

Oscillazioni sulla partecipazione delle parti al procedimento di mediazione

Autore: Redazione

In: Diritto civile e commerciale

di Francesca Cuomo Ulloa Avvocato in Genova

Sommario

1. I casi
2. Le questioni
3. Le possibili soluzioni
4. Alcune proposte

Quattro sentenze recenti e quattro soluzioni diverse su un'unica questione che da tempo alimenta il dibattito e divide giudici e mediatori chiamati ad interpretare ed applicare il d. lgs. 28/2010^[1]. Il tema è quello delle modalità della *regolare partecipazione* al primo incontro di mediazione che viene declinato in termini diversi nelle diverse fattispecie decise rispettivamente dal Tribunale di Vasto, dal Tribunale di Roma, da quello di Savona e da quello di Verona^[2].

Con la sentenza del 19 ottobre 2018 il Tribunale di Savona si pronuncia all'esito di un procedimento di impugnazione di una delibera assembleare nel corso del quale l'attore, a seguito del rilievo del mancato esperimento del tentativo di mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 1 *bis*, del d. lgs. 28/2010 aveva tempestivamente depositato la domanda di mediazione, senza tuttavia comparire all'incontro dinanzi al mediatore; proseguito il giudizio, il convenuto che aveva invece regolarmente partecipato all'incontro, eccepiva l'improcedibilità della domanda per non aver l'attore compiutamente soddisfatto la condizione di procedibilità, ma l'eccezione veniva rigettata, in quanto ad avviso del giudice ligure "l'unico adempimento

richiesto ai fini della procedibilità della domanda è il deposito della domanda di mediazione presso l'organismo"; mentre la conseguenza della mancata partecipazione all'incontro, anche da parte dell'istante, non dovrebbe essere individuata nella improcedibilità, ma nella sanzione pecuniaria prevista dal comma 4 bis dell'art. 8 del d. lgs. 28/2010, applicando la quale l'attore, soccombente nel merito, veniva infatti condannato a versare al Bilancio dello Stato una somma pari al contributo unificato dovuto per quel giudizio.

Nel caso deciso dal Tribunale di Vasto con la sentenza del 17 dicembre 2018 invece, il giudice dopo aver convertito il rito ai sensi dell'art. 667 c.p.c. a seguito di intimazione di sfratto per morosità e successiva opposizione del conduttore, aveva assegnato alle parti il termine di 15 giorni per promuovere la mediazione che era stata tempestivamente avviata dal locatore^[3]; al primo incontro, tuttavia, questi non era intervenuto personalmente, ma aveva delegato il proprio avvocato conferendogli *con procura speciale notarile* il potere di transigere e conciliare^[4]; in forza di detta procura l'avvocato aveva quindi partecipato anche ai successivi incontri di mediazione, senza che però - all'esito del procedimento - venisse raggiunto alcun accordo. Alla prima udienza dinanzi al giudice, il convenuto eccepeva quindi l'improcedibilità della domanda per non aver la controparte partecipato personalmente alla mediazione ed in questo caso l'eccezione veniva accolta dal giudice che dichiarava improcedibile la domanda di sfratto^[5]. Il Tribunale di Vasto ribadiva, infatti, anche con riferimento al caso in esame, nel quale la mediazione era proseguita oltre il primo incontro, il proprio rigoroso orientamento circa la partecipazione personale delle parti, precisando che ai fini del corretto esperimento del procedimento di mediazione è necessario che le parti siano presenti personalmente *a tutti gli incontri programmati dal mediatore* e che siano altresì assistite dai rispettivi avvocati i quali non possono invece legittimamente sostituirle né rappresentarle, *nemmeno se muniti di procura notarile*. Nella fattispecie peraltro, il Tribunale sottolinea altresì come la partecipazione personale dell'istante fosse stata a più riprese sollecitata dal mediatore, senza che tuttavia l'istante si determinasse a partecipare compromettendo in tal modo *"le positive chances di raggiungimento di un accordo amichevole, sicuramente favorite anche da un contegno collaborativo della controparte"*.

