

# OSSERVATORIO GIURISPRUDENZIALE SULLA MEDIAZIONE CIVILE



aggiornamento giugno 2016

A cura di Rita Bevacqua

# **Tribunale di Siracusa**

## **sentenza del 30 marzo 2016**

Con la sentenza che segue il Tribunale di Siracusa conferma l'ormai prevalente orientamento secondo il quale nelle ipotesi di mediazione disposta dal giudice l'esperimento della mediazione deve considerarsi obbligatorio, a pena d'improcedibilità e la stessa deve essere «effettiva» per cui al primo incontro il mediatore deve verificare se sussistono impedimenti al suo esperimento.

«.....ritenuta, pertanto, l'opportunità che le parti sperimentino un procedimento di mediazione ex art. 5 co. II D.lgs. 28/2010( su disposizione del giudice);

ritenuto, con riferimento a detto procedimento: 1) in primo luogo, che l'esplicito riferimento operato dalla legge (art.8) alla circostanza che “...*al primo incontro e agli incontri successivi fino al termine della procedura le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato*” implica la volontà di favorire la comparizione personale della parte, quale indefettibile e autonomo centro di imputazione e valutazione di interessi; 2) inoltre, che le procedure di mediazione ex art. 5, comma 1 bis (*ex lege*) e comma 2 (su disposizione del giudice) del d.lgs. 28/2010 n.28, sono da ritenersi ambedue di esperimento obbligatorio, essendo addirittura previste 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 mediazione 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;...»

# Tribunale di Milano

## sentenza del 27 aprile 2016

Nella mediazione delegata il giudizio sulla mediabilità della controversia è effettuato dal giudice, ne consegue che il primo incontro non è una mera formalità. Il Tribunale di Milano dispone, dunque, alla luce di questo principio, che l'incontro preliminare non sia considerato un mero adempimento formale e che il mediatore verbalizzi quale parte non vuole proseguire nella procedura.

«.....Dispone l'esperimento del procedimento di mediazione, ponendo l'onere dell'avvio della procedura di mediazione a carico di parte ricorrente e avvisando tutte le parti costituite che, per l'effetto, l'esperimento del tentativo di mediazione — presenti le parti o i loro procuratori speciali e i loro difensori — sarà condizione di procedibilità della domanda giudiziale e che, 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 difensori delle parti, ancorché muniti di procura speciale per la partecipazione alla mediazione, dal momento che nella detta procedura la funzione del legale è di mera assistenza alla parte comparsa (ant. 5, co. 1-bis e 8, co. 2, D.Lgs. 28/2010);.....»

# Tribunale di Roma

## sentenza del 28 aprile 2016

Esauriente e precisa è la sentenza che si riporta di seguito per esteso e che afferma categoricamente che le parti, nella mediazione delegata, devono entrare in mediazione e che il rifiuto se non ne viene verbalizzata la ragione è ingiustificato con tutte le conseguenze di legge.

## Il fatto

La domanda degli attori concerne (indirettamente) una lite di natura ereditaria. Invero l'ing.A.A. non è stato beneficiario in sede di successione ereditaria (con annessi legati) della madre, della proprietà dell'appartamento sito in Roma via G. n.8 int.1 all'interno del quale il predetto AA aveva il mero godimento di una stanza. Tale immobile è stato infatti legato al nipote (il convenuto) del AA, vale a dire al figlio di sua sorella. Con la domanda introduttiva l'attore lamenta danneggiamento e asportazione di faldoni e documenti (oltre altri oggetti) siti in quella stanza ad opera del convenuto, che lo avrebbe anche aggredito.

Come si vede, oggetto della lite è una classica vicenda di lite successoria, in ordine alla quale le vere ragioni del contendere, come è evidente a chiunque abbia la volontà di ben vedere e rendersi conto, sono i rapporti personali interrotti e deteriorati fra parenti, per il che ben si sarebbe potuto pervenire ad un accordo, ad una pacificazione, con l'adeguato contributo di un mediatore professionale che avesse potuto aiutare le parti a modificando una visione evidentemente troppo unilaterale dei rapporti fra le due parti.

Come si vedrà, all'ordine del giudice di mediazione demandata le parti non hanno inteso dare seguito, se non in modo apparente.

