamente operativo, nel caso entrambi ricorrano, sarà la disciplina di cui al comma 1bis a prevalere e ad applicarsi¹⁰, visto l'inciso iniziale del disposto in commento.

Ciò significa che, nel caso il tentativo di mediazione non sia stato esperito, all'eccezione di parte sul punto (come si vedrà a seguire) si aggiunge anche la possibilità di un rilievo fatto d'ufficio dal giudice, nel più ampio termine concesso dal comma 1bis richiamato.

E' evidente che una previsione contrattuale non incide né limita l'obbligo di legge. Eppure la clausola di mediazione costituisce un valido mezzo per integrare, con la volontà privata, la procedura imposta dalla legge¹¹, colmando gli interstizi dalla stessa lasciati (questione di cui ci occuperemo oltre).

Così come, si ritiene che anche laddove le parti abbiano svolto un tentativo di mediazione, perché a tanto obbligatisi in una previsione contrattuale, poi fallito e sfociato in un giudizio, vi sia la possibilità per il giudice interessato della vertenza di disporre la mediazione *ex officio*, sempre che ricorrano le condizioni indicate dall'art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010.

Tuttavia, al di là e al di fuori del caso in cui concretamente mediazione obbligatoria per legge e per determinazione contrattuale vengano a coincidere, l'esistenza di una clausola di mediazione produce determinati effetti sul processo incardinato tra le parti per risolvere un conflitto che ha fonte nello schema contrattuale¹² contenente la stessa clausola di mediazione.

⁹ La lettera della norma parla di clausole di mediazione o conciliazione, apparentemente sovrapponendo concetti che, a partire dalla vigenza dello stesso decreto, sono inequivocabilmente distinti, indicando l'uno l'attività e l'altro il risultato positivo del percorso di mediazione. Non si esclude che l'utilizzo della locuzione «clausole di conciliazione» sia diretto a recuperare e a includere nell'applicazione della nuova normativa le determinazioni pattizie precedenti al d. lgs. 28/2010, usualmente denominate in tal modo. Nel presente contributo si utilizzerà in modo esclusivo la locuzione «clausola di mediazione».

¹⁰ F. SANTAGADA, *L'ambito applicativo della mediazione, i rapporti con il processo, la mediazione c.d. delegata*, in *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, B. SASSANI, F. SANTAGADA (a cura di), 2011, 19.

¹¹ R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, 2011, 175.

¹² Laddove non diversamente specificato, nel presente contributo il riferimento alle controversie nascenti da contratto comprende anche quello alle controversie relative ai

In effetti, grazie alla nuova disciplina della mediazione concordata, le parti ora sanno con certezza che stipulando una clausola di mediazione si vincolano all'impegno colà assunto, impedendosi reciprocamente l'immediato accesso alla tutela giurisdizionale.

Nel comma 5 dell'art. 5 sono indicate specifiche conseguenze per il caso in cui le parti abbiano previsto di risolvere con mediazione le controversie nascenti dal contratto che hanno concluso e poi non abbiano dato seguito a tale previsione pattizia, rivolgendosi piuttosto direttamente all'autorità giudiziaria per dirimere la controversia.

Il fatto che la domanda giudiziale sia stata proposta senza che il tentativo di mediazione risulti esperito può essere rilevato esclusivamente dalla parte nei cui confronti l'azione è stata esercitata: inequivocabile, da questo punto di vista, il testo della norma. A differenza di quello che accade per la mediazione obbligatoria per legge, qui non si dà il caso di un rilievo svolto d'ufficio dal giudice innanzi al quale la causa penda.

È solo la parte a poter proporre nella prima difesa¹³ l'eccezione relativa al mancato esperimento del tentativo di mediazione contrattualmente previsto. In particolare, nelle azioni di classe, l'iniziativa di parte, diretta a eccepire il mancato esperimento della mediazione concordata, sembrerebbe riservata alle parti processuali (attore e convenuto) e non agli aderenti¹⁴.

Quanto, poi, alla determinazione del termine entro cui svolgere l'eccezione, si ritiene che l'eccezione non deve necessariamente essere contenuta nella comparsa di risposta, potendo la stessa essere svolta anche in una comparsa depositata successivamente allo scadere del termine di cui all'art. 166 c.p.c.¹⁵.

Sia pur nel silenzio della norma, si argomenta che il mancato rispetto del termine ivi previsto faccia decadere la parte rimasta inerte¹⁶.

Davanti all'eccezione di clausola di mediazione, per sanare il vizio, il giudice, verificatane la fondatezza, non sospende il processo¹⁷ ma semplicemente rimanda le parti alla mediazione, concedendo loro termine di 15 giorni per proporre la relativa domanda, e disponendo al contempo un differimento delle attività processuali di almeno tre mesi, quale termine di durata massima della mediazione (art. 6 d.lgs. cit.).

Di talché, l'esistenza di una pattuizione sulla mediazione indica che le parti hanno già prestato il proprio consenso, obbligandosi a ricorrere a tale strumento risolutivo.

rapporti societari per cui l'atto costitutivo o lo statuto prevedono l'utilizzo della mediazione.

¹³ Dunque in un tempo anteriore rispetto all'ipotesi di improcedibilità, eccepita dalla parte o rilevata dal giudice d'ufficio entro la prima udienza, nel caso di mediazione obbligatoria (art. 5, comma 1 bis, d.lgs. cit.).

¹⁴ R. TISCINI, cit., 185.

¹⁵ BOGGIO, in AMERIO, APPIANO, BOGGIO, COMBA, SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2011, 315.

¹⁶ F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo*, cit. 174.

¹⁷ Il legislatore odierno ha superato l'iter articolato, previsto per la conciliazione societaria, dall'art. 40, comma 6, d.lgs. 5/2003, laddove si stabiliva che il giudice, sulla scorta dell'eccezione della parte interessata, disponesse la sospensione del procedimento, fissando termine per il deposito dell'istanza di conciliazione. Il processo poteva essere riassunto dalla parte interessata se l'istanza di conciliazione non veniva depositata nel termine fissato. In ogni caso, la causa di sospensione si intendeva cessata, a norma dell'articolo 297, 1 comma, c.p.c., decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione.

