

MEDIAZIONE OBBLIGATORIA E IMPROCEDIBILITÀ DELLA DOMANDA GIUDIZIALE NELLA GIURISPRUDENZA*

LUCIO PELUSO**

Le pronunce in appendice si segnalano per diversi motivi: la sentenza della Suprema Corte è la prima ad affrontare le principali questioni riguardanti la mediazione obbligatoria introdotta dal d.lgs 28/2010; quella del Tribunale evidenzia, sul punto, un diverso orientamento dei giudici di merito, perdurante anche dopo la decisione della Suprema Corte. L'occasione appare pertanto favorevole per una riflessione sullo stato della giurisprudenza sull'argomento.

La giurisprudenza di merito si è generalmente attestata, pur con le dissonanze di cui si darà conto, su posizioni alquanto rigoriste secondo cui:

a) al fine del corretto esperimento del procedimento di mediazione è necessario che le parti siano sempre personalmente presenti agli incontri col mediatore. In particolare, un indirizzo giurisprudenziale non ammette radicalmente la possibilità della rappresentanza nella mediazione; altro indirizzo, pur ammettendo che le parti possano delegare un terzo a partecipare alla procedura, sottopone tale possibilità a condizioni particolarmente rigorose: anzitutto alla prova della sussistenza di una causa che impedisca alla parte di essere presente personalmente; in secondo luogo <<è necessario che la persona delegata sia a conoscenza dei fatti che hanno originato il conflitto e sia dotata (tramite previo rilascio di una procura speciale) del potere di assumere decisioni vincolanti per la parte rappresentata. (omissis). Il rappresentante non potrà, però, mai identificarsi nella persona dell'avvocato che difende e rappresenta la parte in giudizio.>>¹

b) La condizione di procedibilità si ha per realizzata solo a seguito di un effettivo svolgimento o, quanto meno, avvio della mediazione vera e propria.

La Suprema Corte, in controtendenza rispetto alla prevalente giurisprudenza di merito, ha enunciato i seguenti principi di diritto:

1) nel procedimento di mediazione obbligatoria disciplinato dal d.lgs. 28/2010, è necessaria la comparizione personale delle parti davanti al mediatore, assistite dal difensore;

* In appendice all'articolo vengono riportate la sentenza della Cassazione n.8473/2019 e l'ordinanza del Tribunale di Busto Arsizio del 10/02/2021

** Lucio Peluso, Avvocato. Email: studiopeluso@virgilio.it

¹ Trib. Vasto 17 dicembre 2018, in *www.dejure.it*.

2) davanti al mediatore 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 apposita procura sostanziale;

3) 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 a procedere.

Tali principi sono stati successivamente ribaditi da altra sentenza della Suprema Corte che ha esplicitamente inteso dare ad essi continuità.²

Vengono così sollevate tre questioni fondamentali: a) l'ammissibilità della rappresentanza nel procedimento di mediazione; b) la possibilità che rappresentante sia il legale della parte; c) l'individuazione della fattispecie realizzatrice della condizione di procedibilità.

Ammisibilità della rappresentanza

Sulla prima questione, una posizione particolarmente rigorosa è assunta dalle decisioni secondo cui, nel procedimento di mediazione, la parte non può essere rappresentata, né dall'avvocato né da un terzo, ed è dunque necessaria la partecipazione personale della parte stessa³. I fautori di tale interpretazione, dopo essersi posti il quesito <<se l'espressione "parte" possa essere interpretata, in modo anodino e indifferente, cioè parte fisica personalmente presente ovvero parte fisica non presente ma rappresentata da un terzo>> arrivano alla conclusione che <<la giusta accezione della parola "parti" è quella riferita ai soggetti titolari del diritto conteso, personalmente presente>>⁴. A sostegno di tale assunto vengono addotte motivazione del genere: <<L'istituto (della mediazione N.d.R.) 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>>⁵; ed ancora: <<non può essere trascurata la circostanza che solo la parte conosce realmente e profondamente quali sono i suoi interessi, quali quelli fermi ed

² Cass. 5 luglio 2019, n.18068.

³ Ex multis: Trib. Firenze, sez. II, 19 marzo 2014 (ord.), in www.dejure.it; Trib. Firenze (ord.) 26 novembre 2014 in *Rivista di diritto processuale*, 2015, 558; Trib. Vasto 9 marzo 2015 in www.dejure.it; Trib. Roma 14 dicembre 2015 in www.dejure.it; Trib. Pordenone 10 marzo 2017 in www.101mediatori.it; Trib. Roma (ord.) 12 marzo 2018 in www.101mediatori.it; Trib. Roma 20 dicembre 2018, in www.dejure.it; Trib. Tempio Pausania (ord.) 28 settembre 2018 in www.101mediatori.it; in dottrina: G. Raiti, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2° bis, d.lgs. 4 marzo 2010 n.28*, (nota ad ord. Trib. Firenze 26 novembre 2014) in *Riv. Dir. Processuale*, 2015, 573.

⁴ Trib. Roma, 20 dicembre 2018, cit.

⁵ Trib. Firenze 19 marzo 2014 (ord.), cit.; conformi: Trib. Firenze (ord.) 26 novembre 2014, cit.; Trib. Vasto 9 marzo 2015, cit.

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>>⁶.

Il percorso logico e l'esito cui giunge la tendenza più rigorosa non appaiono condivisibili.

E' indiscutibile che <<solo la parte personalmente è portatrice delle necessarie e complete conoscenze degli interessi che muovono il suo agire>>, ma questa lapalissiana verità non impedisce che l'ordinamento riconosca, in linea di principio, all'autonomia privata la possibilità di esplicarsi anche per la via della rappresentanza, di un istituto cioè che permette alla volontà di un soggetto di intervenire per il compimento di negozi giuridici valevoli per altri.

E' principio generale del nostro ordinamento che la rappresentanza sia ammissibile per tutti i negozi e gli atti giuridici, essendo riconosciuta, in linea di massima, all'autonomia privata la possibilità di una cooperazione sostitutiva, nella quale un soggetto pone la propria attività ad esclusivo vantaggio di un altro, sostituendosi allo stesso per la cura dei suoi interessi nei confronti dei terzi⁷. L'impossibilità della sostituzione rappresenta l'eccezione ed è sancita dall'ordinamento solo quando, per la natura degli interessi da disciplinare, solo i titolari possono disporre: si tratta dei negozi personalissimi che sono quelli familiari e, tra quelli patrimoniali, i negozi *mortis causa* (art. 631 c.c.), la donazione (artt. 777 – 778 c.c.) ed il voto nel consiglio di amministrazione di società per azioni (art. 2388 c.c.)⁸.

Quando il legislatore ha voluto negare l'ammissibilità della rappresentanza (art. 2388 c.c.) o ha voluto porvi limiti precisi (art. 777 – 778 c.c.), fino a ridurla a mera ambasceria, lo ha fatto esplicitamente; nel d.lgs n. 28/2010 non vi è traccia alcuna di limiti all'ammissibilità della rappresentanza, coerentemente con la natura disponibile dei diritti patrimoniali cui la mediazione obbligatoria si applica.

Pertanto, l'asserita inammissibilità della rappresentanza nell'ambito del procedimento di mediazione appare in contraddizione col dato normativo e con la natura di tali diritti⁹.

⁶ Trib. Roma 20 dicembre 2018, cit.; conforme: Trib Roma (ord.) 12 marzo 2018, cit.

⁷ Cfr. U. Natoli, *Enciclopedia del diritto voce Rappresentanza (dir. priv.)*, Milano 1987, 463.

⁸ Innumerevoli i riferimenti in dottrina. Ex multis: nella vigenza del codice del 1865: N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano (parte generale)*, Milano 1915, 402; nella vigenza del codice attuale: F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1957, 531 ss.; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli s.d. ma 1966, 662; F. Santoro – Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1978, 275; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* (ristampa della II edizione), Napoli 2002, 558; R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, Milano 1980, 67; L. Bigliazzi – Geri, U. Breccia, F. D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile*; vol. I, tomo II, Torino, 1986; 555; A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, 583; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1992, 130; C. Carbone, *La rappresentanza volontaria tra sostituzione ed immedesimazione*, in *Riv. Not.*, 2011, 878.

⁹ Per l'ammissibilità della rappresentanza nel procedimento di mediazione, in giurisprudenza: App. Torino 5 giugno 2018 in www.dejure.it, App. Napoli 1° giugno 2016 in www.dejure.it; Trib. Pavia 9 marzo 2015 in www.dejure.it; Trib. Verona 11 maggio 2017 in www.dejure.it; Trib. Treviso 25 maggio 2017 in www.dejure.it.

Il nostro ordinamento spinge il rispetto dell'autonomia privata al punto di consentire (art. 1389 c.c.) che <<per la validità del contratto concluso dal rappresentante basta che questi abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso, sempre che sia legalmente capace il rappresentato>>.

E' questo il più esplicito riconoscimento della libertà di disporre dei propri interessi: <<Il soggetto capace ha facoltà di tutelare i suoi interessi come meglio crede; se, per tutelarli, si vale di un soggetto non dotato di piena capacità, ciò rientra nei limiti del suo potere, incontrollabile e discrezionale, di attuare e garantire i suoi interessi nel modo che a lui può sembrare più confacente.>>¹⁰; in tal senso autorevole dottrina: <<l'ipotesi fa perno sull'autoresponsabilità del rappresentato, che deve saper scegliere le persone alle quali affidare la gestione dei suoi interessi. *Imputet sibi se la scelta è stata mal fatta*>>¹¹.

Le osservazioni testé riportate fanno giustizia anche dell'asserzione secondo cui: <<il principale significato della mediazione è proprio il riconoscimento della capacità delle persone di diventare autrici del percorso di soluzione dei conflitti che le attraversano e la restituzione della parola alle parti per una nuova centratura della giustizia, rispetto ad una cultura che le considera "poco capaci" e, magari a fini protettivi, le pone ai margini>>¹².

Al contrario è proprio l'opzione rigorista rivelatrice di una concezione di minorità della persona, ritenuta incapace di badare ai propri interessi al punto di non sapere (e potere) scegliere il proprio rappresentante.

Lascia perplessi anche l'asserzione secondo cui <<non è pensabile applicare analogicamente alla mediazione 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>>¹³.

www.dejure.it; Trib. Verona 28 settembre 2016 in www.expartecreditoris.it; in dottrina: R. Martino, *Sulla pretesa improcedibilità della domanda giudiziale nelle ipotesi di mediazione obbligatoria* in *Giustiziacivile.com*, 1 febbraio 2019; M. Ruvolo, *La mediazione ex officio iudicis e la proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c.* in *Il corriere giuridico* 7/2014, 1006; M. A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fasc. 1, 2016, 31, il quale osserva che <<Le decisioni e le valutazioni che possono essere prese nell'ambito di un procedimento come quello qui in esame scaturiscono, per ampia parte, da valutazioni collegate alla sfera più intima e personale dei soggetti direttamente coinvolti, ma questo non toglie che anche un rappresentante possa svolgere in modo efficace un ruolo in questo contesto>>; E. Benigni, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice* in *Giur. It.*, marzo 2015, 647; A. Santi, *Opportunità, strategie e cautele del nuovo modello di mediazione civile e commerciale* in *Le Società*, 10/2014, 1106.

