

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - 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) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, segreteria del Consiglio Superiore della Magistratura) - Vittorio CORASANITI (Magistrato) - Francesco ELEFANTE (Magistrato) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPAIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Paolo SPAZIANI (Magistrato) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

**IL PRIMO INCONTRO DI MEDIAZIONE NON E' UN MERO
INCONTRO PRELIMINARE**
Una lettura logico-sistematica dell'art. 8 d.lgs. 28.2010

Articolo di **Barbara COCOLA e Giuseppe VALENTI**

Ad un anno dalla sentenza della Consulta che dichiarava incostituzionale l'art. 5 comma 1 del D. Lgs. 28/2010, con il "decreto del Fare" (n° 69 del 21 giugno 2013, convertito nella legge n° 98 del 9 agosto 2013) viene ripristinato l'obbligo del tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, nelle materie elencate dall'articolo 5, comma 1-bis del Decreto 28 del 2010. Le novità introdotte sono tante e sostanziali, ma la più interessante è sicuramente la rivisitazione dell'art. 8 comma 1 del decreto, che secondo una prima lettura dei commentatori darebbe luogo a un "incontro preliminare" tra le parti ed il mediatore, finalizzato ad informare le parti della funzione e delle modalità di svolgimento della procedura ed a verificare l'effettiva possibilità di un accordo.

Invero l'art. 8 comma 1 del D. Lgs. 28/2010 così dispone: "All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello

stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari."

Innanzitutto non solo in alcuna parte del testo si parla di "incontro preliminare" (piuttosto sempre e solo di "primo incontro), ma inoltre tale natura pre limen, cioè di sessione che si esaurisce senza affrontare il merito della controversia, è da escludersi. Ciò perché la descrizione delle attività da svolgersi in tale incontro nel testo in esame è introdotta dall'avverbio "durante", e conclusa con la frase "in caso positivo procede con lo svolgimento".

Secondo le regole ermeneutiche dell'art.12, 1 co. delle preleggi, dovrebbe significare che il primo incontro inizia con l'informativa del mediatore sulla natura e funzione del procedimento e può naturalmente concludersi con l'esame del merito e la conciliazione delle parti. Di conseguenza non è l'incontro ad essere preliminare, ma è "durante" il primo incontro che è individuata una fase di verifica preliminare.

Qual è l'oggetto di questa verifica?

Dalla prima superficiale lettura (data soprattutto dalla vulgata giornalistica) si vorrebbe che, per soddisfare la condizione di procedibilità, le parti debbano verificare con il mediatore l'esistenza di una volontà a priori per "iniziare la procedura di mediazione". Ma una lettura più accurata fa emergere invece contraddizioni e dubbi su tale interpretazione della norma.

E' evidente che, come tutte le procedure, anche quelle più informali, l'avvio si debba verificare con un atto introduttivo di impulso e quindi nel nostro caso con la domanda di cui all'art. 4, domanda che da avvio. Una volta designato il mediatore e fissato il primo incontro è evidente che la procedura è già instaurata, come dimostra il fatto che i termini decorrono dal deposito della domanda (art. 6 comma 2) e che dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce effetti giuridici sulla prescrizione e sulla decadenza (art. 5 comma 6). La frase "Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento", probabilmente motivi eufonici, di cui non sono state calcolate le conseguenze vede un "iniziare" in luogo di un più coerente, anche se allitterante, "procedere" o "proseguire" e in tal senso deve essere letta secondo logica e della ratio in assoluto.

E' poi indispensabile soffermarsi con attenzione sul concetto di "possibilità di iniziare la mediazione", su cui sono chiamati ad esprimersi le parti e i loro avvocati.