Al contrario, se le parti hanno dato corso alla mediazione come pattuito e contemporaneamente hanno incardinato il giudizio, il giudice provvede ad aggiornare il giudizio a successiva udienza (sempre oltre i tre mesi) per consentire lo svolgimento della mediazione.

I meccanismi fin qui descritti si riproducono, a modalità invariata, anche per il caso in cui le parti abbiano previsto di deferire la soluzione della controversia ad arbitri: la lettera della norma in commento è chiara nello stabilire che la clausola di mediazione produce effetti anche nell'arbitrato incardinato senza che la parte che agisce si sia curata di esperire preventivamente il tentativo di mediazione stabilito nel contratto¹⁸.

Anche in questo caso, gli arbitri investiti della controversia, su eccezione tempestiva della parte, assegneranno termine per proporre la domanda di mediazione, fissando una nuova udienza dopo tre mesi.

Quanto, infine, a forme particolari di interazione tra mediazione concordata e tutela giurisdizionale, v'è da dire che l'esistenza di un impegno contrattualmente assunto alla mediazione non preclude la possibilità di rivolgersi al giudice per ottenere misure cautelari o la concessione di provvedimenti urgenti, come stabilito dal comma 3 dell'art. 5 d.lgs. cit., applicabile anche in tal caso.

Allo stesso modo non sarà impedito alla parte di avviare uno dei procedimenti speciali elencati all'art. 5, 4 comma, d.lgs. 28/2010: in tal caso, rimane operante il meccanismo che consente di attivare la clausola di mediazione in una fase successiva per i tre tipi di procedimenti indicati alle lettere a, b, d del comma 4 dell'art. 5 d.lgs. cit..

2.1. L'atteggiamento delle parti e il permanere della volontà conciliativa

Il fatto che il rilievo sul mancato esperimento della mediazione rimanga nella completa disponibilità della parte, ci consente di dedurre che lo svolgimento effettivo della mediazione, in questi casi, è sottratto al controllo pubblico e ufficiale dell'organo giudicante e rimesso alla libera determinazione delle parti.

Le stesse, insieme, prima del giudizio o nel suo corso, possono legittimamente decidere di rinunciare alla mediazione e, dunque, porre nel nulla quanto originariamente concordato. Naturalmente, intorno a tale possibilità deve consolidarsi una volontà comune dei litiganti. Ciò può trovare espressione in una esplicita determinazione contrattuale che le parti congiuntamente assumano per rinunciare a quanto originariamente previsto.

Oppure, evidentemente, tale volontà può avere una formazione progressiva, che troverebbe espressione in determinati fatti concludenti, come il mancato avvio della procedura di mediazione ad opera della parte che agisce in giudizio e la mancata eccezione di clausola di mediazione della parte convenuta in giudizio.

¹⁸ Sull'opportunità che il mediatore interessato della vertenza non assuma, in una fase successiva, la veste di arbitro, sia perché incorrerebbe in una causa di ricsuzione, sia perché lo vieta l'art. 14, 1 comma, d.lgs. n. 28 del 2010, si veda E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, § 6.

La previsione contrattuale per la mediazione appare quindi soggetta all'*hic et nunc* della volontà delle parti, essendo sempre possibili accordi, anche taciti, che abdicano all'originaria scelta fatta dalle stesse. Se il giudice - o l'arbitro - in presenza degli indici sopra richiamati, accertano l'inesistenza di tale volontà, possono proseguire nel giudizio e non sono costretti a chiudere il processo in rito¹⁹, dal momento che l'inosservanza della clausola di mediazione non configura il difetto di un presupposto processuale²⁰.

Ancora, la mutevolezza della volontà delle parti può trovare espressione in un momento processuale successivo, nel caso in cui, non attivata la clausola di mediazione e incardinato il giudizio, la parte convenuta svolga l'eccezione di clausola di mediazione nei termini e nei modi indicati dall'art. 5, comma 5, d.lgs. cit.: anche in quell'occasione, ove le parti non proponano la domanda di mediazione nel termine assegnato dal giudice, si deve intendere la volontà delle stesse di rinunciare alla clausola²¹.

Diverso è il caso in cui la domanda sia proposta dalla parte più diligente e l'altra non partecipi alla procedura in maniera ingiustificata: lì la volontà comune delle parti di optare per la via conciliativa non può dirsi mutata. Piuttosto incombe sulla parte che non partecipa alla procedura il rischio delle sanzioni previste dal d.lgs. 28/2010, una relativa al merito della lite e l'altra di tipo economico, come espresse dall'art. 8, comma 4 bis, d.lgs. cit.. Quanto alla prima, sussiste la possibilità per il giudice di valutare il comportamento della parte che non partecipa alla mediazione, ai sensi del capoverso dell'art. 116 c.p.c.. In più, il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5 (e quindi anche in ipotesi di mediazione concordata), non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento di una somma di importo pari al contributo unificato dovuto per il giudizio²².

3. L'efficacia delle clausole di mediazione prima del d. lgs. 28/2010

La legittimità delle clausole di mediazione non è mai stata posta in dubbio nell'ordinamento italiano, pur in difetto di una disciplina organica anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010.

Clausole con cui le parti si impegnano a ricorrere alla mediazione per la risoluzione delle controversie sono in realtà assai diffuse nei rapporti commerciali: soprattutto nelle relazioni contrattuali a vocazione internazionale, la mediazione rappresenta una delle determinazioni centrali del c.d. *conflict management*. L'uso della mediazione per risolvere le controversie risulta particolarmente indicato e seguito, infatti, quando vi è la necessità di preservare il rapporto tra contraenti, soprattutto nei rapporti di durata o anche laddove vi sia disponibilità limitata di partner commerciali²³.

¹⁹ Come accade per la mediazione obbligatoria per legge, ex art. 5, comma 1 bis, d.lgs. 28/2010.

²⁰ R. TISCINI, cit., 177.

²¹ R. TISCINI, cit., 177.

²² Art. 2, comma 35-sexies «All'articolo 8, comma 5, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: *Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio*».