¹⁰ Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, n. 635.

¹¹ U. Natoli, *Enc. del dir.*, voce *rappresentanza (dir. priv.)*, cit., 479.

¹² Trib. Firenze (ord.) 26 novembre 2014, cit; in tal senso: Trib. Vasto 9 marzo 2015, cit; Trib. Reggio Emilia 26 giugno 2017 in www.101mediatori.it.

¹³ Trib. Firenze (ord.) 26 novembre 2014, cit., 561, con nota favorevole di G. Raiti il quale al riguardo rileva che <<la mediazione, per quanto strumentale alla produzione di un accordo equiparabile nei suoi effetti ad un contratto, genera da un contesto ben diverso da quello negoziale>> e <<i terreni di formazione ed esercizio della volontà conciliativa evocano un complesso ed in qualche misura indifferenziato *humus* valoriale personale della parte in lite, rispetto al quale è plausibile cogliere un ostacolo alla delega del

L'assunto è privo di forza argomentativa: personalissimi sono il diritto ed il negozio con cui di esso si dispone, non l'attività da svolgere per l'esercizio di quello o per la conclusione di questo; e il negozio è personalissimo in considerazione della funzione sua propria¹⁴ che ovviamente non muta a seconda della circostanza in cui venga concluso.

Un ultimo rilievo: in alcune decisioni¹⁵, pur negandosi la generale ammissibilità della rappresentanza in sede di mediazione, sul presupposto che si tratta di un'attività personalissima, se ne afferma l'ammissibilità in casi eccezionali di impossibilità giuridica o materiale a comparire di persona.

La puntualizzazione non è condivisibile: se un diritto o un atto hanno natura personalissima, non è ammissibile mai, neanche in casi eccezionali, la rappresentanza; lo impedisce appunto la *natura* dell'atto.

Possibilità che il rappresentante sia il legale della parte

Alcune decisioni¹⁶, pur ammettendo la possibilità per la parte di farsi rappresentare da un terzo nella procedura di mediazione, affermano che tale rappresentante non possa essere il difensore delle parti perché questi è già a conoscenza del contenuto e delle finalità della procedura di mediazione; non avrebbe dunque senso imporre l'incontro fra i soli difensori ed il mediatore unicamente in vista di un'informativa; ritenere pertanto che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire ai difensori delle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, significherebbe ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori¹⁷.

Il rilievo, non condivisibile, è frutto di una lettura parziale del dato normativo; l'art. 8 del d.lgs 28/10 recita: <<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>>; la formulazione non felicissima potrebbe indurre ad interpretare il primo incontro come avente finalità esclusivamente informative e facilitative della mediazione; accettando

potere conciliativo>>; Trib. Vasto 9 marzo 2015, in www.dejure.it; Trib. Vasto 3 settembre 2015, cit.; Trib. Reggio Emilia 26 giugno 2017, cit.

¹⁴ F. Santoro Passarelli, op. cit., 275.

¹⁵ Trib. Vasto 9 marzo 2015, cit.; Trib. Roma 20 dicembre 2018, cit.; Trib. Roma (ord.) 12 marzo 2018, cit.; su tale linea interpretativa si pone anche il Consiglio Nazionale Forense, nello studio allegato alla circolare 25-C-2013 del 6 dicembre 2013, ove si afferma che <<risulta essenziale che il regolamento dell'Organismo preveda la partecipazione personale delle parti al primo incontro di mediazione, limitando a casi eccezionali la possibilità di essere sostituite da un rappresentante sostanziale munito dei necessari poteri>>.

¹⁶ App. Napoli 01 giugno 2018, in www.dejure.it; Trib. Pavia 9 marzo 2005, in www.dejure.it.

¹⁷ Queste ulteriori specificazioni sono in Trib. Firenze 19 marzo 2014, cit. che peraltro come riportato *supra*, non ammette neanche la rappresentanza del terzo.

questa interpretazione avrebbe senso ritenere frustranea, per lo spirito della mediazione, la presenza, quali rappresentanti delle parti, dei soli legali, dovendo questi essere a conoscenza del contenuto dell'istituto della mediazione; ma tale articolo va letto alla luce dell'art. 5, comma 2 *bis* che parla di <<primo incontro dinanzi al mediatore concluso senza l'accordo>> espressione che lascia inequivocabilmente intendere che tale primo incontro, potendosi concludere con un accordo, può avere, oltre a quella informativa, una funzione mediativa vera e propria ed ha dunque natura bifasica.

Che poi il primo incontro, secondo l'interpretazione data dalla Suprema Corte, possa concludersi con la sola fase informativa, per indisponibilità delle parti a proseguire oltre, è una mera eventualità che non incide sulla natura bifasica.

Viene pertanto meno la principale obiezione alla possibilità per il legale di rappresentare la parte ed appare pertanto più condivisibile l'opinione, fatta propria dalla Suprema Corte, secondo cui anche il legale può essere rappresentante della parte¹⁸.

Un'attenta giurisprudenza ha ulteriormente specificato che

<<il legale della parte, ai sensi dell'art. 83 c.p.c., rappresenta in giudizio la parte a mezzo procura alle liti generale o speciale e, ai sensi dell'art. 84 c.p.c. può ricevere dalla parte il potere di compiere atti che importano la disposizione del diritto in contesa. Se la parte ha conferito al proprio legale procura generale o speciale alle liti, prima dell'udienza innanzi all'organo di mediazione e se nella procura rilasciata è conferito al legale anche il potere di compiere atti che importano la disposizione del diritto in contesa, è evidente che l'avvocato può intervenire innanzi all'organismo di mediazione rappresentando la parte e sostituendosi ad essa. E' possibile giungere a tale conclusione perché il d.lgs. n. 28/2010 non vieta il ricorso alla rappresentanza e prevede solo che la parte debba essere assistita dal proprio legale. Risulta dunque evidente che le parti non possano intervenire se non assistite dal proprio avvocato, circostanza che non impedisce che al legale sia stata conferita anche procura speciale a disporre del diritto. Né vi sono elementi che impediscano il conferimento di tale potere al legale con la stessa procura alle liti, anche in relazione alla circostanza che l'avvocato della parte, munito di idonea procura a disporre del diritto e della lite, può, ai sensi del combinato disposto degli articoli 83 c.p.c., 84 comma secondo c.p.c., 185 c.p.c. e 88 disp. att. c.p.c., partecipare al tentativo di conciliazione e sottoscrivere per la parte la stessa conciliazione, disponendo del diritto e della lite>>¹⁹.

Su quest'ultimo punto la sentenza della Suprema Corte è più rigorosa; essa, infatti, afferma che, sebbene la parte possa farsi rappresentare dal difensore nel procedimento di mediazione, non può conferire tale potere con la procura *ad litem* autenticata dallo

¹⁸ In giurisprudenza: Trib. Verona 28 settembre 2016, cit.; Trib. Verona 11 maggio 2017, cit.; Trib. Treviso 25 maggio 2017, cit.; in dottrina: R. Martino, *Sulla pretesa improcedibilità della domanda giudiziale nelle ipotesi di mediazione obbligatoria*, cit.; M. A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, cit., 32; M. Ruvolo, *La mediazione ex officio iudicis*, cit, 1006; L. Boggio, *Mediazione delegata: dubbi moniti giudiziali sull'obbligo di "presenza effettiva" delle parti*, in www.quotidianoquiritico.it; 2015; in tal senso si esprime anche il Consiglio Nazionale Forense nello studio allegato alla circolare 25-C-2013, cit.

¹⁹ App. Torino 5 giugno 2018, cit.; conformi: Trib. Verona, 28 settembre 2016 cit.; Trib. Verona 11 maggio 2017, cit.; Trib. Bologna 18 settembre 2020, in www.mediatori.it.

stesso 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 difensore²⁰, ai sensi dell'art. 83 c.p.c.

Il rigore della Suprema Corte desta perplessità; infatti, è vero che l'art. 83 c.p.c. limita la possibilità del difensore di autenticare la sottoscrizione della parte al solo giudizio cui si riferisce il mandato, ma sulla portata di tale norma vanno fatte alcune considerazioni.

L'interpretazione della Suprema Corte sottende una concezione di netta distinzione, di separatezza tra procedimento mediativo e causa.

Un'attenta dottrina si sta, però, sempre più orientando verso una considerazione unitaria del momento mediativo e di quello processuale vero e proprio, rilevando come l'obbligo di avviare la procedura di mediazione sembra sfuggire alle categorie del diritto sostanziale ed afferire ai profili del diritto processuale, costituendo un mero presupposto processuale e dunque un onere connesso all'esercizio dell'azione civile,

<<soprattutto ove di questa si proponga un concetto destinato a rappresentare – non (sol)tanto il diritto a far valere in giudizio ciò che è dovuto, secondo la nota definizione di Celso, ma – una sequenza discontinua di posizioni giuridiche soggettive facenti capo a ciascuna delle parti e, prima ancora, serie di norme e di comportamenti che le norme regolano, sì che la disciplina dell'azione s'individua nei limiti in cui i singoli atti che compongono la serie sono retti da un regime comune>>.

Prosegue affermando che <<non sembra avventato rilevare un nesso strumentale tra mediazione e giudizio civile nella c.d. obbligatorietà della prima, secondo un indirizzo che sottopone ad un unico fondamento assiologico l'intera azione civile>> per concludere suggerendo <<di definire il campo di ricerca del nucleo destinato a qualificare la procedura di mediazione nell'area delle regole idonee a declinare il nesso funzionale tra mediazione e processo, nell'ambito di una procedimentalizzazione unitaria.²¹

L'idea che l'obbligatorietà della mediazione la renda una vera e propria fase del processo civile, facente parte integrante della vicenda processuale, è opinione condivisa in dottrina²²; ove non si è mancato di rilevare altresì come tale considerazione unitaria possa evincersi anche dal dato normativo: secondo l'art. 8, comma 4 *bis*, d.lgs. 28/2010, dal comportamento delle parti nel procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. che, va

²⁰ Concorda con tale interpretazione D. Dalfino *"Primo incontro", comparizione personale delle parti, effettività della mediazione* in Foro it., 2019, I, 3259.

