

La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera

mondoadr.it/articoli/la-cassazione-n-8473-2019-una-rondine-che-speriamo-non-faccia-primavera.html

April 28,
2019

Condividi

Articolo pubblicato originariamente in *Questione Giustizia* e ripubblicato in MondoADR con il permesso dell'autrice.



Spesso mi sono domandata, se gli orientamenti giurisprudenziali abbiano un seguito e quale. La ultima ed unica, sentenza della Cassazione, che io ricordi, è stata quella in materia di mediazione e decreto ingiuntivo (Cass. n. 24629/2015). In quel caso la decisione della Cassazione, non è stata unanimemente accolta dai giudici di merito e, almeno in un primo tempo, non ha risolto il contrasto giurisprudenziale, che anzi, è proseguito a lungo, a sottolineare l'esigenza, probabilmente, di un chiarimento legislativo.

In questo caso, inoltre, non posso che augurarmi che l'intervento della Cassazione non risolva i contrasti e temo possa solo costituire un ingiustificato freno ad uno sviluppo giurisprudenziale della mediazione che, ricco di buone prassi e di risultati concreti di grande livello, è invece degno di essere adeguatamente supportato da un corrispondente intervento legislativo che ben la Corte avrebbe potuto incoraggiare.

Dobbiamo però fare delle distinzioni.

Credo che il caso sia ampiamente noto poiché già ripetutamente commentato, ma penso sia comunque utile un brevissimo riassunto.

In una controversia relativa a rapporti di locazione, come tali sottoposti ad un tentativo obbligatorio di mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis d.lgs 28/2010, ne viene eccepito il mancato esperimento. I soli procuratori delle parti si incontrano in sede di primo incontro ottenendo un rinvio per la prosecuzione del tentativo. Successivamente si limitano a comunicare telefonicamente al mediatore la loro volontà di non proseguire.

In sede di udienza, però, la parte convenuta eccepisce ulteriormente il mancato rispetto della condizione di procedibilità poiché, «nel procedimento di mediazione, non sono comparse le parti personalmente ma solo i difensori».

In sede di precisazione delle conclusioni, essendo venuta meno la materia del contendere, l'attore rinuncia alla domanda e insiste soltanto per ottenere la condanna alla rifusione delle spese legali, da liquidare in base al principio della soccombenza

virtuale.

Il Tribunale dichiara cessata la materia del contendere, rilevando, in rito, che non si è verificata la condizione di procedibilità della domanda di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs n. 28/2010, con conseguente improcedibilità della domanda attorea.

Il tema per cui la Corte è stata interrogata, è dunque quello della partecipazione personale delle parti all'incontro di mediazione, che può suddividersi in due punti:

1) se la parte sia tenuta a comparire personalmente davanti al mediatore;

2) se la stessa possa e in che modo, farsi sostituire.

A questi la Corte aggiunge un altro aspetto che, sottolinea «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».

La Corte cioè decide di occuparsi del «primo incontro» domandandosi: «Quando si può ritenere che il tentativo di mediazione obbligatoria sia utilmente concluso, ai fini di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità?»

Ma andiamo con ordine: è tenuta la parte a comparire personalmente innanzi al mediatore?

Qui forse si può distinguere un profilo di opportunità da un obbligo legislativamente sanzionato.

Quanto all'opportunità, le affermazioni della Corte sembrerebbero non lasciare dubbi: «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» (p. 8). Ma questo non le impedisce di concludere che si tratti di attività delegabile. Per giungere a questa conclusione la Corte non ritiene di dover prendere in esame la vasta giurisprudenza in senso contrario, ma si limita alla constatazione della mancanza di una previsione espressa, adducendo come esempio contrario, la disciplina dell'interrogatorio formale.

La Corte afferma quindi che la parte «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» (p. 10)

Sulla base della normativa vigente in tema di rappresentanza, è innegabile che l'affermazione sia corretta, ma la stessa Corte sente la necessità di precisare che l'oggetto della procura non può essere solo il potere di partecipare alla mediazione, ma

deve contenere «il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (ovvero, deve essere presente *un rappresentante a conoscenza dei fatti* (ndr, corsivo mio) e fornito dei poteri per la soluzione della controversia , come previsto dal progetto della Commissione Alpa sulla riforma delle ADR all'art. 84)» (p.10).

