

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) - 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) - 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).

**IL PRIMO INCONTRO DI MEDIAZIONE:
una interpretazione finalizzata a costituire una "best practice"**

Contributo di Paolo F. CUZZOLA¹

A seguito della reintroduzione della condizione di procedibilità nell'istituto della mediazione civile e commerciale dopo lo stop della Consulta, con il "Decreto del Fare" (n° 69 del 21 giugno 2013, convertito nella legge n° 98 del 9 agosto 2013, il d.lgs. 28/2010 istitutivo dell'istituto giuridico della mediazione civile e commerciale è stato profondamente innovato in alcune sue parti, tanto da andare a ridisegnare alcuni punti salienti del procedimento.

Particolare importanza, ai fini del presente contributo è la rivisitazione dell'art. 8 comma 1 del decreto 28/10, che così ora 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

¹ *Avvocato; Responsabile Scientifico Enti di formazione in materia di Mediazione Civile e Commerciale.*

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."

La novella ha specificato alcune attività che il mediatore deve svolgere nel primo incontro di mediazione, tali adempimenti non erano espressamente specificati nella precedente versione, ma erano solitamente praticati in quanto tipici e congeniti alla procedura, ossia la spiegazione alle parti della "funzione e le modalità di svolgimento della mediazione", nonché l'invito alle parti e ai loro avvocati "a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione".

Tali incombenze sono finalizzate affinché si accerti la corretta instaurazione della procedura, per poi procedere al tentativo.

A suffragio di tale orientamento interpretativo si veda in proposito, l'ordinanza del Tribunale di Firenze del 19.03.2014, nella quale il giudice dott.ssa Luciana Breggia, disponendo il tentativo di mediazione ex officio, precisa che il tentativo di mediazione deve essere "effettivamente avviato e che le parti - anziché limitarsi ad incontrarsi e informarsi, non aderendo poi alla proposta del mediatore di procedere - adempiano effettivamente all'ordine del giudice partecipando alla vera e propria procedura di mediazione, salva l'esistenza di questioni pregiudiziali che ne impediscano la procedibilità"; vedasi pure Tribunale di Firenze, sezione III Civile, N.R.G 2013/15408, Giudice Leonardo Scionti "...le procedure di mediazione ex art. 5, comma 1-bis (ex lege) e comma 2 (su disposizione del giudice) del d.lgs. 28/10 (e succ. mod.), sono da ritenersi ambedue di esperimento obbligatorio, essendo addirittura previsti a pena di improcedibilità dell'azione; che difatti, per espressa volontà del legislatore, il mediatore nel primo incontro chiede alle parti di esprimersi sulla "possibilità" di iniziare la procedura di mediazione, vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all'effettivo esperimento della medesima e non sulla volontà delle parti, dal momento che in tale ultimo caso si tratterebbe, nella sostanza, non di mediazione obbligatoria bensì facoltativa e rimessa alla mera volontà delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale interpretatio abrogans del complessivo dettato normativo e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflativa...".

Una volta che il mediatore ha portato a compimento le verifiche necessarie entra nel merito della controversia e, a mente del comma terzo dello stesso articolo 8, "si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia".

Tale orientamento interpretativo è stato da sempre osteggiato da chi in maniera superficiale e capziosa legge ed interpreta l'articolo secondo la modalità per cui per soddisfare la condizione di procedibilità si debba ivi verificare la sussistenza o meno di una volontà a priori di "iniziare la procedura di mediazione".

Invero, Secondo le regole ermeneutiche dell'art.12, 1 co. delle preleggi, il

primo incontro inizia con l'informativa del mediatore sulla natura e funzione del procedimento, e prosegue con l'esame del merito che può portare alla conciliazione delle parti o al mancato accordo.

L'avvio della procedura di mediazione si ha, ex art. 4 del d.lgs. 28/2010, con il deposito dell'istanza presso l'Organismo di Mediazione, territorialmente competente.

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).

Il periodo "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", riporta un "iniziare" in luogo di un più coerente "procedere" o "proseguire" ma in tale senso deve essere letta secondo logica ermeneutica e ratio normativa.

