

OSSERVATORIO GIURISPRUDENZIALE SULLA MEDIAZIONE CIVILE

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 8473 del 27.3.2019 si pronuncia in tema di Mediazione civile affrontando due questioni ampiamente dibattute dai giudici di merito: la prima, se nei casi di mediazione prevista come condizione di procedibilità la parte che propone la mediazione sia tenuta a comparire personalmente e in caso contrario quale sia la modalità per farsi sostituire, la seconda, quando si può ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità. L'art. 8, 1 c. del D.lgs.n.28/2010 prevede 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 incontro, invita poi le parti ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento..."*; la disposizione normativa risulta dalla modifica operata dal D.L. n.69/2013 che introduce nel procedimento il c.d. primo incontro o incontro preliminare. I giudici di merito interpretano la norma dando prevalenza al principio di effettività. Il Tribunale di Firenze, nel 2014, chiarisce che il tentativo deve essere effettivamente avviato. Mediazione obbligatoria significa che, in quanto condizione di procedibilità, deve essere effettiva cioè le parti devono incontrarsi e tramite il mediatore arrivare alla soluzione del conflitto. E' evidente, dunque, che le parti, devono essere presenti sia al primo che ai successivi incontri, assistiti sempre dai difensori: *"nella mediazione è fondamentale la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo dei rapporti empatici ed è pertanto indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto..."*. Nella Mediazione al centro c'è la persona-parte con bisogni, interessi ed il conflitto non può risolversi tramite l'intermediazione del difensore; quest'ultimo deve assistere la persona per le competenze giuridiche che le sono proprie ma non potrà mai sostituirsi all'attore-soggetto e vestirsi del suo conflitto. *"Non è 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 transazione ma l'attività che porta all'accordo ha natura personalissima e non è delegabile"*. *"Come si vede le due norme (ndr art.5 c.2 ed art.8 D.Lgs..28/2010) 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 2 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."* Ugualmente si osserva nelle ipotesi di mediazione delegata: *"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... (omissis)...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 assoluta 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”. L'effettiva presenza dei soggetti è concordemente affermata in più pronunce: il Tribunale di Pavia- ordinanza 14.9.2015- ne ribadisce l'importanza escludendo perfino valore alla presenza del legale munito di procura speciale. Il Tribunale di Vasto in una sentenza del marzo 2015 stabilisce che le parti devono comparire personalmente assistite dal proprio difensore sia nella mediazione obbligatoria che nella mediazione demandata dal giudice e se ciò non accade graverà sul mediatore “ in qualità di soggetto istituzionalmente preposto ad esercitare funzioni di verifica e di garanzia della puntuale osservanza delle condizioni di regolare espletamento della procedura,” adottare misure che assicurino la presenza della parte, dal rinvio dell'incontro alla sollecitazione personale o tramite i difensori. Ne consegue che se la parte che non interviene personalmente è quella chiamata in mediazione e non ci siano giustificate motivazioni all'assenza, la condizione di procedibilità va considerata realizzata. Se la parte che non interviene personalmente è quella che ha attivato la mediazione la domanda si espone al rischio di essere dichiarata improcedibile. Nella stessa direzione è il Tribunale di Firenze- sentenza del 24 marzo 2016- secondo il quale la sanzione dell'improcedibilità è applicabile esclusivamente nei confronti della parte che è onerata ex lege a esperire la mediazione e non compaia davanti al mediatore. Il Tribunale di Roma con la sentenza del 28 aprile 2016, 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 caso trattato riguarda una lite di natura ereditaria, classica vicenda di lite successoria, in ordine alla quale le vere ragioni del contendere sono i rapporti personali interrotti e deteriorati fra parenti ; il giudice con attenta valutazione ritiene che la lite possa concludersi con un accordo grazie al contributo di un mediatore professionale e per questo motivo ordina la mediazione. A seguito di un verbale dell'incontro preliminare conclusosi negativamente, il Tribunale ritiene che sia stata esperita solo la fase preliminare della mediazione ma non la mediazione stessa sulla base delle seguenti considerazioni: “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, , 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.” Il Tribunale esclude inoltre che sia data alle parti il diritto potestativo di decidere di non svolgere la mediazione, né esistono tipi diversi di mediazione: la legge ha posto come condizione di procedibilità della domanda giudiziale che la Mediazione venga esperita dalle parti. L'incontro informativo, quindi, anche se formulato in modo poco chiaro, non è altro

