

Le novità in materia di mediazione

Avv. Elena Occhipinti

Le fonti legislative in materia di mediazione

- **DIRETTIVA EUROPEA 2008/52/CE DEL 21 MAGGIO 2008**, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale;
- **DECRETO LEGISLATIVO, 4 MARZO 2010, N. 28**, su “la materia della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”, in attuazione dell’art. 60 della Legge di delegazione 18 giugno 2009, n. 69 su "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile" , modificato da:
 - Legge di conversione 14 settembre 2011 n. 148, in relazione al D.L. 13 agosto 2011, n. 138 (recante, in particolare, le sanzioni in caso di mancata partecipazione);
 - Corte costituzionale, 6 dicembre n. 272, che abrogato la mediazione obbligatoria;
 - **Legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98**, in relazione al D. L., 21 giugno 2013 n. 69, cd. “Decreto del fare” , che ha reintrodotto la mediazione obbligatoria.
- **DECRETO MINISTERIALE 18 OTTOBRE 2010, N. 180**, recante il regolamento per la “determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell’elenco dei formatori per la mediazione, nonché l’ approvazione delle indennità spettanti agli organismi” , modificato da:
 - Decreto Ministeriale 6 luglio 2011, n. 145 (recante in particolare la nuova disciplina sul tirocinio);
 - **Decreto Ministeriale 4 agosto 2014, n. 139**, in vigore dal 24 settembre 2014, sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell’elenco dei formatori per la mediazione nonché sulle approvazione delle indennità spettanti agli organismi

**La riforma della mediazione: L. 9 agosto 2013, n. 98.
IN VIGORE DAL 19 SETTEMBRE 2013**

D. Lgs. 4 marzo 2010, aggiornato alla L. 9 agosto 2013, n. 98.
IN VIGORE DAL 19 SETTEMBRE 2013

DEFINIZIONE MEDIAZIONE	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
MATERIE A MEDIAZIONE OBBLIGATORIA	Confermate tutte le materie delle versione originaria del D. Lgs. 28/2010 -con ESCLUSIONE delle controversie derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti - e con L' AGGIUNTA delle controversie derivanti dalla responsabilità sanitaria
TEMPORANEITÀ DELLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA	La mediazione è prevista come obbligatoria nelle materie di cui al comma 1 dell' art. 5, per i QUATTRO ANNI successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione.
ECCEZIONI ALLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA	Confermata la versione originaria del quarto comma dell' art. 5, con l' aggiunta della previsione che la mediazione non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale nei procedimenti di CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA AI FINI DELLE COMPOSIZIONE DELLA LITE, DI CUI ALL' ART. 696-BIS C.P.C.

... **SEGUE: D. Lgs. 4 marzo 2010, aggiornato alla L. 9 agosto 2013, n. 98.**
IN VIGORE DAL 19 SETTEMBRE 2013

AVVOCATI	<ul style="list-style-type: none">- prevista l' ASSISTENZA OBBLIGATORIA DELL'AVVOCATO al primo incontro e agli incontri successivi- gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.- gli avvocati sottoscrivono l'accordo di mediazione che costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.- Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori. Gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall' articolo 55-bis del codice deontologico forense.
PROCEDIMENTO	<p>-Previsto un INCONTRO PRELIMINARE di programmazione, in cui il mediatore verifica con le parti le possibilità di proseguire il tentativo di mediazione, non oltre TRENTA giorni dal deposito della domanda. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento</p> <ul style="list-style-type: none">- Lo svolgimento dell'incontro preliminare soddisfa l'assolvimento della condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie a mediazione obbligatoria
COMPETENZA DELL' ORGANISMO DI MEDIAZIONE	La domanda di mediazione deve essere presentata presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia.

... SEGUE: D. Lgs. 4 marzo 2010, aggiornato alla L. 9 agosto 2013, n. 98.
IN VIGORE Dal 19 SETTEMBRE 2013

DURATA DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE	3 MESI, anziché 4 mesi
SANZIONI IN CASO DI MANCATA PARTECIPAZIONE ALLA PROCEDURA DI MEDIAZIONE	In caso di mancata partecipazione, confermata la sanzione del pagamento di una multa commisurata al valore del contributo unificato e la possibilità che il giudice ne tragga argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c.
PROPOSTA DEL MEDIATORE	Ripristinate le conseguenze che la mancata giustificata accettazione della proposta ha sul successivo processo (art. 13)
PROPOSTA DEL MEDIATORE	Ripristinate le conseguenze che la mancata giustificata accettazione della proposta ha sul successivo processo (art. 13)
MEDIAZIONE DELEGATA DAL GIUDICE	Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione, il tal caso l'esperimento del procedimento di mediazione è CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ DELLA DOMANDA GIUDIZIALE anche in sede di giudizio di appello.

EFFICACIA DELL' ACCORDO DI MEDIAZIONE	<p>- Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l' accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l' espropriazione forzata, l' esecuzione per consegna e rilascio, l' esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l' iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell' accordo alle norme imperative e all' ordine pubblico. In tutti gli altri casi l' accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell' ordine pubblico e costituisce titolo esecutivo per l' espropriazione forzata, per l' esecuzione in forma specifica e per l' iscrizione di ipoteca giudiziale.</p> <p>- Nelle controversie transfrontaliere di cui all' articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal Presidente del tribunale nel cui circondario l' accordo deve avere esecuzione.</p>
TRASCRIVIBILITA' DELL' ACCORDO DI MEDIAZIONE CHE ACCERTA L' USUCAPIONE	<p>E' trascrivibile l' accordo che accerta l' usucapione con la sottoscrizione autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.</p>
INDENNITA'	<p>-RIDUZIONI PER LE IPOTESI DI MEDIAZIONE OBBLIGATORIA</p> <p>- NESSUNA INDENNITA' IN CASO DI MANCATO ALL' ESITO DEL PRIMO INCONTRO</p>

**Le modifiche al D.M. 180/2010,
apportate dal D.M. 4 agosto 2014, n. 139
*in vigore dal 24 settembre 2014***

**Le modifiche al D.M. 180/2010,
apportate dal D.M. 4 agosto 2014, n. 139
in vigore dal 24 settembre 2014**

Articoli D.M. 180/2010 modificati	Modifica
Art. 4, c. 1	Ai fini dell'iscrizione presso il registro del Ministero della Giustizia e della dimostrazione della capacità finanziaria dell'organismo di mediazione è richiesto un capitale non inferiore a € 10.000,00
Art. 8, c. 5	L'organismo iscritto è obbligato a comunicare al Ministero della giustizia, alla fine di ogni trimestre , non oltre l'ultimo giorno del mese successivo alla scadenza del trimestre stesso, i dati statistici relativi alla attività di mediazione svolta.
Art. 10, c. 4	Nel caso di cui all'art. 8 c. 5, il responsabile dispone la sospensione per un periodo di <u>dodici mesi</u> dell'organismo che non ha comunicato i dati ; ne dispone la cancellazione dal registro se l'organismo non provvede ad inviare i dati, inclusi quelli storici dei dodici mesi precedenti, entro i tre mesi successivi.
Art. 11, c. 1	Il Ministero procede ogni sei mesi , anche attraverso i responsabili degli organismi e congiuntamente con il Ministero dello sviluppo economico per i procedimenti di mediazione inerenti gli affari in materia di rapporti di consumo, al monitoraggio statistico dei procedimenti di mediazione svolti presso gli organismi medesimi.