Quanto alla portata della "possibilità di iniziare la mediazione", su cui sono chiamati ad esprimersi le parti e i loro avvocati, sicuramente questa non è il diritto potestativo delle parti a rifiutare a priori di partecipare al tentativo obbligatorio di mediazione, poiché sarebbe contrario al principio di ragionevolezza ritenere che esso abbia inteso prevedere l'obbligo di un tentativo (art. 5 comma 1, "Chi intende esercitare in giudizio un'azione....è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione") 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.

In tal senso, prof. Lucarelli, "La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti" (Judicium, Saggi, 05.05.2014), "...Si comprende che l'obbligo in quanto tale non ammette una volontà contraria, ma solo limiti derivanti da questioni che attengono alla impossibilità del suo rispetto. La portata della norma, anziché sovvertire il significato dell'obbligatorietà, concede all'interprete un ragionamento coerente e rispettoso dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Se la valutazione sulla mediabilità della controversia è già compiuta astrattamente dal legislatore con riferimento alle materie previste dal primo comma dell'art. 5 d.lgs. 28/2010, e dal giudice ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, è solo dinanzi al mediatore che possono sorgere questioni che limitano oggettivamente la procedibilità, cioè la possibilità di procedere al tentativo di mediazione. Basti pensare alla questioni della competenza, della carenza di rappresentanza, della mancanza di una parte necessaria, al sopraggiungere di fatti che possono limitare la neutralità del mediatore, e a quanto altro richieda ulteriori approfondimenti o attività o attesa e che renda impossibile il procedimento. Nulla a che vedere con la mera volontà delle parti e degli avvocati. Questa è vincolata al tentativo e ciò non può che rispondere ad un principio di effettività del diritto che sancisce l'obbligo o dell'ordine giudiziale: solo l'avvio del procedimento di mediazione è configurabile come adempimento. Eventuali questioni sulla procedibilità risulteranno ostative e dovranno di conseguenza essere previamente affrontate e superate. Anche, eventualmente, dedicando un secondo o successivo incontro al superamento delle stesse....".

Ergo la semplice indagine a priori della volontà delle parti da parte del mediatore, senza lo svolgimento da parte di quest'ultimo dell'attività di cui al comma terzo dello stesso art. 8, non soddisfa la condizione di procedibilità così come prevista dal d. lgs. 28/2010, che prevede "l'esperimento del tentativo" e non una indagine della volontà delle parti.

Peraltro un verbale che riportasse meramente la volontà di entrambe le parti di non esperire il tentativo pregiudiziale di mediazione, legittimerebbe il giudice successivamente adito a rinviare le parti nuovamente in mediazione, al fine di esperire realmente il tentativo, vanificando un simile stratagemma, del cui uso potrebbe anche tener conto ai fini delle spese.

Dal punto di vista del mediatore, invece, il comportamento della parte che avesse aderito solamente per esprimere la propria volontà di non esperire il tentativo di mediazione andrebbe considerato alla stregua della mancata adesione, passibile perciò anche della sanzione di cui all'art. 8 ultimo comma.

Solo in quest'ottica trova una sua ragione della previsione, altrimenti pletorica e accessoria, dell'art. 5 comma 2-bis del decreto novellato: "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".

A sostegno di quanto appena esposto, sempre nella recentissima ordinanza del Tribunale di Firenze del 19 marzo 2014, in occasione di un procedimento di mediazione disposto ai sensi dell'art. 5 comma 2, il giudice dott.ssa Luciana Breggia precisa un importante principio in tema di primo incontro di mediazione, su cui tanto si è dibattuto complice l'ambiguità della formulazione dell'art. 8 del d. lgs. 28/2010, che enuncia le regole del procedimento di mediazione, nonché dell'art. 5 comma 2 bis che prevede che "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". Rileva saggiamente il giudice che "Come si vede le due norme sono formulate in modo ambiguo: nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore e a verificare la volontà di iniziare la mediazione. Tuttavia, nell'art. 5, comma 5 bis, si parla di "primo incontro concluso senza l'accordo". Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di "mancato accordo se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria. A parte le difficoltà di individuare con precisione scientifica il confine tra la fase cd preliminare e la mediazione vera e propria (difficoltà ben nota a chi ha pratica della mediazione), data la non felice formulazione della norma, appare necessario ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE). In tale prospettiva, ritenere che l'ordine del giudice sia osservato quando i difensori si rechino dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione (chiarimenti per i quali i regolamenti degli organismi prevedono tutti un tempo molto limitato), possano dichiarare il rifiuto di procedere oltre, appare una conclusione irrazionale e inaccettabile"....." ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un' inaccettabile dimensione

notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione"... L'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo: 1. dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire ex art. 4 cit., come si è detto; 2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati (v. direttiva europea)"... il giudice ritiene che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, dovendosi dunque affermare la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata".

Tale ordinanza rafforza ulteriormente quella dell'art. 8 comma 3, nel senso che, laddove l'esame della controversia sfoci in un mancato accordo già al primo incontro di mediazione, la condizione di procedibilità deve considerarsi soddisfatta in quanto l'esame nel merito della controversia (solo a seguito di questo infatti si può parlare di accordo o mancato accordo) costituisce esperimento del tentativo di mediazione, considerato che, una volta iniziata la trattativa, le parti possono abbandonare il tavolo in qualsiasi momento.

La circolare ministeriale del 02.12.2013 è intervenuta anche in merito all'attività che deve essere svolta nel primo incontro di mediazione, anche se semplicemente al fine di "giustificare" il discutibile assunto di cui all'art. 17 comma 5 -ter che prevede che "Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione". Dispone infatti la circolare che "... il riferimento al termine "compenso", quale corrispettivo per una prestazione professionale svolta, induce a ritenere che il legislatore abbia voluto fare riferimento unicamente a quella voce dell'indennità complessiva che riguarda le sole spese relative all'attività di mediazione vera e propria... secondo la nuova configurazione del procedimento di mediazione derivante dalla novella del 2013, il primo incontro del procedimento di mediazione dovrebbe essere considerato come momento non ancora inserito nello svolgimento vero e proprio dell'attività di mediazione, come definita dall'art.1, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 28/2010".

In questo contesto, infatti, va tenuto presente quanto dispone l'art. 8 comma 1 del D. Lgs. 28/2010, come modificato dall'art. 84 del decreto legge citato, ed in particolare che: "... 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 ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento". Tale ultima disposizione, recita sempre la circolare, meglio delineando la natura e la funzione del 'primo incontro' rispetto alla 'procedura di mediazione', consente di comprendere la ragione per la quale il legislatore ha previsto che, "nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione": non essendosi svolta vera e propria "attività di mediazione" non si potrà richiedere un compenso che attenga, appunto, ad una attività eventuale e