Parzialmente diversa la fattispecie decisa dal Tribunale di Roma con la sentenza del 20 dicembre 2018: anche in quel caso la parte non aveva partecipato personalmente al procedimento di mediazione (che riguardava una controversia in materia condominiale avviata in pendenza di un giudizio tra condomini), ma si era fatta sostituire dal proprio avvocato munito di procura alle liti con potere di transigere e

conciliare^[6]; in forza di detta procura l'avvocato aveva quindi partecipato agli incontri di mediazione, sottoscrivendo infine un accordo di conciliazione in nome e per conto della parte. Quest'ultima, presumibilmente insoddisfatta della soluzione raggiunta dall'avvocato, agiva in giudizio contestando la sussistenza del potere di rappresentanza e chiedendo che venisse accertata e dichiarata l'invalidità e l'inefficacia della conciliazione. Chiamato a decidere sulla validità dell'accordo di mediazione il Tribunale di Roma compie un lungo *excursus* sulla questione della partecipazione personale delle parti, condividendo lo stesso principio accolto dal Tribunale di Vasto^[7] per cui "*la parte, persona fisica, deve partecipare personalmente, assistita da un difensore*" al procedimento di mediazione; a questo riguardo, il Tribunale precisa anzi ulteriormente che la parte potrebbe farsi rappresentare solo *in casi eccezionali* e se sussistesse una ragione oggettiva che le impedisca di partecipare personalmente^[8], fermo restando che anche in queste ipotesi eccezionali il rappresentante, necessariamente munito del potere di rappresentanza conferito con espresso riferimento alla mediazione, *non potrebbe essere l'avvocato* che, nella mediazione, svolge un ruolo diverso ed incompatibile con quello della parte.

Fatte queste premesse il Giudice Romano prosegue tuttavia chiarendo che questi principi rilevano solo ai fini della valutazione della regolarità dello svolgimento della mediazione e della conseguente procedibilità della domanda^[9], mentre non hanno alcuna incidenza sul *diverso piano giuridico* della validità dell'accordo eventualmente sottoscritto dall'avvocato che abbia *irritualmente* sostituito la parte; la validità e l'efficacia di quell'accordo di conciliazione devono, infatti, essere valutate in base ai principi e alle regole sostanziali dettate dal codice civile e dunque sulla base di una verifica della sussistenza di una valida procura (che potrebbe anche non essere autenticata, come non lo era nella fattispecie nella quale la parte oltre alla procura alle liti con potere di transigere e conciliare, aveva sottoscritto la domanda di mediazione che pure *delegava* l'avvocato con riferimento al procedimento di mediazione), dovendosi ritenere "*privo di fondamento giuridico l'eventuale assunto che l'irritualità del procedimento di mediazione ... possa produrre l'invalidità dell'accordo*"^[10].

^[1] La questione è stata affrontata a più riprese dalla giurisprudenza a partire dalla pronuncia del Tribunale di Firenze del 19 marzo 2014 in *Giur. it.*, 2015, 641, con nota adesiva di Benigni e del 26 novembre 2014, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 558, con nota critica di Raiti e da quella di Roma del 19 febbraio 2015, in www.101mediatori.it (ove anche numerose altre pronunce in tal senso) e di Vasto, 23 giugno 2015, in www.ilcaso.it; anche la dottrina ha avuto modo di esaminare la questione, prendendo posizione per lo più critica rispetto alle soluzioni accolte dalla giurisprudenza più rigorosa; per una ricognizione della

questione v. M.A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2016, p. 13, 29ss.; Ferraris, in *Contratti*, 2015, p. 692; Sandulli, *In tema di mediazione delegata dal giudice*, in *Nuova proc. civ.*, 2015, fasc. 2; Raiti, *Primo incontro di mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2 bis, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, p. 570.

