

LA MEDIAZIONE FORZATA

Sia con riferimento alle materie per le quali il procedimento di mediazione è obbligatorio e, quindi, costituisce condizione di procedibilità rispetto alla domanda giudiziale e sia con riguardo alle ipotesi di mediazione delegata dal giudice, si sta affermando una certa giurisprudenza che tende ad imporre oltremodo la mediazione mediante un'eccessiva formalizzazione della procedura che condiziona la volontà delle parti e porta ad una palese lesione del diritto di difesa.

La normativa per le due ipotesi della mediazione obbligatoria e della mediazione delegata è fissata nell'art. 5 comma 1 bis e comma 2 del decreto legislativo 04.03.2010 n.28.

L'art.5 comma 1-bis del d.lgs. n.28/2010 prevede che chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione (mediazione obbligatoria).

L'art.5 comma 2 del d.lgs. n.28/2010 stabilisce altresì che, fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4 per i casi in cui è esclusa la mediazione, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, possa disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di

cui all'articolo 6 del d.lgs. n.28/2010 (tre mesi) e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione (mediazione delegata dal giudice).

La previsione dell'obbligatorietà, imposta dalla norma dell'art.5 comma 1 bis del d.lgs. n.28/2010 così come reintrodotta a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale che con sentenza n.272 del 06.12.2012 (1) aveva in precedenza dichiarato la illegittimità costituzionale della stessa disposizione contenuta nell'art.5 comma 1 dello stesso decreto legislativo, impone solo ed esclusivamente l'introduzione e l'espletamento del procedimento di mediazione prima di intraprendere l'azione giudiziale. In tal senso la mediazione è posta dalla norma come condizione di procedibilità.

Lo stesso dicasi per quanto disposto dal comma 2 dell'art.5 del d.lgs. n.28/2010 a proposito della mediazione delegata dal giudice (2).

Va evidenziato che quest'ultima disposizione, nell'ultima formulazione, ha trasformato quello che era l'invito del giudice ad intraprendere il procedimento di mediazione cui le parti avevano facoltà di aderire o meno, in un vero e proprio ordine così configurando la mediazione delegata quale condizione di procedibilità anche in questo caso.

Sul presupposto della previsione di cui all'art. 8 comma 1 del d.lgs. n.28/2010 in virtù della quale *“al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato”*, si sta affermando nella giurisprudenza di merito un orientamento che tende a considerare la mancata partecipazione delle parti al primo incontro di mediazione rilevante ed addirittura vincolante ai fini della procedibilità della successiva domanda giudiziale.

Non solo, come vedremo più avanti, questa parte della giurisprudenza di merito tende ad imporre che il procedimento di mediazione venga

“*effettivamente*” svolto.

In altri termini, contrariamente a quanto previsto dalle disposizioni legislative, alcuni giudici di merito ritengono che la condizione di procedibilità ai fini dell’instaurazione del giudizio di cognizione non è solo quella di avviare e di tentare il procedimento di mediazione.

Le varie pronunce di merito hanno portato alla artificiosa elaborazione di una mediazione, obbligatoria o delegata, che, ai fini della instaurazione della domanda giudiziale, impone tre condizioni di procedibilità:

- 1) l’avvio del procedimento;
- 2) la comparizione personale delle parti sin dal primo incontro;
- 3) l’effettivo esperimento del tentativo di mediazione.

In tal modo, alcuni giudici, di fatto imponendo questa serie di ulteriori condizioni di procedibilità (non previste dalla legge), rendono la mediazione non solo obbligatoria ma anche “*forzata*” pretendendo che non solo le parti compaiano personalmente al relativo procedimento ma addirittura esperiscano “*effettivamente*” il tentativo.

Questo preteso esperimento “*effettivo*” del tentativo di mediazione di fatto sta aprendo la strada per imporre il procedimento oltre il primo incontro.

Questo filone innovativo della giurisprudenza di merito, tende a coartare la volontà delle parti costrette ad entrare nella fase successiva della mediazione sostenendo, loro malgrado, conseguenti ulteriori esborsi e vanificando strategie difensive magari fondate per l’attuazione piena dei loro diritti in sede di cognizione ordinaria.

Dal tentativo che contraddistingue il primo incontro in mediazione si passa all’imposizione di un obbligo, assolutamente non contemplato dalla norma di entrare nel merito, così maturando, l’organismo di mediazione, oltre alle spese di avvio anche l’indennità di mediazione.

