

Centro Studi

**D**iritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

## Mediazione ed improcedibilità, il merito non segue la Cassazione: nel primo incontro si deve procedere ad effettiva mediazione

La Suprema Corte di Cassazione ([sent. 8473/2019](#)) - con riferimento all'interrogativo, in caso di [mediazione](#) ante causam ed ai fini della procedibilità della domanda, circa la necessaria presenza o meno delle parti e della legittimazione rappresentativa dei difensori nell'ambito del primo incontro avanti al mediatore - ha affermato che la condizione di procedibilità può ritenersi realizzata al termine del primo incontro davanti al mediatore, qualora una o entrambe le parti, richieste dal mediatore dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, comunichino la propria indisponibilità di procedere oltre. Si ritiene che il detto principio di diritto non sia condivisibile, dovendo invece ritenersi che - sebbene l'effettività della mediazione, richiesta ai fini della procedibilità della domanda giudiziale, non implichi necessariamente il superamento del primo incontro ed il completamento della procedura - già nel corso del primo incontro di mediazione, superata e conclusa la fase dedicata all'informativa delle parti, si debba procedere ad effettiva mediazione (fattispecie in tema di mediazione demandata).

NDR: per la richiamata, difforme, pronuncia di legittimità si veda lo [Speciale Mediazione dopo Cassazione civile 8473/2019: testo sentenza + primi commenti](#).

**Tribunale di Firenze, sentenza del 8.5.2019**

...omissis...

## SENTENZA

dandone lettura.

### REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Con atto di citazione ritualmente notificato, la BANCA

ha convenuto in giudizio il Sig.

chiedendo

l'accertamento della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 2901 c.c. con riferimento alla vendita in data 4.03.2014 di un compendio immobiliare da parte di ai due figli in parti uguali e, stante la sopravvenuta rivendita a terzi da parte degli acquirenti i dello stesso compendio, la condanna di questi ultimi al risarcimento dei danni patiti ex art. 2043 c.c., quantificati in € 155.000,00.

I sigg.ri si sono costituiti in giudizio ed hanno contestato la sussistenza dei presupposti dell'azione revocatoria, logicamente presupposta all'azione risarcitoria, chiedendo il rigetto delle domande attoree.

Il Sig. pur ritualmente citato, è restato contumace.

All'udienza del 20.07.2018 l'Ufficio, previa interlocuzione con le parti, ed avendo le stesse dichiarato di nulla opporre al riguardo, ha disposto l'esperimento del procedimento di mediazione ai sensi dell'art. 5 co. II, D.lgs. n. 28/2010. Con l'ordinanza di invio le parti sono state espressamente avvisate, tra l'altro, che: *“sin dal primo incontro avanti al mediatore dovrà procedersi ad effettiva attività di mediazione nel merito della lite”*; che *“dello svolgimento di tale attività dovrà darsi atto a verbale”* e chiarendo che *“ai sensi dell'art. 8, comma 1, le parti possono esprimersi sulla possibilità - vale a dire sulla eventuale sussistenza di impedimenti all'effettivo esperimento della medesima - e non sulla volontà di procedere; in tale ultimo caso si tratterebbe invece di tentativo facoltativo rimesso al mero arbitrio delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale interpretatio abrogans*

della norma e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflattiva”, avvertendosi “che il mancato esperimento del procedimento di mediazione è sanzionato con la improcedibilità della domanda giudiziale (art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010)”; e che “la condizione di procedibilità si considera avverata se il primo incontro avanti al mediatore si conclude senza accordo (art. 5, co. 2 bis)”.

In data 08.01.2019, si è costituita tramite atto di intervento volontario ex art. 111 c.p.c.,  
\_\_\_\_\_, in qualità di mandataria di \_\_\_\_\_, cessionaria *pro soluto* a titolo particolare del credito inerente il finanziamento concesso al \_\_\_\_\_ dalla Banca attrice, facendo proprie integralmente le difese di quest’ultima.

La mediazione, dopo vari rinvii chiesti dalle parti, si è svolta in data 29.01.2019.

Come si legge dal relativo verbale versato in atti, ritualmente sottoscritto senza riserve da tutti gli intervenuti, in sede di primo incontro, dopo che il mediatore aveva chiarito ai presenti funzioni e modalità della mediazione, richiamando anche il contenuto dell’ordinanza su indicata, e preso atto delle conseguenze processuali in caso di mancato avvio del procedimento di mediazione, l’avv. \_\_\_\_\_ per \_\_\_\_\_ dichiarava che non era possibile iniziarlo, mentre i convenuti rilasciavano dichiarazione positiva.

Il procedimento è stato quindi dichiarato concluso dal mediatore.

Seguiva lo scambio delle memorie ex art. 183 comma VI c.p.c.

Con la seconda memoria ex art. 183 VI co. c.p.c., depositata in data 18.02.2019, i convenuti \_\_\_\_\_, oltre a ribadire l’infondatezza delle pretese avversarie, hanno eccepito l’improcedibilità della domanda per il mancato esperimento effettivo della procedura di mediazione per causa imputabile alla stessa società cessionaria, attrice sostanziale.

