



Avv. Manola Faggiotto del Foro di Venezia

Nell'affrontare le problematiche relative al ruolo (o meglio, ai ruoli) che il nuovo istituto della mediazione civile e commerciale – approvato con il Decreto Legislativo n. 28/2010- assegna all'avvocato inizieremo dagli aspetti della disciplina particolarmente onerosi e gravosi .

OBBLIGO INFORMATIVO

Seguendo l'articolato del Decreto, la prima norma che viene all'attenzione è il 3° comma dell'art 4 che introduce per gli avvocati il dovere di informare i propri assistiti della possibilità di ricorrere alla mediazione per la composizione della controversia , delle agevolazioni fiscali previste dagli artt. 17 e 20 , nonché (a partire dal 20 marzo 2011) dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale .

Trattasi, come vedremo , di un vero e proprio obbligo dalla cui inosservanza conseguono sanzioni sia di natura disciplinare (è bene ricordare che l'art. 40 del Codice deontologico forense prescrive espressamente che « *l'avvocato è tenuto ad informare chiaramente il proprio assistito all'atto dell'incarico delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione possibili* “) sia di natura sostanziale (annullabilità del contratto) .

Ancorché le Commissioni giustizia di Camera e Senato avessero suggerito di contenere il comportamento omissivo dell'avvocato in termini di illecito disciplinare il Ministero ha ritenuto di non accogliere la proposta emendativa perché – così testualmente nella relazione illustrativa- *“ultronea rispetto a quanto la legge professionale già prevede, e in secondo luogo perché si è ritenuto di dover mantenere una tutela rafforzata della parte coinvolta, che necessariamente deve andare al di là dei profili deontologici, che ineriscono la condotta del professionista piuttosto che la protezione dei diritti del soggetto destinatario della sua prestazione”*.

Non vi è chi non veda come tale “giustificazione” sia, oltre che lesiva della figura dell'avvocato (quasi che il disdoro conseguente ad un provvedimento disciplinare non abbia di per sé carattere deterrente) , anche capziosa.

E' di tutta evidenza , infatti, che la previsione della annullabilità del contratto è stata dettata da due ordini di ragioni entrambe censurabili :

- a) scongiurare il rischio che il professionista disincentivi il proprio assistito a ricorrere alla conciliazione con ciò dimostrando di nutrire forte pregiudizio nei confronti degli avvocati ritenuti (a torto) una delle cause del proliferare dei processi e delle lungaggini dei giudizi ;
- b) utilizzare gli avvocati come promotori degli strumenti conciliativi . Una sorta , cioè, di veicolo pubblicitario a zero costi per lo Stato .

Ciò detto cominciamo ad analizzare la norma in commento .

All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è 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.

Nella originaria formulazione l'onere della informativa doveva essere assolto in occasione del primo colloquio con l'assistito.

Accogliendo il parere espresso dalla Commissione giustizia del Senato, il Ministero ha , per così dire, “spostato” temporalmente l'obbligo informativo **all'atto del conferimento dell'incarico** .

Ora, se andiamo a leggere le osservazioni formulate , sul punto, dalla Commissione giustizia del

Senato vediamo che si parla di adempimento da svolgere “*prima della promozione del giudizio* “. Lo stesso Consiglio Nazionale Forense nelle note di commento all'allora schema di decreto legislativo (mi riferisco alle osservazioni del 30/10/2009) segnalava la opportunità di prevedere l'obbligo di informazione “*prima della proposizione della domanda giudiziale*” .

Anche nella Legge Delega (vedasi il 3° comma dell'art. 60 , lettera n) era previsto che l'informazione venisse fornita “*prima della instaurazione del giudizio* “

Sembrirebbe , dunque, stando a dette indicazioni, che tale adempimento debba essere attuato nei casi in cui il cliente manifesti al difensore l'intenzione di intraprendere una azione giudiziaria, o per meglio dire , solo quando l'incarico sia stato conferito per lo svolgimento di attività processuale .

Di talchè alla locuzione “*conferimento dell'incarico*” dovrebbe attribuirsi il significato di affidare all'avvocato lo svolgimento di una attività processuale conseguenza immediata e diretta del conferimento di un mandato *ad litem* .

Se non che ci sono alcuni elementi che fanno dubitare della correttezza di tale interpretazione .

In primo luogo l'espressione “ *conferimento dell'incarico* “ è troppo generica per poter circoscrivere l'attività sottesa all'incarico come unicamente finalizzata all'esperimento della azione giudiziaria .

Non necessariamente il rapporto che si instaura tra avvocato e cliente (c.d. contratto di patrocinio) ha ad oggetto lo svolgimento di una attività processuale All'avvocato ,invero , è spesso richiesto l'espletamento di prestazioni giudiziali c.d. extraprocessuali che possono essere preordinate o meno ad una successiva attività propriamente processuale .

In secondo luogo sempre il 3° comma dell'art. 4 in commento , dispone che il documento contenente l'informazione deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio .

L'uso dell'aggettivo “*eventuale* “, a mio avviso , sta a significare (e, quindi , a confermare) che l'obbligo informativo prescinde dalla circostanza che la prestazione professionale richiesta abbia ad oggetto lo svolgimento di una attività processuale .

L'informazione, pertanto, dovrà comunque essere data nel momento della conclusione del contratto c.d. di patrocinio (*id est* conferimento dell'incarico) ; solo quando (e se) si renderà necessario intraprendere il giudizio sussisterà anche l'onere di allegare il relativo documento all'atto introduttivo .