## 2- L'ordinanza di invio in mediazione demandata dal giudice

### Premesse generali sulla natura dell'incontro informativo

Con ordinanza del 4.11.2013 il giudice ordinava la mediazione demandata della causa. Dal verbale di mediazione depositato in atti risulta che all'incontro del 19.11.2013 partecipavano le parti personalmente assistite dai rispettivi difensori, e che il mediatore informava le parti circa la natura del procedimento di mediazione nonché dei benefici fiscali.

Le parti dichiaravano dopo aver discusso sulla possibilità di raggiungere un accordo che non ne sussistevano i presupposti. Il mediatore dichiarava concluso il procedimento con esito negativo. Ritiene il giudice che non sia stata data rituale e piena esecuzione all'ordinanza che precede e che le parti NON abbiano esperito la mediazione, ma soltanto la fase preliminare alla mediazione vera e propria (sulla cui definizione vedi infra). Va ricordato che a mente dell'art.8 co. I° del decr.lgs.28/2010 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.



D'altro canto l'art. 2 bis dell'art. 5 della legge 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.

Un'interpretazione delle norme del *decr.lgs. 28/2010* (come modificato ed integrato dal *c.d. Decreto del Fare del 2013*) che conduca a ritenere che esista il diritto potestativo di non dare corso al provvedimento del giudice che ordina la mediazione demandata ai sensi dell'art. 5 co. II° della legge, non può in alcun modo essere condivisa. Invero, il non chiaro testo normativo necessita di un'interpretazione adeguatrice che lo metta al riparo dalla altrimenti necessaria censura di incostituzionalità per irragionevolezza, inevitabile ove si accogliesse la tesi che le parti siano libere (nella mediazione obbligatoria e demandata) di non dare corso alla mediazione (che tale non può essere definito il mero incontro informativo), raggiungendo lo stesso vantaggioso risultato (inveramento della condizione di procedibilità) che la legge assicura a chi la mediazione ha effettivamente e sostanzialmente esperito. Assimilare l'incontro informativo alla "mediazione" è operazione impervia. E' la stessa legge infatti che definisce la mediazione come cosa diversa rispetto all'incontro informativo, che è una fase preliminare alla mediazione. Predicare che assolto all'incontro informativo, ed a seguito della dichiarata volontà delle parti di non volere procedere alla mediazione, si possa considerare quest'ultima – contro l'evidente diversa realtà – egualmente svolta, costituisce una contraddizione logica e giuridica.

Nell'incontro informativo, massime nella mediazione demandata, il mediatore svolge una funzione limitata e formale (..chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione...così si esprime la legge) Ed anche questa funzione è di modesta rilevanza posto che le parti sono già state debitamente ed esaurientemente informate, per preciso obbligo di legge, dagli avvocati che le accompagnano e assistono obbligatoriamente nel procedimento di mediazione (e occorrendo dal giudice) . La giurisprudenza che si è occupata di tale questione, ha elaborato il principio, del tutto condivisibile, che solo la presenza di obiettive circostanze procedurali (et similia) ostative, può integrare l'impossibilità di procedere alla mediazione rendendo in tal caso giustificata la sufficienza dell'incontro informativo; nessun'altra accezione della parola "possibilità" risultando ammissibile.

In altre parole:  
L'impossibilità di procedere oltre l'incontro informativo implica la sussistenza di concreti impedimenti all'effettivo esperimento della procedura. E' per contro da escludere che l'impossibilità possa coincidere con la mera volontà delle parti di non dare inizio alla mediazione. In particolare tale giurisprudenza, inaugurata dal Tribunale di Firenze 3 ha trovato, nella sua piena razionalità, ampio consenso e condivisione, tanto da potersi affermare che costituisce il diritto vivente sul punto.

3.

