

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n. 4/2024M

La rappresentanza in mediazione

di Paolo Forti

(Approvato dalla Commissione Mediazione il 15 aprile 2025)

Abstract

La mediazione, strumento di ripristino della connessione dialogica interrotta tra le persone, a fini di riconciliazione, parrebbe richiedere la necessaria presenza innanzi al mediatore di tutti i confliggenti. L'ammissibilità di sostituzione dell'interessato con un terzo richiede un'attenta e cauta valutazione. Per giungere ad un risultato proficuo, l'interprete deve tener conto delle specificità della materia, nella quale si è operata una sintesi tra lo strumento metagiuridico di ricomposizione del conflitto e la norma civilistica. In coerenza con tale impostazione, lo studio ripercorre le ragioni profonde, umane e concettuali, della mediazione, e rinviene proprio in queste la legittimità delle ipotesi di sostituzione, riconoscendo spazio, ma solo con necessari aggiustamenti, anche all'istituto giuridico della rappresentanza.

Lo studio attua poi una capillare ricerca, nella giurisprudenza anteriore alla riforma Cartabia, delle tracce, in verità copiose, di analoga consapevolezza della singolarità del fenomeno; adoperandosi anche a dimostrare come, al contrario, ogni tentativo di applicazione in mediazione, passiva e non consapevole, dei principi ordinari di diritto civile sulla rappresentanza, conduca ad aporie logiche e interpretative.

La regolamentazione dei limiti della rappresentanza da parte del legislatore della Cartabia mostra chiara consapevolezza di questo lungo percorso di sintesi tra mediazione e diritto e si pone al termine dello stesso. È così agevole pervenire ad un'interpretazione soddisfacente delle nuove norme; ivi comprese quelle sulla forma della delega, introdotte dal decreto correttivo al primo testo portato dalla riforma.

Sommario: [1. Il conflitto e la mediazione](#) - [1.1. Il negoziato diretto e il ricorso al terzo. La regola giuridica](#) - [1.2 Ordine imposto e ordine negoziato. Astrattezza e concretezza](#) - [1.3 Posizioni e interessi](#) - [1.4. Il mediatore tra negoziato e diritto](#) - [2. La partecipazione personale e la rappresentanza nella mediazione](#) - [2.1 La rappresentanza degli enti e degli incapaci](#) - [2.2. La rappresentanza volontaria](#) - [3. La rappresentanza nella prassi prima della riforma](#) - [4. La giurisprudenza di merito prima della riforma](#) - [4.1. La tesi negativa: inammissibilità della rappresentanza](#) - [4.2. Valutazione della tesi negativa](#) - [4.3. La tesi positiva: ammissibilità della rappresentanza](#) - [4.4. Valutazione della tesi positiva](#) - [4.5. Tesi intermedia: ammissibilità della rappresentanza per giustificati motivi](#) - [4.6. Il rimedio della partecipazione da remoto o del rinvio dell'incontro](#) - [5. La sentenza n. 8473 del](#)

[27.3.2019 della corte di cassazione - 5.1. Le questioni affrontate - 5.2. La decisione della Corte - 5.3. Valutazione tecnico-giuridica - 5.4. Valutazione socio culturale - 6. La norma in vigore - 6.1. La partecipazione personale delle parti - 6.2. L'eccezione alla partecipazione personale: i giustificati motivi - 6.3. La conoscenza dei fatti da parte del rappresentante - 6.4. I poteri necessari per la composizione della controversia - 6.5. La delega al proprio avvocato - 6.6. Il contenuto e la forma della delega - 6.7. Il controllo sui requisiti della rappresentanza](#)

1. Il conflitto e la mediazione

Le relazioni interpersonali sono complesse. Ogni persona, nella sua unicità, ha esperienze, desideri ed aspirazioni diverse. Se in un rapporto le ambizioni e gli obiettivi sono compatibili o complementari, gli esseri umani possono muoversi in piena concordia, in un percorso evolutivo e di crescita comune, senza particolari ragioni di attrito o contrasto. Quando, diversamente, le finalità ambite e le motivazioni che ci spingono non sono né compatibili né del tutto realizzabili, la dinamica relazionale si fa più difficile e si genera un conflitto¹.

Ciò accade di continuo. Le persone, mai solitarie e anzi per natura sociali, operano in contesti plurali, ricchi di interazioni. Questi contesti, chiusi e definiti, sono caratterizzati da un'oggettiva e ben determinata dotazione di risorse. Nel contesto familiare, scolastico, lavorativo, confluiscono molte istanze, e non tutte possono essere soddisfatte: inevitabilmente richiedendosi a qualcuno un sacrificio, una riduzione del proprio obiettivo. Nel pranzo familiare della domenica, il cibo preparato per quattro può essere sufficiente e soddisfacente; a condizione, appunto, che le persone a tavola non divengano imprevedibilmente cinque, per un ospite inatteso, o sei, o di più. Se questo si verifica, si innesta una dinamica conflittuale: i commensali, avvertendo l'inadeguatezza delle risorse a disposizione, sanno che potrebbero dover rinunciare a qualcosa. D'altro canto, la presenza dell'ospite è novità gradita, perché la convivialità si prospetta migliore, essendoci l'occasione di conoscere e parlare con qualcuno diverso dai soliti.

Il confronto con l'altro, con il diverso da noi, non è un fenomeno eccezionale o negativo, neanche in caso di conflitto, in quanto è necessario per la piena espressione del carattere sociale della persona e per la sua crescita ed evoluzione. Il conflitto è un ordinario fatto e accadimento della vita. È di per sé neutrale, né buono né cattivo².

Non così peraltro nella percezione individuale. Per il singolo coinvolto, almeno in un primo momento, il conflitto può essere avvertito con una connotazione negativa, collegato ad un senso di potenziale perdita: la presenza dell'altro potrebbe privarmi di qualcosa che è per me necessario. Fermandosi a tale prima immediata percezione, nel confliggente si potrebbe generare una reazione di allontanamento e un tentativo di rimozione dell'altro, (ri)costruito come minaccia alle proprie aspirazioni personali.

Al contrario, il conflitto può e deve essere accolto nella sua forte valenza positiva. Se ben gestito, superato il primo naturale istinto di egoismo e autoconservazione, il conflitto consente ad entrambi i contendenti di beneficiare del riconoscimento (complesso e dialettico) dell'altro, della persona

¹ "Il conflitto nasce dall'incontro di due desideri contraddittori che si oppongono l'un l'altro e che appaiono come vitali a coloro ai quali appartengono. Tale confronto con i desideri dell'altro costituisce un limite alla realizzazione dei nostri. Deve essere necessariamente conflittuale, perché si tratta proprio di difendere i nostri desideri di fronte ai limiti imposti dall'espressione dei desideri dell'altro." MORINEAU J., *Lo spirito della mediazione*, 1998, p. 29.

² "Come un fenomeno fisico un conflitto è in un certo senso un mero fatto: di per sé, non è né buono né cattivo né un male né un bene. Utile, inutile, intelligente, stupido è semmai il modo in cui lo affrontiamo." COSI G., *L'accordo e la decisione*, 2017, p. 135.

diversa da sé per carattere, esperienze e desideri. Privilegiando il superamento dell'iniziale opposizione, il conflitto permette l'accoglimento della differenza, e, attraverso una sintesi a un livello superiore, un arricchimento benefico per tutti i soggetti coinvolti. Proprio l'accoglimento della differenza, non sempre agevole, favorisce il superamento dei limiti personali e consente un'esperienza evolutiva, individuale e collettiva, altrimenti non immaginabile, dimostrandosi positivo e irrinunciabile³, per una sintesi superiore e di rigenerazione della relazione⁴.

Occorre naturalmente sviluppare strumenti che impediscano il prevalere delle reazioni negative: sia perché questo porterebbe ad isolamento e chiusura, con perdita dell'occasione di conoscenza e crescita; sia perché il rifiuto dell'altro potrebbe divenire violento, se la minaccia alle proprie certezze fosse avvertita in modo così insopportabile, da trasformare il diverso da noi da risorsa a nemico⁵. Sono necessari strumenti che, in sintesi, consentano una gestione consapevole e positiva del conflitto.

1.1. Il negoziato diretto e il ricorso al terzo. La regola giuridica

La prima, più immediata ed efficace risposta, alla domanda di corretta gestione del conflitto, è il superamento dello stesso per scelta autonoma e condivisa delle parti. Il confronto e il dialogo diretto sono i più potenti e naturali strumenti per ricomporre pacificamente la questione e addivenire a una sintesi e a un accordo. L'accordo, anche se autogestito, non è certo privo di costi. Come risultato di una (pur volontaria) limitazione delle richieste individuali, esso comprime la libertà dei confliggenti dialoganti e li costringe ad accettare un ridimensionamento delle pretese iniziali e dell'ambizione di vedere soddisfatto, senza limiti, ogni proprio desiderio.

Il dialogo diretto tra i confliggenti, auspicabile, però può rivelarsi spesso improduttivo, interrompendosi senza il raggiungimento della soluzione autoprodotta. Le difficoltà di superamento delle proprie posizioni e di riconoscimento dell'altro possono avviare una dinamica perversa: i confliggenti, arroccandosi sulle proprie posizioni, rischiano di cadere in una spirale negativa, fino al punto in cui nessuno ascolta più alcunché dalla voce dell'altro, con completa rottura della relazione interpersonale. Quando questo avviene, l'unica alternativa al definitivo allontanamento (pacifico o violento; con perdita di opportunità nel primo caso e addirittura di umanità nel secondo) è la richiesta di aiuto e di intervento da parte di un terzo, esterno al conflitto e neutrale. L'intervento del terzo è invocato per uscire dall'*impasse* del dialogo diretto.

La comprensione dell'efficacia del ricorso al terzo appare un portato naturale dell'esperienza quotidiana. Due bambini che litighino per un loro gioco e non riescano a risolvere il problema da soli, si rivolgeranno all'adulto più vicino (un genitore o un insegnante) per ricevere comprensione e conforto, nel dolore avvertito per l'opposizione con l'altro, e invocare aiuto per uscire dal disagio, chiedendo al terzo di trovare una soluzione (risolvere il conflitto). Il ricorso al terzo neutrale ha in comune con il conflitto la diretta derivazione dalla socialità, propria dell'esperienza umana, e la prospettiva evolutiva. Si condivide con il terzo il contrasto, diluendo e rendendo più accettabile il

³ *"Sono poche le persone in grado di capire che la differenza non è un vuoto di possibilità ma un pieno di alternative."* MURGIA M., *Noi siamo tempesta*, 2019

⁴ *"Rigenerazione che non significa certo reazionaria ricostituzione dello status quo ante rispetto alla nascita del conflitto, bensì trasformazione responsabile, consapevole e sostenibile della relazione mutata dalla sua insorgenza"* DALLA BONTÀ S., *Il costo della giustizia consensuale*, Riv. arbitrato, 2023, 2, p. 331.

⁵ *"Soltanto nella coesistenza sistematica e organizzata con i propri simili l'essere umano diviene infatti veramente tale perché solo in un simile contesto può sperare di svilupparsi intellettualmente, apprendendo un linguaggio e comunicando con i propri simili. E soltanto nella coesistenza che deriva dalla rinuncia alla violenza sistematica, può sperare di vincere i propri limiti ontologici attraverso la cooperazione."* COSI G., *L'accordo e la decisione*, 2017, p. 64-65.

dolore che suscita; nella convinzione, anche esperienziale, che una visione collettiva del problema, più ampia e di minor coinvolgimento emotivo, ne faciliti la soluzione.

Unitamente al ricorso al terzo, per la risoluzione pacifica del conflitto è essenziale la strutturazione di regole di convivenza, con lo sviluppo di sistemi di diritto⁶. Se una comunità accetta, in base alla propria storia ed esperienza, un sistema di regole che consenta una gestione delle risorse disponibili ritenuta equa, proprio perché condivisa da tutti, in prima istanza il *corpus* giuridico formato assolverà la funzione di orientare il dialogo, agevolando l'accordo. Il diritto fornisce un esempio, socialmente testato, di soluzione efficace e tollerabile per la reciproca convivenza. L'elaborazione e l'applicazione di regole condivise mira a ridurre al minimo il sacrificio dei desideri individuali e consente il superamento in modo relazionalmente accettabile del conflitto⁷.

Il funzionamento in termini operativi del sistema giuridico dipende dalla reazione di coloro che nel concreto incontrano la regola e sono coinvolti nel conflitto. Essi potranno adeguarsi alla regola volontariamente, cercando di gestire il conflitto, ancor una volta, in autonomia (accettando consapevolmente il sacrificio di parte della propria libertà personale), ovvero contestarla e venire costretti da un'autorità esterna a subirne le conseguenze.

1.2. Ordine imposto e ordine negoziato. Astrattezza e concretezza

Il modello normativo per la gestione giuridica del conflitto può così strutturarsi nelle categorie dell'ordine *negoziato* o dell'ordine *imposto*⁸.

L'ordine *negoziato* privilegia l'*autonomia* e l'*informalismo*, nella convinzione che gli interessati siano in grado di gestire da soli le regole; con una certa elasticità, modificandone talvolta, senza conseguenze negative, la portata applicativa. Al contrario, l'ordine *imposto* richiama l'*eteronomia* e il *formalismo*, in quanto caratterizzato da scarsa fiducia (ancor più diffidenza, secondo una prospettiva sovraindividuale) nelle capacità dei singoli. Il modello dell'ordine *imposto* affida la risoluzione del conflitto a soggetti esterni e terzi (istituzioni e rappresentanti delle istituzioni), che applicano la norma con rigidità e con una chiave di lettura più collettivistica che individuale.

I modelli dell'ordine *negoziato* e dell'ordine *imposto* non sono incompatibili e mutuamente escludentisi. Entrambi possono trovare spazio nella medesima collettività e *corpus* giuridico, con più efficace applicazione dell'uno o dell'altro, a seconda della tipologia di conflitto e dei soggetti coinvolti⁹. Allo stesso modo, il ricorso all'intervento del terzo neutrale per la risoluzione del conflitto compare tanto in un sistema normativo impositivo, quanto in un sistema che privilegia l'accordo autoprodotta.

La terzietà di colui che interviene è, peraltro, nei due casi molto diversa.

In una logica *impositiva*, il terzo viene invitato dalle parti a risolvere il conflitto al loro posto, valutando chi sia nel giusto (avanzi una richiesta supportata e protetta dalla regola generale, in astratto

⁶ "Ogni volta in cui si riscontri la presenza di tracce di ius, non importa se scritto o orale, non importa quanto complesso o strutturato, si può essere certi che lì gli esseri umani hanno cercato di costituire una *societas*. Ius non può essere pensato come un optional per la *societas*: ne è un elemento costitutivo indispensabile." COSI G., *L'accordo e la decisione*, 2017, p. 113.

⁷ Essendo la regola il risultato di un processo creativo di astrazione concettuale e sintetica (fattispecie astratta) della realtà fattuale (fattispecie concreta), la soluzione espressa nella regola potrà essere considerata positiva solo secondo una visione collettiva fondata sull'*id quod plerumque accidit*, talvolta in contrasto con la valutazione individuale. La socialità porta con sé un'inevitabile limitazione della libertà individuale, di cui il diritto è palese esplicitazione.

⁸ COSI G., *L'accordo e la decisione*, 2017, p. 117 ss.

⁹ "Nell'ordine negoziato il diritto legale statale non scompare; diviene un modello flessibile adattato alle situazioni concrete." COSI G., *L'accordo e la decisione*, 2017, p. 116. Non vi è dubbio che nella sensazione e valutazione del singolo i due modelli non siano affatto equivalenti. L'ordine imposto, proprio perché tale, assume una connotazione di maggiore sofferenza: la limitazione dei propri desideri e il ridimensionamento delle proprie ambizioni, imposti e non autonomamente decisi, sono oltremodo dolorosi.

condivisa) e chi invece stia sbagliando. Al terzo è richiesto prima un *giudizio* sulle reciproche pretese e poi una *decisione*, che tenga luogo dell'accordo che le parti non riescono a raggiungere. In questo modello, la neutralità del terzo, *giudice* o *arbitro* della controversia, è indispensabile affinché egli abbia la serenità necessaria alla valutazione del caso concreto, che dovrà efficacemente ricondurre alla *fattispecie astratta*, tipizzata dalla norma. La terzietà del decisore è imposta dalla necessità di *sterilizzarne* la valutazione. Quanto più il terzo riesce a tenersi distante dalle emozioni delle parti, tanto meglio potrà compiere il processo di astrazione dal concreto all'astratto, per l'applicazione della norma. Egli è distaccato, non empatico, rigido, quasi matematico, nella valutazione delle reciproche pretese. In un sistema impositivo e decisorio vi è poco spazio per la considerazione degli interessi, desideri e ambizioni particolari dei singoli, sacrificati a favore della dimensione collettiva della regola, che funziona proprio in quanto, semplificando e riducendo la molteplicità e la differenza, può valere per tutti¹⁰.

Paradigmatica del meccanismo di formazione della regola, a mezzo trasformazione del concreto interesse individuale in astratto interesse collettivo, è la nozione civilistica di *causa* del contratto (art. 1325 n. 2 c.c.). Da questa discende il carattere vincolante dell'accordo, meritevole di tutela solo in quanto socialmente positivo (art. 1322 c.c.). Nella lettura giuridica civilistica, la *causa* (connotazione collettiva) è assolutamente prevalente rispetto ai *motivi* specifici (elemento individuale), cui il diritto riserva una rilevanza marginale, solo in casi eccezionali, tipicamente previsti (artt. 787, 788, 624, 626, 1345 c.c.)¹¹.

Il terzo decidente deve operare in un contesto molto formale. Il dialogo delle parti, qui destinato all'inquadramento dell'accadimento specifico, generante il conflitto, nella regola giuridica adatta alla sua risoluzione, deve rispondere a rigidi schemi comportamentali (procedurali), congegnati per consentire al decisore di ricondurre al meglio il concreto all'astratto. Il dialogo delle parti deve essere semplificato, attraverso la sua tipizzazione. Il principio del contraddittorio e la rigida struttura procedurale della soluzione giudiziaria hanno esattamente questa funzione.

Il terzo decisore deve poter iscrivere a proprio favore, oltre alla neutralità, l'autorità, quanto alla collocazione del giusto e dell'ingiusto, derivante dalla sua posizione sociale e dalla conoscenza della regola. Nella lite infantile, l'adulto, terzo di riferimento, ha l'autorità di chi, quotidianamente ed efficacemente, risolve tutti i problemi che il bambino non riesce a risolvere da solo. Nell'ordinamento giuridico, il giudice ha l'autorità dell'investitura collettiva a mezzo dello Stato, che si è occupato di formarlo nella migliore conoscenza della regola e ne garantisce l'efficienza, con imposizione della decisione espressa.

Peraltro, proprio nel momento in cui decide, valutando corretta una richiesta piuttosto che l'altra, il terzo decisore perde la propria terzietà e si schiera con una parte: non è più neutrale, ma diventa *della parte* la cui posizione ha giudicato corretta e fatto prevalere sull'altra. La perdita della terzietà del giudice nel momento della decisione è ineludibile e in questo modello può essere compresa e

¹⁰ "Tali regole [le norme giuridiche; N.d.A.] dal punto di vista della formulazione sono necessariamente generali ed astratte, in quanto dirette a regolamentare tutti i possibili futuri conflitti riconducibili alla previsione stessa. [...] Si tratta di un procedimento di astrazione e tipizzazione, con cui sono individuati i caratteri comuni e ricorrenti di una serie di situazioni, potenzialmente conflittuali, che hanno come protagonisti i membri della collettività organizzata. [...] La regola non è dunque diretta a questo o a quel soggetto, ma a tutti i membri della collettività in generale e prescinde dai mutevoli interessi dei singoli per regolare, invece, ipotesi astratte, ideali" GAZZONI F., Manuale di diritto privato 1992, p. 3.

¹¹ "La volontà privata diventa giuridicamente rilevante, può aver forza di legge (art. 1372 pr.), in tal senso e rispetto al soggetto da cui promana, non per sé stessa e come fine a sé stessa, ma in quanto sia socialmente importante, e cioè tenda a realizzare un interesse che l'ordinamento consideri meritevole di tutela (arg. art. 1322²). Questa funzione che il negozio deve adempiere, riguardata come ragione determinante del soggetto al negozio, appare e si chiama la causa del negozio medesimo." Così "le funzioni ulteriori, variabili da caso a caso [i motivi; N.d.A.], cui l'autonomia privata si indirizza, dipendenti da questa funzione immediata e costante, non sono e, per la loro estraneità al congegno negoziale, non possono essere prese in considerazione dalla legge nello stabilire la figura e le categorie del negozio." SANTORO-PASSARELLI F., Dottrine generali del diritto civile, 1989, p. 127-128.

accettata. In quanto finalizzata solo alla corretta applicazione della regola astratta, la terzietà ha esaurito il proprio compito con l'espressione del giudizio e può essere infine abbandonata.

Nella logica della *negoiazione*, il terzo viene chiamato dalle parti a un ruolo molto diverso. Non gli si chiede né di valutare le posizioni dei confliggenti, in relazione ad una regola astratta, né di sostituirsi alle stesse nella risoluzione del conflitto, ma solo di svolgere un'attività di ausilio e supporto al dialogo diretto. Viene chiamato per sbloccare il negoziato riavviandolo, agevolando il superamento dell'*impasse* relazionale che si è creato. È il terzo *mediatore* che non risolve il conflitto d'autorità, con decisione imposta agli interessati, ma opera per consentire loro la ripresa della ricerca autonoma dell'accordo.

Questo in ogni caso: sia che provveda quale mero *facilitatore* per la riattivazione del dialogo (c.d. mediazione *facilitativa*¹²), sia quando venga chiamato a proporre egli stesso un accordo (c.d. mediazione *valutativa*¹³), che le parti sono libere di accettare o rifiutare. Il legislatore italiano della mediazione ha ritenuto di fare riferimento ad entrambi i modelli. La scelta di fondo è di predilezione per la mediazione *facilitativa*, definendosi il mediatore *“la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”* (art. 1 lett. b) D.Lgs. n. 28/2010)¹⁴. Al modello *valutativo* si ispira invece la previsione secondo la quale il mediatore potrebbe formulare una proposta di conciliazione, qualora le parti non avessero raggiunto l'accordo (art. 11 D.Lgs. n. 28/2010)¹⁵. Ne risulta una sintesi, dovendosi intendere nel modello italiano per mediazione *“l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”* (art. 1 lett. a) D.Lgs. n. 28/2010).

La terzietà del mediatore è allora ben diversa da quella del giudice. Non dovendosi preoccupare di sussumere il reale nella regola astratta, il mediatore esprime la propria terzietà calandosi nelle esigenze concrete e vitali dei soggetti coinvolti, sostituendo all'astrattezza e alla generalizzazione, l'attenzione per il particolare e l'empatia. Rispetto all'*autorità* del *deus ex machina*, il mediatore ricerca l'*autorevolezza*, con l'immersione taumaturgica e comprensione della vita degli altri. Può permettersi di prediligere alla mera *equidistanza* dalle parti la ben più vitale e complessa *equiprossimità* o *equivicinanza* alle stesse. Può consentire un dialogo non procedimentalizzato e privo di formalità; in un luogo in cui è consentita la massima libertà di espressione.

¹² “Nell'ambito della mediazione *facilitativa*, il compito del mediatore non è quello di valutare in punto di diritto il conflitto che gli viene sottoposto, stabilendo chi ha torto e chi ha ragione, ma quello di aiutare le parti a ricercare i loro interessi e quindi, a trovare un accordo amichevole soddisfacente che ponga fine alla lite. Sono cioè le parti stesse, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, a svolgere trattative, a decidere se concludere l'accordo di conciliazione e a determinarne il contenuto. Il mediatore si limita ad assisterle e ad agevolarle in questo compito.” BUZIO M. *La figura del mediatore*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale*, 2012, p. 73

¹³ “Nella mediazione *aggiudicativa* o *valutativa* è, invece, il mediatore a determinare il contenuto dell'accordo di conciliazione, attraverso una proposta comunicata alle parti per iscritto. Le parti possono poi accettare o rifiutare l'accordo di conciliazione proposto dal mediatore; la mancata risposta nel termine di legge, vale rifiuto” BUZIO M. *La figura del mediatore*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale*, 2012, p. 76.

¹⁴ I diversi stili di gestione della mediazione *facilitativa* (negoziale, fondata sulla comprensione, trasformativa) sono ben descritti ancora da BUZIO M. *Il primo incontro di mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 202-203.