In terzo luogo osservo che la disposizione che introduce l'onere della informativa è contenuta nell'art. 4 del Decreto Legislativo intitolato “*Accesso alla mediazione* “ al cui 1° comma rinvia , per la individuazione delle controversie suscettibili di mediazione , al precedente art. 2 , che fa riferimento alle “*controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili*”.

Sul concetto di “diritti disponibili” non sussistono necessità interpretative :disponibili sono quei diritti (e lo dice la parola stessa) di cui le parti possono disporre . Solo le controversie aventi ad oggetto diritti negoziabili potranno essere interessate dal procedimento di mediazione .

Qualche perplessità potrebbe suscitare il significato del termine “*controversia*” . Sul punto è bene richiamare quanto precisato nella relazione illustrativa del Decreto Legislativo . In questa è chiarito che per “controversia” è da intendersi la “ *crisi di cooperazione tra soggetti privati, risolubile non attraverso la netta demarcazione tra torti e ragioni di ciascuno, ma per mezzo di accordi amichevoli che tendano a rinegoziare e a ridefinire gli obiettivi, i contenuti e i tempi del rapporto di cooperazione, in vista del suo prolungamento, e non necessariamente della sua chiusura definitiva.* “

Da questa definizione emerge che lo strumento della mediazione può essere utilizzato ogni qual volta si profili tra i soggetti una situazione di contrasto che è suscettibile di trovare una composizione ma non necessariamente in sede giudiziaria e che , quindi, il ricorso alla assistenza del legale non è inevitabilmente preordinato alla introduzione del giudizio.

Per concludere sul punto, possiamo affermare che l'obbligo della informazione è escluso solo :

a) in relazione a controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili (si veda , al riguardo, l'ordinanza 6-9 aprile 2010 del Tribunale di Varese secondo la quale “*..restano estranee al regime giuridico conciliativo le controversie ...involgenti il diritto delle persone e della famiglia – come ad es. la separazione personale tra i coniugi ; lo scioglimento del matrimonio e la cessazione dei suoi effetti civili ; i procedimenti ex artt. 709-ter e 710 c.p.c. ; l'amministrazione di sostegno etc , -come*

del resto è confermato dall'art. 5 , comma 4, lett e) , del D. Lgs , che esclude dalla mediazione obbligatoria i procedimenti in camera di consiglio).

b) quando l'incarico abbia ad oggetto attività di mera consulenza , informazione, redazione e/o assistenza nella stipulazione di contratti o altri negozi . Attività , dunque, insuscettibili (se non in via meramente ipotetica) di sfociare in una controversia potenzialmente risolvibile attraverso il procedimento di mediazione.

Se questa è la interpretazione corretta una valutazione critica e , sottolineo, amaramente critica , si impone di necessità .

Obbligare l'avvocato ad informare il cliente che per la composizione della controversia (nel senso sopra precisato) può rivolgersi (o meglio , deve attesa la varietà e soprattutto quantità delle materie soggette al tentativo obbligatorio di mediazione) a dei soggetti esterni , sanzionandone la omissione addirittura con la annullabilità del contratto , significa, da un lato, sminuire la figura dell'avvocato riducendolo a mero burocrate e, dall'altro (e questa è la conseguenza più grave) svilirne il ruolo quasi che la negoziazione – che come sappiamo è una componente essenziale della attività quotidiana del legale – non attenga alla attitudine e capacità dell'avvocato .

Mi sembra doveroso osservare mentre il considerando n. 25 della direttiva europea in tema di mediazione (Direttiva 2008/52/CE) dispone che gli stati membri “***Dovrebbero incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti delle possibilità di mediazione***” , il nostro Legislatore ha tradotto in imperativo categorico quello che per il Legislatore europeo era un semplice suggerimento volto a favorire la diffusione della mediazione attraverso la cooperazione e non la cooptazione degli avvocati.

Nella legge delega (art. 60 , comma 3, lett. n) , peraltro, non è prevista sanzione alcuna per l'ipotesi di omessa informativa . Il che porta a dubitare della legittimità costituzionale della norma per eccesso di delega.

Destinatario della informazione

Il secondo interrogativo che si pone è l'individuazione del soggetto destinatario della informazione . La sola parte (eventuale) attrice o anche la parte (eventuale) convenuta ?

Stando al dato letterale della norma la informazione va data all'assistito in quanto tale possa egli un domani assumere la veste di parte attrice o di parte convenuta .L'art. 4 , 3° comma, infatti , connette l'obbligo della informazione all'assistito al semplice conferimento dell'incarico senza operare alcuna distinzione.

Il Consiglio Nazionale Forense nella circolare del 16/3/2010 precisa che “*la informazione dovrà essere fornita tanto alla parte attrice che a quella convenuta*”.

Si potrebbe , tuttavia , obiettare sotto un profilo strettamente logico o, meglio di ragionevolezza , che se la ratio del ricorso alla mediazione è quella di deflazionare il contenzioso, e proprio in ragione di tale ratio è stato emanato il Decreto Legislativo in esame , l'incombente della informazione anche nei confronti della parte c.d. convenuta , nel caso in cui abbia già ricevuto la notifica dell'atto introduttivo del giudizio con conseguente fissazione della udienza, si appaleserebbe superfluo se non addirittura incongruo , in quanto, essendo il contenzioso già iniziato non potrebbe essere deflazionato, in funzione di filtro, da un tentativo di mediazione.

Informazione nella fase dell'appello

Considerato che l'art. 5 , comma 2, del Decreto prevede che anche in appello il Giudice possa invitare le parti a procedere alla mediazione ed attesi lo spirito e la finalità dell'istituto, alcuni ritengono che l'avvocato debba fornire l'informazione all'assistito anche in fase di appello .