La Corte sembra però ignorare quanto sia normalmente poco probabile che il difensore sia a conoscenza dei fatti (ed ancor meno, ovviamente, degli interessi) in causa. Inoltre quelle della commissione Alpa sono proposte, ma perché la conoscenza dei fatti e degli interessi, si possa pretendere, temo sia necessaria una previsione espressa come quella contenuta nell'art. 420 cpc relativamente alla conciliazione in materia di lavoro. Ciò è tanto vero che, mi pare, la maggior parte dei commentatori della sentenza ha richiamato questo aspetto limitandosi a sottolineare (a volte con sottintesa soddisfazione) che il difensore può validamente sostituire la parte in mediazione!

Il testo integrale della proposta della Commissione Alpa, di modifica del primo comma dell'art. 8, infatti, recita: «Le parti devono essere presenti di persona oppure, per giustificati motivi, tramite un rappresentante diverso dall'avvocato che le assiste in mediazione. Il rappresentante deve essere a conoscenza dei fatti e fornito dei poteri per la soluzione della controversia».

Fondamentali dunque, oltre all'ovvio potere di disporre, sono le due premesse: vi devono essere giustificati motivi per farsi sostituire ed il rappresentante dev'essere a conoscenza dei fatti.

È vero che la commissione Alpa ritiene di dover andare anche oltre, precisando che il rappresentante debba essere diverso dall'avvocato che assiste le parti in mediazione. Tale divieto, una volta diventato legge, non dovrebbe creare grande scalpore, ma anzi impedire l'insorgere di possibili conflitti di interesse tra colui che assiste la parte da un punto di vista legale e chi invece ne deve semplicemente valorizzare non le pretese, ma gli interessi per risolvere un conflitto.

La Corte quindi, da una parte, si proclama convinta dell'opportunità della presenza personale della parte, e formula così il primo principio di diritto: «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». Dall'altra, però, ritiene che oggi non sia possibile imporla e quindi passa all'esame delle condizioni formali per una sua sostituzione, formulando il secondo principio di diritto: «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» (p. 14).

Se si accetta la premessa, perfettamente corretta appare la conclusione della Cassazione nell'affermare la necessità di una procura sostanziale, della quale, al contrario di quanto sembrano averne ricavato i primi commentatori, non precisa la forma.

Confermando l'opinione espressa dalla Corte d'appello di Trieste nella sentenza impugnata, la Cassazione sottolinea che «sebbene la parte possa farsi sostituire dal difensore nel partecipare al procedimento di mediazione, in quanto *ciò non è auspicato* (*ndr*, corsivo mio) ma non è neppure escluso dalla legge, non può conferire tale potere con la procura conferita al difensore e da questi autenticata, benché possa conferirgli con essa ogni più ampio potere processuale». E aggiunge: «Per questo motivo, se sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata allo scopo non può essere autenticata dal difensore, perché il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore» (p. 10). Poco conta che la procura fosse stata rilasciata in forma notarile, dal momento che era «comunque una procura dal valore meramente processuale, che non attribuiva all'avvocato la rappresentanza sostanziale della parte» (p. 11).

Come accennavo, invece, nulla la sentenza dice per quanto riguarda la forma della procura sostanziale (presumibilmente speciale) che deve giustificare il potere del rappresentante.

È ovvio del resto che non lo faccia, poiché nessuna delle norme giuridiche astrattamente applicabili tanto con riferimento alla disciplina della mediazione, quanto alla normativa di diritto comune lo richiede.

Nessun elemento, infatti, sembra deviare dalla regola prevista dall'art. 1392 cc, secondo la quale la forma della procura speciale sostanziale deve essere determinata *per relationem*: il verbale di mediazione cui è direttamente collegata, infatti, è sempre una scrittura privata non autenticata (come noto il mediatore non ha il potere di autenticare, ma si limita a certificare l'autografia della sottoscrizione delle parti ex art.11, comma 3).

Diverso è il problema relativo all'accordo sostanziale raggiunto. Certamente se si tratta, ad esempio, di trasferire un bene immobile, l'accordo stesso dovrà, perché si possa procedere alla trascrizione, essere redatto davanti al notaio e sottoscritto dalle parti personalmente oppure da un delegato con procura notarile (adeguata cioè all'atto da sottoscrivere).

Secondo alcuni, richiedere fin da subito la procura notarile, prevedendolo, ad esempio, nel Regolamento di procedura dell'organismo, potrebbe essere una scelta utile per indurre le parti a partecipare personalmente, pur di evitare questa incombenza. Per altri, invece, potrebbe servire a dare maggiore credibilità alle trattative. A mio avviso, deve restare una libera scelta, poiché comporta comunque un aggravio di tempo e spesa, spesso non giustificabile.

