

Gli emendamenti dell'Aiga al disegno di decreto legislativo sulla mediazione civile

RELAZIONE ILLUSTRATIVA

La necessità di restituire efficienza alla amministrazione giudiziaria richiede una serie di interventi atti ad incidere sulle diverse criticità che nel tempo hanno condannato la Giustizia italiana a fanalino di coda dei paesi sviluppati.

Una delle cause che senz'altro ingolfa i Tribunali della Repubblica e che contribuisce a dilatare i tempi dei processi è l'elevato ricorso dei cittadini e delle imprese alla tutela giurisdizionale.

La introduzione di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie (adr) può costituire uno strumento idoneo allo scopo di portare alla attenzione dei giudici solo quelle controversie per le quali non si è potuto utilmente esperire un tentativo di conciliazione e, dunque, di ridurre il numero di procedimenti che ogni anno costituiscono la sopravvenienza della giustizia civile.

In data 28.10.2009 il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali, e ciò in attuazione della delega prevista dall'art. 60 della L. 18 giugno 2009 n. 69.

L'AIGA, che ha sempre creduto nella utilità delle ADR ed ha siglato protocolli ed organizzato eventi che favorissero la diffusione della cultura conciliativa, dopo avere esaminato il suddetto schema di decreto legislativo, propone le seguenti modifiche e/o integrazioni:

All' art. 1, sostituire la lettera "c" come segue: **"lett c) mediatore : l'avvocato il quale abbia frequentato con profitto i corsi svolti dai soggetti formatori iscritti all'albo istituito presso il Ministero della Giustizia"**.

La suddetta previsione nasce dall' esigenza di definire espressamente il soggetto a cui viene affidata la mediazione/conciliazione; la scelta che, salve le eccezioni di cui all' articolo 24, lo stesso soggetto debba essere un avvocato, è motivata in ragione delle competenze non solo tecnico giuridiche proprie della categoria forense, quanto anche per l'abitudine al confronto ed al superamento del conflitto che sono comunque immanenti alla categoria.

Ma la scelta di definire mediatore colui il quale abbia conseguito l'abilitazione all'esercizio della professione forense è coerente con la volontà del legislatore quando ha delegato il governo a prevedere che, per particolari materie, il conciliatore possa avvalersi di esperti.

Ed in effetti l'art. 8 comma 1 della legge delegata prevede che "nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo nomina uno o più mediatori ausiliari" mentre il comma 4 della medesima norma stabilisce che "ove non si possa procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti.

Orbene, se nelle intenzioni del legislatore il mediatore non avesse dovuto possedere specifiche competenze giuridiche, non avrebbe previsto che esso possa essere affiancato da un ausiliario o possa addirittura nominare un esperto perché sarebbe stato più semplice prevedere che per determinate materie i mediatori siano in possesso delle indispensabili conoscenze tecniche. La precisazione, invece, lascia chiaramente intendere che il legislatore ha equiparato il mediatore al giurista (a colui, cioè, che sia in possesso delle competenze giuridiche), prevedendo che il mediatore sia affiancato, quando le sole competenze giuridiche non sono sufficienti, da tecnici. Tuttavia, trattandosi di attività per le quali adeguate competenze giuridiche sono indispensabili

ma non sufficienti, si ritiene che il mediatore/conciliatore debba necessariamente essere formato mediante la partecipazione con profitto ai corsi svolti dagli enti accreditati nel registro istituito e/o da istituirsi presso il Ministero di Giustizia, laddove la partecipazione al suddetto percorso formativo deve costituire altresì requisito necessario per tutti gli avvocati senza esenzioni dovute all'anzianità professionale e, senza, per converso, preclusioni in danno di chi non abbia raggiunto una certa anzianità professionale

All' art. 4 comma 1 in fine sostituire il periodo "della ricezione della comunicazione" con: **"di deposito della domanda"**.

