

## RAPPORTI TRA MEDIAZIONE E PROCESSO CIVILE: COME LA GIURISPRUDENZA HA RIDISEGNATO IL PRIMO

### INCONTRO.

-Avv. Paolo F. Cuzzola-

Il rapporto tra mediazione e processo civile deve essere, inquadrato, nella relazione che, in generale, corre tra qualsiasi strumento alternativo di risoluzione dei conflitti e l'aggiudicazione delle controversie da parte del giudice; relazione che non può e non deve essere limitata al concetto di procedibilità, nella nota accezione del rapporto tra procedimento e processo in termini di esclusione, ma che al contrario deve essere opportunamente analizzata in termini di prevenzione.

Ed infatti all'indomani dell'introduzione della mediazione, la prima riflessione giuridica che purtroppo anche oggi risulta accolta da una parte del ceto forense ha affermato che il legislatore ha istituito una sorta di "doppio binario", distinguendo gruppo predeterminato di controversie e la cui esperibilità del tentativo di mediazione è obbligatoria, e quelle per le quali la scelta di ricorrere a questa procedura è rimessa invece alla discrezionalità delle parti.

È finanche evidente che tale interpretazione è oltremodo superficiale e bypassata dall'effettiva ratio dell'istituto per come delineato in ambito europeo. Recentemente, in virtù di cattive prassi, la giurisprudenza di merito è intervenuta e sulla base della cosiddetta prevenzione è stato autorevolmente osservato che il rapporto tra mediazione e processo civile, non si limita ad una relazione "cronologica", necessaria ovvero facoltativa. Esso si traduce anche nel necessario coordinamento tra l'attività svolta avanti al mediatore e quella che ha luogo davanti al giudice.

È a questo punto che è possibile focalizzare la nostra attenzione sul primo incontro di mediazione, poiché dall'effettivo svolgimento dello stesso si snodano i rapporti tra procedimento e processo.

Il primo incontro di mediazione, così come novellato dal Legislatore del 2013, il quale, rinormandolo radicalmente, ne ha mutato funzione e finalità.

Art. 8 comma 1, 5° periodo del D.Lgs 28/2010, novellato dall'Art. 84 della L. 98/2013: *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"*

L'infelice formulazione della norma lascia ampio spazio a questioni riguardano:

1. In cosa consiste questo primo incontro e come deve svolgersi effettivamente per soddisfare la condizione di procedibilità
2. Con la presenza di chi può effettivamente svolgersi
3. Deve svolgersi sempre e comunque?

#### **1. IN COSA CONSISTE IL PRIMO INCONTRO E COME DEVE SVOLGERSI.**

Ci sono due scuole di pensiero **una**, ritiene che nel primo incontro il mediatore si debba attenere a quanto chiesto dalla norma, cioè a *chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione*, ma così facendo non si farebbe altro che ripetere un discorso che la legge vuole sia stato già fatto dagli avvocati ai propri clienti prima di sedersi al tavolo della mediazione (art.4. comma 3); l'**altra**, ritiene che già al primo incontro si debba entrare nel merito della controversia e fare esporre alle parti le loro posizioni iniziali per comprendere se vi siano i margini per una conciliazione amichevole, così si spiegherebbe il comma *2bis* dell'art. 5.

#### ***Possibilità/volontà***

Si è ritenuto da più parti che, nel caso in cui le parti ed i loro avvocati si esprimano in senso negativo sulla possibilità di iniziare la procedura, il Mediatore debba redigere verbale negativo e chiudere il procedimento; in tal caso le parti avrebbero assolto la condizione di procedibilità della domanda giudiziale e potrebbero agire in sede giurisdizionale.

A prima vista tale interpretazione della norma sembrerebbe corretta ma, approfondendone i contenuti e partendo dal tenore letterale della stessa, è possibile giungere a conclusioni di altra e ben diversa, se non

antitetica natura. Partiamo dall'inconfutabile ed inconfutato presupposto in base al quale il mediatore, dopo aver chiarito alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, debba interrogare le stesse ed i loro avvocati al fine di verificare la possibilità di iniziare la procedura di mediazione.

