

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, 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) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPA - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - 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) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).*

---

## **Mediazione e presenza personale delle parti**

### **Nota all'ordinanza del Tribunale di Firenze, Sezione II, del 19.3.2014**

#### *Contributo di **Alessandra MEI***

Con l'ordinanza in commento, il Giudice - investito di una lite condominiale<sup>1</sup>, avendo rilevato che tra le parti erano intercorsi problemi "comunicativi" all'epoca dell'accordo e che, nonostante i numerosi rinvii concessi, su richiesta dei difensori, perché erano in corso delle trattative volte alla ricerca di un accordo transattivo della controversia senza tuttavia sortire alcun risultato positivo - ritenendo "mediabile" la controversia, ha invitato, ai sensi dell'art. 5 comma 2 d.lgs. 28/10, le parti a rivolgersi ad un organismo di mediazione territorialmente competente<sup>2</sup> alla composizione bonaria del conflitto ovvero ad uno avente sede in luogo diverso da quello ex art. 4 d.lgs. 28/10 purchè concordato dalle parti.

Invero, ai sensi dell'art. 5 comma 2 del suddetto decreto, "il giudice, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità". Il predetto provvedimento tuttavia può essere esercitato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero della discussione della causa. Nella specie, infatti, il giudice ha esercitato il potere di inviare le parti in mediazione nel pieno rispetto di tutti i presupposti per l'esercizio del suddetto.

---

<sup>1</sup> Iniziata nel 2000

<sup>2</sup> Rif. art 4 co. 1 d.lgs. 28/10

Vieppiù, l'ordinanza in esame è particolarmente apprezzabile per aver altresì chiarito, in modo a dir poco brillante, quali sono le funzioni del cd. "primo incontro di mediazione" ex art. 8 co. 1 d.lgs. 28/10<sup>3</sup> e quali sono i presupposti affinché possa ritenersi assolto il cd. tentativo di mediazione, consistente nella presentazione di un'istanza di mediazione ad uno degli organismi aventi sede nel territorio del giudice competente a decidere dell'eventuale giudizio, (nella specie Firenze) nel termine di giorni 15 decorrenti dalla data di ricezione della comunicazione del provvedimento.

Invero, dando una interpretazione sistematica delle disposizioni regolanti il procedimento di mediazione e l'obbligo di esperirlo, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale eventualmente proposta nelle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili nelle materie elencate all'art. 5 bis d.lgs. 28/10 ovvero nella ipotesi di "mediazione delegata dal giudice", come quella di specie, in cui il giudice invita le parti ad esperire la mediazione ai sensi del potere attribuitogli ex art. 5 co. 2 d.lgs. 28/10; il giudicante nella ordinanza in commento ha ritenuto che, affinché possa ritenersi espletato il primo incontro di mediazione è necessario che le parti siano personalmente presenti in mediazione ciò in quanto:

- 1) da un'attenta lettura dell'art. 8 co. 1 terza parte d.lgs. 28/10 (regolante il procedimento di mediazione) si evince da un lato che il cd. primo incontro ha natura informativa dell'istituto, nel quale, in una prima fase, il mediatore informa le parti dei poteri ad esso attribuiti cose che gli avvocati ben sanno sia perchè mediatori di diritto sia perchè anch'essi sono obbligati ad informare<sup>4</sup> i loro clienti all'atto del conferimento dell'incarico professionale, pena l'annullamento del mandato, della possibilità ovvero delle ipotesi di obbligatorietà di poter risolvere i conflitti mediante i sistemi ADR tra i quali la mediazione, pertanto, non avrebbe senso informare soggetti<sup>5</sup> che ben conoscono sia l'istituto della mediazione sia il ruolo del mediatore;
- 2) peraltro, anche da un'attenta lettura dell'art. 5 co 1 bis d.lgs. 28/10, è ragionevole dedurre la necessaria presenza delle parti in mediazione (ancorché queste debbano essere obbligatoriamente assistite da un avvocato iscritto all'albo nella fase mediatrice quando questa sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale, vuoi perchè obbligatoria ex art. 5 co. 1 bis d.lgs 28/10 vuoi perchè delegata dal giudice ex art. 5 co. 2 del predetto decreto) in quanto è la parte a dover esperire il procedimento di mediazione seppur con l'obbligo di farsi assistere dal legale nella intera procedura. L'inciso assistenza, invero, presuppone la compresenza della parte in mediazione, unitamente a quella dei loro avvocati;
- 3) inoltre, ai sensi dell'art. 8 co. 1 d.lgs 28/10, dopo aver ribadito nella seconda parte che "*al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato*" nella terza parte, dopo aver disposto in ordine alla funzione informativa del primo incontro, la stessa disposizione sancisce testualmente che "***Il mediatore, sempre nello stesso primo***