²³ Su questo e altro cfr. R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, in

Si definiscono «*escalation clauses*»²⁴ o clausole multi-step quelle con cui i contraenti si impegnano a seguire un percorso articolato, con cui prevedono l'utilizzo di diversi strumenti in sequenza per tentare di risolvere le eventuali controversie nascenti dal contratto che stanno concludendo. Usualmente, in tali clausole di risoluzione delle controversie, il primo step concordato è la negoziazione tra le parti, laddove le stesse interagiscono autonomamente, senza l'assistenza di un terzo, per cercare di dirimere il conflitto. Il passaggio successivo, prima di dar corso all'arbitrato, spesso è proprio quello della mediazione²⁵.

Con la clausola di mediazione le parti si impegnano a tentare di risolvere l'eventuale e futura controversia con l'aiuto di un professionista terzo, chiamato a facilitare la comunicazione tra le stesse e, se del caso, a formulare una proposta di conciliazione ai sensi dell'art. 11 d.lgs. cit.. Come opportunamente rilevato²⁶, al contrario della clausola compromissoria, la clausola di mediazione non produce i tipici effetti negativi e positivi che dalla prima discendono. Non ci sono effetti negativi dacché la clausola di mediazione non spoglia il giudice del potere di risolvere la controversia ma semplicemente impone allo stesso un arresto delle attività per il caso in cui l'azione giudiziaria sia stata esercitata prima di aver dato corso alla mediazione.

Inoltre, non si producono effetti positivi perché la soluzione della causa non viene attribuita al terzo, questi agisce solo come facilitatore o, al più, come proponente di una soluzione conciliativa, in ogni caso privo del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i litiganti.

Davanti a tale tipo di strumento, e nel silenzio della legge, la giurisprudenza si era posta il problema di quale efficacia riconoscere alla clausole di mediazione, soprattutto nel rapporto con il processo.

La risposta era data nel senso di ammettere sicuramente il vincolo imposto da tali clausole, vincolo che, però, rimaneva incoercibile e in ogni caso non precludeva la possibilità di agire in giudizio: l'inosservanza di un patto di mediazione non produceva riverberi processuali e dunque l'improcedibilità dell'azione giudiziaria promossa in sua violazione²⁷.

Nelle parole della suprema corte «*i presupposti processuali per la validità del procedimento sono stabiliti nel pubblico interesse e possono trovare il loro fondamento soltanto nella legge e non nell'autonomia privata*»²⁸. Altrimenti detto, gli impedimenti in grado di precludere l'accesso alle vie ordinarie di giustizia andavano considerati tassativi e dall'omissione del legislatore si

Foro it., 2003, V.

²⁴ J. M. AHRENS, *Escalation clauses – Stairway to heaven or highway to hell?* In *New developments in international commercial arbitration*, C. MULLER, A. RIGOZZI (eds.) 2010, 173; J. D.M. LEW, L. A. MISTELIS, S. KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003 n. 8 – 62.

²⁵ U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *I Contratti*, 5/2010, 437, riferisce sulla frequente prassi di abbinare a una clausola compromissoria una clausola di mediazione.

²⁶ M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, § 5.

²⁷ Tribunale di S. Remo, 27 agosto 1998, in *Foro Padano* 1999, I, 234 (nota di M. CURTI) «*La clausola contrattuale nella quale sia previsto dalle parti il ricorso a un preventivo tentativo di conciliazione e/o di composizione amichevole non può ritenersi obbligatoria e pregiudiziale rispetto al normale ricorso all'a.g.o..*»

²⁸ Cfr. Cass. 3 dicembre 1987, n. 8983, in *ReF. It.* 1987, voce Arbitrato.

doveva necessariamente dedurre l'inefficacia processuale delle clausole di mediazione²⁹.

L'inadempimento dell'obbligo posto dalla volontà negoziale delle parti in favore della mediazione poteva essere considerato solo fonte di risarcimento del danno³⁰.

Nella conformità di vedute della giurisprudenza prevalente si erano levate poche voci di dissenso³¹, che riecheggiavano alcune lungimiranti tendenze straniere³².

Sosteneva tale posizione minimalista anche la dottrina maggioritaria, la quale non riconosceva che effetti obbligatori alla clausola di mediazione, nella convinzione che i privati non potessero porre impedimenti all'esercizio dell'azione che non fossero passati attraverso l'approvazione ufficiale del legislatore³³. In altre parole, solo la legge poteva consentire alle parti di concordare condizioni per la decisione di merito.

Anticipando la posizione oggi adottata dal legislatore, alcuni³⁴ contestavano l'assunto, affermando piuttosto che le clausole di mediazione dovessero incidere, in qualche modo, sulla improcedibilità del procedimento innanzi al giudice. Avvicinando le esperienze della mediazione e dell'arbitrato irrituale, e

²⁹ Inspiegabilmente, simile posizione viene mantenuta anche dopo l'entrata in vigore della previsione in commento, i.e. l'art. 5, comma 5, d.lgs. cit., si veda Trib. Torre Annunziata, 30 maggio 2013, secondo cui «il patto che preveda l'obbligo di esperire il tentativo di amichevole composizione di una lite non comporta alcuna preclusione all'esercizio dell'azione giudiziaria, atteso che i presupposti processuali per la validità del procedimento, rispondendo ad esigenze di ordine pubblico, possono trovare ragione di sussistenza soltanto nella legge e non nell'autonomia privata, per cui soltanto il legislatore può derogare al principio del libero ed incondizionato esercizio dell'azione civile, ove non ricorra un patto compromissorio o una rinuncia all'azione stessa, e imporre condizioni di procedibilità. Ne consegue che l'inosservanza di una clausola contrattuale che obblighi le parti, prima di promuovere l'azione giudiziaria, ad esperire un tentativo di amichevole componimento della lite può determinare unicamente conseguenze di natura sostanziale, come l'obbligazione di risarcimento del danno, ma non ha rilevanza nel sistema processuale e non comporta l'improcedibilità, neppure temporanea, dell'azione giudiziaria promossa senza aver ottemperato all'obbligo menzionato, non implicando detta clausola rinuncia alla tutela giurisdizionale».