Se alla data del 20 marzo scorso il giudizio di appello è già stato instaurato ritengo che l'avvocato non sia tenuto a fornire la informazione (salvo , forse, che intervenga l'invito del Giudice) .

Se, al contrario , il giudizio non è stato ancora introdotto , sarà l'avvocato tenuto a fornire l'informazione e ad allegare il relativo documento all'atto introduttivo (tale essendo indubbiamente l'atto di citazione o il ricorso con il quale si introduce il giudizio di 2° grado)?

Ora , se è vero che l'impugnazione è una fase nuova del giudizio , è altrettanto vero che si svolge nell'ambito del medesimo processo . Una prosecuzione , dunque, del rapporto processuale instaurato

con il primo giudizio .

E poiché il primo giudizio è stato azionato in forza di un incarico conferito dal cliente vi è da chiedersi se tale incarico abbia a valere anche per la fase dell'appello .

Sul punto merita di essere richiamata una sentenza della S.C. (Cass. 22/7/2004 n. 13774) la quale , dopo aver ribadito che l'*incarico* conferito dal cliente si fonda sul contratto di patrocinio e non sul rilascio della procura ad litem, il cui fine è soltanto quello di consentire la rappresentanza processuale della parte (ex plurimis: Cass. 8388/97) , ha stabilito che il termine di prescrizione del diritto dell'avvocato al compenso ai sensi dell'art. 2957 secondo comma c.c. inizia a decorrere dall'esaurimento dell'affare per il cui svolgimento fu conferito l'incarico, che, nel caso di prestazioni rese in due gradi di giudizio, coincide con la pubblicazione della sentenza d'appello (v. ex plurimis. Cass. 12326/01) "Tale principio- ha così precisato- non muta nel caso in cui sia stato conferito per il giudizio di appello una nuova procura, in quanto il rilascio di una nuova procura al medesimo difensore implica la prosecuzione dell'affare di cui il legale era stato incaricato dal cliente, non già il suo esaurimento."

Conferimento dell'incarico ad opera di un soggetto diverso dalla "parte"

Come è noto, nel rapporto di patrocinio la qualità di "cliente" non necessariamente coincide con quella di soggetto titolare del diritto per la cui tutela viene richiesta la prestazione professionale.

In tale ipotesi a quale dei due soggetti deve essere fornita l'informazione ?

Al c.d. "cliente" , alla parte (cioè al soggetto terzo beneficiario della prestazione) o ad entrambi ?

Il Legislatore non solo non si è posto il problema ma , addirittura , sembra aver operato una sovrapposizione tra le due figure quasi che il cliente coincida sempre con la parte (e viceversa).

In tal senso depone la lettura del 3° comma dell'art. 4 del Decreto Legislativo n. 28/2010 laddove , nel primo capoverso, si individua il destinatario della informazione ad opera dell'avvocato in colui che conferisce l'incarico (cliente) e , nell'ultimo capoverso, si identifica nella "parte" il destinatario della attività informativa del Giudice .

Atteso che la eventuale sanzione sostanziale (l'annullabilità) ha ad oggetto il contratto di patrocinio , ovverosia il contratto stipulato tra l'avvocato ed il cliente , deve concludere che l'informazione in ogni caso deve essere fornita al cliente , cioè a colui che conferisce l'incarico.

Diversamente difetterebbe la doverosa correlazione tra obbligo e sanzione.

Vi è tuttavia da considerare che l'avvocato ,anche quando l'incarico gli sia stato conferito da un soggetto diverso (con il quale instaura il c.d. rapporto di clientela) , agisce in rappresentanza della parte (c.d. rapporto procuratorio) , nella cui sfera giuridica si producono gli effetti, positivi o negativi, dell'attività da lui svolta e verso la quale , peraltro, risponde dei danni causati dalla sua negligente condotta.

Il che porterebbe a ritenere che "l'assistito" di cui parla la norma sia il soggetto titolare del diritto che l'avvocato è chiamato a tutelare .

Nel dubbio è consigliabile fornire ad entrambi la informazione .

Rapporto continuativo

Quando il rapporto tra l'avvocato ed il cliente è "**continuativo**" (pensiamo al caso in cui una Banca, una Compagnia Assicurativa , un imprenditore affida all'avvocato la gestione , nel tempo, di numerose controversie attinenti alla attività svolta da quel cliente , controversie che potremmo definire "seriali") , è possibile che l'onere informativo possa essere assolto per così dire in " unica soluzione"?

Poiché l'obbligo di informazione previsto a carico dell'avvocato è stato introdotto per consentire al cliente di compiere una scelta consapevole in ordine al sistema più conveniente per la risoluzione della controversia penso che tale dovere di informazione possa essere modulato in funzione della tipologia del cliente e che , quindi, anche una informazione per così dire " a monte" sia idonea , nella circostanza, a raggiungere l'obiettivo .

[L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione e](#)

condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

L'obbligo di informare il cliente che, per determinate materie, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, è posticipato al 20 marzo 2011. L'art. 24, infatti, nel dettare la disciplina transitoria, stabilisce che le disposizioni di cui all'art. 5, comma 1 (che individua per l'appunto, dette materie) si applicheranno ai processi instaurati dopo dodici mesi dalla data in cui il decreto legislativo entra in vigore (20 marzo 2011).

Nulla vieta che nel modello di informativa già predisposto si possa inserire sin d'ora anche l'informazione riguardante l'obbligatorietà del tentativo in alcune materie a far data dal 20/3/2011.

