Verona, 15 novembre 2016

MA IN MEDIAZIONE, E' VERAMENTE SUFFICIENTE LA PRESENZA DELL'AVVOCATO?

commento alla sentenza del Tribunale di Verona, del 28.9.2016 – est. Dott.Vaccari.

Che la presenza "personale" della parte in mediazione fosse un dato oramai acquisito, anche dalla giurisprudenza, lo avevamo dato per scontato, ma invece, una sentenza emessa dal Tribunale di Verona, in data 28.9.16, lo mette in discussione.

Nella decisione in commento, balzano agli occhi le argomentazioni svolte che - ad avviso di chi scrive - danno un'interpretazione delle norme che disciplinano la mediazione contraria allo spirito dell'istituto.

Come noto, i fautori della Mediazione e del suo corretto svolgimento, esortano da sempre gli avvocati e i Mediandi alla presenza personale agli incontri evitando di delegarla ad altri, fosse anche il proprio avvocato.

Questo atteggiamento da interpretare, non come inutile rigorismo, ma in funzione del più facile raggiungimento della conciliazione, è d'altra parte maggioritario nella giurisprudenza di merito, come non ha mancato giustamente di rilevare lo stesso Giudice citando i numerosi precedenti in materia (ex multis, Trib. Firenze 19.3.2014 (recte: 2015 - n.d.r.) est. Breggia; Trib. Pavia 9.3.2015 est Marzocchi; Trib. Vasto 9.3.2015 est. Pasquale; Trib. Roma sez. III 19.2.2015; Trib. Roma, 14.12.2015).

D'altra parte, se la mediazione deve essere (come infatti è) rivolta a consentire ai Mediandi di riprendere le fila di un discorso che - per ragioni che solo loro sanno - si è interrotto, facendo quindi emergere anche quella parte più emotiva dei rapporti, ben si comprenderà come un legale, pur se ottimamente preparato all'incontro ed a conoscenza delle esigenze del suo Cliente, non potrà comunque mai essere anche portatore di tali emozioni...

Nè l'assenza proprio di colui che ci si aspettava di incontrare per potere finalmente spiegare ed ottenere spiegazioni di un determinato comportamento, può riavviare un dialogo destinato così, anzi, probabilmente a naufragare definitivamente, a fronte della presenza di una sola parte "tecnica", quale senz'altro è il legale "delegato", che finirà quasi sicuramente per rapportarsi a sua volta con l'altra parte "tecnica", lasciando così la Parte - portatrice dei reali interessi sui quali la mediazione dovrebbe svolgersi - a margine della discussione.

Ma anche volendo lasciare da parte questo aspetto peraltro essenziale della Mediazione, perfettamente colto dai Giudici delle sentenze citate (cfr. ad es. Trib. Firenze 19.03.15 - non 14 - Dr. Breggia: "la natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione.."), anche da un punto di vista di mera interpretazione delle norme la decisione oggi in commento non convince.

Scrive il Giudice "*né questa norma* (art. 8 co,1 - n.d.r.)*, né altre del d.lgs. 28/2010, prescrivono la presenza obbligatoria della parte alla procedura, cosicché ad essa deve riconoscersi natura semplicemente descrittiva di quello che il legislatore ha pensato poter essere lo sviluppo della procedura. Al contempo nessuna disposizione vieta alla parte di delegare alla partecipazione la procedura il proprio difensore cosicché il fondamento normativo della possibilità di attribuire ad esso una procura a conciliare ben può essere rinvenuto nel disposto dell'art. 83 cpc*".

Riesce francamente difficile comprendere cosa significhi "*natura semplicemente descrittiva*" dell'art. 8 co. 1 d.lgs. 28/10 che si vorrebbe riconoscere alla norma, a fronte invece di un ben chiaro e non in altro modo interpretabile testo letterale che così recita: "*Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato*" . Dunque, se la norma parla di partecipazione con l'assistenza dell'avvocato e impone il "dovere" di tale partecipazione, pare che la natura descrittiva ipotizzata sia da escludersi...

Tanto più, ciò è vero, se si esamina l'art. 5 co 1 bis che dispone: "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*". Cosicchè la partecipazione obbligatoria della Parte pare consacrata soprattutto come obbligo ai fini dell'effetto che discende dalla mancata presenza della stessa, sia con riferimento all'assolvimento della condizione di procedibilità, consacrato dallo stesso articolo 8 co. 1 laddove è detto che "*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*". Dal che discende che la mancata presenza della Parte non consente al

Mediatore di svolgere questa attività e, quindi, in sostanza di iniziare la Mediazione.

