Dalla mediazione all'arbitrato amministrato.
I vantaggi – le clausole - la procedura

1. PREMESSA.

Per svolgere il tema che mi è stato assegnato invertirò l'ordine delle questioni: prima di parlarle dei **vantaggi** – indiscutibili, a certe condizioni – della combinazione tra "mediazione finalizzata alla conciliazione" e "arbitrato amministrato", occorre scorrere, sia pur sinteticamente, i caratteri dell'uno e dell'altro istituto (così come risultano dalle forme legali che assumono nel diritto positivo italiano: **la procedura**) e considerare quali siano i mezzi negoziali (**le clausole**) attraverso i quali è possibile dar vita all'uno e all'altra, in combinazione e successione tra loro.

Piuttosto che addentrarmi in complicate dispute definitorie, per le quali confesso di non sentirmi attrezzato anche perché tuttora intimidito dall'avviso di Lucio Giavoleno Prisco ("*Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset*" in Digesto D 50. 17. 202)[1], preferisco considerare il dato normativo, dato che – in fine dei conti – si parla di istituti di diritto positivo.

Il testo di riferimento – oltre al codice di procedura civile – per indagare sulla relazione tra mediazione ed arbitrato è ovviamente il D. Lgs. 04/03/2010, n. 28 sulla mediazione finalizzata alla conciliazione come modificato dalla nota L. 9 agosto 2013, n. 98 (in seguito richiamato come "Decreto").

2. LA PROCEDURA.

Nel testo del Decreto si trovano (due soli) riferimenti all'arbitrato: nell'articolo 5 (Condizioni di procedibilità e rapporti con il processo) e nell'articolo 13 (spese processuali). E' noto tuttavia che nello Schema di Decreto Legislativo che venne sottoposto alle Camere[2], il citato articolo 5 si concludeva con un comma (n. 7) del seguente tenore: "*Le disposizioni che precedono si applicano anche ai procedimenti davanti agli arbitri, in quanto compatibili*". E gli atti parlamentari ci dicono che entrambe le Camere si espressero nel senso che fosse "*necessario sopprimere il comma 7 dell'articolo 5, poiché non appare conferente configurare la mediazione come condizione di procedibilità rispetto al procedimento arbitrale, che è procedimento privato, per sua natura celere e dotato di attitudine alla conciliazione (parere della Commissione Giustizia della Camera, Camera 20 gennaio 2010)*". Quindi nella versione definitiva, ufficiale, del Decreto il comma 7 è scomparso. Dalla constatazione di tale assenza, conseguono importanti e non scontate conseguenze. Pare, anzitutto chiaro che, rispetto al procedimento arbitrale, per le materie descritte nell'art. 1*bis* del Decreto il previo esperimento della mediazione non si configura come **condizione di**

---

[1] Nel diritto ogni definizione appare pericolosa; è difficile infatti che essa non possa essere sovvertita.

[2] *Schema di decreto legislativo recante norme in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (Atto n. 150).*

procedibilità. E dunque, chi intenda esercitare un'azione relativa a una controversia **che forma oggetto di convenzione d'arbitrato** in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, **non è tenuto** preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione. In secondo luogo la soppressione dallo Schema del comma 7 ha comportato la modifica del comma 5 che appunto contiene un riferimento non soltanto al giudice ma anche all'**arbitro**.
Il caso considerato è quello in cui ricorrono le due seguenti condizioni:
a) "***il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione"***
b) "***il tentativo non risulta esperito***".
La norma prevede che "*fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4*" (vedremo tra poco che cosa a mio parere significa questa premessa) "***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 (...)* ***l'arbitro fissa la successiva udienza*** *quando la mediazione o il tentativo di conciliazione* ***sono iniziati, ma non conclusi****.*
Si osserva subito che l'insieme di tali norme è coerente (e lo si vedrà anche per l'art. 13.3) con l'assunto dal quale siamo partiti (e cioè che il tentativo preliminare di mediazione non è condizione di procedibilità, nelle materia di cui all'art. 1*bis* del Decreto, nelle controversie che formano oggetto di convenzione di arbitrato), poiché il presupposto per l'operatività del meccanismo di cui al comma 5 è appunto che "***il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione".*** E che ciò sia possibile **(ovvero che le parti possano prevedere come <u>obbligatoria</u> anche in materie diverse da quelle di cui all'art. 1*bis* la preventiva attivazione di una procedura di mediazione o conciliazione)** risulta dal principio generale di cui all'art. 2.1 del Decreto ("*Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto*"). Il comma 5 dell'art. 5 contempla appunto il caso in cui l'autonomia delle parti (con clausole c.d. multi-step di cui discuteremo brevemente tra poco) preveda – con apposita clausola inserita in un contratto, in uno statuto ovvero nell'atto costitutivo di un ente – prevede che le controversie nascenti dal contratto medesimo, dall'atto costitutivo o dallo statuto siano **decise** da arbitri, ma che il giudizio arbitrale sia preceduto da un tentativo preliminare di mediazione o conciliazione. Il quale, in tal caso, in forza del principio di cui all'art. 1372 c.c.,