Personalmente ritengo utile tale inserimento onde evitare, ad esempio, che si possa verificare una dimenticanza nel momento in cui la norma acquisterà efficacia.

L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto.

Il secondo requisito non pone ovviamente interrogativi.

Qualche sia la modalità prescelta nel "confezionare" il documento (l'avvocato che informa l'assistito oppure l'assistito che dichiara di essere stato informato dall'avvocato) è certo che la informazione deve risultare per iscritto e il relativo documento deve essere sottoscritto dall'assistito.

Qualche perplessità potrebbe suscitare l'avverbio "**chiaramente**" il cui significato potrebbe sembrare non così scontato se posto in correlazione e con lo spirito del decreto e, soprattutto, con il dovere di diligenza qualificata cui è tenuto l'avvocato nell'esercizio della attività professionale.

Se dovessimo far ricorso al solo criterio letterale non vi è dubbio che anche una informativa sintetica (che riproduca il contenuto minimo della norma), purché comprensibile (tenendo presente che il grado di comprensibilità va necessariamente rapportato al bagaglio di cognizioni in possesso dell'assistito) dovrebbe ritenersi corretta.

L'utilizzazione del modello predisposto dal Consiglio Nazionale Forense - o di diverso modello che ne rispecchi il contenuto - dovrebbe mettere l'avvocato al riparo, quantomeno da eventuali sanzioni disciplinari.

La norma, tuttavia, sanziona con la annullabilità del contratto "**la violazione degli obblighi di informazione**". Ergo, non solo la mancata informativa, ma anche una informazione non corretta, può comportare la annullabilità del contratto.

Ora, richiamato l'enunciato dell'art. 40 del Codice Deontologico forense e tenuta presente la posizione della giurisprudenza in merito al contenuto dei doveri informativi che fanno carico al professionista, sia all'atto del conferimento dell'incarico che nel corso dello svolgimento del rapporto, mi sono chiesta se non fosse opportuno fornire al cliente una informazione se non proprio analitica, quantomeno compiuta che vada al di là dell'assolvimento di un obbligo meramente formale. Una informazione, cioè, che spieghi le caratteristiche fondamentali dell'istituto sì da porre il cliente nella condizione di valutare consapevolmente (e sottolineo, consapevolmente, alla luce di quanto si dirà trattando della annullabilità del contratto) l'opportunità o meno di accedere alla mediazione. Un tanto, a maggior ragione, qualora sia lo stesso cliente a richiedere informazioni ulteriori e più dettagliate rispetto a quelle che per legge l'avvocato è tenuto a fornire e, considerato, peraltro, che, secondo la Cassazione, "**la prova del puntuale espletamento del dovere di informazione attenendo al corretto adempimento dell'obbligo professionale a carico dell'avvocato, deve essere fornita dal professionista**" (così Cass. n. 14597/2004).

Un atteggiamento prudentiale consiglierebbe di fornire una informazione il più possibile completa ed esaustiva.

Tuttavia non si può che convenire con chi ritiene che "allargando" il contenuto dell'obbligo informativo si giunga ad accollare al legale un vero e proprio "obbligo di persuasione" del proprio assistito a rifuggire dal processo in favore della mediazione.

Il che sarebbe francamente troppo!

In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile.

Chiariamo subito che la Relazione Ministeriale precisa che si tratta di un vizio che non si riverbera sulla validità della procura, in linea con gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità. Secondo la Suprema Corte, infatti, *“la procura alle liti, come atto interamente disciplinato dalla legge processuale, è insensibile alla sorte del contratto di patrocinio la cui invalidità non toglie quindi al difensore lo ius postulandi attribuito con la procura”* (Cass . n. 8388/97)

E' una ipotesi di **annullabilità assoluta o relativa?**

La questione non è di poco conto solo che si osservi che mentre la annullabilità assoluta può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse , la annullabilità relativa può essere fatta valere solo dalla parte nel cui interesse la legge l'abbia prevista .

Nel documento di Analisi Tecnico Normativa e di Analisi Impatto Regolamentazione – che accompagnava l'allora schema di Decreto Legislativo - è esplicitamente dichiarato che *“l'obiettivo finale dell'intervento normativo sta nella capacità deflattiva dell'istituto , sia per la prevenzione di specifiche liti, sia per la prevenzione generale cui è sotteso un cambio nella cultura della gestione dei conflitti sociali “.*

Si è quindi ritenuto che potrebbe ravvisarvi un interesse pubblico o diffuso a far valere la annullabilità .

A mio avviso trattasi di annullabilità relativa che può essere fatta valere dal solo cliente .

Conferma di un tanto si ricava dalla Relazione illustrativa al Decreto laddove è precisato che la previsione della annullabilità del contratto è stata introdotta a favore della parte . Trattasi , dunque, di una norma c.d. di protezione del cliente .

Si consideri , inoltre , che quello ad essere colpito dalla annullabilità è il contratto di patrocinio che attiene ad un rapporto interno che si instaura tra il professionista incaricato ed il soggetto che ha conferito l'incarico .

Osservo poi che qualora il Legislatore avesse inteso ricondurre la fattispecie nell'alveo della annullabilità assoluta , lo avrebbe precisato o, comunque, non avrebbe circoscritto il compito del Giudice al mero dovere di informare la parte della possibilità di ricorrere alla mediazione qualora constati la omessa allegazione del documento contenente la informazione.

Annulabilità

La annullabilità del contratto è prevista espressamente dalla norma qualora si verifichi, da parte dell'avvocato, la violazione degli obblighi di informazione (violazione che può profilarsi , ricordo, sia quando difetti completamente l'informativa, sia quando la stessa non sia stata fornita correttamente) .

