

N. R.G./2014 T



TRIBUNALE ORDINARIO di FIRENZE

Seconda sezione CIVILE

VERBALE DELLA CAUSA n. r.g./2014

MICHELE tra
ATTORE
e
PIER ALBERTO
CONVENUTI

Oggi **26 novembre 2014**, innanzi al dott. Luciana Breggia, sono comparsi:

Per MICHELE l'avv. R..... in sostituzione dell'avv.

Per PIER ALBERTO, .., l'avv.

E' altresì presente ai fini della pratica forense il dott. I difensori si riportano agli scritti difensivi. Chiedono termini per le memorie ex art. 183 cpc.

Il giudice discute con le parti la questione relativa alla procedibilità della domanda dal momento che la mediazione, obbligatoria in questo caso, non risulta correttamente svolta, essendo presente non la parte di persona, ma un sostituto del difensore di quest'ultima.

All'esito della discussione con i difensori e alla luce della natura della causa,
osserva

quanto segue.

1. La causa in esame rientra tra quelle per cui è prevista la condizione di procedibilità del preventivo esperimento della mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis, del D.lgs 28/2010, trattandosi di domanda di usucapione (diritti reali).

Nel caso di specie, la parte attrice ha prodotto un verbale del 12/02/2013 relativo all'incontro con il mediatore da cui risulta la presenza di un difensore in sostituzione dell'avvocato Di Rocco, che difende l'attore in giudizio, e non la presenza della parte di persona. Per la parte invitata nessuno è comparso.

2. Il Giudice ritiene che, per ritenere avverata la condizione di procedibilità, anche nei casi di cui all'art.5, co. 1 bis, cit., devono essere osservati due importanti profili: I. la mediazione deve svolgersi con la presenza personale delle parti; II. Deve essere esperita effettivamente la mediazione.

3. A tale conclusione si giunge in base ad un'interpretazione teleologica delle norme che vengono in campo, già affermata in precedenti ordinanze del Giudice, e in particolare,

nell'ordinanza del 19/3/2014, r.g. 5210/2010 . In tale provvedimento, si argomentava nel modo seguente, con riferimento alla mediazione demandata dal Giudice:

<<L'art. 5, comma 5 bis d.lgs. n. 28/2010, dispone: "*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*".

L'art. 8 , in tema di ' procedimento', dispone :"*1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento*".

Come si vede le due norme sono formulate in modo ambiguo: nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore e a verificare la volontà di iniziare la mediazione. Tuttavia, nell'art. 5, comma 5 bis, si parla di "*primo incontro concluso senza l'accordo*". Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria: non avrebbe molto senso parlare di 'mancato accordo' se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria.

A parte le difficoltà di individuare con precisione *scientifica* il confine tra la fase cd preliminare e la mediazione vera e propria (difficoltà ben nota a chi ha pratica della mediazione), data la non felice formulazione della norma, appare necessario ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE)

In tale prospettiva, ritenere che l'ordine del giudice sia osservato quando i difensori si rechino dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione (chiarimenti per i quali i regolamenti degli organismi prevedono tutti un tempo molto limitato), possano dichiarare il rifiuto di procedere oltre, appare una conclusione irrazionale e inaccettabile.

Si specificano di seguito i motivi:

A. i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, hanno sicuramente già conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità. Se così non fosse non si vede come potrebbero fornire al cliente l' informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs 28/2010, senza contare che obblighi informativi in tal senso si desumono già sul piano deontologico (art. 40 codice deontologico). Non avrebbe dunque senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore solo in vista di un'informativa.

B. la natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione. D'altronde, questa conclusione emerge anche dall'interpretazione letterale: l'art. 5, comma 1-bis e l'art. 8 prevedono che le parti *esperiscano* il (o *partecipino* al) procedimento mediativo con l' 'assistenza degli avvocati', e questo implica la presenza degli assistiti.

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.

Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva *chance* di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione.

D. L'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo: 1. dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire ex art. 4 cit., come si è detto; 2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati (v. direttiva europea) e, per quanto concerne il Tribunale di Firenze, presso l'URP (v. articolo 11 del protocollo Progetto Nausicaa²) e da ultimo, sempre nell'ambito di tale Progetto, presso l'ufficio di orientamento gestito dal Laboratorio *Unaltromodo* dell'Università di Firenze al piano V, stanza 9 del Palazzo di Giustizia;

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 (come prevede l'art. 5 cit.: che impone al giudice di valutare "*la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti*"), e che tale valutazione si sia svolta nel colloquio processuale con i difensori. Questo presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna al riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo, deve a sua volta informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Come si vede dunque, sono previsti plurimi livelli informativi e non è pensabile che il processo venga momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione anziché per un serio tentativo di risolvere il conflitto.

F. Da ultimo, può ricordarsi che l'art. 5 della direttiva europea citata¹ distingue le ipotesi in cui il giudice invia le parti in mediazione rispetto all'invio per una semplice sessione informativa: un ulteriore motivo per ritenere che nella mediazione disposta dal giudice, viene chiesto alle parti (e ai difensori) di esperire la mediazione e cioè *l'attività svolta dal terzo imparziale finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole* (secondo la definizione data dall'art. 1 del d.lgs. n. 28/2010) e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura mediativa>>>.

4. Per la mediazione demandata dal giudice è particolarmente evidente la necessità che la mediazione sia *effettivamente* esperita (per i motivi indicati alla lettera **E** del provvedimento riportato); tuttavia, anche per quella che precede il giudizio, è necessario giungere alla medesima conclusione.

E' vero che nella mediazione demandata il giudice ha già svolto la valutazione di 'mediabilità' *in concreto* del conflitto, mentre la mediazione che precede il giudizio è imposta dal legislatore sulla base di una valutazione di mediabilità *in astratto*, in base alla tipologia delle controversie.

¹ Articolo 5

Ricorso alla mediazione

1. L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili.

Tale differenza, però, non incide minimamente sulla natura della mediazione e quindi non appare rilevante per ritenere che la condizione di procedibilità possa ritenersi assolta con un mero incontro “preliminare” in cui le parti dichiarano la mancanza di volontà di svolgere la mediazione. Anche per la mediazione *pre-processuale* vale quanto già rilevato circa l’esistenza di informazioni che precedono l’incontro in mediazione già fornite alla parte dal difensore o tramite il difensore; inoltre anche per la mediazione *pre-processuale*, ciò che l’art.5, co. 1 bis, impone è la mediazione e non una sessione informativa.

Va sottolineato che l’art.8, quando prevede che “*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*”, fa riferimento alla *possibilità* di iniziare il procedimento (con riferimento a eventuali situazioni preliminari che possano ostacolare l’esperimento di mediazione) e non alla *volontà* delle parti di proseguire, (in tal senso, si sono espressi anche numerosi giudici di merito: Trib. Firenze, sez. specializzata imprese, ord. 17/3/2014 e ord. 18/3/2014, in www.ilcaso.it; 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).

In particolare il tribunale di Palermo (ord. 16.7.2014, in www.osservatoriomediazione.it) ha approfondito il nodo interpretativo posto dall’art. 5, c. 2 bis del d. lgs. 28/2010², che sembra richiamare espressamente <<*il primo incontro*>> di cui all’art. 8 c. 1 cit.. Il giudice non potrebbe quindi esigere, al fine di ritenere correttamente formata la condizione di procedibilità, che la mediazione sia stata tentata anche oltre il primo incontro. Il tribunale sottolinea, tuttavia, che ben potrebbe il giudice richiedere che in questo primo incontro il tentativo di mediazione sia stato effettivo. La disposizione normativa in questione, secondo il giudice, se diversamente interpretata, rischierebbe di rendere la mediazione di fatto facoltativa, perché ognuno dei partecipanti sarebbe titolare di un diritto potestativo alla chiusura del procedimento. Secondo tale giudice, pertanto, il mediatore deve verificare la possibilità di iniziare la procedura con riferimento a impedimenti particolari (autorizzazioni e simili) e non alla volontà delle parti.

