

# Mediazione: le parti possono farsi sostituire dal proprio difensore

Chi ha detto che in caso di mediazione obbligatoria le parti non possano farsi sostituire dai propri difensori?

La Terza Sezione Civile della Cassazione ha affrontato la questione, affermando il seguente principio di diritto: *“La parte che non voglia o non possa partecipare personalmente alla mediazione può farsi liberamente sostituire, da chiunque e quindi anche dal proprio difensore, purché rilasci a questo scopo una procura sostanziale”*.

## La vicenda

Al primo incontro fissato dall'Organismo di mediazione per la soluzione di una controversia, nessuna delle parti si era presentata. Partecipavano soltanto, i loro procuratori al fine di ottenere un breve rinvio. Ma dopo qualche tempo, quest'ultimi comunicavano telefonicamente, al mediatore l'impossibilità delle parti di raggiungere un accordo stragiudiziale.

Cosicché neppure il secondo incontro aveva luogo.

Instaurato il processo dinanzi al Tribunale ordinario, il giudice dichiarava 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.

Avverso tale decisione presentava appello l'originaria parte attrice, sostenendo che la mediazione obbligatoria, in realtà

si era svolta, avendo le parti legittimamente partecipato attraverso i loro rispettivi difensori.

## **La decisione della Corte d'appello**

Ma anche per la corte territoriale l'azione era improcedibile, posto 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 del contatto diretto con le parti sostanziali, al fine di verificare la fattibilità dell'inizio della procedura di mediazione vera e propria.

Ciò vuol dire che, pur potendo la parte farsi rappresentare dal difensore, non è sufficiente a tal fine una semplice procura speciale alle liti rilasciata al proprio legale ex art. 185 c.p.c., contenente i poteri di transigere e conciliare la lite, trattandosi di procura con valenza processuale e non sostanziale ed, essendo al contrario, necessaria una procura speciale notarile che conferisca al difensore la rappresentanza sostanziale della parte.

Ma non è tutto. Per la corte d'appello, a prescindere dalla partecipazione personale delle parti, la mediazione non era mai cominciata 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 per lo svolgimento della mediazione in senso stretto, nessuna delle parti si era presentata.

## **Il ricorso per Cassazione**

La questione è stata sottoposta al vaglio di legittimità col ricorso per [Cassazione](#).

Si tratta di capire se nel procedimento di mediazione richiesto, a pena di improcedibilità, per le controversie di

cui alle materie indicate dal D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 1 bis (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, o se la stessa possa – e in che modo – farsi sostituire.

Ebbene la differenza non è di poco conto, posto che 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.

## **Lo scopo della mediazione e l'importanza del contatto diretto delle parti**

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.

Si tratta di un procedimento deformalizzato che si svolge davanti al mediatore, in cui la principale garanzia di riuscita è costituita proprio dalla professionalizzazione di tale figura, e dall'opportunità offerta alle parti di un momento di incontro, perché possano liberamente discutere prima che le rispettive posizioni risultino irrigidite dalle posizioni processuali assunte e dalle linee difensive adottate, nonché da agevolazioni fiscali.

Il successo dell'attività di mediazione è, dunque, 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.

## **Una nuova figura di avvocato che “assiste” la parte**

Quanto alla presenza dell'avvocato, essa originariamente non era neppure prevista; e infatti, è stata introdotta soltanto nel 2013, prevedendo che chi intenda esercitare l'azione debba promuovere preventivamente la mediazione obbligatoria assistito dal proprio avvocato (art. 5 comma 1 bis)

Così facendo la novella del 2013, ha affiancato alla figura necessaria dell'avvocato che “rappresenta” la parte nel processo, quella dell'avvocato esperto in tecniche negoziali che “assiste” la parte nella procedura di mediazione.

Ciò, tuttavia, non ha mutato l'intento originario del legislatore; quello cioè di prevedere la comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore, perché solo nel dialogo informale e diretto tra queste e il mediatore, è possibile comporre la lite.

## **Il primo incontro di mediazione**

L'art. 8, dedicato al procedimento di mediazione, 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, – affermano i giudici della Suprema Corte – la necessità della comparizione personale non comporta che si

tratti di attività non delegabile.

Ed infatti, «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. Né tanto meno è previsto, o 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».

## **La procura sostanziale**

Ma perché tuttavia, ciò abbia valore e validità è necessario che la delega sia conferita mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e contenente il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto.

Quindi il potere di sostituire a sé stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito soltanto con una procura speciale sostanziale.

In conclusione, *«se la parte sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata a tale 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 da lui direttamente autenticabili»*, ma è necessaria una speciale procura sostanziale.

**Dott.ssa Sabrina Caporale**

**Leggi anche:**

[AVVOCATO ASSISTE PIU' CLIENTI NELLA STESSA POSIZIONE: L'ONORARIO E'UNICO?](#)