

La Nuova **Procedura Civile**

Direttore Scientifico: Luigi Viola

Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile

ISSN 2281-8693

Pubblicazione del 15.6.2015

La Nuova Procedura Civile, 2, 2015

ADMAIORA

Editrice

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Mediazione e Negoziazione assistita. Ambiti di applicazione.

Articolo di **Claudia CARIA**

Guidato dall'intento di semplificare il sistema giurisdizionale, oltre che di deflazionare il contenzioso, il legislatore italiano ha in realtà creato uno scenario confuso all'interno del quale risulta poco agevole, per gli operatori del settore, comprendere e distinguere l'ambito di applicazione dei nuovi strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie: mediazione e negoziazione assistita.

Per entrambe le procedure sono, difatti, previste sia fattispecie di applicazione volontaria che obbligatoria, che si intersecano l'una con l'altra.

La **mediazione** viene definita dall'art.1 del d.lgs. 28/2010 come "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”.

Sono previste per la sua applicazione due fattispecie obbligatorie, entrambe contenute nell’art. 5, la prima al comma 1-*bis*, la seconda, denominata “mediazione giudiziale o delegata”, al comma 2 (**Tab. 1**).

La prima ipotesi individua una serie di materie (condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti bancari e finanziari) per le quali l’esperimento della procedura costituisce condizione di procedibilità dell’agire in giudizio, che deve essere eccepita dal convenuto, oppure rilevata d’ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza.

Nella seconda ipotesi, invece, l’obbligatorietà non dipende dalla materia oggetto del contendere, bensì dalla scelta del giudice che, ritenuta la mediazione quale possibile soluzione per la controversia, intima alle parti di intraprendere tale percorso. A seguito delle modifiche intervenute per opera della l. 98/2013, anche in questo caso il mancato esperimento del tentativo di conciliazione comporta un’improcedibilità della domanda giudiziale, finanche in sede di appello.

L’art. 5, comma 2-*bis*, prevede, a precisazione dell’articolo precedente, che in tutti i casi in cui l’esperimento del procedimento di mediazione costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale, detta condizione “si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza accordo”.

Nelle rimanenti fattispecie, se vertenti su diritti disponibili, le parti possono volontariamente scegliere di rivolgersi ad un mediatore. Sono previsti in tali casi dei meccanismi promozionali, volti ad incentivare le parti a scegliere preliminarmente la via extragiudiziale per la risoluzione dei loro conflitti. Il limite delle sole controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, previsto dall’art. 2, discende dalla natura negoziale dell’istituto, il quale presume che le parti possano liberamente disporre dei diritti controversi, al fine di raggiungere

un accordo su questi ultimi (Cuomo Ulloa, 2013). Siamo in presenza di un diritto disponibile quando le parti possono, attraverso propri atti negoziali, costituire, regolare od estinguere la situazione sostanziale protetta (art. 1321 c.c.).

Oggetto del conflitto deve essere una "pretesa che rientri nella libera disponibilità dei soggetti coinvolti, poiché solo su situazioni giuridiche disponibili si può esercitare propriamente una mediazione del conflitto, finalizzata al conseguimento di una soluzione di compromesso in cui ognuno dei soggetti coinvolti rinuncia a qualcosa a cui ha, o pensa di avere, diritto" (Taruffo, 2004).

La dottrina sostiene che per l'identificazione delle materie sulle quali non è ammessa la mediazione, relative ai diritti indisponibili, sia opportuno riferirsi al "catalogo di fonte normativa e giurisprudenziale dei diritti irrinunciabili e insuscettibili di transazione", come i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.) o i diritti personalissimi (diritto al nome, all'identità, diritti politici, ecc.) o quelli per i quali non è ammessa controversia senza l'intervento del Pubblico Ministero (Piselli, 2015).

Tab.1

Mediazione	
Obbligatoria	Condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti bancari e finanziari
	Giudiziale o delegata
Volontaria	Ipotesi residuali

La **negoziante assistita** consiste, invece, in una procedura basata sulla sottoscrizione, da parte dei confliggenti, di una convenzione di negoziazione (art. 2, d.l. 132/14), mediante la quale le parti convengono di cooperare, in buona fede e lealtà, per risolvere in via amichevole una controversia, vertente su diritti disponibili, tramite l'assistenza degli avvocati.