³⁰ C. AVESANI, M. LUPANO, *Il rapporto con il processo*, in *La mediazione civile e commerciale*, C. BESSO (a cura di), 2010, 331; R. TISCINI, cit., 173, laddove vengono richiamati alcuni contributi giurisprudenziali in tal senso, come Cass. 28 novembre 2008, n. 28042, Cass. 13 luglio 1992, n. 8476; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione, modelli di composizione dei conflitti*, 2008, 360. E in ogni caso permaneva la difficoltà di quantificare il danno per la parte che eccepeva l'inosservanza di una clausola di mediazione.

³¹ Viene riportata la difforme posizione del giudice di Busto Arsizio (sentenza 27 ottobre 2003), pubblicata con il commento di BERNARDINI in *Rivista dell'arbitrato* 2003, 487. Lì, partendo da un'analisi comparatistica e dal *favor* per gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie del legislatore italiano (con l'evidenza dell'interesse generale ad alleggerire il carico giudiziario), veniva ammessa la possibilità di una individuazione contrattuale di filtri rispetto all'esercizio dell'azione, F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 362.

³² Si veda la posizione della giurisprudenza inglese e francese - come segnalate da F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 108 e 137 - le quali riconoscevano efficacia vincolante alla clausola di mediazione, con la conseguente necessità di sospendere il processo incardinato senza aver attivato detta clausola (anche in difetto di previsioni legislative in tal senso).

³³ F. LUISSO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, V, 1210; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 361.

³⁴ M. CURTI, cit., 1044-1045.

configurando la clausola di mediazione come un *pactum de non petendo* reciproco, si sosteneva il rispetto di quanto previsto e pattuito dalle parti, in termini di temporanea e limitata impossibilità di adire l'autorità giudiziaria ordinaria: l'argomento secondo cui esula dai poteri dei contraenti determinare impedimenti all'esercizio dell'azione in giudizio veniva superato attribuendo alla clausola un'efficacia sostanziale e non processuale.

In questo modo la clausola di mediazione poteva funzionare sul piano sostanziale, impedendo l'azione come qualsiasi pattuizione che pone un termine o una condizione sulla possibilità di far valere un diritto. E così, la violazione dell'impegno contenuto nella clausola avrebbe potuto causare un rigetto nel merito della domanda, la quale ritornava proponibile solo a mediazione avvenuta con esito negativo³⁵.

4. La redazione delle clausole di mediazione: i contenuti della volontà negoziale

Il contratto di mediazione ha causa autonoma ed è legato da un vincolo di accessorietà al rapporto giuridico-contrattuale principale; esso è valido ed efficace in quanto diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela e ha efficacia di legge fra le parti, obbligando le stesse alle pattuizioni convenute. Può essere sciolto solo per mutuo consenso delle parti o per le cause espressamente previste dalla legge³⁶.

Quanto ai suoi contenuti, la redazione di una clausola di mediazione offre l'occasione alle parti di configurare e dettare una serie di condizioni relative al procedimento futuro, per modellarlo in funzione delle loro esigenze: in tal senso, la volontà negoziale integra e completa le previsioni di legge. In effetti, rispetto al passato, il lavoro di redazione (e anche di interpretazione) delle clausole di mediazione risulta agevolato, proprio in virtù delle attuali previsioni di legge³⁷.

I contraenti possono specificare nella clausola l'organismo che amministrerà la mediazione, le modalità di nomina del mediatore e le competenze specifiche che questi dovrà avere, il luogo in cui dovrà svolgersi la procedura³⁸, le formalità eventualmente da rispettarsi, doveri di riservatezza più specificamente delineati rispetto a quelli stabiliti dalla legge, principi e regole cui dovrà attenersi il mediatore nel formulare la proposta di accordo o anche il divieto di formularla³⁹, il riparto dei costi di mediazione ecc.

È palmare che quelle determinazioni negoziali non possono essere contrarie alla disciplina di legge, avuto riguardo alle previsioni di carattere generale (non

³⁵ F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 361.

³⁶ S. DELL'ARTE, *La conciliazione contrattuale*, in *I Contratti*, 5/2011, 530.

³⁷ S. DELL'ARTE, cit., 533, il quale segnala che grazie alla nuova disciplina molte problematiche risultano già di facile soluzione con il rinvio al dettato normativo (le norme di procedura, il termine di durata, la forma del verbale di conciliazione, la salvaguardia delle azioni cautelari in pendenza di conciliazione).

³⁸ Fermo quanto previsto dall'art. 7 d.m. 180/2010, in virtù del quale «*Il regolamento contiene l'indicazione del luogo dove si svolge il procedimento, che è derogabile con il consenso di tutte le parti, del mediatore e del responsabile dell'organismo.*»

³⁹ Si veda e.g. il Regolamento di mediazione della Camera Arbitrale di Milano, art. 8: «*Il mediatore si riserva il diritto di non verbalizzare alcuna proposta: a. se vi è opposizione alla verbalizzazione espressa nella clausola contrattuale di mediazione [...]*».

sarebbe lecita una clausola che escluda l'improcedibilità della domanda giudiziale in caso di mancato esperimento della mediazione) e ai principi fondamentali della mediazione (si pensi al caso di una clausola con cui le parti rinuncino all'imparzialità del mediatore)⁴⁰.

Inoltre, l'interesse dell'organismo di mediazione all'integrità del proprio regolamento può costituire un limite invalicabile (in alcuni casi) per la libera espressione della volontà delle parti. In effetti, se le parti hanno individuato nella clausola particolari criteri di svolgimento della procedura che l'organismo di mediazione non ritiene di poter condividere, perché contrari a principi di c.d. «ordine pubblico» dello stesso, esso potrebbe rifiutarsi di svolgere la mediazione. Tale argomento ha ricevuto particolare attenzione in materia di arbitrato amministrato, sia a livello interno che internazionale: lì si è apertamente discusso della relazione esistente tra parti e istituzioni che amministrano la procedura, lavorando all'individuazione di precisi limiti alla libera espressione della volontà delle parti⁴¹.