^[2] Più specificamente nella nota in esame si considereranno solo le pronunce che hanno affrontato la questione della partecipazione personale delle parti all'incontro di mediazione; altrettanto controversa è peraltro la questione relativa alla prosecuzione della mediazione dopo detto primo incontro; potendosi individuare anche a questo riguardo una contrapposizione tra una parte della giurisprudenza (v. tra le altre: Trib. Firenze, cit.; Trib. Pavia, 17 giugno 2015, in www.101mediatori.it; nonché *ivi* Trib. Milano, 7 maggio 2015) secondo cui la condizione di procedibilità non potrebbe considerarsi assoluta qualora le parti si limitino a comparire al primo incontro per manifestare il loro disinteresse al procedimento (mentre lo sarebbe qualora nell'incontro emergano circostanze oggettive che rendano impossibile tale prosecuzione) e la prevalente dottrina che - al pari di altra parte della giurisprudenza - sostiene invece che le parti ben potrebbero all'esito del primo incontro manifestare il loro semplice dissenso rispetto alla prosecuzione della mediazione (anche se teoricamente possibile), senza che ciò rilevi ai fini della improcedibilità: v. per una sintesi al riguardo ancora M.A. Lupoi, *op. cit.*, p. 23 ss.

^[3] In questa sede può essere utile accennare brevemente anche alla questione che pure divide la giurisprudenza circa la natura del termine di 15 giorni previsto dall'art. 5, comma 1 *bis*. In alcuni provvedimenti il termine viene, infatti, qualificato come perentorio con la conseguenza per cui la sua violazione determinerebbe l'improcedibilità della domanda, quand'anche la mediazione fosse stata avviata successivamente (v. da ultimo Giudice di Pace di Nocera Inferiore, sentenza del 22 gennaio 2018, in [101mediatori.it](http://www.101mediatori.it); v. anche Trib. Lecce, 3 marzo 2017; Trib. Cagliari, 8 febbraio 2017; Trib. Firenze, 14 settembre 2016; Trib. Reggio Emilia, 14 luglio 2016; Trib. Bologna, 15 marzo 2015); di contrario avviso altra parte della giurisprudenza che, in difetto di specifica indicazione, ritiene che il termine sia ordinario (salvo poi in alcuni casi ritenere comunque improcedibile la domanda, in difetto di tempestiva richiesta di proroga: v. Trib. Milano, 27 settembre 2016; Trib. Pavia, 14 ottobre 2015); da ultimo nel senso che non si tratti di un termine processuale, potendo la sua violazione comportare l'improcedibilità della domanda solo nel caso in cui il ritardo nel deposito della domanda abbia di fatto impedito l'esperimento della mediazione v. Roma, 14 luglio 2016, n. 14185; Trib. Trapani, 6 febbraio 2018.

^[4] Soluzione ancora diversa quella accolta dal Tribunale di Velletri, 22 maggio 2018, in www.101mediatori.it.

101mediatori.it secondo cui al fine di soddisfare la condizione di procedibilità sarebbe necessario e sufficiente che il rappresentante (in ipotesi anche l'avvocato) sia munito di *procura notarile* conferita per ragioni di oggettiva impossibilità a presenziare all'incontro, dovendo il mediatore menzionarla nel processo verbale dell'incontro come fonte dei poteri di rappresentanza sostanziale.

^[5] Nella sentenza non viene approfondita la questione relativa al rapporto tra il procedimento di convalida e la mediazione: nella fattispecie, il Tribunale di Vasto infatti, sul *discutibile* presupposto del mancato soddisfacimento della condizione di procedibilità ha dichiarato improcedibile la domanda del locatore, dopo che l'istanza di convalida era stata rigettata alla prima udienza, in considerazione dell'opposizione proposta dal conduttore; interessante è peraltro sulla questione la recente pronuncia del Tribunale di Alessandria 19 gennaio 2018, in *www101mediatori.it* che, sempre con riferimento ad un procedimento di convalida di sfratto ha precisato che l'onere di avviare il tentativo di mediazione a seguito della convalida e della conversione del rito grava su *entrambe* le parti, le quali vanno però incontro a conseguenze diverse in caso di inerzia: la condizione di procedibilità della domanda di cui al d. lgs. 28/2010 dovrebbe, infatti correttamente intendersi con riferimento rispettivamente alla domanda di accertamento negativo del diritto al rilascio proposta dall'intimato-opponente; e alle ulteriori domande (diverse da quella originaria di condanna al rilascio) proposte dal locatore e/o dall'intimato (essenzialmente il pagamento somme): solo quelle domande resterebbero travolte dalla pronuncia di improcedibilità che conseguirebbe al mancato tempestivo esperimento della mediazione; al contrario, l'ordinanza di rilascio, non impugnabile e idonea alla stabilizzazione, non risulterebbe intaccata dalla pronuncia di improcedibilità e conserverebbe dunque i suoi effetti esecutivi anche a seguito della chiusura in rito del procedimento di opposizione.

