

Il **Tribunale di Vasto nell'ordinanza del 9.4.2018** affronta la dibattuta questione della necessità della assistenza legale in mediazione, rispetto alla quale il complessivo impianto normativo del D. Lgs. n. 28/10 non offre risposte chiare ed univoche. Il caso riguardava una banca convenuta che partecipava alla mediazione in videoconferenza a mezzo di un dipendente delegato ma senza l'assistenza dell'avvocato

Secondo il Tribunale sul piano normativo: *“Da un lato, infatti, l'art. 5, comma 1 bis, del citato decreto statuisce che “chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di [...] è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione” e l'art. 8, comma 1, prescrive che “al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato”, offrendo in tal modo un'argomentazione di carattere letterale ai sostenitori della tesi della obbligatorietà della assistenza legale delle parti in mediazione. Dall'altro lato, il successivo art. 12 stabilisce che “ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico [...]. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico”. Tale norma, regolando compiutamente sia il caso in cui le parti siano tutte assistite dall'avvocato, sia il diverso caso in cui ciò non accada, si presta ad essere interpretata nel senso che l'assistenza legale in mediazione è indispensabile solo al fine di attribuire efficacia di titolo esecutivo all'accordo raggiunto in mediazione, ma non è sempre necessaria: nell'ipotesi in cui taluna delle parti non sia assistita da un avvocato, l'accordo necessita di un decreto di omologa da parte del Presidente del Tribunale. L'antinomia dei dati normativi innanzi esaminati esige un chiarimento interpretativo che tenti di comporre l'apparente contrasto: premesso che la formulazione letterale delle disposizioni di cui agli artt. 5, comma 1 bis e 8, comma 1, è inequivocabilmente chiara nell'imporre alle parti l'obbligo di essere assistite, per tutta la durata della procedura di mediazione, da un avvocato (cfr., in tal senso, T.A.R. Lazio, 26.01.2015, n. 1421; Trib. Torino 30.03.2016, n. 1770), l'unico plausibile significato che, ad avviso di questo giudicante, può essere attribuito al primo periodo dell'art. 12, che prefigura ipotesi di mediazioni in cui taluna delle parti non sia assistita da un avvocato, è quello per cui tale disposizione faccia riferimento ai casi di cui all'art. 2 del D. Lgs. n. 28/10, vale a dire alle mediazioni attivate su base volontaria, nelle quali l'esperimento del procedimento non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La chiave di lettura che qui si propone, per un verso, valorizza gli elementi di differenziazione delle due forme di mediazione: quella obbligatoria, in cui la previsione della assistenza legale obbligatoria è funzionalmente correlata alla*