Le argomentazioni riportate valgono anche per la mediazione obbligatoria che precede il giudizio e non solo per la mediazione demandata dal giudice.

5. Se dunque, il legislatore impone lo svolgimento di una mediazione *effettiva* anche per la mediazione di cui all’art. 5, co. 1 bis, è necessario che le parti siano presenti di persona (v. sopra punto B).

Nella mediazione è fondamentale, infatti, la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo di rapporti empatici ed è pertanto indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto. Il mediatore deve comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, i sentimenti dei soggetti coinvolti, e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori (che comunque assistono la parte).

D’altronde, il principale significato della mediazione è proprio il riconoscimento della capacità delle persone di diventare autrici del percorso di soluzione dei conflitti che le attraversano e la restituzione della parola alle parti per una nuova centratura della giustizia, rispetto ad una cultura che le considera ‘poco capaci’ e, magari a fini protettivi, le pone ai margini.

Il giudice ritiene, per questi motivi, che non sia possibile applicare analogicamente le norme che, ‘*nel processo*’, consentono alla parte di farsi rappresentare dal difensore o le norme sulla rappresentanza negli *atti negoziali*. La mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una

² L’art. 5, comma 5 bis d.lgs. n. 28/2010, dispone: “*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*”.

transazione, ma l'attività che porta all'accordo ha natura *personalissima* e non è delegabile (il giudice, naturalmente, valuterà caso per caso se la mancata presenza personale sia giustificata).

6. Alla luce delle considerazioni che precedono, il giudice ritiene che anche per la mediazione obbligatoria da svolgersi prima del giudizio ex art. 5, co. 1 bis d.lgs.n. 28/2010, è necessario che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata.

7. Nel caso in esame, nel procedimento di mediazione non è comparsa la parte attrice, ma un sostituto del difensore di quest'ultima.

Pertanto, occorre rilevare d'ufficio il mancato avveramento della condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5 c.1 bis cit. e assegnare alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Oltretutto può rilevarsi che nel caso in esame appare particolarmente adeguato il ricorso a soluzioni amichevoli della medesima in quanto l'interesse della parte attrice potrebbe contemperarsi con quello della parte convenuta, come emerso anche dalla discussione orale, se si considera la vicenda relativa al preliminare di vendita del 2000, con cui la figlia dell'attore si impegnava ad acquistare i terreni di cui si tratta.

La causa va, quindi, rinviata all'udienza sotto indicata ex art 183 cpc.

P.Q.M.

Rilevata l'improcedibilità della domanda ex art. 5, comma 1 bis, d.lgs 28/2010;
dispone

l'esperimento della mediazione ex art.5, co.1 bis, D. lgs. 28/2010 e assegna termine alle parti di quindici giorni per depositare la domanda di mediazione dinanzi a un organismo scelto dalle parti, avuto riguardo ai criteri dell'art. 4, I comma del d.lgs. 28/2010, salva la facoltà delle parti di scegliere concordemente un organismo avente sede in luogo diverso da quello indicato nell'art. 4 citato;

fissa

nuova udienza ex art. 183 cpc per il giorno **29/4/2015 ore 9.30** all'esito della procedura di mediazione;

precisa

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,

precisa

che le parti dovranno essere presenti dinanzi al mediatore personalmente e munite di assistenza legale di un avvocato iscritto all'Albo.

Invita

Le parti a comunicare preventivamente al Giudice l'eventuale esito positivo della mediazione per favorire l'organizzazione del ruolo.

Il Giudice
Luciana Breggia