

## **MEDIAZIONE OBBLIGATORIA:**

### **Prime applicazioni (e disapplicazioni) da parte della Giurisprudenza di merito**

#### **Ricognizione pronunce giudiziali**

Avv. Andrea Ordine

#### Indice

1- Rimessione a Corte costituzionale ed a Corte europea di Giustizia.....	2
2- Foro "dissidente".....	4
3- Conferimento incarico avvocato.....	5
4- Domanda riconvenzionale.....	6
5- Opposizione a decreto ingiuntivo.....	7
6- Giustificato motivo assenza.....	8
7- Competenza.....	9
8- Art. 702bis.....	9
9- Condominio.....	10
10- Usucapione.....	10
11- Proposta.....	11
12-Sequestro ante causam.....	11
13- Azione revocatoria.....	12
14- Termine giudiziale esperimento tentativo mediazione.....	12
15- Condizioni per l'omologa del verbale di accordo.....	13
16- Consulenza tecnica preventiva (696bis).....	13
17- Esecuzione forzata.....	14
18- Interdizione.....	14
19- Iscrizione di ipoteca.....	14
20- Rapporto giudizio/intervenuto accordo.....	15

## MEDIAZIONE OBBLIGATORIA:

**Prime applicazioni (e disapplicazioni) da parte della Giurisprudenza di merito**

### **Ricognizione pronunce giudiziali**

Avv. Andrea Ordine

#### **1- RIMESIONE A CORTE COSTITUZIONALE E A CORTE EUROPEA DI GIUSTIZIA**

**Tar Lazio 12/4/2011 - GdP Parma 1/8/2011- Gdp Catanzaro 30/8/2011 - Trib. Genova 18/11/2011**

I denunciati vizi di illegittimità costituzionale:

- 1- Eccesso di delega in quanto il legislatore delegante nulla dice in tema di obbligatorietà.
- 2- Violazione art. 24 Cost. per insufficiente competenza del mediatore e mancata previsione della assistenza obbligatoria di un avvocato.
- 3- Sperequazione di trattamento in materia di costi della mediazione tra chi introduce la mediazione (e deve comunque versare spese ed indennità) ed il "convenuto in mediazione" che potrebbe non aderire e non presenziare all'incontro (assunta violazione art. 3 Cost.)

#### **IN SENSO CONTRARIO Trib. Lamezia Terme 1/8/2011**

- 1- L'obbligatorietà della conciliazione è da tempo presente nel nostro ordinamento
- 2- Nel procedimento di mediazione non è necessaria la presenza dell'avvocato: si è in campo negoziale (analogia con l'arbitrato).

#### **COMMENTO:**

1- L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione è **ammessa dalla Corte costituzionale** (vedi decisione in relazione al tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di lavoro e/o AGCOM) a patto che non si renda **impossibile** o **estremamente difficile** l'esercizio del diritto di difesa.

Si devono, inoltre, contemperare gli interessi in gioco: la tutela della situazione giuridica soggettiva del singolo e il buon andamento del "sistema Giustizia" (*id est* dell'intero ordinamento).

Il quesito che l'interprete dovrebbe porre alla propria attenzione è il seguente: si può davvero considerare effettiva la tutela di una situazione giuridica soggettiva dopo una pronuncia giudiziale che, esperiti i due gradi di giudizio e l'eventuale controllo di legittimità, passa in giudicato a distanza (mediamente) di 10 anni dalla richiesta di tutela?

Il contemperamento di interessi deve necessariamente prendere in considerazione come la tutela **effettiva** del diritto soggettivo si potrebbe, invece, realizzare, tramite l'accordo raggiunto dalle parti in sede di mediazione, in un tempo assai inferiore (massimo 4 mesi).

Infine, non può che evidenziarsi una contraddizione, si potrebbe dire, "all'italiana": da una esame letterale del testo normativo, in effetti, la legge delega (L. n. 69/09) non menziona l'obbligatorietà.

Tuttavia, tale obbligatorietà risulta espressamente nella Direttiva comunitaria (n. 52/08) che doveva essere rispettata dal Governo.

La Direttiva individua tre modelli di mediazione lasciando al legislatore la facoltà di introdurre forme di **mediazione obbligatoria**.

