

Riforma Cartabia (Legge delega 206 del 2021) e ADR: nuovo impulso a Negoziazione assistita e Mediazione

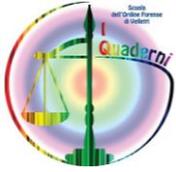
Avv. Federico Fuscà

Non solo sulla riforma del processo, la riforma della Giustizia è destinata ad incidere anche sui sistemi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione (A.D.R.).

Secondo gli Osservatori Nazionali sulla Giustizia Civile, occorre “*realizzare una giustizia plurale, una giustizia non concentrata solo sulla giurisdizione*”, cogliendo “*l’occasione di investire le risorse disponibili per le a.d.r. che integrano il sistema giustizia, spesso intrecciandosi e dialogando con i percorsi giudiziari*”, oltre a “*superare la cultura avversariale tradizionale*”, valorizzando il “*diritto collaborativo*” e i “*metodi partecipativi*”. Non si può prescindere, proseguono gli Osservatori, da una formazione specifica di avvocati e magistrati.

L’Organismo Congressuale Forense ha da tempo¹ auspicato “*una riforma organica degli strumenti stragiudiziali di composizione delle liti*”.

1 Delibera del 23.1.2021: cfr. Norme & Tributi Plus Diritto | 25 gennaio 2021 | di Francesco Machina Grifeo



Il dettato della delega.

Il comma 4, lett. a), dell'art. 1 (L.206/2021) prevede una serie di incentivi, innanzitutto fiscali, all'utilizzo degli ADR, così come auspicati da molti operatori.

Il riordino e la semplificazione “*degli **incentivi fiscali** relativi alle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie*” rappresenta un punto centrale della riforma.

Fra le misure di riordino si segnalano l'incremento della misura dell'*esenzione dall'imposta di registro* e la semplificazione della procedura per determinare il credito d'imposta anche “*commisurato al compenso dell'avvocato*” e sempre nei limiti dei “*parametri forensi*”. Finalmente si è compreso che se si vuole incentivare gli avvocati a preferire una strada rapida, alternativa alle liti giudiziarie in materia civile, occorre operare una scelta non penalizzante per i compensi dei professionisti.

Un ulteriore credito d'imposta è previsto per il contributo unificato, laddove il giudizio, già pendente, risulti estinto in virtù della conciliazione in mediazione.

Altra novità di rilievo è l'estensione del *patrocinio a spese dello stato* nei procedimenti di mediazione civile e commerciale e di negoziazione assistita. Quale corollario, gli organismi di mediazione, nel caso di parti non abbienti, godranno di un credito di imposta “*commisurato all'indennità non esigibile dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato*”.

Le spese di avvio della mediazione saranno regolamentate *ex novo*.

Il limite di spesa sarà monitorato: in caso di scostamento dal predetto limite vi sarà un aumento del contributo unificato.

Un Testo Unico raccoglierà ed armonizzerà le normative relative strumenti complementari alla giurisdizione (TUSC), fatta eccezione per l'arbitrato (rituale), che resta regolato dal codice di rito (artt. 806 e ss. c.p.c.).

Nuove ipotesi di mediazione obbligatoria serviranno a realizzare l'effetto deflattivo del contenzioso, ampliando le materie di cui all'art. 5, comma 1 bis del Dlgs 28/2010,



includendovi contratti di *associazione in partecipazione, consorzio, franchising, contratto d'opera, contratti di rete, somministrazioni, società di persone e subfornitura, "fermo restando il ricorso alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie previsto da leggi speciali"*.

Fra i primi commenti non emerge un eccessivo entusiasmo² circa l'ampliamento della sfera delle materie sotto condizione di procedibilità.

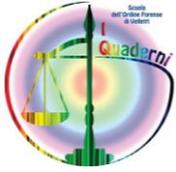
Del resto, sembra che la scelta delle materie da sottoporre a condizione di procedibilità sia dettata da criteri non meglio identificati.

Peraltro, ogni qualvolta la mediazione sia condizione di procedibilità dell'azione è confermata la necessità dell'assistenza di un avvocato per ciascuna parte. In difetto, si rischierebbe, anche se si versa in una situazione tecnicamente non contenziosa, di esporre un cittadino non troppo avveduto a scelte suggerite solo dalla controparte, che si sia dotata di assistenza tecnica.

La condizione di procedibilità *"si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo"*. In ogni caso, *"lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, ne' la trascrizione della domanda giudiziale"*.

IL Giudice, dunque, in pendenza della mediazione, ove richiesto e ricorrendone i presupposti, può concedere provvedimenti cautelari o urgenti, a salvaguardia dei diritti disponibili in contestazione.