²¹ V. Donato, *Sulle ADR tra riforma del processo e riforma del Giudice: la ricerca affannosa dei luoghi della iurisdictio*; in *Giustizia civ.*, aprile 2019, fasc. IV, 878 ss.

²² A. Graziosi, *Media - conciliazione e negoziazione assistita, Limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?* In *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2019, fasc.1, 44; L. Garofalo, *ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014. 262.

sottolineato, prevede tale deduzione solo per comportamenti assunti dalle parti nel processo²³.

Su questa linea interpretativa si è posta la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea²⁴.

Tale considerazione unitaria giustifica l'opzione interpretativa di considerare la procura *ad litem*, autenticata dal difensore ai sensi dell'art. 83 c.p.c., estensibile a tutte le fasi del procedimento per cui è stata conferita, compresa la mediazione, purché, ovviamente tale procura comprenda il potere di disporre del diritto e della lite.

Sotto un diverso profilo, è d'uopo considerare che la procura alle liti, in assenza di specifica regolamentazione, va integrata con la disciplina codicistica sulla rappresentanza e sul mandato, avente carattere generale rispetto a quella processualistica²⁵ e pertanto va letta in relazione all'art. 1708 c.c., applicabile al mandato alle liti²⁶, secondo il quale il mandato comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento.

L'ambito di attività accessorie che il mandatario è abilitato a compiere è molto vasto e, nel caso che sia indicato il fine che il mandante si propone, il mandatario può compiere qualsiasi atto idoneo a realizzare detto fine²⁷; tra queste attività non può non essere compresa la mediazione obbligatoria proprio in forza di quel legame che fa della mediazione obbligatoria una fase necessaria ed incidentale della causa; anzi proprio l'obbligatorietà della mediazione dovrebbe rendere la questione di ancor più chiara soluzione giacché, al fine di stabilire contenuto ed estensione del mandato conferito per

²³ L. Garofalo, *ADR e diritto di accesso alla giustizia*, cit., 262: <<E' lo stesso legislatore che considera unitariamente la vicenda conciliativa e la vicenda processuale vera e propria, tanto da utilizzare gli eventi della prima per indirizzare l'iter di formazione del libero convincimento del giudice – che, è bene ricordarlo, ai sensi del testo dell'art. 116, comma 2° c.p.c., può trarre argomenti di prova solo da alcuni comportamenti tenuti dalle parti nel processo – e addirittura, per condizionare direttamente le decisioni dello stesso giudice relative alle spese del giudizio>>; conforme A. Graziosi, *Media conciliazione e negoziazione assistita*, cit., 37 ss. che afferma: <<il risultato di una mediazione *ex lege* così formulata ed introdotta, non soltanto comportava che essa divenisse inevitabilmente una fase del processo civile della cui durata non poteva prescindere ai fini di un computo totale del procedimento medesimo, ma anche che l'istituto finisse con l'essere una condizione determinante per l'esito del giudizio: basti pensare al fatto che, qualora una parte, senza giustificato motivo, decidesse di non partecipare alla procedura conciliativa, il giudice ben potrebbe desumere da tale comportamento argomenti di prova (a suo carico) nel successivo giudizio, ai sensi dell'art. 116, comma 2° c.p.c.>>.

²⁴ Corte Giust. U.E., sez. III, 14 maggio 2020, C-667/18, ove, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazioni si afferma che: <<La nozione di procedimento giudiziario include un procedimento di mediazione giudiziale o stragiudiziale in cui un giudice sia o possa essere coinvolto, tanto al momento dell'avvio di tale procedimento quanto successivamente>> in *Diritto e giustizia*, fasc. 95, 2020, 2 con nota di G. Milizia.

²⁵ Cass. sez. un. 14 marzo 2016 n. 4909; Cass., sez. un. 28 luglio 2005, n. 15783; Cass. sez. un. 6 agosto 2002, n. 11759.

²⁶ Cass. sez. un. 14 marzo 2016 n. 4909; Cass. 18 aprile 2003, n. 6264; Cass. 6 marzo 1979 n. 1392 ove si legge: <<Il mandato o procura alle liti, che investe della rappresentanza in giudizio il difensore, ha come suo presupposto un rapporto interno relativo al conferimento dell'incarico, il quale è disciplinato dalle norme di diritto sostanziale circa il mandato>>; Cass. 4 aprile 1997 n. 2910.

²⁷ Ex multis: Cass. 12 dicembre 2005 n. 27335; Cass. 25 febbraio 2000, n. 2149.

l'espletamento di una determinata attività, non si può ovviamente non tenere conto di atti il cui compimento sia reso obbligatorio dalla legge, dovendosi anzi ritenere che, in tal caso, neppure si ponga concretamente un problema di individuazione dei limiti del mandato, perché il mandante non può comunque ignorare che il mandatario è tenuto al rispetto della legge²⁸.

E', d'altra parte, principio acquisito pacificamente dalla giurisprudenza della Suprema Corte²⁹ che la procura alle liti conferita in termini ampi ed omnicomprensivi è idonea, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa processuale attuativa dei principi di economia processuale, di tutela del diritto di azione nonché di difesa della parte di cui agli [artt. 24](#) e [111 cost.](#), ad attribuire al difensore il potere di esperire tutte le iniziative atte a tutelare l'interesse del proprio assistito.

Quanto detto, se vale per la mediazione obbligatoria, che opera quale filtro preventivo rispetto all'insorgenza della lite, a maggior ragione dovrebbe valere per la mediazione demandata, che s'inserisce in una causa già avviata proprio in forza del mandato conferito al legale.

Fattispecie realizzativa della condizione di procedibilità

Profilo assai controverso è quello dell'individuazione del momento in cui può dirsi realizzata la condizione di procedibilità.

Un indirizzo rigoroso e finalizzato alla massima valorizzazione dell'istituto della mediazione, sostiene che, per la realizzazione della condizione di procedibilità, è necessario che la mediazione sia effettiva cioè abbia effettivamente luogo; sulla portata di tale effettività sussiste peraltro divergenza; parte della giurisprudenza³⁰ afferma che, perché la condizione di procedibilità possa dirsi realizzata, è necessario che le parti siano presenti a tutti gli incontri fissati dal mediatore; altro indirizzo³¹, afferma che, perché possa dirsi realizzata tale condizione, è sufficiente la partecipazione al primo incontro, ma questa partecipazione non può fermarsi alla prima fase, meramente informativa, dovendo necessariamente proseguire oltre ed entrare nel merito; conseguentemente, per i fautori di questa linea interpretativa, l'interpello che il mediatore deve fare alle parti, ai sensi dell'art. 8, comma 1, d.lgs 28/2010, <<sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione>>, andrebbe inteso nel senso di mancanza di situazioni ostative alla celebrazione del tentativo, non già come indisponibilità o mancanza di volontà ad

²⁸ Cass. 15 giugno 1999 n. 5932.

²⁹ Cass. 22 agosto 2018, n. 20898; Cass. 13 novembre 2019, n. 29353, in *diritto e giustizia*, fasc. 206, 7, con nota di M. Summa.

³⁰ Trib. Vasto 9 marzo 2015, cit; Trib. Monza 18 aprile 2018, in www.mondoadr.it; Trib. Roma 12 marzo 2018, cit.; Trib. Tempio Pausania 29 settembre 2018, cit; Trib. Vasto 17 dicembre 2018, cit.; Trib. Velletri 12 dicembre 2019, in www.dejure.it.

³¹ App. Milano 10 maggio 2017, in www.101mediatori.it; Trib. Firenze 8 maggio 2019, in www.dejure.it; Trib. Santa Maria Capua Vetere 6 aprile 2018, in www.101mediatori.it.

avviarlo; in tale ottica è enfatizzato il termine <<possibilità>> in contrapposizione a quello di <<volontà>>³² per escludere la rilevanza della componente volontaristica nell'avvio della mediazione.

Accertata la mancanza di ostacoli di natura tecnico – giuridica, la mediazione andrebbe senz'altro coltivata entrando nel merito.

Tale interpretazione desta non lievi perplessità³³. Anzitutto l'enfaticizzazione del termine <<possibilità>>, in contrapposizione a <<volontà>>, con le esposte conseguenze, non ha retto alla critica di attenta dottrina che ha rilevato che <<l'aver usato l'espressione "possibilità di avvio del procedimento" in funzione della ritenuta esplorazione in contenzioso sull'ammissibilità o la procedibilità del tentativo non sarebbe meno inesatto che usarla in funzione di vaglio sulla volontà>>³⁴.

Va poi considerato un dato testuale: l'art. 5 d.lgs. 28/2010 indica, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, solo l'esperimento del tentativo di conciliazione mentre l'art. 8, comma 4 *bis*, indica le conseguenze a carico della parte che non ha partecipato al procedimento di mediazione senza giustificato motivo e tra tali conseguenze non è prevista l'improcedibilità della domanda giudiziale, ma conseguenze meno gravi; come è stato rilevato³⁵, sarebbe inspiegabile sanzionare più pesantemente la parte che abbia partecipato al procedimento di mediazione esprimendo la volontà contraria alla conciliazione, rispetto a quella che ha del tutto ommesso di presentarsi alla mediazione.

La chiave di lettura corretta del testo normativo è quella secondo cui sono previste, per la mediazione, due fasi e due corrispondenti livelli di sanzioni³⁶ per l'inottemperanza delle parti ai relativi obblighi di esperimento e di partecipazione: la prima fase è l'esperimento del procedimento per la cui omissione è prevista la più grave sanzione dell'improcedibilità (art. 5, comma 1 *bis*); la seconda (art. 8 comma 4 *bis*) è il procedimento mediativo vero e proprio, alla cui ingiustificata assenza sono collegate le meno gravi sanzioni pecuniarie e la circostanza che il giudice possa desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2 c.p.c.; non è possibile un'interpretazione estensiva della sanzione prevista dall'art. 5 d.lgs. 28/2010 (l'improcedibilità) ai casi previsti dall'art. 8 n. 4 *bis*; al riguardo si ricorda che le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità costituiscono deroga all'esercizio

³² Trib. Firenze 8 maggio 2019, in www.dejure.it; in dottrina: M. Ruvolo, *La mediazione ex officio iudicis*, cit., 1007.

³³ Per una critica puntuale alla scelta di effettività dello svolgimento del tentativo, G. Raiti, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità*, cit., 562 ss.; perplessità esprimono M. Russo, *La reintroduzione della mediazione obbligatoria* in *Giur. It.*, febbraio 2015, 488; A. Santi, *Opportunità, strategie e cautele del nuovo modello di mediazione*, cit., 1107.

³⁴ G. Raiti, *Primo incontro in mediazione*, cit., 562 ss.

³⁵ G. Raiti, *Primo incontro in mediazione*, cit., 567; M. A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile*, cit., 27.