A mio parere, il Legislatore sembrerebbe aver optato, anche se in maniera **implicita**, per la mediazione obbligatoria in quanto l'articolo 60 legge n. 69 del 2009 disponeva "*di prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, fosse realizzata senza precludere l'accesso alla giustizia*".

Un'eventuale pronuncia di incostituzionalità per eccesso di delega **contrasterebbe** non solo con l'originario intento del Legislatore ma, di fatto, con la stessa Direttiva comunitaria costringendo l'Italia, more solito, a subire le conseguenze per le proprie inadempienze e ad effettuare nuovi interventi di "adeguamento" al dettato europeo.

2- In tal modo argomentando, il diritto di difesa non sembra affatto leso nè tantomeno preclusa, una volta che sia fallito il tentativo di conciliazione, la sottoposizione della questione al Giudice dello Stato.

In merito alla competenza professionale del mediatore, la problematica sembrerebbe ormai superata in quanto le ordinanze di rimessione sono state pronunciate prima delle modifiche legislative che hanno imposto ai mediatori un costante aggiornamento biennale ed un percorso di tirocinio assistito volto, appunto, a perfezionare la propria professionalità.

Professionalità che, di per sè, dovrebbe essere sufficiente a gestire la lite tra i comparenti senza l'ausilio tecnico di un avvocato la cui presenza, a mio parere **sempre** auspicabile per il fondamentale apporto tecnico-giuridico fornito, non appare necessaria vertendo in un prettamente campo negoziale.

3- I costi della mediazione appaiono oggettivamente sostenibili se si considera:

**a)** l'esponenziale aumento del Contributo Unificato (oggi richiesto anche in caso di domanda riconvenzionale, chiamata di terzo ed intervento in giudizio);

**b)** le spese vive che la parte è tenuta a sostenere per la notifica dell'atto di citazione (ad uno o più convenuti), la notifica delle intimazioni testimoniali o del verbale in cui si ammette l'interrogatorio formale del convenuto contumace, le marche da bollo da pagare per i diritti di segreteria per estrarre copia dei documenti dal fascicolo d'ufficio o richiedere copie degli atti. Tali spese sono, solitamente,

assai superiori rispetto alla somma di euro 40,00 + IVA corrisposte all'Organismo a titolo di spese di avvio della procedura;

c) la modifica normativa che ha introdotto la previsione di una **somma davvero minima** (40,00 o 50,00 euro + IVA) da versare da parte dell'istante in caso di mancata adesione alla procedura da parte della parte convocata;

d) la previsione a favore dei partecipanti al procedimento di mediazione di un **credito di imposta** sino a euro 250,00 in caso di mancata conclusione positiva del tentativo di mediazione (rendendo quindi **sostanzialmente gratuito** il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie con valore sino ad euro 25.000) e sino ad euro 500,00 in caso di accordo positivo;

e) l'**esenzione** totale da bolli, marche ed imposte per la registrazione per verbali di accordo sino al valore di 50.000 euro

f) totale gratuità per i soggetti che nel processo beneficiano del gratuito patrocinio (soggetti meno abbienti)

g) **minimi tariffari sempre derogabili dalle parti** (ovviamente con il consenso del Mediatore/Organismo di mediazione). Ciò dovrebbe stimolare la formulazione di varie offerte/promozioni/scontistiche/convenzioni (peraltro già attuate da molti Organismi di mediazione) a vantaggio dei cittadini/istanti.

### **Trib. Palermo 16/8/2011 + GdP Mercato San Severino 21/9/2011**

Rinvii interpretativi alla Corte europea di Giustizia

## **2- FORO "DISSIDENTE"**

### **Trib. Napoli 23/3/2012 + GdP Napoli II sez.**

Non si ritiene applicabile la mediazione dinanzi a Giudice di Pace perchè è già espressamente prevista una conciliazione giudiziale e stragiudiziale dagli artt. 320 e 322 c.p.c.

Le pronunce danno conto dell'esistenza, quale strumenti di esegesi della normativa in tema di mediazione, dei criteri cronologico, di specialità, gerarchico e di competenza.

Per il Foro partenopeo il criterio di specialità (*legge posteriore generale non deroga quella anteriore speciale*) deroga quello cronologico.

La mediazione non dovrebbe applicarsi perchè il D.lgs. n. 28/10 non statuisce nulla sul rito del GdP che **già** prevede una conciliazione in sede contenziosa (art. 320 c.p.c.) e in sede non contenziosa (art. 322 c.p.c.) nè abroga tali disposizioni normative.

