

ROBERTO NANNELLI

Avvocato del Foro di Firenze

Brevi riflessioni sul Decreto Legislativo n. 28 del 4.3.2010 e, in particolare, sull'obbligo dell'informativa previsto dall'art. 4 e sul procedimento di mediazione

SOMMARIO: 1. L'obbligo di informativa prima della legge delega – 2. La funzione dell'obbligo di informazione del cliente previsto dalla legge delega e dal Decreto Legislativo 4 marzo 2010 n. 28 – 3. Le tipologie di obblighi a carico dell'avvocato – 4. Le agevolazioni fiscali – 5. Il conferimento dell'incarico – 6. Annullabilità del contratto, validità della procura alle liti, effetti sul compenso dovuto all'avvocato – 7. Cenni sul procedimento di mediazione – 8. Conclusioni

1. – Il terzo comma dell'art. 4 del Decreto Legislativo n. 28 del 4.3.2010 ha introdotto l'obbligo per l'avvocato di informare per atto scritto il cliente sulla possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione dovendo precisare che, in alcuni casi, l'esperimento di detto procedimento è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La norma prevede anche l'annullabilità del contratto di mandato professionale stipulato tra il cliente e l'avvocato qualora manchi la suddetta informativa e l'obbligo di allegazione di questa, sottoscritta dal cliente, all'atto introduttivo del giudizio.

Prima di entrare nel dettaglio della norma suddetta, è opportuno verificare il quadro normativo nel quale questa importante disposizione si è inserita.

Il dovere generico di informazione del cliente sussistente a carico dell'avvocato ha in realtà origini abbastanza remote, essendo evidentemente connaturato al carattere fiduciario del rapporto ed essendo inoltre considerato un obbligo fondamentale derivante dal mandato professionale.

Il punto di partenza di questa indagine è rappresentato dalle norme del codice civile e in particolare dagli articoli 1176 e 2236 cc per come sono state interpretati dalla Corte di Cassazione. Infatti la lettura combinata di dette norme che quest'ultima ha fatto hanno fatto emergere, a carico dell'avvocato, il dovere di informare il cliente, sia al momento dell'assunzione del mandato che durante il suo espletamento, di tutte le questioni di fatto e di diritto relative alla controversia con un suo preciso onere anche di dissuadere il cliente dall'iniziare o dall'intraprendere giudizi sfavorevoli. Il tutto con la precisazione che è onere del professionista provare, in caso di controversia con il cliente, l'assolvimento del suddetto obbligo informativo, per la cui dimostrazione non è sufficiente il rilascio della procura ad litem¹.

¹ In questo senso Cass. Sez. II, 30.7.2004 n. 14597 la cui massima recita: *“Nell'adempimento dell'incarico professionale conferitogli, l'obbligo di diligenza da osservare ai sensi del combinato disposto di cui agli art. 1176, comma 2, e 2236 c.c. impone all'avvocato di assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, (anche) ai doveri di*

Un altro passo significativo verso il rafforzamento ulteriore dell'obbligo di informazione del cliente da parte dell'avvocato è stato compiuto con l'introduzione dell'art. 40 del Codice Deontologico Forense approvato dal CNF il 17.4.1997, e successivamente modificato. Questa norma, com'è noto, prevede l'obbligo per l'avvocato, all'atto dell'incarico, di informare il cliente “*delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione possibile*”. Occorre precisare come le norme deontologiche siano ormai considerate di carattere primario, a seguito dei recenti interventi giurisprudenziali² e quindi norme in grado di far sorgere diritti o obblighi a favore e a carico dell'avvocato o del cliente. E' allora evidente come, per effetto di questa disposizione deontologica, sia nato un vero e proprio obbligo di natura disciplinare a carico dell'avvocato di informare il proprio cliente di ogni soluzione possibile alla controversia, compresa evidentemente quella di natura conciliativa. E' per questo motivo che, all'indomani dell'entrata in vigore della Legge 18.6.2009 n. 69, i primi commentatori si sono affrettati a ritenere esistente appunto il collegamento tra l'art. 60/3 lett. n) e detta norma deontologica³. Dottrina autorevole ha però precisato che occorre modificare il testo della norma deontologica con una espressa previsione alle soluzioni conciliative della causa⁴.

Infine un altro significativo coinvolgimento della classe forense nell'obbligo dell'informativa dei propri clienti di eventuali soluzioni conciliative delle liti civili o commerciali loro affidate dai clienti è giunto dalla legislazione comunitaria. Infatti la

sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; di richiederli gli elementi necessari o utili in suo possesso; a sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole. A tal fine incombe su di lui l'onere di fornire la prova della condotta mantenuta, insufficiente al riguardo peraltro essendo il rilascio da parte del cliente delle procure necessarie all'esercizio dello "ius postulandi", stante la relativa inidoneità ad obiettivamente ed univocamente a deporre per la compiuta informazione in ordine a tutte le circostanze indispensabili per l'assunzione da parte del cliente di una decisione pienamente consapevole sull'opportunità o meno d'iniziare un processo o intervenire in giudizio”.