Detti obblighi sono , all'evidenza, funzionali alla formazione di un consenso consapevole dell'assistito.

La violazione del dovere informativo così come strutturato e disciplinato dalla norma in commento incide sempre sulla libera determinazione del cliente ad una scelta consapevole ?

Pensiamo al caso in cui il cliente sia stato correttamente e compiutamente informato ma non per iscritto .

In tale ipotesi , difettando il solo elemento formale di informazione , può ragionevolmente ritenersi violata la norma ?

Ciò che dovrebbe rilevare non è tanto il modo in cui l'assistito viene informato, quanto , piuttosto, il fatto che sia stato effettivamente e correttamente informato.

Il nostro Legislatore ,che evidentemente non ripone fiducia alcuna nei confronti della Avvocatura, ha imposto che l'informazione deve essere data chiaramente e per iscritto e che il relativo documento deve essere sottoscritto dall'assistito .

La forma scritta è dunque richiesta **ad probationem** .

Ne consegue che , qualora il cliente invochi l'annullabilità del contratto , l'avvocato, privo del documento informativo, non potrà provare , né per testimoni né per presunzioni semplici , di averlo adeguatamente informato , essendo ammessi solo il giuramento e la confessione (fatte salve le ipotesi eccezionali di perdita incolpevole del documento, ex art. 2725 c.c.).

Potrebbe accadere che , nonostante l'informativa scritta, il cliente deduca che il suo consenso si è

formato in modo viziato a causa di una informazione non chiara e non adeguata . (La sottoscrizione del modello informativo non mette il legale al riparo da eventuali contestazioni . Basta richiamare sul punto le numerose pronunce giurisprudenziali nei riguardi , ad esempio, degli intermediari finanziari e dei medici) .

Secondo il codice civile (art. 1427 c.c.) le cause di annullabilità del contratto per vizi del volere sono l'errore, la violenza e il dolo.

Tutte e tre determinano una alterazione della realtà atta ad incidere sulla formazione della volontà contrattuale .

Il cliente dovrà , pertanto, inquadrare la causa dell'invocato annullamento in una delle tre tipologie di vizio e dedurne i fatti costitutivi .

In particolare , nella circostanza in cui invochi l'errore dovrà dimostrare la essenzialità e riconoscibilità dello stesso ; nel caso in cui invochi il dolo dovrà provare i raggiri ; nel caso, infine, in cui invochi la violenza dovrà provarne i caratteri .

Diversa sarà l'indagine relativa alla sussistenza del vizio in quanto , mentre nell'errore la falsa rappresentazione della realtà (che ha indotto la parte alla conclusione del contratto) è endogena alla volontà stessa, nel dolo e anche nella violenza è esogena, in quanto riconducibile alla condotta dell'altro contraente (o , anche di un terzo) (Cass. 19/6/2008 n. 16663 ; Cass n. 22900/05 ; Cass. n. 19138/2004).

Una volta assolto tale onere probatorio spetterà all'avvocato dimostrare di aver fornito una informazione corretta .

In tutti i casi il cliente dovrà provare che, qualora avesse ricevuto una informazione corretta non avrebbe conferito l'incarico all'avvocato .

E se l'attività nel frattempo svolta dall'avvocato ha prodotto un risultato soddisfacente agli interessi del cliente , si potrà ugualmente affermare l'annullabilità del contratto ?

Quale sarebbe in questo caso l'interesse dell'assistito da meritare cotanta tutela?

Solamente quello di non pagare , come vedremo, il compenso al professionista .

Una ulteriore ragione, questa, per ribadire quanto la norma sia assurda e, soprattutto, ingiusta .

Prescrizione

La azione di annullamento si prescrive in cinque anni mentre l'eccezione di annullamento è imprescrittibile . Questo significa che il cliente adito in giudizio per il pagamento del compenso dell'avvocato potrà invocare l'annullamento del contratto per sottrarsi al relativo onere anche se è prescritta l'azione per farlo valere .

Conseguenze della annullabilità

La sentenza di annullamento ha efficacia retroattiva ; l'avvocato non potrà pretendere il pagamento del compenso e dovrà restituire gli acconti ricevuti .

Potrà l'avvocato invocare l'azione sussidiaria ex art. 2041 c.c. per le prestazioni nel frattempo svolte?

Alcuni lo escludono argomentando che la Corte di Cassazione nei casi di nullità del contratto di patrocinio , ad esempio, per difetto di iscrizione all'albo ha precisato che l'avvocato non ha diritto ad alcun compenso (Cass. 12/10/2007 n. 21495).

A mio avviso l'avvocato dovrebbe essere compensato per l'attività svolta non essendovi dubbio che di questa il cliente si è avvantaggiato (soprattutto laddove è presumibile che il cliente , pur essendo venuto aliunde a conoscenza della possibilità di accedere alla mediazione, abbia taciuto maliziosamente la circostanza “lucrando” le prestazioni dell'avvocato sino al limite del periodo di prescrizione).

A conforto ricordo la sentenza della Cassazione 4/11/2005 n. 21394 per la quale ai professionisti che abbiano fornito una prestazione alla P.A. al di fuori di una valida convenzione, è riconosciuto un indennizzo ex art. 2041 c.c. (“... in questa ipotesi – ha precisato la S.C.- il giudice di merito può tener conto - non in via diretta, ma quale parametro di liquidazione - delle tariffe professionali, in

quanto l'arricchimento dell'accipiens deve essere commisurato al (e non può superare il) valore della prestazione, determinabile in base a quanto egli avrebbe dovuto spendere per procurarsela a mezzo di un valido contratto).