## COMMENTO:

Dall'esame del provvedimento, sembra non considerarsi il **presupposto concettuale totalmente diverso su cui si fonda la mediazione** (che non è deputata all'attribuzione di torti e ragioni da parte di un giudice terzo, cioè in sostanza alla "decisione" dell'insorta controversia).

Ulteriori discrasie con l'istituto della mediazione sono ravvisabili nelle circostanze che l'art. 320 c.p.c. prevede un tentativo di conciliazione **nel processo**, mentre l'art. 322 c.p.c. attribuisce valore di titolo esecutivo al verbale di conciliazione **solo se la controversia rientra nella competenza del gdp**.

Anche dal confronto "diretto" con i Collegi napoletani, si deve dare conto anche di una realtà locale dove i difensori dei convenuti, scientemente, non eccepiscono il mancato esperimento del tentativo di conciliazione ed i Giudici, altrettanto scientemente, non esercitano la potestà di rilievo officioso.

A mio avviso, se effettivamente confermato, non appare commendevole il proposito di disapplicare la norma a seguito di un *pactum* tra giudici e foro.

Infatti, a prescindere dalla circostanza che tale contegno potrebbe configurare per l'avvocato un'infrazione di carattere disciplinare, il Giudice deve applicare la legge e non vanificarne il contenuto.

Le critiche motivate ad uno o più istituti sono ammesse - ed, anzi, rappresentano il supporto e la linfa vitale per migliorare l'intero Sistema - le opere di "mero boicottaggio", invece, rischiano di atrofizzare la mente del giurista e non sembrano dare lustro all'intera categoria.

## **3- CONFERIMENTO INCARICO AVVOCATO**

### **Trib. Palermo 24/3/2011 :**

L'avvocato è tenuto a informare chiaramente e in forma scritta (art. 4 d.lgs. 28/2010) il Cliente della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione perchè «in caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile».

L'annullabilità può essere fatta valere **solamente dall'assistito** che non ha ricevuto l'informativa.

### **Trib. Varese 6/5/2011 :**

L'obbligo non è soddisfatto quando nella procura estesa a margine della citazione, il difensore inserisca una **clausola di stile** (ad esempio quando il Cliente firmi la seguente dichiarazione: «Dichiaro di essere stato informato ai sensi dell'art. 4 terzo comma, del d.lgs. 28/2010 della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto»).

L'informativa, infatti, deve essere **chiara, esplicita, contenuta in atto separato e non meramente di stile**.

Nel caso di omessa informativa «il giudice (...) se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione».

La norma sembrerebbe imporre al giudice di dover convocare il rappresentato onde fornirgli adeguata informazione ai sensi dell'articolo 4 comma 2 del D.lgs. N. 28/2010.

#### COMMENTO:

**PROBLEMA:** rallentamento processo e discrasia con i casi di difetto della procura alle liti (dove è prevista una sanatoria con la regolarizzazione del potere rappresentativo).

**SOLUZIONE PROPOSTA** dal Tribunale di Varese: Giudice può subordinare la comparizione della parte alla **spontanea allegazione dell'informativa da parte del difensore**, onde evitare un rallentamento del processo e un danno indiretto a tutte le altre cause pendenti sul Ruolo.

#### **4- DOMANDA RICONVENZIONALE**

I orientamento

**Trib. Bagheria 11/7/2011** : Le domande differenti da quella attorea, fatta valere nell'atto di citazione, non rientrano tra quelle soggette a mediazione obbligatoria.

Cambiamento di rotta da parte della Giurisprudenza:

**Trib. Como 2/2/2012 e Trib. Roma - Sez. dist. Ostia 15/3/2012=**

Applicabilità mediazione alle domande riconvenzionali.

La legge non distingue tra domanda dell'attore e domanda riconvenzionale del convenuto o del terzo. L'art. 5 d.lgs. n. 28/10 recita "**chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa [...] è tenuto....**".

Secondo questo orientamento, dunque, non è la collocazione della parte a decidere se la mediazione è obbligatoria, ma il **contenuto** della **domanda giudiziale**.

Ogni domanda giudiziale, *in subiecta materia*, quale sia la parte che la propone, **DEVE** essere preceduta dal tentativo di mediazione.