Conseguentemente ed alla luce di una lettura probabilmente non approfondita della norma, si è ritenuto che, all'esito della domanda che il mediatore deve formulare alle parti in merito alla possibilità di iniziare la mediazione, queste ultime possano porre fine al procedimento con una semplice risposta negativa.

Riteniamo tale, peraltro diffusa interpretazione della norma, non condivisibile in quanto assunta sulla scorta di una disamina estremamente superficiale della stessa. La norma parla di "possibilità" e non certamente di "volontà". Lessicalmente, la "possibilità" consiste nella condizione, nella facoltà, nel potere di fare una cosa; è l'eventualità che qualcosa possa accadere o essere fatto; è l'occasione, l'opportunità, la facoltà di fare o ottenere qualcosa.

Quando può non essere "possibile" iniziare la procedura?

A conferma di tale interpretazione vi è il già citato art. 5 comma 2-bis, laddove 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", intende disciplinare una fattispecie che temporalmente, si colloca in una fase immediatamente successiva a quella appena esaminata, ovvero presume che le parti si siano espresse favorevolmente in merito alla possibilità di iniziare la mediazione, che la stessa sia iniziata e che si sia conclusa negativamente nel corso del primo incontro.

In tal caso la condizione di procedibilità della domanda giudiziale si considera assolta!

Da un punto di vista interpretativo occorre, comunque, considerare che il Legislatore, che in un primo momento aveva definito il primo incontro "Incontro di programmazione", in sede di conversione del Decreto del fare lo ha definito semplicemente "Primo incontro". Tale differenza è fondamentale, in quanto vale a far comprendere la reale strutturazione del procedimento, il quale non si scinde in due fasi, quella preliminare e, all'esito della prima, quella successiva, ovvero la mediazione vera e propria; ridenominando il primo incontro,

il Legislatore ha inteso chiarire che la procedura ha inizio già al momento del primo incontro, il quale consta di due fasi: quella prettamente tecnica che prevede che le parti e gli avvocati delle stesse si esprimano in merito alla possibilità di iniziare la procedura, quindi la seconda fase, la quale ha inizio immediatamente dopo e consiste nel vero procedimento di mediazione, la quale, dopo il parere delle parti, può iniziare.

- *Dr.ssa Breggia – Tribunale Firenze: il primo incontro non è una fase estranea alla mediazione. Non avrebbe senso parlare di mancato accordo se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo, ma solo la volontà di iniziare la mediazione.*

## 2. CON LA PRESENZA DI CHI PUO' EFFETTIVAMENTE SVOLGERSI?

La legge più volte prevede la presenza delle parti in mediazione, assistite e non sostituite dall'avvocato. Non prevede esplicite sanzioni in caso di mancata presenza, né vieta l'istituto della rappresentanza, ma dallo spirito dell'istituto deriva la necessità della presenza delle parti interessate direttamente per permettere al mediatore di comunicare con loro, di conoscere le loro posizioni, ma soprattutto gli interessi sottostanti e i bisogni reali.

La giurisprudenza recente ha rimarcato questa necessità e ha considerato non realizzata la condizione di procedibilità quando davanti al mediatore si siano presentati solo gli avvocati.

Con espreso riferimento alla partecipazione personale delle parti il *Tribunale di Vasto* nel sanzionare con l'improcedibilità la domanda posta alla sua cognizione per assenza di effettività nel tentativo di conciliazione ha osservato che " il principale significato della mediazione è proprio il riconoscimento della capacità delle persone di diventare autrici del percorso di soluzione dei conflitti che le coinvolgono".

In questa via il Tribunale di Pavia

*Il giudice invita il mediatore a verbalizzare le eventuali assenze ingiustificate e quale, tra le parti presenti, dichiara di non voler proseguire oltre il primo incontro.*

*considerato che il giudizio sulla mediabilità della controversia è già dato con il presente provvedimento, la mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali delle parti; Giova rilevare che l'art. 5 del D.Lgs. 28/2010 sia al comma 1 che al comma 2 fa riferimento esclusivo alla funzione di*

assistenza del difensore, senza alcun riferimento alla funzione di rappresentanza, presupponendo con questo la necessaria dualità dei soggetti che compongono la parte in un procedimento di mediazione. In mancanza di tale dualità possono derivare conseguenze sia sul regolamento delle spese del giudizio fino ad influire sulla stessa procedibilità della domanda giudiziale;

Invita il mediatore a verbalizzare le eventuali assenze ingiustificate e quale, tra le parti presenti, dichiara di non voler proseguire nella mediazione oltre l'incontro preliminare (Tribunale Pavia, 18 Maggio 2015 Dott. Giorgio Marzocchi).