Convalida

Il contratto annullabile può essere convalidato con dichiarazione espressa di colui che sarebbe legittimato a far valere l'annullabilità .

Basterà , quindi, far sottoscrivere al cliente un atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità e la dichiarazione che intende convalidarlo .

Il contratto, inoltre , può essere convalidato anche tacitamente mediante comportamento concludente dell'assistito che pur essendo consapevole del motivo di annullabilità abbia comunque dato volontariamente esecuzione al contratto .

Il documento che contiene l'informazione e' sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio.

Quanto alla **allegazione** ritengo che l'onere gravi solo sull'avvocato della parte attrice .

La norma , infatti, prevede che il documento debba essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio con ciò ponendo l'adempimento a carico del legale che rappresenta il soggetto che propone l'azione.

Sussiste l'onere di allegazione a carico del legale del convenuto che agisca in riconvenzionale?

Propenderei per una risposta negativa perchè , come detto, la norma parla di atto introduttivo del giudizio .

Qualcuno , argomentando per analogia con quanto affermato dalla Cassazione in tema di controversie concernenti contratti agrari - e cioè che anche la domanda riconvenzionale deve essere preceduta, a pena di improponibilità, dal tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 46 l. 3 maggio 1982 n. 203 (per tutte Cass. n. 27255/2008)- ritiene che l'onere di allegare il documento informativo vada adempito anche dal legale della parte che agisce in riconvenzionale .

In materia di lavoro non vi è unanimità di posizione . Per alcuni (vedasi Tribunale Ivrea 22/12/2004, Tribunale Taranto 18/4/2002, Tribunale Milano 10/2/2001) la celebrazione del tentativo di conciliazione pregiudiziale ex art. 410 c.p.c., in relazione alla domanda riconvenzionale , non è necessaria .

Per altri (vedasi Tribunale Milano 10/3/2005) il tentativo di conciliazione nel caso di domanda riconvenzionale va , al contrario, esperito .

Sia l'art. 46 della L. n. 203/1982, sia l'art. 410 c.p.c. dispongono **“Chi intende proporre in giudizio una domanda relativa a una controversia in materia di contratti agrari o ai rapporti previsti dall'articolo 409....”**

Entrambe le norme non distinguono tra la domanda proposta in via principale dal ricorrente e quella avanzata in via riconvenzionale dal convenuto e si riferiscono , dunque , a qualunque domanda proposta in giudizio.

L'art. 4 , 3° comma , del Decreto Legislativo , parla espressamente di **“atto introduttivo del giudizio”** ; espressione, questa , che individua chiaramente l'atto contenente la sola domanda svolta dalla parte che aziona il giudizio .

Diversamente il Legislatore avrebbe adottato una diversa locuzione , tipo :

“Il documentodeve essere allegato all'atto con il quale si introduce la domanda “.

Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facolta' di chiedere la mediazione.

L'inciso “se non provvede ai sensi del 1° comma dell'art. 5 “ si riferisce alle ipotesi in cui la controversia abbia ad oggetto una delle materie per le quali l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale .

Negli altri casi (controversie facoltativamente mediabili) il Giudice una volta accertata la mancata allegazione del documento contenente la informativa informerà la parte che ha la

possibilità di accedere alla mediazione .

Una domanda mi sia consentita .

Come informerà il Giudice la parte se questa , come normalmente accade ,non è comparsa all'udienza ?

La convocherà espressamente fissando una udienza ad hoc ? Oppure la informerà mediante lettera , telefonata o quant'altro? O ancora , la informerà a mezzo l'avvocato ?

Il Giudice , qualora ravvisi la mancata allegazione del documento informativo , potrebbe segnalare la circostanza al Consiglio dell'Ordine (quale Autorità che esercita il potere disciplinare) di appartenenza dell'avvocato che ha posto in essere il comportamento omissivo .

RUOLO DELL'AVVOCATO NEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

Nel procedimento di mediazione l'avvocato, attesa la sua preparazione e competenza nello specifico campo del diritto , è destinato naturalmente a ricoprire sia il ruolo di mediatore-conciliatore , sia il ruolo di “difensore” (lo dico tra virgolette perchè, come vedremo poi, il termine più appropriato è quello di consulente della parte che partecipa alla mediazione).

Il Decreto non prevede l'obbligo della assistenza tecnica .

E' noto che il testo unificato del DDL riguardante la *"Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense"* includeva tra le attività esclusive dell'avvocato l'assistenza, la rappresentanza e la difesa anche nei procedimenti di mediazione e di conciliazione.

A fronte delle forti pressioni esterne (Antitrust , Confindustria, Confcommercio, Abi etc.) dalla Commissione Giustizia del Senato è “uscito” un testo dal quale è stata depennata la estensione della riserva a favore degli avvocati nel settore delle procedure di mediazione e conciliazione .

Ad ogni buon conto , ancorchè non sia prevista la assistenza tecnica obbligatoria , è certo che la partecipazione dell'avvocato è quantomai opportuna (se non addirittura indispensabile) sia nella fase che precede la mediazione, sia durante il procedimento di mediazione, sia , infine, nella ipotesi in cui venga raggiunto un accordo .

Prima di scendere nello specifico delle “competenze” dell'avvocato che assiste la parte nella mediazione , consentitemi di fare una premessa un po' provocatoria .

