



## LA NUOVA MEDIA CONCILIAZIONE OBBLIGATORIA

Elisa Rado

### FNA-FEDERAMMINISTRATORI

delegazione provinciale di TREVISO

Via Garibaldi, 17 – 31046 Oderzo (TV)

Tel 0422/713990 – fax 0422/207035    [confappi.tv@studioelettra.it](mailto:confappi.tv@studioelettra.it)    [fna.tv@studioelettra.it](mailto:fna.tv@studioelettra.it)

vista il sito [www.fna-confappitreviso.it](http://www.fna-confappitreviso.it)

## **MEDIAZIONE-MEDIACONCILIAZIONE: L'ITER NORMATIVO**

**Introduzione.** Il D.Lgs. 28/2010, in recepimento della dir. europea n. 2008/52/CE, introduce l'istituto della mediazione civile e commerciale, quale strumento extragiudiziale di risoluzione alternativo delle controversie. La norma definisce la nuova figura del mediatore, stabilendone i percorsi formativi e prevedendo l'iscrizione degli appositi organismi di mediazione presso il Ministero della Giustizia. Lo scopo del legislatore era quello di ridurre il contenzioso nelle aule dei tribunali, oltre a quello di diffondere la cultura della risoluzione alternativa delle controversie, sulla base di criteri di informalità, oralità e concentrazione.

**Mediazione obbligatoria.** L'Art. 5 del D.Lgs 28/2010 introduce l'obbligatorietà della mediazione, pena l'improcedibilità della domanda giudiziale nelle controversie aventi ad oggetto materie condominiali, diritti reali, divisione e successioni ereditarie, patti di famiglia, locazioni, comodato, affitto d'aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. La parte che intende agire in giudizio ha l'onere di tentare obbligatoriamente la mediazione. Il Giudice, qualora rilevi, su eccezione di parte o d'ufficio entro la prima udienza, che la mediazione non è stata tentata o non è decorso il termine per il suo completamento, fissa una nuova udienza per consentire alle parti lo svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione. La *ratio* della scelta legislativa è quella di individuare una serie di categorie di litigiosità che meglio di altre si prestano al dialogo ed alla risoluzione attraverso la mediazione, essendo caratterizzate da una comune appartenenza ad una comunità ovvero ad un rapporto di durevole relazione sociale, familiare ed economica tra le parti.

Stante la diffidenza di molti nei confronti di questo istituto ed a causa dei numerosi casi di assenteismo, il legislatore, è stato costretto ad introdurre una modifica dell'art. 8 della citata norma (D.L. 138/ 2011), prevedendo l'applicazione di una vera e propria sanzione corrispondente all'importo del contributo unificato dovuto per il giudizio, che il giudice deve comminare alla parte che senza giustificato motivo non abbia partecipato alla mediazione. Peraltro, dalla mancata partecipazione alla mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova ex art. 116 c.p.c. utilizzabili durante il giudizio.

**Mediazione facoltativa.** Per la risoluzione delle controversie in tutte le altre materie non elencate nell'art. 5, aventi ad oggetto diritti disponibili, la norma consente sempre il ricorso allo strumento della mediazione facoltativa per libera iniziativa delle parti.

**Mediazione sollecitata dal Giudice.** Il comma 2 dell'art. 5 del D.Lgs 28/2010, prevede altresì la mediazione demandata ovvero su invito dal Giudice nel corso del giudizio, anche in sede di giudizio d'appello, valutata la natura della controversia, lo stato dell'istruzione della causa ed il comportamento delle parti. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Tale mediazione non tiene conto del fallimento della mediazione obbligatoria essendo sempre possibile per le parti

raggiungere soluzioni conciliative anche su invito del Giudice, onde evitare inutili dilazioni. Trattandosi di mediazione su invito e non su ordine del Giudice, il rifiuto o la omissione di detto tentativo non può avere alcuna conseguenza sull'esito della controversia.

**Esclusione dei procedimenti urgenti e cautelari.** La norma in esame esclude dall'obbligatorietà del tentativo di conciliazione tutti i procedimenti urgenti, cautelari ed alcuni procedimenti speciali, nonché la trascrizione della domanda giudiziale. Sono altresì esclusi i procedimenti di ingiunzione, per convalida di licenza o sfratto, i procedimenti possessori, i procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativa all'esecuzione forzata, i procedimenti in camera di consiglio, l'azione civile esercitata nel processo penale. Dette disposizioni sono coerenti con l'ordinamento vigente che tiene conto dell'urgenza e delle situazioni di pericolo nel ritardo che necessitano di procedure urgenti. Il tentativo di mediazione in questi ultimi casi sarebbe inutile ed andrebbe ad appesantire i procedimenti sommari o speciali citati a discapito degli interessati.

