



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE
DSG
DIPARTIMENTO DI
SCIENZE GIURIDICHE

*Struttura Didattica Territoriale Decentrata
Corte d'Appello di Firenze*

LA COSTRUZIONE DELLA DECISIONE

Norme e prassi della collaborazione tra gli attori del processo

Incontro di Studio

Firenze 18 e 19 aprile 2016-02-17

Palazzo di Giustizia

Aula 32

Un nuovo ruolo dell'avvocato nella galassia delle tutele pre-processuali

(Aldo Bulgarelli)

La galassia è composta di stelle.

Se parliamo di tutele pre-processuali in Europa, direi che attualmente, più che ad una galassia, siamo di fronte ad una "nebulosa" (che è composta di polvere, idrogeno e plasma).

Ma grazie agli avvocati possiamo avere la speranza di trasformarla in vera e propria galassia (?).

A voi decidere se aggiungere un punto interrogativo o meno.

*

Arbitrato, mediazione, actd'avocat e negoziazione assistita, conciliazione.

*

Arbitrato.

E' la forma più antica (pensiamo al giudizio di Paride) e più diffusa di soluzione stragiudiziale delle controversie.

E' anche la forma più vicina alla giurisdizione, perché si limita ad affidarsi a giudici privati anziché pubblici, e normalmente tende ad una decisione (quindi una decisione resa da privati), la quale prende il posto di una decisione giudiziale.

E' rapido ed efficace, ma ha il difetto di essere piuttosto costoso, e per questo motivo non gode del favore dell'Unione Europea.

Gli avvocati, non previsti nel giudizio di Paride, da Paride in poi hanno però un ruolo ben preciso nell'arbitrato, sia di common law che di civil law, e sono normalmente indispensabili al suo funzionamento.

Ma non sempre: per esempio, nell'arbitrato Gafta (la Grain and Feed Trade Association) non sono ben visti, e sono vietati nell'eventuale udienza, salvo che vi sia l'accordo di tutte le parti.

Vi sono avvocati che vivono di solo arbitrato, ed in particolare questo è vero per gli specialisti in arbitrato internazionale, una specie di ristretta élite giramondo in un certo senso paragonabile ai cassazionisti francesi; i quali però sono più stanziali perché non si muovono da Parigi.

Comunque, a parte l'arbitrato Gafta, che costituisce una delle eccezioni, data la tradizione millenaria sopra accennata, per gli avvocati nell'arbitrato un ruolo centrale è assicurato.

Anche se non si può certo parlare per loro di ruolo "nuovo".

E quindi passiamo ad altro.

Mediazione.

E' la forma più alla moda in Europa di soluzione pre-processuale ed extra-processuale delle controversie.

Piace all'Unione Europea perché ha alcune caratteristiche tipiche: è **rapida** e **poco costosa**, ed è (o dovrebbe essere) particolarmente **flessibile**, cioè adattarsi alle esigenze delle parti.

Inoltre **tende a "ricostruire" il rapporto fra le parti**, lacerato dalla controversia.

Ragion per cui la mediazione tanto successo riscuote soprattutto nei rapporti familiari.

Per questo motivo in tale campo è obbligatoria nel Nord Europa, soprattutto in presenza di figli minori.

Il ruolo dell'avvocato potrebbe essere di primo piano, ma per diventarlo bisogna prima che questo strumento venga compreso.

Cioè bisogna capire di che cosa si tratta.

Ho l'impressione che il tasso di comprensione presso la classe forense sia ancora piuttosto basso.

E neppure mi sembra di scorgere una bruciante sete di apprendimento.

Diciamo che l'istituto della mediazione ha per il momento per molti colleghi la stessa popolarità del babau (o di un orco mannaro) presso i più piccoli.

Viene talvolta concepita come una specie di strumento diabolico che ha per l'avvocato l'effetto di toglierli il pane quotidiano; quindi agli antipodi del Pater Noster.

In effetti, per il giudizialista puro, la mediazione costituisce una specie di rivoluzione copernicana.

Perché costituisce, usando le parole del Parlamento Europeo nella sua risoluzione del 2011, *"una valida alternativa al tradizionale approccio conflittuale."*¹ E porta *"a un risultato che sia reciprocamente accettabile o che **soddisfi gli interessi di entrambe le parti**"*: tali *"soluzioni derivanti dalla mediazione e sviluppate tra le parti **non potrebbero essere fornite da un giudice o una giuria.**"*²

Qui sta la novità e la vera forza della mediazione.

¹ Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 settembre 2011, considerando C.

² Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 settembre 2011, n. 17.

