

Il primo incontro di mediazione e il parere delle parti

Con il ripristino della condizione di procedibilità, la nuova mediazione civile e commerciale ha trovato nuovamente collocazione nel nostro Ordinamento.

Il percorso che si accinge ad intraprendere non è comunque scevro di difficoltà, né tanto meno di aspetti che contribuiscono a determinare delle criticità che al momento sono oggetto di disamina e di studio da parte di numerosi operatori del settore.

Appare, comunque, opportuno polarizzare la nostra attenzione sul primo incontro di mediazione, così come novellato dal Legislatore del 2013, il quale, rinormandolo radicalmente, ne ha mutato funzione e finalità.

Per comprendere compiutamente la portata del primo incontro, occorre fare riferimento ad una norma contenuta nel decreto legislativo 28/2010, novellato dall'articolo 84 della Legge di conversione del decreto del fare, la n. 98 del 9 Agosto 2013.

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

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.

Occorre poi comparare tale norma con l'art. 17 comma 5-ter dello stesso decreto:

Art. 17 comma 5-ter del D.Lgs 28/2010, novellato dall'Art. 84 della L. 98/2013

Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione.

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

Parimenti, sulla scorta dell'art. 5, comma 2-bis, secondo il quale "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", si sarebbe assolta la condizione di procedibilità anche in siffatta ipotesi, che pur diverge dalla prima, restandone avulsa, come ci apprestiamo a dimostrare.

Pertanto, nella pratica procedimentale mediatizia, si ritiene che, nel corso del primo incontro di mediazione, qualora le parti o una di esse e/o i propri avvocati si esprimano negativamente in merito alla possibilità di iniziare la procedura, il mediatore debba dichiarare la procedura conclusa negativamente; ancora più precisamente, qualora almeno una delle parti e/o il proprio legale dichiarino sic et simpliciter di non voler proseguire oltre, il mediatore avrebbe l'obbligo di concludere negativamente la procedura.

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

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

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

In siffatta ipotesi sarebbe la volontà delle parti e degli avvocati delle stesse ad assumere una valenza tale da essere in grado di inibire sul nascere la genesi del procedimento di mediazione.

Riteniamo tale, peraltro diffusa interpretazione della norma, non condivisibile in quanto assunta sulla scorta di una disamina estremamente superficiale della stessa.

La norma parla di "possibilità" e non certamente di "volontà".

La volontà delle parti, quindi, deve essere scissa, ai sensi del citato art. 8, dalla "possibilità" di proseguire; pertanto il Legislatore fa derivare conseguenze dalla possibilità, tecnicamente intesa e non certo dalla mera volontà, spesso preconstituita o aprioristica.

Lessicalmente, la "possibilità" consiste nella condizione, nella facoltà, nel potere di fare una cosa; è l'eventualità che qualcosa possa accadere o essere fatto; è l'occasione, l'opportunità, la facoltà di fare o ottenere qualcosa.

Quando la norma recita: "... invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione", intende che i soggetti comparsi dinanzi al mediatore debbano esprimere non già una mera e, come vuolsi in dottrina, non necessariamente motivata volontà personale di proseguire o meno e, quindi, di iniziare la mediazione, bensì un vero e proprio "parere" in merito alla "possibilità" o meno di procedere con l'ulteriore fase del procedimento, ovvero con l'esperimento del tentativo di conciliazione.

Trattasi, quindi, di un parere, peraltro non vincolante per il mediatore, in quanto la norma disciplina solo il caso in cui le parti si esprimano favorevolmente, tacendo sull'ipotesi contraria; in effetti la norma non prevede e non regola espressamente l'ipotesi in cui le parti e/o i loro legali si esprimano negativamente sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione, ma solo quella contraria laddove recita: "... e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento".

Ma in cosa consiste, materialmente, la possibilità?

La sfera del possibile è decisamente ampia ed involvente elementi e dinamiche di diversa natura; in ogni caso non afferisce in alcun modo alla sfera della volontà delle parti e non interagisce assolutamente con la stessa, costituendo un fattore autonomo legato a ciò che si può o non si può e non già a ciò che si vuole o non si vuole fare; vi è una differenza sostanziale tra ciò che si vuole e ciò che si può ed a quest'ultima specie si è riferita la norma.