¹⁵ Nella norma italiana la mancata accettazione della proposta del mediatore, possibile e consentita, produce, a determinate condizioni, la sanzione di addebito alla parte non aderente delle spese processuali (art. 13 D.Lgs. n. 28/2010). La previsione ha lasciato perplessi gli interpreti fin dall'inizio. È infatti evidente che, anche in un modello di mediazione *valutativa*, il ricorso alla sanzione qualora non sia accolta la proposta rischia di spostare l'intervento del mediatore verso il giudizio e la decisione, diminuendo la fiducia delle parti nella sua terzietà e minando l'efficacia del suo intervento.

1.3. Posizioni e interessi

Al terzo mediatore le parti si affidano allora con (maggior) fiducia. Non temono di essere deluse da un giudizio negativo o sconfitte da una soluzione sgradita, sanno che il mediatore non deciderà al loro posto e resterà neutrale fino alla fine. Hanno l'occasione di riprendere e mantenere il controllo del loro conflitto (sempre evitando il rischio della degenerazione) e possono ricercare liberamente la propria personale soluzione.

Non al giudice, ma al mediatore, svincolato dai confini della norma giuridica astratta ed eteroimposta, è consentito a tal fine andare oltre le *posizioni* iniziali espresse dai litiganti e cercare di approfondire e scoprire quali siano i loro veri *interessi* e desideri, le loro aspirazioni più profonde.

In un primo momento, nell'emergenza della frattura del rapporto, all'insorgenza del conflitto, la contrapposizione è rigida e le parti tendono a bloccarsi sulle richieste e *posizioni* iniziali, continuando a rivendicare i propri presunti *diritti*.

Se taluni coeredi, parenti del defunto, entrano in conflitto per l'eredità, è molto probabile che nella prima fase della lite essi si concentrino sull'asserita violazione delle quote stabilite dalla legge per la successione. È questo il problema al momento più visibile, e *prima facie* di più facile soluzione. Il conflitto appare valutabile e risolvibile secondo criteri oggettivi, se proprio necessario con ricorso ad un terzo decisore che, con altrettanta esattezza e oggettività, calcolerà quanto a ciascuno spettante. In realtà, se le parti avessero modo di accantonare la conflittualità esasperata e superare il blocco iniziale, se scendessero sotto la superficie, scoprirebbero che il contrasto ha motivazioni molto più profonde, e non solo economiche: ad esempio, i pregressi rapporti personali col defunto e tra di loro. Scoprirebbero, per di più, che la mera divisione matematica del residuo ereditario ad opera del terzo giudicante difficilmente potrebbe soddisfare le loro reali esigenze, non oggettive e fungibili, ma soggettive ed esclusive. Un coerede, ad esempio, potrebbe essere molto interessato all'attribuzione immediata e in esclusiva della autovettura ereditaria, per risolvere un problema urgente di mobilità; per nulla invece interessato alla proprietà di un terreno agricolo, di maggior valore di mercato, ma senza utilità per lui, mancandogli il tempo per venderlo e procurarsi un mezzo di trasporto.

Nella dinamica del conflitto, per la comprensione e migliore soluzione dello stesso, devono essere tenute ben distinte le *posizioni* iniziali (i diritti richiamati in astratto; quello che si afferma di volere) dagli effettivi *interessi* e *necessità* delle parti (quello che si desidera in realtà e di cui si ha davvero bisogno)¹⁶. Per di più, le *posizioni* sono spesso inconciliabili, perché fondate su regole generali, che non tengono conto della specificità individuale e raramente consentono di immaginare soluzioni alternative. Un accordo fondato solo su posizioni e diritti risponde ad una logica transazionale, di reciproche concessioni, esclusivamente nei termini della rinuncia ad una porzione più o meno ampia dei propri desideri (*win-lose*). L'approfondimento del rapporto, il riconoscimento degli effettivi *interessi* di ciascuno, consente di ragionare su ipotesi di accordo molto più ampie, nelle quali il sacrificio individuale richiesto potrebbe essere minore o addirittura del tutto assente (*win-win*)¹⁷. La varietà e complessità degli individui, negata dalla regola astratta, può essere recuperata ai fini dell'accordo, superando la statica *trattativa* sulle posizioni a favore di un ben più penetrante ed

¹⁶ "Interessi sono i bisogni, i desideri, i problemi, i timori; le 'cose' che mancano o che si vorrebbero avere. Molto spesso non vengono espressi; rimangono nascosti dietro gli obiettivi concreti che gli individui affermano di perseguire (su questi, in genere, si fermano l'intervento del diritto e dei suoi operatori). In questo senso, i presunti (e pretesi) diritti sono spesso soltanto la punta dell'iceberg degli interessi." COSI G., *L'accordo e la decisione*, 2017, p. 122.

¹⁷ "Gli interessi definiscono il problema. Il problema fondamentale in un negoziato non sta nelle posizioni contrapposte ma nel conflitto tra bisogni, desideri, preoccupazioni e paure di ciascuna parte ... Simili desideri e preoccupazioni sono interessi. Gli interessi motivano la gente; essi sono i moventi silenziosi dietro il baccano delle posizioni. La vostra posizione è qualcosa che avete deciso voi. I vostri interessi sono ciò che vi ha indotto a decidere ... Conciliare gli interessi piuttosto che mediare fra le posizioni funziona anche perché dietro le opposte posizioni ci sono di solito molti più interessi di quelli in conflitto." FISHER R. - URY W. - PATTON B., *L'arte del negoziato*, 2020, p. 70-72.

efficace *negoziato* su interessi e desideri¹⁸, al tavolo della mediazione¹⁹. Una soluzione negoziata del conflitto potrebbe ritrovarsi ben al di là di quanto inizialmente prevedibile, proprio a mezzo dell'abbandono delle posizioni e richieste iniziali.

In termini giuridici, ciò significa che nella libera negoziazione, per quanto agevolata dal mediatore, non trova spazio il principio di corrispondenza tra il *richiesto* e il *pronunciato* (c.d. limite del *petitum*), che è cardine del processo giudiziario²⁰. Non solo perché *“in mediazione se pure è possibile concepire un chiesto (non in senso stretto, cioè come istanza di tutela, ma come istanza di avvio di un procedimento in relazione ad una data controversia), non è certamente possibile prospettare un pronunciato, perché non vi sono pronunce da emettere”*²¹. Soprattutto in quanto il limite del *petitum* è connaturato al ruolo del terzo come decisore. Se le parti affidano al terzo giudicante i propri diritti, abdicando alla personale libera determinazione al riguardo, accettando che questi li gestisca al loro posto (per quanto in conformità della norma), è inevitabile che la delega debba essere molto ben delimitata. Il terzo decisore che andasse oltre i limiti stabiliti nella domanda iniziale abuserebbe del potere conferitogli²².

Nel dialogo facilitato dal mediatore, i diritti e la soluzione rimangono nella disponibilità dei confliggenti, che sono liberi di meglio e diversamente valutare i propri *interessi*; dimenticando e decidendo di abbandonare completamente, se utile, le *posizioni* e richieste iniziali, per discutere e decidere per sé di molto altro.

1.4. Il mediatore tra negoziato e diritto

La mediazione è uno strumento trasversale, utilizzabile per la risoluzione dialogante di molteplici tipologie di conflitto (mediazione linguistica, familiare, scolastica, internazionale, giuridica, etc.). La mediazione civile e commerciale, regolata dal D.Lgs. n. 28/2010, è una delle tante specifiche applicazioni, nella quale le tecniche utilizzate e la terzietà attiva ed empatica del mediatore sono

¹⁸ *“Se il giudizio rimane entro una logica win-lose in cui una parte vince e l'altra perde, la transazione punta ad una distribuzione dell'utilità fra le parti, secondo criteri di accettabilità che queste stesse possono adottare in ragione di vari fattori, non da ultimo la loro forza e abilità negoziali. Cambia, fra il win-lose e il win some-lose come la distribuzione dell'utilità, ma entrambi sono giochi cosiddetti a somma zero, perché non aumentano l'utilità complessiva del sistema. Infine ideale - e per così dire, la scommessa - della mediazione, invece, è promuovere un gioco non a somma zero, in cui interessi, bisogni e relazioni delle parti coinvolte siano possibilmente composti all'interno di una soluzione di mutuo e pieno vantaggio: in altri termini, la mediazione punta ad una soluzione di tipo win-win.”* REGGIO F., *Concordare la norma*, 2017, p. 46-47. Per i rapporti tra negoziazione, mediazione e c.d. teoria dei giochi si rinvia alla chiara sintesi di BUZIO M. *Il primo incontro di mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 196-199.

¹⁹ *“Solo in quei tavoli e non nel processo, d'altronde, si può immaginare di uscire dalle maglie strette della ricostruzione del passato alla ricerca di responsabilità (l'istruttoria giudiziale) e della conseguente applicazione della legge generale ed astratta (la decisione che separa il torto dalla ragione) per aprire ai tanti e complessi aspetti del conflitto, con uno sguardo indirizzato al futuro e quindi alla risoluzione del conflitto nella sua interezza. È in quei tavoli, infatti, che il conflitto può essere affrontato non nella scarnificata versione che lo schema e il rituale processuale impongono, ma in tutta la sua vivida carnalità [...] e quindi valorizzando quella fattualità che pone al centro l'individuo quale portatore di molteplici interessi, gioco forza più estesi delle sue posizioni giuridiche.”* DALLA BONTÀ S., *Il costo della giustizia consensuale*, Riv. arbitrato 2023, 2, p. 332.

²⁰ Art. 112 c.p.c. *“Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti”*.

²¹ DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, 2022, p. 487.

²² Il vincolo del *petitum* è di tale rilievo che sussiste addirittura il dubbio se il giudice possa operare *ultra petitum* anche nel tentativo di conciliazione affidato al suo ministero (art. 185 c.p.c.). Certo è che, se il vincolo per il giudice operasse nella conciliazione giudiziale, il tentativo si rivelerebbe ancora più arduo: *“L'intuitiva riluttanza delle parti ad “aprirsi” a chi le giudicherà rende difficile al giudice un'adeguata esplorazione dei loro interessi e relazioni personali, con conseguente limitazione delle opzioni ed alternative negoziali, così come del ventaglio di possibili proposte conciliative o transattive giudiziali. Tanto più se si ritiene, come taluni sostengono, che la conciliazione realizzata in sede giudiziale e trasfusa in un processo verbale non possa che rispondere alla regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato”*; così DALLA BONTÀ S. *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in Riv. trim. dir. proc. civile 2023, p. 21.

proposte per la risoluzione di conflitti di carattere giuridico (quantomeno secondo le *posizioni* iniziali e salvo quanto emergerà nella ricerca degli *interessi*), auspicabilmente destinati ad una conclusione conciliativa a mezzo di un prodotto giuridico, l'accordo²³.

Ricorrendo alla mediazione, la soluzione del conflitto avviene all'esito di una sintesi dialettica: non solo tra le parti, ma metodologica. Vi è il ricorso ad uno strumento metagiuridico (o sovragiuridico) di ricomposizione del rapporto, la mediazione, collocato in uno specifico ambito giuridico. Dialettico, e circolare, è l'intervento del mediatore. Egli si concentra prima sulla componente di diritto del conflitto, con l'ascolto delle *posizioni* iniziali e rivendicazioni espresse dalle parti (*tesi*); poi la nega, predisponendosi alla ricerca degli *interessi*, caratteristiche non giuridiche del conflitto (*antitesi*); la recupera infine nell'accordo che, ristabilito l'equilibrio, si pone come regola giuridica per il futuro (*sintesi*)²⁴.

Per questa ragione, il mediatore, pur avvalendosi di una metodologia trasversale e formato nella tecnica generale del negoziato, ha bisogno di competenze specifiche, quanto alle questioni al centro del conflitto. Il mediatore civile e commerciale non può difettare di una adeguata formazione giuridica²⁵.

Del resto, secondo il modello di cui al D.Lgs. n. 28/2010, il mediatore ha anche un ruolo processuale (più esattamente preprocessuale). È incaricato della redazione del verbale della mediazione, quindi della formazione di un documento giuridico essenziale: sia per l'eventuale cognizione da parte del giudice del contenzioso, in caso di esito negativo della mediazione; sia per sostegno giuridico all'accordo eventualmente raggiunto (titolo esecutivo, beneficiato da agevolazioni fiscali)²⁶.

Più in generale, il mediatore deve avvicinarsi empaticamente ai litiganti ed ottenerne la fiducia, per poterli davvero aiutare. A tal fine è indispensabile che egli sia in grado di dimostrare l'effettiva comprensione della controversia e di esprimersi in un linguaggio adeguato. Se una lite ha per oggetto la gestione di una locazione immobiliare, è poco plausibile che le parti riescano ad affidarsi con fiducia e a parlarne proficuamente con un mediatore, che non conosca affatto la regolamentazione e le specificità di quel contratto e non abbia alcuna esperienza dello stesso. Ogni mediatore deve

²³ “Mediazione civile, commerciale, del lavoro; mediazione familiare, penale, amministrativa punto ma anche: mediazione sociale, culturale, scolastica ... La mediazione può occuparsi di tutto ciò di cui si occupa il diritto, di altre cose ancora di cui il diritto non sa (non deve) occuparsi. Lo spazio della mediazione, rispetto a quello del diritto, non si ricava tanto sulla base del tipo di conflitto da gestire o delle sue dimensioni, fisiche o economiche che siano. Esso si delinea soprattutto in funzione del tipo di soluzione che si cerca di ottenere: accordo oppure decisione” COSI G., *L'accordo e la decisione*, 2017, p. 212-213.

²⁴ “La mediazione, se consente di svincolare l'oggetto del conflitto dalla sua portata normativa, in quanto permette di analizzare quegli aspetti anche psicologici, estranei alla fattispecie giuridica ma che rispondono comunque agli interessi delle parti, al diritto poi ritorna in quanto la soluzione del conflitto prende la forma dell'accordo negoziale.” BUZIO M. *La figura del mediatore*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale*, 2012, p. 73-74

²⁵ In modo corretto, l'art. 23 del vigente Regolamento della mediazione D.M. Ministero della Giustizia 24.10.2023 n. 150, emanato a seguito della riforma Cartabia, stabilisce che il richiedente l'iscrizione nel registro dei mediatori, che avesse conseguito solo una laurea triennale, ovvero avesse conseguito una laurea magistrale ma in materie diverse dalla laurea magistrale o a ciclo unico in giurisprudenza, dovrebbe dimostrare di aver partecipato (oltre che al percorso generale previsto per tutti i candidati: corso teorico e pratico di ottanta ore e tirocinio con partecipazione ad almeno dieci mediazioni con adesione della parte invitata) ad uno specifico “corso di approfondimento giuridico, di durata non inferiore a quattordici ore”; che avrà per oggetto “le nozioni e gli istituti di base di diritto sostanziale e processuale civile necessari per la comprensione della normativa in materia di mediazione e per il corretto svolgimento dell'attività di mediatore”. Ciò in attuazione dell'art. 1 co. lett. l) della legge delega 26.11.2021 n. 206, che prevedeva che: “coloro che non abbiano conseguito una laurea nelle discipline giuridiche possano essere abilitati a svolgere l'attività di mediatore dopo aver conseguito un'adeguata formazione tramite specifici percorsi di approfondimento giuridico”.

²⁶ Si consenta il rinvio a FORTI P., *L'accordo notarile di mediazione*, CNN Notizie n. 24 del 7.2.2024, p. 8: “Ecco allora che il ruolo affidato dalla legge al mediatore giuridico civile e commerciale, all'uopo formato e chiamato ad operare in un contesto nel quale l'alternativa processuale per la risoluzione del conflitto è sempre potenzialmente presente, non è soltanto quello, comune a tutti i mediatori e, come dicevamo, metagiuridico, di guidare le parti nel percorso per la conciliazione degli opposti interessi; ma anche quello di dar conto dello svolgimento di talune attività prettamente giuridiche: per preparazione agli eventuali sviluppi processuali (esito negativo); di supporto alla efficacia sostanziale dell'accordo (esito positivo)”.

conoscere la materia e il linguaggio oggetto del contendere. Il mediatore giuridico deve avere conoscenze giuridiche²⁷.

2. La partecipazione personale e la rappresentanza nella mediazione

Se la mediazione è strumento di ripristino della connessione dialettica interrotta tra le persone, a fini di riconciliazione, la presenza al tavolo della mediazione di tutti i confliggenti sembrerebbe indispensabile. Si pone la questione dell'ammissibilità o meno della sostituzione dell'interessato con un terzo, dell'ammissibilità della rappresentanza.

2.1. La rappresentanza degli enti e degli incapaci

Il dubbio di ammissibilità riguarda la rappresentanza volontaria, non la rappresentanza organica di enti, persone giuridiche e società. Essendo soggetti ideali e immaginari, creati nella finzione giuridica in risposta all'esigenza di collaborazione tra più persone reali, gli enti non esprimono (non possono esprimere) la loro volontà e attività in via diretta, ma solo a mezzo delle persone fisiche, investite di tale compito dai componenti della collettività organizzata. Il ricorso ad organi di rappresentanza è inevitabile²⁸.

L'accesso alla mediazione è utile per gli enti collettivi, aventi anch'essi diritti e interessi, che esistono in quanto sintesi degli interessi delle persone reali che li compongono. Simili sono l'approccio e le tecniche del mediatore nel trattare con enti. Egli, infatti, sempre e comunque siede al tavolo con persone reali e ha a che fare con i loro problemi, emozioni e bisogni: sia che si discuta di questioni attinenti al singolo individuo, sia che si affrontino questioni derivanti dalla partecipazione di questi all'organizzazione collettiva²⁹.

La discussione a fini del negoziato viene condotta con il rappresentante organico dell'ente. La questione della rappresentanza volontaria e dei limiti della stessa si porrà per gli enti nel caso in cui il rappresentante organico, designato dai consociati, avesse bisogno, o ritenesse opportuno, farsi a sua volta sostituire da un terzo.

Oltre che i rappresentanti organici degli enti, sono certamente ammessi in mediazione i rappresentanti legali di minori di età o di soggetti totalmente o parzialmente incapaci. I genitori, il tutore, l'amministratore di sostegno, sostituiscono negli incontri il loro legale rappresentato, di norma per ragioni fisiologiche, prima ancora che giuridiche. Per i rappresentanti organici degli enti e per i rappresentanti legali degli incapaci non si pone un problema di sussistenza dei requisiti, stabiliti dall'art. 8 co. 4 D. Lgs. n. 28/2010, della conoscenza dei fatti e dell'attribuzione dei poteri idonei per la composizione della controversia, che non rilevano né per *"i soggetti diversi dalle persone fisiche"*,

²⁷ *"I mediatori devono essere dei professionisti dotati di formazione specifica e di competenza tecnica: il mediatore è un terzo istruito che non solo sa come mediare, ma anche cosa sta mediando. Il fallimento di una mediazione per incompetenza tecnica specifica del mediatore è uno dei danni più gravi che possano essere arrecati all'immagine dell'istituto."* COSÌ G., *L'accordo e la decisione*, 2017, p. 214.

²⁸ *"Non si tratta pertanto di una vera e propria rappresentanza, in quanto non c'è un soggetto che delega un altro a compiere per suo conto degli atti, ma un soggetto dotato di una particolare qualifica ad agire per conto dell'ente"* METAFORA R., *La mediazione*, 2024, p. 241.

²⁹ *"Avendo a che fare con negozianti che rappresentano organizzazioni è facile che li si tratti come se fossero semplici portavoce senza emozioni. È invece importante rammentare che essi pure, come voi, hanno sentimenti personali, timori, speranze e sogni. La loro carriera può essere in gioco. Ci possono essere questioni sulle quali sono particolarmente sensibili, e altre che toccano la loro suscettibilità"* FISHER R. - URY W. - PATTON B., *L'arte del negoziato*, 2020, p. 59.

né per gli organi degli enti, in quanto di interesse solo in caso di ricorso alla rappresentanza volontaria³⁰.

Non è peraltro escluso che le parti e il mediatore acconsentano e favoriscano la diretta partecipazione alla mediazione del minore o dell'incapace: la ricerca degli interessi potrebbe grandemente beneficiare del suo sentire e delle sue opinioni. Esistono del resto in diritto fattispecie di possibile, o dovuta, audizione del minore, prima dell'assunzione di decisioni che lo riguardano (artt. 155 *sexies*, 336 *bis*, 337 *octies*, 348 co. 3 c.c., art. 473 *bis* co. 4 c.p.c., etc.). A maggior ragione, non possono esserci impedimenti nel contesto informale della mediazione.

Il minore e l'incapace potrebbero affiancare il loro legale rappresentante, ma non potrebbero partecipare da soli alla mediazione. È vero, infatti, che la fase degli incontri (del negoziato assistito) non è attività giuridica in senso stretto, risultando predominante la componente metagiuridica ed essendo possibile disinteressarsi, in larga misura, delle categorie e prescrizioni giuridiche ordinarie. Per il negoziato non è indispensabile la civilistica capacità d'agire. Peraltro, quando si opera in una mediazione civile e commerciale, finalizzata a favorire la conclusione di un accordo, vero e proprio negozio giuridico, detta capacità è invece richiesta: il rappresentante legale deve essere sempre presente, per raggiungere un proprio convincimento (se del caso condividendo la valutazione con l'assistito) quanto all'opportunità di addivenire a un accordo, la cui sottoscrizione sarà poi a lui riservata, secondo le prescrizioni di legge.

Il reperimento della distinzione tra due fasi della procedura, una prima degli incontri e del negoziato e un'altra dell'accordo, consente di meglio collocare anche il momento del ricorso per l'ottenimento dell'autorizzazione giudiziale per l'attività dell'incapace. L'autorizzazione è sicuramente necessaria per la sottoscrizione dell'accordo, negozio giuridico dal contenuto di norma transattivo (artt. 320 co. 3, 375 n. 4 e 411 c.c.). Non è necessaria, e neanche se ne ravvisa una pratica utilità, con riferimento alla fase del negoziato; durante la quale il rappresentante (se utile, e possibile, anche con l'assistito) semplicemente assume informazioni e valuta le condizioni per la conclusione bonaria della lite. Nella fase del negoziato si colloca, in sostanza, la medesima attività preliminare che il rappresentante svolge anteriormente alla conclusione di qualsiasi negozio giuridico, anche nella contrattazione diretta, al di fuori e a prescindere dalla procedura di mediazione. Non assumendosi per il momento nessun obbligo, né esercitandosi alcun diritto, non vi è nulla che il giudice potrebbe essere richiesto di valutare. La necessità e utilità evidente dell'operazione per il minore e per l'incapace, presupposti per l'adozione del provvedimento autorizzatorio, troveranno invece spazio, come sempre, al termine delle trattative, ai fini e prima della conclusione del negozio giuridico transattivo³¹. Solo in tale momento verrà interpellato il giudice³², per autorizzare il compimento e la sottoscrizione dell'accordo.

Sotto il profilo operativo, la procedura di mediazione potrebbe essere a tal fine *medio tempore* sospesa, con rinvio dell'ultimo incontro, destinato alla sottoscrizione dell'accordo, ad un momento successivo all'ottenimento dell'autorizzazione. Certo potrebbe esserci in questo modo il rischio che,

³⁰ “Chi è investito per legge del compito di curare, assistere e rappresentare un altro soggetto ed interviene nella mediazione, pur non essendo il diretto titolare del diritto controverso, non può non conoscere i fatti oggetto della lite, per cui in queste ipotesi opera una sorta di presunzione legale della conoscenza dei fatti da parte del sostituto” METAFORA R., *La mediazione*, 2024, p. 241.

³¹ Trib. Varese 13.2.2012: “Giova ricordare che la partecipazione al tavolo di mediazione è sempre atto da cui può trarre beneficio il litigante, in vista dell'eventuale e futura procedura giudiziaria, trattandosi di un'occasione per la definizione stragiudiziale, nelle forme amichevoli, del contrasto insorto tra le parti. Giova precisare, peraltro, che è preciso compito dei mediatori quello di accertare che, al tavolo di mediazione, si presentino soggetti con la piena capacità di disporre del diritto conteso, tenuto conto delle pubblicità ex lege sottese alle misure di protezione degli adulti incapaci e della diligenza professionale cui deve godere il mediatore. Sulla possibilità, però, di assumere decisioni nel corso del processo, sussiste il limite degli atti dispositivi di cui agli artt. 375 c.c., il tutore non può, senza autorizzazione del Tribunale (v. artt. 374, 375 c.c.), procedere a transazioni”.

