

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 09/07/2015**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37211-effettivo-svolgimento-del-primo-incontro-informativo-nella-mediazione-obbligatoria>**

**Autore: Belluardo Serena**

## **Effettivo svolgimento del primo incontro informativo nella mediazione obbligatoria**

## Effettivo svolgimento del primo incontro informativo nella mediazione obbligatoria

Una delle principali novità introdotte dal “Decreto del Fare”(convertito in L. n. 98 del 2013) nel procedimento di mediazione disciplinato dal D.Lgs. n. 28/2010, è sicuramente il “**primo incontro**” informativo o programmatico, previsto dal nuovo art. 8. Quest’ultimo recita nel secondo periodo del comma 1: *“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”*. Già da sola, la lettura di questa norma crea difficoltà interpretative, soprattutto in riferimento al carattere obbligatorio della mediazione reintrodotta sempre con la novella del 2013, in più, se ci avviciniamo ad una *interpretazione sistematica* con altre norme inserite nel decreto legislativo, le difficoltà si moltiplicano. L’altro articolo a cui mi riferisco è l’art. 5 che nel nuovo comma *2bis* dichiara: *“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”*. Le questioni riguardano:

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

Analizzando solo brevemente le prime tre problematiche, mi soffermerò sull’ultima, richiamando a supporto delle mie conclusioni, le recenti pronunce giurisprudenziali in merito.

Riguardo il **punto 1.** ci sono due diverse 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, ma ci sarebbe il rischio che, dopo ore di discussioni, le parti decidano di non entrare in mediazione e di conseguenza di non pagare le spese ed il mediatore avrebbe lavorato totalmente gratis (art. 17, comma *5ter*).

Riguardo il **punto 2**. unico riferimento normativo è il comma *2bis* dell'art. 5, ma si tratta del cane che si morde la coda perché rinvia a un esito negativo di un primo incontro che nessuno sa come deve svolgersi effettivamente. La mancanza dell'accordo al primo incontro deve riguardare la volontà di andare avanti nella mediazione o meglio entrare nella mediazione vera e propria, oppure la volontà di trovare un accordo sulla controversia in quella sede già analizzata e discussa? Se continuiamo a parlare di "volontà" all'ingresso in mediazione, continuiamo a contraddire il carattere obbligatorio stabilito dalla legge.

Riguardo il **punto 3**. 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.

In ultimo, mi soffermerò sul **punto 4**. cercando *in primis*, di chiarire alcune differenze procedurali, ed *in secundis*, di giungere a delle conclusioni ben supportate.

Iniziamo con una semplice distinzione tra le modalità che possono portare le parti in mediazione:

- Mediazione facoltativa per tutti i diritti disponibili (art. 2);
- Mediazione obbligatoria per le materie elencate all'art. 5, comma *1bis* (o *ex lege*);
- Mediazione inserita in clausole contrattuali o negoziale (art. 5, comma 5);
- Mediazione demandata dal giudice o *ex officio iudicis* (art. 5, comma 2).

La confusione può nascere quando la mediazione viene avviata non prima, come dovrebbe essere, ma dopo l'introduzione di un giudizio. Quando si tratta di controversie per le quali la legge prevede la mediazione obbligatoria, la parte, anzi,

l'avvocato diligente, deve preliminarmente tentare una conciliazione davanti al mediatore e solo in caso di esito negativo, depositare l'atto introduttivo del processo civile. Capita spesso invece che la procedura non sia questa o, per lo meno, che non avvenga in quest'ordine. È ancora molto 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 d'ufficio che rinvia in mediazione assegnando 15 giorni 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 1bis, quindi mediazione come **condizione di procedibilità ex lege**.