Nel fornire qualcosa di nuovo, vagamente utopistico a sfondo messianico, quale la **felicità per entrambe le parti**, che né la giurisdizione né il suo succedaneo arbitrale possono fornire.

Ben si comprende a questo punto perché la mediazione sia nata e sia tuttora così importante nel diritto di famiglia.

Ma anche nel mondo degli affari la ricostruzione e la ripresa dei rapporti fra le parti su un piano di normalità ha un suo preciso valore, anche monetario.

Di qui l'invito del Parlamento Europeo a rafforzare il *"ricorso alla mediazione da parte delle imprese"*³

Gli strumenti operativi a livello di Unione Europea.

Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008, del Parlamento Europeo edel Consiglio, sullamediazione:

14 articoli, di cui solo 10 con contenuto sostanziale, e 30 "considerando".

Per mantenere e sviluppare uno spazio di libertà sicurezza e giustizia in un mercatointerno unico correttamente funzionante,

con **libertà di circolazione delle persone** (oggi suona come affermazione ironica, visto quel

che sta succedendo a nord delle Alpi) occorre garantire il rispetto del principio fondamentale dell'accesso alla giustizia anchenelle controversie trans-frontaliere:

gli Stati membri sono stati invitati ad istituire procedure extragiudiziarie e alternative (ADR) almeno per le controversie transfrontaliere,

ed in particolare a **promuovere la mediazione**.

Vantaggi della mediazione, come si è detto:

- 1) conveniente;
- 2) rapida;
- 3) si adatta alle esigenze delle parti (flessibilità);
- 4) consente alle parti di riconciliarsi, e di recuperare quindi una relazione amichevole fradi loro.

Tutti quattro sono aspetti molto importanti; soprattutto il primo e l'ultimo rendono lamediazione uno strumento utilissimo ed unico, in quanto estremamente diversi dallo stessoarbitrato (il quale è, da un lato, normalmente costoso e, dall'altro, soprattutto quando sitraduce in una transazione, ha una buona qualità tanto più quanto scontenta entrambe leparti).

La direttiva 2008/52 si applicaquanto meno alle controversie transfrontaliere.

La mediazione classica è un procedimento **volontario**.

Su pressione degli Stati membri che volevano utilizzare la mediazione per risparmiare ingiudici e strutture, la direttiva fa salva la legislazione nazionale che rende **obbligatoria** lamediazione (deviazione dello strumento della mediazione per ottenere scopi diversi da quellinaturali).

³ Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 settembre 2011, n. 18

La Direttiva del 2008 ha fissato alcune definizioni e requisiti base e comuni alla mediazione:

- definizione di mediazione e mediatore [art. 3];
- riservatezza della stessa [art. 7];
- **equilibrata relazione** tra mediazione e procedimento giudiziario (artt. 1, 5, 6, 7 e 8);
- efficacia, imparzialità e competenza dei mediatori (art. 4);
- conseguente obbligo degli Stati membri di incoraggiare:
 - a) l'elaborazione di **codicivolontari di condotta** per i mediatori (art. 4, co.1);
 - b) la **formazione iniziale e successiva** dei mediatori (art. 4, co.2);
- obbligo degli Stati membri di pubblicizzare la mediazione (artt. 9 e 10).

*

Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 settembre 2011 sull'attuazione della Direttiva 2008/52 negli Stati membri.

Considera positivamente la mediazione e la Direttiva 2008/52, quale strumento di promozione della composizione amichevole delle controversie.

Dedica tanti capitoletti a diversi paesi, con succinte osservazioni e chiose sulle modalità ed effetti dell'attuazione della Direttiva; cercando di trarne insegnamento per migliorarne l'approccio ed i risultati.

Prende in esame gli aspetti più salienti della Direttiva:

- confidenzialità;
- esecutività degli accordi;
- effetti della mediazione su termini di prescrizione e decadenza;
- incentivi finanziari e requisiti vincolanti (entrambi particolarmente apprezzati);
- limiti per obbligatorietà della mediazione; nonché per incentivi e sanzioni;
- sotto questo profilo si occupa a lungo e approfonditamente della situazione in Italia, riconoscendo come fatto notorio che i nostri Tribunali siano congestionati e mettendo impietosamente in piazza il fatto che la durata media di un nostro giudizio civile sfiora il decennio;
- ricorda espressamente la ferma opposizione degli avvocati italiani contro la mediazione obbligatoria, arrivata fino allo sciopero;
- invita a sviluppare programmi per promuovere la conoscenza della mediazione fra gli operatori del diritto e le PMI;
- auspica standard di formazione professionale elevati e l'accreditamento in tutta l'Unione.