### **La natura e la funzione dell'incontro informativo di cui all'art 8 co. primo della legge nella mediazione obbligatoria e demandata**

Un'interpretazione che si fermasse al dato meramente letterale delle norme (in particolare del comma 2 bis 5) potrebbe indurre in equivoco opinando che ove le parti istante a domanda del mediatore, che sussista la possibilità di iniziare la procedura di mediazione, il procedimento di mediazione possa essere correttamente concluso e raggiunta la condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Ed invero, se è corretto affermare che il procedimento di mediazione deve essere dichiarato concluso negativamente ove le parti, pur in assenza di impedimenti formali e procedurali, non vogliono andare oltre l'incontro informativo; non lo è ritenere che tale condotta sia corretta e che la condizione di procedibilità sia stata raggiunta. Ed invero, assecondando tale aporia, si dovrebbe ammettere che la legge da una parte impone il preciso obbligo che venga esperito il procedimento di mediazione (che consiste nelle attività specificamente descritte nella lettera A dell'art.1 della legge, nonché negli artt. 8 commi 2-4 ed nell'art.11 della legge), e dall'altra, che allorché le parti (ed in particolare il proponente la domanda di mediazione) dichiarino di non voler effettuare la mediazione (che conseguentemente e nella realtà non è stata svolta) ...la mediazione si considera svolta e la procedibilità attinta. Un perfetto ossimoro .

Ed invero si dovrebbe, a tale stregua, ammettere che le parti abbiano il diritto potestativo di decidere di non svolgere la mediazione (finanche quando il giudice lo abbia ordinato !), trasformando in tal modo la mediazione da obbligatoria in volontaria ed ottenendo il medesimo vantaggioso risultato (procedibilità ed assenza di sanzioni) che se la mediazione fosse stata esperita. Conclusione questa del tutto azzardata ed irrazionale, perché – fra l’altro- significa predicare come avvenuta una cosa quando indiscutibilmente essa non lo è.

Si potrebbe obiettare che la legge ha previsto 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 (2 bis dell’art. 5); sicché sarebbe la legge stessa a prevedere che il primo incontro informativo non è un momento estraneo alla ricerca dell’accordo e che di conseguenza la mediazione possa legittimamente chiudersi al primo incontro. E’ necessario al fine di valutare esaustivamente tale obiezione avere ben presente il significato normativo dell’espressione “mediazione” confrontandola con il contenuto dell’incontro informativo come costruito dalla legge. Come si è già supra segnalato, tale significato è esposto dal legislatore nell’art. 1 della legge che la descrive come l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa. E’ possibile e ragionevole affermare che con la novella del c.d. Decreto del Fare (decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69) lo stesso legislatore abbia voluto (tacitamente) modificare tale accezione ?

E che all'attuale la mediazione non sia più (o non sia più solo) quella rappresentata nell'art. 1 della legge teste riportato ?

E che all'attuale coesistano due modelli di mediazione ?

Una, quella originaria, di cui all'art. 1 della legge ed un'altra, consistente nell'incontro informativo, che autonomamente, può costituire una diversa modalità ed accezione di mediazione ?

E' di incontrovertibile evidenza logica che si impone una risposta negativa a tutti i precedenti quesiti.

Il legislatore ha sotto gli occhi, come chiunque, che il vero problema della giustizia italiana e la causa se non unica principale della intollerabile eccessiva durata dei procedimenti e delle cause civili, è la mole sproporzionata dei conflitti che si avviano nella sede giudiziaria e che aspirano tutti ad essere definiti con una sentenza del giudice.

Il legislatore ha inteso affrontare questo problema con una serie di interventi, alcuni già in pieno svolgimento come la mediazione altri de iure condendo 6

Se si focalizza in questo modo la questione, è impossibile non vedere che l'intento del Legislatore della novella del "decreto del fare"(rectius: Governo prima e Legislatore in sede di conversione), giammai può essere identificato in una scelta diretta a stravolgere e annullare qualsiasi possibilità di incidenza positiva della mediazione sulla quantità delle cause (in corso e promuovende).

Ed invero la seconda ipotizzata modalità di mediazione, per come è congeniata, non è assolutamente in grado se non in astratto (come rivela, appunto, astrattamente, la parola "accordo" che suggella – a puro fine estetico- il comma 2 bis dell'art. 5.... si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo ) di impedire o porre fine ad una controversia giudiziaria, perché la semplice informazione che dispensa il mediatore (al quale null'altro è assegnato di fare in quel contesto) nulla aggiunge ai rapporti fin lì instaurati fra le parti che se volevano conciliarsi l'avrebbero fatto prima, e se non l'hanno fatto non sarà di sicuro la somministrazione delle informazioni (che peraltro già conoscevano) a far cambiare ad essi atteggiamento.