che una fase preliminare della mediazione, ma non è la mediazione. 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. E ciò vale sia per la mediazione obbligatoria che per quella demandata. Il Tribunale di Roma si sofferma infine sulle conseguenze dell'ingiustificato rifiuto di entrare in mediazione e sull'incontro informativo: se il rifiuto proviene dall'attore ciò equivale alla mancata introduzione della domanda stessa, se il rifiuto proviene dal convenuto e non è giustificato lo stesso sarebbe soggetto alle sanzioni previste dalla legge. Il Tribunale di Torino- sentenza del 24 marzo 2016- affronta il tema delle conseguenze processuali derivanti dalla mancata partecipazione personale in sede di mediazione. Nel caso sottoposto al giudice, in occasione del primo incontro, stante l'assenza della parte istante, in quanto era intervenuto il solo legale, il mediatore disponeva un rinvio al fine proprio di consentire la partecipazione personale dell'istante; al nuovo incontro nuovamente, erano comparsi la parte chiamata con il difensore, ed il legale di parte istante. Non veniva fornita nessuna giustificazione sull'assenza dell'attore ed il mediatore dava atto della mancata presenza chiudendo la procedura con verbale di mancato accordo. Secondo il Tribunale per la parte onerata della mediazione l'unica sanzione era la dichiarazione d'improcedibilità : *“ Ad avviso del giudicante tale disposizione, (ndr art.116 c.p.c.- 8 D.lgl 28/2010) va letta nel senso che essa sia applicabile esclusivamente nei confronti della parte che non è onerata ex lege, sotto comminatoria di improcedibilità, all'esperimento della mediazione. La logica dell'istituto è, chiaramente, nel senso di onerare chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero proporre appello, non solo di promuovere la mediazione, ma anche di partecipare al relativo procedimento al fine di rendere possibile un accordo tra le parti in quella sede. In caso di mancata partecipazione alla mediazione della parte che ha l'onere di esperire il procedimento mediatorio non sarebbe ragionevole ritenere applicabili le sole sanzioni di cui all'art. 8 citato. Si renderebbe cioè possibile alla parte onerata di assolvere alla condizione, assicurando la procedibilità della propria domanda, semplicemente attivando il procedimento e non mediante "l'esperimento" dello stesso. In conclusione va quindi sanzionato con l'improcedibilità il comportamento della parte onerata ex lege che non compaia avanti al mediatore.”* L'ingiustificata assenza delle parti comporta, dunque, un trattamento sanzionatorio differente a seconda che si tratti di istante o chiamato; nel primo caso l'ingiustificata presenza comporta la dichiarazione di improcedibilità, nel secondo caso l'applicazione delle sanzioni previste dall'art.8 e cioè che “dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, II co., c. p.c. oltre alla condanna al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio”. Il Tribunale di Roma nella sentenza del 14 luglio 2016 in un caso di mediazione delegata, in cui compariva solo l'avvocato dell'istante stabilisce che: *“Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato, ma la presenza personale della parte è indefettibile.”* Il Tribunale di Vasto nell'ordinanza dell'11.5.2017 a proposito di una mediazione in cui interviene un avvocato delegato dall'avvocato difensore della parte, sostiene che: *“ La parte può conferire procura speciale ad altro soggetto, compreso il suo difensore, per farsi rappresentare nel procedimento di mediazione;”* ammettendo, dunque, contrariamente alla prevalente giurisprudenza che la partecipazione della parte non è indispensabile in quanto la legge non esclude la rappresentanza della parte in mediazione che può essere conferita ex art. 83 c.p.c.: *“ non è infatti condivisibile l'orientamento giurisprudenziale, invero prevalente, che, ai fini dell'assolvimento della condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 comma 1 bis, d.lgs. 28/2010, assume come indispensabile la partecipazione delle parti personalmente (assistite dai difensori) e non solo quella dei loro difensoritale indirizzo infatti si fonda principalmente su un dato normativo letterale, ovvero i riferimenti che l'art.8 comma 1, del d.lgs. 28/2010, nel descrivere le modalità di svolgimento della mediazione, fa alla parte e al difensore quali soggetti che vi partecipano; in contrario deve però osservarsi che né questa norma, né altre del d.lgs. 28/2010, prescrivono la presenza obbligatoria della parte alla procedura, cosicché ad essa deve riconoscersi natura*

semplicemente descrittiva di quello che il legislatore ha pensato poter essere lo sviluppo della procedura; al contempo nessuna disposizione vieta alla parte di delegare alla partecipazione alla procedura il proprio difensore cosicché il fondamento normativo della possibilità di attribuire ad esso una procura a conciliare ben può essere rinvenuto del disposto dell'art.83 c.p.c; è proprio per questa ragione peraltro che quella facoltà viene solitamente inserita nelle procura alle liti; la valorizzazione della peculiare funzione del primo incontro, quale momento non solo informativo ma anche facilitativo della conciliazione (ulteriore argomento addotto a sostegno della tesi qui criticata), poi non è da sola sufficiente a giustificare una deroga alla norma di carattere generale sopra citata..”