Con la terza memoria ex art. 183, VI co. c.p.c., \_\_\_\_\_, con riferimento all’eccezione preliminare di improcedibilità, ha dedotto che “*al primo incontro di mediazione, dall’analisi preliminare delle rispettive posizioni emergeva una distanza tale da rendere assolutamente superfluo l’esperimento del procedimento che avrebbe solamente comportato un inutile aggravio di spese*”.

All’udienza del 28.03.2019, i difensori hanno insistito nelle proprie istanze ed opposizioni istruttorie, mentre l’attrice ha chiesto l’estromissione dal giudizio.

L’Ufficio, preso atto dell’eccezione preliminare di improcedibilità della domanda ha invitato le parti a precisare le conclusioni.

Le parti hanno precisato le conclusioni come segue:

“L’Avv. \_\_\_\_\_ conclude come in atti, riportandosi circa la questione di rito sollevata alla memoria ex art 183, comma 6, n. 3 c.p.c..

L'Avv. \_\_\_\_\_ conclude, nel merito, come da memoria ex art 183, comma 6, n. 1 c.p.c., [e cioè reiterando le conclusioni di cui all'atto introduttivo, ed elevando la propria richiesta risarcitoria ad €170.220,18, oltre interessi] ed in via istruttoria e sulla questione preliminare come da memorie ex art 183, comma 6, n. 2 e n. 3 c.p.c. Insiste altresì per l'estromissione della Banca.

L'Avv. \_\_\_\_\_ conclude, nel merito, come da memoria ex art 183, comma 6, n. 1 c.p.c., ed in via istruttoria e sulla questione preliminare come da memorie ex art 183, comma 6, n. 2 e n. 3 c.p.c.”

E' stata quindi disposta la discussione orale della causa ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c., incombente cui si è provveduto in data odierna.

.....

1) La mediazione delegata dal Giudice come condizione di procedibilità. La normativa vigente e la lettura offerta dalla giurisprudenza di merito.

La questione pregiudiziale da valutare concerne la sanzione dell'improcedibilità del giudizio nell'ambito del quale sia stato disposto l'esperimento di procedimento di mediazione da parte del Giudice, quando la parte onerata *ex lege* di introdurre e coltivare il relativo procedimento, e cioè la parte attrice, pur avendo presentato rituale domanda comparando al primo incontro, non abbia dato corso all'effettiva mediazione, dichiarando l'impossibilità di procedere in tal senso.

Il fondamento normativo della fattispecie si rinviene nel comma 2 dell'art. 5 (rubricato: "Condizioni di procedibilità e rapporti con il processo") del D.lgs. n. 28/2010 ss.mm., in base al quale:

*"Fermo quanto previsto dal comma 1-bis 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 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 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".*

Con riferimento all'avveramento della condizione di procedibilità, il comma 2-bis dell'art. 5 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".*

È, dunque, sufficiente ai fini della procedibilità della domanda che sia intrapreso e concluso il “primo incontro” dinanzi al mediatore, anche se questo primo incontro si conclude senza l’accordo, che costituisce, invece, l’esito positivo della mediazione.

Sul contenuto di questo primo incontro, che è fondamentale nel sistema della mediazione obbligatoria ai fini dell’avveramento della condizione di procedibilità, il D.lgs. n. 28/2010 non è particolarmente eloquente.

Al riguardo viene in rilievo l’art. 8 del decreto citato (rubricato: “Procedimento”), il quale al comma 1, statuisce che *“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”*.

Pacificamente, in base all’art. 8 citato, il primo incontro ha in primo luogo un contenuto informativo. Ciò al fine evidente di chiarire alle parti le finalità cui l’istituto della mediazione è diretto, le sue modalità di svolgimento ed i vantaggi, ad es., di natura tributaria, che sono ad esso connessi.

Sul punto la norma è chiara e vi è sostanziale uniformità di vedute in dottrina e giurisprudenza.

Il punto controverso è invece quello relativo alla necessità, al fine di ritenere avverata la condizione di procedibilità ai sensi del citato art. 5 comma 2-bis, che la mediazione abbia anche un carattere effettivo oltre che informativo e cioè che, superato il momento informativo, le parti debbano procedere ad un’effettiva mediazione nel merito delle questioni controverse.

È infatti caratteristica essenziale della mediazione in generale quella di essere finalizzata ad instaurare o ripristinare un dialogo tra le parti che, secondo l’*id quod plerumque accidit*, la prospettata intenzione di promuovere un giudizio (nella mediazione *ante causam*), ovvero, la pendenza dello stesso (nella mediazione su ordine del Giudice), normalmente interrompe.

Secondo un primo orientamento, che nella giurisprudenza di merito risulta recessivo (si v. Trib. Verona, 24.03.2014), al fine della procedibilità della domanda ex art. 5 comma 2-bis d.lgs. n. 28/2010, il primo incontro di mediazione può avere carattere meramente informativo. Sin d’ora si segnala che tale orientamento ha trovato autorevole avallo da parte della Corte di Cassazione nella recentissima sentenza n. 8473 del 27 marzo 2019.