Si può dunque affermare con assoluta certezza che esiste, nell'ordinamento italiano, una ed una sola mediazione, che è quella prevista dall'art. 1 della legge, nella quale è imprescindibile la fattiva attività professionale di supporto alle parti al fine del raggiungimento di un accordo, ad opera di un soggetto terzo ed imparziale che è il mediatore, che all'occorrenza può anche formulare una proposta.

Se così stanno le cose e non vi è dubbio che così sia, si può riassumere con un sillogismo il concetto fondamentale a base del discorso. La legge ha posto come condizione di procedibilità della domanda giudiziale che venga esperita dalle parti la mediazione che è la procedura di cui all'art. 1 della legge. L'incontro informativo, al di là della sua imperfetta formulazione normativa, non è mediazione, ma solo una fase preliminare ad essa. Lo svolgimento dell'incontro informativo non seguito dalla mediazione non rimuove, salvo il caso di effettiva impossibilità a proseguire, l'improcedibilità della domanda conseguente al mancato esperimento della mediazione.

Altra possibile obiezione attiene alla ipotizzata situazione di illegittima (dal punto di vista costituzionale) coercizione alla quale condurrebbe una lettura svalutativa della norma relativa all'incontro informativo. Tale obiezione si fonda sull'assunto che l'accesso alla giurisdizione non può essere compresso da una lettura delle norme del decreto legislativo 28/2010 che precluda alle parti la scelta, manifestata al mediatore, di non voler dare corso al procedimento di mediazione. Tale opinione, che rimanda ai dubbi di costituzionalità della mediazione obbligatoria, non è condivisibile. A fronte della "normale" durata delle cause civili, che si computa in anni anche per il solo primo grado di giudizio, il temporaneo impedimento dell'accesso al giudice, a seguito della mediazione obbligatoria e demandata, non presenta all'evidenza alcun profilo di incostituzionalità. La legge infatti prevede la durata massima del procedimento di mediazione in soli tre mesi. D'altro canto è principio consolidato della giurisprudenza costituzionale che ben può il legislatore ordinario, per validi e ragionevoli motivi, regolamentare tale accesso al giudice, anche prevedendone limiti e tempi, purché non siano tali da impedirlo del tutto o renderlo troppo oneroso (cfr. ex multis: sentenza Corte Costituzionale n.47 del 4.6.1964 sentenza Corte Costituzionale n.186 del 1972).

Situazione che all'evidenza non ricorre in questo caso.

#### **4- L'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme di cui agli artt. artt.8 co.I° e 2 bis dell'art. 5 del decr.lgs.28/2010**

In ogni caso, quale che sia stato l'intento (non dei più chiari e lineari) del legislatore, è necessario apprestare per le norme in commento un'interpretazione in linea con la Carta Costituzionale.

Va premesso che per molto tempo nel nostro Paese, il giudizio di costituzionalità delle leggi è stato considerato, sotto ogni aspetto, monopolio e riserva della Corte Costituzionale. Ciò in virtù della originaria (e tuttora immutata) scelta del legislatore Costituente che ha privilegiato la formula del controllo di costituzionalità accentrato su un solo soggetto, creato ad hoc, la Corte Costituzionale. Le ragioni sono state molteplici e non è questa la sede per esporle. Ciò che conta è che nel corso degli anni, il timore che i giudici ordinari non fossero sufficientemente sensibili al controllo di costituzionalità delle leggi (questa storicamente è stata una delle ragioni) è svanito superato dalla prova dei fatti, che hanno dimostrato il contrario.

Ed è proprio in dipendenza della grande attenzione ed interesse della magistratura alla conformità alla Costituzione delle norme di legge, attraverso la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale in presenza di norme di dubbia costituzionalità, che si è da tempo avviato un processo inverso che si può riassumere nella nota espressione della interpretazione costituzionalmente orientata della legge da parte del giudice ordinario

Non si è pervenuti per tale strada, né si potrebbe, ad un controllo di costituzionalità diffuso (per il limite costituito dalla diversa previsione costituzionale) ed il giudice ordinario non espunge le norme dall'ordinamento giuridico come fa la Corte. Tuttavia, con l'avallo della stessa Corte Costituzionale, tale forma di controllo contribuisce ad arricchire l'opera di adeguamento delle norme ordinarie a quelle costituzionali (e più prosaicamente, a sgravare la Corte da una parte dell'ingente lavoro che la onera).

