



Al Presidente della Commissione Giustizia Senato

On. Avv. Filippo Berselli

Ai vice-Presidenti

On. Dott. Roberto Centaro

On. Dott. Alberto Maritati

Ai Segretari

On. Avv. Carlo Chiurazzi

On. Avv. Piero Longo

ed a tutti i membri della Commissione

AUDIZIONE COMMISSIONE GIUSTIZIA

SENATO DELLA REPUBBLICA

8 GIUGNO 2011

Osservazioni dell'**Associazione Italiana Avvocati Civilisti (A.I.A.C.)** sui DDL n. 2329, 2534 recanti *“Modifiche al decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”*.

°*°*°*°*

Il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28- emanato in attuazione della delega conferita al Governo dalla legge n. 69 del 2009 - ha introdotto nel nostro ordinamento, l' istituito della «mediazione finalizzata alla conciliazione» delle controversie civili e commerciali con l'obiettivo di diffondere la cultura del ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie ma, soprattutto (come esplicitamente dichiarato) di deflazionare il contenzioso giudiziario e di ridurre i tempi del processo.

Obiettivo, questo, indubbiamente condivisibile è noto che il processo civile, così come strutturato, è incapace di fornire risposte adeguate e in tempi rapidi alla crescente conflittualità) ma

difficilmente raggiungibile attraverso l'adozione del modello di mediazione-conciliazione intrdotto dal legislatore .

Numerose, invero, sono le criticità e le ambiguità rinvenibili nell'istituto che, di fatto, ne snaturano l'essenza, relegandolo a mero strumento deflattivo.

L'A.I.A.C., dunque, **manifesta pieno sostegno** alle proposte modifiche **all'istituto della mediazione** contenute nei DDL all'esame e, segnatamente, alla eliminazione della “Condizione di procedibilità”.

In merito alle singole disposizioni possono ipotizzarsi alcune minime integrazioni, ma non certo una sostanziale modifica.

ARTICOLO 4 (ACCESSO ALLA MEDIAZIONE)

a) Litispendenza

Entrambi i DDL stabiliscono che per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data di presentazione della istanza di mediazione. Tale previsione ha il pregio di chiarire la esatta individuazione del momento in cui si produce la litispendenza.

Si suggerisce nell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 4 del DDL n. 2329 di disciplinare, meglio se in termini sanzionatori, la condotta dell'organismo che prosegua la mediazione ancorchè incompetente.

b) Criteri di competenza territoriale

Entrambi i DDL introducono criteri di competenza territoriale per la individuazione degli organismi di conciliazione.

Trattasi di previsione assolutamente condivisibile al fine di evitare che la “scelta” del “foro” dipenda dal mero arbitrio di una delle parti.

L'attuale struttura della norma, infatti, si presta a facili strumentalizzazioni, favorendo la individuazione di organismi aventi sede lontana dalla piazza dell'affare (costringendo la controparte- di norma quella c.d. più debole- a notevoli disagi anche sotto l'aspetto economico) o , peggio, che non diano garanzia di effettiva terzietà e imparzialità.

Non può sottacersi come l'affermazione, contenuta nella relazione illustrativa “ *Deliberatamente, non si stabilisce un criterio di competenza in senso proprio. Le parti saranno così libere di investire, concordemente o singolarmente, l'organismo ritenuto **maggiormente affidabile**”*, sia suscettibile di ingenerare dubbi che non tutti gli organismi siano egualmente affidabili e, quindi, non solo professionalmente preparati ma anche, e soprattutto, imparziali e neutrali.

c) Assistenza obbligatoria dell'avvocato

Pienamente condivisibile la previsione dell'assistenza obbligatoria dell'Avvocato nella mediazione.

Ed, invero, attesa la sua preparazione e competenza, l'Avvocato è il solo professionista in grado di garantire non solo gli interessi della parte assistita ma anche il corretto svolgimento della procedura

e il raggiungimento dell'accordo.

Il ruolo dell'avvocato si profila , infatti, necessario in tutte le fasi della mediazione:

1) nella fase che precede la mediazione

- informando il cliente della possibilità di ricorrere alla mediazione, illustrandogli le caratteristiche e le finalità dell'istituto e valutando, in particolare, i vantaggi e gli svantaggi che possono derivargli qualora decida di accedervi avuto ben presente quale è l'interesse manifestato dall'assistito.

- predisponendo adeguata domanda di mediazione.

L'eventuale genericità della domanda non preclude l'inizio della procedura, ma potrebbe creare problemi in quanto: a) è di tutta evidenza che una domanda formulata in maniera chiara e completa faciliterà il compito del mediatore ai fini della comprensione dei termini della controversia favorendo, così, la gestione della mediazione in vista del raggiungimento dell'accordo conciliativo ; b) una domanda che non sia stata correttamente identificata potrebbe arrecare pregiudizio agli interessi della parte qualora, in particolare, si profili la opportunità di addivenire ad una proposta conciliativa. Una proposta, dunque, che sia stata condizionata da una domanda formulata in modo impreciso o vago potrebbe avere conseguenze anche in ambito processuale; c) in terzo luogo, e questo è l'aspetto più delicato, l'indeterminatezza della domanda potrebbe limitare o addirittura vanificare gli effetti interruttivi e sospensivi della prescrizione ed impeditivi della decadenza previsti dal 6 ° comma dell'art.5.