Altro è il caso di rinvio in mediazione da parte del giudice all'udienza per la pronuncia sulle istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione nei procedimenti d'ingiunzione. Più semplicemente: si fa istanza di *decreto ingiuntivo* per la quale non è prevista la mediazione obbligatoria (art. 5, comma 4, lett.a)), una volta concesso la controparte può fare *opposizione*, quindi il giudice fissa l'udienza per pronunciarsi sulla 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 via per introdurre la mediazione è invece quella prevista dal comma 2 dell'art. 5, detta mediazione **demandata o ex officio iudicis**. Dice la norma che, anche in sede d'appello, ma prima dell'udienza della precisazione delle conclusioni, valutata la *natura della causa, lo stato dell'istruttoria e il comportamento delle parti*, il giudice può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione, rendendolo condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Tralasciando i dibattiti dottrinari e giurisprudenziali su chi abbia la titolarità/legittimità e responsabilità per le conseguenze di avviare il procedimento di mediazione (è prevalente l'opinione che vede l'opponente come obbligato *in primis* ad esperire il tentativo di mediazione, in quanto parte sostanziale del giudizio avviato con l'opposizione), l'equivoco nasce nel non capire che i rinvii in mediazione da parte del giudice in questi casi, non sono da annoverare nella mediazione demandata o *ex officio* prevista dal comma 2, a meno che non sia esplicitamente

indicato, ma semplicemente nella mediazione obbligatoria e condizione di procedibilità *ex comma 1bis*, solo che l'avvio è stato posticipato a questo momento.

Rispetto alla norma originaria che prevedeva un "invito" del giudice (c.d. **mediazione delegata**) alle parti che potevano quindi rifiutare, adesso se il giudice domanda, le parti "devono" tentare la mediazione. Anche in questi casi si parla di **mediazione obbligatoria** e il tentativo diventa **condizione di procedibilità**, ma è una obbligatorietà non derivante dall'oggetto/materia della controversia, ma da una valutazione da parte del giudice.

Le diverse modalità di pervenire in mediazione hanno portato ad una riflessione da parte dei giudici sulla necessità e sulle modalità di svolgimento del **primo incontro**.

Se appare abbastanza chiaro che in caso di mediazione *ex art.2, art. 5 comma 1bis, comma 4 lett.a)* e comma 5, il primo incontro informativo deve svolgersi regolarmente con l'indicazione da parte del mediatore *della funzione e delle modalità di svolgimento della mediazione* e con domanda alle parti di poter o meno entrare nella mediazione vera e propria, la cosa cambia in caso di mediazione demandata dal giudice *ex art. 5, comma 2*.

Qui, è il giudice che, valutata la *natura della causa, lo stato dell'istruttoria e il comportamento delle parti*, le ha rinviate in mediazione, considerando quel tavolo di contrattazione il più idoneo per risolvere la controversia. La valutazione della "mediabilità", sulla concreta ed 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*. Risulta pertanto inutile il discorso iniziale del mediatore, non tanto quello sulla spiegazione dell'istituto e sulla sua procedura, che, anche se dovesse già essere ben chiaro, sia agli avvocati che di riflesso ai loro clienti, è sempre bene ribadire, ma piuttosto la parte successiva riguardante la domanda alle parti di entrare in mediazione.

Su questo punto, si sono pronunciati diversi giudici di merito che adesso indicherò, 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**.

Il primo **Tribunale** ad esprimersi sul punto è stato quello di **Firenze** nel marzo del 2014. Con provvedimento **del 19/3/2014**, il giudice, interpretando

teleologicamente gli articoli del D.Lgs. n. 28/2010, ha chiarito che l'ordine da lui proveniente, si potrà considerare correttamente eseguito e la condizione di procedibilità effettivamente verificata solo se:

1. la mediazione si svolge con la presenza personale delle parti
2. si sia svolta la mediazione vera e propria

Ribadendo la difficoltà di individuare il confine preciso tra fase preliminare e mediazione vera e propria, data la non felice formulazione della norma, bisogna ricostruire la regola avendo presente la *ratio* del legislatore, anche europeo.

