



U.I.F.
Unione Italiana Forense

Al Presidente della Commissione Giustizia del Senato
Sen. Avv. Filippo Berselli

Egregio Presidente,

in allegato troverà alcune proposte di modifica al DDL n° 2329 in discussione in questi giorni.

E' poca cosa, ma l'Unione Italiana Forense, come ho già avuto modo di far presente durante l'audizione del 21 giugno scorso, concorda sostanzialmente con il DDL presentato dal Sen. Benedetti Valentini, sposandone appieno l'impostazione e le finalità.

Pur ritenendo che il DDL sia completo rispetto all'impianto normativo generale, propone piccole modifiche e **propone di inserire**, con l'occasione, e in considerazione delle finalità deflattive del Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, **l'ulteriore facoltà, concessa alle parti, di avvalersi della cosiddetta <<Negoziazione diretta assistita>>**, vale a dire un procedimento affidato interamente agli Avvocati, che possa sancire l'intervenuto accordo su una controversia, prima o durante il processo, godendo dell'efficacia di titolo esecutivo.

Ci sembra che tale istituto possa costituire un ulteriore passo avanti per ridurre l'accesso al processo, del quale, negli ultimi anni, si è abusato, con tutti i danni che sono derivati dall'abnorme numero di liti pendenti.

Il processo è infatti un rimedio meno o poco efficace rispetto ad alcune categorie di rapporti, nei quali il conflitto, per essere definitivamente superato, deve poter affrontare proprio i motivi, cioè le cause profonde, che lo hanno generato: questo, a meno di assegnare al giudice un ruolo creativo del tutto incompatibile con l'attuale assetto costituzionale, non può essere ottenuto con una sentenza, anche perché presuppone una confidenza che è il contrario del potere/dovere di giudicare, e che è possibile soltanto se non si sarà giudicati da chi la riceve.

In questi casi occorre il conciliatore, il quale ascolta le parti, ne identifica le priorità effettive e concrete, e aiuta i confliggenti a riconoscerle e dividerle in un nuovo equilibrio d'interessi.

Ovviamente ciò significa che il conciliatore deve avere alcune qualità specifiche: a) empatia, cioè capacità di ascolto; b) fantasia, per mettersi nei panni di ciascuna delle parti e identificarne gli interessi, anche nascosti e impliciti; c) padronanza delle tecniche di negoziato e di comunicazione, per gestire la procedura; d) cultura giuridica, per comprendere le implicazioni legali del conflitto, poterle superare e redigere l'accordo conciliativo in modo corretto e fedele alle intenzioni delle parti.



U.I.F.
Unione Italiana Forense

Naturalmente, per poter interloquire in un simile contesto anche l'avvocato che assiste la parte nella procedura dovrebbe avere le medesime caratteristiche. Sicuramente l'avvocato medio italiano potrà contare sul requisito della cultura giuridica, ma gli altri tre sono stati sinora affidati alla sua sensibilità personale o curiosità intellettuale, sicché è comprensibile che una comunità formata e selezionata soprattutto nell'ottica della lite processuale si possa sentire inquieta e minacciata dalla prospettiva di portare molti conflitti fuori dal processo.

Tuttavia la conciliazione non può né deve essere considerata un elemento spurio o impuro della professione forense, essendo piuttosto una delle forme e dei luoghi in cui si esprime la tutela degli interessi dei cittadini, funzione professionale propria dell'avvocato.

Infatti, nel contesto dell'U.E. e con l'affermarsi del principio di sussidiarietà, lo Stato nazionale ha cessato di essere una fonte normativa sovrana ed esclusiva, facendo così venir meno non solo la giustificazione storica e sistematica del monopolio giurisdizionale quale potere attuativo della norma nel caso concreto, ma anche la concezione stessa del giudizio e del processo come strumento di tutela tipica e principale, se non esclusiva, degli interessi giuridicamente rilevanti.

In questo senso andrebbe letto il crescente interesse per i cosiddetti ADR, e in particolare per lo strumento della mediazione, che nel nostro paese ha trovato attuazione con il Dlgs 28/10.

Quest'ultimo presenta luci ed ombre, dovute soprattutto a una lettura riduttiva dell'istituto in chiave ancillare e deflattiva della giurisdizione, anziché in quella più corretta di altro modo per conseguire un ordine giuridico stabile.

Giudizio civile e mediazione, sentenza e accordo conciliativo hanno infatti il medesimo fine ultimo e rispondono a una medesima esigenza: l'equo temperamento degli interessi delle parti, cioè la pace sociale. Con la differenza che nel giudizio tale equo temperamento è rappresentato dalla ricerca di conformità a una norma (legale o convenzionale) data in astratto, mentre nella mediazione lo si raggiunge attraverso la composizione dei concreti interessi consensualmente ritenuti dalle parti meritevoli di tutela. Abbiamo quindi semplicemente due forme dell'ordine giuridico: un ordine dato (legge che si traduce in sentenza) e un ordine negoziato (mediazione o negoziato diretto che si traducono in accordo).

La normativa attuale, secondo cui una parte quantitativamente elevata di questioni è soggetta a tentativo obbligatorio di conciliazione, ha sollevato grandi rimostranze: se da un lato negoziato e mediazione, fondati sulla consensualità, appaiono antinomici con l'obbligatorietà del tentativo previsto da norma imperativa, dall'altro non peregrina appare l'obiezione degli estensori del decreto delegato, secondo cui senza tale obbligatorietà la mediazione sarebbe rimasta del tutto marginale in un contesto in cui si usa sottoporre a processo anche le più banali contese di cortile o le contravvenzioni da parcometro scaduto.