Da tale asserto scaturisce che la volontà del Legislatore si sia orientata alla volta della tecnicizzazione dell'evento consistente nell'espressione delle parti, intendendo che il loro parere in merito alla possibilità di proseguire costituisca una chiara scaturigine della disamina di alcune condizioni tecnico – giuridiche; in effetti, come cercheremo di chiarire tra breve, la risposta delle parti al mediatore va ad assumere una valenza di ricognizione delle condizioni che possano determinare il proseguimento, anzi il vero e proprio inizio del procedimento, andando a ricondursi nell'ambito di una, pur se non sufficientemente normata, procedibilità dell'istanza di mediazione.

Quando può non essere "possibile" iniziare la procedura?

Sappiamo che una domanda di mediazione deve possedere specifici requisiti, consistenti ad esempio e a titolo non certamente esaustivo, nella precisa identificazione dell'Organismo adito, nel rispetto della competenza territoriale dello stesso, nella corretta identificazione delle parti, nel rispetto dell'eventuale litisconsorzio, nella chiara esposizione del petitum, nell'indicazione del valore della controversia; deve, inoltre, afferire a diritti disponibili.

Se ne deduce che, in assenza di uno o alcuno di tali requisiti, la domanda di mediazione involva il carattere di una vera e propria improcedibilità, pur se non espressamente normata e che il Legislatore abbia affidato alle parti ed ai loro avvocati l'onere di esprimersi in merito alla sussistenza dei presupposti della domanda di mediazione al fine di verificarne la procedibilità o meno; qualora questi o alcuni di questi manchino o siano insufficienti, appare ovvio che non si possa procedere con l'esperimento della procedura per improcedibilità della domanda di mediazione.

A questo punto è chiaro che, in assenza delle condizioni di procedibilità della procedura di mediazione, il relativo procedimento, qualora proseguito, non sia in grado, a sua volta, di assolvere la condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Ne consegue che, in siffatta ipotesi, è impensabile che il mediatore possa redigere un verbale di conciliazione non riuscita, in quanto la mediazione non è neppure iniziata per i vizi procedurali che ne impediscono lo svolgimento.

Ad avviso di chi scrive, l'improcedibilità della mediazione può essere relativa o assoluta, con conseguenze diverse a seconda della relativa ipotesi.

Può aversi improcedibilità assoluta quando la domanda di mediazione sia carente di uno o più elementi essenziali o che questi siano del tutto assenti o non corretti e, pertanto, la domanda risulti insanabile; a questo punto il mediatore deve verbalizzare tale circostanza ed il procedimento non può iniziare, ma deve/può essere attivato ex novo, dopo aver rimosso le criticità che ne hanno determinato l'improcedibilità.

Può aversi improcedibilità relativa quando gli elementi carenti o assenti della domanda siano sanabili dal comportamento delle parti; in tal caso il mediatore può invitare le stesse ad attivarsi al fine di sanare i vizi della domanda e rinviare in prosieguo di primo incontro al fine di procedere alla mediazione all'esito della verifica ultronea di procedibilità della domanda stessa.

Vi è di più.

Il già citato art. 5 comma 2-bis, laddove prevede che: "Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo", intende disciplinare una fattispecie che,

temporalmente, si colloca in una fase immediatamente successiva a quella appena esaminata, ovvero presume che le parti si siano espresse favorevolmente in merito alla possibilità di iniziare la mediazione, che la stessa sia iniziata e che si sia conclusa negativamente nel corso del primo incontro.

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

Per contro, la condizione di procedibilità della domanda giudiziale non è assolta nell'esaminata ipotesi in cui le parti si siano espresse negativamente in merito alla "possibilità" di iniziare la procedura, in quanto non essendo la stessa neppure iniziata, non può in alcun modo assolvere la condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Occorre, comunque, considerare che il Legislatore, che in un primo momento aveva definito il primo incontro "Incontro di programmazione", in sede di conversione del Decreto del fare lo ha definito semplicemente "Primo incontro".

Tale differenza è fondamentale, in quanto vale a far comprendere la reale strutturazione del procedimento, il quale non si scinde in due fasi, quella preliminare e, all'esito della prima, quella successiva, ovvero la mediazione vera e propria; ridenominando il primo incontro, il Legislatore ha inteso chiarire che la procedura ha inizio già al momento del primo incontro, il quale consta di due fasi: quella prettamente tecnica che prevede che le parti e gli avvocati delle stesse si esprimano in merito alla possibilità di iniziare la procedura, quindi la seconda fase, la quale ha inizio immediatamente dopo e consiste nel vero procedimento di mediazione, la quale, dopo il parere delle parti, può iniziare.

Avv. Vincenzo Ferrò