^[6] Sottolinea peraltro il Tribunale come nella fattispecie la parte avesse altresì sottoscritto la domanda di mediazione in tal modo dimostrando di essere a conoscenza della necessità di esperire il procedimento ed al contempo conferendo all'avvocato il mandato a rappresentarla nella procedura.

^[7] Nella motivazione vengono citate come espressione di un orientamento che sarebbe ad avviso del Tribunale "maggioritario", le decisioni assunte da Trib. Firenze 26 novembre 2014, cit.; Trib. Firenze, 19 marzo 2014, cit.; Trib. Palermo, 16 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, 639; Trib. Vasto 9 marzo 2015, in *Giur. it.*, 2015, 1885, con nota di Mottironi; Trib. Roma 19 febbraio 2015 e Trib. Roma 14 dicembre 2015, entrambe in *www.ilcaso.it*; Trib. Bologna 11 novembre 2014, Trib. Bologna ord. 5 giugno 2014, entrambe in *www.adrintesa.it*;

^[8] Secondo il Tribunale una siffatta limitazione al potere generale di farsi rappresentare nella procedura deriverebbe dalla peculiarità della mediazione che *"per le valutazioni ... del tutto discrezionali e non facilmente preventivabili a monte ... che il soggetto presente si trova ad assumere nel corso degli incontri di mediazione nonché in considerazione del fatto che "solo la parte conosce realmente e profondamente quali sono i suoi interessi"* e dei rischi di successivo disconoscimento dell'accordo - rende assai problematica la possibilità di ammettere in via generale la rappresentanza della persona fisica in mediazione.

^[9] Precisa al riguardo il Tribunale come una questione di improcedibilità possa porsi solo con riferimento alla irregolare partecipazione della parte attrice, mentre laddove sia il convenuto a non partecipare personalmente la conseguenza sarebbe quella sanzionatoria dettata dall'art. 8, comma 4 *bis* (cui potrebbe aggiungersi quella ulteriore prevista dall'art. 96, comma 3 c.p.c.).

^[10] Il Tribunale di Roma non esamina la questione e tuttavia mi pare che, seguendo il ragionamento svolto nella motivazione, l'eventuale irregolarità del procedimento potrebbe invece incidere sulla idoneità del verbale di conciliazione a spiegare piena efficacia esecutiva ai sensi dell'art. 12, d. lgs. 28/2010.

Diverse sono le ragioni che portano a non condividere a pieno le tre diverse soluzioni sopra esaminate: quella accolta dal Tribunale di Savona infatti, non pare coerente con il dettato normativo ed in particolare con quanto dispone l'art. 5, comma 2 *bis* del d. lgs. 28/2010 a norma del quale quando l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda la condizione *"si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo"*^[11], con ciò *esplicitamente* richiedendo che l'incontro dinnanzi al mediatore si svolga e *implicitamente* che l'istante compia tutto quanto necessario affinché l'incontro possa avvenire. La questione in effetti è stata affrontata e diversamente valutata dal giudice savonese, secondo cui quella norma si riferirebbe solo ad una modalità di svolgimento del procedimento, ben potendo l'istante manifestare il proprio disinteresse alla mediazione anche disertando il primo incontro. Non solo tuttavia questa possibilità non è contemplata dalla norma, ma nemmeno si potrebbe al riguardo invocare quanto previsto dall'art. 8, comma 4*bis*: quest'ultima norma, infatti, punisce la mancata partecipazione al procedimento (anche sul piano *processuale* consentendo al giudice di desumerne argomenti di prova), ma nulla dice in ordine alla questione del soddisfacimento della condizione di procedibilità la cui disciplina risulta contenuta, dopo la riforma del 2013, appunto nel sopra