A parte i concetti di necessità della presenza personale delle parti, dell'inutilità di un incontro svolto dai soli avvocati, dell'informativa sulla mediazione che può essere data in altri modi e in altre sedi, quello che a noi più interessa per supportare la tesi esposta, sono i punti C, E ed F del provvedimento in cui si dichiara:

*C. 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. La dilazione del processo civile si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti;*

*E. 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 svolto la valutazione di 'mediabilità' del conflitto;*

*F. Nella mediazione disposta dal giudice, viene chiesto alle parti (e ai difensori) di esperire la mediazione e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura mediativa.*

Stessi concetti sono stati ribaditi da altri Tribunali, quali:

- **Trib. di Palermo, ordinanza del 23/7/2014:** "La mediazione *ex officio iudicis* può essere disposta anche per i procedimenti pendenti ... il D.Lgs. n. 28/2010 attribuisce un nuovo potere discrezionale al magistrato, nuova

facoltà processuale, pure per le materie non assoggettate a mediazione obbligatoria ex art. 5, comma 11*bis*, per le quali sussiste già una “presunzione semplice” di opportunità della mediazione. Il giudice non può pretendere che la mediazione sia stata tentata anche oltre il primo incontro, tuttavia può richiedere che in questo primo incontro il tentativo sia stato effettivo. Se si ritiene che ogni parte può impedire fin dall’inizio l’effettivo svolgimento del procedimento di mediazione, ognuno dei partecipanti sarebbe titolare di un diritto potestativo alla chiusura del procedimento e gli altri sarebbero in una posizione di soggezione. Il mediatore, nell’invitare le parti e i loro procuratori a esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura di mediazione, deve verificare se vi siano i presupposti per poter procedere all’effettivo svolgimento della mediazione. Il mediatore non dovrebbe chiedere, come ritenuto da molti, se le parti vogliono andare avanti, non deve verificare la “volontà” delle parti, ma le invita ad esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura. È il mediatore che, tenuto conto di quello che dicono le parti e gli avvocati, valuta se sussiste questa possibilità”.

- **Trib. di Roma, sentenza del 29/9/2014:** “Non risultando avviato il procedimento di mediazione disposto dal giudice ex art. 5, co. 2, D.lgs 28/2010 senza esplicitazione di alcun giustificato motivo, la domanda giudiziale non può che essere dichiarata improcedibile. Tanto in primo grado quanto in appello, il giudice può disporre il tentativo di risoluzione stragiudiziale della controversia dopo aver effettuato una “diagnosi” della lite, che tenga conto della natura di essa, dello stato dell’istruzione e del comportamento delle parti. L’esperimento del tentativo, a questo punto, diviene condizione di procedibilità della domanda. Di qui, inevitabilmente, la declaratoria di improcedibilità ove risulti che il procedimento, senza giustificato motivo, non sia stato instaurato”.
- **Trib. di Monza, ordinanza del 20/10/2014:** “Per mediazione disposta dal giudice deve intendersi un tentativo di mediazione effettivamente avviato, ossia che le parti, anziché limitarsi ad incontrarsi ed informarsi, per poi non aderire alla proposta del mediatore di procedere, adempiano effettivamente all’ordine del giudice partecipando alla vera e propria procedura (auspicabilmente) conciliativa, salvo, naturalmente, l’emergere di questioni pregiudiziali (di natura – pertanto – oggettiva) ostative al suo svolgimento. Una formale e “burocratica” presenza delle parti (o, peggio, dei soli avvocati

delle stesse) volta a soddisfare la condizione di procedibilità della domanda (tramite, ovviamente, formazione di verbale negativo) finirebbe con il trasformarsi in una totale elusione dell'ordine del giudice, il quale avrà già provveduto in prima persona alle valutazioni del caso circa la "mediabilità" della controversia".