Secondo una diversa impostazione, la mediazione deve essere, invece, non solo informativa ma necessariamente effettiva ai fini della procedibilità della domanda (Trib. Firenze, ord. 19 marzo 2014-est. Breggia; Trib. Palermo, ord. 16.7.2014; Trib. Rimini, ord. 16.7.2014, Trib. Bologna, 16.10.2014; Trib. Cassino, 8.10.2014; Trib. Monza, 20.10.2014; Trib. Siracusa, 17.1.2015; Trib. Pavia, 9.3.2015;

Trib. Milano, 7.5.2015; Trib. Milano, 27.4.2016; Trib. Roma, sent. 8554 del 28.04.2016; Trib. Busto Arsizio, 3.2.2016; Trib. Roma, sent. 23.02.2017 est. Moriconi; C.d.A. Milano, sent. 10.05.2017; Trib. Santa Maria Capua Vetere, ord. 6.04.2018- est. Bianco).

Tale secondo orientamento, pur persistendo talune voci contrarie, si è ampiamente diffuso negli uffici di merito, così come si evince dalla Relazione del 17.1.2017 conclusiva dei lavori della Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Guido Alpa sugli strumenti di degiurisdizionalizzazione (cfr. pagg. 28-29 della Relazione) e che si è occupata specificatamente, tra gli altri, dell'istituto della mediazione.

Nella giurisprudenza di merito maturata sul punto è, peraltro, dato scorgere una duplicità di posizioni interpretative, di cui occorre dar conto.

Una prima variante interpretativa (tra le molte: Trib. Roma, sent. 26.05.2016; Tribunale di Civitavecchia, ord 15.01.2016; Trib. Vasto, ord. 23.04.2016; Trib. Pavia, 20.01.2017; Trib. Monza, ord. 18.04.2018), che si è diffusa con specifico riferimento alla mediazione ordinata dal Giudice, l'effettività della mediazione, richiesta ai fini della procedibilità della domanda giudiziale, implicherebbe necessariamente, in base ad una lettura teleologica e sistematica dell'istituto, il superamento del primo incontro ed il completamento della procedura. Gli argomenti principali addotti a favore di questa ricostruzione sono: i) la necessità di valorizzare la ritenuta mediabilità in concreto della lite compiuta dal Giudice (prevista dall'art. 5 comma 2 del D.lgs. n. 28/2010); ii) l'inutilità di un mero inadempimento informativo in favore delle parti, posto che le parti devono essere ex art. 4 comma 3 D.lgs. n. 28/2010 dal proprio legale e perché, comunque, all'informativa provvederebbe il Giudice in ambito processuale.

Tale opzione interpretativa, come si legge chiaramente in alcune di tali pronunce (ad es. Trib. Pavia, 20.01.2017), porta inevitabilmente a ritenere che l'art. 5 comma 2-bis (secondo cui *“la condizione di procedibilità si considera avverata se il primo incontro si conclude senza accordo”*) trovi applicazione esclusivamente in caso di mediazione obbligatoria *ante causam* e non anche con riferimento alla mediazione demandata dal Giudice. Ulteriore implicazione è che, di fatto, le parti sarebbero sempre tenute al pagamento dei compensi all'organismo di mediazione.

Infatti, ai sensi dell'art. 17 comma 5-ter D.lgs. n. 28/2010 *ssmmii* il compenso non è dovuto solo se la procedura si esaurisce con un mancato accordo all'esito del primo incontro (testualmente: *“Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione”*). Ne segue che ove la procedura vada oltre il primo incontro, evenienza ritenuta necessaria da tale opzione interpretativa, il compenso in questione sarà sempre dovuto.

Altro orientamento, sempre a sostegno dell'effettività della mediazione, condiviso da questo Giudice, come già esplicitato chiaramente nell'ordinanza di invio in mediazione, ritiene invece che, già nel corso del primo incontro di mediazione, superata e conclusa la fase dedicata all'informativa delle parti, si debba procedere ad effettiva mediazione (trattasi di linea interpretativa generalmente condivisa negli ultimi anni dai Giudici della III e V sez. civile di questo Ufficio, oltre che, ad es., da Trib. Pavia, ord. 26.09.2016; Trib. Siracusa, ord. 15.05.2018; Corte d'Appello Milano, Sent. 10.05.2017. Sul punto si veda anche, da ultimo, questo Tribunale sentenza 27.4.2019, est. Mazzevoli).

Il primo incontro di mediazione dovrebbe, quindi, avere natura essenzialmente "bifasica", la prima informativa, sulle modalità e funzioni della mediazione, e la seconda di mediazione effettiva.

Il quadro normativo di riferimento, infatti, non sembra lasciar spazio per una distinzione in punto di avveramento della condizione di procedibilità che poggi sulla diversità dei due tipi di mediazione obbligatoria, *ex lege* (art. 5, comma 1-bis cit.) o *ex officio* (art. 5 comma 2 cit.). La disciplina della mediazione obbligatoria è regolata in modo unitario dall'art. 8, per quanto attiene al procedimento, e dall'art. 5, comma 2-bis del D.lgs. n. 28/2010 per quanto attiene i presupposti di avveramento della condizione di procedibilità.