Detto ciò, resta da ricordare che uno dei riferimenti elaborati dalla Corte (e che il giudice per quanto detto è correlativamente autorizzato ad adoperare) per il vaglio di costituzionalità, è quello della ragionevolezza della norma sottoposta a scrutinio. Nel caso in esame, l'interpretazione letterale che è stata supra esposta presta visibilmente il fianco ad una fondata censura di incostituzionalità sotto entrambi i profili che sono stati elaborati, per questo vizio, dalla Corte Costituzionale.

Che in un primo tempo aveva correlato la ragionevolezza all'art. 3 della Costituzione, con la conseguente necessità, per accertare l'irragionevolezza della norma, che fosse individuato il c.d. tertium comparationis (che in questo caso esiste ed è evidente, consistendo precisamente nel caso in cui le parti abbiano svolto effettivamente la mediazione consentendo al mediatore di svolgere la sua attività, che non è ovviamente solo quella informativa, bensì quella ricordata con la nota n.1). L'interpretazione della norma che si ripudia pone sullo stesso piano e prevede le medesime conseguenze (avveramento della condizione di procedibilità, mancanza di sanzioni per la parte renitente) per entrambe le (pur diverse e opposte) situazioni.



Successivamente ed allo stato, il parametro della ragionevolezza viene dalla Corte Costituzionale non più rapportato all'art. 3 della Costituzione, quanto individuato nella sostanziale disparità di trattamento tra fattispecie omogenee, allorché la norma presenti una intrinseca incoerenza, contraddittorietà od illogicità rispetto alla complessiva finalità perseguita dal legislatore. Anche in base a tale parametro l'interpretazione letterale non supera lo scrutinio di costituzionalità, essendo di tutta evidenza che solo in presenza di ragioni ostative formali/procedurali (si pensi ad esempio ad un convocato in mediazione caduto vittima di un grave incidente, per il quale è in corso la procedura per la nomina di un amministratore di sostegno; ad un convocato deceduto nelle more della presentazione all'incontro al quale si presenti uno degli eredi per dichiararlo, etc etc.) può ammettersi che sussista l'impossibilità ad iniziare la procedura di mediazione e quindi la ragionevolezza del considerare validamente concluso il procedimento di mediazione (con l'inveramento della condizione di procedibilità e l'assenza di sanzioni). Per inciso, è notorio a chiunque abbia anche una sommaria pratica di mediazione, che dietro alla dichiarazione di impossibilità ad iniziare la mediazione ci sono pressoché sempre divergenze nel merito delle questioni che costituiscono la materia del contendere. Dal che l'inevitabile sillogismo che una vera impossibilità ad iniziare la mediazione non esiste (quasi) mai.

Per completezza, è opportuno interrogarsi se così interpretata la norma, non si incorra nel rischio di una eccessiva coerenza sulle parti dell'obbligo di mediazione. Dal punto di vista sostanziale, va da sé che le parti che partecipano all'incontro di mediazione sono del tutto libere di accordarsi o meno. E pertanto quanto all'obiettivo del raggiungimento dell'accordo la mediazione non è mai obbligata. L'accordo è una possibilità non un obbligo. Né dal mancato raggiungimento dell'accordo in mediazione può derivare alle parti o a taluna di esse pregiudizio di sorta.

Dal punto di vista procedurale, alla domanda se vi sia un obbligo a carico delle parti di partecipazione alla mediazione (intesa questa volta non come accordo, ma come procedura nel significato di cui alla nota 1) la risposta è invece senz'altro affermativa; come rivela in modo icastico tutto il sistema sanzionatorio previsto dalla legge (improcedibilità per la mancata proposizione della domanda, conseguenze negative previste dall'art. 8 della legge; possibile applicazione dell'art.96 co. III come riconosciuto dalla giurisprudenza. Tale interpretazione – che come visto supra contempla l'eventuale situazione di inesigibilità della prosecuzione oltre il primo incontro informativo – è perfettamente in linea con la logica, il buon senso e la Costituzione. )

Invero salvaguarda le parti dalla necessità dello svolgimento della mediazione (con i costi relativi) nei casi nei quali oggettive ragioni “pregiudiziali” non lo rendano possibile, nell'accezione supra illustrata; viceversa imponendolo, tutte le volte che la discussione possa concentrarsi sul merito e sul contenuto del conflitto, senza che possa fare da usbergo al soggetto renitente l'opinione di aver ragione e quindi di ritenere inutile dialogare con l'altra parte (per quanto all'evidenza viziata dal punto di vista logico, vera e propria aporia, questa è la più diffusa giustificazione che viene offerta da chi non intende aderire e partecipare alla mediazione).