Giungiamo ora al terzo ed ultimo principio di diritto enunciato: «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» (p. 10).

Come ricordavo, sul punto la Corte non è stata direttamente interpellata, ma, ciò non di meno, decide di pronunciarsi poiché, a suo avviso: «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» (p. 11).

Francamente non è facile capire perché la Corte sia voluta intervenire, forse con una certa leggerezza, senza analizzare il lungo percorso compiuto dalla giurisprudenza di merito, non senza dubbi e difficoltà. Né sembra rendersi conto delle possibili conseguenze del suo intervento su un orientamento giurisprudenziale che, visti gli indubbi effetti positivi, meritava e merita un intervento legislativo per rafforzarne il successo. E molto utile sarebbe stato un forte segnale della suprema Corte al legislatore in questo senso.

I magistrati non dovrebbero essere costretti ad uno sforzo di ricostruzione lento e difficile (e che comporta inevitabilmente il rischio di contrasti giurisprudenziali, e di possibili forzature interpretative), ma quando in fine riescono, come nel caso di specie, a concretizzare risultati consoni all'efficacia degli strumenti posti nelle loro mani, dovrebbero essere sostenuti da un intervento del legislatore che ne confermi la correttezza e ne completi l'efficacia.

Stiamo parlando di quella fase della procedura di mediazione definita «primo incontro» nella legge. In realtà non si può neanche parlare di una definizione, poiché è la descrizione del momento temporale, preciso ed inevitabile, in cui, per la prima volta, si incontrano tutti i soggetti della procedura. Ciò è tanto vero che lo stesso termine risale al testo originario del decreto legislativo 28 e non è accompagnato né in esso, né dopo l'intervento legislativo del 2013, da nessun aggettivo, che il legislatore bene avrebbe potuto aggiungere.

L'uso della terminologia «primo incontro informativo» viene da chi ha voluto dare una determinata interpretazione alla legge ed è quello ora raccolto dalla Cassazione. La lettura corretta è dunque quella di primo incontro di mediazione, al pari di quelli eventuali e successivi richiamati dal legislatore all'art. 8, quando fa riferimento «al primo incontro e agli altri incontri successivi».

Non dimentichiamoci che l'obbligatorietà può essere solo del tentativo e, se si decide di proseguire, il tentativo diventa automaticamente volontario. Ovviamente ogni parte può pur sempre porre fine al tentativo in qualunque momento senza giungere all'accordo finale.

Ma partiamo dal testo della norma.

La Corte sembra ritenere, da un lato, che il testo della legge sia chiaro nel regolamentare un puro incontro informativo e preliminare e, dall'altro, che ciò sia consono alla necessità di interpretare la presente «ipotesi di giurisdizione condizionata in modo non estensivo,

ovvero in modo da non rendere eccessivamente complesso o dilazionato l'accesso alla tutela giurisdizionale» (p. 12).

Tutti conosciamo le vicende del cd. tentativo obbligatorio di mediazione. La Corte costituzionale ne aveva sì dichiarato l'incostituzionalità ma per un semplice difetto di delega (ben avrebbe potuto la Corte di cassazione ricordarlo) non perché il principio di per sé fosse incostituzionale.

L'efficacia dello strumento è l'elemento fondamentale per garantirne la legittimità anche in fase preliminare al giudizio, quale ipotesi di giurisdizione condizionata e questo non solo per la nostra Corte costituzionale, ma anche per la CJUE che, sottolineando la legittimità di un regime di iniziale obbligatorio, ne ha ribadito la compatibilità con l'ordinamento europeo, in presenza di specifiche garanzie, tutte contenute nella nostra legislazione (vds., le decisioni del caso *Alassini*, C-317/08 del 18 marzo 2010, e del caso *Menini*, C-75716 del 14 giugno 2017).

Pendente il giudizio della Corte costituzionale, si è pensato però utile, per evitare ulteriori polemiche, rendere chiaro all'utente che lo scopo dell'obbligatorio è permettere a tutti di conoscere l'istituto e, almeno brevemente, sperimentarlo in concreto. Se poi esistono validi motivi per non proseguire nello svolgimento, interviene l'art.5 comma *2-bis* che stabilisce: «Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo». Il che, può facilmente far pensare che anche in questa sede si possa raggiungere un accordo conciliativo.