successiva che avrà modo di essere esercitata solo se le parti intendano procedere oltre". La circolare evidenzia la necessità di esperire, nel primo incontro di mediazione, tutte le attività legate all'analisi delle "questioni preliminari", che certamente non possono intendersi come "attività di mediazione in senso stretto" ma che sono comunque necessarie all'interno di una procedura di mediazione. Purtroppo il nostro interprete, nell'arduo compito di giustificare la disposizione di cui all'art. 17 comma 5 ter, fa un po' di confusione. La spiegazione della funzione e delle modalità di svolgimento della mediazione rientra nel c.d. "discorso introduttivo del mediatore", discorso di apertura della fase iniziale della mediazione che ha il duplice scopo di descrivere le modalità della mediazione e, se vogliamo, di infrangere il clima di imbarazzo e diffidenza tra le parti nei primissimi momenti dell'incontro. Orbene, il discorso del mediatore è tutt'altro che avulso dalla attività di mediazione "in senso stretto", anzi è la prima concreta attività di mediazione svolta dal mediatore che, al di là delle spiegazioni della procedura, tende a creare empatia con le parti e a suscitare in loro la fiducia necessaria ai fini di una soluzione positiva della vicenda oggetto di mediazione. Non è dunque fondato l'assunto dell'autore della circolare, che ritiene che il fondamentale discorso di apertura della sessione congiunta di mediazione, durante il primo incontro, non sia vera e propria attività di mediazione. Vero è invece che solo la disamina delle questioni preliminari ed eventualmente impeditive al proseguimento del procedimento, non rientra nella attività di mediazione in senso stretto. Giova comunque precisare come l'attività svolta dal mediatore nel primo incontro, sia essa attività di mediazione in senso stretto o analisi delle questioni preliminari, sia attività svolta pur sempre da un professionista, e certamente non si tratta di attività di poco conto! Di certo non rientra tra le attività di segreteria (e infatti non è svolta da un dipendente dell'organismo, che non può firmare i verbali di fallita conciliazione), per le quali è previsto il versamento delle c.d. "spese di avvio procedura", e non può non essere considerata attività svolta dal mediatore, in quanto è proprio lui che la svolge. Ma quale attività del mediatore può essere intesa non come attività di mediazione, posto che a svolgerla è il mediatore stesso, nell'ambito di una procedura di mediazione già avviata? Sarebbe opportuno che il legislatore intervenisse per meglio precisare la portata o quanto meno la corretta interpretazione dell'art. 17 comma 5 ter, in modo da evitare letture aberranti in netto contrasto con le finalità del decreto 28/2010. Secondo taluni, infatti, nella nuova configurazione del procedimento di mediazione, la prima fase del primo incontro dovrebbe essere considerata come momento non ancora proprio dell'attività di mediazione, come definita dall'art.1, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 28/2010. La circolare evidenzia quindi la possibilità di esperire, nel primo incontro di mediazione, tutte le attività legate all'analisi delle "questioni preliminari" (analisi che peraltro potrebbe avvenire anche in una fase precedente al primo incontro di mediazione), che certamente non possono intendersi come "attività negoziale in senso stretto" ma che sono comunque necessarie alla procedura per verificarne la procedibilità. Ed è fatale che, nel caso in cui non esistano elementi ostativi alla procedibilità, si passi alla discussione e trattazione negoziale della controversia, entrando specificatamente nel merito della questione e svolgendo così attività di mediazione in senso stretto, sicché la previsione di cui all'art. 17 comma 5 ter non trovi più applicazione.

Infine, anche volendo sostenere che tale interpretazione si debba limitare alla c.d. mediazione delegata dal giudice posto che l'ordinanza più volte citata nel contesto del presente contributo si riferisca esclusivamente al tentativo di mediazione delegata di cui all'art. 5 comma 2 del citato decreto, ove non si fa riferimento ad un semplice e generico invito del Giudice alle parti in causa di esperire un tentativo di conciliazione (lasciando ad esse la decisione in merito alla possibilità o meno di aderirvi) ma piuttosto di un vero e proprio obbligo che non lascia possibilità di scelta, si sottolinea che il procedimento di cui all'art. 8 deve essere considerato come procedura da seguire in tutti i casi di cui all'art. 5, non richiamando l'art. 5 comma 1 bis.

Le parti dovranno dunque necessariamente esperire il procedimento di mediazione, inteso come vera e propria sessione di mediazione, sia esso obbligatorio tanto ai sensi dell'art. 5 comma 1 bis, quanto ai sensi dell'art. 5 comma 2, quanto ai sensi dell'art. 5 comma 5.

A modesto parere dello scrivente solo adottando tale orientamento interpretativo "illuminato" si potrà costituire una prassi virtuosa che si possa consolidare in consuetudine, che permetta agli operatori della mediazione di potere sfruttare al massimo la legge consentendo di potere deflazionare il contenzioso e ottenere una giusta retribuzione per il lavoro svolto.

Bibliografia:

- Ordinanza del Tribunale di Firenze del 19 marzo 2014 – Dr.ssa Luciana Breggia;
- Tribunale di Firenze, sezione III Civile, N.R.G 2013/15408, Dr. Leonardo Scionti
- "La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti" (Judicium, Saggi, 05.05.2014) – Prof.ssa Lucarelli;
- IL PROTOCOLLO DI GESTIONE DELLA PROCEDURA DI MEDIAZIONE - Avv. Barbara Cocola e avv. Giuseppe Valenti