



VALORE PRASSI

VADEMECUM

PROTOCOLLO
SULLA MEDIAZIONE FINALIZZATA
ALLA CONCILIAZIONE DELLE
CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI

*Il Direttivo di Valore Prassi
ringrazia
i Gruppi di lavoro sui protocolli qui pubblicati
e l'Ordine degli Avvocati di Verona*

PRESENTAZIONE

Il presente protocollo recepisce le indicazioni provenienti dal gruppo di lavoro, istituito all'interno dell'Osservatorio Valore Prassi di Verona nel marzo del 2012, al quale hanno partecipato magistrati e avvocati, alcuni dei quali svolgono anche l'attività di mediatore.

Con questo lavoro si è inteso fornire delle interpretazioni condivise di quelle parti del D. Lgs. 28/2010, nel testo risultante dopo le modifiche introdotte dal d.l. 69/2013 (c.d. decreto del fare), che risultano lacunose.

L'attenzione dei partecipanti ai lavori si è incentrata su alcuni aspetti del rapporto tra procedimento di mediazione e processo civile, che non sono stati compiutamente disciplinati dal legislatore.

In tale prospettiva si sono proposte soluzioni ad alcune questioni di rilevante impatto pratico-applicativo, quali a titolo esemplificativo, quella relativa alla sussistenza dell'obbligo di attivare la mediazione anche con riferimento alle eventuali domande, relative a controversie di cui all'art. 5, comma 1 bis del D. Lgs. 28/2010, che siano proposte in corso di causa o quella della definizione delle modalità e dei termini per far valere la violazione del criterio della competenza per territorio dell'organismo di mediazione,

Il protocollo contiene anche alcune indicazioni di carattere operativo, come quella sui presupposti che possono consigliare il ricorso alla mediazione demandata dal giudice o quella sul rapporto tra mediazione demandata dal giudice e conciliazione giudiziale.

In tal modo si è voluto favorire l'applicazione di un istituto che, seppur non risolutivo, può contribuire a migliorare lo stato della giustizia civile nel nostro paese, in conformità a quello che da sempre è lo spirito del movimento degli osservatori.

Verona 20 giugno 2014

Massimo Vaccari
(Coordinatore del gruppo di lavoro)

PREMESSA

Le proposizioni che seguono, in aderenza alla finalità propria dei protocolli degli osservatori sulla giustizia civile, sono meramente indicative e pertanto non possono essere intese in nessun modo come vincolanti.

1. ACCESSO ALLA MEDIAZIONE

(ART. 4, COMMA 1)

A. Il criterio di competenza per territorio dell'organismo di mediazione fissato dall'art. 71 quater, secondo comma, disp. att. c.c., è speciale rispetto a quello di cui all'art. 4, comma 1 D. Lgs. 28/2010.

B. E' opportuno che nei casi di mediazione obbligatoria ex lege, la parte che intenda rilevare l'incompetenza per territorio dell'organismo di mediazione lo faccia nel corso della prima seduta davanti al mediatore adito o, qualora non intenda comparire, prima dello svolgimento di essa, mediante comunicazione scritta che individui l'organismo di mediazione ritenuto competente poiché il silenzio sul punto in fase di mediazione potrebbe essere inteso come accettazione della competenza dell'organismo adito.

C. Il rilievo di incompetenza per territorio dell'organismo di mediazione adito va valutato dal giudice della causa di merito, qualora la parte che ha promosso la mediazione non vi abbia aderito, e può essere distinto dall'eccezione di incompetenza per territorio del giudice adito, dovendo esse decise sulla base dell'istanza di mediazione.

2. AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA MEDIAZIONE C.D. OBBLIGATORIA

(ART. 5, COMMA 1 BIS)

A. L'individuazione delle materie del contendere ai fini dell'applicazione dell'art. 5 comma 1 bis del d. lgs. 28/2010 va compiuta con riferimento alla domanda, e cioè alla sostanza della pretesa ed ai fatti dedotti a fondamento di questa (criterio del c.d. petitum sostanziale), come evincibile dalla istanza di mediazione e, qualora il giudizio sia stato già introdotto, anche sulla base della prospettazione del convenuto.

B. Per controversie in materia di diritti reali devono intendersi quelle aventi ad oggetto i diritti reali in senso stretto, con esclusione, quindi, delle controversie riguardanti i contratti traslativi di tali diritti o aventi ad oggetto la nullità, l'annullamento o la risoluzione degli stessi.