³⁶ Di <<gerarchia fra le fattispecie sanzionatorie>> parla il Trib. Savona, 19 ottobre 2018 in www.101mediatori.it.

del diritto di agire in giudizio, garantito dall'art. 24 cost. e pertanto non possono essere interpretate in senso estensivo³⁷, e anzi devono essere interpretate in senso restrittivo³⁸.

In un sistema retto dal diritto costituzionale all'azione in giudizio, non si può interpretare estensivamente il contenuto del d.lgs. 28/2010, allargando l'ambito dell'improcedibilità, pena una lettura incostituzionale della norma³⁹.

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ribadito⁴⁰ l'importanza che, in presenza di giurisdizione condizionata, sia preservato il diritto di accesso delle parti al sistema giudiziario⁴¹.

Va inoltre considerato che la tesi qui criticata creerebbe una contraddizione non facilmente spiegabile con le norme processuali che prevedono il diritto della parte a non partecipare al processo restando contumace, senza alcuna diretta conseguenza sul piano processuale; sarebbe ingiustificabile negare analogo diritto a non partecipare al procedimento di mediazione⁴².

La condizione di procedibilità è dunque prevista solo per l'esperimento del procedimento di mediazione e non per l'intero procedimento; tale interpretazione, oltre ad essere la sola compatibile con la lettera e lo spirito della Legge, è l'unica rispettosa dell'autonomia della parte che non potrebbe essere obbligata a presenziare (e, per gli interpreti più rigorosi, addirittura personalmente) a tutto l'iter mediativo, dovendosi ritenere pienamente legittimo un comportamento ostruzionistico nei confronti della mediazione, motivato o da questioni di principio o dal reputare totalmente infondate e temerarie le pretese avverse⁴³.

La tesi rigorista creerebbe inoltre seri problemi sul piano operativo.

Anzitutto non viene chiarito quale sarebbe, una volta entrati nel merito, il livello di <<effettività>> sufficiente a ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità⁴⁴; si consideri inoltre che il chiamato nella procedura mediativa potrebbe avere tutto l'interesse a paralizzare l'azione dell'istante e, accettando la soluzione qui criticata,

³⁷ Corte Cost. 30 novembre 2007, n. 403; Cass. 21 gennaio 2004, n. 967; Cass. 21 settembre 2012, n. 16092; Cass. 8 settembre 2017, n. 20975; in dottrina: R. Martino, *Sulla pretesa improcedibilità della domanda giudiziale*, cit.; G. Buffone, *Diritto processuale della mediazione*, in *Giur. Merito*, n. 10- 2011, 2360.

³⁸ Cass. 17 dicembre 2014, n. 26560, che enuncia tale principio in tema di inammissibilità.

³⁹ App. Torino 5 giugno 2018, cit; in dottrina: M. A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile*, cit. 27; per una disamina sui rapporti tra garanzia costituzionale del diritto di agire in sede giudiziaria e mediazione obbligatoria: A. Graziosi, *Media conciliazione e negoziazione assistita*, cit, 60 ss.

⁴⁰ Corte giust., sent. 14 giugno 2017, causa C-75/16, *Mennini e al. c. Banco Popolare*.

⁴¹ Sul punto, cfr. A. Correr, *La disciplina italiana della mediazione obbligatoria al vaglio della Corte di Giustizia*, in www.dpceonline.it, IV, 2017, 939 ss. che rileva come <<la Corte non omette di considerare che il carattere obbligatorio della mediazione nelle controversie *de quibus* finisce *de facto* con l'aggiungere una condizione preliminare all'accesso alla giustizia, potenzialmente in grado di incidere sul principio di effettività della tutela giurisdizionale>>.

⁴² Trib. Savona 19 ottobre 2018, cit; in dottrina: E. Benigni, cit., 648.

⁴³ In questo senso, in dottrina: R. Martino, *Sulla pretesa improcedibilità della domanda giudiziale nelle ipotesi di mediazione obbligatoria*, cit.; M. A. Lupoi, cit., 16; in giurisprudenza: App. Torino 5 giugno 2018, cit.; contrario: Trib. Avellino 14 gennaio 2020, in www.101mediatori.it.

⁴⁴ M. A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile*, cit., 28.

avrebbe facile gioco a farlo, non presenziando agli incontri, e beneficiando delle conseguenze favorevoli della declaratoria di improcedibilità della domanda⁴⁵.

Per ovviare a tale evidente incongruenza, alcuni interpreti⁴⁶ sono obbligati ad effettuare una distinzione tra l'assenza agli incontri della parte istante che provocherebbe l'improcedibilità della domanda e quella della parte invitata, la cui assenza comporterebbe le altre meno gravi sanzioni.

L'assunto non è condivisibile poiché di tale distinzione non c'è traccia nel testo di legge⁴⁷ ed inoltre creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra le parti⁴⁸.

L'insostenibilità della tesi che, al fine della realizzazione della condizione di procedibilità, richiede l'effettività della mediazione, col conseguente obbligo di partecipazione alla stessa entrando nel merito fa emergere il punto nodale della questione: individuare cosa il legislatore abbia voluto intendere per "esperimento" la cui omissione causa l'improcedibilità della domanda e dove tale fase finisca e inizi la procedura mediativa, nella quale l'assenza della parte – di qualsiasi parte – determina l'applicazione delle altre, meno gravi, sanzioni.

Una prima scelta interpretativa⁴⁹ ritiene che l'esperimento del procedimento di mediazione si realizzi con la semplice presentazione della domanda dinanzi all'organismo del luogo del giudice competente per la controversia e che, esperito in tal modo il procedimento di mediazione, la parte non avrebbe altro onere; altra opzione⁵⁰ ritiene che la condizione di procedibilità si sostanzi nell'onere, per le parti, di partecipare quanto meno alla prima fase (informativa) del primo incontro avanti al mediatore; esaurita tale fase, il mediatore, nell'ipotesi di indisponibilità, anche di una sola parte a proseguire, non deve neppure avviare il tentativo di mediazione e la condizione di procedibilità si ha per avverata.

La Cassazione si è attestata su quest'ultima posizione. Tale posizione però collide, come rilevato⁵¹, con il tenore dell'art. 8, comma 4 *bis*, d.lgs. 28/10 che prevede, come conseguenza dell'assenza della parte innanzi al mediatore non già l'improcedibilità, ma la meno grave conseguenza dell'applicazione di una sanzione pecuniaria e della rilevanza di tale comportamento ai sensi dell'art. 116 c.p.c.; essendo state escluse, per quanto

⁴⁵ Sul punto: M. A. Lupoi, cit., 27; in giurisprudenza: Trib Savona 19 ottobre 2018, cit.

⁴⁶ In dottrina: M. Bove, *La mediazione delegata*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2018, fasc. 3, 474; in giurisprudenza: Trib. Tempio Pausania 28 settembre 2018, cit.; Trib. Roma 12 novembre 2018, in www.101mediatori.it, Trib. Vasto 9 marzo 2015, cit.; Trib. Roma 20 dicembre 2018, in www.dejure.it; Trib. Roma (ord.) 12 marzo 2018, cit.; Trib Roma 27 giugno 2019, in www.mondoadr.it.

⁴⁷ In realtà Trib. Roma (ord.) 12 marzo 2018, est. Moriconi, cit., afferma (alquanto inspiegabilmente) che il d.lgs 28/2010 distingue, al riguardo, la posizione dell'attore da quella del convenuto; posizione ribadita da Trib. Roma 20 dicembre 2018, est. Moriconi, cit. ed ancora da Trib. Roma 27 giugno 2019, est. Moriconi, cit.

⁴⁸ Trib. Savona 19 ottobre 2018 cit.; Trib. Verona (ord.) 11 maggio 2017, cit.

⁴⁹ In giurisprudenza: Trib. Savona 19 ottobre 2018, cit.; App. Torino 5 giugno 2018, cit; in dottrina: G. Raiti, *Primo incontro in mediazione*, cit., 568.

⁵⁰ In giurisprudenza: Trib. Aosta 12 marzo 2019 in www.101mediatori.it; in dottrina: M. A. Lupoi, cit., 24; L. Boggio, *Mediazione delegata: dubbi moniti giudiziali sull'obbligo di "presenza effettiva delle parti"*, cit.; A. Santi, *Opportunità, strategie e cautele del nuovo modello di mediazione civile e commerciale*, cit., 1107.

⁵¹ App. Torino 5 giugno 2018, cit.; Trib. Savona 19 ottobre 2018, cit.

rilevato innanzi, sia la possibilità di distinzione tra parte invitante e parte invitata sia la possibilità di estensione della sanzione dell'improcedibilità, si deduce che l'assenza di una o di entrambe le parti al primo incontro non può essere causa di improcedibilità.

Per di più, come acutamente rilevato⁵², il citato art. 8, comma 4 *bis*, prevedendo che la mancata partecipazione al procedimento di mediazione è valutabile ai sensi dell'art. 116 c.p.c., implicitamente afferma che, se la parte (qualunque parte) non partecipa alla mediazione, il processo proseguirà e dovrà concludersi con una pronuncia di merito nell'ambito della quale l'assenza dell'attore o del convenuto sarà valutabile come argomento di prova contro l'assente.

Appare pertanto più coerente col dettato normativo l'opinione di chi ritiene che la condizione di procedibilità si realizzi con la semplice presentazione della domanda dinanzi all'organismo di mediazione.

E' di tutta evidenza che tale soluzione rischia di depotenziare l'istituto della mediazione soprattutto con riguardo all'efficacia deflattiva del sovraccarico dell'apparato giudiziario⁵³ ma questo, a ben vedere, è l'inevitabile conseguenza della scelta, da parte del nostro legislatore, della obbligatorietà della mediazione⁵⁴, a fronte della diversa scelta effettuata da altri legislatori comunitari⁵⁵ che hanno optato per la mediazione facoltativa, certamente più consona ad un istituto che dovrebbe avere nel consensualismo la sua caratteristica.

Come ha rilevato un'attenta dottrina⁵⁶, lo strumento mediatorio, comporta "rinuncia alle più ampie forme di tutela assicurate dallo strumento giurisdizionale e dai principi costituzionali del giusto processo ex art. 111 cost."

Esso inoltre <<incide – inevitabilmente – anche sull'effettività del diritto ad un giudice imparziale, sancito all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea>>⁵⁷.

Un procedimento privo delle fondamentali garanzie difensive, incluse quelle poste a tutela del soggetto più debole, presuppone inevitabilmente la volontà delle parti di accettare e, ancor più, di scegliere questa forma di risoluzione delle controversie; in

⁵² In giurisprudenza: Trib. Savona 19 ottobre 2018, cit.; in dottrina: G. Raiti, cit., 567.