Le modifiche al D.M. 180/2010,

apportate dal D.M. 4 agosto 2014,
in vigore dal 24 settembre 2014

Articoli D.M. 180/2010 modificati	Modifica
Art. 14- <i>bis</i>	<ol style="list-style-type: none"><li data-bbox="353 405 1889 648">1. <u>Il mediatore non puo' essere parte ovvero rappresentare o in ogni modo assistere parti in procedure di mediazione dinanzi all'organismo presso cui e' iscritto o relativamente al quale e' socio o riveste una carica a qualsiasi titolo; il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino la professione negli stessi locali.</u><li data-bbox="353 711 1889 1053">2. Non puo' assumere la funzione di mediatore colui il quale ha in corso ovvero ha avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti, o quando una delle parti e' assistita o è stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che ha esercitato la professione negli stessi locali; in ogni caso, costituisce condizione ostativa all'assunzione dell'incarico di mediatore la ricorrenza di una delle ipotesi di cui all'articolo 815, primo comma, numeri da 2 a 6, c.p.c.<li data-bbox="353 1116 1889 1310">3. Chi ha svolto l'incarico di mediatore non puo' intrattenere rapporti professionali con una delle parti se non sono decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento. Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitano negli stessi locali.

Le modifiche al D.M. 180/2010,
apportate dal D.M. 4 agosto 2014,
in vigore dal 24 settembre 2014

Articoli D.M. 180/2010 modificati	Problematiche del nuovo regime d'incompatibilità
Art. 14-bis	<ul style="list-style-type: none"><li data-bbox="479 358 1864 548">• <i>Difficoltà applicative nel caso in cui il chiamato in mediazione sia assistito da un legale che sia anche mediatore (o collega o associato o dividente lo studio) presso l'Organismo dove è stata depositata l'istanza: diversamente, <u>il chiamato dovrebbe cambiare avvocato</u>;</i><li data-bbox="479 611 1864 801">• <i>Nel caso di mediazione ordinata dal giudice l'incompatibilità potrebbe essere <u>strumentalizzata per fini dilatori</u> e la parte potrebbe volutamente proporre domanda di mediazione presso un Organismo dove risulta iscritto l'avvocato della controparte;</i><li data-bbox="479 863 1864 1158">• <i>Posto che per gli avvocati esiste un'apposita norma deontologica (nuovo art. 62 Codice forense in vigore dal 15 dicembre 2014), l'eventuale incompatibilità ai sensi dell'art. 14-bis, <u>se non contestata dalla controparte</u>, non dovrebbe poter inficiare la regolarità della mediazione, e questo soprattutto nelle ipotesi di mancata partecipazione</i>

Le modifiche al D.M. 180/2010,

apportate dal D.M. 4 agosto 2014,
in vigore dal 24 settembre 2014

Articoli D.M. 180/2010 modificati	Problematiche del nuovo regime d'incompatibilità
Art. 14-bis	<ul style="list-style-type: none"><li data-bbox="484 358 1889 629">• <i>La previsione è insensata poiché il professionista iscritto come mediatore presso un organismo non ha ordinariamente alcun compito di gestione presso lo stesso Organismo e non ha modo di interferire con la nomina dei mediatori, né con la gestione amministrativa dei procedimenti;</i><li data-bbox="484 701 1889 972">• <i>La norma non tiene conto che, per legge (art. 14 D. Lgs. 28/2010) il mediatore è obbligato a sottoscrivere una dichiarazione di imparzialità, assumendosi così tutte le responsabilità rispetto a possibili profili d'incompatibilità o parzialità nei confronti delle parti e dei loro avvocati;</i><li data-bbox="484 1043 1889 1258">• <i>Nei contesti più ristretti, potrebbe non essere possibile individuare un Organismo di mediazione: o la parte cambia avvocato o dovrebbe contravvenire ai criteri di competenza territoriale, oggi vigenti anche per la mediazione.</i>

**Le modifiche al D.M. 180/2010,
apportate dal D.M. 4 agosto 2014,
in vigore dal 24 settembre 2014**

Articoli D.M. 180/2010 modificati	Modifica
Art. 16, c. 2	Per le spese di avvio, a valere sull'indennità complessiva, è dovuto da ciascuna parte per lo svolgimento del primo incontro un importo di euro 40,00 per le liti di valore fino a 250.000,00 euro e di euro 80,00 per quelle di valore superiore , oltre alle spese vive documentate, che è versato dall'istante al momento del deposito della domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione al momento della sua adesione al procedimento; l'importo è dovuto anche in caso di mancato accordo.
Art. 18, c. 2, lett. a)	La capacità finanziaria e organizzativa del richiedente, nonché la compatibilità dell'attività di formazione con l'oggetto sociale o lo scopo associativo; ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria, il richiedente deve possedere un capitale non inferiore a 10.000,00 euro .

Il problema dell'obbligatorietà della mediazione in Italia

L' OBBLIGATORIETA' DELLA MEDIAZIONE nella Direttiva 2008/52/CE

- Considerando 14: La presente direttiva **dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio** oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. Art. 5, comma 2: La presente direttiva **lascia impregiudicata** la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l' inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

La mediazione obbligatoria nel nostro ordinamento

- ***Corte cost. 4 marzo 1992, n. 82 e Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276***, legittimità della normativa che prevedeva il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie di lavoro;
- ***Corte cost. 20 novembre 2007, n. 403 e Corte di Giustizia Europea, IV sez., 18 marzo 2010***, legittimità della normativa che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie in materia di telecomunicazioni.

**... segue: La mediazione obbligatoria nel nostro ordinamento
nelle controversie di telecomunicazioni
in generale**

- ✓ La procedura di mediazione è ritenuta legittima quando non è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il diritto di accesso alla giustizia;
- ✓ il risultato della procedura di conciliazione non deve essere vincolante nei confronti delle parti interessate;
- ✓ la procedura di conciliazione non deve comportare, di regola, un ritardo sostanziale nella proposizione di un ricorso giurisdizionale. In terzo luogo, la prescrizione dei diritti è sospesa per il periodo della procedura di conciliazione;
- ✓ i costi della procedura di mediazione devono essere contenuti;
- ✓ devono essere salvaguardate scadenze e prescrizioni;
- ✓ devono essere sempre ammesse misure cautelari e provvedimenti d'urgenza.