Viene evidenziata la criticità dell'opinione contraria: “A ben vedere, l'orientamento qui divisato favorisce addirittura l'atteggiamento dilatorio della parte convenuta poiché questa potrebbe continuare, per un periodo di tempo indefinito, o non preventivamente definito, a farsi rappresentare in mediazione dal proprio difensore, impedendo la realizzazione del presupposto processuale e con essa l'accesso alla giustizia dell'attore; proprio quest'ultima considerazione induce poi ad escludere che, anche a voler ritenere che il legislatore abbia previsto come obbligatoria la presenza personale della parte al procedimento di mediazione, l'inosservanza di tale prescrizione possa determinare l'improcedibilità della domanda giudiziale, anche qualora fosse l'attore a partecipare alla mediazione tramite il suo difensore; del resto tale conseguenza non solo non è stata contemplata dal d.lgs. 28/2010 ma, a ben vedere, è stata da esso implicitamente ma chiaramente esclusa; il legislatore infatti ha previsto per la parte che non partecipa in nessun modo, senza giustificato motivo, alla mediazione obbligatoria ex lege, e tiene quindi un comportamento più grave di quello della parte che ci partecipa tramite il proprio difensore, la sanzione della condanna al pagamento del contributo unificato e la possibilità per il giudice di desumere dal suo comportamento argomenti di prova;”

*Queste le conclusioni: “Orbene, tutto ciò chiarito deve evidenziarsi come nel caso di specie l'attrice sia stata rappresentata nel procedimento di mediazione non dal suo difensore ma da un **avvocato da questi delegato**; richiesta di documentare la procura in virtù del quale tale soggetto era intervenuto alla procedura stragiudiziale l'attrice ha prodotto un mandato alle liti nel quale essa aveva conferito al proprio difensore il potere di rappresentarla davanti al giudice nell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. e di conciliare e transigere la controversia; è evidente quindi come nessuno specifico potere di partecipare al procedimento di mediazione essa avesse attribuito al proprio difensore e tantomeno quello di delegarlo a terzi.”*

Il Tribunale di Reggio Emilia nella sentenza del 26.6.2017 condividendo gli argomenti della lettura interpretativa fornita dal Tribunale di Ferrara in un caso di opposizione a decreto ingiuntivo in cui la parte opponente, onerata ex lege di attivare il procedimento di mediazione, non aveva assolto il proprio onere di presenziare all'incontro fissato davanti al mediatore, sanziona con l'improcedibilità il comportamento della parte onerata che non era comparsa avanti al mediatore personalmente o per il tramite di un delegato, diverso dal difensore. Il Tribunale di Bergamo con ordinanza del 19.1.2018, a fronte dell'eccezione di improcedibilità della domanda sollevata dalla parte convenuta per la mancata partecipazione personale dell'attrice, ritiene che “ l'orientamento giurisprudenziale prevalente sia nel senso che ai fini dell' assolvimento della condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 comma 1-bis d.lgs 28/2010 sia indispensabile la partecipazione delle parti personalmente e non solo quella dei loro difensori”. Il Tribunale di Roma con l'ordinanza del 12-03-2018 ritiene che la mediazione obbligatoria non è stata esperita ritualmente, perché essendo stato presente il solo avvocato munito di delega è mancata la partecipazione effettiva e personale degli attori, come richiesto dalla giurisprudenza di merito pressoché unanime. “...Va considerato che la legge dispone, per la mediazione obbligatoria e demandata, la partecipazione della parte, assistita dall'avvocato il che, in claris non fit interpretatio, esclude alla radice che possa ritenersi ritualmente instaurato il procedimento di mediazione con la presenza del solo avvocato, sia pure munito di delega del cliente; rimanendo da esaminare la diversa situazione nella quale oltre all'avvocato, vi sia altro soggetto munito del potere di rappresentanza della parte assente di persona. Il giudice non ammette, per le persone fisiche e salvi casi eccezionali, la rappresentanza della parte, assente di persona, in mediazione.....A tale conclusione è agevole pervenire attraverso l'interpretazione