citato comma 2bis dell'art. 5. Non ritengo d'altra parte che subordinare il soddisfacimento della condizione di procedibilità alla partecipazione al primo incontro possa risultare - come invece prospetta il Tribunale savonese - in contrasto con l'art. 24 della Costituzione ed in particolare con i principi che la Corte Costituzionale ha elaborato con riferimento alla cosiddetta *giurisdizione condizionata*: i tempi ed i costi del primo incontro cui la parte sarebbe tenuta a partecipare risultano, infatti, adeguatamente contenuti e comunque *ragionevolmente proporzionati* rispetto all'obbiettivo perseguito dalla disciplina in esame che, attraverso la partecipazione *almeno* al primo incontro, intende consentire alle parti, con l'aiuto del mediatore e l'assistenza dei rispettivi avvocati, di compiere una valutazione informata e consapevole circa la possibilità di risolvere la loro controversia in mediazione. Il fatto poi che la conseguenza della mancata partecipazione sia diversa per l'istante (che andrebbe incontro all'improcedibilità della sua domanda) e per il convenuto cui si applicherebbe invece suscettibile la sanzione sopra ricordata non mi pare fonte di alcuna *irragionevole* disparità di trattamento, posto che la condizione di procedibilità non potrebbe essere subordinata alla cooperazione del convenuto per ottenere la quale è invece più opportuno introdurre misure di tipo *coercitivo* che rendano la *diserzione* meno conveniente della *cooperazione*.

Tanto chiarito, nemmeno le soluzioni - sostanzialmente opposte, se non altro in termini di rigore - cui sono pervenuti i Tribunali di Vasto e di Roma risultano pienamente convincenti: anche in questi casi mi pare infatti, che le conclusioni non trovino pieno supporto nel dato normativo offerto dal d. lgs. 28/2010. Estranea a quel dato normativo mi pare innanzitutto la pretesa di individuare in capo alle parti un obbligo di collaborazione per il raggiungimento dell'accordo, per poi far discendere dalla sua violazione l'improcedibilità della domanda, come invece parrebbe ritenere il Tribunale di Vasto quando afferma che *"il contegno assunto dalla parte istante (che non è mai comparsa) e dal suo avvocato è stato pervicacemente ostile alla possibilità... di coltivare proficue occasioni di confronto e di dialogo tra i litiganti ed il mediatore"* per poi concludere che *"a causa di tale comportamento, palesemente contrastante con lo spirito della mediazione e arroccato su posizioni di formalistico rispetto della normativa, la parte istante ha impedito il corretto svolgimento della procedura di mediazione"*.

Allo stesso modo non mi pare pienamente condivisibile la pretesa di far discendere l'improcedibilità da un supposto obbligo di partecipazione personale agli incontri di mediazione. La norma contenuta nell'art. 8 (in forza del quale *"al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato"*) è, infatti, una norma di garanzia che - in coerenza con gli obbiettivi perseguiti dalla riforma del 2013 - vuole che la parte sia sempre assistita dall'avvocato onde evitare che possa inconsapevolmente subire pregiudizi per effetto della partecipazione alla mediazione; mentre nessuna previsione all'interno di quella norma o di altre contenute nel decreto legislativo 28

introduce limiti alla facoltà della parte di farsi rappresentare nell'esercizio dei propri poteri negoziali. Anche il tentativo di desumere l'esistenza di simili limitazioni dai *principi* che governano la mediazione (e così in particolare dalla opportunità che in quel procedimento si instauri un contatto immediato tra parti e mediatore o dalla considerazione della natura *personalissima* dell'attività che si svolge in mediazione) non appare d'altronde convincente: per quanto animata dall'apprezzabile obiettivo di favorire il coinvolgimento delle parti e l'effettività della mediazione, questa operazione interpretativa rischia, infatti, nella sua rigidità di contraddire quelle finalità, riducendo gli spazi di autonomia e volontarietà che la stessa mediazione dovrebbe invece promuovere e garantire. Il fatto stesso poi che l'avvocato, al pari di qualunque terzo possa, se munito di procura sostanziale, validamente sottoscrivere l'accordo (come lo stesso Tribunale di Roma riconosce, quando rigetta la domanda della *rappresentata* e come non sembra possibile negare in forza dei principi generali in materia di contratti) conferma la piena *funzionalità* del procedimento di mediazione che si svolga alla presenza del solo rappresentante. Da un punto di vista *funzionale*, anzi, si può ancora osservare come nella pratica non siano rare le situazioni nelle quali è addirittura opportuno che al tavolo della mediazione non siedano le parti, ma altri soggetti capaci di negoziare i loro interessi in modo più efficace e razionale; ben potendo il mediatore sempre sollecitare la partecipazione personale della parte o comunque articolare il procedimento in modo da consentire al rappresentante ed al rappresentato di concordare le loro strategie negoziali alla luce dell'evolversi della mediazione. Infine, ed avuto riguardo al rischio, pure paventato dal Tribunale di Roma, che questa modalità generi contestazioni successive ad opera del *rappresentato* (che potrebbe rinnegare l'operato del proprio rappresentante) ritengo che si tratti di un rischio "*accettabile*" all'interno di un ordinamento che, anche in forza del principio di buona fede, appresta opportuni rimedi *negoziali*, riservando al mediatore, alle parti e agli avvocati ogni valutazione in merito alla opportunità di avvalersene nel contesto della mediazione.

