

La mediazione civile e commerciale: cos'è e come funziona

Dott.ssa Patrizia Marchetti



i Webinar

by Directio

WEBINAR > DALLA MEDIAZIONE ALLE TECNICHE NEGOZIALI UTILI NELLA
PROFESSIONE

A cura dell'ODCEC di Torino

9 MARZO 2021

DALLA MEDIAZIONE SOCIETARIA ALLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

Le principali tappe legislative

Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5

Titolo VI, articoli da 38 a 40 - Conciliazione stragiudiziale in materia societaria

Direttiva dell'Unione Europea 21 maggio 2008, n. 52

Relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale

Legge 18 giugno 2009, n. 69

Art. 60 - Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione nelle controversie civili e commerciali

Decreto legislativo 5 marzo 2010 n. 28, e ss.mm.ii.

Attuazione dell'art. 60 della legge 69/2009 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali

Decreto Ministeriale 18 ottobre 2010 n. 180

Regolamento attuativo

LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE: DEFINIZIONI

Direttiva dell'Unione Europea 2008/52, art. 3 a)

“per «mediazione» si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. ...”

D.Lgs 28/2010, art. 1 a) *

“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.”

* come modificato dall'art. 84, co. 1, del D.L. 69/2013 conv. dalla L. 98/2013

LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE: AMBITI DI APPLICAZIONE E REGIME DI OBBLIGATORIETA'

Controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili

Regime di obbligatorietà *ex lege* (D.Lgs 28/2010, art. 5 co. 1-*bis*) per le vertenze in materia di:

- condominio;
- locazione;
- comodato;
- affitto di aziende;
- diritti reali;
- divisione;
- successioni ereditarie;
- patti di famiglia;
- risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria;
- risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o altri mezzi di pubblicità;
- contratti assicurativi, bancari e finanziari.

LE MATERIE OBBLIGATORIE *EX LEGE*

Criteria-guida seguiti dal legislatore nella scelta delle materie obbligatorie

- ❖ **Cause in cui il rapporto tra le parti è destinato a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola controversia:**

oltre al **condominio**, i contratti di durata: **locazione, comodato ed affitto d'azienda**, nonché le materie le cui controversie investono rapporti in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale o alla stessa area territoriale: **diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia**.

- ❖ **Controversie in materia di risarcimento del danno che traggono origine da rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, risulterebbe particolarmente fertile il terreno della composizione stragiudiziale:**

controversie in materia di **responsabilità medica e sanitaria** e di responsabilità da **diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità**;

- ❖ **Tipologie contrattuali che, oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti, sono caratterizzati da una diffusione di massa e, pertanto, sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso:**

contratti **assicurativi, bancari e finanziari**.

NUOVA IPOTESI DI MEDIAZIONE OBBLIGATORIA

D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 - Recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19

convertito, con modificazioni, dalla L. 5 marzo 2020, n. 13

Art. 3 – Attuazione delle misure di contenimento

co.6 bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.()*

*co.6 ter. Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19 sulla base di disposizioni successive, puo' essere valutato ai sensi del comma 6-bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce **condizione di procedibilità della domanda.**(**)*

(*) comma inserito dall'art. 91, D.L. 18/2020 - conv. dalla L. 27/2020)

(**) comma inserito dall'art. 3, D.L. 28/2020 - conv. dalla L. 70/2020)

LA CONDIZIONE DI PROCEDIBILITA'

Ipotesi di giurisdizione condizionata

In caso di controversia vertente su una delle materie indicate **all'art. 5 comma 1-bis, del D.Lgs. 28/2010**, per ottenere una sentenza di merito da parte del giudice, occorre che la parte proponga domanda di mediazione presso uno degli Organismi abilitati, prima di adire l'autorità giudiziaria.

Accertamento ed operatività dell'improcedibilità

- **Mediazione NON esperita:** il giudice non si pronuncia sul merito della domanda postagli, ma ne rileva l'improcedibilità, assegnando alle parti un termine per promuovere il tentativo di mediazione.
- **Mediazione esperita con esito positivo:** le parti raggiungono l'accordo conciliativo e non seguirà più alcun giudizio di merito.
- **Mediazione esperita con esito negativo:** le parti, non avendo raggiunto l'accordo conciliativo, potranno rivolgersi al giudice e, dimostrando di aver adempiuto alla condizione di procedibilità, potranno ottenere una sentenza che definisca la controversia.