- 2 Sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione n. 26810 del 20.12.2007 in Giust. Civ. 2008, 10 2167 e n. 10875 del 30.4.2008 in Guida al Diritto 2008, 27 77. Per completezza, richiamiamo la massima della prima sentenza che recita: “*In materia di responsabilità disciplinare degli avvocati, le norme del codice disciplinare forense costituiscono fonti normative integrative del precetto legislativo che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato, e come tali sono interpretabili direttamente dalla Corte di legittimità*”.
- 3 Comunicato del Coordinamento della Conciliazione Forense del 23.7.2009 – a cura di Avv. Silvia Pinto del Foro di Firenze su www.conciliazioneforense.it. Riportiamo il passo più significativo: “*E' patrimonio condiviso di chi abbia esperienza di conciliazione che le parti, una volta portate al tavolo di conciliazione, comprendono e trovano la motivazione dell'incontro, portandolo volontariamente a conclusione. Altrettanto condiviso è il fatto che oggi non si è naturalmente disposti a considerare questa via di risoluzione del conflitto, perché ne manca la capillare e diffusa conoscenza. Ancora una volta si trova la conferma della centralità dell'Avvocatura nel ruolo di informazione e di preparazione del cliente. Sotto questo profilo occorre che, in sede di attuazione della lettera n) dell'art. citato, sia chiarito che l'obbligo di informativa del cliente ha natura deontologica, in aderenza all'art. 40 del Codice deontologico forense*”.
- 4 Ilaria Pagni in atti del convegno su “*Come cambia il codice di procedura civile*” del 25 giugno 2009 organizzato dalla Fondazione per la Formazione Forense dell'Ordine degli Avvocati di Firenze.

Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 n. 52, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, al venticinquesimo considerando, affronta questo specifico problema precisando che *“Gli Stati membri dovrebbero incoraggiare la divulgazione al pubblico di informazioni su come contattare mediatori e organizzazioni che forniscono servizi di mediazione. Dovrebbero inoltre incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti delle possibilità di mediazione”*⁵. E un richiamo testuale alla direttiva lo troviamo espressamente nel terzo paragrafo del preambolo del Decreto Legislativo 4 marzo 2010 n. 28.

E' allora evidente come l'obbligo di informazione a carico dell'avvocato e a favore del cliente anche riguardo ai procedimenti di mediazione finalizzati alla eventuale conciliazione della lite, non sia sorto con le recenti disposizioni legislative ma, almeno in via generale, detto obbligo preesisteva; la legge delega e il decreto attuativo hanno avuto l'effetto di regolamentarlo con maggiore precisione indicando, come vedremo più avanti, le modalità con cui espletarlo prima e documentare il suo adempimento poi da parte dell'avvocato nei confronti del cliente.

2. – La definitiva formalizzazione di questo obbligo, si è avuta con la Legge 18 giugno 2009 n. 69, entrata in vigore il 4 luglio 2009. Questa legge, all'art. 60/3, nel dare i criteri al Governo per il decreto legislativo, ha previsto alla lettera n) la seguente direttiva: *prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione*⁶.

Da qui si è arrivati al terzo comma dell'art. 4 del Decreto Legislativo 4 marzo 2010 n. 28 che così recita: *“All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato e' tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito e' annullabile. Il documento che contiene l'informazione e' sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione”*⁷.

Prima di esaminare più nel dettaglio la suddetta normativa, occorre capire bene lo spirito che ha animato il Legislatore delegante e quello delegato e che può dedursi da quanto abbiamo detto in precedenza a proposito del quadro normativo esistente al momento dell'entrata in vigore della legge delega e del decreto legislativo.

Noi riusciamo a comprendere bene la volontà legislativa leggendo l'art. 21 del decreto legislativo che, intitolato *“Informazioni al pubblico”* recita: *Il Ministero della giustizia cura, attraverso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della*

5 Direttiva pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 24 maggio 2008 L 136.

6 Pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 19 giugno 2009 - Serie Generale n. 140.

7 Pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 5 marzo 2010 - Serie Generale n. 53.

Presidenza del Consiglio dei Ministri e con i fondi previsti dalla Legge 7 giugno 2000 n. 150, la divulgazione al pubblico attraverso apposite campagne pubblicitarie, in particolare via internet, di informazioni sul procedimento di mediazione e sugli organismi abilitati a svolgerlo”.

In altre parole è evidente come il Legislatore delegato abbia inserito l'obbligo di informativa dei clienti da parte dei loro avvocati in un quadro più ampio di pubblicizzazione del percorso di mediazione come strumento alternativo alla soluzione delle controversie. In questo senso si sono chiaramente orientati i primi commentatori che hanno parlato, al momento in cui hanno esaminato il terzo comma dell'art. 4 del Decreto Legislativo, di scelta del lessico da marketing⁸ o di avvocato come promotore del prodotto mediazione⁹ o, più semplicemente, di obiettivo di promuovere la conoscenza dello strumento della mediazione¹⁰.

Il Legislatore Delegato quindi, anche attuando la direttiva comunitaria di cui abbiamo parlato la quale, come detto, auspicava l'incoraggiamento da parte degli stati membri della diffusione delle informazioni su come contattare il servizio di mediazione e di conciliazione delle liti civili e commerciali, ha considerato gli studi legali italiani come vere e proprie “agenzie pubblicitarie” per promuovere questo strumento di risoluzione alternativa delle controversie. La necessità di deflazionare il più possibile la giustizia civile ha indotto il legislatore da una parte a prevedere la nascita delle procedure di mediazione e conciliazione dall'altra a far sì che gli utenti (cioè i clienti degli avvocati) fossero informati al meglio sul loro funzionamento. Crisi della giustizia civile, procedura di mediazione e sua necessaria informativa da parte dei clienti sono quindi concetti che risultano intimamente collegati tra loro da un unico fine che sia quello di scongiurare il più possibile il ricorso alla lite in sede giudiziaria, visto il numero dei processi civili pendenti, ormai esorbitante e ingovernabile con i mezzi e le strutture a disposizione del comparto.