letterale, sistematica e teleologica del decreto legislativo 28/2010. Si rinvencono numerosi riferimenti testuali, in tale legge, alle parti. L'art. 8 primo comma terzo periodo dispone che al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. E prosegue, prevedendo che 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. L'espressione "parte" potrebbe essere interpretata, ma solo se completamente avulsa dal contesto della legge, in modo anodino ed indifferente (parte fisica personalmente presente; ovvero parte fisica non presente ma rappresentata da un terzo). Per verificare la praticabilità di tale interpretazione occorre tenere presenti, oltre al dato testuale, ulteriori segmenti logici e normativi che concorrono nella univoca conclusione che la giusta accezione della parola parti (fisiche) è quella che riferita ai soggetti titolari del diritto conteso personalmente presenti. Il mandato (che in ciò si sostanzia il conferimento di rappresentare la parte assente in mediazione), necessita, per la sicurezza del mandante, del mandatario e del terzo, di istruzioni e poteri certi, chiari e ben delineati. Ciò rende assai problematica la difficoltà di ammettere in via generale la rappresentanza della persona fisica in mediazione. In primo luogo per le valutazioni, ponderazioni e scelte del tutto discrezionali e non facilmente preventivabili a monte (cioè fuori e prima della mediazione, in sede di conferimento dei poteri rappresentativi dalla parte assente titolare del diritto) che il soggetto presente si trova ad assumere nel corso degli incontri di mediazione; determinazioni che sono articolate, modificate e influenzate, non secondariamente, dall'atteggiamento delle altre parti coinvolte e dai contributi offerti dal mediatore, ed in definitiva – vero e proprio work in progress – dall'andamento della discussione e delle trattative (ciò è ben noto specialmente a chi conosce e pratica effettivamente la mediazione ed è testimone di quante le volte in cui da un atteggiamento iniziale di totale chiusura si perviene infine all'accordo). In secondo luogo non può essere trascurata la circostanza che solo la parte conosce realmente e profondamente quali sono i suoi interessi, quali quelli fermi ed irrinunciabili e quali quelli che tali non sono. Come dire che solo la parte personalmente è portatrice delle necessarie e complete conoscenze degli interessi che muovono il suo agire. L'eventuale paragone con quanto accade nella causa dove il difensore può essere specificamente dotato di poteri dispositivi non sequitur: invero elemento fondamentale che distingue la transazione giudiziale dalla più frequente conciliazione in mediazione è l'assenza, in questa procedura, dei limiti segnati, nella sede giudiziale, dalla causa petendi e dal petitum. Si deve pertanto ritenere che la necessaria partecipazione personale, non delegabile a terzo soggetto, salvo casi eccezionali (di impossibilità giuridica o materiale a comparire di persona) che qui non ricorrono non essendo stati neppure adottati, è insita nella natura stessa delle attività da compiere e implicita ed ineludibile nella corretta interpretazione del decr.lgs.28/2010 tutto proteso a favorire il raggiungimento di un accordo mediante l'incontro delle parti (personalmente) e la ripresa di un corretto rapporto interpersonale messo in crisi dal conflitto insorto. Per quanto un delegato (rectius: rappresentante), possa avere ricevuto dal mandante istruzioni e poteri per conciliare, rimane insuperabile la circostanza che nessuno, neppure il mandante, può prevedere, ex ante, quali saranno, nel corso del procedimento di mediazione e con il contributo del mediatore, gli sviluppi della discussione, quali le proposte, le offerte e le rinunce possibili, le soluzioni ai problemi prospettabili e prospettate, ed in definitiva i passi avanti e indietro, rispetto alle posizioni iniziali, che reciprocamente le parti soltanto – **assistite** da avvocati convinti dell'utilità di una leale opera di sostegno e promozione della cultura dell'accordo piuttosto di quella, comunque e sempre, dell'antagonismo e conflitto – potranno attuare con piena consapevolezza, essendo solo loro, di persona, a conoscere quali sono i reali interessi di cui sono portatori. Va considerato peraltro, che la mancanza della presenza personale, è idonea, indirettamente, ad affievolire le possibilità di un accordo, anche per un'altra ragione. Può accadere, ed è accaduto, che una parte non presente in mediazione rinneghi l'accordo raggiunto dall'avvocato che abbia asserito, verbalizzandolo in mediazione, di rappresentarla, domandando l'annullamento del negozio (accordo), con riserva di azione di danni, in separato giudizio, contro l'avvocato. Va