³² Ovvero il notaio, nella sua competenza concorrente di volontaria giurisdizione (art. 21 D.Lgs. 10.10.2022 n. 149), se chiamato a ricevere l'accordo di mediazione, in quanto destinato alla pubblicità legale ai sensi dell'art. 11 co. 7 D.Lgs. n. 28/2010, o semplicemente per scelta e designazione volontaria da parte degli interessati.

nel frattempo, taluna delle parti possa cambiare idea e non acconsentire più alla conciliazione, raggiunta con fatica, ma non ancora vincolante. Rischio peraltro comune a tutte le attività precontrattuali svolte dal rappresentante legale, anche al di fuori della mediazione. Nello specifico, in alternativa, per ovviare a tale inconveniente, l'accordo di conciliazione potrebbe essere subito sottoscritto dalle parti e sottoposto alla condizione sospensiva dell'ottenimento della necessaria e conforme autorizzazione. Tale seconda soluzione impone peraltro di ritenere l'ammissibilità, denegata da parte della dottrina e talora dalla giurisprudenza, della deduzione in condizione del rilascio della prescritta autorizzazione³³.

2.2. La rappresentanza volontaria

Il mediatore opera per l'emersione degli interessi e il recupero della complessità e ricchezza del rapporto tra le parti, in pericolo a causa della difficoltà di risolvere il conflitto. Per tale attività, come osservato, potrebbe sembrare richiesta *“la partecipazione personale delle parti (le uniche in grado di esprimere gli interessi sottesi)”*³⁴, con esclusione quindi del ricorso alla rappresentanza volontaria.

Si tratta di una lettura di superficie del fenomeno. L'idea di inammissibilità della rappresentanza, perché non congruente con le finalità e modalità operative della mediazione, è adatta a descrivere un elevato numero di casi, ma non esaustiva³⁵. La collocazione della mediazione in un ambito nel quale il raggiungimento del risultato prescinde da vincoli procedurali, che predeterminino in modo rigido il cammino da percorrere, relativizza e rende approssimativa qualsiasi affermazione troppo netta, con pretesa di definitività.

Ciò che interessa il mediatore è beneficiare delle partecipazioni più funzionali rispetto all'obiettivo perseguito. Se molto spesso è utile, o addirittura indispensabile, la presenza dei diretti interessati, in taluni casi, più frequenti di quanto si potrebbe pensare, tale presenza potrebbe rivelarsi non sufficiente, o addirittura nociva.

Si pensi al coniuge che, per indole, disponibilità di tempo o competenze specifiche, nell'ambito di una condivisa distribuzione di compiti e impegni, abbia sempre gestito da solo gli immobili di famiglia, indipendentemente dalla proprietà degli stessi. Una mediazione per una questione condominiale difficilmente avrebbe esito positivo senza la sua presenza; anche se la proprietà dello specifico bene, e la capacità di giuridicamente disporre, fosse dell'altro coniuge. Oppure potrebbe verificarsi che un figlio, per particolare attitudine, abbia accompagnato alle visite mediche e organizzato personalmente tutte le cure e terapie dell'anziano genitore. In caso di controversia per responsabilità sanitaria, il mediatore avrebbe bisogno della presenza di questo figlio: non di quella

³³ In giurisprudenza sono favorevoli alla deducibilità in condizione sospensiva del rilascio della autorizzazione giudiziale Cass. 27.6.1958 n. 2292 e Cass. 16.7.1963 n. 1936; *contra* Cass. 8.1.1975 n. 32. In dottrina si vedano le posizioni espresse e gli Autori citati da MAZZACANE F. *La volontaria giurisdizione nella attività notarile*, 1986, p. 66, e da SANTARCANGELO G. *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale, Vol. I Procedimento e uffici in generale*, 1985, p. 672-674.

³⁴ *“Invero, sembra proprio esserci una certa dose di incompatibilità fra rappresentanza e mediazione: se è vero che la mediazione riesce a risolvere il conflitto tra le parti perché le riconcilia allora è evidente che il farsi rappresentare da altri, rimanendo estranei al procedimento, fa fallire sul nascere ogni possibile riconciliazione e così la soluzione del conflitto.”* BRUNELLI C. - BUZIO M. - CALDERONI C. *La rappresentanza delle parti in mediazione*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale*, 2012, p. 175.

³⁵ È appunto adatta a descrivere molti casi, ma non tutti, l'affermazione di Trib. Roma 20.12.2018, secondo cui *“nessuno, neppure il mandante, può prevedere, ex ante, quali saranno, nel corso del procedimento di mediazione e con il contributo del mediatore, gli sviluppi della discussione, quali le proposte, le offerte e le rinunce possibili, le soluzioni ai problemi prospettabili e prospettate, ed in definitiva i passi avanti e indietro, rispetto alle posizioni iniziali, che reciprocamente le parti soltanto - assistite da avvocati convinti dell'utilità di una leale opera di sostegno e promozione della cultura dell'accordo piuttosto dell'antagonismo ad oltranza - potranno attuare con piena consapevolezza, essendo solo loro, di persona, a conoscere quali sono i reali interessi di cui sono portatori”*; dovendosi al contrario concludere che proprio la complessità e imprevedibilità del percorso, facilitato dal mediatore, consentono e richiedono talvolta la presenza della parte personalmente, talaltra quella di un rappresentante, nei diversi momenti e in relazione a diverse esigenze concrete, come emergenti.

degli altri figli, e nemmeno, probabilmente, di quella dello stesso genitore. L'amministratore di una società industriale preferirebbe incaricare della partecipazione alla mediazione il tecnico responsabile e manutentore di un macchinario, per il cui acquisto è insorta la controversia.

Si pensi finanche alla possibilità che i rapporti tra le parti, pure fiduciose nella mediazione, siano talmente deteriorati, da far loro preferire la sostituzione con persone di fiducia, rispetto ad una interlocuzione diretta, per quanto filtrata dal mediatore; con l'auspicio che un rasserenamento possa magari consentire agli interessati un successivo intervento diretto, insieme al, o in luogo del, procuratore che ha partecipato all'avvio del negoziato e al superamento dell'*impasse* iniziale³⁶.

Prendendo spunto anche dalla menzionata rappresentanza organica: se deve ammettersi che l'amministratore della società possa efficacemente spendersi per l'ente di cui è parte (ma dal quale rimane soggetto diverso), in quanto ne condivide interessi e necessità, deve serenamente riconoscersi che, con altrettanta efficacia emotiva e intellettuale, il procuratore della persona fisica possa e sappia ben negoziare per il proprio mandante.

La sostituzione di una persona con un'altra non è allora di per sé incompatibile con la mediazione. La mediazione richiede la presenza personale non necessariamente delle *parti*, ma dei reali e veri *decisori*, quanto agli interessi coinvolti; anche se tali reali decisori non coincidessero con i *titolari* degli interessi, a cui si ipotizza potrebbe riferirsi l'accordo auspicato. L'elasticità dell'attività del mediatore impone, per ogni specifica situazione, una diversa adeguata scelta dei partecipanti³⁷.

È anche possibile che un tavolo di mediazione, avviato con la presenza di taluni, debba successivamente modificare la sua composizione, in quanto siano emersi nuovi interessi, questioni e ipotesi di accordo, e di conseguenza nuovi interessati e decisori. Si immagini che il conflitto tra due agricoltori per l'uso di un granaio comune non possa essere risolto con riferimento a quell'unico bene, la cui capienza limitata non è più in grado di soddisfare le esigenze di entrambi. È possibile che con l'ausilio del mediatore la soluzione, sfuggita inizialmente alle parti, si ritrovi nella condivisione d'uso di altro magazzino, di proprietà però del coniuge di uno di loro. La mediazione avviata con i due agricoltori, delle cui posizioni si è inizialmente dibattuto, potrebbe concludersi, in vista dell'accordo ipotizzato, con la partecipazione del coniuge terzo, vero e definitivo decisore, per interesse, titolarità e capacità di disporre dei diritti sul nuovo bene preso in considerazione³⁸.

Vi è la concreta possibilità che ci si debba porre il problema della partecipazione personale e della rappresentanza, in sostituzione dei confliggenti, distintamente e a più riprese nel corso del

³⁶ "Ciò significa, tuttavia, che senza la presenza personale non sia mai e poi mai possibile ottenere un risultato che soddisfi reciprocamente gli interessi e i bisogni delle parti? Questo asserito dogma opera in ogni tipo di controversia e in ogni tipo di situazione? Siamo davvero sicuri che in taluni, sia pur rari, casi la presenza personale dei litiganti, il loro confronto faccia a faccia non rischi di inasprire gli animi e che il mediatore, per quanto dotato e competente, sia sempre in grado di raggiungere la mitica soluzione win-win? Siamo senz'altro costretti ad affermare che non esista altra via per mediare che non sia costituita dal confronto/scontro diretto delle parti? Forse sarebbe più ragionevole evitare di adottare soluzioni preconfezionate e puntare sul migliore perseguimento degli interessi delle parti, che quasi sempre è agevolato dalla presenza personale delle parti stesse, ma qualche sporadica volta no ..." DALFINO D. «Primo incontro», comparizione personale delle parti, effettività della mediazione, Foro It. 2019, p. 13

³⁷ "Parimenti il mediatore non è attratto in prima battuta dai profili formali; gli interessa invece essere sicuro di avere davvero di fronte a sé il vero titolare del potere decisionale, colui che - come ci dice la corte [Cass. 27.3.2019 n. 8473; N.d.A.] - ha l'effettivo potere sostanziale sulle questioni da risolvere, prima fra tutte quella dell'avvio del procedimento" ZANELLO A. Cass. 8473/19: conciliazione delle controversie e mediazione in cerca di identità, For. It. 2019, p. 16-21.

³⁸ "Una volta sciolto il nodo primario, si tratterà di tutto il resto, anche perché ciò che occorre (procure, visure, consulenze, pareri, atti amministrativi, perizie e quant'altro) lo si saprà dopo, stante la creatività delle parti e la imprevedibilità degli esiti: in mediazione non è affatto raro che si parta da un canone di affitto non pagato e si finisca con un preliminare di vendita ad un parente del conduttore, che vuole comprare l'immobile per donarlo alla figlia come regalo di matrimonio! Ciò che conta, per il mediatore, è la concreta possibilità di un contatto, di una comunicazione, di un rapporto sul quale avviare la progressiva costruzione di quella reciproca fiducia che è l'innesto del percorso conciliativo e la garanzia più solida del successo della trattativa" ZANELLO A. Cass. 8473/19: conciliazione delle controversie e mediazione in cerca di identità, For. It. 2019, p. 16-21.

procedimento: ipotizzando una prima risposta, con una valutazione prospettica basata sulla domanda introduttiva e le posizioni ivi esposte; accettando la possibilità di una modificazione in relazione all'emergenza degli *interessi*, delle ipotesi negoziali e dei soggetti da coinvolgere, senza escludere una pluralità di modificazioni successive³⁹; fino alla stabilizzazione finale, se e quando sarà stato raggiunto l'accordo, prodotto giuridico i cui autori, in proprio o a mezzo rappresentanti, saranno compiutamente definiti secondo le ordinarie regole civilistiche.

Il problema della rappresentanza deve essere affrontato, come ricordato, tenendo conto dei due tempi e caratteri della materia: prima l'attività del mediatore (fase del negoziato), quindi la conclusione positiva con accordo (fase dell'accordo).

Per l'attività del mediatore, caratterizzata da vincoli giuridico-procedurali e formalismo ridotti al minimo, la soluzione deve essere reperita soprattutto con riferimento ai profili metagiuridici prevalenti, per consentire l'evoluzione in positivo del conflitto. La sostituzione con un rappresentante sarà legittima, quando la partecipazione personale potrebbe rivelarsi al contrario non proficua, o addirittura nociva per il dialogo. Il motivo per il ricorso alla rappresentanza sarà giustificato, se adeguato a favorire la finalità conciliativa.

Con riferimento all'accordo, prodotto (negoziato) giuridico ordinario, la cui particolarità consiste solo nella formazione ad esito della mediazione e nei conseguenti benefici in termini di efficacia di titolo esecutivo e agevolazioni fiscali⁴⁰, la possibilità e le modalità di conferimento della procura saranno regolate non dal D.Lgs. n. 28/2010, ma dalle norme civilistiche ordinarie.

Qualsiasi tentativo interpretativo che confondesse i due piani ermeneutici (attività mediativa e accordo) sarebbe fortemente indiziato della produzione di risultati inesatti. Tanto più, si ribadisce, perché in assenza di vincolo del *petitum* la domanda introduttiva non è vincolante, potendo evolvere verso un accordo inaspettato⁴¹. La difficoltà di accettazione di questa duplicità non è tanto del mediatore, formato come detto in entrambe le discipline (mediazione e diritto), e avvezzo alle

³⁹ La mediazione è fenomeno dinamico e fortemente evolutivo nel suo svolgimento, nel quale i presenti, siano essi le parti o i loro rappresentanti, sono chiamati a "valutazioni, ponderazioni e scelte del tutto discrezionali e non facilmente preventivabili a monte (cioè fuori e prima della mediazione, in sede di conferimento dei poteri rappresentativi dalla parte assente titolare del diritto) che il soggetto presente si trova ad assumere nel corso degli incontri di mediazione; determinazioni che sono articolate, modificate e influenzate, non secondariamente, dall'atteggiamento delle altre parti coinvolte e dai contributi offerti dal mediatore, ed in definitiva - vero e proprio work in progress - dall'andamento della discussione e delle trattative (ciò è ben noto specialmente a chi conosce e pratica effettivamente la mediazione ed è testimone di quante le volte in cui da un atteggiamento iniziale di totale chiusura si perviene infine all'accordo)" Trib. Roma 20.12.2018.

⁴⁰ Trib. Roma 17.11.2015 n. 7948: "L'accordo di mediazione non è un tipo contrattuale a sé stante, ma solo l'involucro esterno, l'occasione in cui viene concluso il contratto il quale conserva perciò la tipologia che gli è propria e non si trasforma, solo perché stipulato in sede di mediazione, in qualcos'altro, con la sola particolarità che, ai fini della sua trascrizione, è espressamente richiesta l'autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un notaio, ai fini della verifica delle conformità del contenuto dell'atto alle prescrizioni di legge". Per la ricostruzione della natura giuridica dell'accordo e dei rapporti tra questo, la procedura e il verbale della mediazione, si rinvia a FORTI P. *L'accordo notarile di mediazione*, CNN Notizie n. 24 del 7.2.2024; in particolare p. 14: "Evitato il ricorso all'azione giudiziaria, l'accordo, per quanto ad esito di una particolare procedura, quella di mediazione, rimane così un ordinario negozio giuridico di diritto privato, la cui specifica natura, sempre lato sensu transattiva, potrà assumere i contenuti di volta in volta più idonei nella fattispecie. Ugualmente quanto alla forma, l'accordo è una ordinaria scrittura privata, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2702 c.c.; salvo l'intervento del notaio, quando prescritto secondo i principi civilistici generali, confermati dalla normativa speciale. Come già ricordato, in quanto rinvenuto all'esito della procedura di mediazione, questo specifico accordo gode di benefici (agevolazioni fiscali ed efficacia di titolo esecutivo), che non accompagnerebbero un accordo identico, ma formato al di fuori della mediazione, nell'ambito della negoziazione ordinaria delle parti".

⁴¹ Talvolta può non essere semplice per il mediatore predisporre le parti di una controversia giuridica, e gli avvocati che le assistono, alla prospettiva di un percorso imprevedibile e in qualche modo indipendente dalla domanda introduttiva. Egli deve però tentare: per mantenere l'ampiezza del dialogo e non precludere alcuna possibilità di risoluzione del conflitto. Ad esempio, in caso di domanda introduttiva per divisione ereditaria, non è infrequente che il mediatore debba prodigarsi a convincere gli avvocati che la mancata adesione di uno dei coeredi non è definitivamente ostativa ad un proficuo tentativo di conciliazione. Nella divisione ereditaria, il litisconsorzio è necessario sotto il profilo giuridico e processuale, ma la mediazione potrebbe svelare altre opportunità risolutorie (cessione quota ereditaria, riconsegna beni e sistemazione pendenze economiche tra i presenti, etc.), oltre a favorire l'emersione di elementi utili al rinnovo dell'invito a partecipare, infine forse proficuo, al coerede inizialmente assente.

caratteristiche di elasticità e informalità del negoziato. La difficoltà è piuttosto del giurista, che deve tener conto di questa ampia prospettiva, per lui non usuale, sia nella scrittura della norma (il legislatore) che nella sua applicazione (il giudice e, più in generale, l'interprete)⁴².

3. La rappresentanza nella prassi prima della riforma

Il testo del D.Lgs. n. 28/2010 previgente alla riforma Cartabia non si occupava in modo espresso della partecipazione personale delle parti alla mediazione e della possibilità o meno di sostituzione. L'assenza di regolamentazione connotava sia la versione originaria del D.Lgs. n. 28/2010, sia quella modificata dal D.L. 69/2013 (c.d. *"decreto del fare"*). Con questo, come noto, il legislatore interveniva per ripristinare l'obbligatorietà del tentativo di mediazione dopo la pronuncia di incostituzionalità per eccesso di delega resa da Corte Cost. 24 ottobre 2012 – 6 dicembre 2012 n. 272; delineando un primo incontro di mediazione puramente informativo, sufficiente per ritenere esperita la condizione di procedibilità, e gratuito, senza riconoscimento di alcun compenso per il mediatore e l'organismo di mediazione⁴³.

L'unico minimo riferimento normativo alla partecipazione personale e (*a contrario*) alla rappresentanza era contenuto nel D.M. n. 180/2010 (regolamento attuativo del D.Lgs. n. 28/2010; oggi abrogato ed integralmente sostituito dal vigente D.M. n. 150/2023), il cui art. 7 co. 2 lett. a) stabiliva che il regolamento dell'organismo di mediazione avrebbe potuto prevedere che *"il mediatore deve in ogni caso convocare personalmente le parti"*. Facendo propria questa previsione, il regolamento dell'organismo avrebbe imposto la necessità di presenza personale delle parti, senza alcuna possibilità di sostituzione; nulla dicendo, avrebbe consentito il ricorso alla rappresentanza.

La decisione di rimettere agli organismi la valutazione lascia trasparire l'incertezza del primo legislatore italiano della mediazione, che preferiva affidarsi all'esperienza, maturata e maturanda sul campo, degli organismi e dei mediatori, per trovare un giusto equilibrio tra le caratteristiche informali e di libertà della metodologia conciliativa e le rigide finalità giuridiche, a cui essa veniva allora per la prima volta destinata.

La scelta della maggioranza, se non della totalità, degli organismi di mediazione, fu nel senso di non imporre la partecipazione personale e consentire la rappresentanza. Quasi mai nei regolamenti adottati furono previste esclusioni o limitazioni al riguardo. Anzi, nella prassi il ricorso alla rappresentanza fu gradito e agevolato dagli organismi, che elaborarono proprie bozze di procura, messe correntemente a disposizione delle parti, anche se non richieste: per gli istanti, insieme al modulo di presentazione della domanda di mediazione; per gli invitati, unitamente al modulo di adesione alla procedura.

Si trattò certamente di decisioni di carattere eminentemente pratico, motivate dall'esigenza di evitare difficoltà e ostacoli fattuali, che avrebbero potuto disincentivare l'adesione e lo svolgimento delle procedure. Non bisogna dimenticare la situazione nella quale, ben poco tempo dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 28/2010, gli organismi si trovarono ad operare, in conseguenza della ricordata declaratoria di incostituzionalità del 2012 e del pasticciato rimedio del primo incontro informativo gratuito del *decreto del fare*. Solo oggi la riforma ha modificato la disciplina del primo incontro, trasformandolo da informativo a effettivo. Gli organismi di mediazione furono costretti da un giorno

⁴² *"L'altro aspetto che ha creato un certo disorientamento è la difficoltà di coniugare la rappresentanza - che è un istituto giuridico regolato dal codice civile - con le tecniche di mediazione e di comunicazione utilizzate dal mediatore, finalizzata alla ricerca dell'accordo tra le parti, che non sono disciplinate dalla legge"* LEO M. *La rappresentanza delle parti in mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 211-212.

⁴³ FORTI P. *L'accordo notarile di mediazione*, CNN Notizie n. 24 del 7.2.2024, p. 9-10. Per una disamina di dettaglio delle ragioni anche storico culturali della sentenza della Corte Costituzionale e della successiva mini riforma del *decreto del fare* si veda VALENZA F. *La filosofia del nuovo modello di mediazione civile e commerciale portato dalla riforma Cartabia*, CNN Notizie n. 19 del 31.1.2024, par. 2.2. e 2.3.

all'altro, a causa del *decreto del fare*, ad assumere l'onere della convocazione delle parti, della nomina del mediatore, dell'organizzazione e svolgimento del primo incontro, in assenza di remunerazione; potendo le parti semplicemente chiudere in quel momento la procedura senza nulla corrispondere, dichiarando di non voler proseguire nella mediazione. Veniva messa in serio pericolo la capacità di sopravvivenza degli organismi (oltre che dello stesso neonato istituto della mediazione civile e commerciale). È comprensibile che, d'improvviso profilatosi un rischio di estinzione, gli organismi, non escludendo la rappresentanza, provassero ad agevolare le modalità di accesso delle parti.

Non vi è dubbio però che, così facendo, il mondo della mediazione abbia perso l'occasione di una ponderata valutazione sull'opportunità o meno, e sugli eventuali limiti, del ricorso alla rappresentanza; rinunciando a fornire ai giuristi l'apporto esperienziale necessario, in qualche modo auspicato dal silenzio del legislatore. Molto negativa si è soprattutto rivelata la prassi ricordata di elaborazione e invio, con carattere di ordinarietà, di bozze di procura, che ha contribuito non poco a consolidare negli utenti la convinzione, errata, di sostanziale equivalenza tra partecipazione personale e partecipazione con delega. A ciò si aggiunga che, molto spesso, per ragioni di comodità, il ricorso ordinario (e indiscriminato) alla rappresentanza si è concretizzato nel conferimento della procura quasi sempre al proprio avvocato, incaricato della assistenza legale in mediazione⁴⁴.

Così, in un circolo vizioso di difficile interruzione, per limitare i danni del primo incontro gratuito, gli organismi di mediazione: non hanno scoraggiato, anzi incentivato, il ricorso alla rappresentanza; le parti (salvo forse quelle poche già consapevoli delle opportunità offerte dallo strumento), hanno conferito procura solo ai propri avvocati; nei (moltissimi) primi incontri con l'esclusiva presenza degli avvocati, il mediatore non ha avuto modo di perorare l'utilità della mediazione e nemmeno di adempiere agli obblighi informativi nei confronti delle parti, non presenti (*"Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione"*; art. 8 co. 1 D.Lgs. n. 28/2010 previgente). In conclusione, favorendo il ricorso alla rappresentanza, la percentuale di prosecuzione delle mediazioni oltre il primo incontro non è aumentata, anzi si è probabilmente ridotta⁴⁵.

4. La giurisprudenza di merito prima della riforma

In assenza di previsione espressa nel testo normativo anteriore alla riforma, di fronte ad una prassi di frequente ricorso alla rappresentanza, la giurisprudenza di merito è intervenuta copiosamente; assumendo quel ruolo di orientamento, che gli organismi di mediazione non avevano inteso svolgere.

Le opinioni e soluzioni espresse sono state diverse, con un variegato ventaglio di opinioni; derivate appunto in parte dall'assenza di spunti di diritto positivo, e in parte dalle ricordate difficoltà di integrazione tra l'originaria matrice metagiuridica della mediazione e la specifica destinazione giuridica nel modello del D.Lgs. n. 28/2010. Si aggiunga che i magistrati hanno dovuto affrontare contemporaneamente più questioni: in generale il problema della rappresentanza; la legittimità della

⁴⁴ L'obbligo di assistenza legale era stato anch'esso introdotto dal *decreto del fare* n. 69/2013, prevedendosi che *"Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato"* (art. 8 co. 1 D.Lgs. n. 28/2010 previgente).

⁴⁵ Per quanto vada ricordato che, pur nell'emergenza sopravvenuta dopo la dichiarazione di incostituzionalità e il *decreto del fare*, nonostante il malcostume delle procure agli avvocati, la capacità dei mediatori abbia dato risultati nella pratica più che positivi. Si permetta *"Ad onor del vero, va detto che i migliori organismi di mediazione e i loro mediatori hanno saputo districarsi adeguatamente e con successo nelle pericolose sabbie mobili create dal primo incontro informativo e gratuito; riuscendo in moltissimi casi, anche in tale sede e nonostante la gratuità, andando ben oltre la mera informazione, a convincere le parti e gli avvocati della opportunità offerta dalla mediazione; riuscendo ad avviare un numero molto elevato di mediazioni dopo il primo incontro; dimostrando poi alle parti la bontà della scelta, con un numero, ancora più elevato in termini percentuali, di esiti positivi ed accordi raggiunti, nelle mediazioni effettivamente gestite"* FORTI P. *Il verbale e l'accordo in mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinario M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 281 n. 21.

procura al proprio avvocato; quali fossero la natura, i limiti e la funzione del primo incontro; trovandosi così costretti a soluzioni pratiche di sintesi e compromesso. L'interprete è chiamato così a chiedersi se le conclusioni giurisprudenziali (positive o negative) sarebbero state le stesse, con una valutazione più analitica dei distinti problemi.