⁵³ Sull'intento deflattivo del carico giudiziario perseguito dal Legislatore, A. Graziosi, op. cit., 42, che parla della mediazione come di <<un eccellente escamotage per dare una risposta (purtroppo rivelatasi illusoria ed inadeguata) al problema giudiziario italiano>>; V. Donato, op. cit., 873 e R. Masoni, op. cit., 1215, parlano di <<fuga dalla giurisdizione>>.

⁵⁴ Perplexità sul metodo prescelto dal legislatore per la diffusione della cultura della mediazione (impostato soprattutto sulla previsione della obbligatorietà, con tutto ciò che ne consegue in termini di sanzioni ed indebite interferenze con il processo) esprime D. Dalfino in "Primo incontro", *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*, cit.; sul punto perplexità avanza anche R. Caponi, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, in www.judicium.it. 2011.

⁵⁵ Per una disamina sulla mediazione come realizzata nei diversi Paesi dell'Unione: A. Graziosi, *Media – conciliazione e negoziazione assistita*, cit., 48 ss.

⁵⁶ A. Graziosi, cit., 41; egualmente critico R. Masoni, *L'esercizio della delega in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al D.L.G. n.28 del 2010 in Giurisprudenza di merito*, 2010, fasc. 5, 1229.

⁵⁷ A. Graziosi, cit., p.54.

manca di tale volontà l'istituto della mediazione rischia di diventare una forma di potenziale violazione dei diritti costituzionalmente garantiti⁵⁸.

La decisione del legislatore di optare per l'obbligatorietà della mediazione comporta, come ineludibile conseguenza, la necessità di una tutela particolarmente rigorosa delle ragioni di chi non intende accedere ad essa o coltivarla.

Tra i confliggenti interessi dello Stato, da una parte, a risolvere il problema giudiziario italiano e quello del cittadino, dall'altra, a vedere tutelate le proprie garanzie difensive, queste ultime sono sicuramente più meritevoli di tutela.

Conclusioni

L'ordinanza del Tribunale di Busto Arsizio in commento si colloca in un filone giurisprudenziale, maggioritario presso la giurisprudenza di merito, teso alla massima valorizzazione⁵⁹ dell'istituto della mediazione, al dichiarato scopo della concreta realizzazione dell'intento deflattivo dei carichi giudiziari⁶⁰.

Pur volendo prescindere dalle perplessità sollevate⁶¹ sull'opportunità, su un piano strettamente di politica legislativa, di imporre forme di giurisdizione condizionata in un'ottica deflattiva del contenzioso, si deve comunque rilevare come tale valorizzazione sia stata perseguita con percorsi fondati più su argomenti *de jure condendo* che non su argomenti *de jure condito* e al prezzo di evidenti forzature sia del dato normativo sia dei principi in tema di rappresentanza e di accesso alla giustizia⁶²; all'interprete però, ferma restando la libertà di criticarne l'opportunità, non è dato prescindere da essi; soprattutto va salvaguardata l'accesso alla giustizia⁶³.

⁵⁸ A. Graziosi, cit., p.41.

⁵⁹ M.A. Lupoi, cit., 33, parla di <<entusiasmo>>, forse eccessivo, della prassi giurisprudenziale nei rispetti del procedimento di mediazione ed al riguardo cita Trib. Roma, 9 aprile 2014 che ha ritenuto possibile che la mediazione proceda anche in assenza della parte convocata, in mancanza di un espresso divieto normativo in tal senso e sempre che vi sia un interesse tutelabile in capo alla parte che, in assenza dell'altra, chieda comunque di procedere.

⁶⁰ Una ponderata critica a tale scelta e le conseguenze sul piano della legittimità costituzionale vengono espresse da E. Minervini, "La storia infinita" della mediazione obbligatoria, in *I contratti*, 12/2013, 1153 ss.

⁶¹ M. Golia, *I costi della negoziazione assistita obbligatoria alla prova del diritto Ue: un limite all'accesso alla giustizia?* in *Riv. Trim. Dir. e Proc.Civ.*, fasc. 1, 1 marzo 2019, 359.

⁶² Sul punto: R. Martino, *Sulla pretesa improcedibilità della domanda giudiziale nelle ipotesi di mediazione obbligatoria*, in *Giustiziacivile.com*, cit.

⁶³ Si riportano le riflessioni di R. Sturmer, *La risoluzione alternativa delle controversie in Germania*, in *L'altra giustizia* a cura di V. Varano, Milano 2007, 255 ss. <<Ma la conciliazione non deve eliminare le sentenze dai procedimenti giudiziari, poiché la comunità del diritto ha bisogno di sentenze. La legge si preserva nelle sentenze, e solo queste ultime possono applicarla e diffonderla. La Costituzione parla solo di giustizia, non di mediazione. Il giudice, che ha l'obbligo di osservare la legge ed il diritto, non può abusare della sua autorità nelle fasi di conciliazione, per negare alle parti una sentenza. Vi saranno sempre persone ragionevoli o meno che siano, a volere che sia una sentenza a definire il giudizio e non un accordo transattivo, a costo di perdere la causa. Il giudice non deve, con una sorta di lavaggio del cervello, violare il diritto di tali soggetti ad ottenere una sentenza>>.

La Suprema Corte, con le prime sentenze sull'argomento, ha corretto le forzature più evidenti delle pronunce rigoriste delle Corti di merito, cogliendo il disvalore insito in tali interpretazioni; ma anch'essa, forse al fine di non depotenziare eccessivamente l'istituto della mediazione, offre un'interpretazione non del tutto convincente.

Chi peraltro pensava che le sentenze della Suprema Corte avesse quanto meno posto un argine alle interpretazioni più audaci della giurisprudenza di merito, si è dovuto presto ricredere: l'ordinanza del Tribunale in epigrafe, insieme con altre pronunce delle corti di merito⁶⁴, di analogo tenore, riprende e fa proprie le argomentazioni della teoria rigorista⁶⁵.

È auspicabile che il secondo intervento della Suprema Corte, dando continuità ai principi enunciati nella prima sentenza, delinei una linea interpretativa costante della giurisprudenza di legittimità ed induca i giudici di merito, anche per rispetto della funzione nomofilattica della Cassazione, ad adeguarsi a tali principi.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BENIGNI Elena, 2015, «La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice» in *Giur. It.*

BETTI Emilio, 2002, *Teoria generale del negozio giuridico* (ristampa della II edizione). ESI, Napoli.

BIGLIAZZI GERI Lina, BRECCIA Umberto, BUSNELLI Francesco D., NATOLI Ugo, 1986, *Diritto civile*, vol. I, tomo II. Utet, Torino.

BOGGIO Luca, 2015, «Mediazione delegata: dubbi moniti giudiziali sull'obbligo di "presenza effettiva" delle parti». In www.quotidianogiuridico.it

BOVE Mauro, 2018, «La mediazione delegata». In *Rivista dell'arbitrato*, fasc. 3.

BUFFONE Giuseppe, 2011, «Diritto processuale della mediazione». In *Giur. Merito*, n. 10.

CAPONI Remo, 2011, «La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità». In www.judicium.it.

CARBONE Carlo, 2011, «La rappresentanza volontaria tra sostituzione ed immedesimazione». In *Riv. Not.*

⁶⁴ Trib. Firenze 8 maggio 2019, in www.dejure.it; Trib. Velletri 12 dicembre 2019, in www.dejure.it; Trib. Roma 27 giugno 2019 in www.mondoadr.it; Trib. Modena 16 ottobre 2019, in www101mediatori.it; Trib. Roma 12 giugno 2019, in www101mediatori.it; Trib. Roma 17 aprile 2020 in www.dejure.it.

⁶⁵ In termini critici nei confronti della sentenza della Cassazione C. Giovannucci Orlandi, *Una rondine che speriamo non faccia primavera*, in www.questionegiustizia.it.

- CARIOTA FERRARA Luigi, 1966, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. ESI, Napoli.
- CORRERA Angela, 2017, «La disciplina italiana della mediazione obbligatoria al vaglio della Corte di Giustizia». In www.dpceonline.it, IV.
- COVIELLO Nicola, 1915, *Manuale di diritto civile italiano (parte generale)*. Società editrice libraria, Milano.
- DALFINO Domenico, 2019, «“Primo incontro”, comparizione personale delle parti, effettività della mediazione». In *Foro it.*
- DONATO Valerio, 2019, «Sulle ADR tra riforma del processo e riforma del Giudice: la ricerca affannosa dei luoghi della iurisdiction». In *Giustizia civ.*, fasc. IV.
- GAROFALO Luciano, 2014, «ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria». In *Studi sull'integrazione europea*, n. 2.
- GIOVANNUCCI ORLANDI Chiara, 2019, «Una rondine che speriamo non faccia primavera». In www.questionegiustizia.it.
- GOLIA Mario, 2019, «I costi della negoziazione assistita obbligatoria alla prova del diritto Ue: un limite all'accesso alla giustizia?». In *Riv. Trim. Dir. e Proc.Civ.* fasc. 1, 1.
- GRAZIOSI Andrea, 2019, «Media-conciliazione e negoziazione assistita, Limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?». In *Riv. trim. dir e proc. civ.*, fasc.1.
- LUPOI Michele Angelo, 2016, «Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme». In *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fasc. 1.
- MARTINO Roberto, 2019, «Sulla pretesa improcedibilità della domanda giudiziale nelle ipotesi di mediazione obbligatoria». In *Giustiziacivile.com*.
- MASONI Roberto, 2010, «L'esercizio della delega in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al D.L.G. n.28 del 2010». In *Giurisprudenza di merito*, fasc. 5.
- MESSINEO Francesco, 1957, *Manuale di diritto civile e commerciale*. Giuffrè, Milano.
- MINERVINI Enrico, 2013, «“La storia infinita” della mediazione obbligatoria». In *I contratti*, 12.
- NATOLI Ugo, 1987, *Enciclopedia del diritto voce Rappresentanza (dir. priv.)*. Giuffrè, Milano.

RAITI Giovanni, 2015, «Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2° bis, d.lgs. 4 marzo 2010 n.28, (nota ad ord. Trib. Firenze 26 novembre 2014)». In *Riv. Dir. Processuale*.

RUSSO Marco, 2015, «La reintroduzione della mediazione obbligatoria». In *Giur. It.*

RUVOLO Michele, 2014, «La mediazione ex officio iudicis e la proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c.». In *Il corriere giuridico*, 7.

SANTI Angelo, 2014, «Opportunità, strategie e cautele del nuovo modello di mediazione civile e commerciale». In *Le Società*, 10.

SANTORO-PASSARELLI Francesco, 1978, *Dottrine generali del diritto civile*. Jovene, Napoli.

SCOGNAMIGLIO Renato, 1980, *Contratti in generale*. Villardi, Milano.