#### COMMENTO

POSSIBILI PROBLEMI:

**Proposizione di più domande in fasi temporali diverse.**

**Esempio** =In mediazione: proposta domanda di risoluzione del contratto. In giudizio: domanda risoluzione del contratto + domanda risarcimento danni.

Il convenuto può eccepire l'improcedibilità? E' necessaria un'altra mediazione?

In tali casi sembrerebbe opportuno rimettersi alla valutazione del Giudice che, esaminato il singolo caso, dovrebbe evitare l'**utilizzo abusivo e strumentale** dell'istituto per evitare ritardi nella tutela della situazione giuridica soggettiva.

Nel caso di specie, a mio parere, non si dovrebbe presentare alcuna nuova istanza di mediazione. Se il tentativo di composizione bonaria della controversia è fallito in relazione alla richiesta di risoluzione del contratto è verosimile che l'esito del successivo giudizio, che ricomprende anche l'ulteriore domanda di risarcimento dei danni - legata da un vincolo di "pregiudizialità" alla prima domanda - sarà il medesimo.

Intervento del terzo.

Se non ci sono dubbi per l'intervento adesivo dipendente (non vi è alcuna domanda autonoma= NON SI PONE NEPPURE il problema dell'esperimento del tentativo di mediazione), dubbi potrebbero residuare per l'intervento principale (si fa valere un **diritto** verso tutte le altre parti del processo) e per quello adesivo autonomo( si far valere un **diritto** solo verso alcune delle parti).

Secondo i principi generali, l'interveniente, non essendo tenuto ad "entrare nel processo" deve accettare quella che è la situazione di fatto e di diritto al momento dell'intervento quindi non sarebbe tenuto ad esperire alcuna mediazione.

Se si sceglie di aderire, invece, alla tesi enucleata dalle primissime pronunce giudiziali su indicate l'interveniente (escluso quello dipendente) avendo comunque introdotto in giudizio una domanda dovrebbe formulare istanza di mediazione.

## **5- OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO**

**Trib. Prato 18/7/2011** : la mediazione non è obbligatoria né nella fase di deposito del ricorso monitorio né in quella eventuale di opposizione: l'obbligo sorge nel momento in cui il giudice si è pronunciato in merito alla concessione e sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto.

Chiarito l'aspetto temporale, su chi grava l'onere di esperire il tentativo di mediazione??

Per la Dottrina, è "onerato" colui che dà vita al giudizio (*id est* l'OPPONENTE) che deve presentare istanza di mediazione. Tale soluzione sembra maggiormente in linea con le norme processuali e soprattutto con le conseguenze di una dichiarazione di improcedibilità. Infatti, il mancato esperimento del tentativo e la statuizione giudiziale di non procedibilità della domanda determinerebbero l'effetto di rendere definitivo il D.I. opposto.

## **INVECE PER LA GIURISPRUDENZA**

**Trib. Varese 18/5/2012 e Trib. Lamezia Terme 19/4/2012**

Chi agisce in giudizio, colui che vuole far valere il diritto= **attore sostanziale** e quindi **L'OPPOSTO**

## **6- GIUSTIFICATO MOTIVO ASSENZA**

**Trib. Termini Imerese 28/5/2012** CONDANNA A VERSAMENTO in favore delle entrate del Bilancio dello Stato di una somma uguale al Contributo Unificato dovuta per quel giudizio dalla parte costituita.

COMMENTO:

ATTENZIONE: si tratta di una vera e propria **SANZIONE PECUNIARIA**.

Non sono da escludere profili di responsabilità professionale dell'avvocato o, in ogni caso, problematiche relazionali che con il Cliente a seguito della condanna al pagamento in virtù del "consiglio" del difensore a non presenziare *tout court* all'incontro di mediazione fissato senza addurre un VALIDO E GIUSTIFICATO MOTIVO.

**CONDANNA OBBLIGATORIA** : non condizionata alla decisione sul merito. Può, quindi, essere comminata anche in corso di causa **PRIMA** della sentenza o del provvedimento che definisce giudizio e a prescindere dall'esito del giudizio.

**Trib. Termini Imerese 9/5/2012=**

Motivo addotto: inutilità a partecipare per "*acclarata e atavica litigiosità tra le parti*".