*

Direttiva 2013/11 del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie che coinvolgono **consumatori** (modifica del Regolamento 2006/2004 e della Direttiva 2009/22).

Si preoccupa di armonizzare i requisiti di qualità degli organismi di ADR europei e delle loro procedure, senza pregiudizio della Direttiva 2008/52 sulla mediazione.

A titolo di curiosità, riguarda anche le controversie promosse dai clienti degli avvocati contro questi ultimi, i quali rientrano nella nozione di “commerciante” dell’art. 4, comma 1 lettera b), mentre il mandato professionale rientra nella nozione di “contratto di servizi” di cui alla lettera d).

Sono elencati tutta una serie di requisiti per gli organismi di ADR e le loro procedure di lavoro, fra i quali: livello di preparazione, indipendenza e imparzialità; trasparenza; efficienza; correttezza; libertà per i consumatori di scegliere la via giudiziale; mantenimento del livello di tutela legislativa più elevato per il consumatore.

Viene stabilito l’obbligo per ogni Stato membro di designare un’apposita Autorità competente, con il compito, fra gli altri, di stilare e tenere aggiornata una lista degli organismi di ADR nazionali che rispettino i requisiti della Direttiva.

*

Regolamento n. 524/2013 del 21 maggio 2013 sulla risoluzione delle **controversie online dei consumatori** (modifica del Regolamento 2006/2004 e della Direttiva 2009/22). Reg ODR per i consumatori).

Ha per finalità l’istituzione di una **piattaforma ODR europea**, vale a dire una piattaforma online, sviluppata e gestita dalla Commissione UE, per la risoluzione alternativa delle controversie sorte online relativamente al commercio online derivante da vendita di beni online o prestazione di servizi online, ma senza preclusioni per il commercio offline.

La piattaforma è stata attivata il 9 gennaio 2016, ed è accessibile a consumatori e professionisti dal 15 febbraio⁴.

La piattaforma consiste in un **sito web interattivo**, dotato di funzione di traduzione elettronica, al quale possono accedere gratuitamente, attraverso un **modulo di reclamo elettronico** da compilare in ogni sua parte, sia un consumatore che abbia una pretesa verso un professionista e voglia risolverla in ambito extragiudiziale, sia un professionista che abbia una pretesa verso un consumatore (restano escluse le pretese fra professionisti).

Possono essere acclusi documenti al reclamo.

Ogni Stato membro designa un punto di contatto ODR, che deve fornire assistenza e si coordina con i punti di contatto degli altri Stati membri (con i quali si incontra due volte all’anno, in una riunione indetta dalla Commissione), attraverso la rete dei punti di contatto ODR istituita dalla Commissione.

Per l’Italia, è stato scelto il Centro Europeo Consumatori (ECC), con sede in Roma e sede transfrontaliera a Bolzano⁵.

⁴<http://ec.europa.eu/consumers/odr/>; informazioni sul sito: www.ecc-netitalia.it

⁵ SEDE CENTRALE
DI ROMA

Viale Degli Ammiragli, 91
00136 Roma
Tel. +39 06 44238090
Fax +39 06 44170285
info@ecc-netitalia.it

Le parti, messe in contatto elettronicamente, devono poi scegliere di comune accordo un organismo ADR, tra quelli competenti a trattare il reclamo, nell'elenco di cui all'art. 20 della Direttiva 2013/11.

L'organismo ADR scelto di comune accordo, se accetta di trattare il reclamo, deve risolverlo entro 90 giorni di calendario, senza imporre la presenza fisica delle parti o dei loro rappresentanti.

Cyber-Mediation e Cyber-Negotiation.

Il regolamento UE sull'ODR introduce una riflessione su un fenomeno abbastanza recente (una decina d'anni), che sta prendendo piede sempre di più.

Alcuni siti web forniscono, nel campo delle negoziazioni monetarie, un servizio di mediazione completamente automatico ed elettronico⁶. Una parte, che si ritiene danneggiata da un'altra, accede al sito web e chiede di dare inizio al procedimento, manifestando disponibilità ad un accordo amichevole e pone un termine finale, di solito 60 o 90 giorni. Il servizio invia automaticamente un messaggio e-mail all'altra parte chiedendo se vi sia disponibilità al procedimento e all'accordo amichevole. A questo punto, se la seconda parte accetta, accede al sito web e comincia un giro di offerte e controfferte, valutate automaticamente dal sito web.

Non è previsto intervento di avvocati.

Il rischio per la nostra professione di essere bypassati da tali procedimenti è molto elevato.