C. Per controversie in materia di contratti assicurativi devono intendersi tutte quelle che concernono l'interpretazione, la validità di un contratto avente ad oggetto una garanzia assicurativa, fatta salva delle controversie relative alla esecuzione di contratti assicurativi della responsabilità civile derivante da circolazione di veicoli.

D. Per controversie in materia di contratti bancari devono intendersi quelle relative a contratti aventi ad oggetto operazioni o servizi bancari (non rientra tra esse, pertanto, la controversia relativa ad una fideiussione stipulata a garanzia di crediti bancari).

E. Per controversie in materia di contratti finanziari devono intendersi quelle relative ad uno dei contratti previsti dal d. lgs. 58/1998, purchè una delle parti di esso sia un operatore professionale.

F. Si ritiene preferibile l'interpretazione secondo cui rientrano tra le controversie in materia di uno dei contratti previsti dall'art. 5, comma 1, del d. lgs. 28/2010 anche quelle che abbiano ad oggetto la responsabilità pre - contrattuale relativa ad uno dei rapporti previsti da tale norma.

G. Rientrano tra le controversie "in materia di" uno dei contratti previsti dall'art. 5 comma 1 bis del d. lgs. 28/2010 anche le azioni in surroga derivanti da uno di quei contratti nonchè quelle fondate sulla cessione di uno di essi e quelle fondate sulla cessione di un credito derivante da uno di quei rapporti. Non vi rientrano invece le azioni di regresso.

H. Non rientrano nelle controversie di cui all'art. 71 quater disp. att. c.c. le controversie dirette alla nomina di un amministratore giudiziario ex art. 1129 primo comma c.c. e quelle dirette ad ottenere la revoca dell'amministratore di condominio poiché si svolgono con le forme del procedimento in camera di consiglio.

I. Nelle controversie dirette a far accertare l'acquisto di un diritto reale per intervenuta usucapione, nelle quali possano esservi dubbi sul numero o sulla identità dei soggetti passivamente legittimati, è opportuno che il giudizio venga introdotto prima dell'espletamento della mediazione, al fine di verificare i predetti particolari. La stessa avvertenza vale per le controversie dirette a far accertare l'acquisto di un diritto reale per intervenuta usucapione nelle quali, a causa del numero dei soggetti da convenire in

giudizio, sia necessario ricorrere alla notifica per pubblici proclami.

J. Anche nelle controversie relative a diritti reali, per le quali vi sia la necessità di trascrivere la domanda giudiziale, è opportuno che il giudizio venga promosso prima di svolgere la mediazione.

3. ISTANZA DI MEDIAZIONE

E DECADENZA (ART. 5, COMMA 6).

A. Nel caso in cui si intenda iniziare il giudizio di merito conseguente all'ordinanza di accoglimento di una domanda cautelare di tipo conservativo, e tale giudizio rientri in uno di quelli soggetti a mediazione obbligatoria, l'istanza di mediazione non impedisce la decorrenza del termine previsto per l'introduzione del giudizio di merito poiché l'art. 5, ultimo comma, del d. lgs. 28/2010 deve intendersi riferito alle decadenze sostanziali e non anche a quelle processuali.

B. La medesima indicazione di cui al punto precedente vale nel caso in cui si intenda proporre il giudizio di merito possessorio.

C. Nel caso in cui si intenda impugnare una delibera di assemblea condominiale la comunicazione

dell'istanza di mediazione ha l'effetto di sospendere il termine di decadenza previsto dall'art. 1137, terzo comma, c.c. con riguardo al giudizio di merito relativo all'impugnazione.

4. CAUSE OGGETTIVAMENTE

E SOGGETTIVAMENTE COMPLESSE

(ART. 5, COMMA 1)

A. Qualora in un giudizio che non sia stato preceduto dalla mediazione vengano svolte una domanda riconvenzionale o una reconventio reconventionis o una domanda trasversale o una chiamata di terzo o un intervento di terzo principale, relativi ad una delle materie del contendere di cui al comma 1 bis dell'art. 5 del d. lgs. 28/2010, tali domande sono soggette a mediazione obbligatoria.

In tali casi, qualora venga eccepito o rilevato il difetto della condizione di procedibilità, è opportuno che il giudice demandi alla mediazione l'intera controversia.

E' possibile demandare alla mediazione anche la sola domanda soggetta a mediazione obbligatoria, previa separazione di essa dalle altre, ma tale soluzione può pregiudicare il successo della mediazione.

Le indicazioni contenute nei commi precedenti non valgono in caso di

chiamata di terzo fondata su una ipotesi di responsabilità da circolazione stradale.

