



## IX ASSEMBLEA NAZIONALE DEGLI OSSERVATORI SULLA GIUSTIZIA CIVILE

30

31

1

MAGGIO  
2014 RIMINI

GIUGNO



ORDINE DEGLI AVVOCATI DI RIMINI



Tribunale di Rimini



CAMERA CIVILE RIMINI

### III GRUPPO MEDIAZIONE

## Scheda argomenti di dibattito: “Buone prassi in materia di mediazione demandata dal Giudice e conciliazione giudiziale”

### PARTE I

#### LA MEDIAZIONE DEMANDATA

##### 1) Ordinanza del giudice

*“Il Giudice si adopererà, se necessario, per persuadere le parti dell’utilità della mediazione nel caso concreto. L’ordinanza con cui il Giudice dispone che le parti avviino una procedura di mediazione dovrà essere motivata con specifici riferimenti all’oggetto della causa, ai rapporti correnti tra le parti, ad ogni altra circostanza rilevante e, se del caso, anche allo stato di istruzione della causa”. (cfr. art. 8 Protocollo 03/04/2014 dell’Osservatorio Giustizia Civile di Firenze allegato al Progetto Nausicaa2).*

##### Mediabilità in astratto ed in concreto

Quanto all’oggetto: sono sicuramente mediabili in astratto le controversie in materia che il legislatore ha individuato come oggetto di mediazione obbligatoria (art. 5 comma 1bis d.lgs. 28/2010); indici di mediabilità in concreto possono essere: a) il legame tra le parti (parentela, vicinato, coniugio, relazioni commerciali) destinato a durare oltre il conflitto; b) il valore economico (spesso controversie di valore economico minore nascondono conflitti tra le parti che solo dinanzi al mediatore possono emergere ed essere risolti); situazioni processuali particolari (stasi del processo, congelamento del ruolo, smarrimento del fascicolo di causa)

## **Può il Giudice indicare l'obbligo della presenza personale delle parti e i termini dell'accordo su cui mediare?**

Ci si chiede se sia opportuno, come indicato da alcuni (cfr. art. 8 Protocollo 03/04/2014 dell'Osservatorio Giustizia Civile di Firenze allegato al Progetto Nausicaa2), che nell'ordinanza il Giudice precisi che è necessaria la presenza personale delle parti, munite di assistenza legale, dinanzi al mediatore e che nell'ordinanza siano indicati dal Giudice i termini dell'accordo da negoziare dinanzi al mediatore.

## **2) Competenza territoriale degli Organismi**

### **Derogabilità della competenza**

*“Premessa la tendenziale derogabilità della competenza territoriale degli Organismi di Mediazione...le modalità con cui l'autonomia privata può essere esercitata si ha con la presentazione di una domanda congiunta ad opera delle parti...attraverso una clausola contrattuale di mediazione...dalla mancata contestazione della parte invitata, deriverà l'implicito accordo di deroga”. (cfr. C.N.F. presso il Ministero di Giustizia Commissione per lo studio della mediazione e della conciliazione)*

### **Conseguenze sulla procedibilità della domanda e sull'efficacia/validità dell'accordo**

*Né l'Organismo né il mediatore sono tenuti a rilevare l'incompetenza territoriale. In relazione alle conseguenze sul processo di una mediazione presentata dinanzi 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 d'ufficio alla prima udienza o su eccezione della parte convenuta, potrà eccepire l'improcedibilità della domanda e fissare la successiva udienza dopo la scadenza dei 3 mesi assegnando contestualmente termine alle parti di 15 giorni per la presentazione di domanda di mediazione presso un organismo accreditato e territorialmente competente.*

*Nel caso invece di effettivo svolgimento della mediazione dinanzi ad un organismo territorialmente incompetente bisognerà distinguere due ipotesi: 1) Se le parti hanno raggiunto l'accordo : nessun problema, l'accordo potrà acquistare l'efficacia esecutiva ai sensi dell'art. 12 D. lgs. n. 28/2010; 2) Se le parti non hanno raggiunto l'accordo, la presenza della controparte ha garantito la tacita deroga alla competenza (ove consentita) e quindi la condizione di procedibilità sarà da considerare rispettata.” (cfr.*

C.N.F. presso il Ministero di Giustizia Commissione per lo studio della mediazione e della conciliazione. Cfr. anche Linee Guida su alcune questioni in materia di mediazione Osservatorio Firenze).