In formula neutra questo trova un esplicito riconoscimento normativo nell'art. 9, comma 2, d.m. 180/2010, a mente del quale «*A seguito dell'iscrizione, l'organismo e il mediatore designato non possono, se non per giustificato motivo, rifiutarsi di svolgere la mediazione*». Si potrebbe argomentare che costituisca giustificato motivo il fatto che le parti stabiliscano in clausola determinazioni libere delle tariffe del servizio di mediazione (sganciandosi dai riferimenti contenuti nel regolamento).

Le parti, davanti al rifiuto legittimo dell'organismo, potranno decidere di rivolgersi ad altri organismi di mediazione o di rinunciare a quanto originariamente pattuito.

Una riflessione particolare merita l'individuazione dell'organismo di mediazione che le parti eventualmente facciano in clausola: posto il criterio di competenza territoriale oggi specificato dall'art. 4, comma 1, del novellato d.lgs. 28/2010 si ritiene che comunque non vi siano ostacoli a una determinazione pattizia dell'organismo competente, risultando ciò nella disponibilità dei contraenti.

L'indicazione preventiva in clausola di un organismo chiamato ad amministrare la procedura qualifica sicuramente la mediazione concordata come mediazione amministrata: scegliendo un determinato organismo, le parti accettano la proposta dello stesso che offre al pubblico un regolamento e una struttura organizzativa volta allo svolgimento della mediazione⁴².

Vi è poi che sicuramente tale indicazione, per quanto utile a evitare fenomeni di *forum shopping*, non costituisce elemento essenziale della clausola, considerato quanto disposto in fine dall'art. 5, comma 5, d.lgs. cit., il quale ammette esplicitamente l'ipotesi che tale individuazione manchi («*La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto*»).

⁴⁰ In caso di nullità parziale della clausola, se la parte nulla è essenziale la clausola è integralmente nulla, secondo il principio espresso dall'art. 1419 c.c..

⁴¹ R. SALI, *Arbitrato amministrato* in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, aggiornamento*, Tomo I, 2007, UTET, 77; Y. DERAÏNS, E.A. SCHWARTZ, *A guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2005, 7-8; T. ZUBERBUHLER, K. MULLER, HABEGGER, *Swiss Rules of international arbitration commentary*, 2005, 9-10.

⁴² G. ROMUALDI, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in *Rivista dell'Arbitrato*, n. 2, 2005, 407.

Ricorrendo il caso, non è difficile immaginare che le parti, sorta la controversia, possano raggiungere un accordo (da ufficializzare o meno in un testo dalle stesse sottoscritto) e presentare una domanda, anche congiunta, di mediazione presso l'organismo concordato; in alternativa, semplicemente, la parte che attiva la procedura potrebbe rivolgersi direttamente a un organismo qualunque a sua scelta, a seconda delle circostanze e delle esigenze del caso concreto.

In questo caso, il comportamento della parte invitata che non si presenti all'incontro sarebbe valutabile dal giudice ai sensi di quanto previsto dall'art. 8, comma 4 bis, d.lgs. cit..

Se invece un organismo è stato individuato dalle parti in clausola, tale individuazione non costituisce in ogni caso un elemento inderogabile, dal momento che è comunque fatta sempre salva la possibilità per le parti di «*concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto*».

Non v'è dubbio che le parti siano tenute a rispettare l'originaria determinazione pattizia, ma se non lo fanno il procedimento potrebbe continuare immune da vizi⁴³. Nella fattispecie, incardinare la procedura di mediazione davanti ad organismo diverso da quello originariamente pattuito potrebbe portare a due diverse situazioni: se la parte invitata alla mediazione innanzi a organismo diverso nulla dice, si considera raggiunto sul punto un accordo tacito. Se invece viene svolta una contestazione sulla deroga illegittima alla clausola, e tanto anche in via ufficiosa nel contesto della procedura di mediazione, si può ritenere che la parte invitata sia legittimata a non presentarsi all'incontro davanti a quell'organismo arbitrariamente scelto (tanto costituirebbe giustificato motivo ai sensi dell'art. 8, comma 4 bis, d.lgs. cit.⁴⁴).

Al contrario, se un'indicazione c'è ma l'organismo prescelto non risulta iscritto al registro tenuto dal Ministero della Giustizia, allora quella individuazione è da considerarsi inefficace: la scelta, congiunta o meno, dovrà necessariamente cadere su altro organismo inserito nel registro di cui all'art. 16 d.lgs. cit.⁴⁵, davanti al quale la procedura potrà regolarmente svolgersi.

C'è da dire, tuttavia che, se la procedura venisse condotta innanzi all'organismo originariamente indicato dalle parti, non iscritto nel registro, il giudice non potrebbe far altro che rilevare l'irregolarità, non potendo chiudere il processo in rito⁴⁶.

Le ipotesi di determinazione convenzionale in favore della mediazione fin qui considerate riguardano tutte il caso in cui detta volontà venga espressa nel momento in cui le parti stanno siglando la loro intesa commerciale o stanno costituendo una società: l'insorgere di una controversia è del tutto eventuale e soprattutto costituisce un evento futuro.

Cosa accade se, invece, sorta la controversia e in difetto di una clausola di mediazione, le parti si determinino ad utilizzare tale strumento risolutivo? In

⁴³ R. TISCINI, cit., 178.

⁴⁴ Si veda, però, la posizione espressa da R. TISCINI, cit., 179, per cui, ove vi sia contestazione fatta innanzi al giudice, la mancanza di accordo equivarrebbe a mancanza di volontà conciliativa.

⁴⁵ R. TISCINI, cit., 178.

⁴⁶ R. TISCINI, cit., 178.

sostanza, è configurabile l'ipotesi del compromesso per mediazione (analogamente a quanto accade per l'arbitrato)?

Muovendo dall'esperienza del compromesso in arbitrato, dovremmo intanto premettere che si tratterebbe in concreto di un'esperienza residuale, avuto riguardo ai numeri che contraddistinguono tale prassi nell'arbitrato⁴⁷: usualmente, una volta emerso il conflitto, è difficile che le parti siedano al tavolo per concordare l'utilizzo di uno strumento risolutivo alternativo, la strada maestra essendo qui la via ordinaria di giustizia.