**Competenza territoriale e riforma condominiale.** Il D.Lgs 28/2010 non prevede alcuna regola di competenza territoriale, per materia o per valore. Unica previsione in materia di competenza dell'organismo è prevista nel caso dell'esistenza di più domande relative alla stessa controversia, per le quali è competente l'organismo presso il quale è stata depositata la prima domanda, avuto riguardo alla data di ricezione della comunicazione.

In materia condominiale, in considerazione della specificità dei rapporti e della disciplina degli stessi, tra le prime critiche sollevate in sede di applicazione del D.Lgs 28/2010, si evidenzia la mancata previsione di un criterio di competenza territoriale. L'art. 71-quater delle disposizioni di attuazione al c.c., introdotto dalla L. 220/2012, prevede una novità circa il criterio di territorialità per la scelta degli organismi di mediazione, individuato nella circoscrizione del tribunale in cui ha sede il fabbricato.

Peraltro, la riforma del diritto condominiale pone fine alle discussioni sorte circa l'individuazione dei contorni della materia "condominio", soggetta alla mediazione obbligatoria ex art. 5 del D.Lgs 28/2010. Il nuovo art. 71-quater delle disposizioni di attuazione al c.c. individua le controversie soggette alla mediazione obbligatoria di tra quelle sorte dalla violazione od errata applicazione degli artt. 1117-1139 c.c. e degli artt. 61-72 delle disposizioni di attuazione del c.c. . Pertanto, per lite condominiale è sicuramente da intendersi quella in cui le parti condividono una relazione di tipo condominiale o che vede contrapposti due o più partecipanti al condominio.

**L'illegittimità della mediazione obbligatoria.** Numerose sono state le doglianze di remissione sollevate avanti la Corte Costituzionale circa l'obbligatorietà del previo esperimento del procedimento di mediazione e la conseguente condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria in contrasto con il combinato disposto di cui agli artt. 24 e 77 Cost. La Corte Costituzionale con sentenza del 6 dicembre 2012, n. 272 solleva un profilo di incostituzionalità circa l'eccesso di delega in cui il legislatore è incorso prevedendo l'obbligatorietà della procedura mediativa nelle elencate materie, nonostante l'assenza di una indicazione in tal senso nella legge delega 69/2009. La Corte di legittimità dunque ha sollevato un vizio formale, in relazione al carattere obbligatorio

dell'istituto di conciliazione ed alla condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria. La norma *de qua* pertanto non è illegittima, resta valida ed efficace, fatta eccezione per l'illegittimità dell'art. 5, comma 1 del D.Lgs 28/2010 per violazione dell'art. 76 e 77 Cost., così da rendere tutte le procedure di mediazione facoltative in ogni materia civile e commerciale. Venuta meno l'obbligatorietà, la mediazione di cui all'art. 5 D.Lgs 28/2010 dopo aver vissuto un momento di popolarità, ancorché dettato dall'imposizione, ha subito un repentino arresto dalla fine del 2012.

## **LA NUOVA MEDIACONCILIAZIONE OBBLIGATORIA.**

Nonostante la citata sentenza della Corte di legittimità, **con il D.L. 69/2013, il legislatore introduce nuovamente l'obbligatorietà della mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle materie di cui agli artt. 5 del D.Lgs 28/2010.** Ulteriore novità è l'introduzione della **mediazione per ordine del giudice** che può disporre l'esperimento della mediazione che diventa condizione di procedibilità della domanda giudiziale. In qualunque momento prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni, anche in sede d'appello, valutata la natura della controversia, lo stato dell'istruzione ed il comportamento delle parti, il Giudice può disporre di esperire il tentativo di mediazione che diviene condizione sopravvenuta di procedibilità dell'azione. Peraltro, dal momento che i costi della mediazione sono stati drasticamente ridotti, il Giudice può decidere di esperire il tentativo senza gravare le parti di ulteriori spese giudiziarie. In tema di mediazione, il ruolo del Giudice inoltre è stato rafforzato, avendo il potere non solo di ordinare l'esperimento ma anche di formulare una proposta conciliativa o transattiva ex art. 185-bis c.p.c.. Attesa l'immediata entrata in vigore della normativa, detto principio deflattivo si applica anche ai processi pendenti.