STÜRNER Rolf, 2007, «La risoluzione alternativa delle controversie in Germania». In *L'altra giustizia* a cura di V. Varano. Giuffrè, Milano.

TORRENTE Andrea, 2017, *Manuale di diritto privato*. Giuffrè, Milano.

TRABUCCHI Alberto, 1992, *Istituzioni di diritto civile*. Cedam, Padova.

APPENDICE/1

SENTENZA

Cassazione civile sez. III - 27/03/2019, n. 8473

Intestazione

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. AMENDOLA Adelaide	- Presidente -
Dott. DI FLORIO Antonella	- Consigliere -
Dott. OLIVIERI Stefano	- Consigliere -
Dott. RUBINO Lina	- rel. Consigliere -
Dott. POSITANO Gabriele	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 27762-2017 proposto da:

GAIA ENERGY ENGINEERING SRL, in persona dell'Amministratore Unico e
Legale Rappresentante Dott. D.Z.A. , domiciliata ex
lege in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE,
rappresentata e difesa dall'avvocato CARLO ONESTI giusta procura
speciale in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

EUREKA SRL;

- intimata -

avverso la sentenza n. 210/2017 della CORTE D'APPELLO di TRIESTE,
depositata il 25/05/2017;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
06/02/2019 dal Consigliere Dott. LINA RUBINO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.

FRESA Mario, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso;

udito l'Avvocato CARLO ONESTI;

I FATTI DI CAUSA

1. Il giudizio di primo grado.

Nel 2016 Gaia Energy Engineering S.r.l. depositò dinanzi al Tribunale di Udine ricorso ex art. 447-bis c.p.c., rappresentando di aver concesso in locazione un'unità immobiliare sita in (OMISSIS) a Eureka S.r.l. e chiedendo la risoluzione del contratto per mancata prestazione del deposito cauzionale, il rilascio dell'immobile e la condanna della controparte alle spese del giudizio. Eureka si costituì in giudizio, eccependo l'avvenuta costituzione, benchè solo in corso di causa, del deposito cauzionale e l'improcedibilità della domanda per mancato previo esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione previsto dal D.Lgs. n. 28 del 2010 e successive modifiche.

Il Giudice assegnò alle parti il termine di 15 giorni per l'avvio della procedura di mediazione D.Lgs. n. 28 del 2010, ex art. 5, con conseguente differimento dell'udienza di discussione.

Gaia avviava la procedura di mediazione; al primo incontro fissato dall'Organismo di mediazione in data 5/07/2016 parteciparono i soli procuratori delle parti, chiedendo un breve rinvio e successivamente questi comunicavano telefonicamente al mediatore l'impossibilità delle parti di raggiungere un accordo stragiudiziale. Il secondo incontro non ebbe mai luogo (nè si fa riferimento, nel ricorso o nella sentenza, all'esistenza di un verbale di mancata conciliazione).

Alla successiva udienza il difensore di Eureka eccepì nuovamente l'improcedibilità della domanda promossa dalla ricorrente sul rilievo che nel procedimento di mediazione non fossero comparse le parti personalmente ma solo i difensori, eccezione alla quale Gaia si oppose.

In sede di precisazione delle conclusioni Gaia, stante l'avvenuta costituzione (benchè tardiva) del deposito cauzionale ad opera della controparte, rinunciò alla domanda di risoluzione del contratto e insistette soltanto per ottenere la condanna di Eureka alla rifusione delle spese legali, liquidate in base al principio della soccombenza virtuale.

Il Tribunale dichiarò cessata la materia del contendere, rilevando, in rito, che non si fosse verificata la condizione di procedibilità della domanda di cui al D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 1-bis, con conseguente improcedibilità della domanda attorea. Compensò per intero tra le parti le spese di lite, osservando che "entrambe le domande di parte si sono infine rivelate inammissibili per ragioni di rito".

2. L'appello.

Avverso la sentenza n. 1418/2016 del Tribunale di Udine propose appello Gaia, assumendo che la mediazione obbligatoria si fosse effettivamente svolta, avendo le parti legittimamente partecipato al procedimento di mediazione a mezzo dei rispettivi difensori (in particolare asserì che il difensore di Gaia fosse munito di una procura speciale, conferente tutti i poteri per definire e trattare questioni giudiziali e stragiudiziali,

e che pertanto lo stesso fosse dotato di rappresentanza formale e sostanziale) e contestando il capo relativo alle spese. Eureka si costituì in giudizio.

La Corte d'appello di Trieste, con la sentenza n. 2010 del 2017 qui impugnata, rigettò l'appello, condannando Gaia al pagamento delle spese del secondo grado di giudizio.

In particolare, il Giudice d'appello affermava che il D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 8, prevede la presenza personale delle parti, assistite dal proprio difensore (in tal senso deponendo l'uso della congiunzione "e", laddove si precisa che il mediatore "invita le parti e i loro avvocati"), atteso che nel primo incontro informativo il mediatore necessita di contatto diretto con le parti sostanziali, al fine di verificare la fattibilità dell'inizio della procedura di mediazione vera e propria; che pertanto, pur potendo la parte farsi rappresentare dal difensore, non sia sufficiente a tal fine una semplice procura speciale alle liti rilasciata ex art. 185 c.p.c., contenente i poteri di transigere e conciliare la lite, trattandosi di procura con valenza processuale e non sostanziale, essendo necessaria una procura speciale notarile che conferisca al difensore la rappresentanza sostanziale della parte; che nel caso di specie peraltro, a prescindere dalla partecipazione personale delle parti, dovesse ritenersi che la mediazione non fosse mai iniziata essendovi stato un primo incontro informativo e preliminare, senza discussione di alcuna questione relativa alla controversia, alla sola presenza degli avvocati, mentre all'incontro successivo fissato al 18/07/2016 per lo svolgimento della mediazione in senso stretto nessuna delle parti si era presentata.

3. Il giudizio di legittimità. Avverso la sentenza n. 210/2017 della Corte d'appello di Trieste, pubblicata in data 25/05/2017, propone ricorso per Cassazione, con due motivi, Gaia Energy Engineering S.r.l.

Eureka S.r.l. non ha svolto in questa sede attività difensiva.

LE RAGIONI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo, la ricorrente deduce la violazione del D.Lgs. n. 28 del 2010, artt. 5 e 8 e successive modifiche, nonché degli artt. 185 e 83 c.p.c. Sostiene che la Corte d'appello, soffermandosi sul solo elemento testuale, abbia stravolto la finalità del tentativo di mediazione previsto a pena di improcedibilità della domanda giudiziale dal D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 8; e che tale articolo non preveda un obbligo di partecipazione personale delle parti al procedimento di mediazione al fine di potersi ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità, prevedendo solo che la parte debba essere idoneamente informata sulla possibilità, o necessità, a seconda dei casi, di ricorrere alla procedura di mediazione e sulle agevolazioni fiscali che ne derivano, e che possa consapevolmente scegliere di delegare tale adempimento al proprio avvocato.

Aggiunge che se effettivamente la norma imponesse la presenza personale di entrambe le parti, il convenuto sarebbe arbitro di decidere se e quando consentire il

perfezionamento della condizione di procedibilità, potendo lo stesso farsi rappresentare dal proprio difensore anzichè presentarsi personalmente.

Evidenzia che, se la sanzione prevista per il comportamento più grave della mancata partecipazione senza giustificato motivo è, D.Lgs. n. 28 del 2010, ex art. 8, la condanna al pagamento del contributo unificato e la possibilità per il Giudice di trarre argomenti di prova dal suddetto comportamento, non potrebbe essere sanzionata con la più grave pena dell'improcedibilità la condotta più lieve della mancata comparizione personale.

Deduce che la Corte d'appello finisca per avallare la tesi da essa stessa respinta laddove afferma che al primo incontro siano comparsi i soli difensori, ma al contempo sostiene (usando peraltro le stesse parole del verbale di intermediazione del 05/07/2016) che "le parti" dichiarano di voler procedere con la mediazione (ciò significando, infatti, che gli avvocati abbiano agito in rappresentanza delle parti); e che non si capisca perchè al primo incontro la procedura di mediazione abbia potuto prendere avvio senza la presenza materiale di Gaia ed Eureka ma al successivo incontro fosse necessaria la loro presenza per poter dare atto dell'esito negativo del procedimento ex D.Lgs. n. 28 del 2010.

La ricorrente contesta inoltre l'individuazione della fonte normativa della procura rilasciata al proprio avvocato nell'art. 185 c.p.c. rubricato "Tentativo di conciliazione" anzichè nell'art. 83 c.p.c.

Lamenta infine che, seguendo la tesi ex adverso propugnata, la Corte d'appello avrebbe potuto disporre essa stessa, ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 28 del 2010, l'esperimento della mediazione ex lege.

Con il secondo motivo, deduce, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5), l'omesso esame di un fatto decisivo indicato nella procura speciale alle liti, il cui testo non riproduce, ma che indica come prodotta nel giudizio di cassazione come allegato al ricorso, al n. 5.

La ricorrente deduce che il difensore di Gaia, in virtù della procura speciale notarile rilasciata allo stesso e depositata in giudizio, avesse non solo ricevuto procura per rappresentare Gaia in giudizio, ma gli fossero stati conferiti tutti i poteri di disporre dei diritti materiali di Gaia oggetto della causa, anche nelle procedure stragiudiziali qual è quella di cui al D.Lgs. n. 28 del 2010 e quindi che fosse non solo una procura processuale ma contenesse anche il conferimento di poteri sostanziali e che pertanto l'avvocato, munito di una tale procura, fosse legittimato a sostituire la parte nel procedimento di mediazione obbligatoria. Al terzo punto del ricorso, la ricorrente, ad evitare che sulla questione si formi il giudicato, ripropone, fidando nell'accoglimento dei due precedenti motivi, la domanda di condanna alle spese del giudizio di appello dell'avversaria, sulla base della soccombenza virtuale della stessa, con eventuale esame della stessa da parte del giudice del rinvio.

Il ricorso pone per la prima volta a questa Corte la necessità di affrontare alcune questioni in tema di mediazione obbligatoria, introdotta come condizione di procedibilità di una vasta serie di controversie dal D.Lgs. n. 28 del 2010 (Attuazione della L. 18 giugno

2009, n. 69, art. 60, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali) e successive modifiche.

In particolare, la questione giuridica che il ricorso impone di risolvere è se, nel suddetto procedimento di mediazione, il cui preventivo esperimento è previsto obbligatoriamente, a pena di improcedibilità, per le controversie nelle materie indicate dal D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 1 bis, (introdotto dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69, art. 84, convertito con modificazioni della L. 9 agosto 2013, n. 98, dopo che la Corte Cost. con sentenza n. 272 del 2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 1 del medesimo articolo) e disciplinato, in particolare, dagli artt. 5 e 8 dello stesso, la parte che propone la mediazione sia tenuta a comparire personalmente davanti al mediatore, affinché il tentativo si possa ritenere compiuto, a pena di improcedibilità dell'azione proposta senza previo esperimento del tentativo di mediazione obbligatoria, o se la stessa possa - e in che modo - farsi sostituire.