necessità di fornire alle parti il supporto di una adeguata consulenza professionale per il corretto compimento di valutazioni e scelte dal cui esercizio possono derivare rilevanti conseguenze sul piano della effettività della tutela dei diritti dei soggetti protagonisti, prima fra tutte il rischio della declaratoria di improcedibilità della domanda giudiziale; e quella volontaria, il cui tratto distintivo risiede nella centralità del ruolo dell'autodeterminazione delle parti, come rimarcato anche dal considerando n. 13 della direttiva comunitaria n. 2008/52, da cui si desume che il carattere volontario della mediazione consiste non già nella libertà delle parti di ricorrere o meno a tale procedimento, bensì nel fatto che "le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento", senza l'obbligo di una previa assistenza legale, della quale le parti sono libere di decidere se avvalersi o meno. Per altro verso, l'opzione interpretativa propugnata appare maggiormente rispettosa della ratio sottesa alla novella del D.L. 21 giugno 2013, n. 69 che, nel riformare la disciplina della mediazione, introducendo l'obbligo dell'assistenza dell'avvocato durante l'intera procedura di mediazione, ha inteso, in chiave protettiva degli interessi dei soggetti coinvolti in una controversia, attribuire una nuova centralità al ruolo del professionista forense, il cui compito è quello di accompagnare il proprio cliente nella procedura tutelando sia le sue pretese che i suoi interessi, da un lato lasciando a quest'ultimo la possibilità di partecipare attivamente nella gestione del conflitto che lo vede protagonista e, dall'altro, cercando di dissuaderlo da tutte quelle condotte elusive dell'obbligo di partecipazione effettiva alla procedura di mediazione che potrebbero avere gravi ripercussioni di tipo sanzionatorio, sia sul piano processuale che economico. Peraltro, l'ulteriore conseguenza di tale scelta legislativa consiste nella progressiva emersione di una nuova figura professionale - quella dell'avvocato, esperto in tecniche negoziali, che "assiste" la parte nella procedura di mediazione - che si distingue dalla figura tradizionale dell'avvocato, esperto di tecniche processuali, che "rappresenta" la parte nel processo. Al professionista forense, in altri termini, è richiesta l'acquisizione di nuove competenze di tipo umano e relazionale (ad esempio, la capacità di ascoltare in modo attivo, di sapere rimanere in silenzio, la capacità di comunicare con il cliente e con le controparti e di trarre elementi dalla comunicazione verbale e non verbale, di essere empatici, nonché di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate), che si aggiungono a quelle di difesa tecnica di tipo tradizionale. Tali competenze professionali, presupponendo l'approfondimento di aspetti che vanno al di là di quelli giuridici ed appartengono alla sfera dei valori, dei sentimenti e delle emozioni che sono alla base di ogni conflitto, richiedono l'abbandono della logica avversariale e di scontro, tipica delle tecniche processuali e del negoziato di "posizioni" (ossia quello tradizionale ove ogni parte cerca di ottenere per sé il maggiore risultato possibile), per passare al negoziato di "interessi", ove lo scopo è di intavolare un negoziato in modo collaborativo, volto a che il professionista comprenda il punto di vista dell'altra parte, per arrivare a una cooperazione con la stessa ed eventualmente al raggiungimento di un accordo condiviso ove questo sia possibile.

Il Tribunale motiva poi con una serie di considerazioni che la previsione dell'obbligo di assistenza di un legale non è in contrasto con la normativa comunitaria né con i principi stabiliti dalla corte di giustizia secondo la quale "il requisito di una procedura di mediazione come condizione di procedibilità di un ricorso giurisdizionale può rivelarsi

compatibile con il principio della tutela giurisdizionale effettiva qualora tale procedura non conduca a una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione o la decadenza dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, a patto però che la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e che sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone”.

E' da ritenere che non ci sono ingenti costi per le parti in quanto intanto i compensi degli avvocati sono determinati in base alla normativa del DM 55/2014 per prestazioni stragiudiziali e che nella liquidazione del compenso per l'attività di assistenza legale in mediazione, il giudice può diminuire fino al 50% i valori medi tutte le volte in cui la procedura di mediazione si sia interrotta al primo incontro o non abbia comunque condotto ad un proficuo esito conciliativo della controversia.