In particolare, da tale ultima disposizione si evince chiaramente che, ai fini della procedibilità, è sufficiente che le parti partecipino al primo incontro davanti al mediatore, anche se esso si concluda senza accordo e non vi è nella legge alcun elemento per differenziare le due ipotesi di mediazione in punto di avveramento della condizione di procedibilità.

È ovvio che un procedimento di mediazione compiutamente esperito in una pluralità di incontri avrà una maggiore probabilità di esito conciliativo della controversia rispetto a una mediazione *uno actu*. *De jure condito*, tuttavia, si ritengono, ad avviso di questo Giudice, non legittime quelle opzioni interpretative funzionali a distinguere i presupposti dell'avveramento della condizione di procedibilità in considerazione della diversa tipologia di mediazione obbligatoria.

La conclusione è che l'art. 5, co. 2-bis, citato si applica anche alla mediazione per ordine del giudice.

2) Il *dictum* della Corte di Cassazione sent. n. 8473 del 27.03.2019.

In questo contesto interpretativo, come accennato, è intervenuta la Suprema Corte di Cassazione.

La questione in diritto all'esame della Corte concerneva, in un caso di mediazione *ante causam* la problematica, ai fini della procedibilità, della necessaria presenza o meno delle parti e della legittimazione rappresentativa dei difensori nell'ambito del primo incontro avanti al mediatore.

In tale contesto la Suprema Corte ha affrontato anche il seguente ulteriore e diverso aspetto, costituente vero e proprio *obiter dictum*, affermando il seguente principio di diritto: "La condizione di

*procedibilità può ritenersi realizzata al termine del primo incontro davanti al mediatore, qualora una o entrambe le parti, richieste dal mediatore dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, comunicino la propria indisponibilità di procedere oltre”.*

Nella parte motiva, la S.C. ha evidenziato che *“l’onere della parte che intenda agire in giudizio (o che, avendo agito, si sia vista opporre il mancato preventivo esperimento della mediazione e sia stata rimessa davanti al mediatore dal giudice) di dar corso alla mediazione obbligatoria possa ritenersi adempiuto con l’avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al primo incontro davanti al mediatore, all’esito del quale, ricevute dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalità di svolgimento della mediazione, può liberamente manifestare il suo parere negativo sulla possibilità di utilmente iniziare (rectius proseguire) la procedura di mediazione”.* E, in altro passaggio, si ribadisce il concetto con la seguente statuizione: *“non può invece ritenersi che al fine di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità sia necessario pretendere dalla parte anche un impegno positivo ad impegnarsi in una discussione alternativa rispetto al giudizio”.*

La sentenza n. 8473/2019 ritiene, dunque, che l’art. 8 D.lgs. n. 28/2010, laddove fa riferimento alla *“possibilità”* di iniziare il procedimento su cui le parti sono chiamate dal mediatore ad esprimersi (*“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”*), sia da interpretarsi come volontà di intraprendere il confronto in mediazione.

La motivazione dell’arresto di legittimità è incentrata essenzialmente su due argomenti.

Un primo argomento è di ordine sistematico-costituzionale: l’esperimento della mediazione obbligatoria *ante causam* costituirebbe una forma di condizionamento all’accesso alla giustizia, e pertanto la relativa disciplina andrebbe interpretata in modo non estensivo, ovvero *“in modo da non rendere eccessivamente complesso o dilazionato l’accesso alla tutela giurisdizionale”* (così la sentenza citata, in motivazione).

Un secondo argomento è - dichiaratamente - di tipo letterale: la struttura del procedimento di mediazione, così come risultante dall’art. 8 D.lgs. n. 28/2010 sarebbe *“suddivisa in un primo incontro preliminare davanti al mediatore... e in uno o più incontri successivi di effettivo svolgimento della mediazione”*. E, prosegue la Corte di Cassazione *“solo se le parti gli danno il via per procedere alla successiva fase di discussione, il mediatore andrà avanti... altrimenti si arresterà alla fase preliminare (all’esito della quale sono dovute solo le spese e non anche il compenso del mediatore)”*. Col che la condizione di procedibilità deve ritenersi assolta in base all’art. 5 comma 2 bis proprio con l’espletamento del primo incontro, che si ritiene avere natura preliminare informativa.

3) Le ragioni del dissenso rispetto a tale pronuncia. Necessità che il primo incontro di mediazione abbia contenuto anche effettivo ai fini della procedibilità della domanda.

Ritiene il giudicante che il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte, a quanto consta primo ed unico precedente di legittimità sul punto, non sia condivisibile per molteplici ragioni, in buona parte già evidenziate dalla pregressa giurisprudenza di merito e che il giudice di legittimità, nell'*obiter dictum* sopra indicato, non sembra avere adeguatamente valutato.

Ciò induce a dare ulteriore seguito all'indirizzo interpretativo di merito sopra evidenziato.

In proposito vengono in rilievo le seguenti considerazioni in diritto.

*In primis*, circa l'argomento fondato sulla struttura del procedimento, si osserva che non si rinviene, nella disciplina legale (in part. art. 8 D.lgs. n. 28/2010) una rigida distinzione tra "incontro preliminare" e "uno o più incontri di effettivo svolgimento della mediazione".

