Judicium
IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA
Pacini Giuridica

**Fabio Valerini**

**Presenza personale delle parti ed effettività della mediazione: la Cassazione richiama tutti al rispetto della legge, ma l'effettività della mediazione ne risentirà (?)**

La sentenza della terza sezione civile della Corte di Cassazione del 27 marzo 2019, n. 8473 (Pres. Amemdola, Rel. Rubino) interviene su due degli aspetti più problematici del procedimento di mediazione obbligatoria previsto dal decreto legislativo n. 28 del 2010.

Ed infatti, dopo la riforma del 2013, l'articolo 8 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 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'avvocato può delegare anche l'avvocato** - La prima domanda è se al primo incontro di mediazione le parti dovessero essere personalmente presenti o potessero delegare un terzo e, se sì, quel terzo potesse essere, per avventura, l'avvocato che assiste la parte in mediazione.

Secondo la Corte di Cassazione il principio è che "*nel procedimento di mediazione obbligatoria disciplinato dal d.lgs. n. 28 del 2010 e successive modifiche, è necessaria la comparizione personale delle parti davanti al mediatore, assistite dal difensore*".

In altri e più chiari termini per la Suprema Corte la parte non può evitare di presentarsi davanti al mediatore, inviando soltanto il proprio avvocato.

Tuttavia, "*la parte può anche farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale, eventualmente nella persona dello stesso difensore che l'assiste nel procedimento di mediazione, purché dotato di procura sostanziale*".

Ne deriva che non potrà più trovare accoglimento quell'interpretazione sostenuta da parte della giurisprudenza di merito secondo cui la parte deve essere presente personalmente e potrà delegare soltanto in casi eccezionali e purché il delegato non sia l'avvocato che l'assiste nel procedimento[1].

A ciò osta la norma del decreto legislativo, i principi generali in materia di libertà contrattuale come oggi riconosciuti formalmente dalla Suprema Corte.

Certo è che – ne va dato atto - la diversa interpretazione secondo cui la la parte deve comparire personalmente e, ove non potesse comparire, può delegare un soggetto purché non fosse l'avvocato che l'assisteva ha giocato, fino a questo momento, un importante strumento per far sì che molti incontri di mediazione potessero effettivamente svolgersi con indubbia utilità dell'istituto.

---

[1] Sul tema, *inter alia*, Tribunale di Vasto, sentenza 9 marzo 2015 in Diritto e giustizia del 13 marzo 2015 con nota (critica) di F. Valerini, La mediazione è attività personalissima e, quindi, non delegabile.

Tuttavia, la sentenza della Corte di Cassazione richiama l'interprete al rispetto del principio di legalità: sebbene la diversa interpretazione possa essere più efficiente, il legislatore ha previsto diversamente.

Ne deriva che la strada per implementare la mediazione non può che passare anche attraverso l'attività di convincimento del legislatore dell'utilità di una certa normativa (che, lo si dice *per incidens*, non è soltanto interna al decreto legislativo n. 28 del 2010).

Peraltro, questa conclusione mi sembra destinata a valere per tutte le forme di mediazione previste dal decreto senza distinzione tra mediazione obbligatoria, facoltativa e delegata.

**Quale è la forma e il contenuto della procura sostanziale?** – Prima di passare alla seconda questione è bene soffermarsi su un passaggio dell'argomentazione della Suprema Corte perché consente di fare chiarezza su un punto spesso oggetto di contrasti.

Nell'ambito del procedimento di mediazione la parte può delegare un terzo attraverso il conferimento di una "procura speciale sostanziale" la cui forma non potrà che essere quella di una scrittura privata non autenticata.

Quella procura sostanziale – precisa la Suprema Corte – si deve riferire "allo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e [contenere] il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto".

Quella procura, quindi, non si risolve, *sic et simpliciter*, nella procura alla liti (che pure contenga, per avventura, il potere dell'avvocato di conciliare e transigere la controversia) e non può essere autenticata (anche perché non serve) dall'avvocato (che può autenticare soltanto la procura alle liti e non altro salvo diversa previsione di legge come nel caso della negoziazione assistita o dei contratti di convivenza).

Del resto , la forma della "procura speciale sostanziale" a mediare non può che essere quella della scrittura privata non autenticata perché, secondo i principi, la forma della procura si determina in funzione della forma dell'atto che il rappresentante potrà concludere: nel caso di specie il verbale di mediazione (sia esso di accordo o di mancato accordo) sarà una scrittura privata non autenticata.

Laddove, poi, vi dovesse essere la necessità di riprodurre l'accordo in forma pubblica o di scrittura privata autenticata (normalmente ai fini della trascrizione come nel caso della proprietà e di diritti reali), soltanto a quel punto, se non comparirà la parte, sarà necessaria una procura autenticata.

**Procura in forma notarile?** – Peraltro, è bene ricordare che talvolta alcuni organismi nei rispetti Regolamenti hanno previsto (ma espressamente) un aggravamento della forma della procura essendo richiesta la forma notarile.

