

Media conciliazione facoltativa: l'avvocato è obbligatorio?

Gianluca Denora, Avvocato 19 novembre 2013

Tra le innovazioni più risonanti apportate al D. Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, attuale “Testo Unico” in materia di mediazione, figura **l'obbligatorietà dell'assistenza legale**, di cui si legge nell'art. 8 del provvedimento : “Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato”. Si tratta di una novità ‘dell'ultimo momento’; non era infatti prevista nel testo originario del provvedimento ed è stata introdotta dalla L. n. 98 del 20 agosto 2013.



Orbene, è pacifico il riferimento della norma alle controversie per le quali l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale (nonché alle ipotesi in cui sia il giudice ad “avviare” la mediazione: c.d. mediazione delegata).

Cosa accade al di là di queste ipotesi? Per volontà del legislatore la regola si riferisce in termini generali alle mediazioni, ed infatti manca nel disposto normativo una limitazione espressa. Peraltro, non basta sostare sulle ipotesi non problematiche per stabilire se ritenere obbligatoria *tout court* la partecipazione dell'avvocato. Viceversa, occorre chiedersi se l'assistenza sia necessaria anche nelle mediazioni su istanza di parte e in quelle previste da un'apposita clausola contrattuale o statutaria: la presenza dell'avvocato, da problema emergente per le sole mediazioni obbligatorie, si pone come interrogativo per tutte le tipologie di mediazione.

Le posizioni sono differenziate. Mentre vi è concordia sull'applicazione letterale della norma alle mediazioni c.d. obbligatorie e a quelle c.d. delegate, note di contrasto riguardano il caso in cui la mediazione non sia imposta dalla legge e sia piuttosto una libera scelta delle parti per comporre la vertenza. Il contrasto è nella domanda iniziale: **nella mediazione facoltativa l'avvocato è obbligatorio?** Le due risposte possibili (sì vs no) sono sostenute da premesse differenti per quel che concerne l'istituto della mediazione e sono portatrici di implicazioni differenti.

L'alternativa è facilmente sintetizzabile. Da un lato, la **presenza dell'avvocato** appare fondata sull'assenza di una differenziazione espressa (argomento esegetico). Essa, al contempo, (i) rafforza la “tecnicità” della dialettica extraprocessuale e (ii) risolve in termini di omogeneità il rapporto tra mediazione facoltativa e mediazione obbligatoria (argomento assiologico, dunque richiamo all'art. 3 Cost.).

Dall'altra parte, l'**assenza dell'avvocato**: (i) rafforza l'autonomia privata e la possibilità delle parti di interloquire senza “interferenze”, e al contempo (ii) corrobora la diversità di identità tra i due modelli di mediazione.

Al primo orientamento (necessaria assistenza dell'avvocato) sembra aderire, per quanto finora reso noto, la classe forense, per la quale è possibile ipotizzare, al di là del buon sostegno argomentativo, istanze di corporativismo (la posizione è espressa formalmente dal Coordinamento della Conciliazione Forense).

Contro la presenta ("onnipresenza"?) dell'avvocato si pongono altri organismi rappresentativi dei mediatori (si pensa, in particolare, a Unioncamere), inclini, viceversa, a ritenere che l'assistenza dell'avvocato non sia necessaria nelle ipotesi di mediazione facoltativa (con argomenti anche in questo caso ragionevoli), verosimilmente desiderosi di un rafforzamento delle prerogative del mediatore, proprio con riferimento alle mediazioni facoltative (a dire il vero, sul sito internet di Unioncamere si legge genericamente che "gli interessati (...) possono farsi assistere").

Non si può stabilire, con giudizio prognostico, quale orientamento potrà prevalere nella prassi. Vale però sottolineare che, se, da un lato, *utile per inutile non vitiat* (e dunque la presenza dell'avvocato è una "formalità" in più che non inficia natura e caratteristiche del procedimento di mediazione), e – i brocardi latini non sono filastrocche – *ubi lex voluit, dixit* (ed è evidente che la connotazione generale dell'obbligo di assistenza legale appaia un portato immediato della lettera della norma), dall'altro, la logica della mediazione è proprio quella di potenziare una dialettica non necessariamente "tecnica".

La "conciliazione" tra i due orientamenti potrà anche discendere da un argomento *ex auctoritate*: non va escluso che possa essere il legislatore, già chiamato ad emendare le carenze della normativa vigente, a districare il bandolo della matassa. Staremo a vedere.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Gianluca Denora Avvocato e Mediatore dell'Organismo di Mediazione CESIM