Infatti, dall'art. 8 cit. si rinviene piuttosto un dato diverso, essendo ivi previsto che "nello stesso primo incontro, [il mediatore] 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". Espressa la "possibilità di iniziare la procedura", il mediatore "procede con lo svolgimento" del procedimento di mediazione "nello stesso primo incontro". Il contenuto della norma, di per sé sembra condurre a conclusioni esattamente opposte a quelle fatte proprie dalla pronuncia di legittimità.

Del resto, lo stesso D.lgs. n. 28/2010 prevede che, nell'ambito del primo incontro, possa addivenirsi ad un accordo conciliativo.

Ciò si ricava, a contrario, dall'art. 5 comma 2-bis e dall'art. 17 comma 5-ter del decreto che fanno riferimento all'ipotesi che "il primo incontro si concluda senza accordo", così lasciando intendere che un accordo vi possa anche essere; ma, sembra evidente, che perché vi possa essere un accordo, le parti devono essere messe nella condizione di interloquire nel merito delle reciproche posizioni e far emergere i propri interessi già in quella sede. Occorre, in altre parole, che già al primo incontro la mediazione tra le parti sia effettiva.

Ancora, rimanendo sull'analisi letterale delle disposizioni di legge oggetto della pronuncia, la sentenza della Corte di legittimità interpreta il termine "possibilità", sulla quale il mediatore chiede alle parti di esprimersi ex art. 8 D.lgs. n. 28/2010, come "parere negativo sulla possibilità di utilmente iniziare (*rectius* proseguire) il procedimento", in tal modo di fatto confondendo la "possibilità" di avviare la mediazione con la "volontà" di mediare, che è concetto ben diverso.

Un criterio letterale di interpretazione suggerisce, al contrario, di tenere ben distinti i concetti di "possibilità", termine utilizzato dall'art. 8 D.lgs. n. 28/2010, da quello di volontà, essendo solo il primo volto, normalmente, a indicare situazioni oggettivamente abilitanti il compimento di azioni o l'esercizio

di facoltà o diritti. Nella fattispecie, sembra maggiormente conforme alla lettera della legge l'interpretazione secondo cui la "possibilità", che le parti sono chiamate a rappresentare al mediatore e sulla quale egli le chiama ad esprimersi, debba considerarsi come inerente alle condizioni ostative all'utile e legittimo esperimento della mediazione vera e propria. Tale impossibilità, ad esempio, e senza pretesa di completezza, ricorrerà nei casi in cui vi sia un difetto di legittimazione o di rappresentanza sostanziale del soggetto che partecipa alla mediazione; ovvero, qualora il procedimento sia stato attivato in relazione a controversie aventi a oggetto materia sottratta alla disponibilità delle parti. Dunque, il vaglio preliminare di possibilità sembra doversi intendere come possibilità oggettiva di procedere alla mediazione, a nulla rilevando le valutazioni delle parti, meramente soggettive, inerenti la mera volontà di procedere.

In tal senso depongono anche argomenti logici e sistematici.

Ritenere che "possibilità" equivalga a "volontà" finisce con equiparare la mediazione obbligatoria (per volontà del legislatore, ovvero del giudice che l'abbia disposta in corso di causa) a quella facoltativa, sempre ammessa in materia di diritti disponibili ed il cui mancato esperimento è privo di sanzione processuale.

Così opinando, tuttavia, la mediazione facoltativa e quella obbligatoria non sarebbero più sostanzialmente distinguibili, con l'effetto di un'interpretazione abrogante dello stesso istituto della mediazione obbligatoria (in questo senso, tra le molte, v. Trib. Firenze, ordinanza 19 marzo 2014- est. Breggia; Trib. Firenze, ord. 15 ottobre 2015 – est. Scionti; Tribunale Siracusa, sez. II 30 marzo 2016; Tribunale Firenze Sez. spec. Impresa 16 febbraio 2016; Tribunale Firenze, 21 aprile 2015).

Non condivisibile è poi l'ulteriore argomento addotto dalla S.C. circa la necessità di interpretare restrittivamente (o meglio, *"in modo non estensivo"*) le ipotesi di giurisdizione condizionata quali quelle ove è obbligatoria la mediazione. Tale impostazione sembra voler intendere che l'obbligatorietà di una mediazione effettiva sarebbe sostanzialmente ostativa e pregiudicante rispetto al diritto di azione, così potendosi ipotizzare un potenziale conflitto di tale disciplina con l'art. 24 della Costituzione.

Sul punto è sufficiente richiamarsi, per confutare la tesi della S.C., ai principi che provengono dal Giudice delle Leggi e dalla giurisprudenza comunitaria.