Trattasi di un'interpretazione evidentemente forzata e fondata su stravaganti interpretazioni dirette a sostituire ed ad ampliare il dettato normativo, spesso sconfinando in ragioni di contenuto "politico" sulle scelte del legislatore.

Punto di partenza di questo orientamento dei giudici di merito è una sconvolgente sentenza resa dal Tribunale di Pistoia in data 25.02.2015.

Il giudice del Tribunale di Pistoia ha dichiarato, con sentenza, la improcedibilità della domanda in una fattispecie in cui, pur essendo stato introdotto il procedimento di mediazione, la parte non è comparsa personalmente al primo incontro.

E' stata proposta una impugnazione di delibera condominiale ed il condominio, costituendosi in giudizio, h eccepito, tra l'altro, il mancato esperimento del procedimento di mediazione, condizione di procedibilità, nel caso di specie, vertendosi in materia condominiale.

Il giudice d'ufficio alla prima udienza ha rilevato il mancato esperimento del tentativo di mediazione obbligatoria ante causam ed ha concesso termine alle parti per la presentazione della domanda ai sensi dell'art. 5 comma 1 bis del decreto legislativo 28/2010.

Parte attrice ha provveduto al deposito dell'istanza di mediazione e, dopo il primo incontro cui ha partecipato il solo legale, il procedimento si è concluso con verbale negativo che è stato prodotto in giudizio.

Il Tribunale di Pistoia ha dichiarato improcedibile la domanda di parte attrice – volta all'annullamento di una delibera condominiale – per non essersi la stessa presentata personalmente al tentativo di mediazione, ma solamente tramite un sostituto del suo procuratore.

Per tale motivo, secondo questo giudice, è venuta meno la condizione di procedibilità della

domanda giudiziale ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010.

Il Tribunale ha affermato che la parte avente interesse ad assolvere la condizione di procedibilità (in questo caso l'attrice), ha l'onere di partecipare all'iter davanti al mediatore, contemplando il suddetto art. 5 D.Lgs. n. 28/2010 la sola funzione di assistenza del legale, e non di rappresentanza della parte.

Per la mediazione obbligatoria da svolgersi prima del giudizio ex art. 5, co. 1 bis d.lgs. 28/2010, il Tribunale di Pistoia ha ritenuto sia necessario che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata (3).

Per la mancata partecipazione della parte attrice, senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione questa è stata condannata al versamento all'entrata al bilancio dello Stato dell'importo del contributo unificato con soccombenza riguardo alle spese processuali.

La pronuncia sulla improcedibilità ha precluso l'esame del merito della domanda giudiziale ed ha frustato oltremodo i diritti della parte attrice che in ogni caso ha intrapreso il procedimento di mediazione pur non comparendo di persona al primo incontro.

Appare oltremodo spropositata la declaratoria della improcedibilità che di fatto è stata pronunciata non per il mancato esperimento del procedimento di mediazione, ma per la mancata partecipazione personale della parte al primo incontro anche se, per tale espressa ipotesi, è prevista la sola "*sanzione*" di cui all'art.8 comma 4 bis del d.lgs. n.28/2010.

Invero la sentenza del Tribunale di Pistoia del 25.02.2015 appare radicale ed eccessiva ma non è unica rispetto ad altre pronunce che hanno seguito

le medesime argomentazioni pur giungendo a diversi esiti giudiziali meno gravosi.

Il Tribunale di Firenze sin dal 2014, ad esempio, aveva anche espresso un'altra forzata interpretazione della mediazione come condizione di procedibilità affermando che il primo incontro nel quale le parti si limitino ad esprimere la volontà di non dar seguito al procedimento di mediazione, non consentirebbe di ritenere ritualmente effettuato il tentativo di mediazione, con conseguente improcedibilità di tutte le domande da proporre in giudizio.

In particolare, il Tribunale di Firenze, con la ordinanza del 17 marzo 2014, con riferimento allo svolgimento del procedimento di mediazione, introduceva il criterio della c.d. "effettività" del primo incontro di mediazione.

L'ordinanza è estesa sia all'ipotesi di mediazione obbligatoria che a quella di mediazione delegata che, come detto, è oggi anche obbligatoria e costituisce una condizione di procedibilità dell'azione. Per il giudice del Tribunale di Firenze, infatti, il legislatore non ha inteso configurare modelli procedimentali differenti in funzione del fatto che la mediazione consegua alla (necessaria) iniziativa della parte che intenda proporre una domanda nelle materie di cui all'art. 5, comma 1 – bis, ovvero che sia demandata, in primo grado o in appello, dal giudice *ex art. 5, comma 2*.