“A quanto finora osservato occorre, da ultimo, aggiungere un’ulteriore considerazione: la valutazione in merito al carattere ingente dei costi di una procedura di A.D.R. obbligatoria deve essere condotta temperando, da un lato, il diritto del professionista a vedere remunerata la propria attività professionale con un compenso dignitoso e proporzionato all’importanza, alla natura, alla difficoltà e al valore dell’affare, oltre che alla complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate e, dall’altro, il diritto del cliente a non farsi carico di oneri economici non adeguati alle proprie risorse economiche e ai benefici concretamente ottenuti come risultato della prestazione professionale del proprio difensore. Nel caso in cui il procedimento di mediazione si concluda positivamente con il raggiungimento di un accordo amichevole, la parte avrà conseguito un risultato quantomeno equiparabile, sul piano della tutela dei diritti e degli interessi, a quello che avrebbe ottenuto con una soluzione giudiziale della controversia, con la differenza di aver sostenuto dei costi di gran lunga inferiori a quelli che avrebbe dovuto affrontare in caso di giudizio, com’è agevolmente riscontrabile dal confronto tra i parametri forensi per le prestazioni di assistenza stragiudiziale e quelli per le attività di rappresentanza in giudizio. Tale considerazione è già, di per sé sola, sufficiente ad escludere che i costi della procedura obbligatoria di risoluzione alternativa delle controversie che si sia conclusa con esito positivo possano essere considerati ingenti, posto che il fruttuoso esperimento della mediazione si è comunque tradotto in un vantaggioso risparmio di spesa per la parte. Nel diverso caso in cui il procedimento di mediazione si concluda negativamente senza il raggiungimento di un accordo amichevole, il compenso dovuto all’avvocato per l’attività di assistenza legale sarà sicuramente più modesto, vuoi per la decurtazione che il giudice è legittimato ad applicare con il regime degli attuali parametri forensi, vuoi per la limitazione del compenso soltanto ad alcune fasi della procedura”

In conclusione il giudice afferma che la condotta della parte che si reca personalmente al primo incontro di mediazione, rifiutandosi di farsi assistere da un avvocato (sebbene a ciò compulsata dal mediatore) e pretendendo di partecipare autonomamente agli incontri di mediazione, è illegittima perché assunta in violazione delle prescrizioni del D. Lgs. n. 28/10 che impongono alle parti l’obbligo di assistenza legale per tutta la durata della procedura di mediazione. Pertanto la parte che decide di presenziare da sola alla

procedura di mediazione può subire le conseguenze sanzionatorie previste dagli artt. 5 e 8, comma 4 bis, del D. Lgs. n. 28/10.

“ In particolare, se il rifiuto della assistenza legale proviene dalla parte istante, deve ritenersi che la condizione di procedibilità della domanda giudiziale non si sia avverata, per la dirimente ragione che, ai fini della procedibilità, non è sufficiente esperire un procedimento di mediazione purchessia, ma è necessario rispettare tutte le condizioni di legge per un rituale e corretto svolgimento della procedura, prima tra tutte quella che impone alle parti di munirsi di un avvocato che le assista. Se, invece, il rifiuto proviene dalla parte invitata), lungi dal poterne dedurre l'improcedibilità della domanda giudiziale della parte istante, si verifica un presupposto per l'irrogazione – anche nel corso del giudizio – della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 4 bis, D. Lgs. n. 28/10, oltre che un fattore da cui desumere argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.”

In merito ai dubbi in ordine all' applicabilità della procedura di mediazione quale condizione di procedibilità, al procedimento di revoca dell'amministratore condominiale si è espresso il **Tribunale di Macerata con ordinanza del 10.1.2018**. Il giudice, attraverso un'esegesi completa della normativa, ritiene che si applichi l'art.5 del D.lgs. n. 28/2010.

Secondo il Tribunale bisogna prendere in esame l'art. 71 quater disp. att. c.c., introdotto con la legge 220/2012, che stabilisce : “per controversie in materia di condominio, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28, si intendono quelle derivanti dalla violazione o dall'errata applicazione delle disposizioni del libro III, titolo VII, capo II, del codice e degli articoli da 61 a 72 delle presenti disposizioni per l'attuazione del codice.” e l'art. 64 disp att. c.c., espressamente richiamato dall' art. 71 quater, che disciplina il procedimento di revoca dell'amministratore, nei casi indicati dall'undicesimo comma dell'articolo 1129 e dal quarto comma dell'articolo 1131 del codice; i citati articoli letti insieme all'art.5 del D.lgs.2010 inducono a ritenere che “ non possano sussistere dubbi in ordine alla applicabilità al procedimento di revoca dell'amministratore della procedura di mediazione quale condizione di procedibilità” in quanto gli artt. 71 quater e 64 disp. Att. c.c. rappresentano norma speciale nella specifica materia del condominio ed il rinvio operato dall' art. 71 quater disp. att. all'art. 5 comma 1 c.c. del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 costituisce “ un rinvio mobile, sia in ragione della natura procedurale della norma, sia in forza della preferenza, in generale, nella tecnica di corretta redazione legislativa per tale forma di rinvio, sia, infine, alla stregua del principio di conservazione degli atti normativi”.

