

VII. CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

SCHEMA DI REGOLAMENTO RECANTE LA DETERMINAZIONE DEI CRITERI E DELLE MODALITÀ DI ISCRIZIONE E TENUTA DEL REGISTRO DEGLI ORGANISMI DI MEDIAZIONE E DELL'ELENCO DEI FORMATORI PER LA MEDIAZIONE NONCHÉ L'APPROVAZIONE DELLE INDENNITÀ SPETTANTI AGLI ORGANISMI

Le osservazioni del Consiglio nazionale forense (Roma, 4 ottobre 2010)

Il Consiglio nazionale forense, facendo proprie le considerazioni emerse nella riunione della *Commissione per lo studio della mediazione e della conciliazione* del 30 settembre u.s.:

- visto lo schema di Regolamento di attuazione,
- visti i pareri consultivi del Consiglio di Stato del 26 agosto 2010 e del 20 settembre 2010,

OSSERVA IN VIA PRELIMINARE

1. Lo schema di decreto ministeriale di attuazione della disciplina di rango primario non accoglie alcuna delle istanze provenienti dai consigli degli ordini professionali degli avvocati e dal Consiglio nazionale forense, rappresentate all'Ufficio legislativo del Ministero di Giustizia in più di un'occasione.

L'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2010 ha avuto notevole impatto sull'Avvocatura, che, nonostante una latente sfiducia da parte del legislatore, è chiamata a svolgere un ruolo chiave nella gestione della procedura di mediazione (artt. 18 e 19 d.lgs. n. 28/2010, ma anche art. 4, 3° comma).

Ciò nonostante, il Consiglio nazionale forense ha preso atto della disciplina con spirito collaborativo segnalando tuttavia lacune della normativa in vigore ed aspetti da correggere o sviluppare con la disciplina di attuazione.

2. Sono state, in particolare disattese, le seguenti istanze:

In relazione alla figura del mediatore:

a) Si auspicava la previsione di norme di attuazione che garantissero competenza e formazione professionale adeguate mentre i requisiti soggettivi richiesti ai mediatori abbassano lo standard professionale richiesto in precedenza;

b) Si richiedeva l'introduzione di strumenti che ne garantissero l'indipendenza e l'imparzialità nonché il rispetto di una precisa cornice di obblighi deontologici, mentre il decreto di attuazione non dedica alcuna norma al codice

etico, malgrado quest'ultimo sia espressamente previsto dalla legislazione primaria.

In relazione al procedimento si richiedeva di:

- a) estendere la disciplina del patrocinio a spese dello Stato per la parte che intenda giovare della difesa tecnica;
- b) prevedere tariffe minime obbligatorie per la copertura delle spese di funzionamento degli Organismi;
- c) prevedere meccanismi chiari per il riconoscimento del credito d'imposta (art. 20 d.lgs. n. 28/2010).

3. Lo schema di decreto disciplina in maniera puntuale momenti e fasi del procedimento di mediazione in netta controtendenza rispetto all'informalità e alla libertà delle forme tipiche delle *Alternative Dispute Resolution* e proponendo soluzioni che non risultano sperimentate dalla prassi.

4. La circostanza è viepiù grave attesa l'assenza di copertura normativa. Nessuna norma del d.lgs. n. 28/2010, difatti, demandava alla disciplina di attuazione profili di regolamentazione del procedimento, limitandosi ad affidare al Ministero della Giustizia la valutazione dell'idoneità del regolamento di procedura depositato dall'organismo richiedente ai fini dell'iscrizione nel registro (art. 16, comma 3°). La circostanza che talune previsioni dell'art. 7 – dedicato al Regolamento di procedura – siano formulate come mera facoltà e non come obblighi di contenuto non vale a sanare il rilievo, atteso che si tratta di indicazioni (la nomina di un secondo mediatore per la formulazione della proposta, ad esempio) che non trovano riscontro alcuno nelle previsioni di legge né, tantomeno, nella prassi delle conciliazioni e che, pertanto, risultano attribuibili alla mera discrezionalità dell'amministrazione.