La Corte Costituzionale, nella materia analoga del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie in materia di lavoro –previsto fino al 2010– e del possibile contrasto di tale istituto con gli artt. 3 e 24 Cost. ha statuito, con sentenza n. 276/2000, che *"la giurisprudenza consolidata di questa Corte ritiene che l'art. 24 della Costituzione, laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a*

*salvaguardare <<interessi generali>>, con le dilazioni conseguenti. E' appunto questo il caso in esame, in quanto il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall'altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo. La normativa denunciata è, d'altronde, modulata secondo linee che rendono intrinsecamente ragionevole il limite all'immediatezza della tutela giurisdizionale. [...] Quanto all'improcedibilità della domanda per il mancato esperimento del tentativo di conciliazione (art.412-bis), tale sanzione, lungi dal risolversi in una questione processuale inutile, rappresenta la misura con la quale l'ordinamento assicura effettività all'osservanza dell'onere. Dal suo canto l'estinzione del giudizio per mancata tempestiva riassunzione (art. 412-bis, quinto comma) costituisce normale applicazione del principio generale che considera con sfavore l'inattività delle parti. Sotto nessuno degli indicati profili può, pertanto, ravvisarsi violazione dell'art. 24 della Costituzione.”.*

Trattasi di considerazioni senz'altro estensibili anche all'istituto della mediazione obbligatoria e al suo “impatto” sulla tutela giurisdizionale dei diritti.

Sostanzialmente sulla stessa linea interpretativa è il dibattito in ambito sovranazionale, ove è ricorrente l'affermazione, fondata sulle Carte dei diritti fondamentali (in part. CEDU e CDFUE) secondo cui i sistemi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione, ove previsti obbligatoriamente dalla legge, devono essere giustificati da ragioni di interesse pubblico e non devono essere eccessivamente gravosi.

La Dir. 2008/52/CE, relativa a “*determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*” (il cui testo è stato recentemente confermato dalla Commissione europea nel 2016), che prevede il ricorso a procedimenti di mediazione nell'ambito delle controversie di natura transfrontaliera, è conforme a tali indicazioni: l'art. 5 co. 2 della Direttiva fa salva la possibilità per la legislazione nazionale di prevedere forme obbligatorie di mediazione, 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*”.

In argomento si richiama la sentenza 14.06.2017 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, (Livio e altri, causa C-75/16), la quale, in una fattispecie di mediazione obbligatoria in materia consumeristica, interpretando la Dir. 2013/11/UE (nota come direttiva “ADR consumatori”), ha ritenuto che la previsione di ipotesi di mediazione obbligatoria *ante causam* sia compatibile con il Diritto dell'Unione, purché si tratti di interventi “*con obiettivi di interesse generale e tali interventi non*

*siano sproporzionati ed inaccettabili*”, tali da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti. Si tratta di principi già affermati in precedenza dalla CGUE, ad esempio con sentenza 18.03.2010, Alassini e altri (cause da C-317/08 a C-320/08), resa in una fattispecie caratterizzata da tentativo obbligatorio di conciliazione *ante causam* in materia consumeristica (in questo caso, con riferimento alla Direttiva “servizio universale” Dir. 2002/22/CE). In tale arresto (punti 61-64) si legge che “*il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell’Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU, oltre ad essere stato ribadito anche dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (v. sentenza Mono Car Styling, cit., punto 47 e giurisprudenza ivi citata). A tal riguardo è pacifico nelle fattispecie principali che, subordinando la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali proposti in materia di servizi di comunicazioni elettroniche all’esperienza di un tentativo obbligatorio di conciliazione, la normativa nazionale di cui trattasi ha introdotto una tappa supplementare per l’accesso al giudice. Tale condizione potrebbe incidere sul principio della tutela giurisdizionale effettiva. Tuttavia, secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti (v., in tal senso, sentenza 15 giugno 2006, causa C 28/05, Dokter e a., Racc. pag. I-5431, punto 75, e giurisprudenza ivi citata, nonché Corte eur. D.U., sentenza Fogarty c. Regno Unito del 21 novembre 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI, § 33). Orbene, come rilevato in udienza dal governo italiano, si deve anzitutto constatare che le disposizioni nazionali di cui trattasi hanno ad oggetto una definizione più spedita e meno onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, nonché un decongestionamento dei tribunali, e perseguono quindi legittimi obiettivi di interesse generale*”.

Venendo in concreto alla disciplina dell’istituto della mediazione di cui al D. Lgs. n. 28/2010 e ssmmii, non può dubitarsi che essa sia in linea con i suddetti principi generali, ancorché interpretata nel senso che qui si va sostenendo.

Infatti, emergono gli interessi generali che si intendono perseguire mediante il ricorso alla mediazione obbligatoria.

Essa è istituto giuridico che ha funzione complessa, che in parte ha una ricaduta in termini di deflazione del contenzioso giurisdizionale e in parte mira a favorire un diverso e alternativo metodo di risoluzione dei conflitti inter-privati.

La produzione normativa degli ultimi anni mostra una sempre maggiore attenzione da parte del legislatore rispetto a forme alternative rispetto a quella classica (*decisum* del giudice) di definizione delle controversie, in modo tale cioè da valorizzare e promuovere, per quanto possibile, forme di definizione concordata tra le parti, con gli inevitabili effetti “benefici” per il sistema ad esse conseguenti.

Ciò è avvenuto, prima, nell’ambito della giurisdizione penale ove, mutuando istituti che già avevano dato buona prova di sé negli ordinamenti anglosassoni, si sono creati modelli procedurali “alternativi” al rito ordinario, notoriamente lungo e costoso, che poggiano, quale dato saliente, sul consenso delle parti (si pensi agli istituti del rito abbreviato e, soprattutto, all’applicazione della pena su richiesta, artt. 438 e 444 c.p.p.).