È innegabile che si parli comunque di un'informativa da parte del mediatore, ma bisogna intenderne le caratteristiche. L'informativa generica deve essere già chiaramente pervenuta alle parti, quantomeno con il rispetto dell'obbligo previsto a carico degli avvocati, dall'art. 4, e si farebbe oggi un torto a questa categoria se si pensasse che ciò non avviene.

Quella descritta nell'art. 8 è dunque un'informativa qualificata sia perché proviene dal mediatore, sia perché le parti sono presenti insieme e quindi l'informativa può essere facilmente applicata al caso concreto. In questo modo diviene efficace al punto da permettere alle parti e ai loro avvocati *di esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione* e, nel caso positivo, consentire al mediatore di procedere. Si tratta dunque di verificare insieme la mediabilità della controversia e solo qualora il risultato sia negativo, decidere di non proseguire. È evidente l'utilità di questo approccio che comunque consente un primo confronto tra le parti, con conseguente inevitabile apertura al dialogo, e che può produrre utili frutti anche nel corso del successivo processo.

Bene avrebbe potuto il legislatore parlare semplicemente di «volontà delle parti» di procedere nello svolgimento della procedura, ma questo non è stato fatto intenzionalmente.

D'altra parte, un incontro solo informativo, rischierebbe di risultare veramente inutile ostacolo all'accesso alla giustizia.

Questo è infatti avvenuto in Romania dove l'art. 2, par. 1 e 1²della Legge 192/2006, come modificata dalla legge n. 115/2012 aveva previsto un incontro obbligatorio informativo tra le parti, gli avvocati ed il mediatore, per ottenere un documento che ne attestasse il compimento e poter poi accedere al giudice. Pur essendo previsto sulla carta totalmente gratuito, in pratica vi si inserirono varie spese e ne crebbe l'inutilità, così da spingere la Corte costituzionale rumena, con la delibera n. 266 del 7 maggio 2014, a dichiararne l'incostituzionalità. Tra le motivazioni il fatto che la seduta fosse necessariamente limitata ad una semplice informativa, e non potesse dare vita ad un concreto tentativo di risolvere il conflitto tramite la mediazione. L'incontro tra parti e mediatore si era ridotto così ad un puro e ingiustificato formalismo.

Il testo emanato in sede di riforma del 2013 è senza dubbio frutto di un difficile compromesso, ma certamente anche della comune volontà di sperimentare la via di un diverso approccio alla diffusa conflittualità. È innegabile che, la spinta principale sia venuta proprio da coloro che ne esaltano il solo potenziale deflattivo, ma, nel frattempo, si è affermato il riconoscimento di una diffusa esigenza di una giustizia più condivisa e che valorizzi l'autonomia (ma anche la responsabilità) delle parti personalmente, nella risoluzione delle controversie.

Senza dubbio il legislatore avrebbe potuto fare di più e meglio, ma dopo tante perplessità e tante incertezze da parte di tutte le categorie coinvolte (cittadini, avvocati e magistrati), la mediazione sembra essere entrata a far parte del nostro quadro giuridico di riferimento, per cui credo si possa affermare che «indietro non si torna»!

L'Europa, con il Consiglio e la sua Commissione europea per la efficienza della giustizia-Cepej [1] ci riconosce il merito di aver prodotto casi e statistiche inequivocabili a dimostrazione del fatto che la mediazione può funzionare. Si parla dunque di "modello italiano" quale esempio da imitare, accompagnato inoltre da un'interessantissima produzione giurisprudenziale da studiare ed approfondire per far crescere l'istituto. Diversi Paesi anche non europei si stanno avvicinando a sperimentazioni simili, gli avvocati stessi si rendono conto che si può e si deve andare avanti su questa strada (vds. la mozione CNF in data 7 aprile 2019) e quanto ai magistrati molto è stato fatto e molto è ancora da fare.

Da un lato la sensibilità verso questo strumento è ancora assolutamente ridotta per un grande numero di componenti la magistratura. In molte sedi il mancato esperimento del tentativo di mediazione non viene assolutamente eccepito dal giudice e, nel silenzio delle parti, è totalmente ignorata la previsione del legislatore. Là dove il tentativo viene effettuato, e la parte non si presenta (dato ahimè ancora molto alto, se pure in netto miglioramento) i giudici tendono a non applicare il comma 4-*bis*, dell'art.8 (ricordata anche dalla Corte), che prevede: «Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura

civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio». A tal punto che è stato sottolineato l'indubbio danno erariale che questo comporta per lo Stato.

