

Gruppo congressuale Negoziazione e altre ADR

Mediazione civile e commerciale.

1. Stato dell'arte

La mediazione in materia civile e commerciale, come disciplinata dal cd. "Decreto del Fare", è, ormai, consolidato strumento stragiudiziale per i professionisti ed ha confermato, nel tempo, il fondamentale ruolo del legale nella gestione del conflitto. L'applicazione di tale procedura ha portato a significativi risultati non solo in termini deflattivi, ma anche quanto ai risultati di bonaria composizione delle liti ove le parti partecipino e proseguano la procedura.

2. Prospettive di sviluppo.

Tanto premesso, va rilevato che le attuali previsioni normative hanno manifestato lacune che pregiudicano lo svolgimento efficace della procedura e che sono state colmate da interpretazioni giurisprudenziali di diversi, e talvolta contrari, avvisi sulle quali meritano di essere svolte delle osservazioni con scopo propositivo.

E' auspicabile, inoltre, che si giunga quanto prima non solo ad una riforma dell'istituto della mediazione ma anche ad una riforma organica degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie, attraverso l'armonizzazione e la razionalizzare dell'attuale quadro normativo, anche in ottica europea.

Per una migliore efficacia e diffusione dei vari metodi ADR ed onde evitare confusione per gli "utenti", è necessario un opportuno coordinamento tra le varie discipline, oggi disorganiche ed eccessivamente eterogenee.

Tra l'altro, le previsioni della disciplina dei nuovi strumenti ADR per i consumatori dovrebbero essere raccordate con la normativa sulla mediazione, anche prevedendo la possibilità per gli Organismi attualmente iscritti al Ministero della Giustizia di prestare il servizio nel settore del consumo, ai sensi del relativo decreto.

Così pure, per quanto concerne i rapporti con la negoziazione assistita, sarebbe opportuna una revisione della condizione di procedibilità, rendendola più efficace e funzionale, nonché adeguatamente coordinata con altre condizioni di procedibilità previste dalla legge.

La recente depenalizzazione di diversi reati, potrebbe consentire, inoltre, l'introduzione di specifici strumenti di composizione consensuale, con gli eventuali opportuni adattamenti.

In particolare:

SULLE MATERIE (art. 5 c. 1 bis D.Lgs 28/10)

L'attuale modello di mediazione, come comprovato altresì dalle statistiche del Ministero della Giustizia, ha dimostrato maggior efficacia in talune materie rispetto ad altre.

In primo luogo, si ha avuta conferma che, ove le parti si trovino in relazioni durature, la procedura risulti particolarmente idonea ed efficace.

In ogni caso, si ritiene che l'attuale impianto di procedibilità possa essere confermato con alcune modifiche che contribuiscano ad un miglioramento nella effettiva applicazione dello strumento.

Anche la materia bancaria si ritiene debba essere mantenuta tra le materie obbligatorie onde assicurare che le relative controversie restino nell'ambito della gestione dei legali.

Le previsioni in merito all'usucapione meriterebbero di essere riviste onde evitare specifiche problematiche.

Alla luce dell'esperienza maturata, solo nella prospettiva di un futuro quadro complessivo di miglioramento e qualificazione dello strumento e previa armonizzazione con le altre previsioni normative in tema di metodi alternativi di risoluzione delle controversie, è ipotizzabile un'estensione dell'obbligatorietà della mediazione per altre materie e, soprattutto, con riferimento alle controversie in cui le parti debbano mantenere i loro rapporti.

Tale ampliamento potrebbe, per esempio, rivelarsi utile nei rapporti contrattuali.

SULL'ACCESSO ALLA MEDIAZIONE (art. 4 D.Lgs 28/10)

Per agevolare l'accesso alla procedura, si auspica che l'istanza di mediazione possa essere depositata, oltre che presso l'Organismo del luogo del Giudice territorialmente competente per la controversia, ove sussista accordo tra le parti, anche in diverso Organismo sito nel distretto della Corte d'Appello.

SUL PRIMO INCONTRO E SULLA PARTECIPAZIONE DELLE PARTI (art. 8 c.1 D.Lgs 28/10)

Si auspica che ne venga meglio definita la finalità precisando che esso debba consistere nella verifica – non meramente formale e "burocratica" - della sussistenza delle condizioni oggettive, della mediabilità, della volontà di prosecuzione e dell'interesse delle parti per l'utile proseguimento della mediazione.

Al fine dell'efficace svolgimento della procedura di mediazione si auspica che venga precisato il ruolo attivo di assistenza del mediatore, senza previsioni di vincoli per quest'ultimo nonchè il dovere di comparizione personale delle parti le quali, in caso di impossibilità a comparire, dovranno conferire idonea procura ad essere rappresentate a persona che dovrà essere a conoscenza dei fatti ed essere munito dei poteri per la soluzione della controversia.

L'assenza delle parti (fatte salve gravi e comprovate ragioni) potrebbe essere valutata dal Giudice ai sensi degli artt. 116, comma 2, 92 e 96, comma 3, c.p.c., anche con riferimento all'esito del giudizio senza comportare l'estrema conseguenza dell'improcedibilità.