B. La domanda riconvenzionale o la reconventio reconventionis inedita (vale a dire che sia emersa nella fase giudiziale della lite ma non nella fase di mediazione che abbia preceduto il giudizio), che riguardino una delle materie del contendere di cui all'art. 5, comma 1 bis, del d. lgs. 28/2010, sono soggette a mediazione obbligatoria nel caso in cui comportino un ampliamento del thema decidendum.

C. L'onere di dimostrare tale presupposto grava sulla parte che eccepisca il difetto della condizione di procedibilità e, per assolverlo, essa può ricorrere o al consenso della controparte o alla produzione dell'istanza di mediazione e dell'adesione ad essa della controparte dalle quali risulti la causa petendi della prospettazione della parte convenuta.

D. Al fine di agevolare tale verifica è opportuno che le parti facciano risultare nel verbale di mediazione la causa petendi delle domande prospettate nel corso di essa. Anche in questo caso è opportuno che il giudice demandi alla mediazione l'intera controversia.

E. La domanda inedita nei confronti del terzo, relativa ad una delle materie del contendere di cui all'art. 5, comma 1 bis, del d. lgs. 28/2010, è soggetta a mediazione obbligatoria, a condizione che il terzo possa evitare la controversia concludendo una transazione (una ipotesi di questo tipo è quello della domanda di garanzia impropria). Anche in questi casi è opportuno che il giudice demandi alla mediazione l'intera controversia.

F. Le medesime indicazioni di cui al punto precedente valgono nel caso di domanda trasversale inedita.

G. La domanda inedita svolta dal terzo interveniente ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.c., relativa ad una delle materie del contendere di cui all'art. 5, comma 1 bis, del d. lgs. 28/2010 è soggetta a mediazione obbligatoria. Anche in questo caso è opportuno che il giudice demandi alla mediazione l'intera controversia.

H. Nel caso in cui in un giudizio, che sia stato preceduto dalla mediazione, il contraddittorio venga esteso, ai sensi dell'art. 102 c.p.c., ad una parte che non abbia partecipato alla fase di mediazione la domanda nei confronti di tale parte, che riguardi una delle materie del contendere di cui all'art.

5, comma 1 bis, del d. lgs. 28/2010, non è soggetta a mediazione obbligatoria.

I. La domanda inedita relativa ad una delle materie del contendere di cui all'art. 5, comma 1 bis, del d. lgs. 28/2010 che sia cumulata ai sensi dell'art. 103 c.p.c. con altra o altre domande sulle quali si sia svolto il procedimento di mediazione, è soggetta a mediazione obbligatoria se è connessa impropriamente a quelle già oggetto di mediazione.

L'onere di dimostrare tale presupposto grava sulla parte che eccepisca il difetto della condizione di procedibilità e, per assolverlo, essa può ricorrere o al consenso della controparte o alla produzione dell'istanza di mediazione e dell'adesione ad essa della controparte dalle quali risulti la causa petendi della prospettazione della parte convenuta.

Al fine di agevolare tale verifica è opportuno che le parti facciano risultare nel verbale la causa petendi delle domande prospettate nel corso di essa.

Anche in questo caso è opportuno che il giudice che ravvisi il difetto della condizione di procedibilità della domanda riconvenzionale o della reconventio reconventionis domandi alla mediazione l'intera controversia

J. In caso di domande fondate su prospettazioni alternative, una o più delle quali rientrino tra quelle previste dall'art. 5, comma 1 bis, del d. lgs. 28/2010, l'intera causa va demandata alla mediazione

5. NATURA DEL TERMINE PER PROPORRE LA MEDIAZIONE E TERMINI PER IL RILIEVO DELLA INSUSSISTENZA DELLA CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ (ART. 5, COMMA 1 BIS)

A. Il termine assegnato dal giudice, ai sensi dei comma 1 bis e 2 dell'art. 5 d. Lgs. 28/2010, per presentare domanda di mediazione deve intendersi ordinatorio e come tale è soggetto alla disciplina dell'art. 154 c.p.c.

B. Se la mancanza di condizione di procedibilità non viene rilevata o eccepita entro la udienza di prima comparizione l'azione giudiziaria può proseguire normalmente.

C. Se nessuna delle parti presenta istanza di mediazione entro l'udienza fissata dal giudice contestualmente all'assegnazione del termine di cui all'art. 5, comma 1 bis, del d. lgs. 28/2010, la domanda giudiziale va dichiarata improcedibile.