La normativa in materia di mediazione ex D. Lgs. 28/2010

I profili d' illegittimità costituzionale
Ordinanze di remissione proposte da:

- 1) Tar Lazio, 2 maggio 2012;
- 2) Giudice di Pace di Recco, 5 dicembre 2011;
- 3) Giudice di Pace di Parma, 24 novembre 2011.
- 4) Giudice di Pace di Salerno, 19 novembre 2011;
- 5) Trib. Genova, 18 novembre 2011;
- 6) Giudice di Pace di Catanzaro, 3 novembre 2011;
- 7) Giudice di Pace di Catanzaro, 1 settembre 2011;
- 8) Giudice di Pace di Parma, 1° agosto 2011;
- 9) Tar Lazio, 12 aprile 2011;
- 10) Trib. Torino, 24 gennaio 2011.

Ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale del
Tar Roma, Sez. I, 12 aprile 2011, n. 3202

illegittimità della normativa laddove prevede la mediazione obbligatoria come condizione di procedibilità della domanda giudiziale

- La mediazione obbligatoria precluderebbe **l'accesso alla giustizia**: l'art. 24 Cost. non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, **purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale** (Corte Cost., 21 gennaio 1988, n. 73; 13 aprile 1977, n. 63; sul punto, non può non richiamarsi anche la recente sentenza della Corte di Giustizia CE, IV, 18 marzo 2010).
- **Eccesso di delega**: l'art. 60 della L. n. 69/2009 non menziona mai l'ipotesi di mediazione obbligatoria.

omessa specificazione dei requisiti attinenti alla specifica professionalità giuridico professionale del mediatore

- Il ruolo di mediatore può essere svolto anche da soggetti non giuristi;
- Contrarietà all' art. 4 Direttiva 2008/52/CE e all' art. 60 della L. n. 69/2009 che, rispettivamente, prevedono che la mediazione debba essere svolta con **competenza e professionalità**: l' art. 16 D. Lgs. 28/2010 richiede agli Organismi di mediazione i soli requisiti della **serietà ed efficienza**.
- Inoltre, molti elementi militano a favore della gestione della mediazione da parte di **soggetti che abbiano una preparazione forense**:
 1. Il mancato accordo, nell'ipotesi di formulazione della proposta, può incidere sulle **spese** del successivo giudizio;
 2. il verbale dell'accordo, non contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, nonché sottoposto ad omologazione, ha efficacia di **titolo esecutivo** per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale;
 3. l'avvocato ha l'obbligo di **informare** il proprio assistito, all'atto del conferimento dell'incarico, della possibilità di avvalersi della mediazione nonostante lo svolgimento della relativa attività sia, poi, demandato ad altre categorie professionali.

D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28
incostituzionale per eccesso di delega nella parte in cui prevede la
mediazione obbligatoria

Corte Costituzionale

6 DICEMBRE 2012 N. 272

La Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale, **per eccesso di delega** legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n.28 **nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione.**

Poiché il riconosciuto eccesso di delega è assorbente rispetto ad ogni altra questione, non sono state esaminate tutte le altre questioni di merito sollevate nelle varie ordinanze di remissione.

**Giudice di Pace di Mercato San Severino (Salerno),
ordinanza del 21 settembre 2011**

Il Giudice di Pace di Mercato San Severino (Salerno), con ordinanza del 21 settembre 2011, ha rinviato alla Corte di Giustizia Europea la risoluzione di una serie di questioni di illegittimità della normativa italiana sulla mediazione, nella parte in cui ha previsto la mediazione come obbligatoria ed ha introdotto **misure sanzionatorie discendenti dal mancato accordo delle parti.**

Commissione Europea: parere parzialmente negativo per le sanzioni introdotte nella procedura di mediazione in caso di mancata partecipazione alla mediazione obbligatoria

La **Commissione Europea, con parere del 2 aprile 2012**, ha suggerito alla Corte di Giustizia di risolvere i quesiti posti dal Giudice di pace italiano nel senso che, pur non ostando la normativa comunitaria alle previsioni nazionali che attribuiscono al giudice il potere di desumere argomenti di prova dalla condotta della parte che non ingiustificatamente non partecipa alla mediazione e di comminare una sanzione corrispondente al contributo unificato, vi si oppongono invece nel caso in cui **dette sanzioni siano tali da incidere sulla libertà delle parti di porre fine al procedimento di mediazione in qualsiasi momento, limitando così in maniera sproporzionata l'esercizio del diritto d'accesso al giudice.**

... segue:

Commissione Europea: parere parzialmente negativo per le sanzioni introdotte nella procedura di mediazione

- **Artt. 11 e 13, D. Lgs. 28/2010**, sulle conseguenze processuali derivanti dalla mancata accettazione della **proposta** → secondo C.E.: **accesso alla giustizia LESO per l'ipotesi della mediazione obbligatoria**, atteso che il meccanismo della proposta ex artt. 11 e 13 palesa un effetto “costringente” della volontà delle parti, le quali, per il timore d'incorrere nelle sanzioni conseguenti alla mancata accettazione della proposta, potrebbero essere condizionate ad accettare la proposta, rinunciando così alla tutela giurisdizionale. La logica deflattiva che sottende questo meccanismo appare sproporzionata rispetto all'obiettivo che dovrebbe perseguirsi con la mediazione, consistente in una risoluzione rapida della liti e nella soddisfazione degli interessi delle parti.

D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28

Corte di Giustizia Europea sent. C-492/2011 del 27.06.13

si è pronunciata sull'ordinanza di remissione del Giudice di Pace di Mercato
San Severino del 21 settembre 2011

- Sentenza di non luogo a procedere, poiché il quadro normativo al 27 giugno 2013 non risulta più quello descritto dal giudice di rinvio;
- E, infatti, dopo la sentenza della Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272 l'obbligatorietà era stata abolita.

Ma è chiusa la questione di costituzionalità relativa alla mediazione obbligatoria?

D.L. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in L. 15 luglio 2011, n. 111: ha introdotto un'ipotesi di giurisdizione condizionata per le controversie di valore non superiore a 20.000,00 euro, relative ad atti emessi dall'Agenzia delle entrate (art. 17-*bis*, d.lgs. n. 546/1992)