- **Trib. di Siracusa ordinanza del 17/1/2015:** " In sede di incontro informativo il mediatore 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, di mediazione non obbligatoria bensì facoltativa e rimessa al mero arbitrio delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale *interpretatio abrogans* del complessivo dettato normativo e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflattiva".
- **Trib. di Siracusa, ordinanza del 23/1/2015:** "Valutata la natura della causa, relativa a diritti disponibili e considerata l'ammissibilità della mediazione c.d. delegata, considerato altresì che nella presente causa è stata esperita C.T.U. e che, pertanto, ciò potrà ulteriormente facilitare l'attività del mediatore; sottolineato che la soluzione conciliativa della controversia eviterà alle parti l'ulteriore aggravamento delle spese del processo, anche in relazione all'eventuale fase di impugnazione, **DISPONE** che le parti, assistite dai rispettivi difensori, promuovano il procedimento di mediazione; evidenzia la necessità che al primo incontro l'attività di mediazione sia *concretamente* espletata; invita il mediatore ad avanzare proposta conciliativa, pur in assenza di congiunta richiesta delle parti ex art. 11, co. 1 d.lgs. 28/2010 e rammenta che il mancato, effettivo esperimento della suddetta procedura è sanzionato a pena di improcedibilità della domanda".
- **Trib. di Monza, ordinanza del 28/1/2015:** "La mediazione disposta dal giudice (art. 5, comma 2) è condizione di procedibilità della domanda e per essere soddisfatta è necessario che le parti si presentino personalmente avanti al mediatore, assistite dai propri legali e che partecipino all'incontro di mediazione e non solo alla sessione informativa".
- **Trib. di Pavia, ordinanza del 9/3/2015:** "Ritenuto opportuno ordinare il tentativo di mediazione e ritenuto che questo non possa considerarsi una mera formalità da assolversi con la partecipazione dei soli difensori all'incontro preliminare informativo, già a conoscenza del contenuto e delle

finalità della procedura di mediazione, è al contrario necessaria la presenza delle parti personalmente che all'interpello del mediatore esprimano la loro volontà di proseguire nella procedura di mediazione oltre l'incontro preliminare. Considerato che il giudizio sulla mediabilità della controversia è già dato col presente provvedimento, la mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali. Si invita il mediatore a verbalizzare quale tra le parti che partecipano all'incontro dichiarino di non voler proseguire nella mediazione oltre il primo incontro".

- **Trib. di Vasto, sentenza del 9/3/2015:** "In corso di causa il giudice istruttore disponeva l'esperimento del procedimento di mediazione, ex art. 5, comma 2, le parti si sono presentate personalmente, ma la parte convenuta non ha prestato il proprio consenso al relativo espletamento. L'ipotesi che la condizione di procedibilità si verifichi con il solo incontro tra avvocati e mediatore per le informazioni appare irrazionale nella mediazione disposta dal giudice perché in tal caso si presuppone che il giudice abbia già svolto la valutazione sulla "mediabilità" del conflitto. Il mediatore dovrà attivarsi per procurare l'incontro personale tra i litiganti, anche con un rinvio del primo incontro, ammettendo la rappresentanza della parte solo per il caso di assoluto impedimento a comparire".
- **Trib. di Pavia, ordinanza del 18/5/2015:** "Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo rigetta l'istanza di provvisoria esecuzione del decreto e ritiene opportuno disporre l'espletamento del procedimento di mediazione ex art. 5, comma 2, disponendo l'onere dell'avvio a carico della Banca opposta, avvisando le parti che devono essere presenti personalmente, assistite dai loro legali, che il giudizio sulla mediabilità della controversia è già dato con il presente provvedimento, per cui la mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli difensori. Si invita il mediatore a verbalizzare le eventuali assenze ingiustificate e quale tra le parti presenti dichiarino di non voler proseguire oltre l'incontro informativo".