^[11] L'art. 5, comma 2bis non è in effetti una norma cristallina, in particolare laddove, in apparente contraddizione con il dettato dell'art. 8, menziona il "*mancato accordo*" come esito del primo incontro che dovrebbe invece essere destinato alla sola verifica della possibilità di proseguire la mediazione. Ritengo tuttavia che la norma possa leggersi come comprensiva tanto dell'ipotesi in cui nel primo incontro non sia stato raggiunto l'accordo sulla possibilità di proseguire la mediazione (essendo a tal fine sufficiente il diniego di una delle due parti), quanto ed a maggior ragione quella in cui nel primo incontro le parti siano entrate nel merito della lite ma non abbiano poi trovato accordo (nel qual caso però le indennità di mediazione sarebbero dovute). Occorre inoltre ricordare che, nel vigore del testo originario del d. lgs. 28/2010 (che non prevedeva il primo incontro), il Ministero con il d.m. 145/2011 aveva specificato che nei

casi di cui all'art. 5, comma 1 il mediatore svolge l'incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata e che in questi casi la segreteria dell'organismo può rilasciare attestato di conclusione del procedimento (utile ai fini del soddisfacimento della condizione di procedibilità) solo all'esito del verbale di mancata partecipazione formato dal mediatore. La norma, benché faccia riferimento all'art. 5, comma 1 (cancellato dalla sentenza della Corte Costituzionale e ora sostituita dal comma 1 bis), parrebbe tuttora in vigore, precludendo agli organismi la possibilità di rilasciare attestati di conclusione del procedimento prima dell'incontro tra il mediatore e la parte istante, che dovrà dunque necessariamente essere presente anche in caso di diserzione del convenuto.

Tenuto conto di quanto sopra mi pare dunque preferibile la *quarta* ed ulteriore soluzione accolta in una pronuncia di poco precedente rispetto a quelle esaminate, dal Tribunale di Verona^[12]; anche in quel caso la parte non aveva partecipato personalmente al procedimento di mediazione, ma aveva conferito una procura alle liti al proprio avvocato; quest'ultimo non aveva a sua volta presenziato al procedimento, delegando a partecipare al primo incontro (che si era concluso negativamente), un altro avvocato. Nel giudizio promosso a seguito del fallimento della mediazione anche il giudice di Verona affronta dunque la questione relativa del soddisfacimento della condizione di procedibilità, formulando considerazioni ancora diverse rispetto a quelle svolte dal Tribunale di Vasto e di Roma, ma anche da quelle adottate dal Tribunale di Savona: secondo il Tribunale scaligero, infatti, le parti devono essere presenti al primo incontro affinché la condizione di procedibilità possa considerarsi soddisfatta (o meglio, deve essere presente la parte istante, mentre l'assenza del convenuto non inciderebbe sulla procedibilità, ma sarebbe passibile di sanzione ai sensi dell'art. 8, comma 4bis); poiché però nessuna disposizione di legge introduce *chiaramente e univocamente una deroga alla generale possibilità, in materia di diritti disponibili, di conferire mandato con rappresentanza ad altro soggetto*, le parti ben potrebbero farsi rappresentare da un terzo e così anche dal proprio avvocato che potrebbe validamente sostituire la parte nella mediazione e concludere accordi in nome e per conto della stessa. Sulla scorta di queste condivisibili premesse il Tribunale accoglie comunque anche in questo caso l'eccezione di *improcedibilità*: come opportunamente precisato nella motivazione, infatti, affinché il rappresentante (e così anche l'avvocato) possa validamente sostituire la parte agli incontri di mediazione è pur sempre necessario il *preventivo conferimento di una procura sostanziale*^[13] che gli attribuisca il potere di transigere e conciliare, mentre la condizione non potrebbe ritenersi soddisfatta ove al procedimento abbia partecipato un soggetto privo di poteri quale, nella fattispecie, doveva considerarsi il delegato dell'avvocato a sua volta munito di sola procura alle liti.