Si è ritenuto di escludere la proposizione del tentativo tramite il servizio postale per esigenze di semplificazione del procedimento ritenendo valido solo il deposito presso l'organismo di conciliazione. Tale scelta si correla, in particolare, con la necessità di collegare l'atto impeditivo della decadenza al compimento della formalità del deposito e non, come previsto nel testo originario, alla comunicazione alle altre parti, trattandosi di atto proprio dell'Organismo e rispetto al quale la parte non ha il potere di attivarsi in sostituzione né quello di compiere atti equipollenti alla proposizione della domanda, se non l'azione giudiziale

All'art. 4 comma 3 dopo "per iscritto" si è eliminato il periodo **"a pena di nullità del contratto concluso con l'assistito"**

La inosservanza dell'obbligo rilevarebbe già sul piano deontologico ed esporrebbe il professionista ad eventuale azione di responsabilità, che il cliente potrà sempre proporre qualora non sia stato adeguatamente informato dal proprio avvocato. Peraltro, la previsione di una nullità con la conseguenza, ad esempio, che l'avvocato perda il diritto al compenso, non offre maggiori garanzie al cliente ma, semmai, minori: sarà sufficiente, al momento del rilascio della procura, fare dichiarare al cliente di essere stato edotto sulla possibilità di esperire un tentativo di conciliazione per mettere il professionista formalmente al riparo da ogni conseguenza.

All'art. 5 comma 1, dopo le parole "per le materie ivi regolate" è inserito il seguente periodo: **"nel procedimento di mediazione le parti hanno facoltà di farsi assistere da un avvocato o di provvedere personalmente alla cura dei propri interessi; qualora l'ammontare della domanda ecceda la somma di € 10.000 l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria"**.

Preso atto che il procedimento di conciliazione è fondato esclusivamente sull'incontro delle volontà delle parti e non su base giurisdizionale, si ritiene opportuno introdurre un sistema di garanzie per le parti prevedendo in particolare per le controversie di valore superiore ad € 10.000 l'obbligatorietà di una difesa professionale.

All' art. 5 comma 1, dopo il periodo "di procedibilità della domanda giudiziale" sostituire la parola "L'improcedibilità" con l'espressione: **"La non procedibilità"**

Si suggerisce di parlare di non procedibilità della domanda e non di improcedibilità perché la improcedibilità sarà dichiarata dal Giudice solo dopo che sarà inutilmente spirato il termine assegnato alle parti per esperire il tentativo di conciliazione mentre il

convenuto avrà l'onere di eccepire il mancato esperimento del tentativo di conciliazione e dunque la non procedibilità del giudizio.

All' art. 5 comma 1, dopo il periodo "assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione" aggiungere **"innanzi agli organismi di conciliazione previsti dall'articolo 18, ove esistenti"**.

Poiché nel caso di giudizio, promosso senza che sia stato esperito in via preventiva il tentativo di conciliazione, pende un processo temporaneamente sospeso per promuovere la mediazione tra le parti, ci sembra maggiormente coerente con la disposizione che istituisce organismi di conciliazione presso i Tribunali prevedere che il Giudice debba rimettere le parti dinanzi agli Organismi presso i Tribunali di cui al successivo art. 18.

All' art. 5 dopo il comma 2 inserire il seguente comma: **"Qualora la causa penda davanti al Giudice di primo grado da oltre tre anni dalla notifica dell'atto di citazione o dal deposito del ricorso introduttivo il Giudice, salvo che la natura della causa non lo consenta, terminata l'istruttoria, invita le parti a procedere alla mediazione davanti agli organismi di conciliazione di cui al successivo articolo 18, ove esistenti, entro i 15 giorni dall'udienza di trattazione, fissando contestualmente udienza per la precisazione delle conclusioni decorsi i termini di cui al successivo articolo 6. Il mancato esperimento della mediazione costituisce causa ostativa al riconoscimento dell'indennizzo di cui alla L. 89/01"**.

La conciliazione, oltre a costituire un valido filtro idoneo ad evitare che tutte le controversie abbiano accesso alla giurisdizione, può essere un ottimo rimedio per deflazionare i ruoli dei tribunali.

Questa constatazione è confortata da alcuni dati statistici molto significativi: nel 2007 su 452.546 procedimenti ordinari civili esauriti presso gli uffici del giudice di pace, ben 180.152 si sono conclusi con un provvedimento diverso dalla sentenza. Ed ancora, sempre nel 2007 su 1.382.642 procedimenti civili di cognizione ordinaria definiti (in essi comprese anche le cause di lavoro e previdenza e quelle agrarie), ben 634.677 si sono conclusi senza che sia stata emessa una sentenza. E' più che plausibile che ogni anno poco meno del 50% delle cause civili non si definisce con sentenza per abbandono delle parti processuali che hanno raggiunto un accordo transattivo.