Al di là delle considerazioni di tipo pratico, tuttavia, è stato giustamente rilevato che il silenzio del legislatore sul punto esclude l'idea di una determinazione convenzionale apposita in favore della mediazione per liti pendenti⁴⁸. Tanto anche, e soprattutto, in virtù del fatto che, insorta la lite, la volontà delle parti di rinunciare alla via giurisdizionale, fino a che un tentativo di mediazione non venga esperito, può trovare agevole espressione nella proposizione diretta della domanda di mediazione e nell'adesione al procedimento (o anche nella proposizione di una richiesta congiunta di mediazione, ammessa dalla prassi degli organismi di mediazione): non risulterebbe, infatti, necessario sottoscrivere un preventivo atto con cui si concorda la via della mediazione, ma si incardinerebbe direttamente la procedura.

5. La natura della clausola di mediazione: il contraente consumatore

Ineludibili, in conclusione, sono le considerazioni sulla natura vessatoria o meno della clausola di mediazione. La questione si pone per l'ipotesi in cui la clausola di mediazione sia inserita in contratto redatto su moduli o formulari o in un contratto che coinvolga un consumatore.

Quanto al primo caso, il dato testuale di riferimento evidenzia la differenza esistente tra clausola di mediazione e trattamento riservato alla clausola compromissoria, quest'ultima (al contrario della prima) esplicitamente richiamata dall'art. 1341 c.c. tra le condizioni di contratto che hanno bisogno di una specifica approvazione per iscritto.

Nonostante la lettera della norma, una posizione garantista⁴⁹ muove dall'assunto secondo cui la clausola di mediazione, se inserita in condizioni generali di contratto o in contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, richiederebbe la specifica approvazione per iscritto, secondo i meccanismi di cui all'art. 1341 c.c., e tanto per evitare qualsiasi forma di invalidità della clausola.

Ciò sembrerebbe salvaguardare le parti in misura maggiore, anche considerato gli effetti processuali e sostanziali alla stessa clausola oggi apertamente ricollegati, nonché l'eventuale step successivo dell'omologazione, per cui varrebbe l'individuazione indiretta del presidente del tribunale

⁴⁷ Il dato si deduce dalla passata personale esperienza di case manager presso la Camera Arbitrale di Milano, laddove i casi di arbitrati incardinati a seguito di stipula di compromesso ex art. 807 c.p.c. risultavano rari.

⁴⁸ R. TISCINI, cit., 175.

⁴⁹ R. TISCINI, cit., 174; NEGRI - C. STOLFI, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Riflessi del nuovo istituto nell'ambito del settore assicurativo*, in Dir. economia assicur. 2011, 03, § 4.

territorialmente competente in base all'organismo di mediazione indicato in clausola⁵⁰.

Tale approccio di tutela sembrerebbe essere ancor più giustificato per il caso in cui la clausola di mediazione preveda la competenza di un organismo di mediazione la cui sede non presenti nessi di collegamento con le parti e la ragione della controversia⁵¹.

Considerazioni più dettagliate vanno spese per il caso in cui la clausola di mediazione sia inserita in un contratto tra un consumatore e un professionista: in tale ipotesi la vessatorietà della clausola di mediazione in sé non potrebbe essere desunta da alcun indice⁵², considerato che l'art. 141, comma 4, del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, cod. cons.), dispone testualmente che non sono vessatorie le clausole inserite nei contratti dei consumatori aventi ad oggetto il ricorso ad organismi che si conformano ai principi contenuti nelle raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE della Commissione, ivi inclusi quelli costituiti dalle CCIAA ai sensi dell'art. 2, comma 4, della l. 580/1993.

La disciplina della mediazione delle controversie tra consumatori e professionisti è stata coordinata con le nuove disposizioni di portata generale contenute nel d. lgs. 28/2010. Con il d.m. 180/2010⁵³ gli organismi costituiti ai sensi dell'art. 141 cod. cons. sono confluiti nell'unico registro che attualmente comprende tutti gli organismi di mediazione, vale a dire quello di cui all'art. 16 d.lgs. 28/2010: all'interno di tale elenco si distingue un'apposita sezione dedicata ai mediatori esperti nella materia dei rapporti di consumo (art. 3, comma 3, d.m. 180/2010).

Pertanto, la clausola inserita in un contratto concluso tra un professionista e un consumatore, che rimandi a una mediazione da svolgersi presso gli organismi iscritti nel registro (dunque soggetti alla vigilanza del Ministero della giustizia), non può considerarsi vessatoria⁵⁴.

⁵⁰ DUVIA, *I consumatori e il nuovo procedimento di mediazione ex d.lgs. n. 28/2010*, in *I Contratti*, 3/2011.

⁵¹ SANNA, *La competenza per territorio nel procedimento di mediazione ex d.lgs. 28/2010: spunti per una riflessione*, in *Diritto e formazione*, 3/2011, 426.

⁵² G. MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, M. BOVE (a cura di), 2011, 200; NEGRI - C. STOLFI, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Riflessi del nuovo istituto nell'ambito del settore assicurativo*, in *Dir. economia assicur.* 2011, 03, § 4.

⁵³ F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., 51, laddove si evidenzia l'azione congiunta del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero della giustizia per le disposizioni relative alla materia del consumo. Allo stesso modo, A.G. LANA, *La vessatorietà delle clausole di mediazione alla luce del d.lgs. 28/2010: alcuni spunti applicativi*, in *I diritti dell'uomo*, 3/2010, 26, il quale ritiene che «il richiamo agli organi di conciliazione contenuto nella norma citata [art. 141 cod. cons.] possa essere esteso a tutti gli organismi costituiti ai sensi del decreto [28/2010], sia in virtù della già richiamata assimilabilità dell'ispirazione di fondo che è alla base dei due provvedimenti, sia poiché gli organismi che rispettino i requisiti imposti dal decreto sono inseriti nel medesimo registro ministeriale di cui all'art. 38 del d.lgs. 5/2003, in cui iscritti [...] sono legittimati ad operare quali organi di conciliazione nell'ambito dei rapporti tra operatori di comunicazione ed utenti, in base a un modello che può essere esteso a tutte le controversie in materia di contratti del consumatore».