Senza alcuna pretesa di esaustività, ma solo al fine di descrivere una tendenza legislativa ormai consolidata, sono stati introdotti nell’ordinamento processuale civile istituti finalizzati a perseguire al massimo la conciliazione della lite (si pensi alla consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi art. 696-bis c.p.c., alla mediazione stessa, alla negoziazione assistita ed agli altri interventi per favorire la de-giurisdizionalizzazione della lite, alla proposta conciliativa giudiziale ex art. 185-bis c.p.c. ecc.).

Si è voluto cioè, in primo luogo, decongestionare l’accesso alla giustizia civile ovvero favorire l’esodo, al fine di recuperare funzionalità agli uffici della giurisdizione civile, notoriamente “affossati” in molte realtà da endemica grave sproporzione tra entità dei carichi di lavoro e personale disponibile. Così si è inteso rimediare anche alla connessa grave problematica della lentezza del processo civile e alla onerosità per lo Stato delle conseguenze della violazione delle disposizioni (sovranazionali e nazionali) inerenti l’irragionevole durata delle procedure (cfr L. n. 89/2001).

In secondo luogo, in un’ottica per così dire di sistema, e tenuto conto di interessanti contributi dottrinali, è stata acquisita specifica consapevolezza del valore primario della conciliazione della lite, quale strumento idoneo a consentire la pacificazione dei contendenti.

Ciò, oltre ai positivi effetti sul piano extra-giuridico, produce ricadute positive sul sistema processuale, vuoi perché in presenza di un accordo le parti rinunciano ad avvalersi degli ordinari rimedi processuali (es. impugnazioni), con corrispondente effetto benefico per le giurisdizioni superiori; vuoi perché, essendo dato di comune esperienza che gli impegni assunti in sede di accordo sono di regola osservati spontaneamente dalle parti, assai raro è in tal caso il ricorso alle procedure esecutive ed alle relative fasi di opposizione.

La scelta ermeneutica operata con la sentenza n. 8473/2019, fondata sull’idoneità, ai fini della procedibilità della domanda, di un primo incontro meramente informativo e preliminare, si pone in

distonia con le suddette finalità della mediazione ed in genere con i sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, c.d. ADR (“*alternative dispute resolution*”).

Ridurre l’esperienza del procedimento di mediazione, ai fini della procedibilità, a una mera comparizione delle parti innanzi al mediatore (per di più con la possibilità di farsi rappresentare dai propri difensori muniti di procura speciale come precisato dalla S.C.), per ricevere un’informazione preliminare sulle finalità e le modalità di svolgimento della mediazione e per dichiarare che semplicemente non c’è volontà di mediare comporta, infatti, un elevato rischio che tutto il procedimento divenga un “vuoto rituale”. Il tutto con ricadute negative anche sulla tempestiva erogazione del servizio giustizia, che di fatto potrebbe essere ostacolato dagli stessi incumbenti legati alla mediazione.

Né d’altra parte l’orientamento che qui si condivide pone problemi sotto il profilo della menomazione del diritto fondamentale di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti, così come inteso dal Giudice delle leggi e dalla giurisprudenza comunitaria.

La partecipazione al solo primo incontro, anche se comprensivo di una fase di effettiva mediazione, rende trascurabili i maggiori oneri richiesti alle parti, rispetto all’opzione fatta propria dalla Suprema Corte (incontro dal contenuto meramente informativo). L’inevitabile maggior durata del primo incontro, è infatti pienamente giustificata dalla concreta possibilità di conciliazione della controversia.

Piuttosto, sembra opportuno interrogarsi su un aspetto inerente ai costi del procedimento di mediazione, i quali, ove ritenuti eccessivi, potrebbero costituire un ostacolo di natura economica all’esercizio giudiziale dei diritti.

Occorre, in particolare, valutare le implicazioni che il ricostruito carattere di effettività del primo incontro produce sui costi della mediazione.

Sul punto, la risposta non può che essere ampiamente tranquillizzante.

Ai sensi dell’art. 17 comma 5-ter D.lgs. n. 28/2010 ss.mm.ii, “*Nel caso di mancato accordo all’esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l’organismo di mediazione*”.

Ne segue, stante l’inequivocabile tenore letterale di tale norma, che, ove le parti non proseguano la procedura oltre il primo incontro, nessun compenso sarà dovuto all’organismo di mediazione (le uniche spese da sostenere saranno quelle di avvio della procedura e il rimborso delle spese vive che incidono per poche decine di euro), salvo che le parti raggiungano già al primo incontro l’accordo conciliativo.

Non è vero pertanto che effettività della mediazione vada necessariamente insieme al pagamento dei suddetti oneri economici, come incidentalmente afferma la Suprema Corte.

In realtà l’unico costo aggiuntivo effettivo per le parti è quello dell’assistenza legale, che è obbligatoria, giusto il disposto dell’art. 8 D.lgs. n. 28/2010 ssmmii.

