AI SENSI DEL D.M. 140 DEL 13/08/2014

AGGIORNAMENTO PROFESSIONALE 2019

ANACI Regione Veneto

Responsabile Scientifico : Avv. Paolo ALVIGINI

LA MEDIAZIONE E LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA

AVV. ALVISE CECCHINATO
CENTRO STUDI ANACI VENETO

PARLAMO DI …. A.D.R. :

A.D.R.

(acronimo di Alternative Dispute Resolution;
modalità di risoluzione delle controversie “alternative”)

GIURISDIZIONE

(modalità “ordinaria” di risoluzione delle controversie nel nostro ordinamento giuridico;
art. 24 Costituzione: *Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*)

ARBITRATO

MEDIAZIONE, NEGOZIAZIONE ASSISTITA

PROCESSO CIVILE

DIFFERENZA FONDAMENTALE TRA LE A.D.R.:

ARBITRATO	**MEDIAZIONE NEGOZIAZIONE ASSISTITA**
↓sempre↓	↓se le parti si accordano↓
DECISIONE	CONCILIAZIONE
: l'arbitro (come il giudice) pronuncia il lodo (equivale a una sentenza)	: il mediatore/gli avvocati operano per favorire una conciliazione/transazione
> strumento propriamente sostitutivo della giurisdizione	> strumento auspicabilmente deflattivo della giurisdizione
soluzione davvero equivalente al ricorso alla Autorità Giudiziaria	adempimento in pratica preliminare al ricorso all'Autorità Giudiziaria
(infatti: sempre volontario = opzione di convenienza)	(infatti: talvolta obbligatorio = **condizione di procedibilità**)

UN PO' DI STORIA ....

ARBITRATO: **giudizio** (con l'assistenza degli avvocati) **davanti a un Arbitro, che decide**
Codice di Procedura Civile (Regio decreto 28 ottobre 1940, n. 1443) Art. 806. *Controversie arbitrabili. Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge.* ... Art. 807 *Compromesso.* … (ha per oggetto una controversia già sorta) Art. 808 *Clausola compromissoria.* …. (ha per oggetto eventuali future controversie)

MEDIAZIONE: **procedura davanti ad un Mediatore** (con l'assistenza degli Avvocati) **in cui le parti cercano un accordo bonario**
disciplina e obbligatorietà (condizione di procedibilità, in determinati casi, dell'azione giudiziaria) con D.Lgs. 4 marzo **2010**, n. 28, eliminazione con sentenza Corte Costituzionale 24.10-6.12.1012 n. 272, reintroduzione con D.L. 21 giugno **2013** n. 69 convertito con modifiche dalla L. 98/2013, stabilizzazione con D.L. 24 aprile 2017 n. 50 convertito con modifiche dalla L. 96/2017

NEGOZIAZIONE ASSISTITA: **procedura con l'assistenza degli Avvocati** (senza Mediatore) **in cui le parti cercano un accordo bonario**
disciplina e obbligatorietà (condizione di procedibilità, in determinati casi, dell'azione giudiziaria) con D.L. 12 settembre **2014**, n. 132 (convertito, con modifiche, dalla L. 162/2014)

DOVE SONO, CHI SONO ....

GIURISDIZIONE: Giudice di Pace, Tribunale, Corte d'Appello, Corte di Cassazione; Magistrati "togati", per concorso, ma anche Magistrati onorari; il Giudice va scelto secondo le regole di competenza, territoriale e per valore o materia; procedura disciplinata dal c.p.c.

ARBITRATO: Camere Arbitrali (in particolare presso le Camere di Commercio e gli Ordini Professionali), ma non necessariamente; l'Arbitro va nominato secondo le previsioni della clausola compromissoria o del contratto di compromesso; fare l'Arbitro non presuppone requisiti, né una formazione iniziale e periodica (spesso); procedura disciplinata dal c.p.c. (arbitrato rituale) e/o dalla convenzione (arbitrato libero)

MEDIAZIONE: Organismi di Mediazione (costituiti dalle Camere di Commercio, dagli Ordini Professionali, da Enti pubblici o da Enti privati, riconosciuti e controllati dal Ministero della Giustizia); fare il Mediatore presuppone requisiti e una formazione iniziale e periodica); l'Organismo va scelto secondo le regole di competenza territoriale (art. 71 quater, 2° comma, disp. att. c.c.: *La domanda di mediazione in materia condominiale deve essere presentata, a pena di inammissibilità, presso un organismo di mediazione ubicato nella circoscrizione del tribunale nella quale il condominio è situato*); procedura disciplinata dal D.Lgs. 28/10, con poche regole (assistenza dell'Avvocato: obbligatoria)

NEGOZIAZIONE ASSISTITA: ci sono solo le parti, ciascuna con l'Avvocato di fiducia; la procedura è disciplinata dal D.L. 132/14, con pochissime regole, e per il resto rimessa alla convenzione (assistenza dell'Avvocato: essenziale)

OBBLIGATORIETA' QUANDO ?