5. Il d.lgs. n. 28/2010 prevede all'art. 20 un beneficio fiscale in relazione al credito d'imposta attribuendo «alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi e' riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità' stessa, fino a concorrenza di euro cinquecento, determinato secondo quanto disposto dai commi 2 e 3. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà». La norma affida al Ministero di Giustizia il compito di definire la concreta operatività del meccanismo (2°, 3°, e 5° comma).

Tuttavia nessuna disposizione del decreto di attuazione (pur considerando il termine dell'anno 2011) è dedicata all'argomento che, al contrario, come sottolineato dai consigli degli ordini professionali degli avvocati e dal Consiglio nazionale forense potrebbe costituire volano per il funzionamento dell'istituto.

OSSERVA IN PARTICOLARE

a) Quanto all'art. 4, 2° comma, l. b):

La locuzione «polizza assicurativa di importo non inferiore a 500.000,00 euro per la responsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione», è formulata in maniera equivoca non risultando chiaro se l'importo vada riferito al massimale o ad altro dato.

b) Quanto all'art. 4, 3° comma, l. a); requisiti soggettivi dei mediatori:

A fronte del valore di condizione di procedibilità del giudizio che assume la mediazione nel nuovo contesto normativo e delle richieste dei consigli degli ordini professionali degli avvocati che chiedevano che la disciplina di attuazione garantisse elevati standard di qualificazione professionale del mediatore, la disciplina di attuazione fornisce una soluzione finanche più blanda di quanto previsto dal d.m. n. 222/2004 per i cd. conciliatori societari. Tale fonte (disciplina transitoria secondo il d.lgs. n. 28/2010) prevede, difatti, conciliatori professori universitari in discipline economiche o giuridiche, professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno quindici anni, magistrati in quiescenza, oltre a soggetti dotati di «specifica formazione acquisita tramite la partecipazione a corsi di formazione tenuti da enti pubblici, università o enti privati accreditati (art. 4, 4° comma, d.m. 222/2004), mentre il presente Schema di Regolamento reputa sufficiente, fermo l'obbligo di formazione specifica, «un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale» o in alternativa l'iscrizione «a un ordine o collegio professionale».

Si tenga presente che per l'iscrizione a taluni ordini o collegi professionali (geometri; periti industriali; ragionieri e così via) non è necessario il conseguimento del diploma di laurea, cosicché, la previsione alternativa abbassa ancor più il requisito di professionalità.

Come segnalato dal parere del Consiglio di Stato del 26 agosto 2010 in relazione ad altri profili, la difformità rispetto al regime transitorio non è motivata né altrimenti giustificabile anche a fronte della maggior delicatezza dell'incarico affidato al mediatore, considerato che questi presta la sua attività anche in controversie in cui la mediazione è addirittura condizione di procedibilità. Entrambi i requisiti citati non appaiono idonei a soddisfare gli standard di professionalità auspicabili.

Si segnala oltretutto che ben altri livelli di professionalità sono richiesti dalla normativa secondaria per essere nominati arbitri e/o conciliatori presso gli organismi istituiti dalla Consob o dalla Banca d'Italia, nonché presso la Camera arbitrale per i lavori pubblici.

c) Quanto all'art. 4, 3° comma l. b); formazione richiesta ai mediatori:

Si suggerisce di precisare i requisiti della formazione richiesta e, pertanto, di modificare la norma nel senso che segue:

«b) il possesso di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione in base all'articolo 18, **in tutte le materie di cui all'art. 18, 2° co., lett. f del presente decreto.**»

d) Quanto all'art. 4, comma 4°:

Si suggerisce la riformulazione del primo capoverso della norma nel senso che segue.

«Gli organismi costituiti, anche in forma associata **o attraverso fondazioni**, dalle CCIAA e dai consigli degli ordini professionali **degli avvocati** sono iscritti su semplice domanda, all'esito della verifica della sussistenza del solo requisito di cui al comma 2, lettera b), per l'organismo e dei requisiti di cui al comma 3, per i mediatori», in quanto:

1) l'inclusione delle fondazioni garantirebbe di estendere il regime dell'iscrizione di diritto e la possibilità di utilizzare i locali dei tribunali, ai soggetti, le fondazioni forensi appunto, che nella prassi svolgono attività connesse e collaterali a quelle proprie dell'Ordine (attività di formazione, di conciliazione e così via);