Di pari passo va il rischio per la tutela dei diritti di coloro che si affidano al computer per trovare una soluzione amichevole; anche se, trattandosi di transazioni meramente monetarie, la matematica gioca un ruolo preponderante.

Divorce hotel.

Si tratta di un sistema, nato in Olanda e ora presente anche negli Stati Uniti che mira a far ottenere il divorzio internazionale attraverso un vero e proprio procedimento di mediazione, tendente cioè a considerare la separazione personale non solo come fine del matrimonio ma, in senso positivo, come inizio di una nuova vita.

Si basa su mediatori indipendenti, affiliati alla Divorce Hotel.

Orari di apertura

Dal lunedì al venerdì
dalle 9.00 alle 17.00

SEDE TRANSFRONTALIERA
DI BOLZANO

Via Brennero, 3
39100 Bolzano
Tel. +39 0471 980939
Fax +39 0471 980239
info@euroconsumatori.org
www.euroconsumatori.org

⁶a) Cyber settle, at <http://www.cybersettle.com>; b) Settlement Online, at <http://www.settlementonline.com>; c) click Nsettle, at <http://www.clicknsettle.com>

Anche se non è sempre indispensabile utilizzare un hotel un hotel è il luogo dove, nel giro di un paio di giorni, il mediatore di Divorce Hotel, anche attraverso l'ausilio di vari esperti (psicologi, immobiliari, ecc) conduce i due coniugi ad un accordo di separazione o divorzio.

Gli avvocati non vi hanno alcun ruolo.

Anche in questo caso, elevato rischio di essere bypassati come avvocati, e rischio di mancata tutela di diritti fondamentali per costoro che a tali strutture si affidano per separarsi.

L'atteggiamento degli avvocati italiani verso la mediazione e il loro ruolo.

Si è visto sopra come appartenga ormai al notorio l'avversione (in generale) degli avvocati italiani per la mediazione, in primis per la mediazione obbligatoria.

La sensazione è che, ad un cauto e guardingo scetticismo unito a diffidenza (talvolta giustificata) per uno strumento che nella prima versione sembrava a prima vista fatto apposta per togliere lavoro agli avvocati, si accompagni in primo luogo una conoscenza non approfondita dell'istituto.

Di questo si è ben reso conto il Parlamento Europeo, quando nella sua risoluzione del settembre 2011 spinge a diffondere la conoscenza della mediazione in primo luogo fra gli operatori del diritto.

Trattandosi di istituto relativamente nuovo, la cosa è comprensibile.

Ma penso che uno sforzo di maggior comprensione vada fatto per un istituto che può arrecare grandi vantaggi ai nostri clienti, ove correttamente usato.

Indubbiamente, una conoscenza approfondita ed una formazione iniziale specifica e mirata sono indispensabili per trarne tutti i benefici.

Qui si parla non solo dell'avvocato che utilizza la mediazione, ma anche e soprattutto dell'avvocato-mediatore, che è qualificato "ex lege" ma che in realtà non può prescindere da una formazione "ad hoc" di durata adeguata.

Una volta meglio conosciuta ed utilizzata, la mediazione potrà dare anche in Italia quei frutti che già in altri paesi si sono visti.

E con un ruolo di primo piano per gli avvocati, che devono imparare a non snobbarla.

Perché la mediazione proposta dalla legge, sia pur perfettibile, contiene molte garanzie a tutela delle parti e coinvolge pur sempre gli avvocati.

Il rischio vero è quello di vederci scavalcato dalle società di mediazione, in particolare da quelle, efficientissime, via web, o da altre, tipo la olandese Divorce Hotel, che affinano sempre di più i loro strumenti, siano essi telematici o alberghieri.

Negoziazione assistita.

Strumento nuovissimo ma ancora scarsamente utilizzato.

Nasce dall'"*act d'avocat*" francese.

E' nota la genesi di questo strumento giuridico innovativo transalpino.

La Commissione presieduta dall'amico Jean-Michel Darrois, incaricata nel giugno 2008 dal Presidente Sarkozy di formulare proposte per modernizzare la professione d'avvocato, nella prospettiva di creare una grande professione giuridica, ha ipotizzato la creazione di un atto d'avvocato, caratterizzato per collocarsi fra l'atto autentico (monopolio dei notai) e la scrittura privata, in grado pertanto di accrescere la sicurezza giuridica, dato il valore anche probatorio rinforzato dell'atto privato controfirmato dall'avvocato, pur privo di forza esecutiva.

Ne è risultata la legge francese n. 331 del 2011 del 28 marzo 2011 sulla modernizzazione delle professioni giudiziarie e giuridiche ed alcune professioni regolamentate.