Queste riflessioni, ad avviso di chi scrive, sono fondamentali per capire la portata degli obblighi di informazione a carico degli avvocati e le relative sanzioni. Lo scopo della norma è quello di pubblicizzare lo strumento della mediazione come mezzo di risoluzione delle controversie e quindi l'avvocato assolverà bene i propri obblighi che derivano da questa norma quando avrà soddisfatto questa finalità che il Legislatore gli ha assegnato.

8 Giuseppe Finocchiaro in Guida al Diritto n. 12 del 20 marzo 2010 pagine 52 e 54 in cui possiamo leggere: *“La prima funzione che può essere riconosciuta a questo nuovo obbligo informativo imposto a un'intera categoria professionale è sicuramente quella di promuovere lo strumento conciliativo. In questa prospettiva, la previsione in esame può essere considerata come una forma di pubblicità più capillare e mirata di quella imposta dall'art. 21 del Decreto Legislativo. La promozione del “prodotto conciliazione” (la definizione non sembra scorretta ma – alla luce dell'art. 21 citato, con cui il legislatore ha chiaramente scelto di utilizzare non soltanto gli strumenti ma anche il lessico propri del marketing – assolutamente appropriata) compiuta dagli avvocati, dovrebbe essere assai più incisiva di quella affidata alle ordinarie forme di reclame”.*

9 Giuseppe Finocchiaro op. cit. pag. 54.

10 Remo Caponi in Guida al Diritto n. 12 del 20 marzo 2010 pagina 48 in cui possiamo leggere: *“Si possono così realizzare gli obiettivi di deflazionare la giustizia statale, nonché di promuovere la conoscenza dello strumento. A quest'ultimo obiettivo si indirizza anche l'obbligo dell'avvocato di informare per iscritto il cliente della mediazione/conciliazione, obbligo sanzionato con l'annullabilità del contratto di patrocinio con l'assistito”.*

3.– Adesso dovrebbe essere tutto un po' più chiaro e quindi non resta che passare alla lettura della norma per avere un quadro più preciso degli obblighi che gravano sugli avvocati, obblighi che, come detto sopra, vanno letti alla luce della finalità generale di promozione dello strumento della mediazione e di cui si è già detto.

Dalla lettura del terzo comma dell'art. 4 del Decreto Legislativo risulta agevole ritenere che a carico dell'avvocato, fin dal conferimento dell'incarico, sussistano quattro obblighi specifici tutti relativi al suo dovere di informazione:

- l'obbligo generale di informare il cliente che per ogni controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili della facoltà di avvalersi della procedura di mediazione e conciliazione prevista dal decreto;
- l'obbligo particolare di informare il cliente che per le controversie previste dal successivo articolo 5 è condizione di procedibilità l'esperimento della procedura di mediazione e conciliazione;
- l'obbligo di fornire le suddette informazioni al cliente in modo chiaro per atto scritto con la relativa sottoscrizione del cliente;
- l'obbligo di allegare la dichiarazione sottoscritta dal cliente all'atto introduttivo.

La sanzione per la violazione dei primi tre obblighi è di natura sia sostanziale (per tutti e tre) ed è la annullabilità del contratto sia processuale (per il secondo e il terzo); quella per la violazione del quarto obbligo è di natura processuale. Quest'ultima sanzione può essere o l'improcedibilità della domanda secondo quanto previsto dall'art. 5, primo comma, o l'informativa del giudice alla parte della facoltà di attivare la procedura di mediazione e di conciliazione.

Non resta adesso che vedere più da vicino questi obblighi.

a) Obbligo generale di informazione relativo ad ogni controversia.

Su questo obbligo, che come abbiamo visto è di natura generale, occorre comprendere il proprio limite oggettivo. Questo lo si ricava dall'art. 2 del Decreto Legislativo in cui si parla di “controversia civili e commerciali vertente su diritti disponibili”. E' allora evidente che l'obbligo di informazione in generale trova un limite sul concetto di disponibilità della lite. Per il concetto di disponibilità della lite, autorevole dottrina ha rimandato al principio generale previsto dal secondo comma dell'art. 1966 cc il quale com'è noto, sanziona con la nullità la transazione su una lite che riguardi diritti che, per loro natura o per espressa disposizione legislativa, siano sottratti alla disponibilità delle parti¹¹. Questo richiamo alla norma civilista è suffragato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione la quale l'ha sempre considerata come manifestazione di un principio di carattere generale¹².

11 Mauro Bove – La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo su www.judicium.it. Aggiunge l'autore sostenendo che “questo fondamentale principio è poi applicato nel decreto legislativo, che richiama il limite dei diritti disponibili in tre contesti: a) quando all'art. 2, 1° comma, definendo le controversie conciliabili, il legislatore specifica che esse devono avere ad oggetto un diritto disponibile; b) implicitamente quando, all'art. 12, si prevede che il giudice statale debba negare l'exequatur alla conciliazione ove essa sia contraria all'ordine pubblico o a norme imperative; c) infine quando, enunciando gli obblighi del mediatore, all'art. 14, si ricorda che egli deve formulare proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative”.