**La possibilità che la mediazione possa procedere anche in assenza della parte convocata.**

Alla domanda se la mediazione possa procedere anche in assenza della parte convocata si deve dare risposta positiva, non essendovi in contrario dirimenti ostacoli né giuridici né logici.

Dal punto di vista normativo, va dato atto che nel decr.lgsl.28/10 non è previsto alcun divieto in tale senso.

In effetti, di per sé, prevedere che l'attore debba rivolgersi ad un organismo di mediazione prima di potere adire il giudice non dà alcuna garanzia, non solo in merito al successo del tentativo di soluzione stragiudiziale della controversia ma anche, e soprattutto, rispetto all'effettiva partecipazione al procedimento in questione di tutte le controparti. E' intuitivo, infatti, che un potenziale convenuto non ha spesso alcun interesse a collaborare per soddisfare la condizione di procedibilità di una domanda proposta nei suoi confronti e comunque ad investire tempo e denaro per partecipare alla mediazione avanti all'organismo individuato dalla controparte.

Il decreto legislativo n. 28, dunque, sin dalla sua introduzione, contiene uno strumento di coazione indiretta per indurre tutti i controinteressati ad accettare l'invito e presentarsi avanti al mediatore.

Ai sensi dell'art. 8, comma 5, in particolare, dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, comma 2° c. p. c..

### 3. DEVE SVOLGERSI SEMPRE E COMUNQUE?

La confusione può nascere quando la mediazione viene avviata dopo l'introduzione del giudizio. È ancora frequente che le parti si ritrovino in prima udienza davanti al giudice senza aver in precedenza esperito il tentativo di mediazione previsto come condizione di procedibilità dalla legge per quella controversia. In questi casi è il giudice che rinvia in mediazione assegnando 15 giorni di tempo per il deposito dell'istanza presso un organismo di mediazione accreditato al Ministero di giustizia e fissa la successiva udienza oltre i tre mesi previsti dalla legge per la conclusione del procedimento di mediazione (art. 6). Qui siamo sempre nell'ambito dell'art. 5 comma 1 *bis*, quindi mediazione come **condizione di procedibilità *ex lege***.

Altro è il caso di rinvio in mediazione da parte del giudice per la pronuncia sulle istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione nei procedimenti di ingiunzione: è noto che il deposito di ricorso per decreto ingiuntivo non è soggetto a preventiva mediazione obbligatoria; tuttavia, una volta concesso la controparte può fare *opposizione*, quindi il giudice fissa l'udienza per pronunciarsi sull'esecutorietà da attribuire o meno al decreto. In questa sede ritorna l'obbligatorietà del tentativo di mediazione come **condizione di procedibilità** del processo per cui il giudice rinvia l'udienza e assegna alle parti i 15 giorni e i tre mesi per l'esperimento della mediazione.

Diversa è invece l'ipotesi ex art. 5 comma 2, la cd. Mediazione demandata o *ex officio iudicis*. Dice la norma che, anche in sede di appello, ma prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni, valutata la *natura della causa, lo stato dell'istruttoria ed il comportamento delle parti*, il giudice può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione, rendendolo condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Rispetto alla norma originaria che prevedeva un "invito" del Giudice (cd. delegata) adesso se il giudice demanda le parti devono tentare la mediazione. È evidente che in questo caso la valutazione della effettiva

possibilità di raggiungere un accordo amichevole, di evitare la prosecuzione della causa civile e di concludere bonariamente in altra sede è già stata fatta dal giudice che ha deciso di rinviare in mediazione ex art. 5 comma 2. Su questo punto di sono pronunciati diversi giudici di merito giungendo alla conclusione che ove la mediazione sia stata demandata dal giudice ex art. 5 comma 2 il primo incontro va saltato e si entra direttamente in mediazione.

*L'ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore per le informazioni appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolta la valutazione di 'mediabilità' del conflitto;*