I diversi orientamenti giurisprudenziali sulle conseguenze della mancata presenza personale delle parti e sull'effettivo svolgimento della mediazione potranno essere

superati con una previsione normativa chiara onde individuare il confine preciso tra fase preliminare e mediazione vera e propria.

Si auspica che venga precisato che le parti debbano comportarsi secondo buona fede e lealtà nonché con spirito di cooperazione.

SULLA MEDIAZIONE DEMANDATA DAL GIUDICE (art. 5 c. 2 D.Lgs 28/10)

L'istituto merita modifiche correttive per consentire l'efficace svolgimento della procedura.

In particolare, in tal caso di mediazione obbligatoria, il magistrato dovrebbe farsi carico di una previa selezione dei casi effettivamente idonei ad una soluzione conciliativa emettendo all'uopo ordinanza sinteticamente motivata (tra i parametri di valutazione del magistrato potrebbero essere considerati i risultati derivanti dall'utilizzo di tale strumento, con particolare riguardo al rapporto tra le mediazioni ordinate e le controversie effettivamente conciliate di fronte al mediatore o comunque fuori dal giudizio).

In tali ipotesi di mediazione demandata andrebbe, pertanto, soppresso il primo incontro, atteso che la sua funzione è surrogata dalla valutazione del Giudice sulla praticabilità della soluzione negoziata del conflitto con la conseguenza che lo svolgimento dello stesso risulta superfluo ed appesantisce inutilmente i tempi della procedura.

Le parti, dunque, saranno tenute ad iniziare e proseguire direttamente la mediazione con il pagamento delle relative spese, senza che venga preventivamente esperito il primo incontro di mediazione.

Onde evitare invii a mero scopo deflattivo si ritiene che gli stessi possano essere disposti sino al rinvio per la precisazione delle conclusioni, fatta salva la diversa volontà delle parti.

La mancata comparizione delle stesse non potrà, comunque, comportare il venir meno della condizione di procedibilità.

SULLE PROCEDURE DI MEDIAZIONE CON LA P.A. (art. 8 c. 1 D.Lgs 28/10)

Tali tipi di procedure necessitano di essere incentivate stante la scarsa partecipazione.

Si ritiene che, onde agevolare lo svolgimento del procedimento di mediazione ed il raggiungimento di un eventuale accordo, possa essere prevista una specifica tutela del soggetto incaricato di rappresentare la pubblica amministrazione da possibili profili di responsabilità amministrativa e contabile, salvo i casi di dolo o colpa grave, laddove vi sia stata un'attenta ponderazione della convenienza di un accordo conciliativo rispetto ai possibili rischi di una causa.

SULLE CONSULENZE TECNICHE IN MEDIAZIONE (art. 8 c. 4 D.Lgs 28/10)

Anche il tema della consulenza tecnica, affrontato dalla giurisprudenza, può essere meglio disciplinato in sede normativa.

In particolare, in alcuni tipi di controversie (soprattutto quelle relative al risarcimento dei danni) è opportuno prevedere e disciplinare l'utilizzo della consulenza ed il rapporto col giudizio.

Al fine di rendere più efficace il funzionamento del procedimento di mediazione, ove tutte le parti acconsentano preventivamente all'espletamento della consulenza ed al suo utilizzo, andrebbe espressamente prevista la possibilità di richiederne l'acquisizione agli atti del successivo giudizio.

Utile potrebbe essere la previsione di un accertamento tecnico stragiudiziale o di altro ed ulteriore strumento di istruzione stragiudiziale assistita.

SULLE PROCEDURE TELEMATICHE (art. 16 c.3 D.Lgs 28/10)

L'utilizzo di tale strumento ha dato buoni frutti in alcuni tipi di procedure (aumentando per esempio il numero delle adesioni nelle procedure bancarie).

Alcuni profili di criticità si sono però rilevati, per esempio, in tema di certificazione delle firme con modalità a distanza. Al fine di agevolare lo svolgimento della mediazione con modalità telematiche, particolarmente utile per contenere costi e tempi della procedura, si ritiene che debbano essere chiariti i requisiti di certificazione delle firme con modalità a distanza, semplificando gli adempimenti, anche attraverso la possibilità per l'avvocato (e che sottoscrive in via digitale) di autenticare la sottoscrizione del proprio cliente nel verbale e nell'accordo di conciliazione.

SOTTOSCRIZIONE, CERTIFICAZIONE, TRASCRIZIONE (art. 11 e 12 D.Lgs 28/10)

Si auspica che, al fine di dar maggior snellezza alla procedura, venga conferito ai legali, oltre al potere di certificazione delle firme del proprio assistito nelle procedure telematiche, anche ogni potere di certificazione in ordine al verbale di conciliazione ai fini della trascrizione.

INCENTIVI FISCALI (art. 17 e 20 D.Lgs 28/10)

Si auspica che vengano rafforzati gli incentivi fiscali, anche con previsione di detrazioni fiscali in ogni caso di esito della procedura.

Il limite di esenzione dell'imposta di Registro potrebbe essere elevato sino ad € 100.000,00 ed è auspicabile che si applichi un regime di esenzione dell' I.V.A..