12 Ved. Cass. Sez. Lav. 26 luglio 2002 n. 11107 in Giust. Civ. Mass. 2002, 1375 e Cass. Sez. Lav. 27 febbraio 1995 n. 2244 in Giust. Civ. Mass. 1995, 460. Entrambi i precedenti si riferiscono all'art. 2113 cc. che, com'è noto, stabilisce l'invalidità delle rinunzie e transazioni aventi per oggetto diritti del

Come giustamente osserva però l'autore citato, ci possono essere delle variabili laddove il diritto sia astrattamente disponibile ma ci si trovi di fronte a settori per i quali, a causa della qualità di uno dei contraenti, la transazione sia valida solo se questi siano "assistiti" da terzi¹³.

In altre parole possiamo allora concludere che questo obbligo di informazione sulla facoltà di adire il procedimento di mediazione finalizzato alla conciliazione della lite e quindi alla definizione in via alternativa della controversia riguardi tutte le controversie civili e commerciali relative a diritti disponibili e cioè quelle che, per loro natura o per espressa previsione normativa, non siano sottratte alla disponibilità delle parti.

b) Obbligo di informazione per le cause per cui la mediazione è obbligatoria.

Il primo comma dell'articolo 5 del Decreto Legislativo, com'è noto, elenca una serie di materie per le quali chi intenda agire in giudizio per una di queste deve esperire preliminarmente il procedimento di mediazione, previsto dal medesimo decreto o da fonti normative diverse. Qui esiste un vero e proprio obbligo per il quale la sanzione non è più solo quella sostanziale dell'annullamento del contratto ma anche processuale della improcedibilità della domanda. Di tutto questo l'avvocato deve informare il cliente e cioè, in pratica, l'avvocato dovrà informare quest'ultimo, oltre che della mediabilità della controversia, anche e soprattutto delle necessità, nel caso specifico, di questa mediabilità.

L'aver previsto per un'area consistente di materie l'obbligo della conciliazione ha suscitato tra i primi commentatori della riforma note critiche. Infatti, da una parte si è sostenuto che non ha senso indicare come obbligatorio un percorso di conciliazione quando le parti non siano entrambe disposte a percorrerlo¹⁴; dall'altra si è aggiunto che l'obbligatorietà di un tentativo di conciliazione non garantisce di per sé, in termini quantitativi di liti conciliate, un risultato migliore da quello che si può ottenere nel caso

prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 cpc.

13 Mauro Bove, op. cit, in cui leggiamo: *“Ma il discorso potrebbe anche complicarsi, perché si dovrebbe distinguere tra le situazioni in cui ci si trova propriamente di fronte a diritti indisponibili e le situazioni in cui ci si trova, invece, di fronte a settori nei quali, per la debolezza di una parte a fronte di un'altra, la legge detta norme inderogabili. In questi settori è concepibile una soluzione conciliativa a condizione che essa sia “assistita”, ossia che le parti non vi giungano da sole. Tipico è il settore del lavoro, nel quale sono “buone” le transazioni raggiunte o di fronte al giudice o di fronte ad organismi sindacali o alla commissione provinciale di conciliazione presso l'ufficio del lavoro”*.

14 Mauro Bove, op. cit, in cui leggiamo: *“La conciliazione può essere favorita dalla legge con una buona disciplina. Ma poi rendere il percorso di mediazione obbligatorio come tentativo non ha molto senso, perché detto percorso giunge alla conciliazione solo quando le parti la scelgono consapevolmente come metodo alternativo, ossia come metodo che non giudica dei diritti, ma che valuta gli interessi sottostanti, ossia le finalità pratiche che sono sottese all'aspirazione ai beni della vita in contestazione. Insomma, un mediatore capace non mira a dare un po' di ragione a ciascuno partendo dalle pretese giuridiche dei litiganti, ma punta a risolvere il conflitto su un piano diverso dalla logica aggiudicativa, nella quale si cerca la ragione ed il torto. Allora è necessario che le parti siano disponibili a percorrere una simile via della ricerca, non della ricerca della ragione, ma della composizione degli interessi, insomma una via secondo un metodo contrattuale. A fronte di ciò il legislatore può solo incentivare la formazione di buoni conciliatori e garantire le procedure, collegando ad esse, se gestite da organismi accreditati, certi effetti giuridici, sia all'inizio sia alla fine, ove si raggiunga l'accordo ed ove non si raggiunga l'accordo”*.

di volontarietà dell'adesione al procedimento di mediazione¹⁵.

Ovviamente non resta che attendere i primi dati dagli organismi di conciliazione per capire se questo strumento introdotto recentemente abbia o meno avuto una sua riuscita. Certamente non possiamo fare a meno di segnalare la stranezza del comportamento del nostro Legislatore che, se da una parte introduce la mediazione obbligatoria per una gran parte del contenzioso civile e commerciale, dall'altra sembra eliminare un'analogha procedura per le cause di lavoro prevista dall'art. 410 cpc¹⁶.

c) Obbligo di fornire le informazioni al cliente chiaramente e per atto scritto.