Muovendo dalla premessa secondo cui 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 conciliativa, salvo, naturalmente, l'emergere di questioni pregiudiziali ostative al suo svolgimento, nell'ordinanza 17 marzo 2014, in particolare, si prospetta espressamente un'assimilazione, quanto al profilo dell'effettivo esperimento del tentativo, tra

mediazione delegata e mediazione *ex lege* ai sensi dell'art. 5, co. 1 – bis.

Secondo il Tribunale di Firenze, in entrambe le ipotesi, il primo incontro presuppone sempre che il mediatore verifichi che le parti si esprimano sulla eventuale sussistenza di impedimenti all'esperimento del tentativo non spettando alle parti di non proseguire perché in tal caso la mediazione risulterebbe non obbligatoria ma facoltativa essendo rimessa alla volontà delle parti medesime con una interpretazione che andrebbe a violare il dettato normativo con dispersione della sua finalità deflattiva (4).

Le parti sono state invitate a intraprendere nuovamente il procedimento di mediazione, considerato iniziato e non concluso dal giudice del Tribunale di Firenze.

Sempre il Tribunale di Firenze con ordinanza del 26.11.14, si è occupato di un'altra fattispecie in cui, alla prima udienza successiva al procedimento di mediazione, emergendo dal verbale reso dinanzi all'organismo di mediazione che la parte attrice non era comparsa personalmente ma a mezzo di un sostituto del suo difensore, è stato rilevato che il procedimento di mediazione non risultava effettivamente espletato e che, quindi, la domanda era improcedibile ai sensi dell'art.5 comma 1 bis del d.lgs. n.28/2010 (5).

Il giudice ha disposto nuovamente l'esperimento della mediazione precisando che per "*mediazione*" si intende che il tentativo di mediazione sia effettivamente avviato e che le parti – anziché limitarsi ad incontrarsi e informarsi, non aderendo poi alla proposta del mediatore di procedere – adempiano effettivamente partecipando alla vera e propria procedura di mediazione.

In quest'ultima fattispecie, il Tribunale di Firenze ha concesso alle parti "*una seconda possibilità*" per esperire la mediazione che, invece, come si è visto innanzi, il Tribunale di Pistoia con

la sentenza del 25.02.2015 non ha accordato dichiarando la improcedibilità della domanda.

Ma anche il Tribunale di Firenze con sentenza del 15.10.2015, è pervenuto alla stessa conclusione della sopra richiamata sentenza del Tribunale di Pistoia dichiarando la improcedibilità delle domande sulla base, però, non della mancata partecipazione personale delle parti al procedimento di mediazione bensì sulla mancanza di effettività del tentativo.

In una causa civile avente ad oggetto un'opposizione a decreto ingiuntivo in materia bancaria, dopo la concessione della provvisoria esecuzione, il giudice del Tribunale di Firenze ha disposto che le parti esperissero il procedimento di mediazione obbligatorio *ex lege*.

Alla successiva udienza è emerso dal verbale reso dall'organismo di mediazione prodotto in atti che le parti presenti al primo incontro avevano dato atto che “*allo stato non sussistono i presupposti per poter dare avvio al procedimento di mediazione*” senza fornire idonea, specifica e motivata giustificazione al mancato avvio di un effettivo tentativo di mediazione.

Ritenuta la causa matura per la decisione, il giudice ha rinviato le parti all'udienza di discussione e artt. 281 *sexies c.c.*.

Come detto, il Tribunale di Firenze, riprendendo le medesime argomentazioni svolte nell'ordinanza del 17 marzo del 2014 dello stesso Tribunale, ha dichiarato improcedibili sia la domanda principale che la domanda riconvenzionale compensando le spese di lite (6).

Sulla scia dell'orientamento fiorentino, anche il Tribunale di Palermo con ordinanza del 23.12.2016, ribadito il principio secondo il quale nel corso della procedura di mediazione è obbligatoria la presenza personale delle parti a nulla valendo quella degli avvocati, benchè muniti di procura speciale, per ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità, atteso che lo stesso art. 5 del D.Lgs. n.

28/2010, fa riferimento soltanto alla funzione di assistenza del difensore e non anche a quella di rappresentanza, dando quindi, da un lato, per presupposta la presenza degli assistiti e, dall'altro, per scontato che la parte ed il difensore siano due soggetti diversi, ha dichiarato la improcedibilità della domanda.