4.1. La tesi negativa: inammissibilità della rappresentanza

Un consolidato orientamento giurisprudenziale denegava del tutto la possibilità di ricorso alla rappresentanza. La mediazione, attività esplorativa di interessi personali delle parti, deve svolgersi necessariamente alla loro presenza⁴⁶.

Ciò, in primo luogo, in ragione di una *“interpretazione teleologica delle norme”*, giacché *“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”*⁴⁷.

A sostegno di questa interpretazione restrittiva venivano poi richiamati argomenti testuali.

Secondo questi giudici, l'art. 8 co. 1 D.Lgs. n. 28/2010 previgente prevedeva la necessaria compresenza innanzi al mediatore di due distinte categorie di soggetti, le parti e gli avvocati: *“Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l’assistenza dell’avvocato”*. Si esplicitava e confermava la previsione generale già dell'art. 5 co. 1 bis *“Chi intende esercitare in giudizio un’azione [...] è tenuto, assistito dall’avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione [...]”*. Il giudice del merito ne faceva derivare che *“l’art. 5, comma 1 bis e l’art. 8 prevedono che le parti esperiscano il (o partecipino al) procedimento mediativo con l’ “assistenza degli avvocati”, e questo implica la presenza degli assistiti”*⁴⁸.

Si delineava, già fin da allora, per l'efficacia della mediazione, un sistema normativo di carattere *duale*: richiedendosi la presenza sia delle parti, che degli avvocati.

⁴⁶ Trib. Palermo 20.7.2012, 16.7.2014 e 17.3.2015, Trib. Termini Imerese 9.5.2012, Trib. Firenze 19.3.2014, in Giur. It., 2015, p. 639 e 26.11.2014 n. 6277, Trib. Bologna 5.6.2014, Trib. Siracusa 7.1.2015, Trib. Pavia 9.3.2015, Trib. Vasto 9.3.2015 n. 130, Trib. Pavia 21.3.2015, Trib. Roma 14.12.2015 e 20.12.2018, Trib. Siracusa 3.3.2016, Trib. Mantova 22.3.2016, Trib. Modena 2.5.2016 e 16.10.2019, Trib. Ferrara 28.7.2016, Trib. Pordenone 10.3.2017, Trib. Reggio Emilia 26.6.2017 n. 682, Trib. Frosinone 24.4.2019. Così anche il *Protocollo per la mediazione delegata dell'Osservatorio della Giustizia Civile* del Tribunale di Bologna in data 19.11.2015: *“L'Osservatorio conviene che la natura della mediazione richieda che davanti al mediatore siano presenti in persona anche le parti; poiché l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti per porli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto, ciò comporta necessariamente che sia possibile un'interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore”*.

⁴⁷ Trib. Firenze 19.3.2014. Molto chiara la ricostruzione anche di Trib. Vasto 9.3.2015 n. 130 *“Nella mediazione è fondamentale, infatti, la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo di rapporti empatici ed è, pertanto, indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto. Il mediatore deve comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, i sentimenti dei soggetti coinvolti e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori (che comunque assistono la parte). D'altronde, il principale significato della mediazione è proprio il riconoscimento della capacità delle persone di diventare autrici del percorso di soluzione dei conflitti che le coinvolgono 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”*.

⁴⁸ Trib. Firenze 19.3.2014. Nel *Protocollo per la mediazione delegata dell'Osservatorio della Giustizia Civile* del Tribunale di Bologna in data 19.11.2015 (già menzionato) ugualmente bene si ricorda: *“In tal senso è anche l'interpretazione letterale dell'art. 5 co. 1 bis e dell'art. 8 del d.lgs. n. 28/2010, i quali prevedono che le parti esperiscano il (e partecipino al) procedimento mediativo “con l’assistenza degli avvocati”, e questo implica la contemporanea presenza anche degli assistiti (cfr. [...] anche il sesto “considerando” della direttiva n. 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008”*.

L'attività del mediatore è rivolta in primo luogo alle parti, che meglio di chiunque possono riconoscere i propri *interessi* e condividere l'evoluzione del conflitto, verso la generazione di una pluralità di opzioni negoziali.

Gli avvocati si inseriscono con un diverso ruolo: fornire il supporto della propria competenza professionale. Se la procedura avesse esito negativo, si potrebbe aprire un'alternativa contenziosa giudiziaria. In caso di esito positivo, l'accordo consentirebbe la cessazione della controversia, ma a mezzo dell'astratta formalizzazione giuridica degli *interessi* concreti reperiti. Gli avvocati garantiscono la comprensione di quali siano le conseguenze tecnico giuridiche delle scelte compiute dalle parti: sia che abbiano deciso di rifiutare, che, al contrario, di aderire, all'ipotesi di accordo.

La funzione di inquadramento e giuridica formalizzazione degli *interessi* delle parti viene svolta dagli avvocati non soltanto nel momento conclusivo della mediazione, per la valutazione dell'accordo o dell'alternativa processuale giudiziaria, ma nel corso dell'intera procedura. Gli *interessi* emersi e le opzioni negoziali reperite, con l'ausilio del mediatore, vengono elaborati e tradotti in categorie giuridiche astratte di continuo dagli avvocati⁴⁹. Essi partecipano costantemente, nel loro specifico ruolo, al percorso evolutivo del conflitto e di trasformazione del rapporto tra le parti: dalle *posizioni* iniziali, in apparenza inconciliabili, con dialogo in *impasse*, verso nuovi possibili sviluppi. L'apporto dell'avvocato, professionista specificamente qualificato per l'*assistenza* nel negoziato (in alternativa o, meglio ancora, in misura complementare, rispetto al rimedio estremo della *rappresentanza* processuale giudiziaria) si rivela essenziale per l'efficacia del tentativo di conciliazione. Al mediatore la postura professionale e non emotiva del legale consente una conduzione dei colloqui pacata ed efficace.

Ancora con argomentazione di carattere testuale, secondo questi giudici le parti non potevano mancare, in particolare, nel primo incontro: destinatarie, in questo, dell'informativa del mediatore sulla funzione e modalità di svolgimento della mediazione (art. 8 co. 1 D.Lgs. n. 28/2010). Destinatari dell'informativa non erano invece gli avvocati, i quali *“definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, hanno sicuramente già conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità. Se così non fosse non si vede come potrebbero fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs 28/2010, senza contare che obblighi informativi in tal senso si desumono già sul piano deontologico (art. 40 codice deontologico)”*⁵⁰.

Aggiungevano infine i giudici che l'informativa del mediatore nel primo incontro non poteva risolversi nella mera riepilogazione della norma e illustrazione generale dell'istituto, superflua in quanto ripetitiva di quella già resa dall'avvocato nel momento in cui riceve dal cliente. La previsione di incontro informativo, introdotta dal *decreto del fare*, poteva trovare giustificazione solo ammettendosi che il mediatore già svolgesse nello stesso (in via preliminare) un'effettiva

⁴⁹ Del resto, il diritto fa proprio questo: trasforma il *conflitto* (fattuale) in *controversia* (dialettica), eliminando il rischio della potenziale reciproca aggressione. Il processo giudiziario è costruito come luogo nel quale è possibile *“spezzare un potenziale ciclo conflittuale, financo violento, imponendo alle parti di rinunciare a ‘far valere’ con la forza le proprie pretese, trasformandole in ‘ragioni’ argomentabili: il processo crea, a tal fine, uno spazio comunicativo in cui la violenza del conflitto non viene negata, bensì convertita per impedire il perpetuarsi della sua carica distruttiva”* REGGIO F., *Concordare la norma*, 2017, p. 67. A somiglianza di quanto accade nello spettacolo teatrale, nel quale le vicende ed emozioni della vita reale si dipanano in maniera controllata, così da poter essere comprese e valutate dal pubblico senza rischio alcuno, nel processo giudiziario il diretto interessato, coinvolto emotivamente, viene sostituito da un *attore*, l'avvocato, formato per la rappresentazione giuridica. L'avvocato indossa un abito di scena (metaforico, e talvolta reale, la toga) e recita la *parte* del proprio cliente, secondo il *copione* scritto nella legge, per consentire al giudice (il *pubblico*) una valutazione oggettiva e distaccata della controversia. Questa strutturazione di uno spazio comunicativo dedicato, controllato e protetto (oltre che alla rappresentazione teatrale), è comune al diritto e altresì alla mediazione, in quanto entrambi strumenti di evitamento della degenerazione del *conflitto*. Anche la mediazione si svolge in un luogo dedicato (la stanza della mediazione), protetto dalla terzietà del mediatore e dal vincolo di riservatezza, nel quale le passioni ed esigenze di vita degli interessati possono essere liberamente espresse e riconosciute. La mediazione lascia però spazio non all'astrazione, come in diritto, ma al dialogo e alla reciproca comprensione.

⁵⁰ Trib. Firenze 19.3.2014.

esplorazione delle possibilità di riconciliazione e accordo nella fattispecie concreta, tra quegli specifici confliggenti e in quella particolare situazione: avviando così una vera e propria attività di mediazione⁵¹. Per tale ragione, era vieppiù evidente l'irrinunciabilità alla presenza personale delle parti⁵².

Argomentava infine codesta giurisprudenza che la parte che avesse illegittimamente conferito una procura doveva considerarsi del tutto assente nel procedimento. In caso di illegittimo conferimento da parte dell'attore, non si sarebbe verificata la condizione di procedibilità. All'attore negligente non sarebbe rimasto altro che avviare una nuova mediazione, avendo cura di non incorrere nel medesimo errore. In caso di illegittimo conferimento della procura da parte invece del convenuto, a questi sarebbero state applicabili le sanzioni processuali previste dall'art. 8 co. 4 bis D.lgs. n. 28/2010 previgente: il giudice potendo desumere argomenti di prova e condannarlo al versamento di una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio.

Si noti che la distinzione di sanzioni tra attore e convenuto era e rimane corretta. Il difetto di procedibilità riguarda la mancata partecipazione dell'attore, non quella del convenuto. Altrimenti *"la mancata partecipazione personale del convenuto potrebbe dilatare sine die la conclusione della procedura di mediazione e quindi l'accesso dell'attore alla giustizia"*⁵³.

4.2. Valutazione della tesi negativa

Le argomentazioni sviluppate dai giudici di merito a fondamento della tesi dell'inammissibilità della rappresentanza richiedono di essere esaminate in modo analitico.

⁵¹ Sempre Trib. Firenze 19.3.2014: *"Ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione"*. Una ricostruzione del primo incontro solo come informativo sarebbe stata secondo i giudici totalmente deficitaria di logica giuridica. Il legislatore del decreto del fare, dichiaratamente intenzionato a reintrodurre l'obbligatorietà del tentativo di mediazione, della stessa avrebbe sancito la definitiva estinzione, provocandone l' *"aborto legale"*. Con estrema lucidità argomentativa, Trib. Palermo 16.7.2014: *"Una prima lettura delle disposizioni normative pare giustificare un'interpretazione per cui se le parti e i loro avvocati non vogliono effettuare un vero tentativo di conciliazione (magari per non pagare il compenso all'organismo di mediazione) ben possono esprimere in questa prima parte del primo incontro, di natura preliminare, la loro volontà contraria all'inizio di una mediazione e il tutto finisce lì. La disposizione normativa in questione, così interpretata, sarebbe molto discutibile in quanto rischierebbe di rendere la mediazione di fatto facoltativa. Il mediatore potrebbe pure pensare, alla luce di tale disposizione normativa, di non potere neppure tentare di verificare se effettivamente le posizioni delle parti sono inconciliabili. Se, infatti, in quest'ultimo caso si può parlare di un fallimento della mediazione, nel caso teoricamente consentito dal legislatore di manifestazione (anche ad opera di una sola delle parti) della sua volontà contraria alla mediazione vi sarebbe un aborto legale della mediazione. Peraltro, se si ritiene che ogni parte possa impedire fin dall'inizio l'effettivo svolgimento del procedimento di mediazione, ognuno dei partecipanti sarebbe titolare di un diritto potestativo alla chiusura del procedimento e gli altri sarebbero tutti in una posizione di soggezione. Ed è da credere che tale diritto potestativo verrebbe spesso esercitato se si considera che, come accennato, è stato aggiunto il comma 5 ter dell'art. 17 del d.lgs. 28/10, secondo cui nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione"*.

⁵² Secondo questi giudici, le argomentazioni a supporto del contenuto effettivo del primo incontro, valide per tutte le mediazioni obbligatorie ex art. 5 co. 1 bis del D.lgs. n. 28/2010 previgente, lo erano a maggior ragione in caso di mediazione demandata dal giudice, per la quale *"l'ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore per le informazioni appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolto la valutazione di 'mediabilità' del conflitto (come prevede l'art. 5 cit. [direttiva 2008/52/CE; N.d.A.]: che impone al giudice di valutare "la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti")"*, e che tale valutazione si sia svolta nel colloquio processuale con i difensori. Questo presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna al riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo, deve a sua volta informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Come si vede dunque, sono previsti plurimi livelli informativi e non è pensabile che il processo venga momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione anziché per un serio tentativo di risolvere il conflitto" Trib. Firenze 26.11.2014 n. 6277.

⁵³ Trib. Roma 20.12.2018

La motivazione *teleologica* delle conclusioni (la finalità della mediazione di riattivare la comunicazione delle parti ne richiede la presenza) appare in larga misura apodittica. Come detto, non è vero che per l'emersione degli *interessi* e il buon esito della mediazione, quindi per la finalità conciliativa, la delega ad altri sia sempre negativa: potendo la sostituzione rivelarsi opportuna, o addirittura necessaria. Ciò che rileva, come ugualmente detto, è favorire la presenza dei reali decisori: coloro che, o direttamente portatori degli interessi coinvolti (parti), ovvero da questi incaricati (delegati), appaiono più adatti allo sviluppo efficace del negoziato assistito.

Piuttosto che l'interpretazione teleologica, appare rilevante il richiamo testuale agli artt. 5 e 8 del D.Lgs. n. 28/2010 previgente. È palese che, come detto, il testo normativo delineasse una procedura *duale*, che abbisogna della presenza di distinti soggetti, parti e avvocati. Ugualmente corretta era l'affermazione secondo la quale, nel primo incontro anteriore alla riforma, l'assenza delle parti, in presenza solo degli avvocati, avrebbe impedito l'attività informativa e prognostica del mediatore sull'utilità dello strumento e cancellato ogni possibilità di proseguimento del tentativo: producendosi una contraddizione tra l'intento legislativo (obbligatorietà del tentativo e *favor mediationis*) e il risultato pratico ottenuto (facoltatività e potestatività della partecipazione), con *intepretatio abrogans* dell'istituto⁵⁴.

Ragioni di coerenza logica e interpretativa di sistema avrebbe però potuto forse suggerire a questa giurisprudenza non di escludere sempre, ma di ammettere il ricorso alla rappresentanza, qualora congruente con l'attività conciliativa, e quindi in presenza di adeguata giustificazione. Piuttosto confermando, se ritenuta inderogabile la *dualità* di persone e ruoli esposta dal legislatore, l'inammissibilità del conferimento di procura non in assoluto, ma solo a favore del proprio avvocato. In tal senso, come vedremo a breve, erano orientati taluni più avveduti pronunciati.

4.3. La tesi positiva: ammissibilità della rappresentanza

Altra giurisprudenza di merito (minoritaria) ammetteva al contrario il ricorso alla rappresentanza senza limitazione alcuna: *“la parte può conferire procura speciale ad altro soggetto, compreso il suo difensore, per farsi rappresentare nel procedimento di mediazione”*⁵⁵.

Con dichiarata critica rispetto alla diversa opinione, questi giudici ne contestavano proprio l'argomentazione principale, quella testuale. Dalla lettura dell'art. 8 co. 1 D.Lgs. n. 28/2010 non poteva, secondo loro, desumersi l'obbligatorietà di una presenza *duale* in mediazione, sia della parte che del suo avvocato. Questo perché all'art. 8 co. 1 *“deve riconoscersi natura semplicemente descrittiva di quello che il legislatore ha pensato poter essere lo sviluppo della procedura”*⁵⁶. Il legislatore si sarebbe ivi limitato a prendere atto che, nella maggior parte dei casi, alla mediazione, in quanto attività preprocessuale, le parti partecipano naturalmente insieme agli avvocati, che potrebbero assisterle nel successivo giudizio.

Degradata la portata della norma da *precettiva* a meramente *descrittiva*, e vista l'assenza di espliciti divieti legislativi, la rappresentanza doveva ritenersi sempre ammessa, secondo i principi civilistici generali: con procura ad un terzo o con procura al proprio avvocato. Infatti, sottolineavano i giudici,

⁵⁴ *“Si tratterebbe, nella sostanza, di mediazione non obbligatoria bensì facoltativa e rimessa al mero arbitrio delle parti medesime con evidente, conseguente e sostanziale interpretatio abrogans del complessivo dettato normativo e assoluta dispersione della sua finalità esplicitamente deflattiva”* Trib. Siracusa 7.1.2015.

⁵⁵ Trib. Verona 11.5.2017; in senso conforme Trib. Verona 28.09.2016, Trib. Treviso 28.5.2017 e Trib. Velletri 22.5.2018.

⁵⁶ Trib. Verona 28.09.2016.

non vi è dubbio che nella mediazione civile e commerciale “*si controverta di situazioni giuridiche di natura patrimoniale*”⁵⁷, quindi di diritti disponibili.

Per di più, richiedendosi l’obbligatorietà della presenza personale delle parti, si finirebbe per favorire “*l’atteggiamento dilatorio della parte convenuta poiché questa potrebbe continuare, per un periodo di tempo indefinito, o non preventivamente definito, a farsi rappresentare in mediazione dal proprio difensore, impedendo la realizzazione del presupposto processuale e con essa l’accesso alla giustizia dell’attore*”⁵⁸.

4.4. Valutazione della tesi positiva

Il primo argomento addotto a sostegno della tesi di ammissibilità senza limiti della rappresentanza, secondo il quale le norme sulla necessaria *dualità* della presenza di parti e avvocati sarebbero meramente descrittive e non precettive, certamente non può essere condiviso.

La regola è per sua natura immaginata, creata e immessa nel corpo sociale per dirigere e vincolare il comportamento dei consociati, non per fotografarne le libere scelte nella maggior parte dei casi. Non è destinata a rilevazioni statistiche, per una maggiore comprensione dei fenomeni empirici, non è *descrizione o narrazione*, ma, appunto, *regolazione*. Tanto più se, come nella specie, essa nasce per organizzare un’attività giuridica di carattere procedurale (per quanto minima, giacché in un contesto informale). Se quindi il legislatore afferma che in mediazione sono presenti le parti assistite dagli avvocati, non si limita a prenderne atto, ma senza dubbio *prescrive* l’obbligatorietà di questa doppia presenza; salvo potersi discutere, come appunto si è fatto e si sta facendo, delle conseguenze della mancata presenza di taluno.

Il secondo argomento, per cui in assenza di divieti e trattandosi di diritti disponibili, non vi sarebbe motivo di escludere il ricorso alla rappresentanza, potrebbe sembrare ad una prima lettura più convincente, nella sua apparente linearità. In realtà, in questo caso la semplicità del ragionamento non è un pregio, ma un disvalore, in quanto denuncia la difficoltà di comprendere la specificità del fenomeno indagato.

Come più volte ricordato, nell’ambito in esame convive con l’elemento giuridico l’elemento metagiuridico: la mediazione in generale, attività libera e informale di valorizzazione degli interessi per la pacificazione interpersonale. Il metagiuridico è anzi prevalente per tutta la durata dell’intervento del mediatore, mentre lascia (definitivamente) il campo al diritto alla fine: quando, con esito negativo, si potrà ricorrere al giudice, o, con esito positivo, si sarà arrivati all’accordo⁵⁹. Un’interpretazione della questione della rappresentanza che non tenga conto di questa duplicità di approccio perviene a conclusioni errate. L’applicazione di principi civilistici generali nella valutazione del comportamento delle parti, doverosa a mediazione conclusa con accordo o seguito giudiziario, è, come meglio vedremo, incongrua con riferimento alla precedente attività del mediatore: “*non è, dunque, 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*”⁶⁰.

⁵⁷ Trib. Treviso 28.5.2017.

⁵⁸ Trib. Verona 28.09.2016.

⁵⁹ “*E’ ben vero, infatti, che la mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione che hanno ad oggetto diritti disponibili, ma è anche vero che l’attività che porta all’accordo ha natura personalissima proprio per la connotazione peculiare che ha la procedura in esame, e, in quanto tale, non è delegabile, salvo i casi di obiettiva impossibilità della parte a partecipare*” Trib. Ferrara 28.7.2016

⁶⁰ Trib. Vasto 9.3.2015.

È infine palesemente errata l'ultima affermazione, secondo la quale obbligare alla presenza personale consentirebbe al convenuto di operare manovre dilatorie *ad libitum*, con impedimento per l'istante di accesso alla giurisdizione. Un simile rischio è inesistente, in quanto, come sopra ben ricordato, la conseguenza dell'improcedibilità giudiziaria affligge la mancata partecipazione dell'attore, ma non quella del convenuto, colpita dalle diverse sanzioni di cui all'art. 8 co. 4 *bis* del D.lgs. n. 28/2010 previgente (desunzione argomenti di prova e condanna a versamento di somma all'erario).

Sorge così il sospetto che la tesi di ammissibilità senza limiti della rappresentanza, in difetto di argomenti efficaci, sia piuttosto il risultato della difficoltà da parte di questi giudici di comprendere e accettare il nuovo e diverso approccio metodologico alla risoluzione della controversia, offerto dalla mediazione; applicando alla stessa, forzosamente e in modo improprio, principi civilistici niente affatto omologhi. Non è del resto un caso che codesta interpretazione, oltre che minoritaria, sia rimasta confinata nell'ambito di pochi e ben identificabili uffici giudiziari.

4.5. Tesi intermedia: ammissibilità della rappresentanza per giustificati motivi

Parte della giurisprudenza prevalente, che sosteneva l'inammissibilità della rappresentanza, mitigava il rigore dell'affermazione e considerava legittima la sostituzione della parte con altro soggetto, purché in casi eccezionali *“di impossibilità giuridica o materiale a comparire di persona”*⁶¹, qualora sussistesse un giustificato motivo⁶².

Nella ricostruzione di dettaglio di un noto pronunciato⁶³, che dimostra grande capacità di comprensione dell'istituto, si prevede in primo luogo che l'onere della prova del giustificato motivo gravi sulla parte assente, che si è avvalsa del rappresentante.

Il motivo deve inoltre *“avere le caratteristiche di un impedimento oggettivo (cioè, tale da non consentire alla parte, che pure vorrebbe intervenire, la materiale possibilità di presenziare agli incontri), assoluto (vale a dire non superabile con uno sforzo di ordinaria lealtà e diligenza) e non temporaneo (cioè, idoneo a protrarsi per un periodo di tempo superiore ai termini di durata massima della procedura di mediazione)”*. Appare poi 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, nella fase di ricerca di una soluzione amichevole della controversia”*.

Secondo questa opinione, inoltre, pur sussistendo un giustificato motivo per il conferimento di procura, il delegato non può mai essere l'avvocato del delegante, dovendosi preservare la ricordata *dualità* di presenze e ruoli imposta dalla legge. La partecipazione di un diverso fiduciario consentirebbe ugualmente di *“avere un contatto diretto con le persone protagoniste del conflitto”*, mentre la presenza del solo avvocato precluderebbe al mediatore la comprensione di *“quali siano i bisogni, gli interessi, i sentimenti dei soggetti coinvolti, che gli stessi possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori”*.

Né, aggiunge il giudice, *“è pensabile applicare analogicamente alla mediazione le norme che all'interno del processo consentono alla parte di farsi rappresentare dal difensore (art. 83 c.p.c.), data la evidente diversità di ratio tra i due istituti”*. Affermazione questa da tenere, come detto, sempre in considerazione, per non commettere l'errore di sovrapporre piani ermeneutici diversi e non fungibili.

⁶¹ Trib. Roma 20.12.2018.

⁶² Espressamente in tal senso Trib. Termini Imerese 9.5.2012, Trib. Palermo 20.7.2012, Trib. Vasto 9.3.2012 e 17.12.2018, Trib. Pavia 21.12.2015, Trib. Mantova 22.3.2016, Trib. Roma 20.12.2018.

⁶³ Trib. Vasto 17.12.2018.