### **3) Primo incontro di mediazione**

#### **Presenza personale delle parti e mediazione effettiva**

Secondo alcune prassi esistenti (Osservatorio Firenze) il primo incontro deve avere la presenza personale delle parti e deve consistere nello svolgimento effettivo dell'attività di mediazione:

*“Per mediazione disposta dal Giudice si intende che la procedura di mediazione sia effettivamente avviata e che le parti ed i loro avvocati - anziché limitarsi ad incontrarsi ed a ricevere l’informativa da parte del mediatore- adempiano all’ordine del giudice, partecipando alla vera e propria mediazione, salva l’esistenza di questioni pregiudiziali che ne impediscano lo svolgimento”* (cfr. art. 1 Protocollo 03/04/2014 Osservatorio Firenze allegato al Progetto Nausicaa2; si vedano anche ordinanza 19/03/2014 Tribunale di Firenze Dott.ssa Breggia ed altre ordinanze Tribunale di Firenze Sezione Imprese).

Secondo altri la presenza delle parti è auspicabile ma non coercibile con l’ordinanza che invia le parti in mediazione.

Problema sostanziale è la presenza personale delle parti nell’ipotesi di mediazioni con banche ed assicurazioni.

L’assistenza del legale (artt. 5, comma 1 bis, 8 e 12, comma 1 D. Lgs. n. 28/2010): conseguenze sulla procedibilità della domanda e sulla validità dell’accordo.

### **4) Monitoraggio qualitativo della mediazione**

Il sistema di rilevamento dei dati dell’Osservatorio di Milano realizzato in collaborazione con la Camera di Commercio.

L’esperienza del Laboratorio Un Altro Modo dell’Università degli Studi di Firenze nell’ambito del Progetto Nausicaa dell’Osservatorio di Firenze.

La richiesta di note informative sulla mancata partecipazione all’incontro, sulla esistenza di questioni pregiudiziali e sulla risposta delle parti all’eventuale proposta del mediatore da parte di alcuni magistrati con l’ordinanza che dispone la mediazione: tutela riservatezza ed utilizzo della mediazione per il processo (cfr. ordinanze Tribunale delle Imprese Firenze).

**PARTE II**  
**RAPPORTO TRA MEDIAZIONE DELEGATA E CONCILIAZIONE**  
**GIUDIZIALE**  
**per favorire soluzioni concordate delle controversie**

**1) Quale utilizzo degli strumenti forniti dal codice di rito**

**A) Interrogatorio non formale o libero delle parti**

L'art.117 cpc attribuisce al giudice la facoltà, in qualunque stato e grado del processo, di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberamente sui fatti di causa.

L'art.183 comma IX cpc consente al giudice di disporre con l'ordinanza che ammette le prove, qualora lo ritenga utile, il libero interrogatorio delle parti fissando una nuova udienza.

**Questioni**

- Potrebbero essere individuate alcune tipologie di cause per le quali è maggiormente utile per il giudice disporre la comparizione delle parti all'inizio del procedimento giudiziale?

- Disporre l'interrogatorio libero dopo la prima udienza potrebbe servire ai fini della valutazione da parte del giudice della mediabilità della lite?

- Al ricorrere di quali presupposti il giudice può ritenere utile disporre la comparizione personale delle parti con l'ordinanza istruttoria?

**B) Tentativo di conciliazione davanti al giudice**

L'art 185 cpc, nel caso di richiesta congiunta delle parti, impone al giudice di fissare una udienza per la comparizione delle parti al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione.

La stessa norma consente al giudice di fissare in qualsiasi momento una udienza per esperire il tentativo di conciliazione disponendo la comparizione personale delle parti ex art. 117 cpc.

Il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione.

Le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa.

#### Questioni

- Quanto deve essere avanzato lo stato delle trattative tra le parti per rendere utile ed opportuna la richiesta di fissazione dell'udienza per il tentativo di conciliazione, o si può anche prescindere dall'esistenza di trattative tra le parti?

- Quando una delle parti potrebbe chiedere la fissazione dell'udienza per il tentativo di conciliazione davanti al giudice? E che posizione dovrebbe assumere il giudice di fronte alla richiesta di una sola parte?

- In quali casi il giudice può valutare che sia opportuno disporre la comparizione personale delle parti per il tentativo di conciliazione? Prima o dopo il deposito delle memorie ex art. 183 cpc o dopo l'espletamento dell'istruttoria?

- Può essere utile una reiterazione del tentativo di conciliazione nel corso dello stesso giudizio?

- Quali sono le effettive possibilità di esito positivo del tentativo di conciliazione nel caso in cui una o entrambe le parti non compaiono personalmente ma si fanno rappresentare da un procuratore?

### **C) Proposta di conciliazione del giudice**

L'art.185 bis cpc prevede che il giudice possa formulare alle parti, fino a quando è esaurita l'istruzione, una proposta conciliativa o transattiva che non può costituire motivo di ricsuzione o astensione del giudice.

La proposta può essere formulata avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia, e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto.

#### Questioni:

- Ci sono tipologie di cause per le quali la proposta del giudice potrebbe rivelarsi uno strumento utile? Ed a quali condizioni la proposta del giudice potrebbe essere avanzata?