Alla luce di questi dati ed in considerazione dei principi espressi dall' Unione Europea con la Direttiva 2008/52/EC adottata il 21 maggio 2008, si ritiene indispensabile introdurre una conciliazione delegata obbligatoria deferita dal Giudice agli Organismi presso i Tribunali di cui all' art. 18. E ciò al fine di incentivare la maggiore propensione delle parti al bonario accordo nella pendenza del processo.

La scelta di porre questo tentativo all'esito del completamento dell'istruttoria è motivato sia dal tempo decorrente tra la fine dell'istruzione e la decisione, oramai superiore ad un anno al punto che molti usano definire il fenomeno con la metafora del "collo di bottiglia", sia dal fatto che ad istruzione completata appare plausibile che le parti abbiano più chiari gli esiti della causa.

Per incentivare il ricorso all'organismo di conciliazione, si è previsto che il mancato esperimento del tentativo fa perdere il diritto al risarcimento ai sensi della L. 89/01.

Tale scelta, inoltre, appare più efficace nel porre lo Stato al riparo dalle responsabilità, favorendo altresì la conciliazione, rispetto alla mera proposizione di un'istanza di

sollecita definizione (che sarebbe solo un vacuo adempimento processuale) prevista dalla riforma della Legge Pinto.

All'art.5 ex comma 5 (divenuto comma 6) dopo il periodo "davanti a un altro organismo iscritto" aggiungere la seguente espressione: **"da designarsi da parte del Presidente del Tribunale del circondario ove ha sede la società"**

Quando la clausola di mediazione o conciliazione è contenuta in uno statuto e l'organismo prescelto non sia più iscritto o non lo sia mai stato o non possa gestire la mediazione, la nuova designazione in sostituzione – sulla falsariga di quel che accade per la designazione degli arbitri societari – deve essere rimessa ad un “soggetto estraneo alla società” (e non alle stesse parti in lite), posto che alla società fanno capo anche interessi “terzi”. Il rischio è che l'efficacia della conciliazione, eventualmente raggiunta, possa essere contestata perché ha inciso sugli interessi di eventuali terzi.

All'art. 5 comma 6 (divenuto comma 7) dopo "i medesimi effetti della domanda giudiziale" le parole "dalla stessa data la" sono sostituite dalla seguente espressione: **"il deposito della domanda"** e dopo le parole "deve essere proposta entro il medesimo termine" è aggiunto: **"originario"**

Sulle ragioni che fanno propendere per ricollegare al deposito della domanda l'effetto impeditivo della decadenza si rimanda al commento in nota all'art. 4

All' art. 5 comma 7 (divenuto comma 8) dopo le parole "davanti agli arbitri, in quanto compatibili" è aggiunto il seguente periodo: **“Quando la mediazione sia obbligatoria per volontà della legge o delle parti e non sia stata esperita o, se iniziata da non oltre quattro mesi, non si sia ancora conclusa, gli arbitri con ordinanza motivata invitano le parti a procedervi, assegnando contestualmente alle parti stesse il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissando successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’art. 6, comma 1. Il periodo di tempo che intercorre tra la comunicazione dell’ordinanza e la scadenza del termine di cui all’art. 6, comma 1, non è computato ai fini dell’art. 820 c.p.c.”**

La specificità dei procedimenti arbitrali richiede una disciplina ad hoc per le ipotesi di mediazione obbligatoria su materie devolute alla cognizione di arbitri, non potendo farsi discendere alcuna non procedibilità dell'azione dalla eventuale inosservanza dell'onere di attivare il tentativo di mediazione e dovendosi coordinare la necessaria ipotesi di sospensione del giudizio arbitrale con l'art.820 c.p.c., che disciplina i termini per il deposito del lodo.

All'art. 10 commi 1 le parole “nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale” sono sostituite dalle seguenti: **“in qualsiasi giudizio, anche non avente il medesimo oggetto”**

Per il buon esito di una mediazione, è indispensabile che alle parti sia garantito di poter “parlare” liberamente nella certezza che quello che diranno non potrà essere utilizzato dall'avversario nel successivo giudizio. In questo senso, però, la formulazione “*giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale*” lascia aperta la possibilità di un utilizzo dei

fatti appresi nella fase di conciliazione in giudizi aventi oggetti diversi ma strettamente collegati a quelli per i quali si è tentata con insuccesso la mediazione (si pensi alla mediazione preliminare ad un giudizio sull'impugnativa di bilancio: ciò che viene conosciuto nell'ambito della mediazione non può e non deve essere utilizzato – ad esempio – in un'azione di responsabilità e in caso di giudizio promosso per la revoca di amministratori o sindaci).