^[12] Si tratta dell'ordinanza del Trib. Verona 11 maggio 2017 n. 1626, in www.altalex.com

^[13] Non mi pare invece convincente la soluzione (che sarebbe la *quinta...rispetto* alla medesima questione) accolta da quella parte della giurisprudenza (v. Trib. Velletri, cit.) secondo cui affinché la condizione possa considerarsi soddisfatta il rappresentante dovrebbe essere munito procura notarile: mi pare, infatti, che una volta ammessa la possibilità che la parte si faccia rappresentare all'incontro e richiamato il principio generale dettato dall'art. 1392, c.c. ben potrebbe riconoscersi la validità di una *semplice* procura scritta in forza della quale il rappresentante potrebbe a sua volta sottoscrivere il verbale che non è un contratto e non è in ogni caso un atto pubblico o una scrittura privata; fermo restando che la procura notarile sarebbe necessaria nel caso in cui all'esito della mediazione venisse raggiunto un accordo e questo, per la natura dei diritti, dovesse essere redatto in forma solenne.

Al di là delle diverse soluzioni e delle considerazioni, più o meno condivisibili, ad esse sottostanti è comunque evidente che le oscillazioni giurisprudenziali nell'interpretazione ed applicazione delle regole di partecipazione al procedimento di mediazione costituiscono di per sé un disvalore, generando incertezze con riferimento tanto alla *procedibilità della domanda* quanto alla regolarità del procedimento e alla efficacia degli accordi eventualmente raggiunti. Tali incertezze complicano, a loro volta, la gestione del procedimento da parte del mediatore, minando la fiducia delle parti nell'istituto e nella sua effettività in palese contraddizione con la natura informale che esso dovrebbe assumere. Particolarmente opportuno risulterebbe pertanto, ove prima non intervenga la S.C. in funzione nomofilattica^[14], un intervento correttivo del legislatore che - come proponeva di fare la Commissione Alpa nel progetto di riforma elaborato nella scorsa legislatura - chiarisse in modo univoco la questione, contemperando le esigenze di effettività del primo incontro con il rispetto dei principi di autonomia negoziale e volontarietà della mediazione.

Chiarita la necessità, ai fini del soddisfacimento della condizione di procedibilità, che la parte istante sia presente al primo incontro (e ribadita altresì l'obbligatorietà della partecipazione del convenuto la cui assenza potrebbe anzi essere punita con una sanzione più severa rispetto a quella attualmente prevista^[15]^[16]), si potrebbe riprodurre anche per la mediazione la disciplina già prevista per il tentativo di conciliazione giudiziale, ammettendo la possibilità per le parti di farsi rappresentare, ma richiedendo che il rappresentante - oltre ad essere munito dei poteri di transigere e conciliare - sia altresì a conoscenza

(diretta) dei fatti controversi, essendo tale conoscenza indispensabile al fine di valutare le opportunità di prosecuzione della mediazione^[17]. Il potere del mediatore di sollecitare la partecipazione personale della parte, d'altronde, potrebbe rilevare nell'ambito della valutazione complessiva del comportamento della parte il cui rifiuto ingiustificato di rispondere alle sollecitazioni del mediatore e di partecipare personalmente al primo così come agli incontri successivi (lunghi dal rilevare ai fini della procedibilità) potrebbe essere valutato ai fini della decisione sulle spese nel successivo giudizio. Un simile intervento correttivo potrebbe d'altronde essere l'occasione per chiarire, una volta per tutte, anche le modalità di svolgimento del primo incontro e le conseguenze della mancata prosecuzione del procedimento^[18], valorizzando anche a questo riguardo i principi di volontarietà e responsabilità delle parti: la scelta di non proseguire nella mediazione (al pari di quella di non comparire personalmente) non dovrebbe, infatti, a mio avviso rilevare ai fini della procedibilità della domanda, mentre potrebbe essere opportunamente valorizzata nella prospettiva della buona fede (extra)processuale^[19], ammettendo quanto meno la possibilità che il rifiuto ingiustificato di proseguire possa essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese.

