



{ LA PAGINA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

PRIMO INTERVENTO DELLA CORTE DI CASSAZIONE in tema di mediazione obbligatoria

Con la sentenza n. 8473 del 27.03.2019 per la prima volta la Corte di Cassazione - nello specifico la terza sezione civile - si esprime su alcuni snodi critici della mediazione obbligatoria, sinora affrontati unicamente dai giudici di merito, fornendo indicazioni risolutive (quanto meno fino alla prossima pronuncia) sulla comparizione personale delle parti, sulle modalità con cui le stesse possono eventualmente farsi rappresentare e, infine, sul fatto che la condizione di procedibilità può ritenersi realizzata al termine del primo incontro qualora una, o entrambe le parti, dopo essere state adeguatamente informate comunicano la propria indisponibilità a procedere oltre.

In prima battuta la Cassazione affronta la questione relativa alla presenza delle parti davanti al mediatore affinché il tentativo di mediazione possa ritenersi compiuto.

A tale riguardo i giudici della Corte rilevano che il D.lgs. n. 28/10, come modificato dalla L. n. 98/13, agli artt. 5 e 8 ha previsto un "procedimento deformalizzato" il cui successo 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, ...".

La Corte di Cassazione ribadisce, pertanto, che nel procedimento di mediazione obbligatoria è imprescindibile la comparizione personale delle parti, ovviamente assistite dal difensore.

Se la necessaria presenza delle parti rappresenta un punto già condiviso dalla giurisprudenza di merito, la chiosa dei giudici di legittimità riguardo la figura dell'avvocato è in qualche modo innovativa: la Corte, infatti, ritiene che la novella del 2013, nell'introdurre la presenza necessaria dell'avvocato (in precedenza l'assistenza del legale era facoltativa), affianca "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" segnando così "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".

Confermato che per assolvere alla condizione di procedibilità la parte non può evitare di presentarsi davanti al mediatore, ed evidenziata la figura dell'avvocato specializzato in tecniche negoziali, la Corte osserva che la necessaria partecipazione personale non significa che si tratti di un'attività non delegabile ad altri, in quanto nel D.lgs. n. 28/10 non esiste una norma che proibisca alla par-



te di farsi sostituire in mediazione da una persona di fiducia o dal proprio avvocato. Occorre soltanto determinare modi e forme di tale sostituzione, che la Corte individua in questi termini: *“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”*.

Il potere di sostituire a se stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione è conferito, prosegue la Corte, con *“una procura speciale sostanziale”* contenente i poteri per la soluzione della controversia, mentre il rappresentante, a sua volta, deve conoscere i fatti.

I giudici precisano, inoltre, che anche nel caso in cui voglia farsi sostituire in mediazione dal proprio avvocato la parte dovrà rilasciare a quest'ultimo una procura speciale sostanziale in quanto *“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”*.

Rimane il tema legato alla forma della procura in quanto, sebbene la sentenza di merito oggetto della pronuncia di legittimità ritenga spendibile solo la procura speciale notarile, la Corte di Cassazione non sembra affermare che la procura debba essere sempre e comunque autenticata da notaio.

I dubbi aumentano in quanto sempre la stessa sentenza di merito ha ritenuto inadeguata l'ampia procura notarile rilasciata al legale del ricorrente in quanto *“procura dal valore meramente processuale, che non attribuiva all'avvocato la rappresentanza sostanziale della parte”*.

Va poi soggiunto che la procura, ai sensi dell'art. 1392 c.c., deve essere conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere sicché non è dato capire la ragione per cui una parte, in una procedura di mediazione avente ad oggetto diritti la cui cessione può effettuarsi con una semplice scrittura privata, deve rivolgersi ad un notaio per nominare, in caso

di necessità, un procuratore.

Senza contare che l'art.11, co. 3, del D.lgs. n. 28/10, prevede la sottoscrizione in autentica notarile soltanto del processo verbale a cui sia allegato un accordo (cfr. art. 11, co. 1, cit.) con il quale le parti concludano un atto soggetto a trascrizione ex art. 2643 c.c. (ad esempio un contratto che trasferisce la proprietà di beni immobili).

La questione rimane aperta e sarà interessante verificare l'orientamento dei vari organismi e, soprattutto, della giurisprudenza; nel frattempo, onde evitare eccezioni in sede giudiziale, o peggio ancora pronunce di improcedibilità (in modo particolare in sede di appello o di opposizione a decreto ingiuntivo), nel caso di forzata assenza della parte sarà una buona pratica prevedere il conferimento di una procura notarile sostanziale e speciale che si riferisca alla specifica mediazione.

La Corte, infine, si sofferma su un tema che non era oggetto del ricorso, ovvero la questione relativa al momento nel quale si può considerare avverata la condizione di procedibilità. Come noto colui che intenda portare davanti al giudice una controversia sulle materie elencate dal D.lgs. n. 28/10 prima deve tentare il procedimento di mediazione, e l'esperimento di tale procedura si definisce, tecnicamente, come una condizione per la procedibilità dell'azione giudiziaria.

La Corte si sofferma sul caso in cui già al primo incontro, informativo e preliminare, una delle parti dichiara di non voler proseguire nella mediazione, concludendo che nel caso di specie si deve reputare ottemperato l'obbligo di dare corso alla procedura, ovvero ritenersi assolta la condizione di procedibilità.

Ciò non toglie, affermano i giudici di legittimità, che *“di questo comportamento si potrà eventualmente tenere conto nel giudizio successivo, 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'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la* ➤





parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 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")".

Detto che su quest'ultimo aspetto non sono emersi, in questi anni, particolari contrasti giurisprudenziali, gli "orientamenti non convergenti nelle ormai numerose sentenze di merito" riscontrati dalla Corte di Cassazione fanno riferimento al primo punto: la condizione di procedibilità è assolta con il primo incontro oppure è necessario che le parti entrino effettivamente in mediazione (fermo restando la loro presenza con le modalità già illustrate)? Ebbene non sembra che la Corte abbia compiutamente analizzato le decisioni rese a tale riguardo dai giudici di merito, o

quanto meno ha privilegiato l'orientamento minoritario giacché, a quanto consta, su 58 provvedimenti dei giudici di primo grado, 54 dispongono che le parti devono procedere all'effettivo tentativo di mediazione, così come su 5 provvedimenti di corti d'appello, 4 dispongono nello stesso modo. Pertanto sarà interessante verificare se nel prosieguo la giurisprudenza di merito si adeguerà o meno al *dictum* della Corte di Cassazione. In conclusione, sebbene alcuni interrogativi rimangono inevitabilmente sospesi, la pronuncia rappresenta un perfettibile passo in avanti a sostegno di una cultura che sia realmente aperta ai procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie i quali, piaccia o meno, rappresentano l'ipotesi più credibile per provare ad affrontare efficacemente le irrisolte criticità del processo civile.