D. Se alla udienza di prima comparizione di una controversia soggetta a mediazione obbligatoria si riscontra che la mediazione è iniziata ma non si è conclusa il giudice può differire la causa ad una udienza successiva al termine della mediazione, qualora le parti rappresentino la possibilità di una definizione conciliativa della controversia in quella sede. In caso contrario il giudice può proseguire nella ordinaria trattazione del giudizio che, quindi, si svolgerà parallelamente alla mediazione.

E. L'indicazione di cui al punto precedente vale anche nel caso in cui la domanda di mediazione venga presentata successivamente alla scadenza del termine di assegnato dal giudice per lo svolgimento della mediazione ma prima dell'udienza che è stata fissata per la prosecuzione del giudizio, una volta scaduto il termine originariamente previsto per lo svolgimento della mediazione.

F. E' opportuno che, anche nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria, nelle quali venga eccepita, o rilevata, la mancanza della condizione di procedibilità, il giudice, che alla prima udienza ravvisi possibilità conciliative della lite, esperisca il tentativo di conciliazione, se del caso avvalendosi

dell'art. 185 c.p.c., prima di assegnare alle parti il termine per promuovere la mediazione.

6. PROCEDIMENTI PER INGIUNZIONE, DI OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO E PROCEDIMENTI CAUTELARI (ART. 5, COMMA 4).

A. Tenuto conto delle incertezze interpretative esistenti sulle conseguenze della mancata attivazione della mediazione nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo, soggette a mediazione obbligatoria, dopo la decisione da parte del giudice sulla istanza di concessione o sulla sospensione della p.e. (secondo un primo orientamento la conseguenza di detta omissione sarebbe la improcedibilità della domanda monitoria mentre secondo altra tesi l'improcedibilità sarebbe dell'opposizione), l'unica indicazione che si ritiene opportuno fornire è quella che sia l'opponente che l'opposto possono avere interesse ad attivare il procedimento di mediazione, per evitare la declaratoria di improcedibilità della domanda svolta da ciascuno di essi.

B. I commi 1 bis e 2 dell'art. 5 del d. lgs. 28/2010 non si applicano nei procedimenti cautelari, ivi compreso quello relativo all'istanza di sospen-

sione dell' esecuzione della delibera di assemblea condominiale.

7. PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE (ART. 8)

A. L'obbligo di difesa fissato dall'art. 5 comma 1 bis D. Lsg. 28/2010 si riferisce solo alla partecipazione al procedimento di mediazione obbligatoria sia ex lege che ex contractu giacchè solo in questi casi la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

B. Possono costituire giustificato motivo di assenza:

la mancata comparizione davanti al mediatore per motivi di salute o di lavoro che determinino l'impedimento della parte a comparire per un apprezzabile lasso di tempo (pari, superiore o di poco inferiore ai tre mesi che costituiscono il periodo normalmente previsto per lo svolgimento della mediazione);

la mancata comparizione davanti al mediatore giustificata sulla base del rilievo, formulabile anche a mezzo di comunicazione a distanza, della sua incompetenza per territorio;

la mancata comparizione davanti al mediatore dovuta alla mancata conoscenza della data dell'incontro di mediazione;

la mancata comparizione davanti al mediatore di un soggetto che non abbia capacità di agire o che sia privo di potere rappresentativo

C. Si ritiene che la condanna di cui all'art. 8, comma 5, vada adottata al momento della decisione della causa, atteso che la parte che non è comparso davanti al mediatore ha diritto di dimostrare le ragioni della sua assenza nel corso del giudizio, sulla base della disciplina propria del rito prescelto.

8. MEDIAZIONE DELEGATA (ART. 5, COMMA 2)

A. L'istituto trova un utile ambito di applicazione nelle ipotesi in cui la possibilità di raggiungimento di una conciliazione dipenda dall'individuazione di soluzioni facilitative o nei casi di cumulo oggettivo o soggettivo di domande, per una sola delle quali la mediazione è prevista quale condizione di procedibilità (in questa ipotesi è opportuno che il giudice domandi alla mediazione l'intera controversia) o qualora, dato il carico del ruolo, il giudice abbia difficoltà ad esperire tentativi di conciliazione.

B. Il giudice può demandare la mediazione anche nelle controversie

in cui si sia già svolta una mediazione ma è opportuno che prima di farlo valuti con i procuratori delle parti l'utilità di essa.

C. Nel caso in cui le parti convengano sulla opportunità della mediazione delegata è opportuno che le stesse individuino concordemente anche l'organismo di mediazione a cui rivolgersi.

D. Nel caso di mediazione delegata ai sensi dell'art. 5, comma 2, D. Lgs. 28/2010 è opportuno che il giudice indichi anche l'organismo di mediazione territorialmente competente al quale le parti potranno rivolgersi.