Nella ricerca di un delicato equilibrio tra partecipazione personale e ammissibilità di sostituzione, per impedimento eccezionale e giustificato, questi giudici affidano poi un compito di rilievo e responsabilità al mediatore, cui spetterebbe il controllo della legittimazione a partecipare e sul quale graverebbe *“in qualità di soggetto istituzionalmente preposto ad esercitare funzioni di verifica e di garanzia della puntuale osservanza delle condizioni di regolare espletamento della procedura, l'onere di adottare ogni opportuno provvedimento finalizzato ad assicurare la presenza personale delle parti, ad esempio disponendo - se necessario – un rinvio del primo incontro, 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”*⁶⁴.

Le conclusioni di questa giurisprudenza diventavano meno convincenti quando dalle affermazioni di principio si passava alla enucleazione dei casi concreti, nei quali il motivo di ricorso alla rappresentanza avrebbe potuto dirsi adeguato. Piuttosto che in affermazioni positive di legittimità (motivi giustificati), la difficoltà di tipizzazione si traduceva così nella formulazione, in prevalenza, di postulati negativi (motivi non giustificati).

In positivo, in un caso si affermava la legittimità del ricorso alla rappresentanza in ragione dell'età avanzata della parte⁶⁵.

In negativo, si riteneva non giustificata l'assenza della parte per lamentata eccessiva onerosità della procedura di mediazione⁶⁶. In un altro precedente, appariva poi non giustificata l'affermazione che la procedura fosse inutile, in previsione della *“impossibilità di una rinuncia anche parziale alle contrapposte ragioni delle parti anche in ragione della acclarata ed atavica litigiosità tra le suddette”*⁶⁷. In entrambi i casi, la procura era stata conferita al proprio avvocato, e questi aveva subito dichiarato di non voler procedere nella mediazione.

⁶⁴ Trib. Vasto 9.3.2015. Così in dottrina *“Nella fase preliminare del procedimento di mediazione (peraltro non avente esigenze di riservatezza) si valuta tra le parti la sussistenza delle condizioni per “entrare” nella mediazione e l'incastro tra mediazione e processo attraverso le condizioni di procedibilità esige una verbalizzazione puntuale di questa fase, verbalizzazione che ricade nella responsabilità del mediatore, che decide come e cosa si debba o si possa verbalizzare”* RUVOLLO M. La Cassazione sulla presenza effettiva delle parti in mediazione sull'effettività del tentativo di conciliazione: considerazioni critiche, Corr. giur. 2019, p. 1540. Codesta verbalizzazione non contrasta col dovere di riservatezza della procedura (art. 9 D.lgs. n. 28/2010), il quale riguarda solo il merito delle trattative e non le questioni procedurali, sulle quali, in caso di esito negativo della mediazione, potrebbe rendersi necessaria la cognizione da parte del giudice: *“il principio relativo alla riservatezza delle dichiarazioni delle parti deve essere riferito al solo contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione, vale a dire al merito della lite. Ogni qualvolta, invece, tali dichiarazioni, quand'anche trasposte al di fuori del procedimento di mediazione, riguardano circostanze che attengono alle modalità della partecipazione delle parti alla mediazione e allo svolgimento (in senso procedimentale) della stessa, va predicata la assoluta liceità della verbalizzazione e dell'utilizzo da parte di chicchessia. Ed invero, in tale ambito una compiuta verbalizzazione è necessaria al fine di consentire al giudice la conoscenza del contenuto della condotta delle parti nello specifico contesto di cui trattasi; conoscenza indispensabile in relazione alle previsioni del decr.lgs. 28/2010 relative alla procedibilità delle domande ed all'art.8 co. 4 bis 4 dello stesso decreto, nonché, in via generale, dell'art. 96 III° cpc. Sarebbe infatti un'assoluta aporia prevedere da una parte che il giudice debba e possa sanzionare la mancata o irriuale partecipazione delle parti al procedimento di mediazione e per contro precludergli la conoscenza e la valutazione degli elementi fattuali che tale ritualità o meno integrano”* Trib. Roma 25.1.2016

⁶⁵ Trib. Palermo 20.7.2012. Nella specie l'invitato aveva addotto tale motivo, ancora una volta, per giustificare non il conferimento di procura, ma la propria totale assenza in mediazione; così, a maggior ragione, incorrendo nella condanna del Tribunale alla sanzione prevista dalla legge: *“La giustificazione addotta [...] è invero, come detto, legata a “problemi legati all'età avanzata” dei convenuti. Tuttavia, a parte il fatto che i convenuti sono nati negli anni 1937 e 1939 e non può quindi parlarsi di un'età tale da impedire di comparire in mediazione davanti ad un organismo di mediazione situato in Bagheria, e dunque in un paese molto vicino a quello di residenza degli stessi convenuti (Ficarazzi). Inoltre, nella impedisce di conferire procura ad altra persona al fine di essere rappresentati in mediazione. La mancata partecipazione di parte convenuta è quindi avvenuta senza giustificato motivo [...] va pertanto condannata al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio”*.

⁶⁶ Trib. Mantova 22.3.2016.

⁶⁷ Trib. Termini Imerese 9.5.2012.

La valutazione negativa sulle ragioni dell'assenza (estensibili alla rappresentanza) espresse dai giudici in entrambi i casi è condivisibile.

Quanto all'eccessiva onerosità della mediazione, non vi è dubbio che il ricorso all'ausilio di un terzo per la risoluzione della controversia abbia oneri aggiuntivi, rispetto alla negoziazione diretta. Questo vale però ugualmente per il processo giudiziario, i cui costi sono tra l'altro superiori (rimane a carico delle parti l'onere delle spese legali, mentre i costi del giudice e della procedura gravano sulla collettività). L'attività di qualsiasi terzo chiamato ad intervenire nella nostra lite costituisce sempre un costo, che non può essere definito ostativo all'intervento, se necessario.

Ancora più privo di logica e fondamento, è poi il richiamo dell'avvocato al contrasto, definito insanabile, tra i litiganti, che giustificherebbe l'assenza nella procedura. Le parti che si rivolgono al mediatore (come quelle che si rivolgono al giudice) sono sempre in grave contrasto e affette da litigiosità *acclarata*, spesso *atavica*⁶⁸. È proprio l'esistenza della lite che giustifica e offre lo spunto per il ricorso al terzo (mediatore o giudicante); se le parti andassero d'accordo, non ve ne sarebbe ragione.

La ricorrenza di queste affermazioni nella prassi difensiva dimostra purtroppo come lo strumento della mediazione, straordinariamente efficace, abbia però bisogno di un'attività ancora maggiore di divulgazione tra gli operatori del diritto⁶⁹.

4.6. Il rimedio della partecipazione da remoto o del rinvio dell'incontro

In un'altra occasione portata all'attenzione del giudice, l'avvocato giustificava l'assenza di un ente convenuto, proprio assistito, in quanto il rappresentante legale era stabilmente residente all'estero. Anche in questo caso, il giudice non accoglieva la giustificazione, in quanto per ovviare agevolmente all'inconveniente della distanza geografica sarebbe bastato organizzare l'incontro con modalità telematica, favorendo la partecipazione da remoto del soggetto impedito a presenziare fisicamente⁷⁰.

Il pronunciato offre lo spunto per una riflessione di carattere generale. Se il ricorso alla rappresentanza viene motivato da difficoltà pratiche o impedimenti occasionali, di durata più o meno lunga, ma non indefinita, è difficile che esso possa ritenersi giustificato. Le difficoltà pratiche e fattuali sono infatti per lo più facilmente superabili, senza ricorrere alla rappresentanza. È quasi sempre possibile concordare con il mediatore e l'organismo di mediazione un rinvio dell'incontro ad altra data. Inoltre, esiste la possibilità di ricorrere alla partecipazione da remoto, in via telematica, facilmente accessibile

⁶⁸ Lo ricorda efficacemente Trib. Termini Imerese 9.5.2012: *“la sussistenza di una situazione di litigiosità tra le parti non può di per sé sola giustificare il rifiuto di partecipare al procedimento di mediazione, giacché tale procedimento è precipuamente volto ad attenuare la litigiosità, tentando una composizione della lite basata su categorie concettuali del tutto differenti rispetto a quelle invocate in giudizio e che prescindono dalla attribuzione di torti e di ragioni, mirando al perseguimento di un armonico contemperamento dei contrapposti interessi delle parti”*. Più di recente in senso conforme Trib. Mantova 14.8.2024 *“Deve essere accolta la domanda di condanna della convenuta al pagamento, in favore dell'Erario, di somma pari al contributo unificato ai sensi dell'art. 8 comma 4-bis del d.lgs. 28/2010, ratione temporis applicabile, non avendo la [convenuta] addotto adeguate giustificazioni in ordine alla mancata partecipazione al procedimento di mediazione obbligatoria come risulta da verbale di mediazione riferito all'incontro fissato in data 9.3.2017. Deve al riguardo ritenersi priva di rilevanza la valutazione prognostica, formulata dalla convenuta, circa l'inutilità della procedura per l'impossibilità di raggiungere la conciliazione”*. Così molto bene anche VALENZA F. *La filosofia del nuovo modello di mediazione civile e commerciale portato dalla riforma Cartabia*, CNN Notizie n. 19 del 31.1.2024, p. 34.

⁶⁹ Su questa strada si pone coerentemente la riforma Cartabia, introducendo, ad esempio, obblighi ed incentivando la formazione dei magistrati sulla materia (art. 5 quinquies D.Lgs. n. 28/2010 vigente).

⁷⁰ Trib. Pavia 21.12.2015.

a chiunque⁷¹. In particolare, la partecipazione da remoto, già prevista dall'art. 3 co. 4 D.lgs. n. 28/2010 previgente, dopo la riforma si è trasformata in un vero e proprio diritto delle parti (art. 8 *ter* co. 1 D.lgs. n. 28/2010 *“Ciascuna parte può sempre chiedere al responsabile dell'organismo di mediazione di partecipare agli incontri con collegamento audiovisivo da remoto”*), beneficiando per di più adesso di un'accurata regolamentazione (artt. 8 *bis* e 8 *ter* D.lgs. n. 28/2010) e dell'obbligo dell'organismo di predisporre tutto quanto necessario al riguardo (art. 22 lett. b) e c) Regolamento D.M. 150/2023).

Soccorrendo questi pratici rimedi, è altresì improbabile che si possa giustificare una mancata partecipazione per problemi di carattere giuridico procedurale. Tra questi, sono stati richiamati in dottrina⁷² *“il difetto di competenza territoriale dell'organismo di mediazione rispetto ai criteri di legge o rispetto alle indicazioni della clausola contrattuale o statutaria di mediazione, eventuali difetti relativi alla comunicazione della domanda di mediazione, o alla stessa oscura formulazione della domanda di mediazione da cui non sia in alcun modo ricavabile la materia del contendere, eventuali difetti di rappresentanza della controparte, ovvero difetti di legittimazione come nel caso del necessario coinvolgimento (litisconsorzio necessario) di altri soggetti non chiamati in mediazione”*. Anche nella maggior parte di tali ipotesi, il rinvio dell'incontro sembrerebbe il rimedio più semplice ed efficace. Il difetto di competenza territoriale dell'organismo, o il difetto di contraddittorio per mancato avviso a parti necessarie, potrebbero e dovrebbero generare non una mancata partecipazione, ma un'attività positiva e conservativa della procedura: nel primo caso, con richiesta di spostamento della stessa presso altro organismo competente o con accordo per il mantenimento della collocazione (art. 4 co. 1 D.Lgs. n. 28/2010 *“la competenza dell'organismo è derogabile su accordo delle parti”*); nel secondo caso, con richiesta di rinvio, per consentire l'estensione dell'invito a partecipare agli altri soggetti, necessari per il buon esito, o almeno per l'utilità, della discussione.

Anche nell'ipotesi (si spera di scuola) di *“oscura formulazione della domanda di mediazione da cui non sia in alcun modo ricavabile la materia del contendere”*, il comportamento corretto e leale, non ostruttivo, del convenuto sarebbe quello della partecipazione, con invito all'attivante a precisare meglio il contenuto della domanda. La precisazione potrebbe avvenire seduta stante, con indicazione e presa d'atto a verbale della stessa, o, nella peggiore delle ipotesi e ancora una volta, con sospensione e rinvio ad altra data per consentire la rinnovazione della domanda.

È invece naturale che, quando la mancata partecipazione derivasse addirittura dalla *“mancata conoscenza della data dell'incontro di mediazione”* per difetto di notifica, non si porrebbe proprio un problema di giustificazione dell'assenza, perché la procedura non potrebbe dirsi neanche utilmente avviata; con necessità di rinnovare le comunicazioni, a pena di improcedibilità della successiva domanda giudiziale.

Il rinvio dell'incontro o il ricorso alla mediazione telematica paiono così adeguatamente sopperire sia ad occasionali difficoltà di fatto, che a problemi procedurali, senza potersi, per tali ragioni, ritenere giustificata la mancata partecipazione⁷³.

⁷¹ Trib. Firenze 15.4.2024 n. 5100: *“la possibilità del collegamento da remoto (peraltro in presenza di una deroga al foro del consumatore dipendente dalle scelte processuali della stessa parte) non rende, in linea generale, difficoltosa la partecipazione personale del richiedente”*.

⁷² Si rinvia a VALENZA F. *La filosofia del nuovo modello di mediazione civile e commerciale portato dalla riforma Cartabia*, CNN Notizie n. 19 del 31.1.2024, p. 35, e agli Autori ivi citati.

⁷³ In direzione contraria ed errata mi pare vada il *Protocollo sulla mediazione* sottoscritto dall'Ordine Forense e dal Tribunale di Verona in data 20.6.2014; ove così si tenta di tipizzare i giustificati motivi del ricorso alla rappresentanza: *“la mancata comparizione davanti al mediatore per motivi di salute o di lavoro che determinino l'impedimento della parte a comparire per un'apprezzabile lasso di tempo (pari, superiore o di poco inferiore ai tre mesi che costituiscono il periodo normalmente previsto per lo svolgimento della mediazione); la mancata comparizione davanti al mediatore giustificata sulla base del rilievo, formulabile anche a mezzo di comunicazione a*

A ben diverse conclusioni si giungerebbe se i giustificati motivi per la mancata partecipazione personale e il ricorso alla rappresentanza venissero ricercati, come qui proposto, in ragioni altre e più profonde, connesse alla peculiarità del rapporto tra quelle parti e delle questioni e *interessi* coinvolti; non strettamente giuridiche, ma inerenti al momento pregiuridico dell'attività del mediatore. Il giudizio di adeguatezza della giustificazione dovrebbe avere quale termine di riferimento e obiettivo il miglior svolgimento della mediazione, a fini di conciliazione; non la rapida archiviazione della stessa, quasi si trattasse di un fastidioso impedimento sulla strada maestra della giurisdizione.

5. La sentenza n. 8473 del 27.3.2019 della Corte di Cassazione

Consolidati negli anni gli orientamenti della giurisprudenza di merito, la Corte di Cassazione interviene per la prima volta sulla materia con la sentenza n. 8473 del 27.3.2019, che diviene un precedente di notevole importanza, stimolando le riflessioni della dottrina⁷⁴ e ponendosi come termine di confronto per i successivi pronunciati, anche di merito⁷⁵.

5.1. Le questioni affrontate

La Corte, consapevole di trovarsi al primo esame delle questioni sollevate dalla mediazione obbligatoria introdotta dal D.Lgs. n. 28/2010, espone in modo sistematico i quesiti posti dalla fattispecie:

- a) se nella procedura di mediazione le parti siano tenute a comparire personalmente avanti al mediatore, o se le stesse possano farsi sostituire;
- b) qualora ammissibile la sostituzione, quali ne sarebbero i modi e le forme consentite; e se le parti possano farsi sostituire anche dal proprio avvocato;
- c) qualora fosse lecita la sostituzione con il proprio avvocato, con quale atto possano a questi essere conferiti i poteri rappresentativi necessari.

Dopo aver dato risposta ai quesiti, la Corte affronta l'ulteriore problema di quando possa ritenersi soddisfatta la condizione di procedibilità nel primo incontro: se sia sufficiente che le parti, assistite dagli avvocati, semplicemente dichiarino di non voler procedere nella mediazione (con interpretazione strettamente letterale dell'art. 8 co. 1 D.Lgs. n. 28/2010 nel testo del *decreto del fare*); ovvero se nel primo incontro debba svolgersi un'attività di mediazione in senso tecnico, provando i

distanza, della sua incompetenza per territorio; la mancata comparizione davanti al mediatore dovuta alla mancata conoscenza della data dell'incontro di mediazione; la mancata comparizione davanti al mediatore di un soggetto che non abbia capacità di agire o che sia privo di potere rappresentativo". Questa elencazione sembra ignorare l'esistenza delle agevoli soluzioni del rinvio dell'incontro e della partecipazione a distanza. Si recepisce l'urgenza, ancora una volta in un foro noto per la sua scarsa predilezione per la mediazione (vedi precedente par. 4.4), di trovare ampie giustificazioni della mancata partecipazione o del conferimento della procura al proprio avvocato; al fine di chiudere rapidamente (pur con esito negativo) il tentativo di conciliazione, riducendo gli impedimenti e ostacoli all'avvio del percorso giudiziario chiaramente prediletto.

⁷⁴ In dottrina tra molti ZANELLO A., *Cass. 8473/19: conciliazione delle controversie e mediazione in cerca di identità*, Foro It. 2019, p. 16-21; DALFINO D. «Primo incontro», *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*, Foro It. 2019, p. 10-15; LUISO F. *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*, Giur. It., 2019, p. 2132-2134; RUVOLO M. *La Cassazione sulla presenza effettiva delle parti in mediazione sull'effettività del tentativo di conciliazione: considerazioni critiche*, Corr. giur. 2019, p. 1534-1550; LUCARELLI P. *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro*, Judicium, 2020; MELUCCO A. *Partecipazione personale, rappresentanza e assolvimento della condizione di procedibilità nella mediazione*, Riv. dir. proc., 2020, p. 438-449; GIOVANUCCI ORLANDI C. *La cassazione 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*, *Questione giustizia*, 9.4.2019, intervento presso il *Centre de études juridiques européennes et comparées de l'Université Paris X Nanterre*.

⁷⁵ Riproducono pedissequamente ampi stralci testuali della prima sentenza, senza nulla aggiungere allo sviluppo argomentativo della stessa, le successive conformi Cass. 5.7.2019 n. 18068, Cass. 26.4.2022 n. 13029, Cass. 17.7.2023 n. 20643 e ord. Cass. 2.7.2024 n. 18106, oltre a diffusa giurisprudenza di merito. Tra le molte sentenze invece critiche si ricordano in particolare, per la loro efficacia argomentativa, Trib. Firenze 8.5.2019 n. 9550, Trib. Roma 27.6.2019, Trib. Busto Arsizio 13.6.2023 n. 866.

partecipanti *“quanto meno a discutere per trovare una soluzione, per poi poter dare atto a verbale della impossibilità di addivenire ad una soluzione positiva”*. Un problema, come meglio si vedrà, non sottoposto al vaglio della Corte, ma che la stessa ritiene ugualmente di voler affrontare, ancorché *ultra petitum*⁷⁶.

5.2. La decisione della Corte

Il giudice di legittimità, mostrando in apertura del ragionamento una apparente comprensione dello strumento della mediazione e delle necessità di questa, diverse rispetto a quelle del processo giudiziario, correttamente premette che *“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”*.

Ne deriva, secondo la Corte, che per ciascun centro di interessi della controversia è necessaria la compresenza innanzi al mediatore di due soggetti diversi, con ruoli distinti e ben definiti dalla legge: uno è la parte e l'altro l'avvocato. L'avvocato ha in particolare il ruolo di *assistente* del diretto interessato, non di *rappresentante* dello stesso, come accade invece nel processo giudiziario: *“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”*.

La Corte conferma così, in modo logicamente ineccepibile, il modello *duale* e la necessaria compresenza di parti e avvocati: *“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 della condizione di procedibilità, la parte non possa evitare di presentarsi davanti al mediatore, inviando soltanto il proprio avvocato”*.

Da tale conclusione però non fa poi discendere l'inammissibilità della rappresentanza, ovvero l'inammissibilità della rappresentanza con delega al proprio avvocato. Ricorda anzi che *“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”*. Un argomento testuale per l'ammissione della rappresentanza si ricaverebbe inoltre *a contrario* dalla norma dell'art. 231 c.p.c.: ove, volendo denegare la rappresentanza, la legge lo fa espressamente: *“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*

⁷⁶ Si anticipano i principi di diritto infine enunciati dalla Corte:

“- 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, purché dotato di apposita procura sostanziale;

- 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 di procedere oltre”.

comparizione di persona, lo ha previsto espressamente (v. art. 231 c.p.c., sulla risposta all'interrogatorio formale: "La parte interrogata deve rispondere personalmente"). In mediazione invece "non è previsto, né escluso che la delega possa essere conferita al proprio difensore".

Il giudice conclude che, senza necessità di alcuna specifica giustificazione, "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 Corte mantiene una sola cautela (prescrizione) di carattere formale. È necessario che al rappresentante, chiunque egli sia, venga conferita una "procura speciale sostanziale"; la quale abbia, cioè, "lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto". Aggiunge che, avendo codesta procura sostanziale natura giuridica e finalità diverse dalla procura per l'assistenza legale (*ad litem*), non può essere autenticata dall'avvocato, neanche se allo stesso conferita. Il potere di autentica prevista dal co. 3 dell'art. 83 c.p.c.⁷⁷ è competenza di carattere eccezionale, limitata ai soli atti recanti poteri per il processo giudiziario: "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".

5.3. Valutazione tecnico-giuridica

Mentre, come detto, le premesse da cui prende le mosse il ragionamento della Corte sono condivisibili, non così le conclusioni.

Una evidente discrasia tra le premesse enunciate e le conclusioni raggiunte vi è già con riferimento alla prima questione, di ammissibilità in generale della rappresentanza. Correttamente si rileva al riguardo in dottrina: "Cass. n. 18068/2019 e n. 8473/2019 (richiamata dalla prima) sembrano presentare una contraddizione tra due punti delle loro motivazioni. Non si comprende, infatti, come si possa affermare che la partecipazione al procedimento di mediazione possa essere delegata ad altri "in mancanza di espressa diversa previsione e trattandosi di attività di natura non strettamente personale" quando poco prima si era osservato che "il legislatore ha previsto e voluto la comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore" "⁷⁸.

Al contrario, per coerenza logico giuridica con le premesse, la decisione avrebbe dovuto inserirsi nel solco dell'opinione, maggioritaria in giurisprudenza, di inammissibilità della rappresentanza; salvo ulteriormente approfondite, se, come valutato nelle migliori sentenze di merito, potesse ritenersi ammessa un'eccezionale deroga al divieto generale, per giustificato motivo. La Corte (che omette qualsiasi riferimento all'ampia elaborazione giurisprudenziale precedente⁷⁹), chiude invece il

⁷⁷ Art. 83 co. 3 c.p.c.: "La procura speciale può essere anche apposta in calce o a margine della citazione, del ricorso, del controricorso, della comparsa di risposta o d'intervento, del precetto o della domanda d'intervento nell'esecuzione, ovvero della memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato. In tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore".

⁷⁸ RUVOLLO M. *La Cassazione sulla presenza effettiva delle parti in mediazione sull'effettività del tentativo di conciliazione: considerazioni critiche*, Cor. giur. 2019, p. 1539. Così anche Trib. Busto Arsizio 13.6.2023 n. 866, secondo cui la Corte si pone "in piena distonia e palese contraddizione sia con quanto la stessa sentenza afferma nel precedente paragrafo sia con l'interpretazione letterale della norma".

⁷⁹ Così esponendosi, si è osservato, "alla critica della mancata istruttoria puntualmente informata sugli orientamenti giurisprudenziali nel nostro paese" LUCARELLI P. *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroburo*, Judicium, 2020.

sillogismo, correttamente impostato, in direzione opposta, ritenendo sempre legittima la rappresentanza.

Non supporta in alcun modo la decisione l'argomento *a contrario* ricavato all'art. 231 c.p.c., in materia di interrogatorio formale. Il richiamo è incongruente, per almeno due ragioni. La prima di ordine logico: *“sembra quasi che l'impossibilità di delegare ad altri la risposta all'interrogatorio formale (come del resto al giuramento) dipenda esclusivamente da una previsione di legge. In realtà, la ragione vera è che si può conferire ad un terzo il potere di compiere atti di volontà, non già dichiarazioni di scienza!”*⁸⁰. La seconda discende dalla necessità di rispettare una basilare regola interpretativa, secondo cui non è possibile applicare alla materia di indagine principi rinvenuti in un ambito ermeneutico diverso, se non fungibile con assoluta sicurezza. La specificità del procedimento di mediazione, riconosciuta dalla stessa Corte, colloca l'istituto in una posizione molto distante (complementare e alternativa) rispetto alle aule dei tribunali⁸¹.