**INSUFFICIENZA E NON VALIDITA'**: il procedimento di mediazione nasce **PROPRIO** per attenuare la litigiosità e per comporre la lite su basi concettuali del tutto diverse da quelle invocate in giudizio che prescindono da attribuzione torti e ragioni.

**Trib. Siena 25/6/2012** : costituisce comportamento elusivo della norma che impone l'obbligatorietà dell'esperimento del procedimento di mediazione civile, quello posto in essere dalla parte processuale che deposita la domanda presso l'organismo **senza dar seguito** all'effettiva instaurazione del contraddittorio.

Contegno elusivo di un presupposto processuale qual è la condizione di procedibilità, costituente **norma imperativa** poiché posta a presidio del giusto processo e della sua ragionevole durata mediante la complessiva deflazione del contenzioso civile, anche nell'interesse pubblico, **integra gli estremi della frode alla legge**

**Trib. Bagheria 20/7/2012**

Motivo addotto : "*problemi legati all'ETA' AVANZATA*"

**INSUFFICIENZA E NON VALIDITA'**: la parte potrebbe delegare un soggetto terzo con ampi poteri di rappresentanza (compresi quelli di definire la controversia).

**Trib. Roma Sez. Dist. Ostia 5/7/2012**



## 7- COMPETENZA

### Trib. Termini Imerese 28/5/2012=

Convocare (nel caso di specie una banca *n.d.a.*) in luogo DIVERSO da quello dove il convenuto ha sede **NON E' troppo oneroso** se ci sono **ragioni giustificative** x chiedere di svolgere l'incontro presso sede principale o in via telematica.

#### COMMENTO:

Se è vero come le disposizioni normative non abbiano indicato alcun criterio di competenza territoriale, appare opportuno evitare qualsiasi abuso e/o utilizzo vessatorio dell'istituto.

Esempio: non pare correttamente esperito il tentativo di mediazione demandato ad un Organismo della città di Palermo da parte di un'istante con sede legale in Roma, nei confronti di un convenuto residente in Perugia per l'adempimento di un'obbligazione sorta e da eseguirsi a Roma. L'assenza di qualsiasi criterio di collegamento (anche minimo e in via analogica) da un lato rende evidente l'intento di creare delle difficoltà logistiche al convenuto e, dall'altro, manifesta la volontà di non voler raggiungere (e nemmeno tentare di farlo) una composizione bonaria dell'insorgenda controversia.

## 8- ART. 702BIS

### Trib. Genova 18/11/2011=

Il procedimento ex art. 702bis non rientra tra quelli per i quali è **esclusa** la c.d. mediazione obbligatoria (arg. a contrariis dal combinato disposto degli artt. 5 c. I e 4 d.lgs. 28/2010). Il comma 4 esclude esplicitamente alcuni procedimenti, senza infatti menzionare il rito sommario ex art. 702 bis. **SI APPLICA MEDIAZIONE**

### Trib. Firenze 22/5/2012=

Per il Tribunale pur **non** essendo il nuovo procedimento sommario di cognizione un procedimento **cautelare** o **urgente** (quindi dovrebbe applicarsi senza limitazione alcuna la mediazione *n.d.a.*), la massima velocità dell'iter processuale e l'intenzione di conferire premialità a chi ha forti evidenze del proprio diritto produce la conseguenza **NON SI APPLICA MEDIAZIONE**.

#### ATTENZIONE:

**Analogia con opposizione a D.I.** (dopo provvedimenti su provvisoria esecutorietà): in caso di conversione rito, qualora il Giudice ritenga necessaria l'istruttoria della causa, **SI APPLICA MEDIAZIONE**. Onere di presentazione dell'istanza a carico dell'attore.

## **9- CONDOMINIO**

**Trib. Genova 18/11/2011=**

**INTERPRETAZIONE OGGETTIVA:** Sono relative al condominio negli edifici **i soli artt. dal 1117 al 1139 c.c.** e pertanto solo alle controversie relative va riservata la qualifica di cause condominiali.

**INTERPRETAZIONE SOGGETTIVA:** condominiali tutte le cause ove una delle parti sia un condominio.

Il Tribunale di Genova opta per la prima *"in quanto maggiormente conforme alla distinzione operata dal legislatore, che ha distinto le materie richiamando la distinzione codicistica, fondata sul dato oggettivo della materia trattata e non sulla qualità delle parti"*.