---

<sup>3</sup> Rif. d.l. 69/13 convertito con modifiche dalla legge 98/13.

<sup>4</sup> Rif. art. 4 co. 3 d.lgs. 28/10

<sup>5</sup> Rif. agli avvocati

***incontro, invita poi le parti e i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento.***

Tale ultima disposizione prevede la presenza personale delle parti in mediazione, ancorché assistite dai loro rispettivi avvocati.

Invero, non potrebbe ritenersi diversamente in quanto se la mediazione è una procedura che, mediante la professionalità del mediatore incaricato, mira a riaprire i canali della comunicazione interrottisi per qualsivoglia ragione, l'attività mediatoria se potrebbe prescindere dalla presenza degli avvocati in mediazione<sup>6</sup>, certo non può prescindere dalla presenza personale delle parti dovendo queste risolvere i loro problemi di comunicazione. L'assenza delle parti, rappresentate dai loro difensori, dà vita ad un sistema alternativo al contenzioso diverso da quello della mediazione così definita ex art. 1 let. a) d.lgs. 28/10 che impone, ontologicamente, la presenza personale delle parti nella procedura mediatoria.

Se il primo incontro della mediazione ha una funzione esplicativa delle funzioni della procedura e dei poteri e dei doveri spettanti al mediatore, non avrebbe senso informare persone<sup>7</sup> che ben conoscono l'istituto per le ragioni sopra esposte.

Peraltro, anche il dato letterale di cui all'art. 5 co. 5 bis d.lgs 28/10 che parla di "primo incontro concluso senza l'accordo" presuppone un quid pluris di attività rispetto alla mera informativa suddetta consistente nell'attività finalizzata a verificare se esistono concrete possibilità di addivenire ad un eventuale accordo di conciliazione e dunque la volontà di provarci.

Ridurre l'attività del mediatore e degli avvocati che assistono le parti in mediazione ad un'attività notarile, consistente nella mera presa d'atto della mancata volontà dichiarata dai soli legali delle parti di mediare senza neanche provarci, significa svilire sia le funzioni del professionista designato dall'organismo di mediazione che la ratio dell'istituto. La sola presenza degli avvocati delle parti innanzi al mediatore nella ipotesi di una mediazione delegata dal giudice appare ancora più irragionevole avendo quest'ultimo preventivamente, ai sensi di legge, sondato il terreno sulla mediabilità della controversia tra le parti. Pertanto, queste ultime devono necessariamente essere presenti innanzi al mediatore, assistite dai loro legali.

La scrivente auspica che in molti si ispirino a questa pronuncia e che ad essa né seguano molte altre volte altresì a favorire la cultura della mediazione.

---

<sup>6</sup> Rif. alle ipotesi di mediazione volontaria nelle quali, come chiarito dalla circolare ministeriale del 27.11.13 l'obbligatorietà dell'assistenza legale in mediazione è circoscritta alle sole ipotesi in cui essa è obbligatoria e non anche ai casi in cui il procedimento stragiudiziale sia "volontario".

<sup>7</sup> Rif. agli avvocati.