La **Corte di Appello di Ancona con la sentenza del 23-05-2018** dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale per mancato esperimento della procedura di mediazione, in forza della mancata partecipazione personale della parte al primo incontro informativo durante il giudizio di primo grado.

Secondo la Corte : “In base all'art. 8 D.lgv. n. 28/2010 l'obbligo di preventiva mediazione può ritenersi osservato solo in caso di presenza personale della parte o di un suo delegato, diverso dal difensore, e non in caso di comparsa esclusivamente del difensore,

posto che scopo della mediazione è quello di riattivare la comunicazione fra i soggetti in conflitto al fine di metterli nelle condizioni di verificare la possibilità di una soluzione concordata.

D'altro canto non avrebbe senso imporre un incontro fra i soli difensori e il mediatore per un'informativa del tutto inutile e un tentativo di conciliazione che gli stessi potrebbero attuare direttamente senza particolari formalità e inutili esborsi ."

Conseguentemente poiché il giudice d'appello può, disporre d'ufficio l'esperimento del procedimento di mediazione – che diviene in tal caso condizione di o procedibilità della domanda anche in appello – si ritiene non preclusa la possibilità per il giudice dell'impugnazione di rilevare l'impossibilità di una pronuncia nel merito per violazione delle condizioni di legge per promuovere giudizialmente la domanda.

"Appare illogico che il giudice dell'appello, una volta apprezzata la nullità della pronuncia di merito di primo grado per non avere il giudicante rilevato doverosamente l'irritualità della mediazione consentendone l'eventuale sanatoria, riesaminasse il merito della domanda in difetto di rituale mediazione."

Il Tribunale di Siracusa con Ordinanza del 15-05-2018 richiamando altri precedenti si esprime su un'altra dibattuta questione: nella mediazione delegata dal giudice il primo incontro dovrà essere meramente informativo o le parti è come se fossero già entrate in mediazione?

Il Tribunale di Siracusa ritiene che la mediabilità della lite è già operata dal giudice e :*" ritenuto che nel caso di mediazione c.d. "delegata" l'obbligatorietà della mediazione non deriva dall'oggetto/materia della controversia, ma da una valutazione operata dal giudice in relazione alla potenziale "mediabilità" della lite, derivandone che tale vaglio non possa pertanto essere operato dalle parti al primo incontro informativo previsto dall'art. 8 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, poiché esso – per l'appunto – è già stato fatto dal giudice stesso prima di decidere di demandare la promozione della procedura; ritenuto pertanto che nella presente fattispecie debbano il mediatore e le parti, già in sede di primo incontro, iniziare immediatamente la discussione in ordine ai profili di merito della controversia, onde tentare di trovare una composizione amichevole della controversia (Trib. Firenze, 19 marzo 2014; Trib. Roma, 19 settembre e 29 settembre 2014; Trib. Palermo, 23 luglio 2014; Trib. Monza, 20 ottobre 2014; Trib. Siracusa, 23 gennaio 2015) – pena, l'improcedibilità della domanda;"*

Con riferimento proprio al principio di riservatezza il **Tribunale di Udine nella sentenza del 7.3.2018** richiama i principi già affermati dal **Tribunale di Roma –sentenza del 25.1.2016** - secondo la quale : *"Il procedimento di mediazione è improntato alla riservatezza il che sta a significare che al fine di consentire l'effettiva possibilità delle parti di poter parlare liberamente senza la remora che eventuali dichiarazioni a sé sfavorevoli possano essere utilizzate nella causa, non si devono verbalizzare (da parte del mediatore) né possono essere provalate da chiunque (compresi gli avvocati delle parti) tali dichiarazioni che neppure possono essere oggetto di testimonianza et similia... Occorre però perimetrare con esattezza giuridica tale principio. Che, in primo luogo, non vale, per espressa disposizione di legge*

(art. 9 cit.) contro la volontà della parte dichiarante. Inoltre, per coerenza logico-giuridica con quanto testè osservato a proposito della tutela della libertà di dialogo che va garantita

alle parti, 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.”.