Qualora si ammetta che la parte possa farsi sostituire, ovvero che sia un atto delegabile ad altri, occorre individuare i modi e le forme di tale sostituzione, ovvero se possa essere sostituita da chiunque, ed in particolare se possa farsi sostituire anche dal suo avvocato e, qualora si ammetta che possa essere sostituita dal suo avvocato, con quale atto tali poteri possano essere conferiti. Il legislatore con il decreto legislativo menzionato ha cercato di accelerare, se non forzare, la creazione di una cultura di risoluzione alternativa delle controversie, con finalità deflattiva, imponendo per una vasta serie di controversie questa ipotesi di mediazione come obbligatoria, il cui mancato esperimento è stato sanzionato con l'improcedibilità. Dalla lettura delle disposizioni ad essa dedicate, 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 della figura del mediatore, e dall'offerta alle parti di un momento di incontro, perchè 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.

Quanto alla presenza dell'avvocato, essa originariamente non era neppure prevista; è stata infatti introdotta nell'art. 5 dal comma 1 bis, che prevede che chi intenda esercitare l'azione debba promuovere preventivamente la mediazione obbligatoria assistito dal proprio avvocato. Si può osservare che 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.

Non è questa la sede per valutare le probabilità di successo delle creazione forzata di una cultura della mediazione. Occorre prendere atto che la legge impone in una vasta serie di casi, come momento necessario e significativo precedente alla possibilità stessa di introdurre il giudizio, la necessità di esperire la mediazione e sciogliere alcuni nodi del rapporto tra mediazione obbligatoria e giudizio, per individuare quando la condizione di procedibilità possa ritenersi soddisfatta e in particolare se, nel caso di specie, il giudice abbia correttamente ritenuto che l'azione proposta fosse improcedibile (valutazione effettuata ai soli fini della soccombenza virtuale, perchè qui la domanda di merito era stata alla fine rinunciata).

Come si è detto, il legislatore ha previsto e voluto la comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore, perchè solo nel dialogo informale e diretto tra parti e mediatore, conta che si possa trovare quella composizione degli opposti interessi soddisfacente al punto da evitare la controversia ed essere più vantaggiosa per entrambe le parti.

Ha imposto quindi alle parti (o meglio, alla parte che intende agire in giudizio) questo impegno preliminare mediante il quale fida di poter evitare (alle parti, e allo Stato più in generale) un buon numero di controversie, ben più onerose e lunghe rispetto ai tempi della mediazione obbligatoria.

L'art. 8, dedicato al procedimento, prevede espressamente che al primo incontro davanti al mediatore debbano essere presenti sia le parti che i loro avvocati.

La previsione della presenza sia delle parti sia degli avvocati comporta che, ai fini della realizzazione delle condizione di procedibilità, la parte non possa evitare di presentarsi davanti al mediatore, inviando soltanto il proprio avvocato.

Tuttavia, la necessità della comparizione personale non comporta che si tratti di attività non delegabile. In mancanza di una previsione espressa in tal senso, e non avendo natura di atto strettamente personale, deve ritenersi che si tratti di attività delegabile ad altri. Laddove, per la rilevanza della partecipazione, o della mancata partecipazione, ad alcuni momenti processuali, o per l'attribuzione di un particolare valore alle dichiarazioni rese dalla parte, la legge non ha ritenuto che la parte potesse farsi sostituire, attribuendo un disvalore, o un preciso significato alla sua mancata comparizione di persona, lo ha previsto espressamente (v. art. 231 c.p.c., sulla risposta all'interrogatorio formale: "La parte interrogata deve rispondere personalmente" e il successivo art. 232 che fa discendere precise conseguenze alla mancata presentazione della parte a rendere interrogatorio): v. Cass. n. 15195 del 2000: "L'interrogatorio formale non può essere reso a mezzo di procuratore speciale atteso che il soggetto cui è deferito deve rispondere ad esso oralmente e personalmente, in base all'art. 231 c.p.c..

Non è previsto, nè escluso che la delega possa essere conferita al proprio difensore.

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.

Allo scopo di validamente delegare un terzo alla partecipazione alle attività di mediazione, 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 sè stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale.

Ne consegue che, sebbene la parte possa farsi sostituire dal difensore nel partecipare al procedimento di mediazione, in quanto ciò non è auspicato, ma non è neppure escluso dalla legge, non può conferire tale potere con la procura conferita al difensore e da questi autenticata, benchè possa conferirgli con essa ogni più ampio potere processuale.

Per questo motivo, se sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata allo scopo non può essere autenticata dal difensore, perchè 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.

Ciò detto, il primo motivo è infondato, il secondo inammissibile laddove tendente ad una diretta interpretazione dell'atto (la procura) da parte della Corte.

La sentenza impugnata si è attenuta infatti ai principi di diritto sopra enunciati.

Ha ritenuto che la presenza della parte sia necessaria davanti al mediatore, e che tuttavia essa potesse essere sostituita, eventualmente anche dall'avvocato.

Ha del pari ritenuto, esaminando la procura notarile rilasciata in favore dell'avvocato Onesti ed oggi prodotta in allegato al ricorso per cassazione, che l'atto di conferimento di potere pur avendo la forma della procura notarile fosse in realtà una semplice, benchè ampia, procura alle liti, comprensiva di ogni potere giudiziale e stragiudiziale ed anche del potere di conciliare la controversia (da qui il richiamo corretto all'art. 185 c.p.c.), ma comunque una procura dal valore meramente processuale, che non attribuiva all'avvocato la rappresentanza sostanziale della parte.

C'è poi un altro passaggio motivazionale che merita attenzione.

Lo stesso non è direttamente censurato e quindi, di per sè avrebbe potuto condurre al rigetto del ricorso in quanto la decisione poteva fondarsi su tale autonoma ratio decidendi non impugnata.

Esso consente di esaminare e sciogliere un altro degli interrogativi che la nuova disciplina pone, e dei punti in cui si stanno registrando orientamenti non convergenti nelle ormai numerose sentenze di merito che si sono già occupate della mediazione obbligatoria.

La corte d'appello ha ritenuto che, non essendosi le parti presentate al primo incontro, solamente informativo e preliminare, che si era svolto alla presenza dei soli avvocati, e non avendo mai avuto luogo il secondo incontro, perchè le parti avevano comunicato preventivamente e oralmente al mediatore, a mezzo dei rispettivi avvocati, l'impossibilità di pervenire ad un accordo, la mediazione di fatto non si fosse svolta. Ha ritenuto, di conseguenza (ai limitati fini della soccombenza virtuale) che la condizione di procedibilità non si fosse verificata.

La seconda questione da risolvere è dunque quella del quando: quando si può ritenere che il tentativo di mediazione obbligatoria sia utilmente concluso, ai fini di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità? E' sufficiente che le parti compaiano, assistite dai loro avvocati, per il primo incontro davanti al mediatore o è necessario che si dia effettivo corso alla mediazione. In altri termini, è sufficiente che il futuro attore (o l'attuale attore, come nel nostro caso, qualora le parti siano stata rimesse in mediazione dal giudice, a causa già iniziata) sia fisicamente presente, in proprio o delegando la presenza ad altra persona, e possa, finite la formalità preliminari illustrative delle finalità e delle modalità della mediazione, limitarsi comunicare al mediatore di non aver nessuna intenzione di procedere oltre e di provare a trovare una soluzione, o è necessario che la mediazione sia "effettiva", che le parti provino quanto meno a discutere per trovare una soluzione, per poi poter dare atto a verbale della impossibilità di addivenire ad una soluzione positiva?

Sia l'argomento letterale - il testo dell'art. 8 - che l'argomento sistematico la necessità di interpretare la presente ipotesi di giurisdizione condizionata in modo non estensivo, ovvero in modo da non rendere eccessivamente complesso o dilazionato l'accesso alla tutela giurisdizionale - depongono nel senso 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.

In questo senso depongono sia la struttura del procedimento, disciplinata dall'art. 8 e suddivisa in un primo incontro preliminare davanti al mediatore ("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.") e in uno o più incontri successivi di effettivo svolgimento della mediazione. Solo se le parti gli danno il via per procedere alla successiva fase di discussione, il mediatore andrà avanti, interloquendo con le parti fino a proporre o a far loro proporre una possibile soluzione, altrimenti si arresterà alla fase preliminare (all'esito della quale sono dovute solo le spese, e non anche il compenso del mediatore).

Non andrà in ogni caso avanti, dando atto dell'esito negativo della mediazione, se il potenziale convenuto non compare, o se compare e dichiara di non essere interessato alla mediazione. Di questo comportamento si potrà eventualmente tenere conto nel successivo giudizio, come prevede il comma 4 bis dell'art. 8 ("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 c.p.c., comma 2. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'art. 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.>").

Se anche il convenuto compare ed è l'attore che dichiara di non intendere impegnarsi nella mediazione deve ritenersi che il mediatore debba prenderne atto e che l'attività si concluda anche in questo caso al termine dell'incontro preliminare, che la mediazione sia stata esperita e che abbia dato esito negativo, e che quindi la condizione di procedibilità sia soddisfatta.

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.

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, perchè in questo modo si elude l'onere di comparire personalmente davanti al mediatore e di partecipare al primo incontro.

Nel caso di specie, la corte d'appello ha ritenuto che non si sia arrivati neppure a questa fase, perchè le parti non sono mai comparse, personalmente o idoneamente rappresentate, davanti al mediatore, tant'è che non è stato neppure redatto un verbale negativo.

Il ricorso va complessivamente rigettato. I principi di diritto enunciati possono essere riepilogati come segue:

- 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;
- nella comparizione obbligatoria davanti al mediatore la parte può anche farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale, eventualmente nella persona dello stesso difensore che l'assiste nel procedimento di mediazione, purchè dotato di apposita procura sostanziale;
- la condizione di procedibilità può ritenersi realizzata alla 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.

Nulla sulle spese, in difetto di attività processuale da parte dell'intimata.

Il ricorso per cassazione è stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013, e la ricorrente risulta soccombente, pertanto è gravata dall'obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Corte di cassazione, il 6 febbraio 2019.

Depositato in Cancelleria il 27 marzo 2019

APPENDICE/2

Tribunale di Busto Arsizio

VERBALE DI UDIENZA DEL 10/02/2021

Oggi 10/02/2021, innanzi al Giudice dott. Carlo Barile, sono comparsi:

Per Banca SPA l'avv. CFM, oggi sostituito dall'avv. MA

Per XXX SRL, SP, CC ,

RC l'avv. BFF , oggi sostituito dall'avv. VM.