2) il riferimento agli «ordini professionali» tout court e non agli «ordini degli avvocati» costituisce, probabilmente un refuso, atteso che soltanto questi ultimi giovano del regime di favore (art. 18 d.lgs. n. 28/2010). Difatti è la norma stessa che prosegue nel senso che «*Per gli organismi costituiti da consigli degli ordini professionali **diversi dai consigli degli ordini degli avvocati** [...]*».

e) Quanto all'art. 6, comma 4° che dispone «le violazioni degli obblighi inerenti le dichiarazioni previste dal presente articolo, commesse da pubblici dipendenti o da professionisti iscritti ad albi o collegi professionali, costituiscono illecito disciplinare sanzionabile ai sensi delle rispettive normative deontologiche. Il responsabile è tenuto a informarne gli organi competenti».

Il richiamo ai doveri deontologici del professionista iscritto all'albo a mò di previsione di una nuova e specifica sanzione disciplinare esorbita dalle facoltà della disciplina di attuazione ed invade un campo riservato all'autonomia deontologica dei Consigli nazionali.

Si suggerisce pertanto di riformulare la norma nel senso che segue:

«4. *Il responsabile, ove ravvisi una violazione degli obblighi inerenti le dichiarazioni previste dal presente articolo commessa da pubblici dipendenti o da professionisti iscritti ad albi o collegi professionali **è tenuto a informarne gli organi competenti, affinché assumano eventuali provvedimenti di carattere disciplinare***».

f) Quanto all'art. 7– Regolamento di procedura

Ribadendo quanto già osservato *supra* ai nn. 3 e 4 delle Osservazioni generali, si osserva in particolare:

1) in relazione al 2° comma, lettera b) ove si prevede «che, in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del d.lgs., la stessa può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente, e che la proposta medesima può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione», si segnala l'assoluta stravaganza della soluzione rispetto al panorama delle conciliazioni. La nomina di un mediatore "terzo" finisce col vanificare l'opera stessa di mediazione non fondata sulla formulazione di un "giudizio" ma bensì sulla ricerca di una soluzione negoziata e discussa con le parti.

2) Ove si intendessero fornire indicazioni di contenuto ai regolamenti si sottolinea l'opportunità di inserire al secondo comma, dopo la lettera a), la seguente disposizione:

«b) *che la segreteria inviti le parti, nelle materie di particolare complessità, a munirsi di un consulente, che le assista nell'espletamento del tentativo di mediazione, e nella stesura dell'accordo*»

Una previsione del genere renderebbe chiaro che, anche se l'assistenza legale non può essere imposta, tuttavia non è "disprezzata", ma anzi è suggerita, sia pure in modo indiretto all'organismo.

1) In relazione al 4° comma, che vieta la possibilità di dare luogo a procedimenti di mediazione esclusivamente in via telematica, si segnala che la normativa primaria prevede al contrario che «La mediazione può svolgersi secondo modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo» (art. 3, 4° comma d.lgs. n. 28/2010). La disposizione risulta, pertanto, in contrasto con la fonte legislativa e viepiù censurabile in considerazione della mancata previsione di una competenza territoriale dell'organismo. Vero è che la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 18 marzo 2010 (C-317/08) ha stabilito l'illegittimità di conciliazioni esclusivamente telematiche ma il principio è stato espresso in relazione alle sole **conciliazioni obbligatorie**. Nel caso, dunque, si volesse conservare la previsione se ne suggerisce la riformulazione nel senso che segue:

«Nelle ipotesi di cui all'art. 5, 1° comma del d.lgs., il Regolamento non può prevedere che l'accesso alla mediazione si svolge esclusivamente attraverso modalità telematiche».