Ripartendo, dunque, dalla necessità di perimetrare il concetto sostiene che il procedimento di mediazione *“si caratterizza, infatti, per una fase preliminare volta all'identificazione delle parti, dei loro delegati e dei loro difensori. Questa fase è, pertanto, necessaria al mediatore per verificare se vi siano i presupposti soggettivi per dar corso alla procedura di mediazione e, quindi, all'informativa di cui al primo comma dell'art. 8 del Lgs n. 28 del 2010. E' evidente che l'assenza di una parte comporta l'immediata chiusura della procedura di mediazione e rende non necessaria la suindicata informativa. Si deve, quindi, valutare se ciò che accade durante questa fase preliminare c.d. di identificazione della presenza dei soggetti partecipanti all'incontro, comporti o meno l'applicazione del disposto di cui all'art. 10 del D. Lgs. n. 28 del 2010.*

Si ritiene che il principio di riservatezza non si possa applicare a questa c.d. fase di identificazione, poiché – aderendo a quanto evidenziato dal Tribunale di Roma – il suddetto principio riguarda le dichiarazioni delle parti riferite al solo contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione e cioè al merito della lite.

Se, invece, le dichiarazioni delle parti riguardano le modalità della loro partecipazione alla mediazione ed allo svolgimento della stessa, non avendo ad oggetto il merito della lite, dev'essere ammesso non solo l'utilizzo del verbale, ma anche la prova orale volta ad accertare la partecipazione delle parti al procedimento di mediazione tutte quelle volte in cui il verbale di mediazione risulti lacunoso ed il mediatore non abbia correttamente e dettagliatamente trascritto tutte le circostanze inerenti la partecipazione dei soggetti.”

Il Tribunale di Udine da quanto detto fa discendere che il Mediatore possa essere chiamato a testimoniare su quanto avvenuto nella fase di identificazione:

“Nel momento in cui, terminata la procedura di mediazione, una delle parti (in genere la convenuta) all'udienza fissata ex art. 5 del D. Lgs. n. 28 del 2010 eccepisce l'improcedibilità della domanda per la mancata partecipazione personale della controparte all'incontro della mediazione, il Giudice, prima di chiudere il giudizio con una mera pronuncia di improcedibilità della domanda deve, sulla base delle allegazioni e deduzioni fornitegli, poter verificare l'effettiva presenza o meno del soggetto, accertando e conoscendo gli elementi fattuali di cui alla c.d. fase di identificazione.

Ne consegue che, se tale verifica risulti impedita per un'incompiuta verbalizzazione del mediatore, non si può ritenere di per sé inammissibile l'istanza di prova orale formulata

dalla parte destinataria dell'eccezione di improcedibilità volta a provare la propria presenza all'incontro di mediazione. Il Giudice è, quindi, tenuto a prendere in considerazione l'istanza e, se ne sussistono i presupposti, ad ammettere la prova orale ed il mediatore quale testimone"

Il Tribunale di Roma con una sentenza dell'11.1.2018 si pronuncia sul pagamento delle spese nei casi di ammissione a gratuito patrocinio e sulla base delle seguenti considerazioni si esprime diversamente da altre pronunce:

-“la disciplina in materia di mediazione nulla prevede con riferimento al soggetto tenuto al pagamento delle spese o dei compensi professionali nei casi in cui la parte è ammessa al gratuito patrocinio;