E' altresì presente ai fini della pratica forense la dottoressa DB. Le parti si riportano ai propri atti chiedendone l'accoglimento.

L'avvocato M chiede la concessione dei termini di cui all'articolo 183 comma 6 c.p.c.
L'avvocato VM
ne rileva che non è stato instaurato il procedimento di mediazione chiedendo i termini per l'avvio del procedimento di mediazione e in subordine i termini di cui all'articolo 183 comma 6 c.p.c.

Il Giudice

Rilevato che il presente procedimento ha ad oggetto la materia bancaria e che dunque rientra tra quelli per i quali è previsto il preventivo esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione ai sensi del d.lgs. 28/2010;

rilevato preliminarmente che non si condividono le conclusioni cui è giunta la Cassazione con la sentenza n. 8473/2019 per le ragioni che saranno, se del caso, meglio esplicitate in sentenza;

RITENUTO, peraltro, opportuno che, nella scelta dell'organismo di mediazione, le parti si rivolgano ad enti il cui regolamento non contenga clausole limitative del potere, riconosciuto al mediatore dall'art. 11, secondo comma, del D. Lgs. n. 28/10, di formulare una proposta di conciliazione quando l'accordo amichevole tra le parti non è raggiunto, in particolare restringendo detta facoltà del mediatore al solo caso in cui tutte le parti gliene facciano concorde richiesta, in quanto tali previsioni regolamentari frustrano lo spirito della norma – che è quello di stimolare le parti al raggiungimento di un accordo – e non

consentono al giudice di fare applicazione delle disposizioni previste dall'art. 13 del citato decreto, in materia di spese processuali, così vanificandone la ratio ispiratrice, tesa a disincentivare rifiuti ingiustificati di proposte conciliative ragionevoli;

CHE la formulazione di una proposta di conciliazione da parte del mediatore – tutte le volte in cui le parti non abbiano raggiunto un accordo amichevole ed anche in assenza di una richiesta congiunta delle stesse – costituisce un passaggio fondamentale della procedura di mediazione, vieppiù valorizzato dalle disposizioni del D.L. 22.06.2012 n. 83, il quale – modificando l'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89, in tema di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo – ha introdotto il comma 2 quinquies, a norma del quale “non è riconosciuto alcun indennizzo: [...] c) nel caso di cui all'articolo 13, primo comma, primo periodo, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28”, con ciò confermando la tendenza del legislatore ad introdurre nell'ordinamento meccanismi dissuasivi di comportamenti processuali ostinatamente protesi alla coltivazione della soluzione giudiziale della controversia, la cui individuazione – però – presuppone necessariamente la previa formulazione (o, comunque, la libera formulabilità) di una proposta conciliativa da parte del mediatore ed il suo raffronto ex post con il provvedimento giudiziale di definizione della lite

PRECISATO che le parti sono libere di scegliere l'organismo di mediazione al quale rivolgersi, ma sono tenute a partecipare personalmente, assistite dal proprio difensore, all'incontro preliminare, informativo e di programmazione, che si svolgerà davanti al mediatore dell'organismo prescelto e nel quale verificheranno se sussistano effettivi spazi per procedere utilmente in mediazione;

RITENUTO che la mancata partecipazione personale delle parti senza giustificato motivo agli incontri di mediazione, come pure il rifiuto di dare seguito al procedimento di mediazione dopo il primo incontro informativo, se non supportato da un giustificato motivo, possono costituire, per la parte attrice, causa di improcedibilità della domanda e, in ogni caso, per tutte le parti costituite, presupposto per l'irrogazione – anche nel corso del giudizio – della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 4 bis, D. Lgs. n. 28/10, oltre che fattore da cui desumere argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.;

RITENUTO, altresì, che incombe sul mediatore l'onere di verbalizzare i motivi eventualmente addotti dalle parti assenti per giustificare la propria mancata comparizione personale e, comunque, di adottare ogni opportuna iniziativa finalizzata ad assicurare la presenza personale delle stesse, ad esempio disponendo – se necessario – un rinvio del primo incontro o sollecitando anche informalmente il difensore della parte assente a stimolarne la comparizione ovvero dando atto a verbale che, nonostante le iniziative adottate, la parte a ciò invitata non ha inteso partecipare personalmente agli

incontri, né si è determinata a nominare un suo delegato (diverso dal difensore), per il caso di assoluto impedimento a comparire;

RITENUTO che rientrino tra i compiti del mediatore anche quelli di: 1) informare le parti sulle conseguenze che, ai sensi dell'art. 8, comma 4 bis, D. Lgs. n. 28/10, possono derivare dal rifiuto ingiustificato di dare seguito al procedimento di mediazione dopo il primo incontro informativo; 2) stimolare le parti ad esplicitare le ragioni del predetto eventuale rifiuto; 3) verbalizzare il contenuto delle dichiarazioni rese in tal senso dalle parti, ad eccezione del caso in cui non vi sia il consenso della parte dichiarante e del caso in cui la ragione del rifiuto concerni proprio il merito della lite; CONSIDERATO opportuno che, in caso di effettivo svolgimento della mediazione che non si concluda con il raggiungimento di un accordo amichevole, il mediatore provveda comunque alla formulazione di una proposta di conciliazione, anche in assenza di una concorde richiesta delle parti;

Per Questi Motivi

DISPONE che le parti provvedano ad attivare la procedura di mediazione per la soluzione della controversia, ricorrendo ad un qualsiasi organismo di conciliazione, pubblico o privato, presente all'interno del circondario del Tribunale di Busto Arsizio, purchè regolarmente iscritto nell'apposito registro istituito con decreto del Ministero della Giustizia, ai sensi dell'art. 16 del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, e a condizione che il regolamento dell'ente non contenga clausole limitative della facoltà del mediatore di formulare una proposta conciliativa, subordinandone – in particolare – l'esercizio alla condizione della previa richiesta congiunta di tutte le parti;

ASSEGNA alle parti termine di giorni quindici per la presentazione della domanda di mediazione rendendo noto che il mancato esperimento della procedura è sanzionato – per la parte attrice – a pena di improcedibilità della domanda giudiziale;

PRECISA che le parti dovranno essere presenti dinanzi al mediatore personalmente e con l'assistenza legale di un avvocato iscritto all'Albo e che la mancanza (o il rifiuto) di partecipazione personale delle parti senza giustificato motivo a tutti gli incontri di mediazione può costituire, per la parte attrice, causa di improcedibilità della domanda e, in ogni caso, per tutte le parti costituite, presupposto per l'irrogazione – anche nel corso del giudizio – della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 4 bis, D. Lgs. n. 28/10, oltre che fattore da cui desumere argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.;

PRECISA, altresì, che anche l'eventuale rifiuto di dare seguito al procedimento di mediazione dopo il primo incontro informativo, se non supportato da un giustificato motivo, può costituire, per la parte attrice, causa di improcedibilità della domanda e, in ogni caso, per tutte le parti costituite, presupposto per l'irrogazione – anche nel corso del

giudizio – della sanzione pecuniaria prevista dall’art. 8, comma 4 bis, D. Lgs. n. 28/10, oltre che fattore da cui desumere argomenti di prova, ai sensi dell’art. 116, secondo comma, c.p.c.;

INVITA, in ogni caso, il mediatore ad adottare ogni opportuna iniziativa finalizzata ad assicurare la presenza personale delle parti, ad esempio disponendo – se necessario – un rinvio del primo incontro o sollecitando anche informalmente il difensore della parte assente a stimolarne la comparizione ovvero dando atto a verbale che, nonostante le iniziative adottate, la parte a ciò invitata non ha inteso partecipare personalmente agli incontri, né si è determinata a nominare un suo delegato (diverso dal difensore), per il caso di assoluto impedimento a comparire;

INVITA, altresì, il mediatore a verbalizzare i motivi eventualmente adottati dalle parti assenti per giustificare la propria mancata comparizione personale, precisando che ogni documentazione a tal fine rilevante dovrà essere prodotta in giudizio dalla parte costituita entro la prossima udienza, allo scopo di consentire al giudice un’adeguata valutazione in vista delle determinazioni da assumere in caso di assenza ingiustificata delle parti al procedimento di mediazione;

INVITA, ancora, il mediatore ad informare le parti sulle conseguenze che, ai sensi dell’art. 8, comma 4 bis, D. Lgs. n. 28/10, possono derivare dal rifiuto ingiustificato di dare seguito al procedimento di mediazione dopo il primo incontro informativo, nonché a verbalizzare il contenuto delle dichiarazioni rese dalle parti, anche su sollecitazione del mediatore stesso, in merito alle ragioni del predetto eventuale rifiuto, salvo il caso in cui non vi sia il consenso della parte dichiarante ed il caso in cui la ragione del rifiuto concerna proprio il merito della lite (eventualità – queste ultime due – di cui è opportuno, comunque, dare atto a verbale);

INVITA il mediatore a dare lettura della presente ordinanza alle parti presenti al primo incontro di mediazione;

INVITA, altresì, il mediatore – in caso di effettivo svolgimento della mediazione che non si concluda con il raggiungimento di un accordo amichevole – alla formulazione di una proposta di conciliazione, anche in assenza di una concorde richiesta delle parti, valorizzando – se del caso – le eventuali risultanze peritali acquisite nel corso della procedura di mediazione;

INVITA, in caso contrario, il mediatore ad illustrare puntualmente le ragioni che lo hanno eventualmente indotto a ritenere non opportuno formulare una proposta conciliativa;

INVITA le parti a produrre copia dei verbali degli incontri di mediazione e a comunicare all’Ufficio l’esito della procedura di mediazione con nota da depositare in Cancelleria,

almeno 10 giorni prima della prossima udienza, la quale dovrà contenere informazioni in merito all'eventuale mancata partecipazione delle parti personalmente senza giustificato motivo; agli eventuali impedimenti di natura pregiudiziale o preliminare che abbiano impedito l'effettivo avvio del procedimento di mediazione; ai motivi del rifiuto di dare seguito al procedimento di mediazione dopo il primo incontro informativo; nonché, infine, con riferimento al regolamento delle spese processuali, ai motivi del rifiuto dell'eventuale proposta di conciliazione formulata dal mediatore;

DISPONE che, a cura della parte attivante il procedimento, copia del presente provvedimento sia trasmesso al mediatore designato, unitamente agli atti del processo contenenti le eventuali proposte conciliative formulate dalle parti nel corso del giudizio;

RINVIA la causa all'udienza del XXXX.2021 ore 14:15 per le determinazioni da assumere in ordine al prosieguo della causa.

Il Giudice Carlo Barile