Il giudice del Tribunale di Palermo non ammette che le parti possano manifestare una volontà contraria alla mediazione perché in tal modo vi sarebbe un “*aborto legale*” della mediazione ed ognuno dei partecipanti sarebbe titolare di un diritto potestativo alla chiusura del procedimento e gli altri sarebbero tutti in una posizione di soggezione.

Il giudice entra in valutazioni di carattere politico ed economico asserendo che è da credere che tale diritto potestativo verrebbe spesso esercitato se sol si considera che, come accennato, è stato aggiunto il comma 5 ter dell'art. 17 del D.Lgs. n. 28/2010, secondo cui nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione.

E poi afferma che, tuttavia, una corretta interpretazione dell'ordito normativo (in linea con la ratio della direttiva europea – ed è noto che gli operatori nazionali sono tenuti, secondo la Corte di Giustizia UE, a tentare un'interpretazione delle disposizioni nazionali conforme alle norme europee – che mira ad agevolare il più possibile la soluzione delle controversie in modo alternativo a quello giudiziario) esige che il mediatore, nell'invitare le parti e i loro procuratori a esprimersi sulla “*possibilità*” di iniziare la procedura di mediazione, debba verificare se vi siano i presupposti per poter procedere nell'effettivo svolgimento della mediazione.

Tali presupposti sono, ad esempio, l'esistenza di una delibera che autorizza l'amministratore di condominio a stare in mediazione (così come previsto dalla L. n. 220/2012) o l'esistenza di un'autorizzazione del giudice tutelare se a partecipare alla mediazione

deve anche essere un minore ovvero la presenza di tutti i litisconsorti necessari.

Secondo il Tribunale di Palermo, la declaratoria di improcedibilità avviene con ordinanza e determina un nuovo invio delle parti in mediazione (se il giudice non ha ancora rilevato l'improcedibilità e non ha già disposto l'invio delle parti in mediazione) o con sentenza (se le parti sono già state inviate in mediazione dal giudice per mancato previo espletamento della mediazione *ex lege* o per mancato svolgimento della mediazione *ex officio iudicis*).

La motivazione della sentenza del Tribunale di Palermo si fa più contorta e precisa, più specificamente, che, inviate le parti in mediazione, il giudice dovrà dichiarare l'improcedibilità della domanda se non compare personalmente l'istante cui andrà pure comminata la sanzione per mancata ingiustificata comparizione.

Analogamente, se non compare personalmente in mediazione il chiamato, la detta sanzione andrà applicata a quest'ultimo, senza alcuna conseguenza relativamente alla procedibilità della domanda se l'istante è comparso.

Se però l'istante sia presente personalmente ed intenda procedere oltre l'incontro informativo e sia la parte convocata (il convenuto nella causa) a dichiarare l'impossibilità di proseguire oltre il primo incontro, allora, sempre che sussista la relativa verbalizzazione, non vi sarà l'improcedibilità della causa, bensì, ove il diniego non risulti giustificato, la possibile applicazione a carico del convocato/convenuto delle sanzioni.

Nel caso di specie, esaminato dal Tribunale di Palermo, è stato l'attore a comparire personalmente in mediazione assistito dai suoi difensori, mentre i convenuti erano rappresentati da un avvocato. Ne è conseguito che è rimasta priva di giustificato motivo la mancata partecipazione personale dei convenuti al procedimento di mediazione.

Ne è derivata l'applicazione di quanto disposto dal comma 4 *bis* dell'art. 8 del d.lgs. n. 28/2010, a mente del quale *“il giudice condanna la parte costituita che (...) non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio”*.

Il Giudice del Tribunale di Palermo ha condannato i convenuti, che non sono comparsi personalmente al procedimento di mediazione senza addurre giustificato motivo, al versamento in favore dell'Erario della somma pari al contributo unificato, ammettendo i mezzi istruttori ed il prosieguo del giudizio.

Un'altra pronuncia nel solco della giurisprudenza sinora richiamata è stata adottata dal Tribunale di Reggio Emilia con ordinanza del 26.04.2017 nella quale il giudice ha disposto l'esperimento del procedimento di mediazione precisando che per *“mediazione disposta dal Giudice”* si intende che il tentativo di mediazione sia 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 (8).