Sicuramente questa "possibilità" non è il diritto potestativo delle parti a rifiutare *a priori* di partecipare al tentativo obbligatorio di mediazione. Per quanto infatti si possa immaginare contorto e bizzarro il legislatore decretante, sarebbe perfino contrario al principio di ragionevolezza

ritenere che esso abbia inteso prevedere l'obbligo di un tentativo senza l'obbligo di svolgere in concreto il tentativo medesimo, ma attribuendo invece alle parti un diritto potestativo di sottrarsi a quest'ultimo con la semplice dichiarazione preliminare di rifiuto a tentare la mediazione.

La "possibilità" non sembra dunque potersi annoverare tra le situazioni giuridiche soggettive. Ma cosa avrà mai voluto intendere allora il nostro legislatore nella fattispecie?

Una interpretazione possibile è quella riferita al controllo della regolare costituzione della procedura, nel senso che sarà "impossibile" proseguire se, per esempio, l'avvio non sia stato effettuato dal titolare del diritto dedotto, se qualora la domanda risulti assolutamente "generica" in quanto priva dei requisiti minimi di cui all'art. 4 comma 2 del decreto; o ancora se la costituzione delle parti e la loro individuazione non sia corretta, oppure, nel caso di potenziale litisconsorzio necessario, quando sia indispensabile integrare il contraddittorio per poter proseguire (in particolare, quando, nel caso di accertamento di una situazione giuridica unica per più soggetti, la composizione della lite sarebbe "*inutiliter data*" se alla procedura di mediazione non partecipassero tutte le parti interessate). Etc, etc....

Ecco che allora ha un senso logico la lettura in combinato disposto degli art. 8 comma 1 e 17 comma 5-ter che così dispone: "Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione". E' ovvio che in caso di imperfetta instaurazione della procedura, anche per uno solo dei motivi di cui sopra è stato fornito solo un elenco esemplificativo, sarà necessario "regolarizzare" la situazione e non sarà possibile arrivare ad alcun tipo di accordo (*rectius*: sottoscrizione di un verbale, sia esso negativo, positivo o di mancata adesione. Anche qui l'incompetenza in materia dell'emendante è disarmante...), ma sarà necessario rinviare le parti ad un incontro successivo. E' accettabile dunque che nessun compenso sia dovuto all'esito di un primo incontro nel quale le parti ed i loro avvocati, su invito del mediatore, si limitino ad evidenziare le irregolarità da sanare e non entrino nel merito della controversia, esprimendosi sic et simpliciter, sulla "possibilità" di proseguire. Ed è in questo caso di impedimento obiettivo che il legislatore consente alla parte presente la possibilità di considerare l'opportunità di proseguire nel tentativo, considerando che la mediazione ha tempi stretti decorrenti dal deposito della domanda e, al momento della verifica, potrebbe non esserci più tempo sufficiente per effettuare sanatorie della domanda e/o nuove o ulteriori convocazioni. Sicché è inutile impedire alle parti diligenti l'accesso al giudice.

In questo solo senso è comprensibile la previsione di cui all'art. 5 comma 2-bis del decreto: "Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo", che altrimenti sarebbe previsione ridondante ed inutile, considerato che le parti possono abbandonare il tavolo delle trattative in qualsiasi momento, una volta

iniziata la procedura di mediazione; e come già osservato, la procedura deve considerarsi avviata con il deposito della domanda di mediazione presso l'organismo.

Probabilmente il legislatore ha voluto con questa previsione, premiare la parte diligente che ha avviato o comunque partecipato alla procedura di mediazione nelle materie di cui all'art. 5 comma 1-bis, ma si è trovato di fronte alla mancata partecipazione per qualunque motivo di una delle altre parti che avrebbero dovuto partecipare al primo incontro.

E' ovvio che di fronte all'inerzia deliberata e senza giustificato motivo dell'invitato assente, il giudice dovrà condannarlo, nei casi previsti dall'art. 5, all'importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio, potendo trarre da tale mancata partecipazione anche argomenti di prova, mentre ciò resterà escluso in caso di rinuncia a proseguire per impedimento obiettivo o incolpevole nell'instaurazione della procedura.