PATROCINIO A SPESE DELLO STATO (art. 17 D.Lgs 28/10)

Si confida che vengano meglio disciplinate le previsioni in tema di patrocinio a spese dello Stato.

Si auspica che venga previsto il diritto per la relativa ammissione per l'assistenza del difensore nella fase di mediazione svolta sia antecedentemente che durante il giudizio, indipendentemente dall'esito dello stesso, nonché disciplinando la relativa liquidazione delle spese da parte del Giudice competente eventualmente adito (con eventuale previsione della voce di assistenza nella mediazione nei parametri).

Si auspica, inoltre, tenuto conto dell'impatto di tali procedure sugli Organismi con ogni conseguenza relativamente alla sostenibilità, che venga previsto e costituito un opportuno Fondo.

SULL'INCOMPATIBILITA' (art. 14 bis D.M. 180/10)

Alla luce della recente impugnazione avanti al Consiglio di Stato della sentenza n. 3989/16 del Tar Lazio in tema di incompatibilità, si ritiene di ribadire ogni osservazione critica già avanzata con riferimento all'art. 14 bis già introdotto col D.M. 180/10 ed alla circolare del Ministero della Giustizia del 14 luglio 2015, illegittima, ingiustificatamente penalizzante per le parti, per il ceto forense e per la stessa cultura della mediazione.

Si ricorda che gli Organismi di mediazione istituiti dai Consigli degli Ordini degli Avvocati garantiscono la massima vigilanza organizzativa ed etica grazie ai C.O.A. che li hanno istituiti e per essi i Consigli di Disciplina, vista anche la specifica previsione deontologica di cui all'art. 62 che si aggiunge alle ordinarie previsioni di legge per i mediatori.

(Per scrupolo si ricorda che è previsto, ex art. 14 D. Lgs 28/2010, l'obbligo per il mediatore di sottoscrivere una dichiarazione di imparzialità, la possibilità per ciascuna delle parti di chiedere al responsabile dell'Organismo la sostituzione del mediatore nonché, ex art. 16 D.Lgs 28/10, l'obbligo degli Organismi di Mediazione di depositare il codice etico presso il Ministero della Giustizia, il divieto ex art. 7 D.M. 180/10 per le parti di comunicare in via riservata col mediatore, il dovere del responsabile della tenuta del Registro degli Organismi di Mediazione ex art 4 D.M. 180/10 di verificare le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione.)

SPECIALIZZAZIONE DELL'AVVOCATO IN ADR

Il crescente utilizzo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie e le specifiche competenze richieste per il loro corretto utilizzo, non possono che condurre alla previsione di una specializzazione del professionista in tal senso.

La *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense* di cui alla L. 247/12 prevede che la professione forense debba essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza e che l'avvocato ha l'obbligo di curare il continuamente con costante aggiornamento.

Così gli artt. 14 e 26 del Codice deontologico forense prevedono che, l'avvocato, al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali, non debba accettare incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza.

L'utilizzo dei metodi ADR presuppone competenza nella scelta iniziale del metodo più idoneo per la gestione della lite nonché preparazione, non solo sugli aspetti normativi, ma anche sulle tecniche di gestione del conflitto con costante aggiornamento anche su queste ultime. La specializzazione in ADR potrà anche garantire standard elevati di qualità nella gestione del conflitto da parte dei legali rispetto ad altri professionisti.

3. Proposte conclusive

In ragione di quanto sopra esposto il *Sottogruppo Mediazione civile e commerciale* auspica che:

- i) La classe forense prenda atto della necessità di investire nelle procedure alternative alla giurisdizione in termini di formazione e specializzazione;
- ii) Il legislatore intervenga al più presto sulla materia complessiva delle ADR armonizzando e coordinando le previsioni che riguardano i diversi istituti e strumenti ascrivibili alla categoria;
- iii) Venga estesa la fruibilità del patrocinio a spese dello Stato a quanti si servano della procedura di mediazione al fine di incentivarne l'utilizzo in linea con quanto previsto dalle fonti europee e vengano aumentati gli incentivi fiscali;
- iv) Venga incentivata la mediazione con previsione futura di estensione ad altre materie in un quadro di complessivo miglioramento dello strumento;
- v) Venga precisata la finalità e rafforzata la funzione del primo incontro di mediazione tenendo conto della necessità della partecipazione personale delle parti al fine della sua efficacia;
- vi) Venga incentivata la mediazione demandata dal Giudice con ordinanza motivata;
- vii) Venga incentivata la partecipazione della P.A. alle procedure di mediazione grazie a previsioni di specifica tutela per i soggetti rappresentanti della stessa;
- viii) Venga agevolato l'accesso alla procedura relativamente alla competenza territoriale, alle procedure telematiche ed alla possibilità di sottoscrizione e certificazione da parte dei legali anche con riferimento alle trascrizioni degli accordi costituenti titolo esecutivo;
- ix) Venga disciplinato l'uso della consulenza tecnica in mediazione ai fini del successivo giudizio;
- x) Venga definitivamente meno ogni forma incompatibilità prevista per l'avvocato che svolga anche il ruolo di mediatore.