2) in relazione al 5° comma, l b), si suggerisce la seguente riformulazione della norma:

«b) che, al termine del procedimento di mediazione, a ogni parte del procedimento viene consegnata idonea scheda per la valutazione del servizio; il modello della scheda deve essere allegato al regolamento, e copia **compilata** della stessa, con la sottoscrizione della parte e l'indicazione delle sue generalità, **dev'essere trasmessa per via telematica al responsabile e deve essere conservata presso l'organismo e messa a disposizione del responsabile dell'organismo ove richiesta; con modalità che assicurano la certezza dell'avvenuto ricevimento».**

La conservazione delle schede compilate consente comunque al responsabile di adempiere al compito di monitoraggio ma evita oneri superflui e gravosi tanto all'organismo che al responsabile stesso.

g) quanto alla disciplina delle indennità (art. 16):

Lo Schema di regolamento mal interpreta le previsioni legislative introducendo rigidità che la normativa primaria non contempla e che non trovano nessun ragionevole giustificazione, ben potendo l'organismo – **fermi i limiti di legge** – disciplinare il regime delle indennità secondo modalità più convenienti per le parti. In particolare:

1) a fronte della previsione dell'art. 17, 4° comma, lettera c) del d.lgs., secondo il quale «le maggiorazioni massime delle indennità dovute, non superiori al venticinque per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione», l'art. 16, 4° comma, lettera b) dello Schema dispone: «dev'essere aumentato in misura non superiore a un quinto in caso di successo della mediazione».

La facoltà di prevedere un compenso maggiore (comunque non superiore al 25%) è, dunque, stata convertita dalla fonte secondaria in un obbligo di aumentare il compenso (non oltre il 20%).

Si suggerisce, pertanto, di riformulare la norma nel senso che segue:

«**non può** essere aumentato in misura superiore ad un **quarto** in caso di successo della mediazione»;

2) a fronte della previsione dell'art. 17, 4° comma, lettera d) del d.lgs., secondo cui «le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5, comma 1», l'art. 16, 4° comma, lettera d) dello Schema dispone:

« d) dev'essere ridotto in misura non inferiore a un terzo nelle materie di cui all'articolo 5, comma 1, del d.lgs.».

Si propone la seguente formulazione:

«dev'essere ridotto in misura non inferiore a **di almeno** un terzo nelle materie di cui all'articolo 5, comma 1, del d.lgs.».

1) La lettera «c) dev'essere aumentato di un quinto nel caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del d.lgs.», va eliminata o riformulata in termini di mera facoltà. Nessun obbligo in tal senso si rinviene nella normativa di rango primario e, peraltro, una previsione di tale tenore rischierebbe di incentivare oltremodo proposte conciliative di qualsiasi genere, anche le più bizzarre.

2) In relazione alla lettera « e) dev'essere ridotto di un un terzo quando nessuna delle controparti di quella che ha introdotto la mediazione, partecipa al procedimento»,

si suggerisce la seguente formulazione, che configura la riduzione del terzo come minima obbligatoria ma suscettibile di variazioni in aumento:

«**e)** dev'essere ridotto di **almeno** un terzo quando nessuna delle controparti di quella che ha introdotto la mediazione, partecipa al procedimento»;

1) Sarebbe opportuno prevedere il cumulo tra quest'ultima riduzione dell'indennità e quella prevista nei casi di obbligatorietà della procedura.

2) In relazione al 5° comma, si segnala che la norma, per come formulata, non fornisce un meccanismo idoneo a funzionare nelle ipotesi in cui il massimo dello scaglione precedente sia, come normalmente avviene, superiore al minimo dello scaglione successivo;

In relazione all'8° comma, si suggerisce di integrare la disposizione nel senso che segue: « 8. Qualora il valore risulti indeterminato, indeterminabile, vi sia una notevole divergenza tra le parti sulla stima **o comunque non risulti correttamente determinato** l'organismo decide il valore di riferimento e lo comunica alle parti».

L'integrazione proposta consentirebbe, in difetto di una contestazione dell'altra parte, all'organismo di intervenire sulla indicazione erronea del proponente.

1) **In relazione al 9° comma**, che dispone «Le spese di mediazione devono essere corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà. In caso contrario, l'organismo comunica la sospensione del procedimento. Intervvenuto il pagamento, il procedimento è riassunto secondo le modalità disciplinate dal regolamento di procedura dell'organismo. Il periodo di sospensione del procedimento non si scomputa in ogni caso dal termine di durata massima di cui all'articolo 6 del d.lgs.», **si segnala:**

– in primo luogo l'assenza di una disposizione di raccordo con la possibilità – prevista normativamente (art. 17, 5° comma d.lgs. n. 28/2010) – di una mediazione **gratuita** per la parte;

– in secondo luogo la previsione della "sospensione" del procedimento rischia di vanificare in concreto l'operatività dell'istituto e di favorire pratiche dilatorie. Tali valutazioni, in sintesi, dovrebbero rimanere di competenza dell'organismo che può prevedere una sospensione, può determinarsi nel senso di richiedere il pagamento di un'anticipazione delle spese o meno e che deve essere libero nello stabilire tempo e modalità di riscossione delle stesse.