La Corte d'Appello di Milano con sentenza del 10.05.2017 ha ribadito che al primo incontro di mediazione delegata le parti non possono limitarsi a dichiarare davanti al mediatore di non voler proseguire nel merito, relegando la mediazione ad un mero adempimento burocratico, pena il mancato assolvimento della condizione di procedibilità ex art. 5 comma 2 d. lgs. 28/2010 e la conseguente improcedibilità del giudizio pendente. La Corte ha anche affermato che il ruolo del mediatore non si deve limitare ad una semplice e sbrigativa verbalizzazione del rifiuto delle parti ma che, a norma dell'art. 8 d. lgs. 28/2010, deve verificare se in concreto vi sia la possibilità di svolgere una mediazione effettiva (9).

Il Tribunale di Roma con ordinanza del 05.10.2017 ha stabilito che, nel caso di mediazione delegata dal Giudice, le parti devono partecipare personalmente – non essendo sufficiente la sola presenza dell’avvocato, seppur munito di procura - e ha addirittura previsto che le stesse debbano proseguire oltre la prima sessione informativa.

Il giudice del Tribunale di Roma aggiunge un’ulteriore condizione di procedibilità imponendo alle parti di non limitarsi al primo incontro informativo in mediazione con ogni conseguente esborso maturando l’indennità del mediatore (10).

Nel caso di specie, il giudice del Tribunale di Roma ha anche formulato alle parti una proposta ex art.185 bis c.p.c..

In ultimo segnale un’ordinanza del Tribunale di Bergamo con ordinanza del 19.01.2018 nella quale, esperito il procedimento di mediazione, sulla eccezione di improcedibilità sollevata dalla parte convenuta in considerazione della circostanza che l’attrice non aveva partecipato personalmente al procedimento, rifacendosi all’orientamento giurisprudenziale citato, ha mandato le parti ad intraprendere nuovamente il procedimento di mediazione (11).

Questa tendenza a sottrarre alla volontà delle parti la decisione di proseguire o meno il procedimento di mediazione e ad imporla sul presupposto di un principio di effettività che invero non emerge dalla norma ed è oggetto di interpretazione, è stata adottata anche in altre pronunce (12).

L’impostazione di questa parte della giurisprudenza di merito appare lesiva di principi di rango costituzionale (artt.24 e 25 Cost.) e contraria allo stesso dettato normativo.

Se solo ci si attiene alla lettera della legge già risulta evidente che le argomentazioni svolte dai giudici nei provvedimenti innanzi richiamati sono forzature teleologicamente orientate a supportare

l'orientamento deflattivo imposto dal legislatore assumendo prese di posizione che sconfinano dal piano del diritto.

Appare evidentemente una forzatura subordinare l'esito di un intero giudizio, non solo all'espletamento dell'onere della mediazione obbligatoria, ma addirittura all'assolvimento di modalità precise non indicate dalla norma, prevedendo una "*sanzione*" che va oltre quella legislativamente e tipicamente prevista.

La declaratoria di improcedibilità della domanda giudiziale o delle contrapposte domande giudiziali che abbiamo visto essere immediata nella sentenza del Tribunale di Pistoia del 25.02.2015 e nella sentenza del Tribunale di Firenze del 15.10.2015, nelle altre ordinanze richiamate si pone come conseguenza indiretta e necessaria all'esito di mediazioni delegate sulla base di paletti da rispettare rigorosamente oltre le previsioni normative sulla base delle indicazioni e dei criteri dei giudici.

I criteri imposti dai giudici sembrano artificiosi ed appaiono ultronei rispetto al dettato legislativo limitando oltremodo il diritto di difesa.

Avverso tale orientamento giurisprudenziale che, come si è visto nella sintetica ordinanza del Tribunale di Bergamo del 19.01.2018 viene addirittura definito "*prevalente*", si possono formulare i seguenti tre rilievi critici di ordine sistematico.

1. Innanzi tutto l'art.8 comma 2 del decreto legislativo n.28/2010 prevede che il procedimento di mediazione si svolga "*senza formalità*" presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento dello stesso.

Già di per sé questo rilievo pone nel nulla ogni tentativo di rendere "*formale*" la partecipazione delle parti all'incontro.

La stessa disposizione prevede che "*le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato*".