Obiezioni del tutto simili possono essere rivolte alle conclusioni della Corte con riferimento alla seconda affermazione, per cui la parte potrebbe sempre delegare il proprio avvocato, non essendo ciò *“né previsto, né escluso”* dalla legge. Ancora vi è incoerenza rispetto alle premesse⁸². È la stessa Corte ad aver enunciato il divieto legislativo di concentrazione in una sola persona del ruolo di parte e avvocato, reperendolo (oltre che nei principi generali della mediazione) nell'art. 8 del D.Lgs. n. 28/2010; ove essa conferma leggersi *“espressamente che al primo incontro davanti al mediatore debbano essere presenti sia le parti che i loro avvocati”*⁸³. Alla fine invece ammette la possibilità di concentrazione dei due ruoli, rinnegando il divieto appena esposto.

Per conciliare il postulato enunciato di necessaria *dualità* dei ruoli, con la conclusione antitetica raggiunta della possibilità di *concentrazione* degli stessi nella persona unica dell'avvocato, la Corte ricorre ad una prescrizione, come detto, di carattere formale: la persona può essere unica, ma devono aversi due procure diverse, una *ad litem* e l'altra di carattere sostanziale.

Anche la soluzione della doppia procura appare distonica con le premesse. Si ammette la rappresentanza, invocando un principio generale di libertà, non esistendo norme espresse di divieto;

⁸⁰ LUISO F. *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*, Giur. It. 2019, p. 2132.

⁸¹ Al più, sempre con la massima cautela e tenendo conto dei profili metagiuridici che la caratterizzano, alla mediazione potrebbero applicarsi taluni principi di diritto sostanziale, ma molto difficilmente principi di diritto processuale: *“Si concorda poi con i primi commenti dottrinari alla sentenza in cui si afferma che non è pertinente il richiamo all'art. 232 c.p.c. o, comunque, alle ulteriori norme del codice di rito che tipizzano gli atti non delegabili dalla parte processuale per l'assorbente motivazione che la mediazione non rappresenta una fase del processo civile, ma s'inserisce prevalentemente nell'orbita del diritto sostanziale”* Trib. Busto Arsizio 13.6.2023 n. 866.

⁸² *“Tale affermazione [di ammissibilità di conferimento di procura al proprio avvocato; N.d.A.] si pone in piena distonia e palese contraddizione sia con quanto la stessa sentenza afferma nel precedente paragrafo sia con l'interpretazione letterale della norma. Ed infatti se la norma di cui all'articolo 8 del d.lgs. 28/2010 è vincolante per le parti allora non si comprende perché non debba essere rigorosamente rispettata la norma, anch'essa emergente dal tenore letterale del suddetto art. 8, per cui l'avvocato difensore deve affiancare, assistendolo, il cliente personalmente comparso o a mezzo del suo procuratore speciale. È evidente che l'interpretazione letterale della norma (cui fanno riferimento le prima citate) fa emergere una dualità di soggetti che devono essere presenti all'incontro di mediazione [...]”* Trib. Busto Arsizio 13.6.2023 n. 866. In dottrina RUVOLO M. *La Cassazione sulla presenza effettiva delle parti in mediazione sull'effettività del tentativo di conciliazione: considerazioni critiche*, Corr. giur. 2019, p. 1537-1538: *“non convince la soluzione della possibile procura sostanziale al difensore per quanto già sopra esposto sulla presenza personale delle parti. Come già rilevato, l'art. 5, d.lgs. n. 28/2010, nel prevedere una funzione di assistenza e non di rappresentanza del difensore, presuppone la presenza degli assistiti ed esige che parte e difensore siano due soggetti diversi richiedendo, anche testualmente, la presenza agli incontri di mediazione della parte personalmente e del difensore. Con la procura al difensore vi sarebbe, invece, un solo soggetto che rappresenta (a livello sostanziale e processuale) gli interessi della parte”*.

⁸³ *“A ben vedere quindi, è la stessa sentenza della S.C. n. 8473/19 del 7.3.2019 che predica, in armonia con le caratteristiche normative dell'istituto, la necessaria presenza personale della parte in mediazione. Né vi è, in via di principio, alcuna necessità che ciò debba essere dichiarato espressamente dalla legge. L'importante è che la voluntas legis in questa direzione sia sufficientemente chiara e certa. L'affermazione, contenuta nella stessa sentenza della Suprema Corte, della delegabilità ad altro soggetto della partecipazione, costituisce pertanto un non sequitur del ragionamento, fino ad un certo punto invece chiaro, lineare e condivisibile”* Trib. Roma 27.7.2019 n. 13630.

però si subordina questa asserita libertà con la creazione di un obbligo formale, l'ulteriore specifica procura sostanziale, niente affatto prevista dalla legge⁸⁴. Inoltre, la soluzione formale non cambia la sostanza. Poco importa che l'avvocato abbia nella propria borsa due procure, invece che una: solo egli compare in mediazione.

5.4. Valutazione socio culturale

Volendo leggere la sentenza della Cassazione in una prospettiva più estesa, non solo tecnico giuridica ma anche socio culturale, i limiti logico argomentativi reperiti sembrerebbero non casuali, ma piuttosto indotti da un vero e proprio pregiudizio di disvalore della mediazione, rispetto alle forme processuali tradizionali di risoluzione della controversia. In più passaggi della sentenza, la Corte incappa in veri e propri *lapsus*, significativi del pregiudizio.

Così, ad esempio, quando ricorda che *“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”*. Per poi, di lì a poco (e senza particolari necessità espositive) ribadire che *“non è questa la sede per valutare le probabilità di successo della creazione forzosa di una cultura della mediazione”*. In realtà (l'abbiamo ricordato), la regola giuridica è per sua natura precettiva, non essendovi così nulla di disdicevole, ed essendo anzi fisiologica, la previsione di *forzatura* di (incentivo a) comportamenti dei consociati, per il raggiungimento di obiettivi ritenuti meritevoli di tutela.

È inoltre significativo che la Corte (in un passaggio già citato) riconosca l'importante ruolo e competenza dell'avvocato in mediazione, ma senta nello stesso tempo il bisogno di sottolineare che si tratta di una *“figura professionale nuova”*, rispetto all'avvocato esperto di tecniche processuali. Come se, fino ad oggi, la principale, se non l'unica, funzione dell'avvocato nel nostro ordinamento fosse sempre stata quella di procedere nello scontro processuale e di essere utile per il suo cliente in un contesto belligerante. Non vi è in realtà alcuna *nuova* figura di avvocato: l'avvocato in mediazione svolge il ruolo, tipico e tradizionale quanto quello nel processo giudiziario, di aiutare il proprio cliente nella ricerca della migliore soluzione *negoziale* a problemi, che, oggetto di controversia giuridica, sono espressione di interessi umani e della persona.

Questa parziale e impropria ricostruzione del ruolo dell'avvocato appare il portato dell'abitudine ad una lettura del diritto non quale strumento di indirizzo per la pacifica convivenza, con proficua accettazione dell'altro, ma quale rigido manufatto oppositivo, inevitabilmente destinato all'intervento decisorio e d'imperio del magistrato⁸⁵. L'avvocato, e il giurista in generale, devono al contrario farsi

⁸⁴ *“Del resto, va evidenziato che è la stessa Corte nella sentenza n. 8473/19 del 7.3.2019 a predicare l'esistenza di prescrizioni e contenuti del mandato. In particolare la S.C. ha ivi affermato che “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 essere presente un rappresentante a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia”. In realtà tali prescrizioni e contenuti non sono affatto “espresi” dalla legge. Diversamente da altre fattispecie dove la legge espressamente lo prevede. Si pensi: all'art. 420 cpc: le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale, il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa; all'art. 185 cpc : quando è disposta la comparizione personale le parti hanno facoltà di farsi sostituire da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti di causa”* Trib. Roma 27.6.2019.

⁸⁵ *“Il motivo dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione prevista dall'art. 5, comma 1 bis, del D.lgs. 28/2010 è complesso e a chiunque affronti il diritto e le sue funzioni non può sfuggire una lettura adeguata a tale complessità. Quella che la Corte definisce “forzosa” - con una valutazione evidentemente cinica - è una delle scelte del legislatore più felici per far progredire la cultura professionale della gestione dei conflitti e la cultura sociale dell'autonomia. [...] La crisi, dunque, non è della legge, ma semmai di quel giurista che non è neppure consapevole delle potenzialità e del valore della pratica della mediazione, ovvero di una cultura giuridica concedente spazio e tempo all'autonomia, una cultura dell'uomo adulto, pronto ad affrontare i suoi problemi con responsabilità nel confronto diretto con l'altro, seppure aiutato dal mediatore. La crisi è del giurista che è talmente concentrato sul*

portatori di valori di tutela e rispetto della persona, da perseguire con gli strumenti più adeguati al caso concreto ed utilizzando il diritto non necessariamente per coazione dell'altro, ma in una prospettiva più ampia ed elastica; consapevoli che *“la mediazione diviene un diritto della persona per la composizione della controversia in maniera responsabile, senza deleghe, e al contempo senza pregiudizio per la tutela (eventuale) del diritto sostanziale in sede giurisdizionale”*⁸⁶. In conformità, di una lettura più moderna e adeguata dei principi di uguaglianza, solidarietà e accesso alla giustizia (processuale e anche alternativa e complementare come la mediazione) espressi dagli artt. 2 e 24 della Costituzione⁸⁷.

L'esistenza di un pregiudizio di disvalore della mediazione rispetto al processo giudiziario è infine evidente nella lettura dell'ultimo problema affrontato e risolto dalla Corte: se nel primo incontro debba aversi almeno un inizio di fattiva mediazione, o se le parti possano semplicemente limitarsi a esporre il loro disinteresse per ogni tentativo. Il quesito non ha oggi più ragion d'essere, a seguito della trasformazione del primo incontro da *informativo* ad *effettivo*, operata dalla riforma Cartabia. All'art. 8 co. 6 del D.Lgs. n. 28/2010 nel testo attualmente vigente si prevede infatti che al primo incontro il mediatore non solo *“espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione”* (attività informativa) ma *“si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione”* (primo incontro effettivo).

Così non era nel momento del pronunciato di legittimità. In quel diverso contesto normativo, la Corte, col dichiarato intento di chiarire una volta per tutte quali dovessero essere i limiti del tentativo di mediazione nei rapporti col processo giudiziario, non esitava a decidere dichiaratamente *ultra petitem*⁸⁸, e in modo negativo per la mediazione. Per l'avveramento della condizione di procedibilità, il giudice di legittimità riteneva che nel primo incontro, alla presenza di parti (in persona o per delega a chiunque) e avvocati, fosse sufficiente una mera formale dichiarazione di non voler proseguire. Così statuendo, si disconoscevano (ancora una volta nemmeno menzionandole) le diverse conclusioni della maggioritaria giurisprudenza di merito, secondo la quale, anche anteriormente alla riforma, il primo incontro non poteva essere puramente informativo, ma doveva essere effettivo, o quantomeno propulsivo ai fini della conciliazione⁸⁹.

suo ruolo di decisore esclusivo della sorte delle controversie, da dimenticare che i conflitti appartengono prima di tutto alle persone, che a queste - in una società evoluta - occorre dare strumenti validi ed efficaci di gestione e di prevenzione dei loro problemi, per lasciare poi alla giurisdizione la decisione della lite quando non ci sono possibilità di soluzione privata pacifica o non ci sono le condizioni perché le parti possano decidere. Con ciò riducendo il carico di lavoro della giurisdizione e permettendo che si produca una Giustizia celere come risposta al vero bisogno dei cittadini” LUCARELLI P. La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di urobora, *Judicium*, 2020

⁸⁶ MARINARO M. *La mediazione nel rinnovato quadro normativo*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 10

⁸⁷ *“L'art. 2 Cost., quale clausola generale aperta, espressione del personalismo e solidarismo costituzionale, diviene il fondamento non soltanto dell'art. 24 Cost., inteso quale norma di tutela dell'accesso alla giurisdizione, ma altresì di un più facile, adeguato e diverso accesso alla giustizia (consensuale, coesistenziale e socialmente sostenibile) in una prospettiva attuativa del pieno sviluppo della persona tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà”* MARINARO M. *La mediazione nel rinnovato quadro normativo*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 10. Si vedano anche VALENZA F. *La filosofia del nuovo modello di mediazione civile e commerciale portato dalla riforma Cartabia*, CNN Notizie n. 19 del 31.1.2024, par. 2.4., e la dottrina ivi citata.

⁸⁸ *“C'è poi un altro passaggio motivazionale che merita attenzione. Lo stesso non è direttamente censurato e quindi, di per sé 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”* Cass. 27.3.2019 n. 8473.

⁸⁹ Corte App. Milano 10.5.2017: *“Inoltre l'art. 8 D.Lgs. 28/2010 prevede che, durante il primo incontro, il mediatore debba verificare in concreto se vi sia la possibilità di svolgere la mediazione (con riferimento a eventuali situazioni preliminari che possano ostacolarne l'esperimento) e non semplicemente se esista o meno la volontà delle parti di procedervi. Né avrebbe senso, del resto, la rimessione innanzi all'Organismo di mediazione, con correlativa interruzione (sia pure temporanea) del processo, in funzione di una semplice presa d'atto della manifestazione di disinteresse e quindi di un adempimento di tipo prettamente burocratico. Logica vuole che sia*

Ben lungi quindi dall'intento formalmente dichiarato di mantenersi neutrale rispetto alle *“probabilità di successo della creazione forzata di una cultura della mediazione”*, nell'intera sentenza la Corte offriva argomenti e soluzioni per un sostanziale depotenziamento della stessa⁹⁰.

Il legislatore della riforma, consapevole che sono maturi i tempi per il superamento di ogni pregiudizio, delinea nell'adozione del nuovo testo un percorso molto diverso per la rappresentanza, davvero incentivante lo sviluppo della mediazione; fondato su soluzioni opposte rispetto a quelle proposte dalla Cassazione.

6. La norma in vigore

A seguito della riforma Cartabia, per la prima volta il legislatore si esprime circa la partecipazione personale alla procedura di mediazione e regola l'ammissibilità e i limiti della rappresentanza.

L'art. 8 co. 4 del D.Lgs. n. 28/2010 nel testo vigente stabilisce che *“Le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione. In presenza di giustificati motivi, possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia. I soggetti diversi dalle persone fisiche partecipano alla procedura di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia. Ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale”*. La previsione è completata dal comma 4-bis del medesimo articolo 8, che (introdotto con il c.d. decreto correttivo della riforma Cartabia⁹¹) disciplina la forma della *“delega a partecipare all'incontro”*.

Viene data in questo modo piena attuazione all'indirizzo imposto dall'art. 1 co. 4 lett. e) e f) della legge delega n. 206/2021: *“Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il decreto o i decreti legislativi recanti modifiche alle discipline della procedura di mediazione e della negoziazione assistita sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...]: e) riordinare le disposizioni concernenti lo svolgimento della procedura di mediazione nel senso di favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l'effettivo confronto sulle questioni controverse, regolando le conseguenze della mancata partecipazione; f) prevedere la possibilità per le parti del procedimento di mediazione di delegare, in presenza di giustificati motivi, un proprio rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la soluzione della controversia e prevedere che le persone giuridiche e gli enti partecipano al procedimento di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la soluzione della controversia”*. L'invito del legislatore delegante a favorire *“l'effettivo confronto sulle questioni controverse”*, che orienta anche il principio della partecipazione personale, è recepito al comma 6 del

svolta invece una vera e propria sessione di mediazione, nell'ottica di un serio tentativo di risolvere il conflitto”. Ancora ex multis Trib. Firenze 19.3.2014, Trib. Roma 28.4.2016 e 26.5.2016, Trib. Monza 18.4.2018, Trib. Siracusa 15.5.2018, Corte App. Ancona 23.5.2018.

⁹⁰ Rileva una questione addirittura *“etica”* LUCARELLI P. La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro, *Judicium* 2020: *“La giustizia che non riconosce il valore nobile della mediazione del conflitto, semplificandone e stravolgendone il significato, è una giustizia che mangia sé stessa, come il serpente che si alimenta solo di sé. Di che cosa si tratta? Forse si teme che avvenga la trasformazione di una società sempre più individualizzata di bambini incapaci di decidere in una società della convivenza responsabile nella quale cresce il ruolo del professionista mediatore che facilita la comunicazione, il riconoscimento reciproco, la consapevolezza, l'empowerment, delle persone? Non è forse questa una componente etica fondamentale nella vita professionale di tutti coloro che lavorano perché le persone convivano pacificamente superando ostacoli, crisi relazionali, contrasti e differenze? Forse si tratta della paura di vedere ridimensionato il ruolo professionale e sociale del giudice decisore in una società di persone adulte che acquistano la capacità di gestire i propri problemi prima di delegare la decisione della controversia? Se questo è il problema, allora bisogna che i giudici siano rassicurati: di contenzioso nelle aule giudiziarie ce n'è abbastanza da giustificare il ruolo imprescindibile della giurisdizione in un paese evoluto. Solo che oggi i numeri del contenzioso giudiziario non permettono ai cittadini di ricevere la Giustizia di cui hanno bisogno e il serpente, mangiando sé stesso, non può generare soluzioni”*.

⁹¹ D.Lgs. n. 216 del 27 dicembre 2024 *“Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, in materia di mediazione civile e commerciale e negoziazione assistita”* in vigore dal 25 gennaio 2025.

medesimo art. 8: “*le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse*”.

Nel nuovo testo del d.Lgs. n. 28/2010 è agevole riscontrare la conoscenza delle opinioni giurisprudenziali e dottrinarie e degli orientamenti anteriori della prassi. Il testo originario del 2010, utile (e coraggioso) per il primo accoglimento di questo formidabile strumento di risoluzione delle controversie, era in taluni passaggi ancora acerbo. Esso viene ora innovato e corretto in profondità. Il testo riformato è finalmente rispettoso dei fondamenti dell’attività del mediatore, coniugati con coerenza rispetto alle specifiche esigenze della pratica giuridica⁹².

6.1. La partecipazione personale delle parti

Il comma 4 dell’art. 8 D.lgs. n. 28/2010 si apre con l’affermazione del principio che è la chiave di volta dell’intera disciplina: “*le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione*”⁹³. Il principio è derogabile, con ricorso alla rappresentanza, ma solo se sussistano “*giustificati motivi*”. I rappresentanti devono essere inoltre “*a conoscenza dei fatti*” e muniti di “*poteri necessari per la composizione della controversia*”.

Si tratta di una regolamentazione della partecipazione e rappresentanza destinata in via prevalente alla fase dell’attività, al *procedimento* di mediazione, e che interessa invece solo in via marginale la fase conclusiva, con esito positivo, di sottoscrizione dell’*accordo*. L’*accordo*, per quanto sviluppato a conclusione e grazie all’attività svolta nella mediazione, è un ordinario negozio giuridico, per la cui sottoscrizione, anche con rappresentanza, non vi è bisogno di alcun regime speciale, applicandosi le norme civilistiche ordinarie.

Il principio della partecipazione personale dell’art. 8 co. 4 ha la funzione di consentire l’effettività, fin dal primo incontro, del tentativo di mediazione, che può realizzarsi solo in presenza delle parti (persone fisiche, ovvero rappresentanti organici degli enti). Questo perché, come ricordato, la mediazione si concentra sugli *interessi* e aspirazioni più profonde delle persone, piuttosto che sulle pretese giuridiche, enunciate nelle *posizioni* iniziali e formalizzate nei diritti che si pretendono vantati. La sostituzione del diretto interessato con un rappresentante volontario è allora inevitabilmente ipotesi eccezionale, supportata da un motivo adeguato.

L’eccezionalità del ricorso alla rappresentanza ha come prima conseguenza quella di rendere vieppiù impropria la prassi degli organismi di mediazione di predisposizione ed invio alle parti di bozze di procura *standard*. Già prima della riforma, in assenza di regolamentazione, la prassi si palesava, come detto, quantomeno inopportuna (e dannosa per l’effettività degli incontri). Ora, in ragione del chiaro enunciato dell’art. 8 co. 4 D.Lgs. n. 28/2010, tale prassi potrebbe essere divenuta *contra legem*. Se il ricorso alla rappresentanza è eccezionale e deve rispondere a specifici e determinati requisiti, non vi è spazio per l’invio a tutti di generici modelli di procura; poco cambia se accompagnati da altrettanto generici avvisi o richiami al nuovo disposto normativo e ai limiti di utilizzo ivi stabiliti. L’eccezionalità della procura ne impone la redazione *ad hoc*, nei pochi casi ammessi, ed è

⁹² Già si notava che “*il lungo tempo trascorso dalla entrata in vigore della prima normativa, l’esperienza da allora maturata, la riflessione dottrinale e giurisprudenziale a seguito delle mediazioni svoltesi nel concreto, hanno consentito una presa di coscienza e maggiore comprensione delle specificità dello strumento*”. FORTI P. *Il verbale e l’accordo in mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 266.

⁹³ “*Non c’è tavolo mediativo senza le parti o, meglio ancora, senza le persone. Per cui il legislatore della riforma scolpisce un principio cardine destinato ad orientare le condotte senza incertezze ed anche l’interpretazione che necessariamente ne conseguirà in sede giurisprudenziale secondo cui: “Le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione” [art. 8 co. 4 D.Lgs. n. 28/2010; N.d.A.]*” MARINARO M. *La mediazione nel rinnovato quadro normativo*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 7.

incompatibile con la diffusione di moduli preformati. L'invio di siffatta modulistica è fuorviante e potrebbe indurre in errore le parti.

È inoltre importante prendere coscienza che il principio della partecipazione personale in mediazione si dimostra alternativo, e prevalente, rispetto ai principi civilistici ordinari in materia di rappresentanza. Innestata nel contesto giuridico, la mediazione lo modifica profondamente, introducendovi le proprie peculiarità. Se è principio civilistico comune che, controvertendosi in materia di diritti disponibili, sia sempre possibile e libero il ricorso alla rappresentanza, in mediazione il principio viene ribaltato nel suo esatto contrario, di necessità della partecipazione personale. A seguito della riforma viene di conseguenza negato ogni valore al principale argomento utilizzato dalla giurisprudenza anteriore per ammettere la legittimità del ricorso senza limiti alla rappresentanza. L'affermazione, in particolare di Cass. 27.3.2019 n. 8473, per cui *“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”*, viene definitivamente cancellata.

È addirittura possibile ritenere che la correlazione del principio di personalità con la peculiarità della mediazione sia così radicata, che la sua enunciazione nell'attuale testo normativo vada letto non come una innovazione, ma come una presa d'atto di un concetto *atemporale*, destinato a valere sia per il futuro, che per il passato. Vi è nella norma, in altri termini, una connotazione *interpretativa* del fenomeno giuridico, che ne suggerisce l'applicazione a tutte le procedure, intraprese non solo dopo, ma anche prima, dell'entrata in vigore della riforma⁹⁴. Se non proprio di interpretazione autentica, l'art. 8 co. 4 D.Lgs. n. 28/2010 sembra quantomeno di forte indirizzo alle scelte ermeneutiche concernenti ogni fattispecie concreta ancora *in itinere*⁹⁵.

Più difficile immaginare di estendere alle mediazioni anteriori il novero delle eccezioni ora stabilite al principio generale di personalità (delega solo per giustificati motivi, a favore di rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della lite). Un'eccezione, proprio in quanto tale, una volta reperita, ritenuta meritevole di attenzione e codificata, sembrerebbe per sua natura destinata ad operare per il futuro, senza cogenza retroattiva⁹⁶. Qualora peraltro venisse data delle eccezioni una lettura a completamento del principio generale di personalità, non è da escludere che anch'esse possano costituire quantomeno un riferimento per ogni fattispecie in esame; indipendentemente dalla data di avvio o svolgimento della mediazione.

Vale la pena segnalare la peculiarità del linguaggio utilizzato nel testo riformato, per descrivere il ricorso eccezionale alla rappresentanza. Il legislatore non utilizza mai, nei commi 4 e 4-bis dell'art. 8 D.Lgs. n. 28/2010, il termine *procura*, specifico e carico di significati antichi e stratificati nelle norme civilistiche generali. Sceglie il termine *delega*. Non qualifica il sostituto come *procuratore*, ma come *delegato*, e la parte sostituita come *delegante*. Nel comma 4-bis, che tratta della forma dell'atto di investitura del rappresentato, i termini *delega*, *delegato* e *delegante* sono utilizzati addirittura con insistenza. Si tratta di scelte terminologiche che danno la misura dell'attuale compiuta

⁹⁴ Depone in tal senso anche la terminologia prescelta: le parti *“partecipano”*, non *“devono partecipare”*, personalmente alla mediazione. Preferendosi l'enunciazione di un qualcosa di connaturato alla mediazione (precetto valido da sempre), piuttosto che l'esplicitazione di un *obbligo*, maggiormente orientata nella sua valenza verso il futuro (precetto valido d'ora innanzi).