Dalla lettura di queste recenti pronunce giurisprudenziali si convalida la posizione di chi sostiene che, nei soli casi di mediazione delegata ex art. 5, comma 2, il primo incontro non può fermarsi alla sola fase informativa, ma deve andare oltre e entrare nel merito della controversia, cercando effettivamente una conciliazione amichevole. Arrivare a dichiarare che l'incontro informativo vada saltato, a mio

parere, risulta eccessivo, per cui la fase informativa va comunque fatta anche solamente per ricordare e ribadire notizie e concetti che, sia gli avvocati che le parti già conoscono. Dopo si può andare oltre, verificare anzitutto la legittimità delle posizioni, la competenza, il litisconsorzio e tutte le questioni preliminari che potrebbero rappresentare un impedimento, per poi passare alla mediazione e negoziazione della controversia vera e propria. Facendo ciò, però, non possiamo permettere che a fine incontro le parti dichiarino di non voler andare oltre e sostengano di non dover pagare le spese di mediazione in quanto non hanno raggiunto l'accordo: il lavoro del mediatore è stato svolto e deve essere ricompensato.

È bene quindi chiarire sin dall'inizio di che tipo di mediazione si tratta, ricordare che, se comma 2, il giudizio di mediabilità è già stato fatto dal giudice e che tornare davanti a lui solo con un verbale di primo incontro informativo negativo, potrebbe non essere considerato sufficiente per assolvere la condizione di procedibilità oltre che un affronto al suo precedente giudizio e ordine, quindi rischierebbero un ritorno in mediazione, con apertura di un nuovo procedimento e nuove spese di avvio, con una valutazione negativa del loro comportamento ai fini delle spese processuali.

Di contro, dichiarare immediatamente aperta la mediazione in quanto ordinata dal giudice saltando la fase informativa e la formulazione della domanda sulla possibilità di entrare in mediazione, chiedendo immediatamente il pagamento delle spese senza giustificazioni, potrebbe facilmente trovare contestazione da parte degli avvocati che assistono le parti, dato che un indirizzo giurisprudenziale non ha comunque valore di legge.

Così come eccessivo, a mio parere, sarebbe attribuire direttamente al mediatore il potere di decidere il "da farsi" come previsto dal giudice di Palermo. È vero che bisogna analizzare insieme la controversia, verificare la regolarità delle fasi precedenti, affrontare le questioni preliminari di competenza, poteri e legittimazione, per poi valutare la "possibilità" e non la "volontà" di entrare in mediazione, ma addirittura superare un eventuale parere negativo di parti e avvocati con un diritto potestativo del mediatore non direttamente attribuitogli dalla legge e un suo "ordine" di entrare in mediazione, sarebbe forse fonte di responsabilità professionale.

Sempre che il Regolamento dell'Organismo di mediazione non preveda esplicitamente questa modalità operativa o richiami come acquisita l'opinione

giurisprudenziale analizzata precedentemente, quindi direttamente applicata al suo interno, la via più corretta, secondo me, è sempre quella della più ampia e completa informazione, chiarezza e trasparenza.

Al primo incontro è bene: ricordare alle parti presenti la procedura ordinaria prevista dalla legge e le eccezioni possibili; leggere insieme l'ordinanza del giudice per capire con che modalità e in base a quale norma sono stati inviati in mediazione; spiegare che in caso di mediazione demandata il giudizio di mediabilità è già stato fatto dal magistrato che non gradirà di certo un incontro infruttifero e un ritorno immotivato davanti a lui; ribadire che il giudizio sulla procedibilità o meno della domanda giudiziale dipenderà dalla valutazione del giudice sul comportamento delle parti in mediazione e in ultimo, restituire alle stesse l'ultima parola, chiedere esplicitamente a loro se dover andare avanti o fermarsi lì, ricordando che quanto dichiareranno sarà messo a verbale che si aggiungerà agli atti del processo.

Fatto ciò, il mediatore avrà sicuramente svolto diligentemente il suo ruolo, avrà dimostrato competenza, professionalità, disponibilità al dialogo e conoscenza approfondita dalla legge e della giurisprudenza a riguardo, senza mai oltrepassare i confini stabiliti dalla normativa, né abusare dei poteri che gli vengono attribuiti. Solo così le parti ed i loro avvocati potranno coscientemente decidere cosa fare e subirne consapevolmente le conseguenze.

Avv. Serena Belluardo