⁵⁴ Alcuni fanno salvo il caso in cui l'organismo prescelto non abbia competenza in materia di controversie consumeristiche, cfr. A.G. LANA, cit., 27.

Ciò è ancor più vero per il caso in cui la clausola faccia parte di un articolato contrattuale in materia per cui sia stato lo stesso legislatore a prevedere un obbligo di mediazione, in virtù dell'art. 34, comma 3, cod. cons. secondo il quale non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge⁵⁵.

Inoltre, in virtù della regola generale di cui all'art. 5, comma 5, d.lgs 28/2010, l'efficacia processuale di tali clausole non può essere revocata in dubbio. E tanto nonostante la lettera incerta dell'art. 141, ultimo comma, cod. cons., secondo il quale il consumatore non può essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente, qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale.

I problemi di raccordo tra i due fronti normativi sono stati sciolti nel modo descritto a seguire. La formulazione dell'art. 141, ult. comma, cod. cons. può essere agevolmente coordinata con il caso in cui la mediazione abbia esito negativo, giacché, mancato l'accordo, il consumatore può adire le vie ordinarie di giustizia.

Ben più problematica è la sua interpretazione per il caso in cui il consumatore e il professionista abbiano raggiunto un accordo: ammettere sempre e comunque il ricorso al giudice potrebbe rendere vano il percorso di mediazione già svolto. Il senso del disposto, per tale occorrenza, è stato dunque individuato nella possibilità che al consumatore vada sempre riconosciuta la possibilità di impugnare la conciliazione raggiunta in ragione della sua illegittimità⁵⁶.

Verificata la non abusività della clausola di mediazione *per se* in un contratto tra un consumatore e un professionista, resta un unico profilo delicato da considerare: l'ipotesi che nella stessa determinazione pattizia sia stato preventivamente indicato l'organismo davanti al quale la mediazione si svolgerà o che siano state pattuite determinate caratteristiche dell'organismo di mediazione che rendono impossibile l'individuazione di un organismo rispondente a tali requisiti nel territorio di riferimento del consumatore⁵⁷.

Tale elemento sarebbe potenzialmente in grado di porre a carico del consumatore uno squilibrio di diritti e obblighi nascenti dal contratto (come prevede l'art. 33, comma 1, cod. cons.), soprattutto per il caso in cui venisse indicato un organismo avente sede in località diversa da quella di residenza o domicilio del consumatore, ipotesi questa disciplinata dall'art. 33, 2 comma lett. u, cod. cons.⁵⁸, e fatta oggetto di un'interessante pronuncia della Cassazione⁵⁹.

⁵⁵ Art. 34, comma 3, cod. cons. «Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea.»

⁵⁶ F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 382.

⁵⁷ DUVIA, cit.

⁵⁸ Art. 33, 2 comma lett. u), cod. cons.: «Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: [...] stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore».

⁵⁹ Cass. S.S.U.U. 03/14669, la quale ritiene che la norma abbia introdotto un foro del consumatore da considerare esclusivo: ogni controversia relativa a contratti conclusi da un consumatore con un professionista resta di competenza esclusiva del giudice del luogo di residenza o domicilio elettivo del consumatore.

A tal riguardo, si è proposto di considerare il codice del consumo come disciplina di carattere speciale, che prevale sul dettato normativo generale in materia di mediazione civile e commerciale⁶⁰.

Si considera plausibile, dunque, che la giurisprudenza tenga conto del legame territoriale previsto dall'art. 33, 2 comma lett. u, cod. cons., facendo collimare il concetto di foro competente (ivi contenuto) con quello di organismo di mediazione⁶¹.

La clausola di mediazione potrebbe considerarsi così presuntivamente abusiva⁶² per il consumatore (in difetto della prova di una trattativa individuale della specifica determinazione contrattuale⁶³), laddove imponga a carico dello stesso l'onere considerevole di spostarsi in un'altra sede per attivare la mediazione⁶⁴ (prima di poter adire il giudice competente) e anche, raggiunto l'accordo, per interessare il presidente del tribunale dello stesso circondario per l'eventuale omologa, ai sensi dell'art. 12, comma 1, d.lgs. 28/2010.

Quanto, invece, alle dinamiche interne alla procedura di mediazione instaurata sulla base di detta clausola, in questo caso sarebbe *a fortiori* legittima l'assenza del consumatore convocato all'incontro di mediazione, malgrado questi abbia convenuto con il professionista la specifica pattuizione relativa all'organismo di mediazione.

In effetti, alla luce delle considerazioni svolte dalla relazione illustrativa⁶⁵ al d.lgs. cit. e dalla dottrina⁶⁶ in merito a cosa costituisca giustificato motivo di mancata partecipazione alla mediazione (art. 8, comma 4 bis, d.lgs. cit.), potremmo considerare legittimato il consumatore a non prender parte all'incontro nel caso in cui l'organismo sia distante dalla sua residenza (e questo nonostante l'organismo sia stato determinato convenzionalmente).

Il giudice - nel valutare le ragioni sottostanti la mancata presenza del consumatore all'incontro di mediazione, e dunque quel profilo di vessatorietà della clausola di mediazione - potrebbe considerare meritevole di tutela la posizione del consumatore, evitandogli quelle conseguenze pregiudizievoli in punto di sanzioni economiche e valutazioni incidenti sul merito della controversia (art. 8, comma 4 bis, d.lgs. 28/2010)⁶⁷ collegate all'assenza della parte.

⁶⁰ A.G. LANA, cit. 28.

⁶¹ DUVIA, cit.

⁶² F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., 177; DUVIA, cit.

⁶³ La questione viene posta, in particolare, per quelle clausole che indichino un organismo territoriale che non abbia collegamento alcuno con il contratto, cfr. T. Gasparro, *Scelta dell'Organismo e vessatorietà della clausola di mediazione*, in <http://www.liderlab.sssup.it/lider/en/mediation/news/dottrina.html>.