- In quale stato del procedimento potrebbe essere più opportuno che il giudice utilizzi questo strumento (prima o dopo le memorie 183 cpc o dopo l'istruttoria?)

- Come si conclude il procedimento giudiziale (con l'estinzione ex art.309 cpc oppure con la conciliazione giudiziale)?

- Nell'ordinanza il giudice potrebbe formulare la proposta subordinandola al mancato effettivo svolgimento e/o mancato esito positivo della mediazione che le parti vengono contestualmente invitate ad avviare?

- Con l'ordinanza contenente la proposta il giudice può limitarsi ad invitare le parti a prendere posizione sulla proposta? Oppure sarebbe più opportuno collegare la proposta del giudice con l'udienza per il tentativo di conciliazione?

## **2) Quali spazi per la conciliazione giudiziale**

La possibilità di risolvere la lite con la conciliazione giudiziaria implica delle competenze del giudice come mediatore e implica che il giudice non solo conosca i documenti e gli atti di causa ma possa sentire le parti personalmente.

### Questioni:

- E' opportuno prevedere che il giudice non formuli la proposta senza aver prima fissato una udienza per esperire il tentativo di conciliazione?

- Sarebbe preferibile che la proposta del giudice abbia più i caratteri di una proposta conciliativa che di una proposta transattiva?

- Per tutelare il principio della confidenzialità potrebbe essere nominato un giudice-mediatore diverso da quello assegnatario del procedimento giudiziale che dovrà decidere la causa se le parti non si conciliano?

- Quale spazio può avere la conciliazione giudiziale nel giudizio di appello, quando le questioni di fatto e di diritto sono state già ampiamente trattate?

## **3) Quando il giudice dovrebbe disporre la mediazione delegata**

La nuova formulazione delle norme del d.lgs.28/2010 dopo l'intervento del Decreto del fare consente al giudice di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione ma i giudici raramente inviano le parti in mediazione, sia per una scarsa fiducia nei confronti degli organismi di mediazione che per la mancanza di tempi e modi per selezionare le cause mediabili.

### Questioni:

- La selezione delle cause mediabili può avvenire attraverso lo studio del fascicolo da parte del giudice, non solo sulla base dei criteri di legge ma anche delle buone prassi condivise. Come estendere l'utilizzo delle buone prassi già elaborate in alcuni Tribunali?

- La scelta dello strumento per favorire la conciliazione tra conciliazione giudiziale, mediazione delegata e proposta del giudice sarebbe opportuno che venga fatta previo interrogatorio libero delle parti in prima o seconda udienza?
- Il giudice, nell'inviare le parti in mediazione, potrebbe prevedere l'eventuale e futura formulazione della proposta in caso di mancato effettivo svolgimento e/o mancato esito positivo della mediazione?
- Come il giudice può avere un controllo sui procedimenti per i quali ha disposto la mediazione delegata? Possono essere previste delle "udienza dedicate" nelle quali verifica l'esito della mediazione e effettua un monitoraggio dell'esperienza?

## **PARTE III**

### **ACCORDI DI CONCILIAZIONE CONCERNENTI DIRITTI REALI**

#### **A) Modalità di formazione dell'accordo**

- scrittura privata non autenticata all'esito del solo procedimento di mediazione. Scelta della tipologia contrattuale che possa esplicitare la massima efficacia tra le parti in quel contesto
- Accesso alla pubblicità immobiliare. Forma necessaria. Intervento di un pubblico ufficiale autorizzato

#### **B) Intervento del pubblico ufficiale in mediazione**

- Casistica prevista dalla legge (art 11, terzo comma, D. Lgs 298/2010)
- Interpretazione dell'art. art. 11, terzo comma D. Lgs 28/2010.
- Ratio (attribuire forma autentica). Autentica di firma sull'accordo o su un autonomo atto notarile? Sarà sempre autentica di firma o potrebbe divenire atto pubblico?
- Tempistica dell'intervento del notaio per conferire forma autentica all'accordo: durante il procedimento di mediazione o dopo?
- Controlli cui è tenuto il notaio
- Normativa che regola l'intervento del notaio
- Caso del mediatore che sia notaio: può già attribuire forma autentica all'accordo raggiunto in mediazione?
- Profili fiscali

#### **C) Mediazione e usucapione**

- Novità: *n. 12-bis art. 2643 c.c.* (introdotto da d.l. 69/2013)
- Nozione di usucapione. Presupposti e tipologie di usucapione
- Inquadramento sistematico: trascrizione ex art. 2643 c.c. (pubblicità dichiarativa).  
Conseguenze
- Differenze rispetto alla trascrizione della sentenza accertativa dell'usucapione, prevista dall'art. 2651 c.c.
- Accordo che accerta usucapione può considerarsi equivalente alla sentenza accertativa di usucapione?
- Contenuto dell'accordo.
- Profili fiscali