## **10- USUCAPIONE**

**Trib. Roma 22/7/2011 + Trib. Roma decreto 8/2/2012:** **ESCLUSA** la trascrivibilità nei registri immobiliari del verbale di conciliazione, redatto in sede di mediazione obbligatoria in materia di usucapione, attesa la sua **natura di negozio di accertamento**, e ciò sulla scorta delle disposizioni degli artt. 2643 c.c. e 2651 c.c.

Il negozio di accertamento non realizza un effetto modificativo, estintivo o costitutivo.

Motivi a sostegno della NON trascrivibilità:

1- Il verbale non è tra gli atti di cui all'art. 2643 c.c.

2- La trascrizione è prevista per la sola sentenza da cui risulta l'acquisto per usucapione e non anche per l'atto che produce il medesimo effetto.

3- Minata certezza rapporti giuridici con utilizzo strumentale della mediazione NON per la composizione della lite, ma per *"dissimulare operazioni negoziali a danni di terzi, con seri pregiudizi alla circolazione dei beni"*

4- Il verbale non contiene una vera e propria transazione (diversamente riconducibile alla previsione di cui all'art. 2643 n. 13) per difetto delle "reciproche concessioni"

5- I negozi di accertamento della proprietà NON hanno efficacia costitutiva e non sono ricompresi nei modi di acquisto della proprietà, residuando, in capo agli stessi, un valore probatorio (*id est* provano tra le parti l'esistenza della situazione giuridica accertata) salva la prova contraria. (si dovrebbe parlare allora di mero atto dichiarativo).

**Trib. Catania 1/3/2012 (CONFORME)**

Accordo= accertamento intervenuta usucapione = No idoneità del titolo per trascrizione

### Trib. Como 2/2/2012 (CONTRA)=

Nell'accordo di mediazione si consolida una transazione con la quale viene attribuito un diritto reale.

Secondo tale interpretazione, sviluppata nell'ottica di favorire l'applicazione del procedimento di mediazione, l'accordo potrebbe essere oggetto di trascrizione.

### COMMENTO:

POSSIBILE SOLUZIONE (pratica) attuata in alcuni fori:

in virtù del **valore probatorio** attribuito al negozio di accertamento, le parti, esperito positivamente il tentativo di mediazione, potrebbero depositare in giudizio il verbale di accordo e chiedere (ed ottenere) rapidamente da parte del Giudice la sentenza oggetto di successive trascrizione presso la competente Conservatoria.

I **DUBBI**, tuttavia, permangono da parte della Dottrina (MELUCCO) proprio in relazione al suddetto valore probatorio di un mero accordo tra le parti in difetto della **PROVA POSITIVA** in ordine al possesso ultraventennale e pacifico del bene.

D'altronde, nell'ordinario giudizio di cognizione non appare sufficiente la mancata risposta all'interrogatorio formale del convenuto ovvero la confessione giudiziale resa dallo stesso, in quanto si richiede, IN OGNI CASO, la richiamata **prova positiva**.

### 11- PROPOSTA

#### Trib. Vasto 8/7/2012=

In caso di mancato accordo, la proposta di conciliazione da parte del mediatore viene formulata solo se vi è una richiesta congiunta delle parti come previsto dal regolamento dell'Organismo di mediazione : ciò impedisce al Giudice di applicare l'art. 13 d.lgs. in materia spese processuali e quindi vanifica la *ratio* di sanzionare i rifiuti ingiustificati di proposte conciliative ragionevoli.

Vanificare la *ratio* della norma equivale a creare un **contrasto con la legge**.

Soluzione creativa elaborata dalla giurisprudenza: il Giudice invita le parti a rivolgersi ad un Organismo nel cui regolamento **NON** vi sono clausole limitative per il mediatore al fine di formulare una proposta.

### 12- SEQUESTRO ANTE CAUSAM

#### Trib. Brindisi Sez. Dist. Francavilla Fontana 9/1/2012 =

Richiedere il sequestro ante causam è sempre possibile perchè il procedimento di mediazione non preclude la concessione provvedimenti cautelari e urgenti.

Quindi, il ricorso NON DEVE ESSERE PRECEDUTO DAL TENTATIVO DI MEDIAZIONE.

Ma la fase di merito???