⁹⁵ La stessa considerazione di lata retroattività è estensibile all'obbligo delle parti e degli avvocati di cooperare innanzi al mediatore *“in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse”* (art. 8 co. 6 D.Lgs. n. 28/2010). Anche questa appare una regola di carattere più interpretativo che innovativo: non potendosi immaginare che le parti e gli avvocati debbano conformarsi a correttezza solo d'ora in poi, mentre prima d'ora avrebbero potuto legittimamente comportarsi in *mala fede* e *lealmente*, per indolenza, accidia, o col precipuo scopo di evitare un *effettivo confronto*.

⁹⁶ *“L'introduzione dei “giustificati motivi” per la delega a terzi in caso di persone fisiche è applicabile alla fattispecie in esame in quanto il ricorso è stato proposto il ... ed è stato disposto l'invio in mediazione con ordinanza del ... , quindi la domanda di mediazione è stata depositata dopo il ... , data di entrata in vigore della riforma”* Trib. Firenze 15.3.2024 n. 5100.

comprensione della mediazione, fenomeno *in primis* non giuridico e solo *prestato* al diritto, che esige un approccio concreto, lontano dall'astrazione consueta per il giurista tradizionale.

Così, si accantona la libertà civilistica di ricorso alla rappresentanza e si privilegia il principio contrario della partecipazione personale. La presenza di un sostituto si consente solo occasionalmente. Il sostituto, definito non procuratore ma delegato, si palesa "*figura più vicina ad un fiduciario dell'interessato che ad un suo rappresentante*"⁹⁷.

6.2. L'eccezione alla partecipazione personale: i giustificati motivi

Esclusivamente "*in presenza di giustificati motivi*" le parti possono delegare un rappresentante, il quale deve per di più essere a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia (art. 8 co. 4 D.Lgs. n. 28/2010).

Non vi è nella norma definizione o specificazione delle caratteristiche dei motivi meritevoli di giustificazione, ricorrendosi ad una formula aperta all'esame del caso concreto, con valutazione di legittimità a posteriori da parte del giudice⁹⁸. Sempre al giudice spetterà valutare se il sostituto prescelto, per giustificati motivi, sia a conoscenza dei fatti e abbia i poteri necessari per la soluzione della lite.

Nel richiamo al giustificato motivo viene accolto l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito anteriore, che, come visto, aveva già elaborato il concetto in assenza di disposto normativo⁹⁹. Questo accoglimento consente di ritenere tuttora valide molte delle considerazioni al riguardo sopra esposte.

Ricordiamo che poco soddisfacente appariva, e appare tuttora, il tentativo di ritrovare il giustificato motivo in occasionali impedimenti di fatto (età avanzata della parte, residenza all'estero) o problemi giuridico procedurali (difetti della domanda o di esecuzione delle comunicazioni). È per lo più possibile sopperire a tali inconvenienti con il ricorso alla partecipazione da remoto, o semplicemente con il rinvio dell'incontro.

Le ragioni giustificatrici della mancata partecipazione personale andavano e vanno ancora ritrovate nel rapporto tra le parti e negli *interessi* coinvolti. Il criterio discrezionale deve essere quello della congruenza della sostituzione rispetto alla potenziale efficacia del tentativo di conciliazione. Il rappresentante sarà stato legittimamente delegato, se la sua presenza possa presumersi (più) funzionale, o quantomeno non ostativa, per l'emersione degli *interessi* sottesi alla lite e la soluzione negoziata del conflitto. Al contrario, il rappresentante non sarà stato legittimamente delegato, se la sua presenza possa presumersi di impedimento, essendo potenzialmente più utile la presenza del diretto interessato. Così, tornando agli esempi di cui sopra, sarebbero ammissibili la delega conferita in una questione condominiale al coniuge non proprietario, ma esperto di immobili, e per una lite sulla responsabilità medica quella al figlio che ha avuto cura del genitore.

La sostituzione con un rappresentante può (e deve) essere supportata da un giustificato motivo anche nel caso di rappresentanza organica. È vero che l'ente non può partecipare alla mediazione (né fare

⁹⁷ Icasticamente LEO M. *La rappresentanza delle parti in mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 221.

⁹⁸ "*All'introduzione dei "giustificati motivi" non corrisponde una nozione legislativa che li definisca, non essendo tra l'altro possibile, a parere di questo giudice, tipizzare le ragioni che rendono necessaria la nomina di un rappresentante. Spetta piuttosto al giudice valutare le ragioni che hanno indotto a rilasciare la procura*" Trib. Firenze 16.5.2024 n. 6481.

⁹⁹ Si ricordi ancora Trib. Vasto 17.12.2018 citato; di sicuro riferimento per il legislatore della riforma, che ne ha mutuato addirittura parte della terminologia: "*perché la parte possa farsi rappresentare in mediazione da un terzo, 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, nella fase di ricerca di una soluzione amichevole della controversia*".

alcunché) se non a mezzo della persona fisica a ciò deputata dal regolamento di funzionamento della struttura. Questa persona legittimata ad esprimere la volontà dell'ente (collettiva dei consociati) potrebbe però volere o ritenere opportuno farsi sostituire. La sostituzione del rappresentante organico con un rappresentante volontario dell'ente potrà essere ammessa solo qualora sussista il giustificato motivo, nell'accezione ricordata. Ricorrendo ancora una volta agli esempi già utilizzati, il rappresentante legale potrebbe legittimamente nominare procuratore per la partecipazione alla mediazione il progettista di un macchinario industriale dell'ente, in una controversia di connotazione tecnica. Questa sostituzione sarebbe più funzionale alla mediazione, rispetto alla partecipazione diretta dell'amministratore, e quindi ammessa.

In linea teorica, qualora sussistesse un giustificato motivo, non potrebbe ritenersi esclusa a priori per gli incontri neanche la sostituzione con un terzo del genitore del minore o del rappresentante dell'incapace. Come ricordato, l'attività svolta negli incontri è meramente preparatoria e consente le valutazioni del rappresentante legale quanto alle ipotesi di conciliazione, è informale e non soggiace alle prescrizioni civilistiche ordinarie. Peraltro, anche in questa fase la sostituzione con un rappresentante volontario dovrebbe essere valutata con estrema cautela, prestandosi attenzione a che non sussistano impedimenti derivanti dalle norme e principi che conformano la rappresentanza legale dell'incapace come un *munus* irrinunciabile e non delegabile, nell'interesse superiore dell'assistito. Nella fase dell'accordo, troveranno invece spazio i principi civilistici consueti. In conformità dell'opinione prevalente di dottrina e giurisprudenza, la sostituzione del rappresentante legale con un procuratore potrà ammettersi, trattandosi del compimento di un singolo atto di straordinaria amministrazione, già predeterminato nel contenuto¹⁰⁰.

È bene ricordare che, sotto il profilo temporale, la valutazione del giudice quanto alla legittimità della sostituzione deve avvenire con riferimento al momento della sottoscrizione della delega, con una visione prospettica di presumibile utilità per la mediazione. Non ha invece alcun rilievo che a posteriori il rappresentante sia stato o meno davvero funzionale alla conclusione dell'accordo. L'esito della mediazione non è mai inizialmente prevedibile: né se la parte abbia partecipato personalmente, né se vi sia stata una partecipazione a mezzo delega. L'esito positivo o negativo del tentativo non può così orientare le valutazioni del giudice in merito a questioni procedurali, come la legittimità della rappresentanza. È possibile che venga ritenuta (e sia) giustificata una sostituzione, idonea per il miglior dialogo, e le parti non riescano poi a conciliarsi¹⁰¹.

Come ricordato, l'opportunità o necessità di sostituzione, modifica o integrazione, dei partecipanti al tavolo potrebbe riscontrarsi non all'avvio del negoziato, ma in corso d'opera. È auspicabile e significativo del buon andamento della mediazione che i termini iniziali (*posizioni*) della lite mutino sensibilmente e le questioni dibattute si trasformino. La modificazione dei soggetti in una fase avanzata potrebbe riguardare una o più partecipazioni personali, quella di una parte con un delegato, quella di un delegato con un altro o con lo stesso delegante. Tutte sostituzioni ammissibili, a condizione della sussistenza di giustificati motivi, stavolta sopravvenuti.

A maggior ragione, potrebbe verificarsi l'esigenza di sostituzione di un partecipante nel momento finale di sottoscrizione dell'accordo, se la parte o il delegato, fino a quel momento correttamente presenti, non fossero giuridicamente legittimati all'assunzione delle obbligazioni e diritti portati dall'accordo. La presenza in mediazione risponde a criteri di legittimazione diversi, in ragione dei

¹⁰⁰ Non è invece ritenuto ammissibile il conferimento da parte del rappresentante legale del minore o dell'incapace di una procura generale o per più atti, che costituirebbe, secondo l'opinione prevalente consolidata, una dismissione non ammessa del ruolo di pubblico interesse rivestito. Per tutti MAZZACANE F. *La volontaria giurisdizione nella attività notarile*, 1986, p. 136-137, e SANTARCANGELO G. *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale, Vol. II Istituti a protezione degli incapaci*, 2003, p. 132-134.

¹⁰¹ Come, per le stesse ragioni, il rispetto di parti e avvocati degli obblighi di buona fede e lealtà (art. 8 co. 6 D.lgs. n. 28/2010) negli incontri deve essere valutato in sé, a prescindere dall'eventuale raggiungimento dell'accordo.

momenti e delle due diverse prospettive: con riferimento agli incontri (fase del negoziato) e con riferimento alla sottoscrizione dell'accordo (conclusione giuridico negoziale).

L'impostazione nella norma in vigore, che non fornisce modelli a priori, ben si attaglia all'imprevedibilità del percorso mediativo, bisognoso di grande elasticità. Il giustificato motivo della rappresentanza in mediazione, correttamente inteso, rifugge dalle elencazioni casistiche astratte, frequenti in diritto, ma inadeguate alla complessità delle relazioni in gioco nel negoziato. Si palesa in questa sede un altro dei rari casi di rilevanza del *motivo*, con rinuncia all'astrattezza della tipizzazione e della *causa*.

6.3. La conoscenza dei fatti da parte del rappresentante

Sussistendo un giustificato motivo, la parte che dovesse farsi sostituire non è libera, ma deve altresì scegliere un delegato "*a conoscenza dei fatti*" (art. 8 co. 4 D.Lgs. n. 28/2010).

Come il giustificato motivo, la conoscenza dei fatti va letta nell'accezione specifica imposta dalla mediazione, diversa da quella comunemente associata alla rappresentanza in ambito strettamente giuridico.

In un ordinario rapporto civilistico è normale che l'incaricato, ricevendo la procura (e le istruzioni, implicite o esplicite, presupposte) abbia, o acquisisca nel momento stesso del conferimento, una certa conoscenza dei fatti. Qualora tale conoscenza si dimostrasse a posteriori parziale o inadeguata per una soddisfacente conduzione dell'affare, sarà di norma solo il conferente a doversene dolere, qualora a causa dell'operato improprio del procuratore abbia assunto obblighi non graditi e ottenuto risultati diversi da quelli immaginati. Il terzo contraente con il procuratore rimane estraneo al rapporto tra delegante e delegato e non ha alcun nocumento in ragione della scarsa consapevolezza della fattispecie da parte dell'incaricato (salve le ipotesi patologiche eccezionali, e legislativamente regolamentate, di palese e riconoscibile difetto dei poteri di rappresentanza: artt. 1394, 1395 e 1396 c.c.). Nel rapporto civilistico ordinario le sfere private dei due contraenti (colui che opera a mezzo rappresentante e il terzo), per quanto potenzialmente convergenti nella fase di conclusione del negozio, tendono a rimanere distinte.

Nella mediazione vi è una diversa, comune e generale necessità che il negoziato, assistito dal mediatore, si svolga in modo efficace e di soddisfazione per tutti, per l'auspicabile sintesi degli *interessi*¹⁰². Il buon esito della mediazione richiede la comprensione e l'accoglimento dell'altro; non la protezione, a rispettosa distanza, della propria sfera giuridica individuale. La sussistenza della legittimazione alla rappresentanza è allora di rilievo non solo per la parte che intenda delegare, ma per tutte quelle in mediazione, prevalendo l'interesse comune e superiore alla conciliazione del dissidio¹⁰³. Così, il difetto di conoscenza dei fatti da parte del delegato è nocivo per chiunque e per questo motivo il ricorso alla rappresentanza non viene consentito. La conoscenza diviene requisito di validità per il conferimento della delega.

Il tipo di conoscenza richiesta al delegato in mediazione è inoltre anch'esso diverso, rispetto a quello del procuratore nel rapporto civilistico ordinario. Il delegato in mediazione deve essere consapevole non soltanto dei fatti o eventi indicati nella domanda di avvio del procedimento, ma anche e soprattutto dei rapporti, accadimenti ed emozioni, per così dire, circostanti; dei fatti pregressi e di profondità. In altre parole e semplicemente, non soltanto delle *posizioni* iniziali, ma altresì degli

¹⁰² Le parti, almeno all'avvio della procedura, potrebbero non essere del tutto consapevoli di questa tensione verso una sintesi comune. Ne è consapevole il mediatore, deputato a condurle nel tentativo di (ri)conciliazione.

¹⁰³ È per le medesime ragioni che, per il tentativo di conciliazione giudiziale di cui all'art. 185 c.p.c., e in quello in materia di processo del lavoro dell'art. 420 c.p.c., il legislatore stabilisce analogamente che il procuratore "*deve essere a conoscenza dei fatti della causa*".

*interessi del proprio rappresentato. Solo questa più ampia e completa conoscenza potrà in prospettiva, nel contesto protetto e riservato della stanza della mediazione, consentire al delegato di seguire il mediatore nel percorso di superamento delle affermazioni iniziali, su cui si è prodotto lo stallone della negoziazione diretta, alla ricerca di nuove e più ampie ragioni di convergenza: “il rappresentato deve “aprire il proprio animo” e “assorbire, anche sul piano emotivo, la posizione personale complessiva del rappresentato, che, pur volendo intervenire personalmente, è impossibilitato a farlo”*¹⁰⁴.

Così, pur presentandosi tecnicamente la conoscenza dei fatti come un passaggio logico giuridico ulteriore rispetto al giustificato motivo (posto a monte della sostituzione), la valutazione di sussistenza dei due requisiti nella specifica fattispecie dovrà essere spesso unitaria, con esame correlato di entrambi. Se, come detto, è giustificato solo il motivo della sostituzione potenzialmente funzionale al buon andamento della mediazione, la conoscenza dei fatti, avendo la medesima finalità, sarà a quel motivo direttamente correlata. Il figlio, che ne ha avuto cura, è giustificato a sostituire in mediazione il padre ammalato, proprio perché ha conoscenza dei fatti, e lucidità e consapevolezza degli *interessi* coinvolti.

6.4. I poteri necessari per la composizione della controversia

I rappresentanti con giustificato motivo e a conoscenza dei fatti devono essere *“muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia”* (art. 8 co. 4 D.Lgs. n. 28/2010).

La valutazione di quest’ultimo requisito rende necessario distinguere ancora più nettamente la fase di svolgimento degli incontri dalla fase conclusiva del procedimento, con esito positivo e accordo¹⁰⁵.

Con riferimento alla fase di svolgimento della mediazione, la prescrizione di poteri adeguati per la composizione della lite si presenta poco più che come una specificazione del precedente requisito della conoscenza dei fatti. La conoscenza dei fatti e la fiducia accordata dall’interessato al delegato, appaiono elementi necessari e sufficienti per la corretta gestione degli incontri innanzi al mediatore, già presupponendo la sussistenza dei poteri necessari per ogni attività diretta alla composizione della lite.

La prescrizione di conferimento di poteri adeguati è invece decisamente più utile, se proiettata verso la fase conclusiva della mediazione. In tale prospettiva, essa esprime la preoccupazione del legislatore che, in caso di esito positivo, l’accordo non possa essere formalizzato seduta stante, per mancanza di legittimazione giuridica in capo ai presenti, e che, rendendosi per tale ragione inevitabile un rinvio, possano esserci ripensamenti, o comunque imprevisti nocivi.

Per quanto la preoccupazione e la volontà di porvi rimedio siano comprensibili e lodevoli, rimane difficile ipotizzare che il conferimento di poteri idonei per l’accordo possa essere davvero realizzato fin dall’avvio della mediazione. La mancanza di formalità, l’assenza del vincolo del *petitum*, il disvelamento progressivo degli *interessi* con estensione degli argomenti in discussione, lasciano aperta la strada, come più volte detto, a qualsiasi possibile soluzione; addirittura, alla partecipazione di terzi, diversi dai soggetti inizialmente coinvolti. Semplicemente, l’accordo è eventuale e il suo contenuto imprevedibile, rendendo molto difficile immaginare, a priori, quali poteri debbano a tal fine essere conferiti al procuratore. Più ragionevolmente, alla prima delega potranno far seguito, man mano che le ipotesi di accordo si vadano facendo più concrete e definite, successive modifiche,

¹⁰⁴ VALENZA F. *La filosofia del nuovo modello di mediazione civile e commerciale portato dalla riforma Cartabia*, CNN Notizie n. 19 del 31.1.2024, par. 3.3.

¹⁰⁵ LEO M. *La rappresentanza delle parti in mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 224: *“la nuova disposizione non richiede che sia stato conferito il potere per la sottoscrizione dell’accordo con il quale le parti si sono conciliate, quanto invece quello necessario per la “composizione della controversia”, quindi quello necessario a transigere e conciliare la lite. Più precisamente il potere deve essere quello che occorre per porre fine alla lite e non quello che è necessario anche per sottoscrivere l’accordo che ne scaturirà”*.

integrazioni, innovazioni dei poteri conferiti. Allo stesso modo, se necessario, sarà possibile di volta in volta favorire l'ingresso nella procedura di nuovi soggetti. Il tutto con una gestione elastica e informale delle partecipazioni e del conferimento delle deleghe.

Non vi è dubbio che questo *modus operandi* possa esporre a rischi. Un accordo raggiunto alla presenza di un rappresentante a conoscenza dei fatti, con poteri adeguati alla gestione della fase del negoziato, ma privo dei poteri giuridici necessari per la sottoscrizione dell'accordo nella fase conclusiva, potrebbe non andare a buon fine. La parte sostanziale potrebbe approfittare della carenza di poteri per disconoscere l'operato del delegato, rifiutandosi di presenziare personalmente alla sottoscrizione o di conferire una nuova procura idonea; per quanto, così operando, incorrerebbe nella violazione degli obblighi di buona fede e lealtà, di cui all'art. 8 co. 6 D.Lgs. n. 28/2010¹⁰⁶.

Si tratta peraltro di rischi non esclusivi del ricorso alla rappresentanza, ma generali della mediazione, le cui connotazioni di libertà e assenza di formalismo ne costituiscono la forza e nello stesso tempo la debolezza. Una parte può sempre rifiutarsi all'ultimo momento di sottoscrivere l'accordo, faticosamente costruito con l'ausilio del mediatore: sia disconoscendo l'operato di un rappresentante, sia se abbia partecipato direttamente, in persona, alla procedura.

Il legislatore ne è ben consapevole e ha accettato, fin dal testo originario del 2010, questi rischi; ugualmente prediligendo un modello di mediazione con pochi vincoli giuridici cogenti e sanzionabili, concentrati nelle fasi di avvio (condizione di procedibilità) e conclusiva del procedimento (sottoscrizione dell'accordo e sua efficacia; conseguenze giuridico processuali di comportamenti non collaborativi). Nel lungo tempo intermedio degli incontri e del negoziato, quello vero e proprio della mediazione, la regolamentazione è affievolita nella sua portata precettiva, per lasciare spazio alla creatività del mediatore e alla libertà espressiva e partecipativa degli interessati.

6.5. La delega al proprio avvocato

Letto il testo riformato, si rende necessario un nuovo esame della questione se, sussistendo un giustificato motivo, sia possibile il conferimento della delega al proprio avvocato.

La giurisprudenza anteriore che si dichiarava contraria a tale possibilità fondava, come visto, le proprie conclusioni soprattutto sugli artt. 5 co. 1 *bis* e 8 co. 1 D.Lgs. n. 28/2010 del testo previgente, che imponevano la compresenza in mediazione di parti e avvocati, con funzioni diverse: l'interessato (parte) per la gestione personale del proprio conflitto; gli assistenti legali (avvocati) al suo fianco, per supporto quanto alle questioni tecnico giuridiche iniziali o emergenti¹⁰⁷.

Il sistema di carattere *duale* per l'efficacia della mediazione non viene eliminato dalla riforma. I relativi riferimenti testuali sono solo diversamente collocati e concentrati nel disposto dell'attuale art. 8 co. 5 D.Lgs. n. 28/2010: *“nei casi previsti dall'articolo 5, comma 1, e quando la mediazione è*

¹⁰⁶ Sulla natura, contenuto e conseguenze in caso di violazione degli obblighi di correttezza e buona fede si vedano BUZIO M. *Il primo incontro di mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 193-196.

¹⁰⁷ L'ulteriore argomento testuale della giurisprudenza anteriore, secondo il quale solo con la presenza personale delle parti il mediatore poteva adempiere ai propri obblighi informativi (art. 8 co. 1 D.Lgs. n. 28/2010 previgente), è stato invece superato dalla trasformazione del primo incontro da informativo ad effettivo, operata dalla riforma. Residua nel testo riformato il riferimento alla esposizione preliminare da parte del mediatore circa *“la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione”* (art. 8 co. 6 D.Lg. n. 28/2010). Non si tratta però della previgente informativa, per l'acquisizione del consenso all'avvio della procedura, ma della prima fase della mediazione vera e propria, il c.d. *monologo* o *discorso introduttivo* del mediatore. Nel *discorso introduttivo* il mediatore si presenta alle parti per instaurare un clima di fiducia e iniziare a costruire la propria affidabilità personale; chiarisce l'utilità e le modalità di funzionamento della procedura, con particolare attenzione alla riservatezza, affinché le parti possano prendere confidenza con la stessa; sottolinea i punti di contatto e soprattutto le differenze rispetto alla gestione giuridica del conflitto. Sul *monologo* del mediatore si consigliano per tutti PASSERINI A. - CERA S. *Le fasi del procedimento di mediazione*, Temi Romana 2010, p. 309-312. Per un approccio innovativo al contenuto del *monologo* si legga REGGIO F., *Concordare la norma*, 2017, p. 115-117.

demandata dal giudice, le parti sono assistite dai rispettivi avvocati". Permane (e non potrebbe essere diversamente) la distinzione di ruoli tra la parte interessata e l'avvocato che la assiste.

La notevole differenza ai fini della risoluzione della questione è che il testo anteriore nulla stabiliva quanto alla rappresentanza, mentre il testo vigente ne detta una disciplina di dettaglio: nella quale non esistono divieti assoluti di delega, neanche al proprio avvocato. Mancando una regolamentazione positiva della materia, poteva apparire corretto desumere un divieto di delega al proprio avvocato in ragione degli argomenti testuali ricordati (primo tra tutti il carattere *duale* del procedimento). Esistendo ora una specifica regolamentazione, che non reca traccia di divieti, non sembra possibile confermare le medesime conclusioni. Se il legislatore attento della riforma, avendo finalmente trattato la materia, avesse voluto vietare la delega al proprio avvocato, lo avrebbe fatto in modo espresso.

Il motivo della scelta di non imporre il divieto è da rintracciare nella natura eccezionale, in generale, del ricorso alla rappresentanza, e nell'esistenza per la stessa di presupposti molto stringenti; mutuati, come detto, non dai principi civilistici ordinari, ma dalla specificità del tentativo di mediazione. L'applicazione rigorosa del principio di eccezionalità dovrebbe consentire di ridurre al minimo il rischio che la sostituzione, anche se disposta a favore del proprio avvocato, possa nuocere alla proficua attività del mediatore. Nei casi eccezionali in cui sussista un giustificato motivo e sia assicurata la conoscenza dei fatti (ivi compresi gli *interessi* del rappresentato) da parte del rappresentante, la delega potrà essere validamente conferita anche al proprio avvocato.

Soccorrerà ulteriormente nella specie la prescrizione di cooperazione "*in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse*" (art. 8 co. 6 D.Lgs. n. 28/2010), cogente sia per le parti che per gli avvocati; la cui violazione costituisce, per questi ultimi, illecito deontologico disciplinare¹⁰⁸.

6.6. Il contenuto e la forma della delega

Ai sensi del comma 4 bis dell'art. 8 D.Lgs. n. 28/2010, "*la delega per la partecipazione all'incontro ai sensi del comma 4 è conferita con atto sottoscritto con firma non autenticata e contiene gli estremi del documento d'identità del delegante. Nei casi di cui all'articolo 11, comma 7, il delegante può conferire la delega con firma autenticata da pubblico ufficiale a ciò autorizzato*".