Ci insegnano che la mediazione è finalizzata al raggiungimento di una composizione non giudiziale di una controversia ; che il mediatore non esplica una funzione giurisdizionale , che non valuta gli aspetti giuridici della controversia né gli elementi probatori a vantaggio di una parte o dell'altra, che non emette una decisione che riconosca un vincitore e un soccombente .

Essendo questa la natura della mediazione l'avvocato- così ci spiegano - non sarà chiamato a difendere in senso tecnico l'assistito , bensì a svolgere una attività diversa da quella tradizionale .

In che cosa consista esattamente questa attività diversa , confesso candidamente di non avere compreso soprattutto laddove vengono impiegate espressioni del tipo *“l'avvocato deve espletare la propria attività con un atteggiamento diverso da quello che solitamente assume nei processi giudiziari”* , *“l'avvocato deve cambiare la propria forma mentis “* ; *“l'avvocato deve uscire dallo schema per cui vi è sempre una parte vincente ed una parte perdente “* ; *“l'avvocato deve essere dotato di una mentalità elastica”* ; finanche *“l'avvocato deve essere creativo”* .

Tralascio , per un senso di pudore, di illustrare gli esempi sottesi a tali definizioni .

Nella fase che precede la mediazione l'avvocato :

– informerà il cliente della possibilità di ricorrere alla mediazione , illustrandogli le caratteristiche e le finalità dell'istituto e valutando, in particolare , i vantaggi e gli svantaggi che possono derivargli qualora decida di accedervi avuto ben presente quale è l'interesse manifestato dall'assistito .

Come accennavo sopra , tale onere informativo deve essere espletato non come esecuzione di un dovere formale , ma in maniera precisa e puntuale.

Il professionista , infatti, deve porre il cliente in grado di decidere consapevolmente, sulla base di una valutazione ponderata di tutti gli elementi favorevoli e contrari della situazione dedotta in rapporto ragionevolmente prevedibili, se affrontare o meno i rischi, di varia natura a seconda dell'attività richiesta al professionista, ai quali questa lo esponga o possa eventualmente esporlo.(Cass. 14 novembre 2002, n. 16023)

– In questa prima fase , poi, particolare importanza assume il ruolo dell'avvocato nel predisporre la domanda di mediazione .

L'art. 4 comma 2 , si limita a prevedere un contenuto minimo della domanda di mediazione . L'istanza , infatti, deve indicare “ *l'organismo , le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa* “.

L'eventuale genericità della domanda non preclude comunque l'inizio della procedura, ma potrebbe creare problemi :

– a) è di tutta evidenza che una domanda formulata in maniera chiara e completa faciliterà il compito del mediatore ai fini della comprensione dei termini della controversia favorendo , così, la gestione della mediazione in vista del raggiungimento dell'accordo conciliativo ;

– b) una domanda che non sia stata correttamente identificata potrebbe arrecare pregiudizio agli interessi del proprio assistito qualora, in particolare, si profili la opportunità di addivenire ad una proposta conciliativa . Bisogna, infatti, tener presente che ai fini della applicazione dell'art. 13 in tema di spese processuali, il Giudice dovrà operare il raffronto tra la proposta elaborata dal mediatore e il provvedimento che definisce il giudizio. Una proposta, dunque, che sia stata condizionata da una domanda formulata in modo impreciso o vago potrebbe avere conseguenze in ambito processuale;

– c) in terzo luogo , e questo è l'aspetto più delicato , l'indeterminatezza della domanda potrebbe limitare o addirittura vanificare gli effetti interruttivi e sospensivi della prescrizione ed impeditivi della decadenza previsti dal 6 ° comma dell'art.5.

Durante la mediazione l'avvocato :

– affiancherà il cliente nella seduta /e e soprattutto, lo assisterà nelle eventuali sessioni separate , redigendo, ove necessario memorie (in questa fase l'attività dell'avvocato dipenderà anche da quanto previsto nel regolamento dell'organismo);

– potrà anche , ritengo, rappresentare la parte (in tal senso si vedano il principio – VII- della Raccomandazione n. 98/1998 della Commissione Europea per il quale “ ***La procedura non può privare le parti del diritto di farsi rappresentare o accompagnare da un terzo in qualunque fase della procedura stessa***” . Principio ribadito nella successiva Raccomandazione 4/4/2001 n. 310 Ce per la quale le parti pur non essendo obbligate a ricorrere a un professionista legale sono tuttavia libere di farsi rappresentare o assistere da terzi in qualsiasi fase della procedura);

– consiglierà al cliente di tenere un comportamento costruttivo suggerendo di volta in volta le “strategie” di negoziazione al fine di favorire il raggiungimento del miglior accordo possibile in relazione agli interessi dell'assistito

– eserciterà il controllo sulla imparzialità e riservatezza del mediatore evitando, in particolare, che lo stesso , nella ipotesi in cui prospetti la formulazione di una proposta conciliativa , possa utilizzare le informazioni riservate che la parte abbia eventualmente riferito durante le sessioni separate

– vigilerà affinché il mediatore svolga la procedura con diligenza e professionalità , evitando di esercitare condizionamenti o , addirittura, pressioni sulle parti al fine di farle addivenire ad un qualsiasi accordo (è appena il caso di ricordare che in ipotesi di successo della mediazione è riconosciuta al mediatore, ai sensi dell'art. 17, comma 4, lett. C, una maggiorazione della indennità);

– dovrà , nella ipotesi in cui il mediatore sia soggetto privo di una adeguata formazione giuridica , prestare particolare attenzione nella prospettazione della norma di diritto che disciplina la controversia onde evitare che il mediatore possa giungere alla formulazione di una proposta che non tenga conto anche della norma di diritto .