U.I.F.
Unione Italiana Forense

In altre parole, secondo i fautori dell'obbligatorietà, essa sarebbe l'unico mezzo idoneo a indurre in tempi ragionevolmente rapidi la società e i professionisti ad assimilare la cultura degli ADR.

L'argomento è tanto valido sul piano politico quanto irricevibile in punto di diritto, se non nel contesto di una norma transitoria che preveda una scadenza per la fine del regime di tentativo obbligatorio.

E considerato che l'obbligatorietà del tentativo di mediazione ad oggi ha già dato un certo risultato di risonanza ed attenzione sull'istituto, già si potrebbe sopprimere tale obbligo, sostituendolo con incentivi alla risoluzione stragiudiziale delle controversie.

In tal senso va l'idea, sostenuta non solo da noi, ma anche dall'Unione Camere Civili, dall'Unione Triveneta dei Consigli degli Ordini forensi, dall'AIAF, di equiparare a scrittura privata autenticata suscettibile di omologazione la conciliazione avvenuta direttamente tra parti assistite da avvocati che sottoscrivano l'accordo conciliativo, in modo da promuovere la cultura della conciliazione tra i professionisti e al contempo far intervenire il conciliatore terzo solo quando necessario alla miglior riuscita del tentativo, limitando così al massimo gli oneri conseguenti.

In ogni caso, proprio il fatto che la disciplina della mediazione vada considerata un primo segnale di espansione dell'ordine negoziato rispetto al tradizionale primato dell'ordine dato, rende innanzi tutto indispensabile e ineludibile che negoziato e tecniche negoziali diventino materie trattate in modo sistematico tanto nel corso degli studi forensi che nell'ambito della formazione permanente dei professionisti già esercenti.

Senza un adeguamento culturale e tecnico dei professionisti legali, infatti, sarebbe velleitario aspettarsi un qualche risultato: chiunque abbia pratica esperienza di negoziato e conciliazione sa che senza e contro gli avvocati non si fanno conciliazioni stabili, e sotto questo profilo non si può sottacere che alcune norme della recente legislazione appaiano addirittura presupporre nell'avvocato un ostacolo alla mediazione.

D'altro canto per quanto anzidetto assumere una posizione di totale rifiuto e delegittimazione della normativa in tema di mediazione rischia di essere contro l'interesse degli stessi avvocati tanto sotto il profilo concettuale che sotto quello pratico: perché si accentua e agevola quel tentativo di rinchiudere l'avvocato nel ghetto del processo, lasciando tutte le attività stragiudiziali nel limbo di una generica e indifferenziata "consulenza" esercitabile da chicchessia; perché è comprensibile che, con una platea di 200.000 avvocati e il processo civile al collasso, una parte dell'Avvocatura guardi con attenzione, se non con favore, a strumenti che consentano di dare ulteriori risposte alla domanda di tutela dei cittadini.

Come avvocati formati al negoziato e alla mediazione riteniamo che il Dlgs 28/10 possa essere una opportunità per cittadini e professionisti, ma che nel suo impianto presenti alcuni nodi critici che



U.I.F.
Unione Italiana Forense

andrebbero sciolti. Da questo punto di vista il testo più vicino alla nostra sensibilità è il DDL 2329, rispetto al quale però, riteniamo di suggerire alcune integrazioni ed emende, che riguardano, oltre la già citata introduzione della negoziazione diretta assistita da avvocati.

a) prevedere la possibilità che l'attestazione dell'informativa sia contenuta nel mandato difensivo o altro atto d'incarico; b) prevedere la sospensione del giudizio onde svolgere la mediazione a richiesta della parte cui sia stata omessa o resa insufficiente informazione sulla procedura di mediazione; c) inserire il riferimento a tutti gli enti, pubblici e privati, relativamente alla clausola statutaria di conciliazione; d) riconoscere alla parte che vi abbia interesse la possibilità di una breve sospensione feriale compatibile con la durata del procedimento; e) individuare un diverso modo di coniugare l'autonomia negoziale con esigenze di competenza territoriale, assegnando alla parte agente ampia libertà di scelta dell'organismo di conciliazione, ma a quella chiamata la possibilità di non allontanarsi, se lo ritiene, dal suo territorio; f) precisare che il procedimento si può svolgere anche in sede decentrata o concordata tra le parti; g) precisare che l'inutilizzabilità nel successivo eventuale giudizio di notizie, atti e documenti dedotti in mediazione è assoluta; h) precisare che l'incompatibilità del legale rappresentante dell'organismo di mediazione con la carica di amministratore si riferisce a quella eventualmente ricoperta in società o enti diversi dall'organismo.

Raccomandiamo, quindi, la necessità che sugli organismi di conciliazione e sulla formazione dei conciliatori, sia effettuato uno stringente controllo, nonchè l'introduzione delle tecniche di mediazione tra le materie obbligatorie dei corsi universitari di giurisprudenza, così come ci impegneremo a sollecitare gli organismi istituzionali forensi affinché le tecniche di mediazione abbiano ampio spazio nella formazione professionale continua.

Ci auguriamo che il nostro contributo possa essere d'aiuto.

Restiamo a disposizione per qualsiasi necessità.

Cordiali saluti.

(Avv. Elisabetta Rampelli)