è senz'altro obbligatorio per le parti indipendentemente dalla materia oggetto del contendere (ovvero anche al di fuori dei casi di cui all'art. 1*bis*).
E dunque, nella ricorrenza delle due suindicate condizioni (la presenza di una clausola di mediazione, vincolante tra le parti, e il mancato previo esperimento del tentativo di mediazione) l'arbitro provvede ai sensi dell'art. 5.5 ovvero:, "*fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4*", su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna un termine per l'esperimento della mediazione e rinvia a data successiva alla scadenza del termine di tre mesi per questa previsto.
Ma quale portata normativa ha la frase "*fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4*"?
A mio parere si può tranquillamente ritenere che il richiamo non valga per le controversie compromesse in arbitri.
Secondo alcuni, invece, il richiamo all'art. 1*bis* – che si giustifica appunto in via sistematica con il fatto che l'intero art. 5.5 non disciplina solo il caso di controversie devolute agli arbitri con clausole *multi-step* ma anche il caso in cui la clausola che introduce il preventivo esperimento della mediazione o conciliazione non si accompagni anche ad una convenzione arbitrale – comporta che nelle controversi relative alle materie ivi elencate, all'arbitro viene attribuito il potere di rilevare **d'ufficio**, non oltre la prima udienza la mancata soddisfazione della condizione di procedibilità, con le conseguenze sopra viste. In altre parole, nelle controversie di cui al comma 1*bis* l'arbitro avrebbe il potere di rilevare d'ufficio non oltre la prima udienza la mancanza della condizione di procedibilità anche in difetto di eccezione di parte, con un termine più lungo (la prima udienza viene dopo la "prima difesa") di quello assegnato alla parte stessa.
La salvezza delle disposizioni dei commi 3 e 4 vale invece, con tutta evidenza, solo per le azioni proposte avanti la giurisdizione statale.
C'è da chiedersi quale incidenza abbia il periodo assegnato per lo svolgimento della mediazione sul termine per la pronuncia del lodo. Dal momento che le ipotesi di sospensione del procedimento arbitrale sono espressamente indicate dagli articoli 816 sexies ("*Se la parte viene meno per morte o altra causa, ovvero perde la capacità legale, gli arbitri assumono le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio*. ***Essi possono sospendere il procedimento*"**) e 819 bis c.p.c.[3]

[3] Ferma l'applicazione dell'articolo 816-sexies, gli arbitri sospendono il procedimento arbitrale con ordinanza motivata nei seguenti casi:
1) quando il processo dovrebbe essere sospeso a norma del comma terzo dell'articolo 75 del codice di procedura penale, se la controversia fosse pendente davanti all'autorità giudiziaria;
2) se sorge questione pregiudiziale su materia che non puo essere oggetto di convenzione d'arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato;
3) quando rimettono alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87.
[II]. Se nel procedimento arbitrale è invocata l'autorità di una sentenza e questa è impugnata, si applica il secondo comma dell'articolo 337.