– qualora il mediatore formuli una proposta conciliativa , l'avvocato dovrà valutare attentamente i rischi connessi alla eventuale mancata accettazione attese le gravi conseguenze in tema di spese processuali cui potrebbe incorrere l'assistito nell'eventuale successivo giudizio .

Come ribadito anche di recente dalla S.C. (vedasi sentenza 20/11/2009 n. 24544) “ ***Per gli avvocati, la responsabilità professionale deriva dall'obbligo di assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto (anche) ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, ai quali sono tenuti: a rappresentare tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; di chiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso; a consigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole .***”

Traslando questi principi nel campo della mediazione si comprende agevolmente come , ad esempio, un consiglio sbagliato dato al cliente in merito alla opportunità e convenienza di aderire o meno ad una proposta conciliativa può comportare gravi conseguenze in tema di responsabilità professionale .

– nel caso di raggiungimento dell'accordo l'avvocato dovrà adoperarsi , fungendo quindi da co-estensore , affinché lo stesso venga trasfuso in un appropriato strumento giuridico idoneo ad assicurarne la efficacia ed effettività valutandone gli aspetti giuridici , tecnici, fiscali etc. e assicurarsi che la sottoscrizione del processo verbale venga autenticata da un pubblico ufficiale qualora con l'accordo le parti concludano contratti o compiano atti per i quali è necessaria la trascrizione .

Successivamente alla conciliazione l'avvocato

– potrà in essere gli adempimenti per la omologazione del verbale di accordo;

– provvederà , ove necessario, alla iscrizione della ipoteca giudiziale;

– espletterà l'attività necessaria per ottenere l'esecuzione degli accordi soprattutto quando prevedano l'esecuzione di prestazioni di durata.

L'AVVOCATO MEDIATORE

All'avvocato è destinato un ruolo centrale anche come mediatore/conciliatore .

Quale professionista dotato di specifica competenza giuridica e preparazione tecnica sarà in grado di “dirigere” con la necessaria professionalità il procedimento di mediazione .

La mediazione , dunque, apre nuove prospettive alla professione forense.

Sino all'emanazione dei nuovi decreti si applicheranno provvisoriamente , in quanto compatibili, le disposizioni dei decreti vigenti per la conciliazione delle controversie societarie quali, nell'ordine :

- il Decreto 23 luglio 2004 n. 222 - Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.5

- il Decreto 23 luglio 2004 n. 223 - Regolamento recante approvazione delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione a norma dell'art. 39 del D. Lgs. 17/1/2003 n. 5 .

- il Decreto Ministeriale 24 luglio 2006 - Modello di domanda per l'iscrizione al registro degli

organismi di conciliazione e requisiti di accreditamento dei soggetti abilitati alla formazione dei conciliatori

In base al decreto Decreto 23 luglio 2004 n. 222 possono assumere il ruolo di conciliatore, per il tramite di organismi di conciliazione iscritti:

- i professori universitari in discipline economiche o giuridiche
- i professionisti iscritti in albi nelle medesime materie (economiche o giuridiche), che vantino un'anzianità d'iscrizione di almeno 15 anni (Alcuni organismi richiedono che anche questi professionisti per diventare conciliatori debbano frequentare un corso di formazione sia pure per un numero di ore più limitato)
- i magistrati in quiescenza
- un laureato in materia giuridiche o economiche ovvero un iscritto in albi professionali in materia giuridiche o economiche con anzianità inferiore ai 15 anni, purché abbia seguito con successo un corso specifico di formazione per conciliatori, che sia stato svolto in conformità a quanto prescritto dalla determinazione assunta dal Responsabile del registro a norma dell'art. 10, co. 5, D.M. 222/2004 per almeno 32 ore di lezione, di cui non meno di 16 ore di pratica e 4 ore per la valutazione, con i seguenti contenuti minimi: strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione; principi, natura e funzione della conciliazione; esperienze internazionali e principi comuni tari; compiti, responsabilità e caratteristiche del conciliatore; rapporti tra conciliatore e organismi di conciliazione; tecniche di conciliazione; la procedura di conciliazione; rapporti con la tutela contenziosa.

Per ciascun corso di formazione è previsto un numero massimo di trenta partecipanti.

L'elenco degli enti abilitati oggi a tenere corsi di formazione previsti dall'art. 4 comma 3 del DM 23 luglio 2004 n. 222 si trova sul sito del Ministero della Giustizia.

Ciascun conciliatore non può rendere una dichiarazione di disponibilità a oltre tre enti/organismi di conciliazione (la violazione costituisce illecito disciplinare per i soggetti iscritti in albi professionali o pubblici dipendenti).

Quanto ai costi della mediazione si applicano le indennità di cui alla Tabella A per gli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici allegata al D.M. n. 223/2004

Valore della lite | Spesa | (per ciascuna parte)

=====		
Valore della lite	Spesa	(per ciascuna parte)
Fino a Euro 1.000		Euro 40
da Euro 1.001	a Euro 5.000	Euro 100
da Euro 5.001	a Euro 10.000	Euro 200
da Euro 10.001	a Euro 25.000	Euro 300
da Euro 25.001	a Euro 50.000	Euro 500
da Euro 50.001	a Euro 250.000	Euro 1.000
da Euro 250.001	a Euro 500.000	Euro 2.000
da Euro 500.001	a Euro 2.500.000	Euro 4.000
da Euro 2.500.001	a Euro 5.000.000	Euro 6.000
Oltre Euro 5.000.000		Euro 10.000

Avv.

Manola

Faggiotto