La previsione¹⁰⁹ regola la forma della delega, con il pregio della definitiva certezza e di fornire una soluzione specifica per la materia, senza dover ricorrere ai principi civilistici generali; in questa sede richiamabili, come detto più volte, con molta difficoltà.

La prima parte del testo si riferisce alla fase negoziale della mediazione, all'attività condotta dal mediatore, riferendosi infatti al conferimento della delega per la partecipazione "*all'incontro*". Nella seconda parte, l'attenzione si sposta verso la fase conclusiva della procedura con esito positivo e accordo, in particolare notarile: richiamandosi i "*casi di cui all'articolo 11, comma 7*" (quelli in cui le parti concludono un contratto o un atto destinato alla pubblicità legale).

La delega per la partecipazione alla fase negoziale deve essere *speciale*¹¹⁰, mutuando il proprio contenuto dalla singolarità di quella mediazione e tra quelle parti. Ne è chiaro indizio, in primo luogo, il riferimento testuale alla sostituzione per la partecipazione "*all'incontro*", quindi per la partecipazione a procedura evidentemente già radicata. L'esclusione delle procure generali e per più atti è soprattutto però conseguenza del principio di eccezionalità della rappresentanza, sorretto dai

¹⁰⁸ FORTI P. *L'accordo notarile di mediazione*, CNN Notizie n. 24 del 7.2.2024, p. 12.

¹⁰⁹ Introdotta con il decreto correttivo D.lgs. n. 216/2024.

¹¹⁰ Si accoglie nella norma l'opinione espressa dalla esaminata Cass.17.3.2019 n. 8473, di necessità di una "*procura speciale sostanziale*".

requisiti di legittimità dei giustificati motivi e della conoscenza dei fatti da parte dell'incaricato, che tutti presuppongono una procura direttamente correlata ad una ben determinata procedura. Devono così considerarsi inammissibili sia una delega a partecipare in nome del conferente a qualsiasi procedura di mediazione, presente e futura, sia un'unica delega per più procedure, per quanto tutte già avviate. Simili procure non consentono né la giustificazione dell'assenza né, soprattutto, la conoscenza dei fatti da parte dell'incaricato¹¹¹.

Purché speciale, non è necessario che la delega sia rinnovata per ciascuno degli incontri in cui si articola la procedura di mediazione. Ciò nonostante la norma utilizzi il termine *incontro* al singolare e non il plurale *incontri*. Si tratterebbe di una interpretazione troppo restrittiva, superficialmente ancorata ad un dato testuale, al riguardo non significativo e privo di ragioni pratiche. Rimane sempre possibile che, nel contesto libero e mutevole della mediazione, dopo uno o più incontri si proceda a rinnovazione, o sostituzione della delega, come del delegato.

Tra le prescrizioni formali dell'art. 8 co. 4 *bis* D.Lgs. n. 28/2010 non è inclusa la menzione nel testo della delega dei giustificati motivi e della conoscenza dei fatti. L'obbligatorietà della menzione avrebbe costituito una prescrizione formale non utile: trattandosi di semplice dichiarazione del rappresentato, la menzione sarebbe priva di uno specifico valore probatorio, restando ogni valutazione rimessa al libero apprezzamento del giudice. Ciò nondimeno, la menzione dei requisiti nella procura, su base volontaria, potrebbe risultare utile, agevolando la ricostruzione storica della fattispecie e consentendo la lettura delle dichiarazioni espresse dal delegante, proprio nel momento del conferimento.

La delega deve essere conferita per iscritto, con firma non autenticata, e contenere gli estremi del documento di identità del delegante (art. 8 co. 4 *bis* dell'art. 8 D.Lgs. n. 28/2010).

La prescrizione di forma scritta non consente alternative ed è quindi da ritenersi stabilita *ad substantiam*, a pena di nullità. Oltre a favorire il riscontro a posteriori degli eventi, la forma scritta vale a garantire maggior certezza e stabilità della partecipazione alla mediazione e a facilitare la ricognizione da parte del mediatore della presenza di tutti gli interessati, come menzionati nella domanda.

La scelta normativa di forma *non autentica* risolve in senso negativo la questione precedentemente dibattuta, se la delega dovesse essere autenticata da notaio. A fronte di sentenze che già prima della riforma non ne ritenevano la necessità¹¹², esisteva un significativo orientamento di senso contrario. I pronunciati favorevoli alla forma notarile muovevano da una interpretazione ultronea (più realista del re) della ricordata Cass. 17.3.2019 n. 8473, secondo la quale la "*procura speciale sostanziale*" per partecipare alla mediazione non può essere autenticata dall'avvocato della parte¹¹³. Escludere la

¹¹¹ "La procura a partecipare a "tutti gli incontri di mediazione", invece, stante l'assenza di "specialità" riguardo ad un individuato procedimento di mediazione (o a procedimenti espressamente indicati), determinerebbe una "spersonalizzazione" della partecipazione dell'ente in tutte le procedure di mediazione nelle quali sia (o possa essere) coinvolto, attraverso il sistematico intervento di un rappresentante e la sostanziale deresponsabilizzazione rispetto a tutte le questioni che ivi dovranno essere trattate" LEO M. La rappresentanza delle parti in mediazione, in Diritto della mediazione civile e commerciale, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 218. Nello stesso senso decide Trib. Firenze 15.3.2024 n. 5100: "Giova peraltro evidenziare, con riferimento al caso di specie, che risultano pendenti dinanzi a questo Tribunale plurime azioni giudiziarie promosse dal medesimo procuratore con l'assistenza della stessa associazione di consumatori, il cui legale rappresentante, come evidenziato dalla, risulta delegato in ogni singolo procedimento di mediazione, tutti conclusi con esito negativo. L'espletamento di un tentativo di mediazione con tali modalità non può ritenersi effettivo, alla luce della novella legislativa, perché non consente di valutare - alla presenza del consumatore - le peculiarità di ogni singola controversia, le ragioni sottese alla domanda e non consente di sondare a pieno tutte le possibilità di definizione della lite".

¹¹² Ad esempio Trib. Cosenza 15.11.2022.

¹¹³ Non a caso si tratta di provvedimenti tutti successivi alla citata Cassazione: Trib. Torino 12.8.2019 n. 3922; Trib. Salerno 11.3.2020 n. 919; Corte App. Napoli 29.9.2020 n. 3227; Trib. Caltagirone 17.11.2021 n. 459; Trib. Foggia 29.11.2021; Trib. Palmi 15.12.2021 n. 1064, 29.12.2021 e 29.11.2022; Trib. Latina 28.12.2021; Trib. Foggia 28.12.2021; Trib. Nola 21.1.2022 e 25.1.2022; Trib. Catania 25.1.2022; Trib. Parma 10.10.2022 n. 1139. Più articolata ed interessante, in quanto non meramente tralattizia, pur giungendo alle

possibilità di autentica del legale, in quanto “*il potere dell’avvocato di certificare l’autenticità della sottoscrizione non può estendersi oltre quanto stabilito dall’art. 83 c.p.c.*”, non significa invero automaticamente richiedere la superiore forma notarile¹¹⁴.

La menzione degli “*estremi del documento di identità del delegante*”, accessoria e lessicalmente congiunta alla prescrizione di forma scritta *ad substantiam*, parrebbe avere di questa le medesime caratteristiche. È allora ragionevole ritenere che, in difetto di indicazione degli estremi del documento, ovvero in caso di indicazione falsa o significativamente errata (tanto da non potersi in alcun modo risalire al documento di identità), la delega scritta sia affetta da nullità. Del resto, il legislatore non ha ritenuto di imporre la forma solenne notarile, che avrebbe garantito la certezza dell’identità personale del delegante, ma ha imposto in alternativa almeno questo minore obbligo formale, per consentire un qualche riscontro *prima facie* della paternità della delega. Salva, ove necessaria, successiva conferma di autenticità o non autenticità a posteriori, ad esito di verifica giudiziale della sottoscrizione.

Non è prevista l’allegazione alla delega di copia del documento di identità del delegante. L’allegazione del documento alla procura è però possibile su base volontaria. Qualora una copia del documento fosse stata allegata, l’allegazione terrebbe luogo della menzione nel testo degli estremi, che si potrebbe omettere.

Nei casi previsti dall’art. 11 co. 7 D.Lgs. n. 28/2010 (quando si prospetti un accordo con cui le parti concludano uno dei contratti o compiano uno degli atti destinati alla pubblicità legale), il delegante “*può*” conferire la delega con firma autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Dopo aver regolato la forma della delega a partecipare agli incontri, la norma si interessa dell’esito positivo della mediazione e dell’accordo. Il legislatore ha presente il disposto dell’art. 1932 c.c. (“*la procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere*”), e contempla la possibilità che la delega per gli incontri possa essere fin dall’inizio predisposta in una forma idonea anche alla sottoscrizione dell’accordo.

La previsione sembra di utilità limitata. Non vi è dubbio che, anche in difetto di tale indicazione, il ricorso alla forma notarile, di grado superiore, sarebbe stato ugualmente possibile: non solo in funzione di un eventuale accordo notarile, ma, in generale, per un più rassicurante riscontro della partecipazione.

Ciò nonostante, sembra che il legislatore, giustamente restio ad introdurre nella mediazione prescrizioni formali non strettamente necessarie (art. 3 co. 3 D.Lgs. n. 28/2010 “*Gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità*”) voglia ugualmente tentare di indirizzare il conferente, per ragioni pratiche di stabilità della rappresentanza, ad una valutazione in prospettiva dell’esito della mediazione; incentivando fin dall’inizio il ricorso al notaio, quando è probabile e prevedibile che l’accordo, se raggiunto, debba avere forma notarile. Il legislatore mostra così di accogliere l’invito di una attenta dottrina a “*redigere la procura avendo cura di strutturarla in modo*

medesime conclusioni, la posizione espressa da Trib. Busto Arsizio 27.9.2022 n. 1324: “*potrebbe ritenersi che non vi sia necessità di autenticazione della procura speciale ma che sia sufficiente che la procura, avente natura sostanziale, non debba essere autenticata, a meno che non si debba disporre con la mediazione di diritti reali immobiliari, alla luce degli artt. 1392 c.c. e dell’art. 11, co. 3 D.Lgs. 28/2011. Tuttavia, tale interpretazione non è conforme a quanto previsto nella norma del codice di procedura civile relativo al tentativo di conciliazione (185 c.p.c.) [...] Risultano infine pienamente condivisibili le argomentazioni sostenute dalla giurisprudenza di merito al riguardo [...] Va ricordato che l’avvocato non ha un potere generale di autenticare la sottoscrizione di una scrittura privata, qual è di regola una procura, men che meno la procura di un mandato di rappresentanza in mediazione che attinge ad un alto tasso di possibilità di disposizione dei diritti. Il potere di autenticazione dell’avvocato è circoscritto infatti al solo ambito giudiziario, ed in particolare alla autentica della firma del cliente (art. 83 cpc in tali casi l’autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore) [...] Cosa consegue da ciò? Che 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 [...]”.*

¹¹⁴ LEO M. *La rappresentanza delle parti in mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 227.

tendenzialmente aperto, tenendo presenti le due fasi della mediazione: quella iniziale che va dall'istanza fino alla conclusione delle sessioni di mediazione e quella finale, coincidente con la sottoscrizione del verbale conclusivo al quale è allegato l'accordo"¹¹⁵. Qualora il consiglio non fosse stato accolto e la procura estesa in forma non autenticata, idonea per la partecipazione, ma non per l'accordo che si è palesato notarile, il delegante avrebbe la scelta tra la sottoscrizione personale e diretta dell'atto conclusivo e il conferimento di una nuova procura, adeguata a tal fine.

Se la forma prescelta dal delegante per la procura fosse stata fin dall'inizio quella notarile, non vi sarebbe necessità di far menzione in atto degli estremi del documento di identità del delegante. La prescrizione dell'art. 8 co. 4 bis D.Lgs. n. 28/2010 ha una sua ragione giustificativa per una delega non autenticata, al fine di ridurre il rischio di disconoscimento della sottoscrizione. Questa ragione non si pone con il documento notarile, in quanto il ministero del pubblico ufficiale vale di per sé a escludere ogni dubbio di non autenticità. I presupposti dell'accertamento notarile dell'identità personale sono ben diversi e molto più stringenti, rispetto alla sola lettura del documento esibito. Il notaio deve essere certo *aliunde* dell'identità personale del sottoscrittore¹¹⁶.

Letta la nuova normativa e tenuto conto del principio della partecipazione personale alla mediazione, con ricorso solo eccezionale alla rappresentanza, non è infine agevole ammettere la *subdelega*: cioè che il rappresentante nominato possa farsi a sua volta sostituire da altri, per la spendita del nome del rappresentato. Con la subdelega si verificherebbe un'ulteriore diluizione della partecipazione personale. In attesa delle valutazioni giurisprudenziali, si consiglia pertanto una notevole cautela, per evitare di incorrere nell'accertamento giudiziario *ex post* di invalidità del conferimento. Quello che è certo è che, volendosene ammettere la legittimità, per procedere alla subdelega il primo delegato subdelegante dovrebbe averne ricevuto il potere espresso. Egli potrebbe naturalmente conferire solo una subdelega speciale e non generale: essendo ammissibile solo la delega speciale, non diversa dovrebbe essere la subdelega. Per tale subconferimento dovrebbero infine sussistere giustificati motivi e il subdelegato dovrebbe essere a conoscenza dei fatti¹¹⁷.

6.7. Il controllo sui requisiti della rappresentanza

Il controllo di legittimità della rappresentanza non riguarda l'organismo di mediazione, che ha funzione organizzativa e rimane estraneo a quanto accade negli incontri, affidati alla conduzione e al ministero unico del mediatore.

Il controllo definitivo sulla partecipazione, sulla legittimazione ad intervenire e sulla rappresentanza spetta esclusivamente al giudice del contenzioso, a posteriori.

Al mediatore è affidato un primo sommario riscontro. Il comma 4 dell'art. 8 D.Lgs. n. 28/2010 opportunamente stabilisce infatti che *“ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale”*. Il mediatore procede all'identificazione dei soggetti

¹¹⁵ LEO M. *La rappresentanza delle parti in mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 225.

¹¹⁶ Art. 49 legge notarile n. 89/1913 *“Il notaio deve essere certo dell'identità personale delle parti e può raggiungere tale certezza, anche al momento della attestazione, valutando tutti gli elementi atti a formare il suo convincimento. In caso contrario il notaio può avvalersi di due fidefacienti da lui conosciuti, che possono essere anche i testimoni”*.

¹¹⁷ Era favorevole all'ammissibilità della subdelega, prima della entrata in vigore del decreto correttivo D.Lgs. n. 216/2024, sempre con le necessarie ricordate cautele, LEO M. *La rappresentanza delle parti in mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di Marinaro M., Gruppo24Ore, II ed. 2024, p. 227-288. L'Autore molto opportunamente distingue poi dalla subdelega l'ipotesi, non infrequente, di sostituzione del legale incaricato dalla parte con altro avvocato o praticante avvocato, per uno o più incontri. In tale diversa ipotesi *“non si discute di poteri rappresentativi in senso sostanziale bensì delle modalità e dei limiti dell'incarico di assistenza conferito dalla parte al legale. In questi casi l'indagine documentale appare decisamente più blanda, ben potendo essersi accordate le parti per la libertà, anche organizzativa, della prestazione di assistenza commissionata”*.

presenti, in persona e per delega, controlla la corrispondenza degli stessi con l'istante e l'invitato, come indicati nella domanda introduttiva. Richiede ai delegati di dichiarare i loro poteri e di esibire la delega, accertandosi che la stessa abbia i requisiti formali minimi previsti dall'art. 8 co 4 *bis* D. Lgs. n. 28/2010 (almeno forma scritta non autenticata e menzione degli estremi del documento di identità del delegante). Acquisisce la delega agli atti della procedura, unitamente a copia del documento d'identità del delegato (art. 8 co. 4 *bis* D.Lgs. n. 28/2010). Provvede poi ad esplicitare nel verbale i reciproci rapporti e ruoli degli intervenuti, valutando l'opportunità di allegazione di copia della delega, per agevolare l'eventuale lettura giudiziaria¹¹⁸.

Qualora tali riscontri non dessero esito positivo e le altre parti intendessero procedere ugualmente nell'attività, il mediatore non potrebbe opporsi alla prosecuzione. Le questioni attinenti alla rappresentanza rimangono, in prima istanza, di interesse e nella disponibilità esclusiva delle parti, che valuteranno se tenere conto anche delle esigenze di sottoscrizione dell'eventuale accordo (in conformità di quanto stabilito, per ogni attività negoziale, dall'art. 1393 c.c.). Resta salva la successiva cognizione in sede giudiziaria quanto all'avveramento della condizione di procedibilità e alla corretta partecipazione al procedimento.

Non spetta così al mediatore esprimere giudizi definitivi circa la legittimità della rappresentanza, la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge per la sostituzione, la validità formale o sostanziale della delega. Il mediatore non potrà di sua iniziativa impedire la partecipazione di un soggetto che si qualifichi rappresentante di una parte: neanche se questi non fosse in grado di esibire una delega scritta, o nella delega non fosse stata fatta menzione del documento di identità del delegante; o, ancora, se la procura non avesse le caratteristiche della specialità (venendo ad esempio esibita una procura generica ed onnicomprensiva) o si trattasse di una mera procura *ad litem*. Il mediatore dovrebbe informare accuratamente le parti dei vizi riscontrati, verbalizzare l'informativa resa (anche per evitare addebiti di responsabilità) e la decisione assunta dalle parti al riguardo. A maggior ragione, egli non potrebbe astenersi dall'attività, neanche se convinto dell'insussistenza dei requisiti del giustificato motivo o della conoscenza dei fatti da parte del delegato.

Il mediatore è per statuto normativo professionale privo di ogni potere decisionale (art. 1 co. 1 lett. b) D.Lgs. n. 28/2010¹¹⁹). Inoltre, nulla esclude che, nonostante i difetti della delega, la mediazione possa lo stesso volgere ad una conclusione positiva. Sarebbe sempre possibile, in questo caso, ovviare successivamente alle problematiche della rappresentanza, curando che, alla fine, la sottoscrizione dell'accordo avvenga da parte dei soggetti legittimati in diritto¹²⁰.

È possibile che il mediatore sia richiesto di inserire a verbale le dichiarazioni del delegato circa la sussistenza dei giustificati motivi e la sua conoscenza dei fatti della mediazione. È bene che egli

¹¹⁸ *"In sintesi, il mediatore all'inizio del primo incontro deve: 1) aver controllato la documentazione presente nel fascicolo; 2) aver controllato i poteri dei rappresentanti o di chi partecipa alla riunione sulla base dei documenti a disposizione; 3) aver già richiesto eventuali documenti e informazioni aggiuntive per completare il fascicolo; 4) avere copia di un documento di identificazione delle parti; 5) avere un elenco delle persone che accompagnano la parte alla riunione (professionisti esterni, tecnici ecc.). Nel primo incontro congiunto, prima ancora del discorso introduttivo, il mediatore verifica, insieme alle parti, alcuni punti importanti: se le stesse siano legittimate a presenziare alla riunione controllando velocemente i documenti nel fascicolo, nonché l'esistenza dell'eventuale procura speciale firmata dal rappresentante, e, inoltre, se nel frattempo sono intervenute delle variazioni non conosciute dal mediatore o delle condizioni che limitano il potere di prendere la decisione finale"* METAFORA R., *La mediazione*, 2024, p. 244 n. 132.

¹¹⁹ Art. 1 co. 1 lett. b) D.Lgs. n. 28/2010 *"mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo"*.

¹²⁰ Ritene invece che *"nel caso in cui, nel corso della riunione, si riscontri la mancanza del potere di decidere di una parte, il mediatore dovrà subito sospendere l'incontro e riferire al responsabile dell'organismo, fino a quando la parte priva di rappresentanza si attivi per ottenere i poteri necessari, eventualmente rimandando ad un'altra data l'incontro stesso"* METAFORA R., *La mediazione*, 2024, p. 244. L'opinione potrebbe essere condivisa solo in termini di opportunità, ma non di necessità o debenza della sospensione. Si finirebbe altrimenti per attribuire al mediatore poteri giuridico decisionali, del quale egli è invece, correttamente, del tutto privo.

accolga la richiesta, in quanto le dichiarazioni potrebbero essere utili al giudice per la ricostruzione degli eventi. È però opportuno che egli ricordi agli interessati che, al riguardo, il verbale non avrà valore probatorio definitivo, accogliendo appunto mere dichiarazioni di parte, per di più rese nel proprio particolare interesse. Inoltre, questa verbalizzazione richiederà sempre particolare cautela, potendo generare momenti di elevata conflittualità. Il mediatore dovrà avere ben presente che *“una eccessiva disponibilità nell’ammettere a verbale dichiarazioni di parte, pur se riferite a questioni procedurali, potrebbe trasformare la stanza della mediazione da luogo di proficuo confronto dialettico in litigiosa arena per uno sterile scontro; con improprio ed inutile anticipo rispetto al giudizio”*¹²¹.

Il controllo giudiziario a posteriori sulla sussistenza dei requisiti stabiliti per la rappresentanza dall’art. 8 co. 4 D.Lgs. n. 28/2010 non opera quando la mediazione abbia avuto esito positivo. Il principio della personalità della partecipazione e i ristretti limiti della delega sono diretti a favorire la conciliazione delle parti. Quando la conciliazione sia stata ottenuta, diviene superflua la ricognizione di chi abbia effettivamente partecipato agli incontri, se vi sia stata delega, per quali ragioni e con quali poteri conferiti. La volontà degli interessati, al fine di concludere la controversia, si è sostanziata e ha preso giuridico vigore nell’accordo concluso, sottoscritto dalle parti legittimate, talora diverse da quelle al tavolo della mediazione. La sottoscrizione dell’accordo a mezzo procuratore non è regolata dalle norme speciali per la rappresentanza in mediazione (destinate, come detto, alla mediazione *in itinere*) ma da quelle ordinarie di diritto civile (in special modo gli artt. 1387 ss. c.c.), che consentono l’imputazione al rappresentato degli effetti dell’accordo (fase conclusiva giuridico negoziale).

Il controllo giudiziale, ai sensi della normativa speciale per la rappresentanza in mediazione, entra in gioco in caso di esito negativo della procedura. In difetto della sussistenza dei requisiti di cui all’art. 8 co. 4 e co. 4 bis D.Lgs. n. 28/2010, il giudice del contenzioso trarrà le conseguenze di legge. L’illegittimo ricorso alla rappresentanza è da ritenersi equiparabile alla totale assenza dell’interessato. Il delegante non è presente, e non è presente neanche il delegato, se ha esibito una delega invalida. Nel caso sia illegittima la delega dell’istante, questi dovrà ritenersi assente e non avverata la condizione di procedibilità (art. 5 D.Lgs. n. 28/2010)¹²². Nel caso sia invalida la delega dell’invitato, l’assenza renderà applicabili le misure sanzionatorie per mancata partecipazione senza giustificato motivo (desunzione di argomenti di prova e sanzioni pecuniarie; art. 12 bis D.Lgs. n. 28/2010).

L’onere della prova della sussistenza dei requisiti di legittimità del ricorso alla rappresentanza grava sulla parte che ha conferito la delega¹²³. Rispetto al principio della personalità della partecipazione, il ricorso alla rappresentanza è infatti eccezionale e dello stesso deve essere data giustificazione da chi ne ha beneficiato.

¹²¹ FORTI P., *L’accordo notarile di mediazione*, CNN Notizie n. 24 del 7.2.2024, p. 8; al quale si rinvia in generale per l’esame delle modalità e tecniche di verbalizzazione degli incontri.

¹²² Trib. Firenze 25.9.2024 n. 6447: *“La conseguenza dell’assenza del giustificato motivo non è stabilita espressamente, ma in adesione ad un orientamento già espresso da questo tribunale (dott. Castagnini ordinanza 30/01/2024), si ritiene che debba individuarsi nella improcedibilità della domanda in quanto in tale modo viene preclusa la essenziale dialettica necessaria per il componimento degli interessi sostanziali sottesi alla controversia. In altri termini un delegato che compare usualmente, senza che sia rappresentato il giustificato motivo, senza che sia prodotta la procura sostanziale, equivale ad una mancata comparizione in mediazione, per tale motivo non idonea a soddisfare la condizione di procedibilità. Pertanto la mediazione instaurata successivamente dal ricorrente deve ritenersi non validamente esperita”*.

¹²³ Come già correttamente valutato dalla giurisprudenza di merito anteriore alla riforma (vedi *supra* par. 4.5).