All'art. 10 comma 2 dopo “il mediatore” sono aggiunte le parole: **“il mediatore ausiliario e l'esperto”** ed inoltre, dopo “al mediatore” sono aggiunte le parole: **“al mediatore ausiliario e all'esperto”**

All'impossibilità di deporre del mediatore devono essere aggiunte quelle del “mediatore ausiliario” (art. 8, comma 1°, secondo periodo) e dell' “esperto” (art. 8, comma 4). Costoro partecipano alle funzioni di mediazione e debbono essere assoggettati allo stesso regime a tutela della riservatezza che caratterizza l'intero procedimento di mediazione/conciliazione.

All' art. 11 comma 1 dopo le parole “quando l'accordo non è raggiunto” è aggiunto il periodo: **“se tutte le parti concordemente lo richiedono”** ed è eliminato il periodo **“dopo averle informate delle possibili conseguenze di cui all'art. 13”**.

La previsione di una mediazione/conciliazione meramente “facilitativa”, con “passaggio” a quella “valutativa” solo su concorde richiesta delle parti, è senza dubbio più funzionale, soprattutto alla luce della potenziale rilevanza che la proposta del conciliatore avrebbe nel processo, ben potendo costituire una sorta di anticipazione della sentenza.

L' art. 13 comm1 e 2 è sostituito dal seguente: **“La parte che non si sia presentata dinanzi all'organismo di conciliazione o che non abbia consentito l'utile esperimento del tentativo di conciliazione non ha diritto alla ripetizione delle spese processuali”**.

La originaria formulazione dell'art. 13 commi 1 e 2, la cui finalità è quella di incentivare le parti a conciliare le liti, appare non confacente allo scopo prefissato. La norma si fonda sulla equiparazione implicita tra procedimento conciliativo e procedimento giudiziale, come se gli elementi di valutazione (a fini conciliativi o decisori) siano i medesimi, laddove la rigorosa riservatezza di quanto emerge in sede di conciliazione, come ribadita dall'articolo 10, esclude l'identità del materiale valutativo. In tale situazione sanzionare la parte per aver ottenuto giudizialmente lo stesso risultato che avrebbe potuto ottenere in sede conciliativa appare irragionevole. Si ritiene utile introdurre un meccanismo più semplice per raggiungere, comunque, l'obiettivo di incentivare il ricorso ai procedimenti di mediazione/conciliazione, sanzionando il comportamento di chi faccia naufragare in limine il procedimento conciliativo non presentandosi o tenendo un comportamento che osta all'esperimento del tentativo.

All' art. 14, comma 1 il periodo “è fatto divieto di assumere diritti o obblighi” è modificato come segue: **“è fatto divieto di acquistare diritti o assumere obblighi”**.

Si tratta di una correzione stilistica

Dopo l'art. 14 aggiungere **“Art. 14 –bis: (Doveri delle parti e dei difensori)**

- 1. Le parti e gli avvocati che le assistano nel procedimento di mediazione hanno il dovere di comportarsi nel corso del procedimento stesso con lealtà e probità, tenuto conto degli scopi di questo secondo quanto previsto nell'art. 1, lettera a).**

Il ruolo dell'avvocato come consulente nel corso della mediazione non può essere lo stesso di quello svolto nel giudizio, perché i due diversi procedimenti hanno finalità istituzionalmente differenti. La mediazione è finalizzata alla “conciliazione” (cfr. art. 1, lett. a) e quindi la suddetta previsione esplicita che il soggetto che assiste la parte deve in buona fede operare per quell'obiettivo, non essendo sufficiente richiamare l'art. 88 c.p.c.;

All' art. 24, dopo il comma 1 è inserito il seguente comma: **“I mediatori già accreditati presso gli organismi istituiti ai sensi dell'articolo 38 del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, i quali non siano in possesso, in tutto o in parte, dei requisiti soggettivi di cui all'articolo 1, lettera c) del presente decreto, conservano l'idoneità a svolgere l'ufficio di mediatore ai sensi del decreto stesso”.**

Le ragioni che suggeriscono, nel momento in cui si istituzionalizza nel nostro ordinamento il tentativo di conciliazione, di attribuire esclusivamente ad un avvocato adeguatamente formato le funzioni di mediatore, non possono spingersi al punto di ignorare i diritti di quanti, in virtù dell'art. 38 Dlgs n. 5/2003, abbiano acquisito queste competenze indipendentemente dal possesso del titolo di avvocato.