

Comitato scientifico:

*Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Tiziana CARADONIO (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLOTTI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Paolo DI MARZIO (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio URICCHIO (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio VALITUTTI (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).*

## **Mediazione, non più obbligatoria l'assistenza dell'avvocato. Ma lo è mai stata?**

Articolo di **Barbara COCOLA** e **Giovanna Elisabetta ZACCHEO**

Una recente sentenza della Corte di Giustizia Europea (14/06/2017 n° C-75/16) ha rimesso all'attenzione degli addetti ai lavori la questione, già dibattuta, della necessità della assistenza legale in mediazione.

La Corte Europea era stata investita dal Tribunale di Verona della questione di legittimità del D.lgs 28/2010 laddove prevede l'esperimento della mediazione come condizione di procedibilità per determinate materie, ove comporta obbligatoriamente l'assistenza dell'avvocato e conseguenze sfavorevoli nel successivo giudizio di merito connesse alla condotta tenuta dalle parti nel procedimento di mediazione.

In particolare la domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva

2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori) (GU 2013, L 165, pag. 63), e della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale

La Corte ha pertanto esaminato con particolare cura la questione relativa all'imposizione, ad opera della normativa interna al consumatore che partecipi a una procedura ADR, di essere assistito obbligatoriamente da un avvocato.

Ha osservato la **Corte di Giustizia** che *"La direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), dev'essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che prevede il ricorso a una procedura di mediazione, nelle controversie indicate all'articolo 2, paragrafo 1, di tale direttiva, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a queste medesime controversie, **purché un requisito siffatto non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario.**"*

***La medesima direttiva dev'essere invece interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, la quale prevede che, nell'ambito di una mediazione siffatta, i consumatori debbano essere assistiti da un avvocato e possano ritirarsi da una procedura di mediazione solo se dimostrano l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione."***

I presupposti per tale osservazione stanno nell'articolo 8, lettera b), della direttiva 2013/11 che stabilisce che *"le parti hanno accesso alla procedura senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o a un consulente legale..."*; e nell'articolo 9, comma 1, lettera b), della suddetta direttiva che dispone che *"le parti siano informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o a un consulente legale, ma possono chiedere un parere indipendente, o essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura"*.

E' pertanto evidente che una normativa nazionale non può imporre al consumatore che prende parte a una procedura ADR di essere assistito obbligatoriamente da un avvocato.

Se per la mediazione obbligatoria in materia di consumo la questione dell'assistenza legale può dirsi superata nel senso della non obbligatorietà della stessa, lo stesso non si può dire nel caso della mediazione obbligatoria ex d. lgs. 28/2010, essendoci ancora posizioni discordi al riguardo.

A seguito della sentenza della Corte di Giustizia Europea, il CNF si è affrettato ad emanare un comunicato con il quale ha censurato la decisione della Corte in quanto la necessità di una difesa tecnica costituirebbe *"una garanzia e non*

*già un costo superfluo e vessatorio. Non può tacersi, inoltre, che il rilievo costituzionale della difesa tecnica, garantito dall'art. 24 Cost. come diritto inviolabile della persona è stato riconosciuto fin dalle più risalenti pronunce della Corte Costituzionale ( Corte Cost. 8 marzo 1957, n. 46) è stato oggetto di indagine anche a proposito della mediazione obbligatoria. In particolare la necessità del patrocinio di un avvocato è stata ribadita dalle Corti nazionali proprio in relazione alla particolare disciplina di tale procedura e dei suoi effetti sul successivo processo giurisdizionale...".*

Nello stesso comunicato il CNF ha ribadito la necessità della assistenza legale per i procedimenti di mediazione ex d. lgs. 28/2010.

La posizione del CNF, seppur parzialmente condivisibile, se non altro dal punto di vista della opportunità e utilità della presenza dell'avvocato in mediazione, si scontra però con il dato normativo.

Vale la pena ripercorrere puntualmente quanto sancisce la direttiva 2013/11 per trarne innanzitutto una visione chiara e precisa di quanto disposto a livello di legislazione primaria.

L'art. 9 della Direttiva 11/2013 attuata con d. lgs 130/2015, all'art. 9, rubricato "Equità" sancisce che "Gli Stati membri garantiscono che nell'ambito delle procedure ADR:.....le parti siano informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale, ma possono chiedere un parere indipendente o essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura".

Il "**Considerando**" n. 19 della direttiva de qua sancisce che "**La presente direttiva è destinata a essere applicata orizzontalmente a tutti i tipi di procedure ADR, comprese le procedure ADR contemplate dalla direttiva [2008/52]**"

La direttiva 2013/11 è dunque, come essa stessa statuisce nei considerando, "ad efficacia orizzontale" .

Si tratta dunque di una direttiva che, **nell'ambito di tutte le procedure ADR**, consente ai singoli di invocare direttamente il diritto europeo dinanzi ai tribunali, a prescindere dall'esistenza di atti normativi di diritto nazionale.

Come riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia Europea, alcune direttive hanno efficacia diretta quando le "disposizioni sono incondizionate e sufficientemente chiare e precise". Questo è il caso.

Dalla lettura in combinato disposto del Considerando n. 19 e dell'art. 9 della direttiva stessa, Non vi è dubbio alcuno che la parte possa partecipare al procedimento di mediazione anche senza l'assistenza dell'avvocato.