Questo, assieme al successivo, è probabilmente quello in cui la volontà del Legislatore di utilizzare gli studi legali italiani come il “braccio pubblicitario” delle proprie intenzioni è più forte. E ciò perché forte è il controllo dello Stato sull'adempimento di questo obbligo: si vuole che l'informazione sia esauriente e si prevede che questa sia fornita per atto scritto in modo da controllare, con giudizio esposta da parte del giudice a cui la dichiarazione va esibita e prodotta, la sua completezza e quindi la sua adeguatezza.

E' stato scritto che l'adeguatezza dell'informazione sarà data probabilmente in modo diligente ma anche eccessivamente formale considerati i limiti culturali e di interesse economico della ceti forense, da sempre poco propenso alla soluzione conciliativa delle liti de esso gestite¹⁷. Non condividiamo assolutamente questa impostazione perché così facendo si finirebbe per addossare all'avvocato non un obbligo informativo di un procedimento di mediazione alternativo a quello della risoluzione delle controversie ma un obbligo di persuasione del proprio cliente ad evitare il più possibile la lite per addivenire ad una conciliazione. Francamente, l'interesse dello Stato a far sì che gli studi legali pubblicizzino questo strumento non può giustificare una soluzione del genere.

Sull'atto scritto, resta poco da dire se non che i testi che saranno redatti e depositati in giudizio finiranno per ricalcare il testo della norma, così come il Consiglio Nazionale Forense ha già raccomandato di fare¹⁸.

d) Obbligo di allegare la dichiarazione sottoscritta all'atto introduttivo.

Anche questo, come si è detto e scritto, è un obbligo di natura pubblicitica in quanto la sua osservanza è soggetta al controllo legale da parte del giudice: la mancata produzione in giudizio della dichiarazione sottoscritta ha effetti diversi a seconda che la controversia sia facoltativamente mediabile o necessariamente mediabile. Nel primo caso il giudice si limiterà a dare al cliente la relativa informativa (quella che l'avvocato

15 Francesco Paolo Luiso in La delega in materia di mediazione e conciliazione su www.judidium.it in cui leggiamo: “*Né si deve pensare che la natura consensuale della conciliazione sia incompatibile con una qualche forma di coazione – non già alla stipulazione dell'accordo ma – allo svolgimento del procedimento conciliativo. Uno dei dati più importanti emersi dal rapporto ISDACI sulla giustizia alternativa è infatti che la percentuale di successo della conciliazione, laddove le parti decidano di sedersi intorno ad un tavolo, è identica sia nelle conciliazioni obbligatorie sia in quelle facoltative: l'importante è che, a quel tavolo, le parti trovino un conciliatore preparato e motivato. Altrimenti, come accade per la conciliazione delle controversie di lavoro, il procedimento conciliativo non serve a niente, ed anzi diffonde un'opinione negativa della conciliazione, che è letale per la diffusione della stessa*”.

16 Ved. Disegno di legge n. 1167/B approvato in via definitiva dal Senato il 3 marzo 2010.

17 Giuseppe Fiocchiaro, op. cit. pag. 58.

18 Ved. Consiglio Nazionale Forense, comunicazione ai Presidenti dei Consigli degli Ordini del 15 marzo 2010 su www.consiglionazionaleforense.it.

non sappiamo se l'ha fornita oppure no); nel secondo caso invece si avranno gli effetti previsti dal primo comma dell'articolo 5 e quindi l'improcedibilità della domanda.

Resta da chiedersi se, in questo caso, sia necessario produrre in giudizio l'originale della dichiarazione o una sua copia, posto che la legge parla genericamente di documento. Riteniamo che ragionevolmente sia possibile produrre in giudizio una copia della dichiarazione sottoscritta dal cliente considerato che questa va assimilata ai documenti prodotti ex art. 165 cpc i quali possono chiaramente essere in copia e valgono allo stesso modo dell'originale se non vengano espressamente disconosciuti ex art. 2719 cc, sia nel contenuto che nella sottoscrizione¹⁹ e può riguardare qualsiasi documento, anche un atto pubblico, che quindi ha piena valenza processuale in caso di sua mancata contestazione²⁰.

4. – Per quanto attiene al contenuto specifico dei singoli obblighi previsti dal quarto comma dell'art. 4 del Decreto Legislativo resta da vedere in che cosa consiste l'informazione che l'avvocato deve dare esaurientemente al cliente, oltre ovviamente alla mediabilità della controversia, e quindi quale deve essere l'ulteriore contenuto della dichiarazione che il cliente stesso deve sottoscrivere.

Dalla lettura della norma appare chiaro che l'avvocato deve indicare le agevolazioni fiscali previste dagli articoli 17 e 20 del medesimo decreto. Dalla lettura combinata delle due norme, dette agevolazioni possono essere così riassunte:

- gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto (art. 17/2);
- il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di Euro 50.000,00, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente (art. 17/3);
- alle parti che corrispondono l'indennità ai mediatori è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta pari a detta indennità, fino a Euro cinquecento; in caso di insuccesso, il credito d'imposta è ridotto della metà (art. 20).

Prima di esaminare più nel dettaglio queste misure di incentivi fiscali, occorre precisare che esse si inseriscono in un quadro di induzione premiale delle parti che decidano di avvalersi della procedura di mediazione. Come è stato già acutamente osservato, l'insieme di queste misure, oltre appunto a quelle fiscali, è rappresentato da: la garanzia di riservatezza e la disciplina delle spese processuali del giudizio che mira a sanzionare la parte che abbia immotivatamente rifiutato la proposta di mediazione^{21 22}.