<p>D.L. 6 luglio n. 98, conv. in L. 15 luglio 2011, n. 111 ha introdotto l'art. 17-<i>bis</i> D. Lgs. n. 546/1992</p>	<p><u>Corte cost., 9 aprile 2014 n. 98</u></p>	<p>L. 27 dicembre 2013, n. 147 ha modificato il c. 2 dell'art. 17-<i>bis</i> D. Lgs. n. 546/1992</p>
<p>Per le controversie di valore non superiore a 20.000 euro relative ad atti emessi dall'Agenzia delle Entrate, chi intende proporre ricorso è tenuto preliminarmente a presentare reclamo secondo le disposizioni dell'art. 17-<i>bis</i>.</p> <p>La presentazione del reclamo è condizione di ammissibilità del ricorso. L'inammissibilità è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio.</p>	<p>Dichiarata l'incostituzionalità della prima versione dell'art. 17-<i>bis</i>.</p> <p>Sono ammesse forme di accesso alla giurisdizione condizionate al previo adempimento di oneri quando questi siano finalizzati al perseguimento di interessi generali, ma laddove ricorra tale circostanza, il legislatore «è sempre tenuto ad osservare il limite imposto dall'esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa».</p> <p>In linea con tale prospettiva, la Corte Costituzionale ha più volte dichiarato l'illegittimità, per violazione dell'art. 24 Cost., di disposizioni che comminavano la sanzione della decadenza dall'azione giudiziaria in conseguenza del mancato previo esperimento di rimedi di carattere amministrativo.</p> <p>Coerentemente con tali precedenti, viene dichiarato illegittimo il comma 2 dell'art. 17-<i>bis</i> del d.lgs. n. 546 del 1992 - secondo cui l'omissione della presentazione del reclamo da parte del contribuente determina l'inammissibilità del ricorso (rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio) - <u>comportando la perdita del diritto di agire in giudizio e, quindi, l'esclusione della tutela giurisdizionale, in contrasto con l'art. 24 Cost.</u></p>	<p>La presentazione del reclamo è condizione di procedibilità del ricorso. In caso di deposito del ricorso prima del decorso del termine di novanta giorni di cui al comma 9, l'Agenzia delle entrate, in sede di rituale costituzione in giudizio, può eccepire l'improcedibilità del ricorso e il presidente, se rileva l'improcedibilità, rinvia la trattazione per consentire la mediazione</p>

Le novità normative sul ruolo degli avvocati in mediazione

- *L'assistenza dell'avvocato in mediazione*
- *Avvocati mediatori di diritto*
- *Mediazione e gratuito patrocinio*
- *Il compenso degli avvocati in mediazione*

- Ruolo dell'avvocato in mediazione – l'assistenza dell'avvocato

- ✓ Il tenore letterale dell'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010 introdotto dalla l. 98/2013, stabilisce un obbligo di assistenza tecnica della parte in mediazione («Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di [...] è tenuto, **assistito dall'avvocato**, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione [...]»), **dalla cui inosservanza deriverebbe l'impossibilità di considerare espletata la condizione di procedibilità di cui al comma - bis dell'art. 5 d.lgs. 28/2010.**
- ✓ Tale obbligo, tuttavia, sembra riguardare **ogni “modello” di mediazione, atteso che il testo normativo non fa distinzioni al riguardo.** Difatti l'art. 8, 1° comma, anch'esso modificato dall'intervento normativo del 2013, dispone semplicemente che *«al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento».*
- ✓ L'avvocato, per espressa previsione normativa, è chiamato a prestare attività di **“assistenza”** e non di **“rappresentanza tecnica”**.

Ne consegue che:

- non occorre procedere al conferimento di alcuna procura *ad litem* ai sensi dell'art. 83 c.p.c.;
- l'avvocato che compaia agli incontri di mediazione in assenza dell'assistito non deve dimostrare altro che la sussistenza di un potere di rappresentanza sostanziale

- Ruolo dell'avvocato in mediazione –

l'assistenza dell'avvocato

La nota tecnica di Unioncamere

- ✓ l'art. 5, comma 1-*bis* prevede soltanto che la parte debba proporre la domanda di mediazione assistita dall'avvocato e non già che la domanda di mediazione debba essere sottoscritta dall'avvocato. Ne deriva che la domanda di mediazione sottoscritta dalla parte e nella quale la parte stessa **indica il nominativo di un avvocato** che l'assiste è assolutamente **regolare**.
- ✓ In caso di mancata menzione dell'avvocato, troverà applicazione l'art. 6, c. 6, del Regolamento Uniforme di Mediazione di Unioncamere e occorrerà invitare la parte a regolarizzare la domanda proposta, integrandola con l'indicazione mancante. Qualora la parte non provveda all'integrazione richiesta quella domanda di mediazione **non si potrà dar seguito alla domanda stessa** (ex art. 6 comma 6). Laddove, invece, la parte non integri, **ma insista che non intende essere assistita da un avvocato, la segreteria ricorda alla stessa che, in assenza di tale indicazione, non può essere svolta una procedura di mediazione ai sensi del d. lgs. 28/2010** e, di conseguenza, non potranno essere applicati i relativi benefici (assolvimento della condizione di procedibilità, esenzione fiscale dall'imposta di registro nel limite di euro 50.000, la possibilità di avvalersi del credito di imposta), né il mediatore potrà redigere un eventuale verbale d'accordo che possa essere poi omologato ai sensi dell'art. 12, comma 2. Ed infatti, in quel caso mancherebbe un requisito di regolarità formale del verbale di accordo in quanto la presenza degli avvocati è espressamente richiesta per le ipotesi di mediazione obbligatoria. **Nulla toglie, però, che l'accordo eventualmente raggiunto tra le parti avrà, comunque, valore contrattuale secondo le norme del codice civile.**
- ✓ Tuttavia, in caso di controversia a mediazione obbligatoria, l'assenza dell'avvocato determina un'irregolarità che **non consentirà l'assolvimento della condizione di procedibilità**.

Avvocati mediatori: il CNF detta le regole dell'obbligo formativo: CNF, comunicato 21.02.2014

La norma:

Art. 16, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 4-*bis*. Gli avvocati **iscritti all'albo** sono **di diritto mediatori**. Gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 55-*bis* del codice deontologico forense.

La circolare del Min. Giustizia del 27 novembre 2013:

In base a tale disposizione, proprio il riferimento alla suddetta previsione regolamentare forense deve condurre a ritenere che gli obblighi di formazione e aggiornamento per il mediatore avvocato **debbano avvenire nell'ambito dei percorsi formativi professionali forensi**, la cui organizzazione è demandata al **consiglio nazionale forense e agli ordini circondariali dall'art. 11 legge 31 dicembre 2012 n. 247**.

Il 9 dicembre è stata emanata una circolare integrativa

«A integrazione e chiarimento del contenuto della circolare del 27 novembre 2013 si specifica che il richiamo all'art. 11 legge 31 dicembre 2012 n. 247, contenuto nel paragrafo "Avvocati e Mediazione", deve intendersi effettuato all'intera disposizione, e, quindi, anche alle competenze ivi attribuite alle **"associazioni forensi e ai terzi" in materia di formazione professionale forense**».