## **5- Le parti ( o taluna di esse) si fermano ingiustificatamente all'incontro informativo: conseguenze**

La verbalizzazione delle ragioni della impossibilità di procedere alla mediazione.

In mancanza di qualsiasi dichiarazione, che le parti possono richiedere di verbalizzare liberando in tal modo il mediatore dall'obbligo di riservatezza, sulla ragione del rifiuto di proseguire nel procedimento di mediazione, tale rifiuto va considerato non giustificato.

Invero la regola di base espressa dal decreto legislativo 28/2010 è l'obbligatorio svolgimento del procedimento di mediazione di cui agli artt. 5 commi 1 bis e 2 (come attesta inequivocabilmente il sistema sanzionatorio previsto dalla legge stessa per la mancata partecipazione, oltre che, a fortiori, per la mancata introduzione della domanda di mediazione)

Ne consegue che il rifiuto di procedere e partecipare alla mediazione costituisce la violazione della regola.

E, come per ogni violazione, in qualsiasi sistema (penale e non), è la parte che invoca una giustificazione scriminante a doverla quanto meno allegare. Le conseguenze di tale rifiuto – ingiustificato- di procedere e di partecipare alla mediazione sono, se espresso dall'istante/attore, sovrapponibili alla mancanza tout court della (introduzione della domanda di) mediazione. Sarebbe infatti un'aporia ritenere soddisfatto il precetto della legge in materia di mediazione obbligatoria e demandata, ritenendo che sia sufficiente al fine di integrare la condizione di procedibilità la semplice formale introduzione della domanda.

Il legislatore persegue l'obiettivo dell'accordo e della pacificazione e una domanda di mediazione che rimanga monca, senza alcun seguito, non serve a tale scopo. Con quanto ne consegue (improcedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5 co. II° decr.lgs.28/10 per la parte istante, attore nella causa).

Non può infatti essere oggetto di dubbio – giova ribadire quanto supra ampiamente dimostrato – che il mero incontro informativo (che, per come configurato dalla legge, nulla ha a che vedere con lo specifico merito della controversia insorta fra le parti), non può, specialmente nella mediazione demandata, neppure con i più acrobatici sforzi dialettici, essere parificato allo svolgimento dell'esperimento della mediazione.

La quale, giova ancora ripeterlo, consiste nell'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa (art. 1 del decr.lgs.28/10). La situazione nella quale l'istante 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, sempre che sussista la correlativa verbalizzazione, comporterà non l'improcedibilità della causa, bensì, ove il diniego non risulti, secondo una valutazione ancorata ai parametri supra delineati, giustificato, la possibile applicazione a carico del convocato/convenuto, delle più volte supra ricordate sanzioni

# Tribunale di Verona

## ordinanza del 12 maggio 2016

Il Tribunale di Verona ritiene soggetta a mediazione obbligatoria anche la domanda riconvenzionale ed evidenzia, fra l'altro, che la norma di cui all'art.5 del D.legsl.28/2010 non è inequivoca nell'escludere dall'obbligo di mediazione le domande cumulate.

«.....che a favore della sottoposizione anche di tale domanda al tentativo obbligatorio di conciliazione militano le seguenti considerazioni: 1) la Cassazione (Cass. sez. III, 18 gennaio 2006, n.830) ha interpretato una norma analoga, ed anzi identica nella sua prima parte, all'art. 5 comma 1 bis d. lgs. 28/2010, ossia l'art. 46 l. 3 maggio 1982 n. 3, ora art. 11 d. lgs. 150/2011 (norma che esordisce così: "Chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ad una controversia agraria..."), nel senso che l'onere del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione sussiste anche nei confronti del convenuto che proponga una riconvenzionale secondo uno dei criteri di collegamento previsti dall'art. 36 c.p.c.; 2) il termine convenuto utilizzato dall'art. 5, comma 1 bis, d. lgs. 28/2010. per indicare il soggetto che eccepisce l'improcedibilità della domanda ben può essere riferito all'attore rispetto alla domanda riconvenzionale; 3) l'esclusione della domanda del convenuto dall'ambito di applicazione dell'art. 5, comma 1 bis provocherebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra attore e convenuto del tutto illegittima;