Questa scelta di aggravare la forma è strumentale al raggiungimento di uno specifico obiettivo: rendere la vita difficile alla parte (che dovrebbe andare dal notaio e sopportare il costo dell'autentica) rendendo preferibile (in termini economici e di tempo e comodità) presentarsi personalmente in mediazione.

Non occorre proseguire oltre il primo incontro - La seconda domanda cui la Cassazione ha dato risposta è se, ai fini del rispetto della condizione di procedibilità è necessario che le parti partecipino soltanto al primo incontro (c.d. informativo o preliminare) ovvero proseguano oltre.

Secondo l'art. 5 comma 2 bis del d. lgs. 28/2010 la risposta appare scontata: "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".

Senonché, la giurisprudenza di merito aveva cercato di limitare la possibilità che le parti non proseguano oltre il primo incontro di mediazione sostenendo (specialmente per la mediazione delegata) che il tentativo di mediazione deve essere effettivo[2].

Ma per la Suprema Corte anche questa volta deve prevalere la lettera della legge e la scelta del legislatore: "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".

Questo principio è stato affermato in questa sede per la mediazione obbligatoria ex art. 5 comma 1 bis d.lgs. 28/2010.

Sebbene la norma non faccia distinzioni al riguardo, ci si può facilmente attendere la risposta di parte della giurisprudenza di merito che vorrà limitare il principio escludendo dal suo raggio di azione la mediazione demandata (ove la giurisprudenza ritiene che la "mediabilità" è già stata valutata dal giudice che la dispone)[3] .

**Effetti sulla mediazione** – Richiamate le principali questioni e le soluzioni interpretative fatte proprie dalla Suprema Corte (fedeli alla lettera e alla *ratio* di quell'intervento legislativo) resta da ipotizzare qualche conseguenza operativa.

Conseguenza operativa che sicuramente sarà tale da rendere la vita difficile al mediatore perché non avrà più quegli appigli giurisprudenziali per tentare di convincere le parti (a) ad essere presenti e (b) a essere presenti accanto al loro avvocato (potendo così il mediatore contare su un tavolo di mediazione qualificato per la presenza degli interessi in gioco (le parti) e dei loro assistenti (gli avvocati).

La mediazione ha dato buoni risultati (vieppiù, ovviamente, se vi è l'adesione della parte invitata) come dimostrano le statistiche tempo per tempo pubblicate dal Ministero della Giustizia e come ha avuto modo di notare recentemente il Parlamento europeo sottolineando come in Italia il ricorso alla mediazione è sei volte superiore al resto dei paesi.

---

[2] Sul tema, *ex multis*, Tribunale di Firenze, sez. III Civile – specializzata Impresa, sentenza n. 3497/15, depositata il 15 ottobre in *Diritto e giustizia* del 28 dicembre 2015 con nota di F. Valerini, Le parti non vogliono proseguire oltre il primo incontro: improcedibile la domanda ove ricordavo che "la ratio della legge è chiara: il primo incontro di mediazione (a buon mercato) è stato introdotto proprio per evitare che le parti si trovassero costrette a corrispondere le indennità di mediazione, pur in presenza di una controparte che non avesse nessuna seria e sostanziale voglia di addivenire ad un accordo o di tentare una conciliazione secondo buona fede e correttezza. Certo, sarebbe bello per il futuro della mediazione che le parti e i loro difensori scegliessero di proseguire nella mediazione sempre più spesso, ma per raggiungere quell'obiettivo ritengo necessario, oltre all'intervento del legislatore, anche una diffusione della cultura della mediazione senza, però, cambiare il volto della mediazione per come disegnata (bene o male) dal legislatore, che ha fatto ben comprendere il quadro normativo di riferimento e il relativo modello adottato".

[3] sul tema si ricorda, ex multis, Tribunale di Firenze, sez. II Civile, ordinanza 19 marzo 2014, in *Diritto e giustizia* del 15 aprile 2014 con nota di F. Valerini, Il tentativo di mediazione delegato è tale soltanto se compaiono le parti personalmente e non soltanto i loro difensori dove già, si vis, avevo ritenuto che "L'unica perplessità sull'ordinanza riguarda l'aspetto (astrattamente condivisibile e che avrei preferito) secondo cui il tentativo di mediazione richiede di svolgere la mediazione vera e propria: una conclusione che mi affascina, ma che (ahimé) non mi sembra possa superare il testo di legge"

Tuttavia, serve ancora uno sforzo per farla definitivamente ritenere patrimonio comune, è bene che ci si muova nella direzione di chiedere al legislatore (e non soltanto alla giurisprudenza) un intervento che rafforzi le potenzialità della mediazione incidendo sugli aspetti procedimentali, ma anche su quelli ordinamentali che con la mediazione interferiscono (come, ad esempio, le problematiche della mediazione con la pubblica amministrazione).