Ma la norma non impedisce affatto né vieta che l'avvocato possa munirsi di procura speciale a transigere da parte del proprio assistito superando la differenza tra assistenza e rappresentanza, posta a fondamento da alcuni giudici e richiesta da alcuni organismi per imporre la presenza personale della parte che non è richiesta nemmeno in giudizio (la facoltà di transigere e conciliare la controversia viene conferita dalla parte all'avvocato in giudizio; nel giudizio di cognizione ordinaria, il giudice formula la proposta di conciliazione ex art.185 bis c.p.c. senza la presenza personale delle parti).

Sul punto si è espressa anche la Suprema Corte (Cass. Civ. Sez. III, 26.07.2017 n.18394) stabilendo che la procura alle liti conferita all'avvocato è qualificabile come mandato con rappresentanza processuale e il rapporto interno, disciplinato dalle norme di diritto sostanziale, non è dissociabile quanto al contenuto della rappresentanza in giudizio

Nella procura alle liti rilasciata al difensore può essere rilasciata anche la facoltà di transigere e conciliare la controversia così come previsto dall'art. 84 del codice di procedura civile (13).

2. La legge non prevede assolutamente che la mancata comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore comporti la improcedibilità della domanda dinanzi all'autorità giudiziaria.

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 con esito negativo (art.8 comma 1 D.Lgs. n.28/2010).

La norma non parla di “*effettività*” del primo incontro limitandosi a richiedere semplicemente che le parti e i loro avvocati si esprimano sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione.

La mancata partecipazione di una parte al procedimento è espressione inconfutabile di mancanza di volontà di iniziare la mediazione.

E' assurdo sanzionare con la improcedibilità una parte che non ha partecipato personalmente al procedimento di mediazione ed ha introdotto successivamente il giudizio o ha resistito nel giudizio essendo manifesta la volontà di tutelare in sede giudiziaria i propri diritti.

Né la norma richiede che il giudice investito nella controversia nel successivo giudizio di merito debba sindacare le modalità con cui le parti abbiano deciso di non avviare il procedimento di mediazione potendo semplicemente esprimere un diniego sulla possibilità di prosecuzione.

3. La legge prevede espressamente la “**sanzione**” per la parte che non sia comparsa dinanzi al mediatore all’art.8 comma 4-bis del D.Lgs.n.28/2010 che stabilisce che *“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, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall’articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio”*.

Questa disposizione esclude nella maniera più categorica che possa essere dichiarata l’improcedibilità per la mancata partecipazione personale delle parti al procedimento di mediazione perché appunto prevede che questa possibilità si possa verificare e che possa essere eventualmente sanzionata con le misure espressamente previste e dalle quali il giudice non si può discostare.

E' proprio la norma che dà la possibilità alla parte di non partecipare alla mediazione senza doverne giustificare il motivo esponendosi eventualmente alle conseguenze sanzionatorie tipicamente previste dalla norma e giammai all’improcedibilità.

Alle spiegate criticità di carattere sistematico dell'indirizzo giurisprudenziale su richiamato si aggiungono ulteriori motivi.

Va detto che altra parte della giurisprudenza di merito, infatti, si discosta completamente dal filone innanzi esaminato ritenendo che il primo incontro tra le parti e il mediatore abbia la funzione di verificare la volontà e disponibilità delle parti, informate sulla natura e funzione della mediazione cui il mediatore intende procedere, ad autorizzare l'avvio della procedura.

Con ordinanza del 24.03.2016, il Tribunale di Verona ha stabilito che la condizione di procedibilità si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo (come prevede espressamente la norma).

Implicitamente si ammette che il primo incontro informativo non è un momento estraneo alla ricerca dell'accordo e che la mediazione possa legittimamente chiudersi al primo incontro, sicché nell'espressione "*senza l'accordo*" deve necessariamente rientrare anche l'ipotesi che le parti o una di esse non intendano tout court proseguire con la mediazione, ritenendo preferibile che la controversia sia conosciuta dall'autorità giudiziaria.

La condizione di procedibilità dovrebbe considerarsi realizzata "sic et simpliciter nel mettere le parti nella condizione di prendervi parte, all'interno della cornice procedimentale che la legge predispone come obbligatoria, senza che tuttavia il perseguimento dello scopo dell'effettività della mediazione possa essere "forzato" sino al punto di ritenere non assolta la condizione di procedibilità anche quando la parte, all'esito del primo incontro con il mediatore, rifiuti di proseguire con la mediazione manifestando la chiara e ferma volontà che la controversia sia conosciuta dall'autorità giudiziaria, cioè dall'organo cui l'ordinamento costituzionale conferisce l'attribuzione dei poteri giurisdizionali.