Si propone, pertanto, la seguente riformulazione:

«Al di fuori delle ipotesi contemplate dall'art. 17, 5° comma del d.lgs., l'organismo può prevedere che le spese di mediazione devono essere siano corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà. Ove le stesse non siano versate, l'organismo può sospendere il procedimento dandone comunicazione alle parti. Intervenuto il pagamento, il procedimento è riassunto secondo le modalità disciplinate dal regolamento di procedura dell'organismo. In ogni caso il periodo di sospensione del procedimento non si computa in ogni caso nel termine di durata massima di cui all'articolo 6 del d.lgs.».

h) quanto all'art. 18

1) In relazione al comma 2°, lettere f) e g): sarebbe opportuno prevedere anche un percorso formativo avente ad oggetto gli specifici settori per i quali il tentativo di mediazione è obbligatorio. La conoscenza del diritto sostanziale applicabile è divenuta fondamentale per riuscire a comprendere il linguaggio delle parti e per dare dimostrazione di quella autorevolezza che è necessaria per il successo del tentativo. Sarebbe, pertanto, opportuno prescrivere che nel corso base di 50 ore ve ne siano almeno quattro sulle materie del decreto, nonché prevedendo, nella lettera g), 8 ore aggiuntive, in una delle materie del decreto, a scelta del discente.

2) In relazione al comma 2°, l. i): l'espressione «chiara fama» ha già creato e rischia di continuare a creare anche in questo contesto difformità interpretative. Sarebbe opportuno indicare un criterio documentabile *per tabulas*.

3) in relazione al comma 3°, l. a): con riferimento ai requisiti dei formatori pratici, si segnala l'assoluta vaghezza del criterio. Non è chiaro, difatti, se il riferimento alle mediazioni cui il formatore ha partecipato includa qualsiasi meccanismo di mediazione, le sole procedure svoltesi secondo la disciplina dell'abrogato d.lgs. n. 5/2003.

4) Sarebbe opportuno prevedere che, purché un organismo si avvalga di formatori in possesso dei requisiti richiesti, i corsi possano essere tenuti anche da formatori "accreditati" in generale, e non per quello specifico organismo. In tal modo si consentirebbe a chi organizza i corsi di contare su un numero di docenti maggiore rispetto a quello attuale, senza che in alcun modo si svalisca la formazione, visto che, se un docente è accreditato, lo è per le proprie personali caratteristiche e non perché la richiesta di accreditamento proviene da un ente piuttosto che da un altro.

i. Quanto alla disciplina transitoria (art. 20)

La disciplina non contempla l'ipotesi di quanti, pur avendo conseguito l'attestato previsto dal d.m. 222/2004, non sono attualmente iscritti quale mediatori in alcun organismo di conciliazione. Sarebbe opportuno prevedere un meccanismo di salvaguardia per tali soggetti, attesa la "corsa alla formazione" che ha caratterizzato il periodo successivo all'entrata in vigore del d.lgs.

Si propone, pertanto, di integrare l'art. 20 con una disposizione che consenta, attraverso un aggiornamento di 10 ore di formazione, l'acquisizione della qualifica di mediatore per quanti abbiano completato il percorso formativo previsto dal d.m. n. 222/2004 e non prestino la propria opera presso alcun organismo di conciliazione.

Si propone, pertanto, di integrare la disposizione nel senso che segue:

*«2. I mediatori che prestano la loro opera presso gli organismi di cui al comma 1, **nonché tutti coloro che, pur non operando ancora presso alcun organismo, abbiano comunque conseguito l'attestato presso un ente di formazione accreditato, devono acquisire [...]**»*

Alla luce delle presenti osservazioni, il Consiglio nazionale forense auspica che in sede di adozione in via definitiva dello schema di regolamento in oggetto vengano tenute presenti le osservazioni formulate.

Roma, 5 ottobre 2010