In Italia, prendendo spunto da ciò, nel 2014 è stato introdotto un istituto ancora più evoluto, in quanto l'atto che sancisce l'accordo finale costituisce titolo esecutivo e permette l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

In entrambi i casi, "*act d'avocat*" francese e negoziazione assistita italiana, si tratta di meccanismi che innalzano il livello di sicurezza giuridica attraverso l'intervento degli avvocati.

Il ruolo svolto dalla professione forense in entrambi i casi è quindi estremamente rilevante, direi essenziale, ed entra in un campo, quello della sicurezza giuridica, un tempo patrimonio esclusivo dei notai.

L'avvocato può quindi ritagliarsi un ruolo formidabile quale **attore di giustizia e di sicurezza giuridica**.

Nel campo del diritto di famiglia e dei diritti fondamentali ma anche, a pieno titolo, nel mondo economico e degli affari.

Gli amici francesi del "*Conseil National des Barreaux*" l'hanno ben compreso, e hanno organizzato a Parigi, il 9 ottobre 2015, un primo congresso degli avvocati dedicato a questo tema, con la partecipazione dei ministri della giustizia, dell'economia e del Collega Robert Badinter, già a sua volta ministro della giustizia nel governo Mitterand, indissolubilmente legato al merito che gli deriva dall'aver abolito in Francia la pena di morte.

Conciliazione.

Da sempre gli avvocati che svolgono con coscienza il loro lavoro sono fautori di una soluzione amichevole delle controversie che vedono coinvolti i loro clienti.

Tutti abbiamo esperienza di aver contribuito molte volte al successo di una trattativa di conciliazione condotta con il Collega di controparte, senza bisogno di alcuna forzatura, di sanzioni di improcedibilità o di particolari vantaggi fiscali, ma semplicemente perché un accordo amichevole molte volte rappresenta il miglior modo di tutelare l'interesse del Cliente.

Un incontro collegiale con le parti può rivelarsi in molti casi utile, e solo talvolta controproducente (quando le parti sono caratterizzate da una accesa animosità, che venga accentuata ed esasperata dall'incontro diretto).

Il codice di procedura civile prevede che via sia un tentativo di conciliazione da parte del giudice, ma non sempre questa formalità viene espletata dallo stesso con la dovuta convinzione; anche perché richiede sicuramente uno sforzo in più, e comunque esige la conoscenza dei fascicoli del processo.

Spetta quindi all'avvocato ricercare con costanza se vi sia lo spazio per una conciliazione amichevole, quando la stessa. Come sovente accade, sia nell'interesse del Cliente.

Il ruolo dell'Ordine degli Avvocati.

L'Ordine degli Avvocati può fare qualcosa in questo senso.

L'Ordine di Parigi ha enumerato alcuni punti di possibile intervento regolatorio⁷, cui aggiungerei un ulteriore punto di carattere meramente materiale, ispiratomi da una brochure che ho visto all'Ordine di Dublino⁸.

- 1) stabilire specifiche previsioni sulla mediazione e la sua pratica da parte degli avvocati nel suo regolamento etico;
- 2) creare all'interno dell'Ordine un Istituto per la Mediazione, o una Commissione per la Mediazione;
- 3) nominare un Delegato del Presidente che si occupi di mediazione;
- 4) creare una scuola per la Mediazione;
- 5) attrezzare una serie di sale riunioni di varia dimensione, con adeguata logistica di supporto (telefono, fax, e-mail, tele- e video-conferenza, segreteria), per aiutare soprattutto i giovani avvocati (i quali non sempre dispongono di locali idonei) ad organizzare riunioni arbitrali, di mediazione, di conciliazione.

Si è visto quindi come il nuovo ruolo disegnato per l'avvocato nella galassia delle tutele pre-processuali sia tutt'altro che secondario.

Sta a lui stesso, grazie alla sua preparazione, al suo impegno di tutti i giorni, alla sua cultura, alla sua deontologia, alla storia ma allo stesso tempo alla modernità della sua professione, non abdicare a tale ruolo di primo piano e chiudersi in uno sdegnato e controproducente rifiuto, ma aprirsi invece alle novità con spirito costruttivo, e contribuire attivamente a rendere quella che, per il momento, è ancora una vaga nebulosa una vera e propria galassia, risplendente di stelle.

⁷Louis Bernard Buchmann, "Promotion of Mediation by the Bar: the Paris Bar experience (joint CCBE-Belarus Bar Association Seminar on Mediation and Lawyers – Minsk 25 September 2015): riporto i primi quattro dei sei punti enumerate dall'amico Loius-Bernard.

⁸Dublin Dispute Resolution Center – Rooms and Rates.