SI DEVE **SEMPRE RISPETTARE** IL TERMINE DECADENZIALE per instaurare il giudizio anche se si esperisce la mediazione.

Instaurare giudizio nel termine di decadenza (60gg da comunicazione ordinanza cautelare o da notificazione a pena di inefficacia della misura) prima o nel corso della mediazione.

*Ratio*= c'è il **concreto RISCHIO** che non si raggiunga un accordo e, quindi, che venga vanificata la misura cautelare concessa.

COMMENTO:

**Parte della Dottrina (DIANA-ROCCO-MINELLI-SANTI-RUVOLO-TISCINI) è contraria:** l'istanza di mediazione produce gli stessi effetti della **domanda giudiziale** sulla prescrizione e sulla decadenza.

Interruzione termini e sospensione fino a chiusura mediazione (verbale negativo) in virtù di una lettura estensiva dell'art. 669 octies IV comma c.p.c. (relativo alle sole controversie individuali relative rapporti di lavoro alle dipendenze PA):

TERMINE X INIZIARE MERITO decorre da momento in cui domanda giudiziale è **divenuta procedibile** o, se non è richiesto tentativo di conciliazione, decorsi 30 gg.

### **13- AZIONE REVOCATORIA**

**Trib. Varese 10/6/2011**

L'azione revocatoria non è relativa a una controversia in materia di contratti bancari, essendo in quest'ambito inscrivibili le sole cause con cui si faccia discussione delle obbligazioni negoziali che dal contratto scaturiscono, ovvero ancora si metta in discussione la validità o l'efficacia della stipula.

L'azione revocatoria è, invece, un **mezzo di tutela del diritto di credito** e, quindi, *l'actio* è relativa a una controversia in materia di conservazione delle garanzia patrimoniale.

Non essendo possibile l'interpretazione analogica o estensiva dell'articolo 5, comma 1, del Dlgs 28/2010, la norma non è quindi applicabile nel caso di specie.

**NON SI APPLICA LA MEDIAZIONE.**

### **14 - TERMINE GIUDIZIALE ESPERIMENTO TENTATIVO MEDIAZIONE**

**Trib. Roma 26/3/2012=**

Termine PERENTORIO, se non è stato esperito il tentativo, la domanda verrà dichiarata improcedibile e l'attore condannato alla refusione delle spese di giudizio.

**Trib. Varese 20/6/2012=**

Termine ORDINATORIO "Il tempo di quattro mesi, previsto dalla Legge come scadenza per la mediazione, è ovviamente un termine ordinatorio e soprattutto nella disponibilità delle parti in caso di mediazione ancora in corso, posto che la finalità della stessa – la foce conciliativa – è giustificativa dell'impegno di energie processuali"

## **15 - CONDIZIONI PER L'OMOLOGA DEL VERBALE DI ACCORDO + CONTENUTO ISTANZA**

### **Trib. Lamezia Terme 17/2/2012**

Per l'omologa da parte del Presidente Tribunale il contenuto del verbale di accordo **non deve essere contrario all'ordine pubblico** o a norme imperative e deve presentare una regolarità formale.

#### **COMMENTO:**

Nel concetto di ordine pubblico il Tribunale calabrese ricomprende anche l'**accertamento della corretta instaurazione del contraddittorio**.

Tale contegno ingenera alcuni **dubbi** in merito alla circostanza che le indagini circa l'esistenza e la comparizione all'incontro degli effettivi litisconsorti necessari venga demandata all'Organismo con le ovvie ripercussioni e conseguenze in materia di responsabilità dell'Organismo e del mediatore (si pensi al caso delle rimostranze per un eventuale diniego di omologa per non corretta coinvolgimento, in sede di mediazione, di tutti gli "aventi diritto" in una successione ereditaria).