Dall'altro lato è anche l'attività di pochi magistrati che ha permesso una sperimentazione necessaria per giungere ad una applicazione della legge che, a dispetto della scarsa chiarezza del testo, possa oggi essere indicata come la via italiana alla mediazione. Certamente molti sono stati i contrasti giurisprudenziali e non sempre condivisibili le scelte effettuate, ma oggi vi sono delle realtà che non si possono ignorare, a cominciare ad esempio dalle banche dati dei provvedimenti giudiziari e degli accordi conciliativi [2], dalle buone pratiche di diverse sedi giudiziarie ed dall'impegno profuso per coinvolgere varie realtà, quali tribunali, università e organismi di gestione delle mediazioni. Tutto ormai ampiamente documentato e verificabile attraverso la trasparente pubblicazione di risultati [3].

Così la mediazione delegata ha assunto un grande rilievo (non ancora nei numeri, certamente inferiori al reale potenziale), come approfondimento ed elaborazione di principi.

Per questo, nella proposta della Commissione Alpa, ogni equivoco viene fugato. Partendo proprio dalla mediazione delegata, dove l'esame della mediabilità viene compiuto dall'ufficio del magistrato (e perché ciò sia reso evidente anche nella legge, si chiede, con la modifica dell'art. 5 che il provvedimento di rinvio sia sempre motivato in un'ordinanza), il primo incontro torna ad essere solo il primo di possibili successivi incontri nel quale si inizia l'esperimento del tentativo, fermo restando, ovviamente, la possibilità che questo si interrompa in qualsiasi momento.

Perché questo sia possibile però, l'intervento del legislatore deve (e la proposta della Commissione Alpa lo fa) intervenire sulla disciplina dei costi.

Oggi il mediatore che svolge effettivamente il suo compito fin dal primo incontro, non viene pagato, perché la prassi ha fatto sì che per lo più prevalesse l'interpretazione riduttiva, che asseconda il perverso meccanismo di nessun compenso per il momento informativo e pagamento totale per un inizio di attività di merito.

Secondo la proposta, di modifica dell'art.17 comma 5.3: «Fermo restando quanto previsto dai precedenti commi, in particolare dal comma 4 e dal decreto previsto dall'art. 16 comma 2, per il primo incontro, nei casi in cui la mediazione è condizione di procedibilità, ciascuna parte è tenuta a versare all'organismo l'importo di 40 euro per le liti di valore inferiore a 1000 euro, di 80 per le liti sino a 10.000 euro, di 180 euro per le liti di valore da 10.000 euro a 50.000 euro, di 200 euro per le liti di valore superiore a 50.000 euro. Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro tale importo sarà

considerato a titolo di spese di mediazione. Nel caso in cui sia raggiunto un accordo o la mediazione prosegua oltre il primo incontro il suddetto importo sarà detratto dalla indennità di mediazione».

Molto altro di interessante è contenuto nella proposta, così come altro si può aggiungere e perfezionare, ma non è questa la sede per dilungarmi su ciò.

Conclusione

Per tutto quanto detto non può non apparire fuori tempo e fuori posto, l'intervento della Cassazione che, pur partendo da un'apparente consapevolezza dell'istituto e dando spunti interessanti, rischia di essere un inutile freno in un momento ancora così delicato della nostra evoluzione culturale.

Le difficoltà ci sono ed è inutile nasconderele, la Corte avrebbe senza dubbio potuto rilevarle, ma la strada tracciata non può e non deve essere interrotta. La Corte stessa fa riferimento ai lavori della Commissione Alpa, che suggeriscono al legislatore quanto meno gli interventi più urgenti ed essenziali, per non far ricadere sui soli giudici, il faticoso compito di superare i dubbi lasciati dalla legge.

Mi sarebbe piaciuto che la Corte da qui proseguisse, sostenendo l'auspicabile compito del legislatore e non presentasse invece il fianco ai detrattori di quella che può essere senza dubbio una delle riforme legislative di maggiore importanza nella crescita e nell'evoluzione del sistema giuridico italiano.

Tratto dall'intervento tenuto il 9 aprile 21019 presso il *Centre di études juridiques européennes et comparées de l'Université Paris X Nanterre

[1] <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-work/mediation>

[2] http://www.tribunale.bari.giustizia.it/buone_prassi_1.aspx

[3] Vds. ad esempio i progetti Nausica prima (<http://bitly.com/2Xkma1U>) e Giustizia semplice poi (<http://bitly.com/2Peo29Q>)

Condividi