(e questo caso non vi rientra), risulta consigliabile per gli arbitri ottenere dalle parti una proroga del termine per la pronuncia del lodo nella riunione stessa in cui, come sopra esposto, dispongono lo svolgimento della mediazione o la sua prosecuzione.
E' appena il caso di ricordare che, ai sensi dell'articolo 816 bis c.p.c. come risultante dalla riforma del 2006, i difensori delle parti dispongono normalmente del potere di proroga, salva espressa limitazione nella procura a loro conferita.
Nel Regolamento della Camera Arbitrale e di Conciliazione di Grosseto è previsto *(Art. 39 Termine per il deposito del lodo definitivo) che "Il Tribunale Arbitrale deve depositare presso la Segreteria il lodo definitivo entro centottanta giorni dalla sua costituzione, ponendo fine al procedimento. Il termine previsto dal comma 1 può essere* ***prorogato per giustificati motivi dall'Amministratore Unico****, quando vi sia il consenso scritto delle parti, dalla Segreteria. Il termine previsto dal comma 1* ***è sospeso dall'Amministratore Unico, oltre che nei casi espressamente previsti dal Regolamento, <u>in presenza di altro giustificato motivo</u>****."*
Quanto alla procedura, resta da esaminare la disposizione dell'art. 13.3 secondo la quale "*salvo diverso accordo, le disposizioni dei commi 1 e 2 non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri*".
Come è noto l'art. 13 introduce un **meccanismo sanzionatorio** che dovrebbe rivelarsi particolarmente efficace, nel medio lungo periodo, se correttamente e costantemente applicato, che addossa le conseguenze economiche del processo alla parte, anche se vittoriosa, che vi ha dato causa. La norma in questione (13.3) esclude che tale meccanismo sanzionatorio si applichi ai "**procedimenti davanti agli arbitri**" salvo "**diverso accordo**". La Relazione Ministeriale precisa che tale esenzione è motivata dal fatto che "*nel procedimento arbitrale il regime delle spese è peculiare e non è ravvisabile la necessità di scongiurare l'abuso del processo*". Ovvero, tradotto in parole povere, "*cari utenti, visto che il giudizio arbitrale lo pagate voi, e non venite a scomodare la giustizia statale, fate quel volete in materia di spese del procedimento*". E in effetti, le finalità deflattive (che sottostanno al favore legislativo per l'istituto e alla obbligatorietà dello stesso per importanti materie), sono di fatto già raggiunte dalla devoluzione della controversia in arbitri.

[III]. Una volta disposta la sospensione, il procedimento si estingue se nessuna parte deposita presso gli arbitri istanza di prosecuzione entro il termine fissato dagli arbitri stessi o, in difetto, entro un anno dalla cessazione della causa di sospensione. Nel caso previsto dal primo comma, numero 2), il procedimento si estingue altresì se entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione nessuna parte deposita presso gli arbitri copia autentica dell'atto con il quale la controversia sulla questione pregiudiziale è proposta davanti all'autorità giudiziaria.

L'abuso del processo, tuttavia, non colpisce soltanto l'amministrazione della giustizia, ma anche una o più parti processuali, e ciò resta vero anche in ambito arbitrale. La disposizione suscita, pertanto, qualche perplessità.
Piuttosto è interessante notare che la disposizione dell'art. 13.3 conferma l'interpretazione sistematica sopra data, ovvero che l'arbitro conosce di una controversia per la quale sia stato esperito (o debba esperirsi) il tentativo di mediazione, solo in forza di una apposita clausola che renda la mediazione o conciliazione obbligatoria tra le parti, contenuta in un apposito "accordo".

3. LE CLAUSOLE.

L'art.5.5 prevede appunto il caso in cui "***il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione".***
Ci si trova in presenza, dunque, di una clausola bifasica o *multi-step*, secondo la terminologia anglosassone con la quale parti prevedono di sottoporre le eventuali controversie derivanti dal contratto/statuto/atto costitutivo al tentativo di mediazione e qualora il tentativo di mediazione non dia esito o non si concluda entro il termine previsto dalla legge, di devolvere le controversie medesime ad arbitrato.
L'art. 5.5 precisa che *"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.*[4] *In ogni caso, le parti **possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto**".*
Salvo più attenta lettura, la disposizione sembra imporre alle parti in casi di operatività del meccanismo ivi previsto (assegnazione alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissazione della successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6) di proporre la domanda di mediazione a un ***organismo iscritto*** **anche se la clausola non prevede tale eventualità, ma solo un generico obbligo di esperire preventivamente un tentativo di mediazione o conciliazione.**
L'opportunità di clausole *multi-step* che combinino la mediazione finalizzata alla conciliazione e l'arbitrato è evidente (e ne parleremo brevemente tra un attimo). La possibilità è indiscutibile (deriva ed è presupposta dalle norme che abbiamo testé esaminato, oltre che dal generale principio di autonomia contrattuale).
La mediazione e l'arbitrato stanno su due piani diversi:
- la mediazione (art. 1 Decreto) è l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un **accordo amichevole** per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una **proposta per la risoluzione della stessa;**

---

[4] Ovvero "*presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia*".