La questione:

- L'avvocato iscritto all'albo può essere iscritto come mediatore presso un numero massimo di **cinque organismi** di mediazione «di diritto», ossia senza sottostare all'obbligo generale di seguire un percorso formativo di 50 ore prescritto, dalla normativa primaria e secondaria, per le altre categorie di interessati.
- Deve tuttavia avere acquisito una «**adeguata formazione**» e curare il proprio aggiornamento professionale nel rispetto di quanto previsto dall'art. 55-*bis* cod. deontologico forense, ed in particolare: *«L'avvocato che svolge la funzione di mediatore deve rispettare gli obblighi dettati dalla normativa in materia e le previsioni del regolamento dell'organismo di mediazione, nei limiti in cui dette previsioni non contrastino con quelle del presente codice. L'avvocato non deve assumere la funzione di mediatore **in difetto di adeguata competenza**»*. La previsione risulta confermata dall'art. 62 del nuovo codice deontologico forense in corso di pubblicazione in gazzetta ufficiale E in vigore dal **15 dicembre 2014**.

IL PERCORSO DI FORMAZIONE DELL'AVVOCATO MEDIATORE

L'Organismo di mediazione non è obbligato ad accettare tutte le domande di iscrizione che riceve, con la conseguenza che prevedere un percorso di formazione costituisce una garanzia innanzitutto per chi ha intenzione di dedicarsi a questa attività.

Per tale motivo il Consiglio nazionale forense ha proposto un percorso più snello pari **15 ore di teorico-pratiche** integrate da un tirocinio:

I STEP: di **15 ore**, teorico pratiche, da svolgersi in classi di 30 partecipanti al massimo.

Il programma può essere concentrato sui soli aspetti specifici della mediazione dedicando un numero minore di ore all'analisi della disciplina di settore e uno maggiore alle tecniche di gestione del conflitto, le quali non rientrano normalmente nel bagaglio culturale dell'avvocato:

❖ **5 ore sull'analisi del d.lgs. n. 28/2010** e relativa disciplina di attuazione (ai sensi del d.m. n. 180/2010: *normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione efficacia e operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione -forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, compiti e responsabilità del mediatore*);

❖ **10 ore sulla gestione del conflitto e le competenze pratiche del mediatore** (ai sensi del d.m. 180/2010: *metodologia delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione e le relative tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa (anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice)*)

II STEP: partecipazione ad almeno 2 procedure di mediazione condotte da altri (non limitate però al primo incontro).

Dovranno essere esonerati gli Avvocati che hanno già acquisito la qualifica di mediatore secondo il percorso generale.

AGGIORNAMENTO PROFESSIONALE

Il Consiglio nazionale propone un numero di **8 ore nel biennio dedicate principalmente allo studio di casi**.

Tale percorso, più snello di quello "ordinario", sarà applicabile anche agli avvocati che abbiamo conseguito la qualifica nel previgente sistema.

(CNF, comunicato 21 febbraio 2014)

Mediazione e gratuito patrocinio

Art. 17, c. , D.lgs. 28/2010: quando la mediazione è **condizione di procedibilità** della domanda ai sensi dell'art. 5, c. 1-*bis*, ovvero è prescritta dal giudice ai sensi dell'art. 5, c. 2, all'organismo **non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato**, ai sensi dell'art. 76 del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 30 maggio 2002, n. 115.

A tale fine, la parte è tenuta a depositare presso l'Organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

.... segue: Mediazione e gratuito patrocinio dell'avvocato in mediazione

Si è sempre **esclusa** l'ammissibilità della concessione del gratuito in presenza di **attività stragiudiziale**, sulla scorta del dettato normativo di cui al D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, in materia di spese di giustizia:

- l'art. 74, comma 2, che fa riferimento esclusivo al “*processo civile, amministrativo, contabile, tributario e affari di volontaria giurisdizione*”, cosicché sembrerebbe escludere tutto ciò che esula dal giudizio civile (e dalla volontaria giurisdizione);
- l'art. 75, comma 2, che indica “*altre*” ipotesi alle quali si applica la disciplina del patrocinio a spese dello Stato, tra le quali non è ricompresa l'attività stragiudiziale;
- l'art. 122 che richiede che nell'istanza siano specificate, a pena di inammissibilità, le prove di cui si intende chiedere l'ammissione;
- l'art. 124 che prevede che l'istanza sia presentata al Consiglio dell'ordine del luogo in cui ha sede il giudice competente a decidere nel merito o il magistrato ove pende il procedimento.

.... **segue: Mediazione e gratuito patrocinio dell'avvocato in mediazione**

Anche la Corte di Cassazione (**23 novembre 2011, n. 24723**) si era espressa negativamente sulla possibilità di riconoscere il patrocinio a spese dello Stato per l'attività stragiudiziale ***pur accedendo ad una nozione lata di attività giudiziale***, poiché aveva precisato che *«devono considerarsi giudiziali anche quelle attività stragiudiziali che, essendo **strettamente dipendenti dal mandato alla difesa**, vanno considerate strumentali o complementari alle prestazioni giudiziali, cioè di quelle attività che siano svolte in esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentanza e la difesa in giudizio (e sulla base di tale presupposto è stato riconosciuto dovuto il compenso per l'assistenza e l'attività svolta dal difensore per la transazione della controversia instaurata dal medesimo)»*.

TALE ULTIMA INTERPRETAZIONE PARREBBE BEN ADATTABILE ALLA MEDIAZIONE

.... *segue*: Mediazione e gratuito patrocinio dell'avvocato in mediazione

INFATTI:

- Nei casi di mediazione obbligatoria, la mediazione si svolge, necessariamente, dopo che il difensore ha ottenuto il mandato alle liti e ha anche fornito al proprio cliente l'informativa scritta di cui all'art. 4, c. 3, del D. Lgs. n. 28/2010.
- Le medesime caratteristiche (strumentalità rispetto al giudizio ed esistenza di una procura nei confronti del difensore) si riscontrano nella mediazione demandata o delegata dal giudice ai sensi dell'art. 5, c. 2, del D. Lgs. 28/2010, che costituisce una fase incidentale del giudizio, attivata su iniziativa del giudice, cosicché anche per essa può ammettersi a pieno titolo il patrocinio a spese dello Stato. Interpretazione confermata anche dal **CNF nella circolare 22/11/2013**.
- Ulteriore conforto nella disciplina speciale contenuta nel D. Lgs. 27 maggio 2005, n. 116 che ha recepito in Italia la direttiva Ue 2003/8, intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle **controversie transfrontaliere**, solo civili, attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato.
- L'art. 10 del D. Lgs. 116/2005 stabilisce che **«Il patrocinio è, altresì, esteso ai procedimenti stragiudiziali, alle condizioni previste dal presente decreto, qualora l'uso di tali mezzi sia previsto come obbligatorio dalla legge ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa»**.

