

Per mediare una controversia serve l'avvocato?

Gianluca Denora, Avvocato 29 novembre 2013



27 novembre 2013: primo incontro di programmazione di una mediazione in materia di contratti bancari. Con riguardo alla controparte il mediatore rileva la mancanza di assistenza legale, richiesta espressamente dall'art. 5, co. 1 bis, del D. Lgs. 28/2010, e per l'effetto dichiara non potersi procedere all'esperimento della mediazione. La controparte replica che l'art. 12, co. 1, del D. Lgs. 28/2010 contempla che il procedimento di mediazione possa svolgersi

legittimamente anche in assenza dell'avvocato (per conseguenza, le previsioni dell'art. 5 co. 1 bis e 8 co. 1 della l. 28/2010 non disporrebbero un vero e proprio obbligo di assistenza legale; piuttosto, la facoltatività dell'avvocato sarebbe in linea con quanto previsto dalla direttiva UE 2013/11/UE, cosiddetta direttiva sull'adr – risoluzione alternativa delle controversie – per i consumatori).

Riportiamo, con maggior cura, i riferimenti normativi. L'art. 5, co. 1 bis, cit., prevede che il procedimento di mediazione venga esperito con l'assistenza dell'avvocato; nulla dice, la norma, in ordine alla assistenza del "convenuto"; nondimeno, sembra che la previsione si debba estendere (in forza dell'esigenza di parità delle armi processuali); la norma non ne parla unicamente perché non menziona la controparte. In ogni caso, la regola fa riferimento (solo) alla c.d. mediazione obbligatoria.

A seguire, l'art. 8, co. 1, cit., precisa che "le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato" (e che il mediatore "invita poi le parti e i loro avvocati"). In questo caso è difficile riferire la previsione alla sola mediazione obbligatoria, eppure una limitazione dell'obbligatorietà discende dal riferimento alla sola mediazione su istanza di parte (ed infatti precisa che "la domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte"). Di sicuro, non sussiste obbligo di assistenza per le mediazioni su domanda congiunta.

L'art. 12, co. 1, cit., a sua volta, pone in modo dubitativo l'assistenza degli avvocati; "ove le parti siano assistite" individua due differenti regimi: uno ad assistenza obbligatoria e uno ad assistenza facoltativa.

Nessun dubbio che assistenza obbligatoria e mediazione obbligatoria vadano assieme, il punto è che, *stricto iure*, possono darsi anche mediazioni non assistite da avvocati, e soprattutto mediazioni non obbligatorie assistite da avvocati. In altri termini, il legislatore ha impiegato una formula sintetica. Invece di scrivere "nel caso di mediazione obbligatoria e anche negli altri casi in cui le parti siano assistite dagli avvocati", il decreto reca le parole "ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato". Evidenti le ragioni di economia; è prerogativa del legislatore utilizzare brevi formule elastiche in luogo di espressioni di dettaglio di maggior "volume".

Il richiamo alla direttiva europea, per quel che concerne la mediazione obbligatoria, appare del tutto inconfidente; la fonte sovranazionale, di per sé prevalente su quelle nazionali ex art. 117 Cost., non è applicabile al caso di specie. Vero è che essa contempla un diritto generalizzato alla mediazione senza avvocato (art. 8, co. 1, lett. b della citata direttiva); nondimeno, prima di articolare le singole previsioni, evidentemente in posizione di preminenza su disposizioni di dettaglio, il legislatore

europeo chiarisce in termini non equivocabili che “La presente direttiva non pregiudica la legislazione nazionale che prevede l’obbligatorietà di tali procedure” (art. 1 – *oggetto*). Ne discende che non può trovare applicazione alla mediazione obbligatoria la previsione secondo la quale “le parti hanno accesso alla procedura senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale senza che la procedura precluda alle parti il loro diritto di ricorrere al parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura” (così la lettera dell’art. 8, co. 1, lett. b della citata direttiva). Interpretazione sistematica: la “libertà di accesso” alla mediazione, e la concorrente libertà di scelta in ordine alla rappresentanza e/o assistenza di un terzo, sono operanti, in via generale, solo fuori dei casi di mediazione obbligatoria; *lex specialis derogat generali*.

L’obbligatorietà dell’assistenza legale nella procedura mediatizia obbligatoria sembra trovare una conferma definitiva nella formulazione delle norme del D. Lgs. 28/2010. Ricapitoliamo le espressioni interessate: assistito dall’avvocato (art. 5 co. 1 bis); devono farsi assistere dall’avvocato (art. 8 co. 1); invita le parti e i loro avvocati (art. 8 co. 1); ove le parti siano assistite dagli avvocati (art. 12 co.1). Tutti questi passaggi mancavano nella formulazione originaria del decreto delegato del 2010 e sono innesti rivenienti dal c.d. Decreto del fare del 2013. Impossibile trascurare questo dato. Ieri, infatti, la facoltatività dell’assistenza legale era indiscutibile, attesa la formulazione di norme che non ne tenevano conto; oggi, al contrario, è l’obbligatorietà ad essere indiscutibile, per la mediazione obbligatoria, attesa la stesura delle norme. Breve, non avrebbe avuto alcun senso modificare le norme per lasciarne invariati gli esiti applicativi. **Nella mediazione obbligatoria l’assistenza dell’avvocato è sempre obbligatoria.**

© RIPRODUZIONE RISERVATA