I maggiori compensi legali, peraltro non appaiono oggettivamente eccessivi.

I parametri fissati dal D.M. 55/2014, così come modificati dal D.M. 37/2018, prevedono che il diritto al compenso dell'avvocato in mediazione riguardi tre fasi distinte: attivazione, negoziazione e conciliazione.

Ovviamente in caso di primo incontro con mediazione effettiva senza stipula di accordo, saranno dovuti i compensi per la fase di "attivazione" e di "negoziazione".

Al riguardo, i parametri non distinguono tra negoziazione nel corso di una mediazione composta da più sessioni e quella avvenuta nel corso di un solo primo incontro. Il relativo compenso, così come quantificato dalla tabella, potrà dunque essere liquidato dal Giudice tenuto conto delle peculiarità del caso di specie. Sul punto è solo il caso di evidenziare che i compensi medi previsti per la fase di mediazione ai sensi dell'art. 20 comma 1-bis del D.M. cit. sono applicabili solo "di regola". È lasciato pertanto sul punto spazio ad un ampio potere del giudice nella liquidazione del dovuto non essendo previsto un minimo tariffario garantito (diversamente per i compensi relativi all'attività defensionale giudiziale e stragiudiziale in genere – cfr artt. 4, co. 1, e 19).

L'aumento dei costi di mediazione derivanti dall'opzione interpretativa adottata sarà pertanto di modesta entità in termini percentuali rispetto al costo complessivo dell'assistenza legale nel procedimento giurisdizionale. Così ad esempio, in caso di mediazione per causa di competenza o pendente avanti al Tribunale di valore compreso tra € 26.000 e 52.000, a fronte di compensi medi complessivamente dovuti per € 7.254,00, oltre accessori, quelli relativi alla fase di negoziazione nella mediazione (parametro medio € 1.020,00), potranno essere liquidati anche in misura assai più contenuta.

Il tutto senza considerare che gli importi sostenuti per il procedimento di mediazione potranno comunque essere recuperati a carico della parte soccombente ai sensi dell'art. 91 c.p.c..

#### 4) Il caso di specie.

In applicazione di tali principi di diritto è possibile valutare la rilevanza del comportamento della parte attrice e della terza intervenuta in sede di mediazione.

Disposta la mediazione demandata con ordinanza del 20.07.2018, il primo incontro di mediazione si è tenuto il 29.01.2019, presenti tutte le parti.

Dal verbale di mediazione emerge che l'avv. \_\_\_\_\_ era comparso per \_\_\_\_\_ e per la Banca attrice (come da questa confermato dalla memoria ex art. 183 co. VI n. 3 c.p.c.).

In quella sede, dopo la fase informativa, l'avv. \_\_\_\_\_, legale delle banche, ha dichiarato che "non è possibile iniziare il procedimento di mediazione".

Le parti convenute, \_\_\_\_\_, hanno invece manifestato disponibilità.

Il verbale di mediazione è stato quindi chiuso dando atto dell'esito negativo del procedimento di mediazione.

Con la terza memoria ex art. 183 co. VI c.p.c., ha giustificato la sua indisponibilità alla mediazione, evidenziando che *“dall'analisi preliminare delle rispettive posizioni emergeva una distanza tale da rendere assolutamente superfluo l'esperimento del procedimento che avrebbe solamente comportato un inutile aggravio di spese”*.

Tanto premesso in fatto si osserva che è pacifico che avanti al mediatore le parti non si siano minimamente confrontate, in ottica conciliativa, sulle questioni oggetto di causa.

In forza dei principi di diritto sopra esposti, la parte attrice e la terza intervenuta, pertanto, sono venute meno all'onere di procedere a mediazione effettiva.

Infondata è poi la giustificazione addotta, e cioè che l'avvio della mediazione effettiva avrebbe *“solamente comportato un inutile aggravio di spese”*. Tale attività poteva, infatti, essere svolta al primo incontro, circostanza che, per le considerazioni già espresse, avrebbe escluso la debenza dei compensi di mediazione. Della sostanziale irrilevanza dei maggiori costi legali si è già detto.

L'irrituale svolgimento del procedimento di mediazione rende quindi improcedibile la domanda ai sensi dell'art. 5, comma 2 e comma 2-bis D.lgs. n. 28/2010.

Resta assorbita ogni questione di merito.

5) Spese di lite.

La non univoca giurisprudenza di merito sull'assolvimento della condizione di procedibilità nella mediazione, e la presenza di un unico precedente di legittimità in senso contrario giustificano l'integrale compensazione ex art. 92, comma 2 c.p.c. delle spese di lite.

P.Q.M.

*Il Tribunale di Firenze, IIIa Sez. Civ., in composizione monocratica, visto l'art. 281-sexies c.p.c., definitivamente pronunciando:*

1) *Dichiara improcedibile la domanda proposta da BANCA*

*, oggetto di intervento ex art. 111 c.p.c. da parte di*

*S.p.a.;*

2) *Compensa interamente tra le parti le spese di lite.*

Firenze, 8 maggio 2019

Provvedimento redatto con la collaborazione del M.O.T. Dott. Pietro Peruzzi

Il Giudice

Dott. Alessandro Ghelardini