che alle suddette considerazioni non potrebbe validamente obiettarsi che la norma in esame deve essere interpretata restrittivamente, costituendo una deroga al diritto di azione, atteso che tale argomento presuppone che la norma sia inequivoca nell'escludere dall'obbligo di mediazione le domande cumulate mentre, dopo quanto detto sopra, così non è;

che deve parimenti escludersi che lo svolgimento di un secondo procedimento di mediazione dopo l'esito infruttuoso del primo sia inutile e dispendioso poiché esso avviene sulla base di una circostanza sopravvenuta costituita dalla domanda di condanna del soggetto convenuto ed essa è idonea a indurre le parti a riconsiderare la possibilità di una definizione transattiva della controversia.»

# Tribunale di Roma

## sentenza del 26 maggio 2016

Il Tribunale di Roma anche in questa sentenza, relativa ad una lite di natura societaria, ribadisce quei principi oggetto di disamina nelle precedenti pronunce: la mediazione deve avere i caratteri della «effettività», le parti non possono fermarsi al primo incontro e devono giustificare il proprio rifiuto.

«.....La situazione nella quale l'istante 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, sempre che sussista la correlativa verbalizzazione, comporterà non l'improcedibilità della causa, bensì, ove il diniego non risulti, secondo una valutazione ancorata ai parametri supra delineati, giustificato, la possibile applicazione a carico del convocato/convenuto delle più volte supra ricordate sanzioni.»



# Tar Lazio

## sentenza dell'1 aprile 2016 n.3989

Il giudice amministrativo annulla l'art.6 del D.M. 4 agosto 2014 n.139 che inseriva l'art.14 bis nel D.M. 18 ottobre 2010 n.180. In sintesi si afferma che la normativa primaria non ha riservato alla decretazione regolamentare ministeriale alcun margine per intervenire sui temi dell'incompatibilità e del conflitto di interessi del singolo mediatore, al fine poi di estenderli anche a soci, associati e professionisti esercenti attività professionale nei medesimi locali.

Richiamando la disposizione secondo cui “*Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori*” si precisa che il richiamo alla qualifica assunta “di diritto» evidenzia la peculiarità della figura dell'avvocato mediatore, che dà luogo ad una inscindibilità di posizione laddove un avvocato scelga di dedicarsi (anche) alla mediazione.

Con l'introduzione dell'esteso e generalizzato regime di incompatibilità di cui all'art. 14 bis d.m. n. 139/14, senza specifica “copertura legislativa”, secondo il Tar, si è dato luogo ad una commistione di incompatibilità e conflitti di interessi cui devono sottostare gli “avvocati-mediatori” che non aveva ragione di essere e che meritava, eventualmente, pari sede legislativa primaria.

Vengono riportati di seguito alcuni passi della motivazione della sentenza del giudice amministrativo.

.....Il Collegio non può esimersi dall'osservare che il regolamento dell'organismo scelto dalle parti assume un ruolo centrale nell'assetto della procedura e ciò appare del tutto in linea con la volontà del legislatore "delegante" di dare rilievo alla struttura di mediazione in sé considerata più che ai singoli componenti. Il legislatore, infatti, prevede che sia il regolamento stesso, quindi, ad assumere (anche) la funzione di individuare modalità di nomina del (singolo) mediatore che ne assicurino la sostanziale indipendenza e terzietà, come è giusto che sia incidendo tale attività comunque su situazioni soggettive delle parti in posizioni di parità e in virtù anche dell'obbligo di comunicazione sull'esistenza (ed eventuale obbligatorietà ex art. 5 d.lgs. cit.) di tale procedura che incombe sull'avvocato al momento del conferimento di un incarico professionale, di cui all'art. 4, comma 3, d.lgs. cit.