2) durante la mediazione

- affiancando il cliente nella seduta /e e, soprattutto, assistendolo nelle eventuali sessioni separate e redigendo, ove necessario memorie;

- rappresentando la parte (il diritto di farsi rappresentare in qualsiasi fase della procedura di mediazione è ribadito nella Raccomandazione n. 98/1998 e nella successiva 4/4/2001 n. 310 della Commissione Europea);

- consigliando al cliente di tenere un comportamento costruttivo, suggerendo di volta in volta le “strategie” di negoziazione al fine di favorire il raggiungimento del miglior accordo possibile in relazione agli interessi dell'assistito;

- esercitando il controllo sulla imparzialità e riservatezza del mediatore evitando, in particolare, che lo stesso, nella ipotesi in cui prospetti la formulazione di una proposta conciliativa, possa utilizzare le informazioni riservate che la parte abbia eventualmente riferito durante le sessioni separate;

- vigilando affinché il mediatore svolga la procedura con diligenza e professionalità, evitando di esercitare condizionamenti o, addirittura, pressioni sulle parti al fine di farle addivenire ad un qualsiasi accordo (è appena il caso di ricordare che in ipotesi di successo della mediazione è

riconosciuta al mediatore, ai sensi dell'art. 17, comma 4, lett. C, una maggiorazione della indennità);

- prospettando la norma di diritto che disciplina la controversia onde evitare che il mediatore (dell'ipotesi in cui sia soggetto privo di una adeguata formazione giuridica) possa giungere alla formulazione di una proposta che non tenga conto anche della norma di diritto;

- valutando i rischi connessi alla mancata accettazione della proposta, attese le conseguenze in tema di spese processuali cui potrebbe incorrere l'assistito nell'eventuale successivo giudizio.

- fungendo, in caso di raggiungimento di un accordo, da co-estensore affinché lo stesso venga trasfuso in un appropriato strumento giuridico idoneo ad assicurarne la efficacia ed effettività valutandone gli aspetti giuridici, tecnici, fiscali etc. e assicurando che la sottoscrizione del processo verbale venga autenticata da un pubblico ufficiale qualora con l'accordo le parti concludano contratti o compiano atti per i quali è necessaria la trascrizione.

3) successivamente alla conciliazione

- ponendo in essere gli adempimenti per la omologazione del verbale di accordo;
- provvedendo, ove necessario, alla iscrizione della ipoteca giudiziale;
- espletando l'attività necessaria per ottenere l'esecuzione degli accordi soprattutto quando prevedano l'esecuzione di prestazioni di durata.

d) Obbligo informativo dell'avvocato

Il comma 3 dell'art. 4 andrebbe abrogato *tout court* posto che l'obbligo informativo è già previsto e disciplinato dal Codice deontologico forense. L'art. 40 prescrive espressamente che « *l'avvocato è tenuto ad informare chiaramente il proprio assistito all'atto dell'incarico delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione possibili* ».

Ciò premesso, in merito alle proposte modificative di cui ai DDL in esame si osserva:

1) è preferibile che l'onere della informativa venga assolto “*prima di adire la via giudiziaria*” atteso che l'espressione “*conferimento dell'incarico*” è troppo generica e non consente di distinguere tra incarico professionale per l'esercizio di una attività giudiziale o stragiudiziale.

Anche nella Legge Delega (vedasi il 3° comma dell'art. 60, lettera n) era previsto che l'informazione venisse fornita “*prima della instaurazione del giudizio*”.

2) il terzo periodo del comma 4 dell'art. 4 del DDL n. 2329 nel prevedere che il documento che contiene l'informazione “*deve essere allegato all'atto introduttivo di ciascuna parte dell'eventuale giudizio*” sembrerebbe stabilire che l'onere di allegazione gravi su tutte le parti che introducono nel giudizio una domanda.

Se l'interpretazione è corretta si suggerisce la seguente locuzione: “*Il documentodeve essere allegato all'atto con il quale si introduce la domanda*”.

3) sarebbe opportuno prevedere nel quarto periodo del comma 4 dell'art. 4 del DDL n. 2329 che il

Giudice, prima di convocare la parte inviti l'Avvocato a depositare l'informativa in momento successivo (magari fissando un termine *ad hoc*) stabilendo, peraltro, che la informativa sottoscritta in un momento successivo all'introduzione del giudizio (purché entro il termine fissato dal Giudice) abbia efficacia "sanante" (Può succedere che, per un disguido, al cliente sia stata fornita una informazione corretta e compiuta ma non per iscritto. In tale ipotesi, difettando il solo elemento formale di informazione, può ragionevolmente introdursi una "sanatoria").