**Le principali novità.** Tra le principali novità introdotte dal Decreto del Fare c'è il limite temporale di quattro anni di efficacia del riformato art. 5 D.Lgs 28/2010: il legislatore ha ritenuto opportuno sperimentare la bontà e l'efficacia dell'istituto sino al 2017, affidando al Ministero della Giustizia il compito di monitorare la sperimentazione dell'istituto.

Importante novità è l'introduzione dell'**obbligatoria assistenza del legale** sin dal primo incontro in tutte le controversie in cui la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'obbligo di assistenza dell'avvocato non si estende dunque agli altri sistemi di conciliazione, quali la Conciliazione presso la Consob ed il ricorso all'arbitrato bancario finanziario per le materie di rispettiva competenza. La *ratio* della scelta del legislatore trova giustificazione nell'alto grado di tecnicismo della mediazione, da considerarsi fase pre-processuale, quando il procedimento non si conclude con un accordo.

Ulteriore novità tanto attesa è introdotta dall'art. 16, comma 4-bis che attesta che gli **avvocati iscritti all'albo sono mediatori di diritto.** Tuttavia, gli avvocati iscritti negli Organismi di mediazione devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi formativi obbligatori a ciò finalizzati.

**La competenza territoriale.** La domanda di mediazione deve essere depositata presso l'organismo del luogo del giudice territorialmente competente per la controversia, ovvero in caso di più domande aventi ad oggetto la stessa controversia, l'organismo competente è quello presso il quale è stata presentata la prima domanda. La contestazione circa l'incompetenza territoriale dell'organismo che ha gestito la mediazione condurrà ad una declaratoria di improcedibilità del giudizio. La scelta dell'organismo territorialmente competente è lasciata alla parti con non pochi dubbi. Come anticipato sopra, in materia condominiale la recente riforma individua un criterio territoriale per la scelta dell'organismo competente, quale quello del circondario del tribunale in cui è situato il fabbricato. Per analogia, in attesa di chiarimenti sul punto, un criterio applicabile per la scelta dell'organismo potrà essere l'individuazione tra quelli presenti nel circondario del tribunale.

**La durata.** Anche l'art. 6 DLgs 28/2010 è stato riformato, con riduzione dei tempi della procedura da quattro a tre mesi per la risoluzione delle controversie. Per la gestione di una lite, tre mesi sembrano più che congrui, tuttavia, nel caso del coinvolgimento della parte, per varie ragioni il termine può essere sforato con accordo di tutte le parti coinvolte.

**Il Primo incontro.** Il Decreto del fare ha regolamentato il primo incontro che deve essere fissato entro trenta giorni dal deposito della domanda. Il primo incontro, autonomo e funzionale rispetto al resto della procedura, ha scopo informativo circa la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Conclusa questa fase iniziale le parti saranno invitate ad esprimersi circa la possibilità di proseguire la procedura conciliativa. Inoltre, **sono state ripristinate le sanzioni a carico della parte che senza giustificato motivo non partecipa alla procedura.** Infatti, dalla mancata partecipazione alla mediazione, il Giudice potrà desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ex art. 116 c.p.c.. Il Giudice, altresì, condannerà la parte al versamento di una somma corrispondente al valore del contributo unificato dovuto per il giudizio.

Detto incontro preliminare è gratuito se le parti non raggiungono un accordo per indisponibilità delle stesse anche solo di una di esse a procedere nella mediazione. I costi del servizio, incluso il compenso per il mediatore, sono a carico degli organismi di mediazione. Tuttavia, è utile chiarire che salvo diverse interpretazioni ministeriali, sono comunque riconosciute le spese di avvio e le spese vive della procedura, restando escluso solo il compenso. Certamente, la sfida degli organismi sarà quella di avere dei bravi mediatori capaci dapprima di convincere della bontà dello strumento e poi dell'opportunità di continuare la procedura anche dopo il primo incontro gratuito.