^[14] Va detto peraltro che anche l'intervento della S.C. potrebbe non essere risolutivo, come dimostra la tormentata vicenda della mediazione nel procedimento monitorio, dove nonostante la chiara presa di posizione della Cassazione nella sentenza n. 24629/2015 taluni uffici giudiziari hanno ancora di recente affermato che l'onere di promuovere la mediazione grava sull'opposto.

^[15] In effetti il legislatore, evidentemente consapevole della inadeguatezza della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 4bis (peraltro applicabile solo alla parte costituita, mentre il contumace, per ragioni che non paiono comprensibili, non potrebbe subire alcuna conseguenza), ha introdotto una sanzione assai più rigorosa nella nuova disciplina della consulenza tecnica preventiva obbligatoria prevista, in alternativa alla mediazione, come condizione di procedibilità delle domande di risarcimento danni da responsabilità sanitaria, dall'art. 8 della l. 24/2017, a norma del quale il giudice condanna le parti che non hanno partecipato al procedimento al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione.

^[16] Nel caso in cui la parte invitata manifesti, prima dell'incontro, la propria volontà di non partecipare, si potrebbe in effetti ammettere (superando il dettato del d.m. 145 cit.) che l'organismo possa rilasciare una

certificazione attestante tale circostanza, evitando così alla parte istante di comparire dinanzi al mediatore solo per la redazione del verbale di mancata partecipazione. La questione dovrebbe peraltro essere affrontata, nella prospettiva di un intervento correttivo, in una con quella - anch'essa controversa - della possibilità che il procedimento di mediazione prosegua (in vista della formulazione di una proposta da parte del mediatore) anche in assenza della parte convenuta: possibilità attualmente ammessa da alcuni organismi, ma a mio avviso contrastante con la natura necessariamente bilaterale del procedimento.

^[17] Richiedere che il rappresentante sia a conoscenza *diretta* dei fatti controversi potrebbe in effetti escludere che la procura sia conferita all'avvocato che quei fatti di regola conosce *indirettamente* nell'ambito del rapporto di consulenza e assistenza con il cliente; una siffatta limitazione potrebbe risultare opportuna specialmente con riferimento al primo incontro allo scopo di consentire una valutazione *effettiva* della possibilità di proseguire la mediazione da parte di chi meglio conosce la situazione controversia; capita spesso infatti che l'avvocato che rappresenta la parte compia la sua valutazione nell'ambito di una strategia complessiva di gestione della lite (non di rado scettica rispetto alla mediazione), trascurando le implicazioni soggettive di quella scelta che solo una persona direttamente coinvolta nella lite è in grado di compiere.

^[18] V. *supra* nota 2.

^[19] Non ci può peraltro trascurare nemmeno l'impatto economico della prosecuzione della mediazione, considerato che - in assenza di adeguati incentivi anche di natura fiscale (il credito di imposta parrebbe infatti tuttora lettera morta ...) - l'importo dell'indennità potrebbe risultare anche piuttosto elevato, giustificando almeno sotto questo profilo il rifiuto di proseguire della parte che non intenda sostenere quel costo, specie a fronte di prospettive piuttosto remote di successo della mediazione. In effetti quello dei costi del procedimento è un altro profilo sul quale potrebbe risultare opportuno un intervento correttivo che, per un verso, valorizzasse maggiormente l'impegno del mediatore fin dal primo incontro (prevedendo un costo anche ridotto a carico delle parti) ma, per altro verso, consentisse di articolare il pagamento delle indennità in ragione dell'andamento della mediazione, prevedendo il progredire dell'indennità dovuta in ragione del progredire degli incontri di mediazione.

<https://www.diritto.it/oscillazioni-sulla-partecipazione-delle-parti-al-procedimento-di-mediazione/>