In realtà però tutta questa premialità non sembra emergere dal dato normativo.

Sul primo incentivo non c'è molto da dire se non da precisare che comunque la procedura non sarà totalmente gratuita ma resterà assoggettata alle indennità previste per l'organismo di conciliazione a cui le parti si rivolgeranno e che saranno determinate da un successivo decreto ministeriale secondo quanto previsto dal secondo comma dell'articolo 16. Nel frattempo continuano ad applicarsi “in quanto compatibili, le disposizioni dei decreti del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222 e 23 luglio

19 Ved. Cass. Sez. III, 25 febbraio 2009 n. 4476 in Giust. Civ. Mass. 2009, 2 209.

20 Ved. Cass. Sez. I, 26 novembre 2008 n. 28219 in Guida al Diritto 2009, 12 57.

21 Luigi Ferrajoli in Guida al Diritto n. 12 del 20 marzo 2010, pag. 69.

22 Nello stesso senso di cui alla nota 21, ma in particolare sulle spese del giudizio, Bruno Sassani e Roberta Tiscini in Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009 n. 69, su www.judicium.it.

2004, n. 223. A queste indennità si aggiungerà l'onorario dell'avvocato.

Il secondo incentivo non rappresenta alcuna novità significativa. Infatti l'articolo 9 della Legge 23 dicembre 1999 n. 488, legge finanziaria per il 2000, al nono comma recita: *“Sono esenti dall'imposta di registro i processi verbali di conciliazione di valore non superiore a lire 100 milioni”*²³. Quindi non esiste alcun incentivo fiscale particolare per le parti a conciliare la lite nel procedimento di mediazione rispetto a quello previsto per la conciliazione in sede di giudizio ex art. 185 cpc. Se a questo aggiungiamo la considerazione che la norma risale a circa 11 anni fa e che nel frattempo si è avuta la conseguente svalutazione della moneta, effettivamente la norma in commento non ha portato a novità significative.

Resta così da parlare del terzo e ultimo incentivo su cui va fatta la seguente precisazione: il credito di imposta non è detto che sia di Euro 500,00 (in caso di conciliazione della lite) o di Euro 250,00 (in caso di mancata conciliazione); questi sono solo i limiti massimi. Verrà emanato ogni anno un decreto del Ministero della Giustizia il quale, a seconda delle risorse disponibili, fisserà il credito suddetto *“in misura proporzionale alle risorse stanziare”* (secondo comma dell'articolo 20).

Che dire; il quadro degli incentivi fiscali appare un po' sottodimensionato e non incentivante per le parti che decidano di conciliare la lite durante il procedimento di mediazione.

5. – L'avvocato poi deve individuare il momento in cui scatta l'obbligo di informativa al cliente che abbiamo sopra delineato. Qui abbiamo una discrasia (e non è la sola) tra legge delega e decreto legislativo. Infatti il terzo comma dell'art. 3 della Legge Delega così recitava: *“Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: ... n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione”*. Cioè, nella legge delega, era sufficiente che l'avvocato dovesse informare il cliente prima dell'instaurazione del giudizio con ciò lasciando fuori dall'obbligo suddetto tutte le fasi preliminari e stragiudiziali, spesso molto lunghe e di determinante importanza.

Il testo del decreto legislativo invece anticipa detto obbligo *“all'atto del conferimento dell'incarico”* senza appunto distinguere tra incarico professionale per l'esercizio di un'attività giudiziale o di una stragiudiziale.

Non crediamo che si ponga un problema di eccesso di delega come causa di illegittimità costituzionale della norma ex art. 76 della Costituzione, posto che comunque sembra che il Governo abbia rispettato le finalità della legge delega che, che abbiamo visto, tendono appunto a favorire, al massimo, la conciliazione delle liti per evitare che queste approdino nelle aule di giustizia e ciò dovrebbe scongiurare questo pericolo²⁴.

Si pone invece un problema diverso e cioè di quando l'avvocato debba informare il cliente durante la fase stragiudiziale. E' evidente che, nel dubbio, l'informativa va data

23 Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 302 del 27 dicembre 2000 – Supplemento Ordinario n. 227/L.

24 Ex pluribus, ved. Corte Costituzionale 5 febbraio 1999 n. 15.

fin da quando il cliente decida di incaricare l'avvocato di assisterlo, anche solo stragiudizialmente, in quella determinata controversia.

Non vanno invece considerati i colloqui preliminari, come si è correttamente sostenuto²⁵, in cui manchi la volontà manifestata dal cliente di instaurare una controversia con una controparte.

6. – La seconda novità rilevante che noi troviamo all'interno della norma delegata è data dall'annullabilità del contratto tra l'avvocato e il proprio cliente come sanzione alla violazione dell'obbligo di informativa sulla mediabilità della controversia.

Diciamo subito che debbono escludersi riflessi processuali sulla procura, almeno a stare al gran numero dei commentatori della norma²⁶; quindi la procura, come fondamento dello jus postulandi, non risentirà in alcun modo della vicenda, tutta sostanziale, di annullabilità del contratto di mandato professionale.