**Trib. Mantova 25/6/2011**: Nella procedura di mediazione **non è obbligatoria l'assistenza tecnica** di un difensore, per cui non può ritenersi che le domande proposte in sede di mediazione debbano essere compiutamente ed esattamente formulate sotto il profilo giuridico, essendo **sufficiente**, come espressamente previsto dall'art. 4 D.Lgs. n. 28/10 che l'istanza contenga l'indicazione dell'**oggetto** e delle **ragioni della pretesa**, al fine di consentire alle parti di raggiungere un accordo conciliativo in merito;

## **16- CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA (696bis)**

**Trib. Varese 24/7/2012**= ESCLUSIONE OBBLIGO MEDIAZIONE perchè:

- natura cautelare formale (Sez. Un. n. 20/6/2007) e quindi esclusione *ex lege* D.lgs. n. 28/10;
- non introduce controversia in materia diritti disponibili;
- accessorieta' rispetto a eventuale futuro giudizio di merito (possibilità di richiedere acquisizione in successivo giudizio di merito della relazione depositata dal CTU)
- aporia: mediare x chiedere di mediare

**Trib. Siracusa 14/6/2012**= se proposto ricorso ex art. 696bis c.p.c. in una delle materie previste dal d.lgs. 28/10 = ricorso è **INAMMISSIBILE**.

Istituti non alternativi: se c'è mediazione si deve applicare mediazione.

**Trib. Milano 24/4/2012**= primo Tribunale ha pronunciarsi per la non alternatività degli istituti.

### **17 - ESECUZIONE FORZATA**

**Trib. Prato 9/5/2011** Ai sensi dell'articolo 5, comma 4, del Dlgs n. 28 del 2010, i commi 1 e 2 non si applicano, tra l'altro, ai procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata.

Risponde a una precisa scelta legislativa che i procedimenti incidentali di cognizione, tra i quali debbono essere a ogni buon diritto annoverati i giudizi di divisione endoesecutivi, siano sottratti alla nuova procedura in tema di mediazione civile. La ragione della scelta del legislatore del 2010 deve essere rintracciata nel **necessario bilanciamento** tra la funzione deflattiva del nuovo strumento conciliativo e le contrapposte esigenze di celerità e concentrazione tipiche di un **processo** quale è quello **esecutivo** la cui principale funzione è la pronta e celere liquidazione delle ragioni dei creditori.

La mediazione in sede esecutiva, ove ritenuta applicabile all'esecuzione forzata, finirebbe con lo scontrarsi con un processo esecutivo, come ridisegnato dalle riforme degli ultimi anni, che, pur conoscendo "parentesi" di cognizione, le delinea e configura come essenzialmente "strumentali" all'esecuzione stessa, onde consentire, nel caso di specie, l'individuazione definitiva dell'oggetto dell'espropriazione forzata.

### **18 -INTERDIZIONE**

**Trib. Varese 13/2/2012**=

Qualora il procedimento riguardi un interdetto, **E' IL TUTORE CHE DEVE PARTECIPARE A PROCEDIMENTO. OBBLIGO ACCERTAMENTO DA PARTE MEDIATORE.**

**PROBLEMA:** per raggiungere un accordo transattivo è necessaria sempre e comunque l'autorizzazione del Tribunale.

### **19- ISCRIZIONE DI IPOTECA**

**Trib. Varese 12/7/2012** Verbale di accordo debitamente omologato costituisce **TITOLO** per l'iscrizione di ipoteca.

**Aporie:** base volontaria (accordo parti), ma ipoteca (*id est* la garanzia) è giudiziale.

Come superarla??Scelta del legislatore a favore della mediazione: non legare l'accesso alla garanzia alla volontà delle parti prevedendo la garanzia nell'accordo, ma prevedere, *ope legis*, che l'accordo sia assistito dal favore di un'ipoteca di tipo giudiziale.

## **20- RAPPORTO GIUDIZIO/INTERVENUTO ACCORDO**

A seguito di una mediazione svolta durante il corso di un giudizio, le parti trovano un accordo: il relativo verbale deve depositarsi nel giudizio o, in ogni caso, è necessario darne conto??

**Trib. Varese 6/7/2012** = è sufficiente non comparire ex art. 309 c.p.c. e provocare l'estinzione del giudizio

La presente rassegna non vuole (e non potrebbe) avere carattere esaustivo, ma si propone soltanto di segnalare ai Colleghi/Colleghi-Mediatori i primissimi arresti della Giurisprudenza di merito in relazione ad un istituto che, volente o nolente, rappresenta uno strumento di lavoro quotidiano per noi tutti.

Per tali motivi, al fine di mantenere questa "lista" maggiormente aggiornata, sono gradite le segnalazioni di ulteriori pronunce rese *in subiecta materia* dalle corti territoriali (andrea\_ordine@fastwebnet.it).