ricordato che l'avvocato non ha un potere generale di autenticare la sottoscrizione di una scrittura privata, qual è di regola una procura, men che meno la procura di un mandato di rappresentanza in mediazione che attinge ad un alto tasso di possibilità di disposizione dei diritti. Il potere di autenticazione dell'avvocato è circoscritto infatti al solo ambito giudiziario, ed in particolare alla autentica della firma del cliente (art. 83 cpc. in tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore); anche nel caso in cui avendo il giudice disposto la comparizione personale della parte questa abbia designato un rappresentante che sia a conoscenza dei fatti ed abbia il potere di transigere o conciliare (art. 185 cpc). Cosa consegue da ciò ? Che una sottoscrizione (di una procura) non autenticata può essere facilmente messa in discussione dal titolare del diritto, assente in mediazione, che non abbia condiviso (o abbia ripensato la convenienza del) l'accordo negoziato e raggiunto in suo nome dal rappresentante. Come pure che il titolare del diritto (rappresentato) potrà anche nel caso in cui non rinneghi tout court la sottoscrizione, contestare al rappresentante un eccesso di delega. Di tali incertezze sono ben consapevoli: il rappresentante, che sarà prudente e limitato e cauto nelle possibilità di disposizione del diritto, la controparte ed il suo avvocato che potranno legittimamente dubitare della duratura efficacia di un eventuale accordo. Tutti effetti che concorrono a depotenziare l'efficacia del procedimento di mediazione, allontanando l'obiettivo della stessa, cioè il raggiungimento dell'accordo. Questo quadro dovrebbe rendere del tutto chiaro perché non è pensabile – qualificandosi il contrario come vero e proprio corto circuito acceso nella legge- che il decr. lgs. 28/2010 abbia voluto ammettere, come regola generale, la possibilità di rappresentanza della parte fisica in mediazione.....” A fronte di questo panorama giurisprudenziale la Suprema Corte si esprime in modo chiaro sulle tematiche già affrontate dai giudici di merito discostandosi dagli orientamenti eccessivamente restrittivi. Esaminiamo innanzitutto la fattispecie sottoposta alla Corte. Oggetto del giudizio di primo grado è una domanda di risoluzione del contratto di locazione e poiché la parte convenuta eccepisce il mancato esperimento della mediazione il giudice assegna il termine per l'avvio della procedura ex art.5 d.Lgs n.28/2010. Avviata la procedura di mediazione al primo incontro partecipano solo i difensori delle parti che chiedono un rinvio; successivamente nessuno si presenta e l'incontro va deserto e non viene redatto alcun verbale. In sede di giudizio viene nuovamente eccepita l'improcedibilità accolta dal Tribunale. La sentenza viene impugnata ma il giudice rigetta l'appello sulla considerazione che in mediazione è richiesta la presenza personale delle parti assistite dal difensore e che per rappresentare la parte non è sufficiente una semplice procura alle liti. Il ricorso in cassazione pone la Corte di fronte alla necessità di affrontare, in tema di mediazione obbligatoria, le seguenti questioni. se la parte che propone la mediazione sia tenuta a comparire personalmente e in caso contrario quale sia la modalità per farsi sostituire e l'eventuale improcedibilità della domanda. Secondo la Suprema Corte dalla lettura del D.Lgs. 28/2010 “*emerge l'adozione di un procedimento deformalizzato che si svolge davanti al mediatore, in cui la miglior garanzia di riuscita era costituita innanzitutto dalla stessa professionalizzazione delle figura del mediatore, e dall'offerta alle parti di un