Sia e soprattutto agli effetti del risultato della Mediazione, ovvero con riferimento alla Conciliazione, laddove l'art. 12 del D. Lgs. 28/10 recita "*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*". Ne discende che l'avvocato che fosse "delegato", non può cumulare in sè il doppio ruolo ai fini di cui alla citata norma, che infatti richiede appunto la presenza personale della Parte: la disposizione del diritto in contesa - a parere di chi scrive - resta cioè di stretta spettanza della Parte e certo non può essere "demandata", se non in forza di delega autenticata da pubblico ufficiale ovvero, in forza di procura notarile, qualora si tratti di trasferimento di diritti reali.

Ed ecco l'altro rilievo al ragionamento seguito dal Tribunale di Verona, ossia la forzatura, invero comune a più di qualche Giudice e sotto anche altri diversi aspetti (ad es.:dalla richiesta/ordine al Mediatore di fare comunque una proposta o di verbalizzare le ragioni per cui non si sia raggiunto l'accordo) volta alla "processualizzazione" della Mediazione. Anche il Giudice Veronese non resiste quindi alla "tentazione" di applicare, ad un istituto avulso dal processo, quale è appunto la Mediazione, e seppure attraverso il richiamo per analogia, l'art. 83 del codice di procedura civile.

Un'ultima chiosa va riservata alla conseguenza che ne discenderebbe se, a detta del Tribunale di Verona, si volesse invece avvalorare l'obbligatorietà della presenza personale.

Sostiene a riguardo il Giudice che in tal modo si favorirebbe "*l'attegiamento dilatorio della parte convenuta poiché questa potrebbe continuare, per un periodo di tempo indefinito, o non preventivamente definito, a farsi rappresentare in mediazione dal proprio difensore, impedendo la realizzazione del presupposto processuale e con essa l'accesso alla giustizia dell'attore*".

Ora, a parte l'uso, anche in questo passaggio, dei termini attore e convenuto, che denota la tendenza alla processualizzazione di cui si è già detto, è evidente che in nessuna Mediazione potrebbe avvenire l'ipotesi prospettata e ciò perchè una parte che comparisse "delegando" il proprio avvocato, non consentirebbe di andare oltre il "primo incontro informativo" dato che, come si è già detto, l'art. 8 co 1 impone al Mediatore di invitare*....."le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione",* ciò che

all'evidenza porterebbe alla conclusione negativa già a questo primo incontro vista l'assenza della parte personalmente.

Ma anche qualora si potesse immaginare un Mediatore che "inizi" ugualmente la Mediazione (...), il tempo "indefinito" cui allude il Giudice nella realtà non potrebbe mai esserci a fronte dell'art. 6 drl D.Lgs. 28/10 che impone comunque la chiusura del procedimento entro tre mesi: e sarebbe veramente fantascienza pensare ad un Mediatore che - a fronte della non perentorietà del suddetto termine - consentisse rinvii anche oltre tale termine, solo perchè una parte si ostina a "delegare" il proprio avvocato ed in attesa che si decida invece a presenziare!

Per quanto concerne, poi, la perplessità sulla circostanza che l'atteggiamento dell'istante (dell'attore....) che "intendesse partecipare alla mediazione tramite il suo difensore, una volta instaurata la procedura.....possa determinare l'improcedibilità della domanda giudiziale", è parere di chi scrive che sia esauriente la spiegazione data dal Tribunale di Roma in proposito (Trib. Roma Sent. 26.05.2016) relativamente ad una fattispecie analoga nelle conseguenze:

"Così facendo, si dovrebbe ammettere che la legge da una parte impone il preciso obbligo che venga esperito il procedimento di mediazione (che consiste nelle attività specificamente descritte nella lettera A dell'art.1 della legge, nonché negli artt. 8 commi 2-4 ed nell'art.11 della legge), e dall'altra, che allorché le parti (ed in particolare il proponente la domanda di mediazione) dichiarino di non voler effettuare la mediazione (che conseguentemente e nella realtà non è stata svolta) …la mediazione si considera svolta e la procedibilità attinta;
Ed invero si dovrebbe, a tale stregua, ammettere che le parti abbiano il diritto potestativo di decidere di non svolgere la mediazione, perfino se demandata, trasformando in tal modo la mediazione da obbligatoria in volontaria ed ottenendo il medesimo vantaggioso risultato (procedibilità ed assenza di sanzioni) che se la mediazione fosse stata esperita".

A parere di chi scrive, insomma, le argomentazioni addotte dal Tribunale di Verona appaiono fragili a fronte di un riscontro normativo di tutt'altra evidenza e soprattutto avuto riguardo alle dinamiche della Mediazione e non sembrano offrire effettivi spunti per discostarsi dalle opposte valutazioni che sono state fin ad oggi svolte dalla giustizia di merito in tema di necessaria presenza delle Parti in Mediazione.

Avv. Giuseppe Ruotolo

(Comitato Scientifico Medyapro)