-l'art.75 del DPR 115/2002 presuppone attività di natura giurisdizionale alla quale non può essere assimilata la procedura di mediazione seppure obbligatoria;

-la costante giurisprudenza esclude che possa essere posta a carico dello stato l'attività stragiudiziale dell'avvocato

-la mediazione non è un'attività complementare alla successiva azione giudiziaria

Manca una normativa, dunque, secondo il giudice, che consenta di porre a carico dello stato le spese conseguenti all'ammissione di una parte al gratuito patrocinio quando l'attività dell'avvocato si sia limitata alla mediazione e non ci sia stato un giudizio.

La sentenza in verità è stata ampiamente criticata non risultando convincente la lettura limitativa dell'art.75 del DPR 115/2002 perché frustrante nei confronti delle procedure deflative del contenzioso.

Il Tribunale di Bergamo con ordinanza del 19.1.2018, a fronte dell'eccezione di improcedibilità della domanda sollevata dalla parte convenuta per la mancata partecipazione personale dell'attrice, ritiene che *“ l'orientamento giurisprudenziale prevalente sia nel senso che ai fini dell' assolvimento della condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 comma 1-bis d.lgs 28/2010 sia indispensabile la partecipazione delle parti personalmente e non solo quella dei loro difensori”*.

Il Tribunale di Roma con Ordinanza del 12-03-2018 ritiene che la mediazione obbligatoria non è stata esperita ritualmente, perché essendo stato presente il solo avvocato munito di delega è mancata la partecipazione effettiva e personale degli attori, come richiesto dalla giurisprudenza di merito pressoché unanime.

“...Va considerato che la legge dispone, per la mediazione obbligatoria e demandata, la partecipazione della parte, assistita dall'avvocato il che, in claris non fit interpretatio, esclude alla radice che possa ritenersi ritualmente instaurato il procedimento di mediazione con la presenza del solo avvocato, sia pure munito di delega del cliente; rimanendo da esaminare la diversa situazione nella quale oltre all'avvocato, vi sia altro soggetto munito del potere di rappresentanza della parte assente di persona

Il giudice non ammette, per le persone fisiche e salvi casi eccezionali, la rappresentanza della parte, assente di persona, in mediazioneA tale conclusione è agevole pervenire attraverso l'interpretazione letterale, sistematica e teleologica del decreto legislativo 28/2010. Si rinviengono numerosi riferimenti testuali, in tale legge, alle parti. L'art. 8 primo comma terzo periodo dispone che al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. E prosegue, prevedendo che durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. L'espressione "parte" potrebbe essere interpretata, ma solo se completamente avulsa dal contesto della legge, in modo anodino ed indifferente (parte fisica personalmente presente; ovvero parte fisica non presente ma rappresentata da un terzo). Per verificare la praticabilità di tale interpretazione occorre tenere presenti, oltre al dato testuale, ulteriori segmenti logici e normativi che concorrono nella univoca conclusione che la giusta accezione della parola parti (fisiche) è quella che riferita ai soggetti titolari del diritto conteso personalmente presenti. Il mandato (che in ciò si sostanzia il conferimento di rappresentare la parte assente in mediazione), necessita, per la sicurezza del mandante, del mandatario e del terzo, di istruzioni e poteri certi, chiari e ben delineati. Ciò rende assai problematica la difficoltà di ammettere in via generale la rappresentanza della persona fisica in mediazione. In primo luogo per le 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). In secondo luogo non può essere trascurata la circostanza che solo la parte conosce realmente e profondamente quali sono i suoi interessi, quali quelli fermi ed irrinunciabili e quali quelli che tali non sono. Come dire che solo la parte personalmente è portatrice delle necessarie e complete conoscenze degli interessi che muovono il suo agire. L'eventuale paragone con quanto accade nella causa dove il difensore può essere specificamente dotato di poteri dispositivi non sequitur: invero elemento fondamentale che distingue la transazione giudiziale dalla più frequente conciliazione in mediazione è l'assenza, in questa procedura, dei limiti segnati, nella sede giudiziale, dalla causa petendi e dal petitum. Si deve pertanto ritenere che la necessaria partecipazione personale, non delegabile a terzo soggetto, salvo casi eccezionali (di impossibilità giuridica o materiale a comparire di persona) che qui non ricorrono non essendo stati neppure adottati, è insita nella natura stessa delle attività da compiere e implicita ed ineludibile nella corretta interpretazione del decr.lgs.28/2010 tutto proteso a favorire il raggiungimento di un accordo mediante l'incontro delle parti (personalmente) e la ripresa di un corretto rapporto interpersonale messo in crisi dal conflitto insorto. Per quanto un delegato (rectius: rappresentante), possa avere ricevuto dal mandante istruzioni e poteri per