**L'esecuzione.** Il ruolo degli avvocati nell'ambito della procedura di mediazione diventa fondamentale non solo per l'assistenza alle parti, ma anche in fase conclusiva. Il riformato articolo 12, prevede che gli accordi sottoscritti dalle parti e dai legali delle stesse costituiscano titolo esecutivo ai fini dell'esecuzione forzata. L'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Il ruolo dei legali è quello di attestare che l'accordo sia conforme alle norme

imperative ed all'ordine pubblico. In ogni caso, in mancanza della presenza dei legali, l'accordo può essere omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente della tribunale, previo accertamento del rispetto delle norme imperative e di ordine pubblico.

**Diritti reali.** In materia di diritti reali ed in particolare di controversie aventi ad oggetto l'usucapione, il decreto in esame ha introdotto una importante modifica dell'art. 2643 c.c., inserendo tra gli atti soggetti a trascrizione anche l'accordo (non necessariamente accordi mediativi) che accerta l'usucapione, purché sia autenticato da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Ne deriva che le parti che vogliono trascrivere l'accertamento dell'usucapione, che non necessitano di adire le vie giudiziarie, potranno rivolgersi ad un notaio per formalizzazione necessaria alla trascrizione.

### **Il ruolo dell'Amministratore nella mediazione**

In tema di mediazione e del ruolo dell'Amministratore in questa procedura occorre soffermarsi brevemente sulla legittimazione processuale attiva e passiva dello stesso.

La legittimazione processuale è l'interesse di un soggetto a proporre un'azione giudiziaria (**legittimazione attiva**) al fine di tutelare i propri diritti nei confronti di un altro soggetto controinteressato a resistere in giudizio (**legittimazione passiva**).

L'art. 1131 c.c. disciplina il potere di rappresentanza dell'Amministratore nelle liti attive e passive, nei limiti dei compiti a lui attribuiti dall'art. 1130 c.c. e dei maggiori poteri conferiti dal Regolamento ovvero dall'Assemblea. In particolare, quanto alla legittimazione attiva, ai sensi dell'art. 1136, quarto co c.c., l'Amministratore è tenuto a promuovere le liti senza necessità di delibera assembleare nelle materie che rientrano nelle sue attribuzioni. In particolare egli è tenuto ad agire in giudizio per tutelare gli interessi del condominio per l'esecuzione delle delibere assembleari, per l'osservanza del regolamento condominiale, per l'uso delle cose comuni e dei servizi comuni, per la riscossione dei contributi, per l'erogazione delle spese sui servizi e sulle parti comuni e per gli atti conservativi. Per promuovere una lite, nelle materie che esorbitano dalle sue attribuzioni, l'Amministratore è tenuto ad ottenere idonea delibera assembleare con la maggioranza di cui all'art. 1136 secondo comma c.c.. In ogni caso, nell'incertezza di stabilire se la materia rientri tra le sue attribuzioni ed in considerazione dei tempi e dei costi della giustizia, è consigliabile ottenere preventiva delibera assembleare. Per le delibere relative alle materie che rientrano nelle attribuzioni di cui all'art. 1130 c.c., è sufficiente la maggioranza di cui all'art. 1136, terzo comma c.c..

Quanto invece alla legittimazione passiva, l'art. 1131 c.c. non pone alcun limite alla possibilità che l'Amministratore sia citato in giudizio in quanto legale rappresentante del condominio. Invero, in tutte le controversie aventi ad oggetto le parti comuni, il condominio è rappresentato e convenuto in giudizio nella persona dell'Amministratore. L'Art. 1131 c.c. ultimo comma, dispone l'obbligo dell'Amministratore di notificare l'Assemblea della ricezione di un'azione giudiziaria promossa nei confronti del condominio nelle sole materie che esorbitano dai suoi poteri. Peraltro, recente giurisprudenza delle Sezioni Unite ha chiarito che l'Amministratore, negli interessi del condominio, può resistere

in giudizio ed impugnare la sentenza sfavorevole, ancorché sprovvisto della preventiva delibera assembleare, purché ottenga successivamente delibera di ratifica del suo operato, onde evitare la pronuncia di inammissibilità dell'atto di costituzione.

**L'art. 71-quater disp. att. c.c.** introdotto dalla riforma condominiale, chiarisce il ruolo dell'Amministratore ed individua i poteri allo stesso conferiti in materia di **mediazione obbligatoria**. Come anticipato, tale norma individua esattamente le materie relative al condominio nelle quali è obbligatorio esperire il tentativo di mediazione ed indica il criterio di competenza territoriale dell'organo di mediazione.