2 **Più incentivi e mediazione ampliata: la riforma resta a metà del guado**, in *Guida al Diritto* | 27 settembre 2021 | n. 5 | p. 24-31 | di Mauro Bove <<Una simile scelta è a dir poco assai timida e in fondo, nella mancanza di coraggio che rivela, priva di prospettiva. Lo stesso legislatore tradisce una certa mancanza di fiducia nel momento in cui prevede che, decorsi cinque anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo attuativo della delega, si procederà a una verifica, alla luce delle risultanze statistiche, dell'opportunità della permanenza della procedura di mediazione come condizione di procedibilità.>>



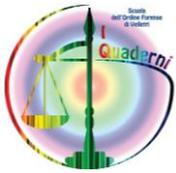
Dopo 5 anni dall'estensione si procederà ad un "verifica" statistica, onde decidere se rendere permanente la mediazione quale condizione di procedibilità.

In caso di opposizione a decreto ingiuntivo, una nuova regolamentazione concernerà, nei casi di mediazione obbligatoria, l'individuazione del soggetto tenuto a dare avvio alla mediazione, verificando se questi avrà effettivamente soddisfatto la condizione di procedibilità. Ove non soddisfatta la condizione, vi saranno delle conseguenze (ancora da disciplinare nel decreto legislativo delegato). Anche questa esigenza è emersa nella pratica, giusta applicazione del Dlgs 28, ormai ultradecennale.

La riforma dovrà favorire una partecipazione personale delle parti, affinché vi sia un "effettivo confronto" sulle controversie, anche se – come vedremo più avanti – vi sarà la possibilità di delegare qualcuno, con pieni poteri di negoziare un accordo conciliativo.

La mancata partecipazione al procedimento di mediazione sarà oggetto di apposita regolamentazione.

Altro tema centrale della riforma, in punto di mediazione civile e commerciale, è costituito – come anticipato testè - dalla possibilità di nominare, ad opera della parte un "*proprio rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la soluzione della controversia e prevedere che le persone giuridiche e gli enti partecipano al procedimento di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la soluzione della controversia*". Come è noto, gli enti pubblici in mediazione, ma ciò accade talvolta anche per i condomini, hanno un processo decisionale articolato, che male si concilia con l'istituto della mediazione civile e commerciale. All'uopo, al fine di favorire gli accordi, per le pubbliche amministrazioni è altresì previsto che – salvo il caso di dolo e colpa grave ("*negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti*") – non vi sarà responsabilità contabile (danno erariale) per gli accordi in sede giudiziale ovvero in mediazione.



L'amministratore di condominio potrà legittimamente avviare o aderire, e partecipare alla mediazione, anche se l'Assemblea, ai sensi e con le maggioranze previste dall'articolo 1136, conserva il potere di deliberare sia sull'accordo di conciliazione riportato nel verbale, sia sulla proposta del mediatore: in caso di mancata approvazione da parte dell'assemblea *“la conciliazione si intende non conclusa o la proposta del mediatore non approvata”*.

In caso di nomina di un Esperto, un Consulente Tecnico in mediazione, le parti potranno stabilire, al momento della nomina, che il suo elaborato possa essere prodotto *“in giudizio e liberamente valutato dal giudice”*.

Particolare attenzione è dedicata alla Formazione dei mediatori. Coloro che non sono laureati in legge dovranno essere adeguatamente preparati, attraverso un percorso ad hoc.

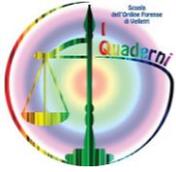
“Qualità” e *“Trasparenza”*, volte a conseguire *serietà* ed *efficienza*, saranno i cardini per l'accreditamento presso il ministero degli Organismi di mediazione, pubblici e privati.

Un'attenta valutazione riguarderà sia il responsabile dell'Organismo, sia del responsabile dell'ente di formazione.

Anche i Magistrati potranno essere chiamati ad una formazione ad hoc, finalizzata a incentivare la *mediazione demandata*. Il successo nelle mediazioni delegate sarà valutato ai fini della progressione di carriera dei magistrati. Per favorire la mediazione demandata, dovrà realizzarsi una cooperazione fra Uffici Giudiziari, Avvocatura, Università ed organismi di mediazione, in chiave di *“monitoraggio delle esperienze e la tracciabilità dei provvedimenti giudiziari che demandano le parti alla mediazione”*.

Mediazione e negoziazione assistita potranno svolgersi in modalità telematica con incontri da remoto.

Nei rapporti soggetti al rito del Lavoro (art. 409 cpc) si potrà ricorrere alla negoziazione assistita. Non si tratta assolutamente di una condizione di procedibilità



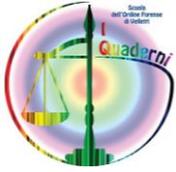
dell'azione. Ciascuna parte dovrà essere assistita da un avvocato dalla stessa scelto. Su accordo delle parti anche i rispettivi consulenti del lavoro potranno assistere i litiganti. L'eventuale accordo dovrà godere del regime di stabilità protetta, di cui all'articolo 2113, quarto comma, codice civile, in tema di transazioni ed accordi.