OBBLIGATORIETA' DELLA MEDIAZIONE TERMINI PER FAR VALERE L'IMPROCEDIBILITA'

Obbligatorietà

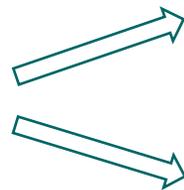
Solo per le materie civili e commerciali in cui il legislatore ha previsto la condizione di procedibilità.

Solo se si vuole incardinare una causa *giudiziale* in tali materie.

Solo per esperire il procedimento di mediazione, *non* per raggiungere l'accordo conciliativo

Termini

Non oltre la prima udienza:



eccepita dal convenuto

rilevata d'ufficio dal giudice

ALTRE TIPOLOGIE DI MEDIAZIONE PREVISTE DAL D.LGS 28/2010

- **Mediazione facoltativa o volontaria:** è consentito il libero accesso al procedimento di mediazione per le parti di qualunque controversia civile o commerciale, vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni dell'art. 2.
- **Mediazione delegata o demandata:** il giudice di primo o secondo grado può disporre in ogni momento l'esperimento del procedimento di mediazione, anche per controversie in materie diverse da quelle sottoposte a mediazione obbligatoria, purché prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni o della discussione della causa; anche in questo caso la mediazione è condizione di procedibilità della domanda (art. 5, co.2).
- **Mediazione concordata o consensuale:** in caso di clausola di mediazione prevista nel contratto o nello statuto ovvero nell'atto costitutivo dell'ente, con la quale parti si impegnano, al sorgere di determinate controversie, ad esperire il procedimento di mediazione prima di rivolgersi al giudice o ad un *arbitro* (art. 5, co 5).

LA MEDIAZIONE IN MATERIA SOCIETARIA

Confronto tra il D.Lgs 5/2003 e il D.Lgs. 28/2010

L'art. 38 del **D.Lgs. 5/2003** prevedeva che la conciliazione societaria potesse essere utilizzata in tutte le controversie aventi ad oggetto rapporti societari:

- l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario;
- le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società;
- le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali e i diritti inerenti;
- le controversie aventi ad oggetto patti parasociali, ecc.

Nel **D.Lgs. 28/2010** il legislatore non ha inserito alcun riferimento al diritto societario nell'elenco delle materie obbligatorie *ex lege* però, per espressa previsione normativa, è regolamentata la mediazione concordata (o consensuale) previo inserimento di una clausola di mediazione nei contratti o negli statuti (art. 5 co. 5).

In materia societaria rimane sempre possibile anche la mediazione volontaria di cui all'art. 2.

COME FUNZIONA LA MEDIAZIONE

Aspetti procedurali

Efficacia esecutiva dell'accordo

Riservatezza del procedimento

Agevolazioni di carattere fiscale

Sanzioni e spese processuali

La mediazione telematica

ASPETTI PROCEDURALI

- ❖ Istanza all'Organismo prescelto iscritto in un apposito registro del Ministero della Giustizia
- ❖ Competenza territoriale analoga ai criteri dettati dal c.p.c.
- ❖ Primo incontro di mediazione
 - Il legislatore impone l'obbligo di comparizione personale delle parti
 - Il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione
 - Parti e avvocati devono esprimersi sulla possibilità di avviare la procedura di mediazione
 - La condizione di procedibilità si considera avverata anche senza l'accordo.
- ❖ Fasi successive
 - In caso di volontà a procedere con lo svolgimento della mediazione
 - Sessioni in plenaria e sessioni separate
 - Reformulazione e valutazione delle opzioni
- ❖ Conclusione del procedimento
 - Con o senza accordo

CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO

Non viene raggiunto l'accordo al primo incontro

- Il mediatore redige verbale di mancato accordo
- La condizione di procedibilità si considera assolta

Non viene raggiunto l'accordo successivamente all'avvio della mediazione

- Il mediatore redige verbale di mancato accordo
- Se il mediatore ha formulato una proposta, indica la proposta nel processo verbale

L'accordo viene raggiunto  **spontaneamente dalle parti**
nel caso in cui tutte le parti aderiscano alla proposta del mediatore

- Il mediatore redige processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo

EFFICACIA ESECUTIVA DELL'ACCORDO

Art. 12 D.Lgs. 28/2010

Qualora l'accordo venga raggiunto, tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato e l'accordo venga sottoscritto tanto dalle prime quanto dai secondi, **l'accordo costituisce titolo esecutivo** purché gli avvocati ne certifichino la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Qualora anche una sola delle parti non sia assistita da un avvocato, ad es. in caso di mediazione volontaria, il verbale dovrà essere omologato, su istanza di una delle parti da presentare al presidente del tribunale, il quale **con decreto, lo omologa** previa verifica della regolarità formale del rispetto dei principi di ordine pubblico e delle norme imperative.