Ai sensi della citata disposizione, l'Amministratore nell'ambito della procedura di mediazione ha legittimazione attiva e passiva, previa delibera assembleare da assumere con la maggioranza di cui all'art. 1136 secondo comma c.c. (quorum deliberativo: maggioranza degli intervenuti che rappresentino almeno la metà del valore dell'edificio, *quorum costitutivo*: in prima convocazione, i due terzi del valore dell'edificio e la maggioranza dei partecipanti, in seconda convocazione: un terzo del valore dell'edificio ed un terzo dei partecipanti al condominio). Pertanto, nel caso di legittimazione passiva, l'Amministratore è tenuto a convocare tempestivamente l'assemblea non appena ricevesse domanda di mediazione, onde ottenere idonea delibera per la partecipazione o eventuale astensione. In considerazione delle tempistiche ideone alla convocazione assembleare, il può condominio proporre istanza motivata onde consentire la proroga dei termini per la fissazione della prima comparizione. È consigliabile che lo stesso Amministratore renda edotta l'Assemblea delle conseguenze determinate dalla partecipazione ovvero delle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata partecipazione alla mediazione senza giustificato motivo.

La legittimazione attiva dell'Amministratore assume un ruolo delicato nell'ambito della procedura conciliativa nella fase della partecipazione sino ad arrivare alla **proposta conciliativa**. L'accordo conciliativo non potrà essere concluso senza l'approvazione dell'assemblea con la maggioranza di cui all'art. 1136 secondo comma c.c.. In mancanza di detta maggioranza l'accordo non si conclude. L'Amministratore, dunque, una volta sedutosi al tavolo conciliativo e valutata una o più possibili soluzioni, è tenuto a convocare tempestivamente l'assemblea nella quale potrà valutarsi l'accettazione o meno della proposta. Nel fissare il termine per la proposta di mediazione, il mediatore dovrà tener conto delle tempistiche necessarie per l'Amministratore per ottenere idonea delibera. Dall'analisi di quanto sopra, emerge peraltro, che procedura conciliativa per le controversie condominiali "impedisce" il decorso del termine decadenziale (di trenta giorni) previsto dall'art. 1137 c.c. per impugnare la delibera condominiale, con gravi conseguenze per coloro che assenti o delegati saranno costretti ad accettarla.

Per quanto sopra, dunque, l'Amministratore non ha alcuna potere circa la decisione in ordine alla controversia da mediare. L'assemblea dovrà essere convocata sia per ottenere l'autorizzazione o meno a comparire, sia circa il prosieguo della controversia dopo il primo incontro, che in merito alla decisione conciliativa. Ciò, peraltro, potrebbe facilmente aprire la strada ad un uso distorto della procedura finalizzato a differire il più

possibile l'avvio dell'azione giudiziaria. Nel rispetto dei termini brevi della procedura, al solo fine di velocizzarla, potrebbe essere utile e consigliabile adottare una delibera che, nel dare incarico all'amministratore di partecipare al procedimento di conciliazione, gli attribuisca contestualmente anche la facoltà di accettare una proposta avente determinati requisiti. Tale soluzione, tuttavia, si rivelerebbe efficace solo laddove la proposta in questione coincidesse esattamente con quanto deciso dall'assemblea; diversamente il ricorso alla delibera diverrebbe necessario.

Per concludere, si ritiene utile precisare che la fase decisionale della procedura conciliativa ricalca i già richiamati principi in materia condominiale. Per l'approvazione della proposta conciliativa, l'assemblea delibera con la maggioranza di cui all'art. 1136 secondo comma c.c., salvo che occorra l'unanimità dei consensi di tutti i condomini quando l'accordo abbia ad oggetto diritti di proprietà esclusiva dei singoli, innovazioni vietate di cui all'art. 1120, secondo comma c.c.. In ogni caso la delibera non potrà avere ad oggetto accordi che contrastino con norme imperative o di ordine pubblico, o aventi oggetto illecito. Qualora la proposta conciliativa abbia carattere transattivo, l'assemblea dovrà tener conto dei limiti dei suoi poteri. Allorché l'accordo transattivo abbia ad oggetto beni comuni indisponibili sarà necessaria l'unanimità dei consensi. Pertanto, è richiesta l'unanimità dei consensi per gli atti di alienazione del fondo comune o di costituzione su di esso di diritti reali, per locazioni ultranovennali, ovvero per la transazione che abbia ad oggetto beni comuni.