.... segue: Mediazione e compenso dell'avvocato che assiste la parte in mediazione

- Il regolamento **10 marzo 2014 n. 55** (Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247) a differenza dello schema di regolamento del 3 dicembre 2012 **non contiene una disposizione riguardante i parametri per l'attività difensiva svolta in mediazione.**
- In esso è presente, invece, l'art. 20 che dispone, testualmente, che: *“L'attività stragiudiziale svolta prima o in concomitanza con l'attività giudiziale, che riveste una autonoma rilevanza rispetto a quest'ultima, è di regola liquidata in base ai parametri numerici di cui all'allegata tabella)”*.
- L'attività svolta in una fase di mediazione obbligatoria, che non si sia conclusa con una conciliazione ma si sia tradotta in un giudizio, è attività strettamente funzionale a quella giudiziale.
- In questi casi, quindi, l'attività difensiva sembrerebbe doversi retribuire come attività giudiziale, con la precisazione che, nella maggior parte dei casi, essa dovrebbe ridursi alla partecipazione al primo incontro davanti al mediatore, cosicché l'entità del compenso da riconoscere al difensore sarà alquanto contenuta.
- Non pare di ostacolo a tale conclusione la constatazione che questo tipo di assistenza non è contemplata tra quelle elencate dall'art. 4, comma 5, del d.m. 55/2014, atteso che nemmeno la partecipazione ad un tentativo di conciliazione giudiziale viene considerata dal regolamento ma è indubbio che essa dia diritto ad un compenso, da **determinarsi assimilando la partecipazione del difensore alle sedute davanti al mediatore a quella alle udienze istruttorie** (prevista dall'art. 4, comma 5, lett. c). del d.m.55/2014), in virtù del **critério analogico fissato dall'art. 3 del regolamento**. La stessa soluzione può ritenersi allora valida per l'assistenza difensiva prestata nella fase di mediazione obbligatoria.

La competenza dell'organismo di mediazione

La competenza dell'Organismo di mediazione

Nella versione originaria del D. Lgs. n. 28/2010 non era previsto alcun criterio di competenza.

- **Relazione Illustrativa al D. Lgs. n. 28/2010:** detta scelta era volta ad evitare *“una impropria giurisdizionalizzazione della sequenza procedimentale”*, nonché *“contrastanti interpretativi”*, consentendo ai litiganti *“di investire concordemente o singolarmente, l'organismo ritenuto più affidabile”*. *“Coinvolgendo di norma il complessivo rapporto tra le parti, la mediazione può avere un oggetto **non necessariamente corrispondente ad una lite giudiziaria**, così da includere potenzialmente più cause suscettibili di diverse competenze, tanto più che lo stesso bene della vita è spesso suscettibile di più domande (accertamento, adempimento, costitutive) anch'esse corrispondenti a plurime competenze”*. Sarebbe poi stato difficoltoso *“risolvere i conflitti di competenza tra organismi di mediazione, a meno di non voler demandare la valutazione della competenza al giudice dell'eventuale causa di merito”*.

Segue: La competenza dell'Organismo di mediazione

Contra il CNF PARERE DEL 4 FEBBRAIO 2010:

“Attuazione dell’art. 60 della legge 18 giugno 2009 n.69, in materia i mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali “:

- ***“il buon esito del procedimento è legato anche alla localizzazione degli organismi di conciliazione in relazione alla domanda presentata; il luogo in cui la mediazione si svolge deve essere facilmente accessibile alle parti, diversamente risolvendosi in un ulteriore ostacolo al raggiungimento dell’accordo, per favorire il quale è necessario limitare al minimo sia i disagi sia le spese che gli interessati devono affrontare per la conciliazione”.***
- ***Ancora, secondo il Csm: “La strutturazione della norma si presta a strumentalizzazioni nel momento della scelta dell’organismo di conciliazione, così da favorire indebite individuazioni di tale organismo che ne potrebbero pregiudicare la terzietà e l’imparzialità. In merito non si può condividere l’impostazione del legislatore delegato, il quale ritiene che in virtù della disposizione in commento “Le parti saranno così libere di investire concordemente o singolarmente l’organismo ritenuto maggiormente affidabile”.***
- ***Costituisce insanabile contraddizione logica adottare politiche normative per la promozione della mediazione e, al contempo, consentire la differenziazione degli organismi di conciliazione in base alla loro affidabilità: il quadro di normazione primaria deve essere in grado di garantire che tutti gli organismi di conciliazione presentino il medesimo qualificato livello di affidabilità, a maggior ragione allorquando le parti siano obbligate al preventivo tentativo di conciliazione.***
- ***Da un punto di vista processuale, peraltro, non si comprende secondo quale logica e coerenza normativa possa imporsi il ricorso alla mediazione quale condizione di procedibilità e, contestualmente, sganciare il relativo procedimento da ogni collegamento territoriale con l’autorità giudiziaria procedente, tenuta - in caso di mancato espletamento della mediazione - a fissare una nuova udienza innanzi a sé all’esito del decorso del termine fissato dall’art. 6.***
- ***L’applicazione della disposizione in commento consentirebbe alla parte, in relazione ad una domanda correttamente proposta innanzi al Tribunale di Palermo ma non preceduta dall’espletamento dell’obbligatorio procedimento di mediazione, di rivolgersi ad un organismo di conciliazione con sede in Milano. Risulta, poi, difficilmente ipotizzabile, così come affermato nella relazione illustrativa, che il “semplice” meccanismo predisposto dal legislatore sia, proprio per la sua essenzialità, utile ad evitare contrasti.***
- ***Il sorgere dei conflitti sarà inevitabile allorquando, ad esempio, più istanze di conciliazione riguarderanno solo in parte la stessa domanda o quando tali istanze siano connesse l’una all’altra, di talché il criterio della priorità non sarà da solo sufficiente a dirimere i contrasti originatisi, perché l’oggetto della mediazione risulterà diverso. Si pensi, ad esempio, all’ipotesi di domande giudiziali che coincidono solo in parte con riguardo al petitum o alla causa petendi: non può parlarsi di identità delle stesse e, tuttavia, il decreto legislativo non fornisce gli strumenti necessari per individuare l’organismo di conciliazione competente, nel caso in cui le parti abbiano già avviato il procedimento di mediazione innanzi ad organismi diversi. Si tratta di ipotesi che il legislatore non poteva non prevedere, attesa la loro diffusione nella pratica e per le quali devono essere individuati idonei strumenti di coordinamento nell’azione degli organismi di conciliazione. Peraltro l’art. 4 non disciplina né in quale modo debba essere fatta valere l’incompetenza dell’organismo di conciliazione successivamente adito, né la sanzione per l’ipotesi in cui la mediazione prosegua innanzi all’organismo incompetente.***

Segue: La competenza dell'Organismo di mediazione

- **L. 11 dicembre 2012 n. 220 (c.d. riforma del condominio):** l'art. 71-*quater*, comma 2, disp. att. c.c., stabilisce che la domanda di mediazione relativa alle controversie condominiali, iniziate dopo il 18 giugno 2013, **«deve essere presentata, a pena di inammissibilità, presso un organismo di mediazione ubicato nella circoscrizione del tribunale nella quale il condominio è situato»**.
- **L. 9 agosto 2013 n. 98**, ha introdotto, all'inizio del primo comma dell'art. 4 del D. Lgs. 28/2010 il seguente periodo: **“La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 e' presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia”**.