La "centralità" riconosciuta all'organismo è rafforzata dalla previsione dell'art. 8 d.lgs. cit. (come modificato dal d.l. n. 69/2013, conv. in l. n. 98/2013), secondo la quale è il responsabile dell'organismo a designare un mediatore e fissare un primo incontro tra le parti e non sono le parti a "scegliersi" il singolo mediatore (a differenza di quel che accade, ad esempio, per l'arbitrato).....

.....Come visto, quindi, il legislatore ha considerato le modalità idonee a garantire l'imparzialità e terzietà del mediatore, facendo rinvio alla relativa regolamentazione ad opera del singolo organismo di mediazione – a sua volta vigilato dal Ministero della Giustizia – e alla dichiarazione di impegno alla sua osservanza che ogni mediatore deve sottoscrivere per ciascun affare.

Non vi è spazio in materia per una decretazione ministeriale, se non per quanto previsto dall'art. 16, comma 2, d.lgs. cit.,.....

.....il Collegio non può che ribadire come sia rinvigorita dalla norma la centralità riconosciuta al regolamento di procedura dell'organismo di mediazione e al relativo "codice etico", a loro volta valutabili dall'organo vigilante sin dal momento della richiesta di iscrizione nell'apposito registro. Spazio per la decretazione ministeriale è riconosciuto a tale proposito solo per i profili sopra riportati, di cui all'art. 16, comma 2, prima parte, e tra questi non si nota alcun riferimento al tema della incompatibilità di alcun genere, nei confronti dei singoli mediatori.

Lo stesso art. 16, inoltre, afferma, ai commi 4 e 4 bis, che *“La vigilanza sul registro è esercitata dal Ministero della giustizia e, con riferimento alla sezione per la trattazione degli affari in materia di consumo di cui al comma 2, anche dal Ministero dello sviluppo economico. Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori. Gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 55-bis del codice deontologico forense*

.....Particolare attenzione è poi riconosciuta dal legislatore “delegato” agli organismi presso i Tribunali e agli organismi presso i consigli degli ordini professionali e presso le camere di commercio, ai sensi degli artt. 18 e 19 d.lgs. cit., di cui è riconosciuta la possibilità di iscrizione diretta al registro, a semplice domanda.

In sostanza, ne emerge un quadro per il Collegio dotato di evidente chiarezza, da cui si evince che in materia di garanzie di imparzialità è demandato a provvedere con il proprio codice etico lo stesso organismo di mediazione, soggetto su cui è centrata l’attenzione al fine di regolamentare l’intera procedura, sul quale comunque esercita, in ogni momento, la sua vigilanza il Ministero della Giustizia.

Spazi ulteriori per una regolamentazione di rango secondario diretto, ai sensi dell’art. 17, comma 3, l. n. 400/88, non se ne riscontrano, limitandosi il richiamo a tale forma di decretazione a modalità di formazione e tenuta del registro, ai sensi del richiamato art. 16 d.lgs. n. 28/2010.....

.....L'imparzialità e terzietà del mediatore, quindi, sono ritenute necessarie ma legate alla dichiarazione del singolo secondo l'imposizione del regolamento dell'organismo, a pena di procedibilità, e in relazione a quanto già previsto dalla normativa primaria in tal senso.

In tale contesto stride, quindi, la disposizione contestata nella presente sede, di cui all'art. 14 bis, come introdotto dall'art. 6, comma 1, d.m. 4.8.2014, n. 139, che si occupa direttamente dell'incompatibilità e dei conflitti di interesse del singolo Mediatore.....

.....il Collegio osserva che poteva in ipotesi darsi luogo a una sola alternativa: o la disciplina regolamentare generale riguardante (tutti) i mediatori – ferma restando l’osservazione sulla carenza di delega legislativa – faceva salve le disposizioni già adottate per coloro che erano ritenuti da fonte primaria mediatori “di diritto” (vale a dire gli avvocati) ovvero doveva darsi luogo ad una iniziativa legislativa di pari rango primario, qualora le vigenti disposizioni di cui all’art. 62 del Codice deontologico non fossero state ritenute valide e condivisibili alla luce di esperienze maturate nel frattempo. Tali ipotesi alternative sono state entrambe disattese e, per tale ragione, il ricorso si palesa fondato anche sotto tale ulteriore profilo.....