- l'arbitrato è comunque **un giudizio** (art. 806 c.p.c.) che decide la controversia sostituendo la statuizione arbitrale alla volontà delle parti;
- persino l'**arbitrato irrituale** (art. 808 ter c.p.c.) differisce dalla mediazione-conciliazione in quanto la controversia è definita **dagli arbitri** mediante determinazione contrattuale e non dalle parti stesse; al contrario il mediatore non ha il potere **di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio**.

Dunque arbitrato e mediazione possono utilmente coesistere come mezzi, in combinazione tra loro, di risoluzione di controversie "su diritti disponibili".

In entrambi i casi, infatti, la validità della clausola di mediazione e della convenzione arbitrale è condizionata al fatto "*che non abbiano per oggetto diritti indisponibili*" (art. 806 c.p.c. e art. 2 del Decreto).

La prassi conosce casi di clausole "*multi-step*" in cui le parti si impegnano ad intraprendere una procedura di conciliazione e, nel caso in cui questa non riesca, a proseguire per la risoluzione della loro disputa instaurando una vera e propria procedura arbitrale nella quale, il medesimo soggetto cha ha agito come conciliatore, può assumere la veste di arbitro (clausola **Med-Arb**, ovvero mediazione-arbitrato).

Nel diritto positivo italiano (art. 815, comma 1, n. 6, c.p.c.) tale meccanismo esporrebbe l'arbitro a ricusazione ("*se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone*") e comunque, considerata la diversa natura dei due strumenti e le diverse professionalità necessario alla conduzione dei medesimi, la clausola è da evitare.

Al contrario la clausola *Med-then-Arb* in cui le parti sono vincolare contrattualmente al preliminare esperimento del procedimento di mediazione o conciliazione, fallito il quale si potrà adire il procedimento arbitrale, ma le funzioni di arbitro e di conciliatore sono ben distinte e demandate a persone diverse, ben può soddisfare, in maniera legittima ed efficace, le esigenze delle parti contrattuali sottese alla sottoscrizione di una clausola "*multi-step*".

Le clausole in tale senso proposte in appendice al Regolamento della Camera Arbitrale e di Conciliazione di Grosseto sono un buon esempio in tal senso.

4. I vantaggi

Il processo di composizione delle controversie che prescinde, anche solo temporaneamente, da un intervento autoritativo, non è nuovo ne sconosciuto ne rappresenta la nuova frontiera della modernità nelle relazioni tra persone in conflitto.

I metodi di composizione delle liti, tra persone o gruppi, in contesti tradizionali o addirittura in società non statali (che tuttora coesistono, nonostante Mac Donald , Coca Cola e Iphone, con le società "più avanzate") ci dicono che in taluni contesti e a talune condizioni, la risoluzione pacifica e rapida delle dispute, fondata anche sulla riconciliazione emotiva fra le parti e finalizzata al ripristino delle relazioni preesistenti, è preferibile alle situazioni

in cui una autorità – comunque denominata – **decide** chi ha ragione e chi ha torto.
Emblematici i casi e le riflessioni in proposito di Jared Diamond, in *Il mondo fino a ieri* (Einaudi, 2012) che alle pagg. 86 e segg. propone una penetrante riflessione sul caso della morte di un bambino in un incidente stradale in Nuova Guinea; caso da lui personalmente osservato e in cui la composizione del conflitto tra la famiglia dell'ucciso e il gruppo di riferimento dell'uccisore (la sua azienda), si risolse con un procedimento che definiremmo di "mediazione-conciliazione" in cui l'attribuzione delle colpe ed il risarcimento monetario, lasciarono spazio alla riconciliazione emotiva dei contendenti ed al ripristino di relazioni pacifiche, o almeno non conflittuali, tra i due gruppi.
Pur nella consapevolezza che il diritto è una forma di disciplinamento sociale – diversa dalla religione, dall'etica e persino dalla politica – dotata di una sua autonoma razionalità, alla quale è pericoloso rinunziare (pena il decadimento in relazioni comunque eterodirette e autoritarie, cfr. Aldo Schiavone, Jus, 2005, pag. 399), può considerarsi opportuno – in taluni casi in cui non è opportuno che "*pereat mundus*", si possano trovare soluzioni conservative dei rapporti e delle relazioni in essere che sacrifichino all'esigenza di tutelare interessi e bisogni delle parti, la stretta applicazione della regola giuridica.

Grosseto, 24 ottobre 2013.