L'art. 3 sottomette al previo esperimento della procedura di negoziazione, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, i seguenti casi: le controversie aventi per oggetto "una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i cinquantamila euro, salvo che si tratti di controversie relative a materie già soggette a mediazione obbligatoria, ovvero di obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori" e le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti (**Tab. 2**).

In tali casi l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale e la sua disciplina segue quanto già previsto per il tentativo obbligatorio di mediazione. Difatti, l'eccezione di improcedibilità deve essere sollevata dal convenuto, oppure rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza.

Sebbene sotto molti aspetti l'istituto della negoziazione assistita ricalchi la disciplina della mediazione obbligatoria, è però opportuno sottolineare che solo il primo ha un carattere permanente poiché non sono state previste limitazioni temporali. Per le ipotesi di mediazione obbligatoria è, invece, prevista una fase sperimentale della durata di quattro anni, a decorrere dall'entrata in vigore della l. 98/2013, trascorsi i quali il legislatore stabilirà le misure da prendere.

In tutte le ipotesi residuali rispetto alla norma, se vertenti su diritti disponibili, le parti possono volontariamente scegliere di rivolgersi ai loro avvocati per stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Sulla categoria "diritti disponibili", valgono le stesse considerazioni già previste in materia di mediazione.

Si pone, tuttavia, la questione se le controversie risarcitorie che annoverino incapaci di intendere di volere o danneggiati minori possano rientrare o meno nell'ambito di operatività di detto istituto.

Con riferimento alla mediazione, la Direttiva 52/2008 aveva esplicitamente affermato all'ottavo considerando che tal normativa non dovrebbe applicarsi "*ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile*". Da tali affermazioni discende dunque l'esclusione, dalla mediazione, di tutte quelle controversie in cui una parte è impossibilitata a disporre essa sola di un determinato diritto.

Tuttavia taluni autori hanno sostenuto che la negoziazione assistita, diversamente dalla mediazione, rappresenti in realtà una “particolare forma burocratizzata di gestione delle trattative stragiudiziali”, che, dunque, può operare anche nel caso di minori o incapaci di intendere e di volere, purché, in tali casi, siano rispettate le consuete procedure di controllo esterno (ad esempio l’autorizzazione del giudice tutelare) nel caso di accordo transattivo (Bona, 2015).

Tab. 2

Negoziazione assistita	
Obbligatoria	Pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i cinquantamila euro, salvo che si tratti di controversie relative a materie già soggette a mediazione obbligatoria ovvero di obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori
	Risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti
Volontaria	Ipotesi residuali

Quale raccordo tra le due discipline?

La prima fattispecie obbligatoria di negoziazione assistita è talmente ampia e generica “pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i cinquantamila euro”, da comprendere una grossa fetta di contenzioso che già rientrava nelle ipotesi di mediazione obbligatoria. Il legislatore ha così precisato, al primo comma dell’art. 3, che l’obbligatorietà è esclusa in tutti quei casi già previsti dall’art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. 28/2010, ovvero in tutte quelle ipotesi per le quali è previsto il tentativo obbligatorio di mediazione. In altri termini, **la mediazione obbligatoria prevale sulla negoziazione assistita obbligatoria.**

Allo stesso modo, ai sensi dell’arti 3, comma 5, restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione, quali ad esempio quelli previsti per le controversie in materia di telefonia e telecomunicazioni, contratti di sub-fornitura e diritti d’autore.

Questo non significa, tuttavia, che se le parti, anche nelle materie per le quali è previsto il tentativo obbligatorio di mediazione, ritengono che la negoziazione assistita sia uno strumento più adatto per la risoluzione della propria

controversia, esse non possano ricorrervi. I confliggenti potranno difatti scegliere di procedere attraverso la negoziazione assistita e solo nel momento in cui non si addivenisse ad un accordo e, dunque, fosse necessario adire il giudice, dovranno esperire il tentativo di mediazione.

Lo stesso dicasi per la mediazione volontaria, che va a scontrarsi con le ipotesi di obbligatorietà della negoziazione assistita, solo nel caso in cui in tale sede le parti non siano riuscite a raggiungere l'accordo.