Il Consiglio Nazionale Forense elaborerà un modello di convenzione di negoziazione assistita, onde snellire il relativo procedimento.

Nell'ambito della Negoziazione Assistita si potrà *“svolgere, nel rispetto del principio del contraddittorio e con la necessaria partecipazione di tutti gli avvocati che assistono le parti coinvolte, attività istruttoria, denominata «attività di istruzione stragiudiziale»”,* attraverso la *“acquisizione di dichiarazioni da parte di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia e nella richiesta alla controparte di dichiarare **per iscritto**, ai fini di cui all'articolo 2735 del codice civile (confessione stragiudiziale, ndr), la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente”*. Questo aspetto della riforma costituisce l'elemento forse, in tema di ADR, maggiormente delicato. Da un lato, costituisce per gli avvocati una valorizzazione della propria professionalità; dall'altra, inevitabilmente, costituirà un inesorabile banco di prova sul piano della correttezza e della deontologia professionale. La peculiarità della innovazione in commento imporrà **garanzie** sia per le parti che per i terzi, in tema di *“verbalizzazione delle dichiarazioni, compresa la possibilità per i terzi di non rendere le dichiarazioni, prevedendo in tal caso misure volte ad anticipare l'intervento del giudice al fine della loro acquisizione”*.

Il sottrarsi all'interrogatorio sarà sanzionato, anche applicando le norme sulla *lite temeraria* (96 cpc) e quelle in tema di provvisoria esecuzione di cui all'art. 642 cpc. Sanzioni penali costituiranno presidio di legalità contro le dichiarazioni false.

Le prove così raccolte saranno utilizzabili nel successivo giudizio, qualora fallisca la negoziazione assistita, *salva la possibilità per il giudice di disporre la rinnovazione*. All'uopo sarà modificato il codice di rito.



Indipendentemente da quanto previsto da altre norme, costituirà grave *illecito disciplinare* ogni abuso da parte degli avvocati nella acquisizione delle dichiarazioni.

Altra novità di assoluto rilievo consiste nel fatto che “*gli accordi raggiunti a seguito di negoziazione assistita*” potranno “*contenere anche patti di trasferimenti immobiliari con effetti obbligatori*”. Il relativo **giudizio di congruità**, di cui all'articolo 5, VIII comma, della legge 1° dicembre 1970, n. 898, *sarà effettuato dai difensori* in sede di **convenzione di negoziazione** con la certificazione dell'accordo delle parti. Anche questo aspetto costituisce per l'avvocatura un riconoscimento e un aggravio, allo stesso tempo.

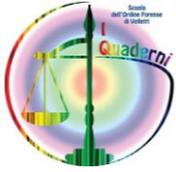
“*Gli accordi muniti di nulla osta o di autorizzazione*” saranno “*conservati, in originale, in apposito archivio tenuto presso i Consigli dell'ordine degli avvocati*”.

Gli avvocati saranno infatti obbligati a trasmettere all'archivio gli accordi, sotto pena di una sanzione amministrativa pecuniaria. I consigli dell'ordine rilasceranno copie autentiche degli accordi ai difensori ed alle parti, “*e ai terzi interessati al contenuto patrimoniale dell'accordo stesso*”. I COA assumeranno dunque – per siffatte conformità – compiti che in passato erano riservate alle cancellerie.

Conclusioni.

La riforma in commento non stravolge la legislazione vigente. Siamo al cospetto di una rivisitazione del Dlgs 28/2010, volta a rendere più allettanti gli A.D.R. Più accordi significherà una diminuzione del carico dei Tribunali. Almeno è questa l'intenzione del Legislatore.

Ad opinione di chi scrive la Mediazione ne uscirà rafforzata, forse si assisterà alla sua consacrazione, specie laddove la mediazione *delegata* si atteggerà come strumento per concludere i processi anziché evitarli. L'aver ampliato il range delle materie condizione di procedibilità potrebbe minare sul nascere questa opportunità. Starà dunque al Giudicante inviare **di nuovo** le parti in mediazione, avendo cura di dettare le linee guida della risoluzione della controversia.



Tale prassi viene già utilizzata dalle Corti di Merito. Occorre percepire la mediazione come una vera opportunità di soluzione delle controversie. Infatti, non basterà accontentarsi del fatto che sia stata esperita la condizione di procedibilità, ante giudizio. Occorrerà, ad opera di un giudicante accorto, inviare *di nuovo* le parti avanti al mediatore civile e commerciale, fondendo le linee guida cui attenersi nella soluzione della lite.

La Negoziazione assistita con poteri istruttori è tutta da sperimentare. Sarebbe un'incognita assoluta, se non fosse che gli avvocati, che si occupano di materia civile, da sempre scongiurano, ogni volta che sia possibile, un giudizio dall'esito incerto, dando vita ad una transazione.