Il Tribunale di Verona si schiera in una posizione diametralmente opposta a quella della giurisprudenza di merito richiamata.

Rileva, in primo luogo, il Tribunale di Verona che le norme ordinarie che prevedono una giurisdizione cd. “condizionata” sono di stretta interpretazione (cfr. ex multis Corte Cost. 403/07), trattandosi di norme eccezionali che, in quanto derogative del principio del libero accesso al giudice, non possono essere interpretate in senso estensivo né essere applicate in via analogica ma devono al contrario essere interpretate nel loro significato minore, quello cioè che utilmente (e sufficientemente) realizza il fine che le stesse perseguono.

In secondo luogo, l’orientamento della giurisprudenza richiamata non terrebbe conto delle criticità manifestate con riguardo al problema dei costi della mediazione per cui ammettere la possibilità di soddisfare la condizione di procedibilità mediante la semplice partecipazione al primo incontro senza formalità a contenuto informativo rientrerebbe nella finalità del contenimento dei costi comportando il pagamento delle sole spese di avvio.

In terzo luogo, non è dato sapere quali siano i concreti impedimenti all’effettivo esperimento della procedura (come richiesto dalla giurisprudenza fiorentina del 2014 e del 2015 innanzi richiamata) e tra questi non si può escludere che possa rientrare l’ipotesi in cui la parte, una volta ricevuta l’informativa sulla funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, decida di sottoporre le sue ragioni all’autorità giudiziaria.

Infine, il giudice del Tribunale di Verona osserva che se l’ordinamento riconosce il diritto del soggetto evocato in causa a non partecipare al processo restando contumace, analogamente dovrebbe riconoscere al soggetto convocato in mediazione quantomeno il diritto di non aderirvi (14).

L'orientamento accolto dal Tribunale di Verona, già stato fatto proprio da numerosi Uffici giudiziari, non rappresenta dunque un'eccezione nel panorama giurisprudenziale (cfr. per tutti Tribunale di Reggio Calabria, ordinanza 22 aprile 2014, Tribunale Taranto, sez. II, ord. 16/04/2015).

Alle valide argomentazioni esposte dai giudici di merito vanno aggiunte altre considerazioni.

Non è escluso che la mancata comparizione della parte al procedimento di mediazione sia una scelta determinata da una strategia difensiva.

Non va trascurato che il difensore, ai sensi dell'art. 4 comma 3 del d.lgs. n.28/2010, è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La parte, obbligata a partecipare al procedimento di mediazione, opportunamente informata dall'avvocato, ben potrebbe ritenere di non partecipare perché, ad esempio, titolare di un diritto provato documentalmente o di particolari elementi probatori a supporto del diritto da attuare ovvero ben potrebbe decidere di non comparire rilasciando la procura speciale al proprio difensore.

Sono scelte legittime che presuppongono la assistenza tecnica del difensore che, pur informandosi rigorosamente ai principi deontologici ed informativi, potrebbe valutare di adottare strategie che escludano di accedere al procedimento di mediazione.

Le ragioni della strategia difensiva, essenziali per il corretto esercizio del diritto di difesa, verrebbero frustrate dai criteri imposti dalla giurisprudenza richiamata che indirettamente svisciva il ruolo istituzionale dell'avvocato.

E' palese altresì la violazione del principio costituzionale del diritto di difesa (art. 24 della Costituzione).

Altre ragioni si fondano ancora sui principi fondamentali dell'ordinamento.

Parto dalla direttiva comunitaria n.2008/52 da cui fundamentalmente trae origine la normativa che ha introdotto in Italia la mediazione, per evidenziare subito quanto affermato dall'art.5, paragrafo 2, in forza del quale la direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatoria oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

La normativa comunitaria, quindi, impone agli Stati membri di non impedire al cittadino di accedere alla giurisdizione ordinaria.

Mi sembra che tale obiettivo venga gravemente frustrato da quella richiamata giurisprudenza diretta ad ampliare ultra legem l'ambito della improcedibilità della domanda giudiziale estendendo oltremodo le sanzioni già legislativamente previste.

Collegato al principio comunitario appena esposto è il riferimento di cui all'art.25 della Costituzione che sancisce che nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge.

Trattasi di un principio fondamentale del nostro ordinamento, sancito a livello costituzionale, di cui i giudici non hanno tenuto conto nei provvedimenti richiamati che assumono contorni inquietanti se si pensa che, attraverso la improcedibilità, si sono sottratti ad una prerogativa loro assegnata dalla legge delle leggi.