I criteri sopra enunciati si applicano sia nelle ipotesi di mediazione obbligatoria, che in quelle di mediazione facoltativa.

Ai fini dell'individuazione della competenza, occorre avere riguardo solo alla sede legale o anche a quella secondaria?

- ✓ **Circolare del Ministero della Giustizia del 27 novembre 2013:** che ha chiarito che *“la individuazione dell'organismo di mediazione competente a ricevere l'istanza va fatta tenuto conto del luogo ove lo stesso ha la sede principale o le sedi secondarie; condizione necessaria è che le suddette sedi siano state regolarmente comunicate a questa amministrazione ed oggetto di provvedimento di iscrizione”*.

Quali le conseguenze del mancato rispetto delle regole sulla competenza?

- ✓ **Art. 71-*quater* disp. att. c.c.:** “a pena d’inammissibilità”
- ✓ **Art. 4, c. 1, D. Lgs. N. 28/2010:** non prevede alcuna conseguenza.

Tre ipotesi:

1. Le parti si presentano ugualmente alla procedura di mediazione e la espletano: accettazione tacita della competenza per fatti concludenti (cfr. art. 29 c.p.c.);
2. Le parti si presentano in mediazione ed una di esse eccepisce l'incompetenza: il mediatore è tenuto a valutare l'eccezione?
3. La parte invitata non partecipa alla procedura di mediazione, e poi nel giudizio eccepisce l'incompetenza del organismo di mediazione adito: *quid iuris?*

Quali le conseguenze del mancato rispetto delle regole sulla competenza?

La risposta del CNF Circolare 22 novembre 2013

In relazione alle conseguenze sul processo di una mediazione presentata dinnanzi ad un organismo territorialmente incompetente, potrebbe succedere che la controparte non si sia presentata, oppure che, presentandosi, abbia eccepito l'incompetenza territoriale dell'organismo.

In entrambi i casi, e qualora si tratti di controversie in cui il tentativo di mediazione è previsto dalla legge come **condizione di procedibilità**, il giudice, se la parte convocata alla mediazione non è comparsa o pur comparso abbia eccepito l'incompetenza territoriale dell'organismo adito, d'ufficio nella prima udienza o su eccezione della parte chiamata, **potrà eccepire l'improcedibilità della domanda e fissare la successiva udienza dopo la scadenza dei 3 mesi** (di cui all'art. 6) assegnando contestualmente alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione presso un organismo accreditato (e territorialmente competente).

Nel caso invece, di effettivo svolgimento della mediazione dinnanzi ad un organismo territorialmente incompetente, bisognerà distinguere due ipotesi:

- 1.- Se le parti hanno raggiunto l'accordo: nessun problema, questo potrà acquistare l'efficacia prevista dall'art.12, come novellato.
- 2.- Non si è raggiunto l'accordo, la presenza della controparte ha garantito la tacita deroga alla competenza e, quindi, la condizione di procedibilità si considererà rispettata.

Art. 4 D. Lgs. 28/2010

1. La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'art. 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia.
2. In caso di più domande relative alla stessa controversia, **la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda.** Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data del deposito dell'istanza.

La scelta di prevedere, prima, il criterio della competenza e, poi, quello della prevenzione, parrebbe deporre nel senso che la stessa domanda di mediazione sia stata proposta davanti ad Organismi di mediazione diversi, ma ugualmente competenti, considerato che presso il luogo del giudice territorialmente competente potrebbero esserci più organismi di mediazione tutti territorialmente competenti.

Il primo incontro di programmazione

Primo incontro di programmazione

- Il mediatore verifica con le parti la **possibilità** di proseguire il tentativo di mediazione (art. 8, c. 1).
- Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza **dell'avvocato** (art. 8, c. 1).
- Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la **funzione** e le **modalità** di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento (art. 8, c. 1).
- Quando si versa in casi di mediazione obbligatoria, la conclusione del primo incontro senza l'accordo, **la condizione di procedibilità della domanda si considera avverata** (art. 5, c. 2-bis)
- Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, **nessun compenso** è dovuto per l'organismo di mediazione (art. 17, c. 5-bis).

Segue: il primo incontro di programmazione

CNF Circolare 22 novembre 2013

Come emerge dalla lettura dell'art. 8 comma 1 del D. Lgs. 28/10, nel primo incontro è possibile distinguere due fasi:

- una fase informativa in cui il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione
- una fase decisionale, in cui il mediatore invita le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura.

- L'obiettivo del primo incontro è quindi quello di fornire alle parti le informazioni necessarie sulla procedura di mediazione affinché queste possano, successivamente assumere una decisione informata, nel rispetto del principio di volontarietà e autodeterminazione.

Per raggiungere tale obiettivo, è chiaro che il primo incontro **non deve ridursi ad un semplice formalismo** in cui il mediatore chiede semplicemente alle parti e ai loro avvocati se ci sono spazi per trovare una conciliazione, ma richiede che, con la collaborazione degli avvocati che assistono le parti, l'incontro sia affrontato con le modalità necessarie per permettere al mediatore di espletare l'onere informativo e deontologico posto dalla normativa a suo carico.

- Perciò, sembra opportuno che **la lettera di convocazione indichi la durata presunta del primo incontro** (salvo il caso di immediata prosecuzione della mediazione in seguito allo stesso), che **non dovrebbe essere inferiore a un'ora per permettere l'espletamento di tutte le attività richieste**: fase informativa, valutazioni a carico delle parti e dei loro avvocati e verbalizzazione dell'incontro.

a) il primo incontro di mediazione è **già una fase del tentativo di conciliazione;**

b) la gratuità del primo incontro significa soltanto che le parti non sono tenute a versare le spese di mediazione ma unicamente le **spese di avvio** (in questo senso depone chiaramente l'indicazione ministeriale giusta la quale l'incontro di programmazione (*rectius*: il primo incontro) avviene a costi massimi molto contenuti").

**Mediazione
come condizione di procedibilità
della domanda giudiziale**

giurisprudenza

Mediazione

come condizione di procedibilità della domanda giudiziale

Il mancato esperimento della procedura di mediazione determina l'improcedibilità della domanda giudiziale.

Il giudice pronuncia in tal senso sentenza di rito contenente altresì la pronuncia sulla condanna alle spese.

In tal senso:

- Trib. Siena, 25 giugno 2012
- Trib. Lamezia Terme, 22 giugno 2012
- Trib. Roma, sez. Ostia, 26 marzo 2012

Trib. Roma, 29 settembre 2014: le parti devono essere presenti personalmente al primo incontro

- Disposta la mediazione da parte del giudice, la condizione di procedibilità **non può considerarsi esperita quando dal verbale di mediazione emerge che le parti non sono comparse dinanzi al mediatore, limitandosi a inviare un fax**, con il quale si comunicava la volontà delle stesse di non arrivare a un accordo e la loro decisione di non partecipare all'incontro di mediazione.
- Secondo il Tribunale, dove **non vi sia un incontro (delle parti e/o dei loro avvocati)** con il mediatore non si può, quindi, considerare realizzata la condizione di procedibilità della domanda: diversamente, non vi sarebbe modo di parificare l'incontro (fisico) di cui parla la norma (art. 5, comma 2-*bis*, D.lgs. n. 28/2010) a un incontro solo cartaceo, qual è quello che si determina, come nel caso in esame, in presenza di missive, telegrammi, fax o simili, inviati, dalle parti renitenti al mediatore.
- A causa della mancata partecipazione alla mediazione senza giustificato motivo, la parte attrice è stata condannata al versamento all'Erario di una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio.