momento di incontro, perché potessero liberamente discutere prima che le rispettive posizioni risultassero irrigidite dalle posizioni processuali assunte e dalle linee difensive adottate, nonché da agevolazioni fiscali. Il successo dell'attività di mediazione è riposto nel contatto diretto tra le parti e il mediatore professionale il quale può, grazie alla interlocuzione diretta ed informale con esse, aiutarle a ricostruire i loro rapporti pregressi, ed aiutarle a trovare una soluzione che, al di là delle soluzioni in diritto della eventuale controversia, consenta loro di evitare l'acuirsi della conflittualità e definire amichevolmente una vicenda potenzialmente oppositiva con reciproca soddisfazione, favorendo al contempo la prosecuzione dei rapporti commerciali.*” Dunque, pur sostenendo la Corte che il legislatore con il D. lgs. .28 ha voluto accelerare la creazione di una cultura di risoluzione alternativa delle controversie, entra pienamente nello spirito dell'istituto e del ruolo del mediatore. Si esprime inoltre anche sul ruolo dell'avvocato nella procedura di mediazione, conformemente a quanto sostenuto dai giudici di merito: “*la novella del 2013, che introduce la presenza necessaria dell'avvocato, con l'affiancare all'avvocato esperto in tecniche processuali che "rappresenta" la parte nel processo, l'avvocato esperto in tecniche negoziali che "assiste" la parte nella procedura di*

mediazione, segna anche la progressiva emersione di una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate.” Secondo la Cassazione la presenza personale delle parti è stata dunque voluta perché “solo nel dialogo informale e diretto tra le parti e mediatore” può realizzarsi la composizione degli interessi in conflitto ed è proprio l’art.8 del decreto n. 28 a prevedere espressamente che le parti devono essere presenti escludendo quindi che possa essere realizzata la condizione di procedibilità solo con la presenza degli avvocati. La Corte ritiene, tuttavia, che l’attività che la parte svolge in mediazione sia delegabile in quanto nessuna norma lo esclude né si tratta di atto strettamente personale: “*Deve quindi ritenersi che la parte (in particolare, la parte che intende iniziare l'azione, ma identico discorso vale per la controparte), che per sua scelta o per impossibilità non possa partecipare personalmente ad un incontro di mediazione, possa farsi sostituire da una persona a sua scelta e quindi anche -ma non solo - dal suo difensore.....la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (ovvero, deve essere presente un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia , come previsto dal progetto della Commissione Alpa sulla riforma delle ADR all'art. 84). Quindi il potere di sostituire a sé stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale.*” Quindi all’assenza della parte si può sopperire con la procura speciale sostanziale. Da qui l’ulteriore problema e, cioè, se per l’avvocato è sufficiente la procura alle liti: “*la procura speciale rilasciata allo scopo non può essere autenticata dal difensore, perché il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore. Perciò, la parte che non voglia o non possa partecipare personalmente alla mediazione può farsi liberamente sostituire, da chiunque e quindi anche dal proprio difensore, ma deve rilasciare a questo scopo una procura sostanziale che non rientra nei poteri di autentica dell'avvocato neppure se il potere è conferito allo stesso professionista..*”. Risolto il primo quesito passiamo al secondo è cioè quando deve ritenersi assolta la condizione di procedibilità. Oltre alle sentenze già passate in rassegna ricordiamo che la Corte di Appello di Ancona con la sentenza del 23-05-2018 dichiara l’improcedibilità della domanda giudiziale per mancato esperimento della procedura di mediazione, in forza della mancata partecipazione personale della parte al primo incontro informativo durante il giudizio di primo grado. Secondo la Corte d’Appello : “*In base all’art. 8 D. lgs. n. 28/2010 l’obbligo di preventiva mediazione può ritenersi osservato solo in caso di presenza personale della parte o di un suo delegato, diverso dal difensore, e non in caso di comparsa esclusivamente