Il verbale costituisce **titolo esecutivo** per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

RISERVATEZZA DEL PROCEDIMENTO

Art. 9 D.Lgs. 28/2010

Il **dovere di riservatezza** incombe su tutti coloro che partecipano al procedimento di mediazione, sia in qualità di parte, di avvocato, di mediatore, di commercialista o di semplice partecipante.

In particolare le dichiarazioni e informazioni acquisite nel corso della mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avviato a seguito dell'insuccesso della mediazione, né possono formare oggetto di testimonianza in un qualunque giudizio.

A completamento della disciplina, ed in coerenza con la sua ratio, è stata prevista l'inammissibilità del giuramento decisorio.

Il dovere di riservatezza può essere *derogato dalle parti*, rientrando pienamente nella loro disponibilità negoziale.

AGEVOLAZIONI DI CARATTERE FISCALE

Art. 17 e 20 D.Lgs. 28/2010

Per gli atti del procedimento

Regime di **totale esenzione** da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura **per tutti gli atti e documenti relativi al procedimento di mediazione**, per i quali è, altresì, disposta l'esenzione in modo assoluto dell'imposta di bollo, di cui al D.P.R. 642/1972.

Per il **verbale di accordo** è prevista **l'esenzione dall'imposta di registro** unicamente se il limite di valore dell'accordo raggiunto **non supera l'importo di euro 50.000**, per la parte eccedente, resta invece dovuta l'ordinaria imposta di registro nella misura indicata nella Tariffa allegata al D.P.R. 131/1986, secondo i principi generali che disciplinano l'imposta in questione.

Per le parti che ricorrono alla mediazione

Il Decreto riconosce alle parti un **credito d'imposta** commisurato all'indennità pagata all'organismo di mediazione fino ad un massimo di euro 500. In caso d'insuccesso della mediazione, il credito d'imposta spettante è ridotto della metà.

Il credito d'imposta è utilizzabile unicamente tramite **compensazione** o in **detrazione** di altre imposte e **ne è esclusa la rimborsabilità**.

SANZIONI E SPESE PROCESSUALI

Art. 8 e 13 D.Lgs. 28/2010

Sanzioni

In caso di **mancata partecipazione della parte** al procedimento di mediazione, il giudice (art. 8, comma 4-*bis*) può desumere **argomenti di prova** nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. e condanna la parte costituita che, nei casi di obbligatorietà previsti dall'art. 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una **somma di importo corrispondente al contributo unificato** dovuto per il giudizio.

Spese processuali

Nel caso in cui ad un tentativo di mediazione fallita segua un ordinario processo:

- nel caso di perfetta corrispondenza tra la proposta del mediatore e la sentenza che chiude il giudizio, non solo **la parte vincitrice non potrà recuperare le proprie spese, ma sarà altresì tenuta a corrispondere alla parte soccombente, le spese da quest'ultima sostenute**, oltre a dover versare a favore dell'erario una somma pari all'importo del contributo unificato dovuto per il giudizio;
- nel caso di non perfetta corrispondenza, il **giudice può comunque escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice** per l'indennità corrisposta all'organismo e per la CTM se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni.

LA MEDIAZIONE TELEMATICA

Art. 3, co. 4 D.lgs. 28/2010

La mediazione può svolgersi secondo modalità telematiche previste dal Regolamento dell'organismo di mediazione.

Art. 83, co. 20-bis, D.L. 18/2020 (Decreto Cura Italia), conv. dalla L. 27/2020

Nel periodo di emergenza sanitaria gli incontri di mediazione possono svolgersi in via telematica con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento.

Anche successivamente a tale periodo gli incontri potranno essere svolti, con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento, in via telematica, ai sensi dell'art. 3, co. 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, mediante sistemi di videoconferenza.