MEDIAZIONE OBBLIGATORIA

art. 5 comma 1 d.lgs. 28/10 nelle seguenti materie l'espletamento della procedura di mediazione è condizione di procedibilità della domanda in sede giudiziale:

azioni relative a controversie in materia di condominio, **diritti reali**, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante ~~dalla circolazione di veicoli e natanti~~, da responsabilita' medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicita', contratti assicurativi, bancari e finanziari

NEGOZIAZIONE ASSISTITA OBBLIGATORIA

art. 3 d.l. 132/2014 nelle seguenti materie l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda in sede giudiziale:

azioni riguardanti il risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e **domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme, purché non eccedenti 50.000 euro** e non riguardanti controversie assoggettate a mediazione obbligatoria

DAL PUNTO DI VISTA DELL'AMMINISTRATORE DI CONDOMINIO

- talvolta **ARBITRATO**

clausole compromissorie in regolamento condominiale (dubbio sulla ammissibilità)
clausola compromissoria in contratti stipulati
contratto di compromesso (dubbio sulla maggioranza)

- spessissimo **MEDIAZIONE OBBLIGATORIA**

tutte le cause tra Condominio e condomini, in quanto **azioni relative a controversie in materia di condominio**
passive (impugnazione di delibere)
attive (tutela diritti comuni) (però: non per recupero spese condominiali con procedimento per decreto ingiuntivo, e per procedimenti possessori e cautelari, essendovi esenzione dalla condizione di procedibilità in quanto procedimenti di tipo speciale)
anche le cause, attive o passive, tra Condominio e soggetti diversi dai condomini, se rigardano **diritti reali**,
(molto improbabile: divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno da responsabilita' medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicita', contratti assicurativi, bancari e finanziari

- talvolta **NEGOZIAZIONE ASSISTITA OBBLIGATORIA**

le cause, attive o passive, tra Condominio e soggetti diversi dai condomini, se riguardano **domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme, purché non eccedenti 50.000 euro**
(molto improbabile: azioni riguardanti il risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti)

ANALOGIE E DIFFERENZE
TRA MEDIAZIONE E NEGOZIAZIONE ASSISTITA

ANALOGIE:
- entrambe sono procedure in cui dei professionisti operano per favorire un accordo tra le parti (conciliazione / transazione) per definire una controversia
- entrambe sono strumenti deflattivi della giurisdizione (adempimento preliminare al ricorso all'Autorità Giudiziaria, reso obbligatorio in determinate materie, in quanto condizione di procedibilità della causa)
- entrambe sono procedure con obbligatoria l'assistenza tecnica da parte di un avvvocato
- entrambe sono procedure garantite da riservatezza (se non viene raggiunta conciliazione quanto è stato esposto o proposto non compromette nella successiva causa) e incentivate da agevolazioni (fiscali; molto poco significative nella pratica)

DIFFERENZE:
- nella procedura di mediazione c'è l'intervento di un professionista imparziale, appunto il Mediatore (e quindi una spesa ulteriore a quella per l'assistenza dell'avvocato; n.b.: se le parti si limitano al c.d. primo incontro, informativo, sono dovute solo spese vive forfettarie, Euro 48; andando oltre,ossia aprendo la procedura di mediazione in senso proprio, compenso a carico di ciascuna delle parti, come da tariffe proposte dell'Organismo, in genere secondo scaglioni di valore, con maggiorazione se in caso di raggiunta conciliazione)

DUNQUE LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA ....
COME SI DEVE REGOLARE L'AMMINISTRATORE DI CONDOMINIO QUANDO RICEVE L'INVITO A PRESENTARSI PER LA PROCEDURA DI MEDIAZIONE ?

anzitutto, l'art. 71 quater Disposizioni per l'attuazione del codice civile e transitorie prevede, relativamente alla procedura di mediazione obbligatoria in materia condominiale, che