A livello di normativa nazionale, ad avviso di chi scrive compatibilmente con la normativa di rango europeo, se è vero che nel decreto viene menzionata l'assistenza dell'avvocato agli articoli 5 comma 1 bis e 8 comma 1 del d. lgs. 28/2010, ciò avviene senza che mai essa sia qualificata come necessaria od

obbligatoria, ed è altrettanto vero che nessuna conseguenza o sanzione è prevista in caso una delle parti non sia accompagnata dall'avvocato.

L'art. 5 comma 1 bis del d. lgs. 28/2010 prevede che "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ...". L'obbligo di cui all'articolo testé citato riguarda l'esperimento del procedimento di mediazione, non l'assistenza dell'avvocato, che è citata in un inciso tra due virgole e che non è definita "necessaria" od "obbligatoria" né qui né nel successivo art. 8 comma 1 dove si legge "Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato". La obbligatorietà della presenza dell'avvocato non è considerata tale nemmeno dalla legge.

Peraltro, nell'art. 12 del d. lgs. 28/2010 si legge "***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.***"

La norma regola compiutamente il caso in cui le parti siano tutte assistite dall'avvocato e il caso in cui invece ciò non avvenga, a dimostrazione che l'assistenza legale in mediazione è prevista ai soli fini dell'efficacia esecutiva ma non necessaria, supplendo, nel caso le parti non siano assistite dall'avvocato, il decreto di omologa del Presidente del Tribunale.

Vale la pena ricordare, a chi sostiene che l'assistenza sia necessaria per le mediazioni c.d. obbligatorie e facoltativa per le mediazioni c.d. volontarie, che il primo capoverso, che già cominciando con il termine "ove" denuncia la possibilità che si verifichi una situazione diversa da quella che si norma, non richiama l'art. 5 comma 1 bis, sicché è escluso che la presenza dell'avvocato sia "necessaria nelle mediazioni ex art. 5 comma 1 bis e non in quelle ex art 2.

Trattasi di interpretazione arbitraria e non sostenibile, considerato l'impianto normativo attualmente vigente.

Nessuna norma, poi, attribuisce al responsabile dell'Organismo, tantomeno al mediatore designato, alcun potere di fare cessare il procedimento di mediazione in caso una o più parti della mediazione non siano legalmente assistite.

E nemmeno la controparte può opporsi allo svolgimento del procedimento di mediazione qualora la controparte sia determinata a non avere assistenza legale.

Se il legislatore avesse voluto inserire nel d. lgs. 28/2010 la presenza dell'avvocato quale necessaria, ne avrebbe certamente previsto l'obbligatorietà, sancendo una sanzione per il caso in cui ciò non avvenisse.

O quantomeno avrebbe imposto al mediatore di interrompere o sospendere il procedimento nei casi in cui una o più parti ritenessero superflua l'assistenza legale.

E avrebbe certamente previsto delle norme che sancissero un comportamento specifico da parte del responsabile dell'organismo di mediazione per i casi in cui una parte si fosse presentata senza avvocato alla mediazione.

Ciò non è avvenuto, a parere di chi scrive, consapevolmente al fine di mantenere la normativa nazionale compatibile con quella di rango europeo.

Ma vi è una ulteriore considerazione da farsi.

La Corte di Giustizia ha specificato che *" il requisito di una procedura di mediazione, come condizione di procedibilità di un ricorso giurisdizionale, può quindi 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"*.

Tra i requisiti che rendono la procedura di mediazione quale condizione di procedibilità, compatibile con il principio della tutela giurisdizionale effettiva, vi è l'economicità della stessa: alle parti non devono dunque essere addossati costi ingenti.

E' indubbio che l'assistenza legale obbligatoria comporterebbe un costo aggiuntivo per le parti, e renderebbe la mediazione incompatibile col principio della tutela giurisdizionale.

Se da un punto di vista normativo la questione della libertà di scelta delle parti, in merito alla assistenza legale, appare superata, rimane la necessità di conciliare dal punto di vista pratico, l'esigenza di una tutela delle parti per tutti quegli aspetti legati al quadro normativo nazionale vigente in tema di mediazione.

Una soluzione potrebbe essere quella di prevedere l'assistenza legale obbligatoria solo nella fase conclusiva, ossia di redazione del verbale ai sensi dell'art. 11 d. lgs. 28/2010.

In tal modo, nel caso in cui le parti riuscissero a trovare una soluzione condivisa alla controversia e dovessero dunque redigere un accordo, la partecipazione degli avvocati alla stesura dell'accordo ne garantirebbe la

conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico, oltre alla efficacia esecutiva.

Nel caso di mancato accordo, ed eventuale formulazione della proposta del mediatore, le parti sarebbero ben consapevoli delle conseguenze in sede giudiziale della proposta, che deve necessariamente essere verbalizzata, e potrebbero essere maggiormente tutelati anche e soprattutto relativamente al contenuto del verbale.

Nel caso di mancata adesione, la parte non aderente, assistita dall'avvocato, sarebbe consapevole delle conseguenze di cui all'art. 8 comma 4 bis d. lgs. 28/2010 che prevede che il giudice commini una sanzione in caso di mancata adesione senza giustificato motivo oggettivo.

Si eviterebbe così ulteriore contenzioso legato all'impugnazione di verbali conclusivi dei procedimenti di mediazione, proseguendo dunque sulla strada di un maggiore effetto deflattivo della mediazione.