E. Il difensore può rappresentare il proprio assistito nella fase di mediazione, ivi compresa la mediazione delegata, purchè sia munito di procura speciale a tal fine.

F. L'art. 5 comma 2 d. lgs. 28/2010 nella parte in cui consente la mediazione delegata anche in sede di appello va inteso nel senso che la mediazione delegata è condizione di procedibilità dell'appello principale e dell'appello incidentale.

9. ART. 13 D. LGS. 28/2010 E SUO RACCORDO CON GLI ARTT. 91 E 185 BIS C.P.C.

A. L'applicazione dell'art. 13 del d. lgs. 28/2010 presuppone la possibilità di raffrontare la domanda di mediazione e la domanda giudiziale.

B. La condanna alle spese della parte vittoriosa che ha rifiutato la proposta conciliativa del mediatore prescinde dalla valutazione sulla sussistenza di un giustificato motivo di tale rifiuto.

C. Il richiamo agli artt. 92 e 96 del c.p.c contenuto nel secondo periodo dell'art. 13 del d. lgs. 28/2010 va inteso nel senso che il giudice potrà valutare il comportamento tenuto dalle parti nel giudizio conseguente alla fase di mediazione, ai fini della compensazione delle spese di lite o della condanna per lite temeraria, senza essere vincolato dall'atteggiamento che esse possano aver tenuto di fronte alla proposta conciliativa del mediatore.

D. Anche le parti e il giudice del giudizio successivo alla fase di mediazione possono formulare la proposta conciliativa prevista dall'art. 91 c.p.c. e 185 bis c.p.c. Qualora nella fase di mediazione vi sia stata una proposta conciliativa del

mediatore rifiutata la proposta conciliativa fatta da una delle parti o del giudice nel conseguente giudizio, per produrre gli effetti previsti dall'art. 91 c.p.c, deve avere contenuto diverso rispetto alla prima.

10. ACCORDO CONCILIATIVO E FASE DI OMOLOGA (ART. 11)

A. E' opportuno che nell'accordo conciliativo concluso davanti al mediatore vengano precisate le caratteristiche del procedimento di mediazione ed in particolare l'organismo di mediazione davanti al quale si è svolto il procedimento, se si sia trattato di mediazione obbligatoria o volontaria e le domande oggetto di esso

B. L'accordo conciliativo va omologato dal Presidente del Tribunale del circondario in cui si è svolta la mediazione.

C. Nel caso in cui l'accordo conciliativo concluso davanti al mediatore preveda obblighi infungibili di fare ovvero obblighi di non fare a carico di una parte, nonché il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza di essi o per il ritardo nel loro adempimento, il creditore, in caso di inadempimento del debitore, può agire esecutiva-

mente nei suoi confronti, dopo aver redatto il precetto sulla base del verbale di conciliazione. Condizione perché il creditore possa avvalersi di tale diritto è che, al momento della pattuizione della somma predetta, siano stati individuati i comportamenti che da inibire ed il criterio seguito per determinarne l'importo, anche in relazione al comportamento futuro del debitore (ad esempio precisando quali siano le conseguenze di un adempimento solo parziale della prestazione o di un ritardo nell'adempimento qualora si tratti di condanna ad un non facere con indicazione, altresì, ove possibile, il momento a partire dal quale si verifica l'inadempimento alla condanna).

D. Nel redigere il precetto di cui al punto precedente il creditore deve comunque esplicitare i calcoli in virtù dei quali ha determinato la somma indicata nell'atto.

E. Il debitore può proporre opposizione all'esecuzione qualora contesti la sussistenza di uno dei presupposti di fatto adottati dal creditore oppure la correttezza dei calcoli eseguiti o qualora adduca fatti estintivi o modificativi del diritto alla somma di cui ai punti precedenti.

F. In caso di opposizione, la ripartizione dell'onere della prova tra opponente ed opposto è strettamente dipendente dalla natura dell'obbligazione di cui si controverte. In ragione di ciò non è opportuno fissare un'indicazione generale sul punto, se non il principio generale secondo cui "negativa non sunt probanda".

G. Avverso il rigetto dell'istanza di omologa dell'accordo conciliativo concluso davanti al mediatore può essere proposto reclamo davanti alla Corte di Appello competente.

H. Per contestare il decreto di omologa dell'accordo conciliativo concluso davanti al mediatore il destinatario di quanto in esso previsto può proporre opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. o agire in via ordinaria.

Tutti i protocolli sono disponibili sul sito

www.valoreprassi.it