

La presenza personale dei mediandi

Autore: Avv. Giuseppe Ruotolo, Mediatore e Formatore a Verona, e membro del Comitato scientifico di MEDYAPRO

Senza timore di smentita, si può dire che la discussione sulla presenza personale dei mediandi sia stata e sia ancora la più dibattuta fin dall'emanazione del d.lgs. 28/10.

Il dibattito si è ancor più acceso dopo che il D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, ha introdotto nel co. 1-bis dell'art. 5 la precisazione secondo cui chiunque intenda esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia nelle materie ivi indicate deve farlo *"assistito dall'avvocato"* mentre con il successivo art. 8 è stato stabilito che *"al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato"*.

Ciò che nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto solo rappresentare una delle concessioni fatte all'avvocatura ed al riconoscimento del suo ruolo, nel tentativo di arginare la diffidenza incontrata dalla Mediazione nell'ambito forense, non ha tardato ad essere invece interpretato come un'implicita ammissione del ruolo *tout court* "sostitutivo" del legale nei confronti di chi avesse voluto intraprendere un procedimento di mediazione.

Chi svolge il ruolo di mediatore dall'entrata in vigore del D.Lgs. 28/10, potrà testimoniare le difficoltà incontrate fin dai primi giorni, quando le rare adesioni trasformavano i primi incontri in un breve scambio di battute con i legali che manifestavano l'intenzione dei loro assistiti – mai presenti – di non volere proseguire...

Non c'è dubbio, allora, che un ruolo importante nel riportare il procedimento di mediazione nei giusti e legittimi binari, lo ha svolto la giurisprudenza di merito che ha sempre marcato nettamente la distinzione tra Mediazione e processo, evidenziando altresì come il Mediatore non svolga attività di ausiliario: ciò pur essendo evidente, specie nella Mediazione demandata, un'interconnessione fra il procedimento di mediazione e la causa. Si pensi In primo luogo alla condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 commi 1 bis e 2, ma anche le conseguenze della mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo di cui all'art. 8 co. 4 bis.

Alla luce di questi orientamenti possiamo allora ricordare come sia stata puntualizzata la necessaria presenza personale dei mediandi assistiti dai propri difensori al tentativo di mediazione, come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010, non solo in ipotesi di mediazione delegata, ma anche in quelle di mediazione obbligatoria[1]: *la natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione.."*[2] e come il contatto con il mediatore mediante fax, telegramma et similia non integri la condizione di procedibilità prevista dalla norma[3], o ancora che la condotta del chiamato che si limiti a rappresentare per iscritto all'Organismo di mediazione la mancata partecipazione, va interpretata come assenza ingiustificata, che la espone a conseguenze sanzionatorie, processuali e pecuniarie, previste dall'articolo 8, comma 4 bis, del Decreto Legislativo n. 28/10[4]

Sempre con l'aiuto delle decisioni dei Tribunali di merito, possiamo ricordare anche come il chiamato non possa limitarsi a non presenziare opponendo quale giustificato motivo della mancata partecipazione alla mediazione l'idea che la propria posizione sia fondata rispetto alle tesi della controparte, *“poiché in tali casi ci sarebbe comunque da parte di tutti un giustificato motivo per non comparire”* [5].

E sulla procura rilasciata per partecipare al procedimento di Mediazione?

Vale la pena soffermarsi sulle recenti sentenze della Corte di Cassazione [6] dalle quale possono enuclearsi alcuni principi:

1) *“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**»*; *“affinché possa considerarsi avverata la condizione di procedibilità rappresentata dall'obbligatorio esperimento del procedimento di mediazione, occorre che davanti al mediatore si sia effettivamente svolto un primo incontro tra le parti in senso sostanziale (ancorché concluso senza accordo) e che pertanto queste si siano fisicamente incontrate alla presenza del mediatore, con l'assistenza dei rispettivi avvocati”*.

2) *“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.... 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”*

3) «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 sé stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale**»

4) “se sceglie di farsi sostituire dal difensore, **la procura speciale rilasciata allo scopo non può essere autenticata dal difensore**, perché il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore...**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**”.

Resta il conflitto tra Cassazione e giudici di merito^[7] sulla necessaria presenza dei mediandi, ben evidenziata da una recente sentenza del Tribunale di Roma^[8] nella quale è posto l'accento sull'incoerenza dell'assunto della Suprema Corte (“*come si può poi, solo perché nella legge non è stato espresso il divieto, convincentemente predicare che quello stesso legislatore abbia ammesso la valida assenza della parte personalmente?*”), rimarcando al contrario come proprio i principi sanciti al precedenti n. 2) e 3) dimostrino “... *che non è necessaria un'espressa previsione legale per potersi affermare la sussistenza del divieto legale della delega a terzo soggetto dell'attività mediatrice, che la parte deve compiere personalmente*”.

^[1] Trib. Palermo, Ord. 16.06.14; Trib. Roma, Ord. 30.06.14;

Trib. Firenze, Ord. 26.11.2014; Trib. Siracusa, Ord. 17.01.15;
Trib. Vasto, Sent. 9.03.15-Trib. Pavia 18.05.15,;

[2] Trib. Firenze 19.03.15

[3] Trib. Roma, 29.09.14 –Trib. Modena, 2.5.2016

[4] Trib. Vasto 15.12.16 – Trib. Verona, 10.3.2017

[5] Trib. Roma, 29.05.14

[6] Cass. 8473 del 27/03/2019; Cass. 18068 del 05/07/2019

[7] Trib. Firenze 8.5.19; Trib. Tempio Pausania 8.5.19;

[8] Tribunale Roma 27.06.2019: “una sottoscrizione (di una procura) non autenticata può essere facilmente messa in discussione dal titolare del diritto, assente in mediazione, che non abbia condiviso (o abbia ripensato la convenienza dell’accordo negoziato e raggiunto in suo nome dal rappresentante). Come pure che il titolare del diritto (rappresentato) potrà anche nel caso in cui non rinneghi tout court il mandato, contestare un vizio (eccesso, difformità..) dell’attività del mandatario rispetto al contenuto della delega. Tali incertezze concorrono a depotenziare l’efficacia del procedimento di mediazione, allontanando l’obiettivo della stessa, cioè il raggiungimento dell’accordo. In definitiva la presenza della parte di persona è una rassicurante garanzia e tutela per le altre parti, oltre che per gli avvocati”.