Resta, invece, ferma per entrambe l'impossibilità di procedere, seppur per via volontaria, nelle controversie vertenti su diritti indisponibili, come anticipato, e in materia di lavoro.

È opportuno, inoltre, segnalare che le ipotesi previste dall'art. 5, comma 4 del D.lgs. 28/2010 e ricalcate nell'art. 3, comma 3, del D.l. 132/2014 (si tratta dei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 c.p.c.; procedimenti di consulenza tecnica preventiva, di cui all'art. 696-bis; procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, c.p.c.; procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; procedimenti in camera di consiglio; azione civile esercitata nel processo penale) sono escluse dall'ambito della mediazione e della negoziazione assistita obbligatoria, in quanto ritenute non compatibili con una composizione amichevole della controversia. Questa disposizione non è, tuttavia, ostativa ad un eventuale esperimento dell'una o dell'altra procedura in via volontaria.

Queste precisazioni, che possono apparire ovvie, in realtà sono necessarie se partiamo dal presupposto che la scelta dello strumento alternativo non deve essere mossa da intenti "procedurali", ovvero al solo fine di procedere in giudizio, bensì ragionata sulla base delle peculiarità del caso concreto.

Tab. 3

Rapporti Mediazione – Negoziazione assistita		
Condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti bancari e finanziari.	Mediazione obbligatoria	Condizione di procedibilità
Invito del giudice ad esperire il tentativo di mediazione	Mediazione obbligatoria	
Pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i cinquantamila euro, salvo che si tratti: - di controversie relative a materie già soggette a mediazione obbligatoria - di obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori; - speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati (controversie in materia di telefonia e telecomunicazioni; contratti di sub- fornitura; diritti d'autore)	Negoziazione assistita obbligatoria	
Risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti	Negoziazione assistita obbligatoria	
<ul style="list-style-type: none"> - Procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; - nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 c.p.c.; - Procedimenti di consulenza tecnica preventiva, di cui all'art. 696-bis; - Procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, c.p.c. - Procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; - Procedimenti in camera di consiglio; - Azione civile esercitata nel processo penale. 	Mediazione volontaria	
		Negoziazione assistita volontaria
Controversie relative alla separazione personale, cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio; modifica delle condizioni di separazione e divorzio.	Mediazione volontaria	
	Negoziazione assistita volontaria	
Controversie residuali relative a diritti disponibili	Mediazione volontaria	
	Negoziazione assistita volontaria	
Controversie in materia di lavoro	Processo	È escluso l'esperimento di strumenti extragiudiziali
Controversie relative a diritti indisponibili	Processo	

Bibliografia

- Bona M. (2015), *La negoziazione assistita nei sinistri stradali. Come districarci tra negoziazione assistita, mediazione, procedure liquidative e conciliazioni in giudizio nelle controversie per danno alla persona*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna;
- Cuomo Ulloa F. (2013), *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Zanichelli, Bologna;
- Ferraris F. (2013), *La novellata mediazione nelle controversie civili e commerciali; luci e ombre di un procedimento "revitalizzato"*, in *I contratti*, n° 10, pp. 951-964;
- Ferri C. M. (a cura di) (2014), *Manuale della nuova mediazione e conciliazione giudiziale obbligatoria e facoltativa. Con modelli*, Cedam, Padova;
- Giorgetti M. (2015), *Negoziazione assistita*, Giuffrè, Milano;
- Piselli D. (2015), *La negoziazione assistita da avvocato. Commento al decreto legge 132/2014 convertito dalla legge 162/2014*, in www.impresa-societa.com;
- Taruffo M. (2004), *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, in *Ars Interpretandi* n° 9, pp. 97-112;
- Vaccà C (2014), *Negoziare o mediare? La negoziazione assistita dagli avvocati*, in <http://www.consumatoridirittimercato.it/diritti-e-giustizia/negoziare-o-mediare-la-negoziazione-assistita-dagli-avvocati/>;
- Ministero di Giustizia, *Note di commento alla riforma della mediazione civile e commerciale*, L. 9 Agosto 2013, in www.giustizia.it
- Parere concernente *"Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile."* (Delibera consiliare del 9 Ottobre 2014, pervenuta in data 18 Settembre 2014, prot. CSM n. 46733/2014 dal Ministro della Giustizia).

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

ADMAIORA
Editrice