Trib. Firenze, ordinanza 17 marzo 2014: le parti devono essere presenti personalmente al primo incontro

- **Non è assolto l'obbligo di esperire il procedimento preliminare di mediazione quando gli avvocati delle parti si limitano a comunicare al mediatore che i loro rappresentati non hanno intenzione di proseguire la conciliazione.**
- Secondo il Giudice fiorentino, nelle “procedure di mediazione ex art. 5, comma 1-*bis* (*ex lege*) e comma 2 (su disposizione del giudice) del d.lgs. 28/10 (e succ. mod.), ... da ritenersi ambedue di esperimento obbligatorio.... il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura di mediazione, vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all'effettivo esperimento della medesima **e non sulla volontà delle parti**, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, non di mediazione obbligatoria, bensì facoltativa e rimessa alla mera volontà delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale *interpretatio abrogans* del complessivo dettato”.
- Nel caso di specie, il tentativo di mediazione, pur ritualmente iniziato, non risulta altrettanto ritualmente condotto a termine.

Trib. Firenze, ordinanza 19 marzo 2014: la mediazione deve essere stata effettivamente avviata

Il Tribunale di Firenze con la **Sentenza del 19 marzo 2014** ha precisato in che modo può ritenersi soddisfatto l'esperimento del tentativo di conciliazione.

La controversia prendeva le mosse da una lite di natura condominiale, dove una delle parti, di lingua straniera, lamentava di non aver compreso il contenuto del regolamento condominiale, che gli era stato fatto sottoscrivere.

L'esito negativo del tentativo, attestato dal mediatore già al primo incontro, non poteva ritenersi soddisfacente, benché esso sia previsto dallo stesso art. 5, comma 5-bis D. Lgs. n. 28/2010 (*Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo*).

Tale norma, infatti, si pone in contrasto con l'art. 8, laddove specifica che, in sede di primo incontro *“il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento”*.

... *segue*: Trib. Firenze, ordinanza 19 marzo 2014: la mediazione deve essere stata effettivamente avviata

- A. I difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, hanno sicuramente già conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità. Se così non fosse non si vede come potrebbero fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs 28/2010, senza contare che obblighi informativi in tal senso si desumono già sul piano deontologico (art. 40 codice deontologico). **Non avrebbe dunque senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore solo in vista di un'informativa.**
- B. **La natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti:** l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione. D'altronde, questa conclusione emerge anche dall'interpretazione letterale: l'art. 5, comma 1-*bis* e l'art. 8 prevedono che le parti esperiscano il (o partecipino al) procedimento mediativo con l' "***assistenza degli avvocati***", e questo implica la presenza degli assistiti.

... *segue*: Trib. Firenze, ordinanza 19 marzo 2014: la mediazione deve essere stata effettivamente avviata

C. Ritenere che la condizione di procedibilità sia assoluta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un' inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva *chance* di raggiungimento dell'accordo alle parti. **Pertanto, occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione.**

D. L'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo:

1. dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire *ex art. 4 cit.*;
2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati (v. direttiva europea) e, per quanto concerne il Tribunale di Firenze, presso l'URP (v. articolo 11 del protocollo Progetto Nausicaa) e da ultimo, sempre nell'ambito di tale Progetto, presso l'ufficio di orientamento gestito dal Laboratorio Unaltromodo dell'Università di Firenze al piano V, stanza 9 del Palazzo di Giustizia;

... *segue*: Trib. Firenze, ordinanza 19 marzo 2014: la mediazione deve essere stata effettivamente avviata

E. L'ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore per le informazioni **appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice**: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolto la ***valutazione di 'mediabilità' del conflitto*** (come prevede l'art. 5 cit.: che impone al giudice di valutare "la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti"), e che tale valutazione si sia svolta nel colloquio processuale con i difensori. Questo presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna al riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo, deve a sua volta informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Sono previsti ***plurimi livelli informativi*** e non è pensabile che il processo venga momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione anziché per un serio tentativo di risolvere il conflitto.

F. Da ultimo, può ricordarsi che l'art. 5 della direttiva europea citata distingue le ipotesi in cui il giudice invia le parti in mediazione rispetto all'invio per una semplice sessione informativa: **un ulteriore motivo per ritenere che nella mediazione disposta dal giudice, viene chiesto alle parti (e ai difensori) di esperire la mediazione e cioè l'attività svolta dal terzo imparziale finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole** (secondo la definizione data dall'art. 1 del d.lgs. n. 28/2010) e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura mediativa.

La mediazione non è condizione di procedibilità delle domande proposte innanzi al Giudice di pace

- Il **Giudice di Pace di Napoli, 23 marzo 2012** ha negato l'applicabilità della disciplina sulla mediazione amministrata, in quanto il D. Lgs. 28/10 non contiene alcun richiamo al giudice di Pace né dispone espressamente l'abrogazione degli art. 320 e art. 322 c.p.c.: nel procedimento dinanzi al giudice di Pace trovano dunque applicazione le disposizioni di cui al libro II, titolo II, dall'art. 311 al 322 c.p.c. e *"una diversa interpretazione non solo sarebbe in contrasto con il delineato quadro sistemico ma si rivelerebbe manifestamente illogica"*.
- Tale orientamento è stato in seguito confermato anche dal **Giudice di Pace di Cava dei Tirreni, 21 aprile 2012**, che ha con ordinanza ribadito che il procedimento dinanzi al Giudice di Pace già prevede sia la conciliazione in sede non contenziosa in virtù dell'art. 320 c. 1. c.p.c. che in sede non contenziosa (non prevista dinanzi al Tribunale). Il D.Lgs. n. 28/10 non contiene alcun richiamo al giudice di pace né dispone espressamente l'abrogazione degli art. 320 e 322 c.p.c. Ne deriva che nel procedimento innanzi al giudice di pace **vanno applicate le disposizioni di cui al libro II, titolo II, dall'art. 311 all'art. 322 c.p.c.** *"Una diversa interpretazione oltre ad essere paradossale sarebbe in evidente contrasto con il delineato quadro sistemico e finirebbe per vanificare lo scopo del legislatore diretto proprio a favorire la conciliazione delle controversie di competenza del giudice di pace, che già svolge ex lege la funzione affidata con il D.Lgs. n. 28/10 al Mediatore"*.