*conciliare, rimane insuperabile la circostanza che 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 di quella, comunque e sempre, dell'antagonismo e conflitto – potranno attuare con piena consapevolezza, essendo solo loro, di persona, a conoscere quali sono i reali interessi di cui sono portatori. Va considerato peraltro, che la mancanza della presenza personale, è idonea, indirettamente, ad affievolire le possibilità di un accordo, anche per un'altra ragione. Può accadere, ed è accaduto, che una parte non presente in mediazione rinneghi l'accordo raggiunto dall'avvocato che abbia asserito, verbalizzandolo in mediazione, di rappresentarla, domandando l'annullamento del negozio (accordo), con riserva di azione di danni, in separato giudizio, contro l'avvocato. 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); anche nel caso in cui avendo il giudice disposto la comparizione personale della parte questa abbia designato un rappresentante che sia a conoscenza dei fatti ed abbia il potere di transigere o conciliare (art.185 cpc). 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 del)l'accordo negoziato e raggiunto in suo nome dal rappresentante. Come pure che il titolare del diritto (rappresentato) potrà anche nel caso in cui non rinneghi tout court la sottoscrizione, contestare al rappresentante un eccesso di delega. Di tali incertezze sono ben consapevoli: il rappresentante, che sarà prudente e limitato e cauto nelle possibilità di disposizione del diritto, la controparte ed il suo avvocato che potranno legittimamente dubitare della duratura efficacia di un eventuale accordo. Tutti effetti che concorrono a depotenziare l'efficacia del procedimento di mediazione, allontanando l'obiettivo della stessa, cioè il raggiungimento dell'accordo. Questo quadro dovrebbe rendere del tutto chiaro perché non è pensabile – qualificandosi il contrario come vero e proprio corto circuito acceso nella legge- che il decr. lgs.28/2010 abbia voluto ammettere, come regola generale, la possibilità di rappresentanza della parte fisica in mediazione.....”*

Rimanendo nell'ambito della mediazione delegata è interessante notare l'ordinanza del **Tribunale di Monza del 18-04-2018** che evidenzia l'importanza ed il ruolo della mediazione in una visione non strettamente limitata al petitum; il giudice dichiara : “la possibilità solo in sede di mediazione – e non anche nell'ambito del presente procedimento – di coinvolgere terzi estranei al presente giudizio o di tentare, comunque così come auspicato dal Tribunale, una “soluzione conciliativa allargata e tombale” di tutte le numerose questioni oggetto degli ulteriori procedimenti attualmente pendenti tra le parti con l'ovvio vantaggio di sgravare l'attuale carico pendente innanzi alle aule di

giustizia...” ed un passo ancora in avanti si ha con un decreto del Tribunale di Nola del 26.10.2018 che omologa un piano del consumatore; alla procedura disciplinata dalla legge n.3/2012 si arriva attraverso una procedura di mediazione durante la quale il mediatore esamina la documentazione e ritenuti sussistenti i presupposti per accedere alla procedura di sdebitamento invita la parte a presentare la domanda presso un OCC.