Detto questo, dobbiamo poi rilevare come l'introduzione della mancata informazione corretta ed esaustiva sulla mediabilità della controversia come causa di della annullabilità del contratto è avvenuta solo per iniziativa del legislatore delegato, senza appunto che la legge delega la prevedesse in alcun modo, posto che qui si parlava solo del dovere da parte dell'avvocato di informare il cliente. Anche in questo caso, escludiamo che la previsione dell'ipotesi di annullabilità del contratto possa essere costituzionalmente illegittima per eccesso di delega ex art. 76 della Costituzione. Sul punto peraltro possiamo citare il precedente con cui era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 60 del DPR 26 ottobre 1972 n. 634 il quale prevedeva la nullità dei patti contrari a disposizioni di legge che sovvertissero il carico tributario tra le parti. Detta nullità non era prevista dalla legge delega ma da quella delegata; la Corte Costituzionale ha dichiarato, in relazione appunto all'art. 76 della Costituzione, la manifesta infondatezza della questione sollevata²⁷.

A parte gli aspetti prettamente civilistici dell'annullamento del contratto, che qui vengono tralasciati, resta ad avviso dello scrivente da analizzare un aspetto particolare: il diritto al compenso dell'avvocato per l'attività prestata nei confronti del cliente.

La Corte di Cassazione, nei casi di nullità del contratto tra professionista e cliente, nel caso in cui il primo difettesse dell'iscrizione all'albo, ha escluso, proprio per l'inesistenza di un vincolo contrattuale, che costui potesse avere diritto al compenso per l'opera prestata indicando espressamente che il professionista non ha alcuna azione verso il cliente, neppure quella sussidiaria di arricchimento senza causa²⁸.

25 Mauro Bove, op. cit.

26 Remo Caponi, op. cit. (richiama Cass. Sez. I, 2.9.1997 n. 8388 a proposito del contratto di patrocinio); Mauro Bove, op. cit.

27 Corte Costituzionale 16 marzo 1990 n. 134 la cui massima così recita: “Non è fondata la questione di legittimità costituzionale, per un asserito contrasto con l'art. 76 cost. dell'art. 60 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634, in quanto tale norma, nello stabilire la nullità di patti contrari con le disposizioni sulla solidarietà passiva in tema di imposta di registro, costituisce indubbiamente un rafforzamento degli obblighi di registrazione gravanti su entrambi i contraenti al fine, evidente, di assicurare la prevenzione e repressione dell'evasione, così come appunto previsto dall'art. 10 della legge di delega 9 ottobre 1971 n. 825”.

28 Cass. Sez. II, 12 ottobre 2007 n. 21495. Nello stesso senso ma solo per la nullità, Cass. Sez. II 15

Crediamo che con l'annullamento del contratto non cambi granché e che anche in questo caso il professionista non possa pretendere dal proprio cliente il pagamento di alcun compenso neppure a titolo di arricchimento senza causa. Infatti in questo caso il contratto verrebbe annullato per una responsabilità del difensore, che non avrebbe compiutamente informato la parte della possibilità di esperire il procedimento di mediazione e quindi per una causa imputabile al professionista. Ciò ha sempre escluso l'applicabilità dell'azione sussidiaria prevista dall'art. 2041 cc²⁹ che presuppone appunto l'assenza di responsabilità in capo a chi domandi l'indennizzo relativo.

Gli acconti percepiti andrebbero restituiti e il cliente avrebbe a disposizione l'azione di ripetizione di indebito oggettivo ex art. 2033 cc³⁰.

Queste sono le conseguenze più negative che potrebbero derivare, all'avvocato, dalla omissione dell'annullamento del contratto per una scorretta informazione al cliente in punto di mediabilità della controversia che hanno suscitato perplessità nella dottrina³¹ ma che, ad avviso dello scrivente, sono difficilmente superabili.

7. – I primi due commi dell'art. 4 del Decreto Legislativo recitano: *“La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione.. L'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa”*.

Il successivo articolo 8 recita: *“All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari. Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo. Il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia. Quando non può 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. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116 secondo comma cpc”*.

febbraio 2005 n. 3021.

29 Cass. Sez. III, 11 febbraio 2002 n. 1892.

30 Cass. Sez. III, 12 dicembre 2005 n. 27334.

31 Mauro Bove, op. cit., dove si legge: *“Se la nullità (nel primo schema di decreto legislativo si parlava appunto di nullità) del contratto tra avvocato e cliente comporta che il cliente ha diritto alla restituzione di quanto pagato, tuttavia, ove l'avvocato abbia già svolto delle prestazioni, è anche vero che il cliente avrà goduto di un indebito arricchimento che va compensato”*.

Dalla lettura di dette norme possiamo ricavare il seguente percorso procedurale:

- la scelta dell'organismo di conciliazione spetta a chi per primo deposita la domanda; infatti in caso di deposito di domande diverse si applica il criterio della prevenzione;
- la domanda deve indicare l'organismo, le parti e l'oggetto della pretesa;
- viene designato un mediatore e la pendenza del procedimento è comunicata con ogni mezzo alla controparte;
- il mediatore agisce senza particolari formalità;
- la controparte può non comparire ma di ciò se ne terrà conto davanti al giudice della causa come argomento di prova.