⁶⁴ S. MONTICELLI, *Il cd. foro del consumatore e la vessatorietà della clausola di predeterminazione dell'organismo di mediazione* in *I Contratti*, 8-9/2011; L. DELOGU, *Clausola di mediazione, contratti bancari, tutela del consumatore* in *Contratto e Impresa*, 2/2012, 367.

⁶⁵ La Relazione Illustrativa al d.lgs. 28/2010, al commento all'art. 8, riporta come esempio di giustificato motivo di assenza il caso di colui che sia stato chiamato davanti a un organismo privo di qualsivoglia competenza specifica per la materia trattata o in un luogo molto distante dalla sua residenza, senza alcun legame territoriale con l'oggetto della causa.

⁶⁶ M. CICOGNA, *Commento*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, A. BANDINI - N. SOLDATI (a cura di) 2010, 160.

⁶⁷ Sulla pacifica applicabilità delle sanzioni in commento alla mancata partecipazione alla mediazione obbligatoria per contratto si veda M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Le Società*, 6/2010.

E in ogni caso resterebbe ferma la facoltà del consumatore di agire, nel successivo giudizio, per la nullità della clausola ex art. 36 cod. cons.⁶⁸.

Qualora il contratto concluso tra le parti ricada nelle categorie per le quali il legislatore prevede la mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione (art. 5, comma 1 bis, d. lgs. 28/2010), il tentativo dovrebbe considerarsi esperito e la condizione soddisfatta, con la redazione del verbale di mancata partecipazione e mancato accordo, ex art. 7, comma 5 lett. d, d.m. 180/2010.

Diverse sarebbero invece le forme di tutela per l'ipotesi in cui il consumatore si presenti per esperire il tentativo di mediazione dinanzi a un organismo lontano dalla sua sede. In tal caso, il giudice davanti al quale la questione sia portata a seguito del fallimento della mediazione potrebbe rilevare d'ufficio la nullità della clausola di mediazione: al consumatore non resterebbe altro se non agire per ottenere il risarcimento del danno ex art. 1338 c.c. a copertura delle maggiori spese sostenute per partecipare alla mediazione⁶⁹.

Resterebbero validi ed efficaci gli effetti della mediazione svolta in conformità alla clausola e sarebbe esclusa la possibilità di ripetere la procedura di mediazione davanti a organismo situato nel luogo di residenza del consumatore⁷⁰.

Si considera significativa, al riguardo, la circostanza che in una circolare del 2011, l'Associazione Bancaria Italiana abbia previsto che nelle clausole di mediazione inserite nei contratti bancari, le banche associate possano prevedere la possibilità per le parti di rivolgersi a un organismo diverso da quello previsto nel regolamento pattizio⁷¹.

Al contrario, se il consumatore si attiva per primo, tentando la mediazione nei confronti del professionista, valutando la clausola di mediazione abusiva nella parte in cui indica un organismo distante, potrebbe proporre la domanda presso un organismo diverso da quello pattuito, più prossimo alla propria residenza⁷². Di fronte a tale possibilità si apre la scelta per il professionista invitato presso altro organismo se partecipare o meno alla procedura incardinata dal consumatore. Nel primo caso, si considera intervenuta - mediante accordo tacito - una modifica della clausola di mediazione nel punto relativo all'individuazione dell'organismo davanti al quale svolgere la procedura (eventualità peraltro ammessa dall'art. 5, comma 5, d.lgs. cit. in fine).

La situazione è critica nel secondo caso, qualora il professionista decida di non partecipare, valutando l'iniziativa del consumatore in spregio delle pattuizioni convenute. Anche qui, resterebbe al giudice di valutare il comportamento delle parti⁷³, con la possibilità che l'assenza del professionista

⁶⁸ SANNA, cit., 428; DUVIA, cit., ritiene che nel caso di assenza giustificata del consumatore, quando il consumatore abbia tempestivamente fatto presente le ragioni della mancata partecipazione alla mediazione, il giudice rimanderà le parti per la mediazione davanti a organismo territorialmente idoneo (si immagina sulla base di apposita eccezione del consumatore); laddove il consumatore rimanga silente in mediazione e non adduca alcun giustificato motivo, il tentativo si dovrebbe considerare esperito con la presenza di una sola parte (il professionista che ha convocato il consumatore), riteniamo sempre che il consumatore nulla eccepisca davanti al giudice ai sensi dell'art. 5, comma 5, d.lgs. 28/2010.

⁶⁹ SANNA, cit., 428; DUVIA, cit.

⁷⁰ DUVIA, cit.

⁷¹ Come riportato da A.G. LANA, cit. 28.

⁷² T. GASPARRO, cit.

⁷³ Con specifico riguardo alla posizione delle compagnie assicuratrici invitate a un tavolo di mediazione presso un organismo distante dalla loro sede, si veda F. MANIARI, *Mediazione e assicurazione: cogliere le opportunità*, in *Dir. economia assicur.* 2011, 03, 998 «ben difficilmente questa circostanza potrebbe essere considerata giustificato

non sia considerata giustificata per l'accertamento che il giudice faccia della nullità della clausola di mediazione per vessatorietà⁷⁴.

Se il professionista, invece, non partecipando al procedimento di mediazione, ne instaura un altro di fronte all'organismo pattuito, la soluzione sembrerebbe risiedere nel principio della prevenzione di cui all'art. 4, comma 1, d.lgs. cit., richiamato dalla disciplina della mediazione concordata ex art. 5, comma 5 d. lgs. cit..

Quando, infine, una delle due parti propone la domanda giudiziale – essendo questa la sede di un'attività ermeneutica che affronta il conflitto in termini di posizioni giuridiche - si porrà il problema del rinvio all'organismo pattuito, con prevalenza sul criterio di prevenzione⁷⁵.

motivo per la mancata partecipazione agli incontri. Verrebbero in rilievo, infatti, considerazioni circa la capillarità dell'organizzazione territoriale delle compagnie (o almeno di molte di quelle che non sono «compagnie dirette») e relative alla somiglianza della situazione con quella della gestione del contenzioso sul territorio, dove normalmente le imprese di assicurazione devono attrezzarsi per resistere in giudizio nel foro del consumatore.»

⁷⁴ DUVIA, cit.

⁷⁵ T. GASPARRO, cit.