"al procedimento è legittimato a partecipare l'amministratore, previa delibera assembleare da assumere con la maggioranza di cui all'articolo 1136, secondo comma, del codice"

prima questione:
interpretando alla lettera, l'Amministratore, se convocato davanti al Mediatore, per aderire alla procedura dovrebbe avere sempre bisogno della autorizzazione dell'Assemblea, con delibera approvata con la maggioranza qualificata (maggioranza degli intervenuti, che rappresentino almeno cinquecento millesimi), anche se la controversia rientra nelle attribuzioni dell'Amministratore

n.b. liti che rientrano nelle attribuzioni dell'Amministratore, per cui non è necessaria l'autorizzazione dell'Assemblea

- le azioni conservative delle parti comuni: certamente quelle di natura cautelare (azioni possessorie, ossia ricorso per reintegrazione del possesso, e per manutenzione del possesso; azioni di nunciazione, ossia denuncia di nuova opera, o di danno temuto; ricorsi per sequestro; ricorso per provvedimenti d'urgenza), ma anche quelle di merito, ove abbiamo carattere ripristina torio o risarcitorio (ad esempio, l'azione per la demolizione di opere abusive, cfr. Cass. n. 18207/2017, l'azione per la eliminazione di vizi, cfr. Cass. n. 8512/2015)
- la resistenza alle impugnazioni di delibere assembleari (cfr. Cass. 7095/2017)

(a nostro parere, in questi casi – liti che rientrano nelle attribuzioni dell'Amministratore - si può sostenere che non serve l'autorizzazione dell'Assemblea; non risulta ancora giurisprudenza)

inoltre, l'art. 71 quater Disposizioni per l'attuazione del codice civile e transitorie, relativamente alla procedura di mediazione obbligatoria in materia condominiale, prosegue prevedendo che

"*se i termini di comparizione davanti al mediatore non consentono di assumere la delibera di cui al terzo comma, il mediatore dispone, su istanza del condominio, idonea proroga della prima comparizione*"

quindi è un "diritto" ottenere il rinvio (n.b.: per avere modo di convocare una assemblea straordinaria; non in attesa della assemblea ordinaria)

"*la proposta di mediazione deve essere approvata dall'assemblea con la maggioranza di cui all'articolo 1136, secondo comma, del codice*" e che "*se non si raggiunge la predetta maggioranza, la proposta si deve intendere non accettata*"

altra questione:
interpretando alla lettera, l'Amministratore, una volta aderito alla procedura di mediazione, per accettare la proposta eventualmente emersa dovrebbe aver bisogno, come ovvio, della autorizzazione dell'Assemblea, ma sempre con delibera approvata con la maggioranza qualificata (maggioranza degli intervenuti, che rappresentino almeno cinquecento millesimi), la quale a) sarebbe necessaria anche se si tratta di una transazione per cui basterebbe la maggioranza semplice (come quando si fa questione di una pretesa economica molto modesta) e, per converso, b) sarebbe sufficiente anche se si tratta di una transazione per cui occorrerebbe l'unanimità dei consensi (come quando si dispone di diritti reali comuni)
(a nostro parere, si può sostenere che nei casi a) basta la maggioranza semplice, mentre non si può sostenere che nei casi b) non occorre la unanimità)

DUNQUE LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA ....
COME SI DEVE REGOLARE L'AMMINISTRATORE DI CONDOMINIO QUANDO RICEVE L'INVITO A STIPULARE UNA CONVENZIONE DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA ?

convenzione di negoziazione assistita = accordo “mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere, in via amichevole la controversia tramite l’assistenza di avvocati iscritti all’albo”

cosa arriva ? lettera di un legale, firmata anche dalla parte personalmente, con l'esposizione dell'oggetto della controversia, l'invito alla stipula della convenzione, e l'avviso che la mancata risposta all'invito entro 30 giorni dal suo ricevimento ovvero il rifiuto di aderire alla convenzione potranno esser valutati dal giudice in sede di condanna alle spese ed ai fini di cui agli articoli 96 e 642, comma 1, del codice di procedura civile nell'eventuale successivo giudizio civile

orbene: l'art. 71 quater Disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie menziona soltanto la mediazione obbligatoria, e non ci sono previsioni sulla negoziazione assistita
due tesi:
- estensione analogica dell’art. 71 quater (quindi: obbligatoria autorizzazione dell’Assemblea con delibera a maggioranza qualificata, etc etc)
- regole generali

(a nostro parere, valgono le regole generali e occorre la autorizzazione dell’Assemblea; si può sostenere che non serve nei casi di liti che rientrano nelle attribuzioni dell’Amministratore; non risulta ancora giurisprudenza)