ARTICOLO 5 (RAPPORTI CON IL PROCESSO)

Con riferimento al solo DDL n. 2329 (atteso che il DDL n. 2524 prevede la abrogazione dell' art. 5) si formulano le seguenti osservazioni:

All'art. 5, comma 2, primo periodo sarebbe auspicabile prevedere che sia lo stesso Giudice ad esperire il tentativo di conciliazione attesa, da un lato, la collocazione temporale dell'invito (lo stato della causa è tale che il Giudice, meglio di chiunque altro, è in grado di indirizzare le parti verso un accordo) e, dall'altro, la opportunità di non allungare i tempi del processo .

All'art. 5 , comma 5, primo periodo sarebbe opportuno precisare, quanto alla prescrizione, che la domanda di mediazione produce anche l'effetto c.d. sospensivo che dura fino al deposito del verbale di cui all'art. 11.

Nel secondo periodo sarebbe tecnicamente più corretto prevedere che l'istanza di mediazione *interrompe e sospende il termine* di decadenza.

ARTICOLO 8 (PROCEDIMENTO)

Appare necessario prevedere, al comma 1, che la scelta del mediatore – in mancanza di indicazione congiunta delle parti tenga conto delle specifiche competenze sulla materia oggetto della controversia.

Al comma 2 dell'art. 8 del DDL n. 2329 si suggerisce di prevedere che la "controparte" possa manifestare prima dell'incontro fissato dal mediatore la sua volontà di non partecipare (o anche di non aderire alla mediazione) sì da evitare alla parte istante inutili spese e disagi .

ARTICOLO 10 (INUTILIZZABILITA' E SEGRETO PROFESSIONALE)

All'art. 10, comma 1, primo periodo del DDL n. 2329 sarebbe opportuno prevedere che il consenso eventualmente prestato dalla parte sia manifestato per iscritto.

ARTICOLO 11 (CONCILIAZIONE)

All'art. 11, comma 3, secondo periodo del DDL n. 2329 si suggerisce di prevedere l'autentica di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato in tutti i casi in cui l'accordo richieda l'accesso ad un registro pubblico dal quale dipenda la sicurezza dei traffici giuridici.

All'art. 11, comma 5, primo periodo del DDL n. 2329 sarebbe utile precisare che il processo verbale è immediatamente depositato presso la segreteria attese, in particolare, le conseguenze in tema di decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza.

All'art. 11, comma 5, secondo periodo del DDL n. 2329 è previsto che “*Le proposte eventualmente formulate dalle parti e quella formulata dal mediatore su loro richiesta hanno rilevanza solo ai fini e per gli effetti di quanto previsto dall'art. 91 , primo comma, del codice di procedura civile*”..

Si premette che non è condivisibile il richiamo all'art. 91 c.p.c. non fosse altro perché risulta logico ed evidente dallo stesso testo della norma che la “eventuale proposta conciliativa” si riferisce solo ed esclusivamente a quella formulata nel corso del giudizio.

Infatti, la sanzione prevista per l'ingiustificato rifiuto di tale proposta consiste nella condanna al pagamento “delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta”: sanzione che non si può conciliare in relazione alle proposte conciliative formulate prima della instaurazione del giudizio.

Aggiungasi, peraltro, che dal tenore letterale della norma “*Se accoglie la domanda **in misura non superiore** all'eventuale proposta conciliativa.....*” l'applicabilità si profilerebbe solo per le proposte formulate in termini per così dire “quantitativi”.

In ogni caso si fa rilevare (e qui la valutazione involge pure il primo periodo del 4° comma dell'art. 11) che le proposte eventualmente formulate dalle parti potranno essere indicate nel processo verbale solo a fronte di espressa autorizzazione; e così le ragioni – qualora esplicitate - che hanno determinato la mancata accettazione della proposta (un tanto si ricava dalla *ratio* degli artt. 9 e 10). Si osserva, inoltre , che l'art. 91 c.p.c. subordina la condanna alla assenza di un giustificato motivo del rifiuto.

Come potrà il Giudice pronunciare condanna in assenza di qualsivoglia informazione dei motivi che hanno indotto la controparte a rifiutare la proposta?

Analogia considerazione va fatta in merito alla proposta formulata dal mediatore su richiesta delle parti.

Con la precisazione, in questo caso, che, sempre argomentando dagli articolo 9 e 10, non si vede come possa il mediatore - senza violare in qualche modo il dovere di riservatezza - prescindere, nella formulazione della proposta, da qualsivoglia riferimento - anche solo indiretto - alle informazioni acquisite durante il procedimento.

○*○*○*○*

L'A.I.A.C., inoltre, suggerisce che il **procedimento di mediazione** sia caratterizzato da procedure omogenee prefissate tali da assicurare adeguata garanzia di uno svolgimento rispettoso del principio del contraddittorio, della parità delle armi e dell'equo trattamento degli interessi di tutte le parti.

E' necessario, inoltre, introdurre disposizioni atte a regolamentare i procedimenti c.d. a partecipazione plurima.