del difensore, posto che scopo della mediazione è quello di riattivare la comunicazione fra i soggetti in conflitto al fine di metterli nelle condizioni di verificare la possibilità di una soluzione concordata. D’altro canto non avrebbe senso imporre un incontro fra i soli difensori e il mediatore per un’informativa del tutto inutile e un tentativo di conciliazione che gli stessi potrebbero attuare direttamente senza particolari formalità e inutili esborsi*”. Conseguentemente poiché il giudice d’appello può, disporre d’ufficio l’esperimento del procedimento di mediazione – che diviene in tal caso condizione di o procedibilità della domanda anche in appello – si ritiene non preclusa la possibilità per il giudice dell’impugnazione di rilevare l’ impossibilità di una pronuncia nel merito per violazione delle condizioni di legge per promuovere giudizialmente la domanda: “*Appare illogico che il giudice dell’appello, una volta apprezzata la nullità della pronuncia di merito di primo grado per non avere il giudicante rilevato doverosamente l’irritualità della mediazione consentendone l’eventuale sanatoria, riesaminasse il merito della domanda in difetto di rituale mediazione.*” Il Tribunale di Siracusa con Ordinanza del 15-05-2018 si esprime sulla questione se la condizione di procedibilità si realizza solo entrando in mediazione dopo l’incontro informativo. Il Tribunale di Siracusa ritiene che la mediabilità della lite è già operata dal giudice e :“*ritenuto che nel caso di mediazione c.d. “delegata” l’obbligatorietà della mediazione non deriva dall’oggetto/materia della controversia, ma da una valutazione operata dal giudice in relazione alla potenziale “mediabilità” della lite,*

derivandone che tale vaglio non possa pertanto essere operato dalle parti al primo incontro informativo previsto dall'art. 8 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, poiché esso – per l'appunto – è già stato fatto dal giudice stesso prima di decidere di demandare la promozione della procedura; ...” La pronuncia della Cassazione si indirizza verso l'interpretazione meno rigida in quanto propende per la necessaria partecipazione delle parti al primo incontro (c.d. incontro informativo) ed avverata la condizione di procedibilità qualora all'esito dell'incontro non si entri nel vivo della mediazione. Secondo la Corte ciò si ricava sia dall'interpretazione letterale dell'art.8 sia dall'interpretazione sistematica; l'art.8 individua la struttura del procedimento in un primo incontro informativo e in successivi incontri di effettivo svolgimento solo qualora le parti lo vogliano, in mancanza il procedimento si arresta al primo incontro; ugualmente la procedura si limita al primo incontro qualora il convenuto non compare o non vuole continuare la procedura, oppure qualora è l'attore che dichiara di non essere interessato: in tutte queste ipotesi con la redazione di un verbale di esito negativo è realizzata la condizione di procedibilità. Dice la Suprema Corte: “*Quindi, è richiesta l'attivazione del procedimento di mediazione, la scelta del mediatore, la convocazione della controparte; è richiesta oltre la comparizione personale davanti al mediatore (con le possibilità alternative sopra enunciate) e la partecipazione al primo incontro, nel corso del quale la parte riottosa può liberamente convincersi di provare effettivamente e fino in fondo la strada della soluzione alternativa alla controversia. Non può invece ritenersi che al fine di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità sia necessario pretendere dalla parte anche un impegno in positivo ad impegnarsi in una discussione alternativa rispetto al giudizio. “E' da escludere invece che possa ritenersi realizzata la condizione di procedibilità allorché le parti non si presentano all'incontro e comunicano con altri mezzi la loro volontà di non accordarsi: “Non costituisce per contro idonea modalità di svolgimento della mediazione la mera comunicazione di aver sondato l'altra parte ed avere concordemente escluso la possibilità di addivenire ad un accordo, perché in questo modo si elude l'onere di comparire personalmente davanti al mediatore e di partecipare al primo incontro.”*”