Senza avere la pretesa di fornire un'esauriente trattazione degli aspetti suddetti, crediamo allora che siano intanto enucleabili i seguenti spunti di riflessione.

a) In primo luogo non è stato previsto alcun ambito territoriale e quindi ciascuna parte può presentare la domanda di mediazione davanti a uno qualsiasi degli organismi a ciò abilitati. La ragionevolezza vuole che la parte che avrà più interesse lo farà di fronte all'organismo a lei più vicino ma nulla le impedisce di adire un organismo lontano, se non altro per scoraggiare la partecipazione dell'altra alla procedura di mediazione e quindi per preconstituirsì un argomento di prova nel successivo giudizio secondo quanto previsto dall'art. 116 secondo comma cpc.

b) La seconda riflessione da fare è sulla deformalizzazione del procedimento. Questa va intesa come libertà delle forme ma non come mancato rispetto del principio del contraddittorio. Posto infatti che la procedura di mediazione si conclude comunque con una proposta di soluzione della lite, la quale avrà i suoi effetti sul successivo giudizio se non altro in tema di spese legali, è evidente che vada comunque garantita a tutte le parti che debbano partecipare al procedimento la possibilità di difendersi efficacemente anche davanti al mediatore. Pur nel silenzio della legge, si ritiene che eventuali violazioni o compromissioni del diritto di difesa, sebbene non diano adito a nullità processuali, peraltro non previste, comunque possano essere fatte valere all'interno del successivo giudizio e valutate dal giudice anche per la regolazione o la liquidazione delle spese legali. Oltre a questo possiamo poi segnalare i problemi che potrebbero sorgere con controversie formate da più parti o nelle quali una parte abbia interesse a coinvolgere un terzo. Per rispettare il principio del contraddittorio, nel termine di quattro mesi, previsto dal primo comma dell'articolo 6 del Decreto Legislativo, il mediatore dovrà garantire a tutti il diritto di un'efficace difesa. Occorrerà attendere i regolamenti degli organismi di conciliazione per un quadro più preciso.

c) La terza e ultima riflessione riguarda gli argomenti di prova che si possono trarre dal comportamento della parte che non partecipa senza giustificato motivo alla procedura di mediazione secondo quanto previsto dal secondo comma dell'art. 116 del cpc e che quindi resta "contumace" nel procedimento stesso. Questa norma sembra porsi in linea con i recenti interventi giurisprudenziali della Corte di Cassazione la quale, partita da un'originaria posizione di neutralità della contumacia vista come fatto da cui non poter trarre neppure argomenti di prova che hanno un valore indiziario³², ha

32 Cass. Sez. II, 21 luglio 1981 n. 4772 la cui massima recita: "La contumacia del convenuto non solo non può essere elevata a elemento di prova contro di lui, ma non costituisce neppure un comportamento da cui possa trarsi argomento concorrente per la valutazione degli elementi probatori già acquisiti al processo, in quanto il convenuto che si astiene dal costituirsi in giudizio esercita un diritto garantitogli dalle norme del codice di rito e non immuta la situazione di contestazione che la instaurazione del procedimento fa sorgere".

con il tempo mutato indirizzo valorizzando appunto la scelta della parte di non costituirsi in giudizio come indizio tale da giustificare l'accoglimento della domanda³³, fino a riconoscerla adesso come elemento indiziario in grado di concorrere, con altri, a formare il convincimento del giudice³⁴. In sostanza, dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo di una parte al procedimento di mediazione, il giudice potrà trarre un indizio contrario alla parte assente.

8. – Non resta che trarre le conclusioni. Ovviamente prima di fare un bilancio compiuto di questa (ennesima) riforma della procedura civile, si dovrà necessariamente attendere che sia trascorso del tempo e che siano disponibili dati omogenei (cioè dell'intero territorio nazionale) provenienti dagli organismi di conciliazione. A quel punto sapremo se la riforma possa dirsi o meno riuscita. Certamente, ad oggi, possiamo ricavare le seguenti impressioni:

- La prima è che, con questo decreto legislativo, si è previsto un nuovo e gravoso obbligo a carico mondo forense, sia per gli adempimenti individuali, di cui abbiamo parlato, sia per lo sforzo che dovrà essere fatto in vista dell'entrata in vigore dell'intero Decreto Legislativo per organizzare un efficiente servizio di mediazione a prezzi contenuti, utilizzando la facoltà prevista dall'articolo 18 che comporta solo spese per gli ordini forensi (e quindi per i propri iscritti), senza ricevere in cambio alcun contributo adeguato dal comparto della Giustizia, fatta eccezione per la messa a disposizione dei locali.

- La seconda è che, sempre nel mondo forense, si sta diffondendo il timore che nei successivi giudizi il contegno delle parti nel procedimento di mediazione, la proposta (qualunque essa sia) del mediatore e il regime delle spese legali, sarà utilizzato per scoraggiare, in modo esemplare, il rifiuto di proposte conciliative e il volere comunque ottenere giustizia. Anche in questo caso, occorre attendere le prime applicazioni ma su questo dovrà essere fatto un grande lavoro formativo tra avvocati e magistrati in modo da evitare che in ogni ufficio giudiziario i primi, che debbono sempre cercare di perseguire il meglio per i loro clienti, siano costretti a scoraggiare costoro per evitare loro guai peggiori e i secondi non pensino che (salvo casi eccezionali) la causa sia stata instaurata solo per ingigantire artificiosamente l'onorario. Anche su questa sfida, crediamo che si misurerà la riuscita o meno della riforma.

33 Cass. Sez. III, 5 giugno 1991 n. 6344.

34 Cass. Sez. III, 29 marzo 2007 n. 7739.