Nelle fattispecie richiamate i giudici, sanzionando l'improcedibilità o rinviando per la seconda volta al tentativo di mediazione, hanno desunto dal comportamento delle parti il non effettivo esperimento della mediazione ovvero hanno ritenuto obbligatoria la presenza personale

della parte al tentativo senza considerare che la stessa (rappresentata dal difensore come prevede espressamente l'art.84 c.p.c.) ha poi proposto comunque la domanda giudiziale ovvero ha resistito in giudizio, così denegando giustizia ovvero spogliandosi della funzione loro attribuita dalla legge.

Assume rilievo, ai fini della possibilità di adottare uno strumento alternativo di risoluzione della controversia in deroga o in alternativa alla giurisdizione ordinaria, la volontà delle parti che si sostanzii in un accordo che risulti per iscritto e che sia chiaro ed univoco.

In un istituto, tra l'altro, considerato nello ambito delle finalità deflattive del legislatore, quale l'arbitrato, è la legge a stabilire che si possa derogare alla giurisdizione ordinaria purchè vi sia l'accordo per iscritto tra le parti (807 c.p.c.).

Infatti, in presenza di tale requisito, il procedimento arbitrale è stato ritenuto sostitutivo a tutti gli effetti della giurisdizione statale sia dalla Corte Costituzionale che dalla Corte di Cassazione (15).

Ritengo, pertanto, per le ragioni da ultimo evidenziate ed in parte richiamate dall'ordinanza del Tribunale di Verona del 24 marzo del 2016, di non condividere l'orientamento giurisprudenziale c.d. "fiorentino", abilmente ostentato dai sostenitori della obbligatorietà della mediazione obbligatoria tenuto conto dei risultati disastrosi di questo strumento di ADR che sono platealmente emerse dalle relazioni sull'inaugurazione dell'anno giudiziario nei diversi distretti di Corte di Appello.

Avv. Alessandro Moscatelli del Foro di Trani

Note

(1) La Corte Costituzionale, con sentenza 24 ottobre - 6 dicembre 2012, n. 272, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 1 dell'art.5 del decreto legislativo 04.03.2010 n.28. Il comma 1 bis è stato inserito dall'art. 84, comma 1, lett. b), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98; per l'applicabilità di tale disposizione si veda il comma 2 dell'art. 84 del medesimo D.L. n. 69/2013. Successivamente, il presente comma è stato così modificato dall'art. 1-bis, comma 2, D.Lgs. 6 agosto 2015, n. 130.

(2) Il comma che recitava: "2. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione." è stato così sostituito dall'art. 84, comma 1, lett. c), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98; per l'applicabilità di tale disposizione vedi il comma 2 dell'art. 84 del medesimo D.L. n. 69/2013.

(3) Tribunale di Pistoia 25.02.2015 (in www.mondoadr.it/giurisprudenza).

(4) Ordinanza del Tribunale di Firenze del 17.03.2014 (in www.adrintesa.it).

(5) Ordinanza del Tribunale di Firenze del 26.11.2014 (in www.adrintesa.it); v. anche ordinanza del Tribunale di Civitavecchia del 15.01.2016 (in www.adrintesa.it).

(6) Tribunale di Firenze sentenza 15.10.2015 (in www.adrmaremma.it).

(7) Tribunale di Palermo ordinanza del 23.12.2016 (in www.mondoadr.it).

(8) Tribunale di Reggio Emilia ordinanza del 26.04.2017 (in www.concilialex.it).

(9) Corte d'Appello di Milano sentenza del 10.05.2017 (in www.mondoadr.it).

(10) Tribunale di Roma ordinanza del 05.10.2017 (in www.mondoadr.it).

(11) Tribunale di Bergamo con ordinanza del 19.01.2018 (in www.mondoadr.it).

(12) Trib. Roma, ord., 30.06.2014, in www.101mediatori.it; Trib. Bologna, ord., 5.6.2014 in www.adrmaeremma.it; Trib. Rimini, ord. 16 luglio 2014).

(13) Cass.Civ. Sez.III 26.07.2017 n.18394.

(14) Ordinanza del Tribunale di Verona del 24.03.2016 (in www.adrintesa.it), v. anche Tribunale Taranto, sez. II, ord. 16/04/2015.

(15) Corte Costituzionale 28.11.2001 n.376, Cass.SS.UU. 25.10.2013 n.24153, Cass. 21.01.2015 n.1101)