

aprile 2014 / no.65

ISSN 2039-540X

# Press

Professione Economica e Sistema Sociale



## Sommario/aprile



Greco: "Il concordato preventivo nel letto di Procuste della «transazione fiscale»"

- Pag. 4



Michelotti: "Il commissario giudiziale nel concordato con riserva"

- Pag. 16

### EDITORIALE

3 | Maria Luisa Campise

### L'INTERVENTO

4 | Giuseppe Greco  
8 | Giulio Nicola Nardo  
14 | Cristina Baucò  
16 | Franco Michelotti  
18 | Patrizia Riva  
22 | Marcello Pollio  
24 | Emanuele Mattei

### PRIMO PIANO

28 | Luca Santi, Luigi Butti

### WCOA 2014

31 | Ifac

### DIAMO I NUMERI

58 | Osservatorio economico

### PROFESSIONE E TEMPO LIBERO

60 | Letti per voi



Riva: "Attestatore e Pre-Commissario, tra deontologia e auto-riesame"

- Pag. 18



Pollio: "Gestire la crisi, non tutto è così semplice"

- Pag. 22

# Mediazione con o senza l'avvocato

**di Luca Santi e Luigi Butti**

ODCEC di Verona

**Il presente commento**, squisitamente operativo, vuole fare chiarezza sulla paventata necessità della presenza di un avvocato nella procedura di mediazione. Con la conversione in legge del c.d. "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013), entrata in vigore mercoledì 21 agosto (legge 98/2013) viene modificato il d.lgs. 28/2010, di fatto reintroducendo l'obbligatorietà della mediazione a partire dal 20 settembre 2013. Questa ultima "versione" normativa contiene plurime incongruenze ed inibisce il lavoro del mediatore in quanto prevede l'elemento ostativo della fase informativa, che sembra essere inserito artatamente "ad hoc" per vanificare l'ottenimento di un accordo, tecnicamente chiamato conciliazione.

Nulla a che vedere con la prima normazione italiana sulla mediazione (d.lgs. 28 del 4 marzo) che fu apprezzata dalla Commissione europea e ritenuta la migliore d'Europa e modello a cui ispirarsi. Il primo decreto legislativo prevedeva che ci si potesse rivolgere alla procedura di mediazione liberamente, senza la presenza di avvocati, intendendo la mediazione come effettivamente complementare all'attività amministrativa della giustizia. Tuttavia, la Corte Costituzionale italiana ritenne che tale decreto legislativo dovesse ispirarsi ad un diverso diritto naturale. Il diritto naturale, posizionato nell'iperuranio, che ispirò il primo decreto si può sintetizzare nella seguente affermazione "è permesso fare tutto ciò che la legge non vieta", tale posizione è condivisa da chi scrive. La Corte Costituzionale ha contrariamente ritenuto che il principio ispiratore del nostro diritto naturale fosse diverso e così riassumibile "si può fare solo ed esclusivamente quello che la legge permette".

Riteniamo che tale posizione sia molto vicina al diritto socialista e alla "sharia", e molto lontana dal nostro diritto e dal diritto romano, posizione assolutamente disgiunta anche dagli ordinamenti di common law.

Nell'accettazione del disposto della Corte Costituzionale il legislatore ha reinserito l'obbligatorietà della mediazione con legge parlamentare, ovvero con norma di pari grado gerarchico alla legge delega, fonte italiana della prima normazione sulla mediazione.

Quindi, successivamente alla bocciatura dell'obbligatorietà da parte della Corte Costituzionale, il decreto legge prima, e la legge di conversione con modificazioni poi, hanno ripristinato l'obbligatorietà di esperire un tentativo di mediazione in certi specifici campi di provenienza della controversia. Le due norme hanno anche goffamente inserito l'obbligatorietà dell'assistenza di un avvocato nel tentativo di mediazione. Tralasciamo l'approfondimento dei seguenti argomenti: vale a dire il principio ispiratore della mediazione che vorrebbe una procedura elastica, libera, avulsa da formalismi; e l'esperienza diretta sul campo, che vede molto frequentemente l'avvocato su posizioni avversariali ed ostative ad un accordo, soprattutto quando tale accordo esca dal petitum.

Si vuole in questa sede esaminare alcuni casi concreti che si possono incontrare e le loro sottospecie. Volutamente escludiamo il raro, ma ipoteticamente possibile caso (ma realmente accaduto a chi scrive), in cui la parte che ha attivato la procedura non si presenti. I casi di seguito esaminati considerano, in ottica di semplificazione, due sole parti, ma qualora si presentassero più parti attivanti e/o più parti che aderiscono alla procedura, le risultanze valgono in dipendenza da come si posiziona la singola parte.

## **1. Mediazione obbligatoria:**

la parte attivante si presenta con l'avvocato e la parte convenuta si presenta con l'avvocato.

- Nel caso in cui si giunga a conciliazione l'accordo che rechi le firme di entrambi gli avvocati ha valore esecutivo.
- Nel caso in cui non si giunga a conciliazione è stata esperita la condizione di procedibilità e si può quindi adire all'autorità giudiziaria.

## **2. Mediazione obbligatoria:**

la parte attivante si presenta con l'avvocato e la parte convenuta si presenta senza l'avvocato o non si presenta.

- Nel caso in cui si giunga a conciliazione l'accordo necessita dell'omologazione del presidente del tribunale per avere valore esecutivo, in quanto

manca la firma del legale di parte convenuta. È comunque stato stipulato un contratto ex art. 1321 c.c..

- Nel caso in cui non si giunga a conciliazione è stata esperita la condizione di procedibilità.

### **3. Mediazione obbligatoria:**

la parte attivante si presenta senza l'avvocato e la parte convenuta si presenta con o senza l'avvocato o non si presenta.

- Nel caso in cui si giunga a conciliazione l'accordo necessita dell'omologazione del presidente del tribunale per avere valore esecutivo, in quanto manca la firma del legale di parte istante. È comunque stato stipulato un contratto ex art. 1321 c.c..
- Nel caso in cui non si giunga a conciliazione non è stata esperita la condizione di procedibilità. Quindi prima di adire all'autorità giudiziaria necessita un tentativo con l'assistenza del legale.

### **4. Mediazione volontaria:**

la parte attivante si presenta con l'avvocato e la parte convenuta si presenta con l'avvocato.

- Nel caso in cui si giunga a conciliazione l'accordo che rechi le firme di entrambi gli avvocati ha valore esecutivo. Qualora almeno un avvocato non firmasse l'accordo è comunque stato stipulato un contratto ex art. 1321 c.c..

### **5. Mediazione volontaria:**

almeno una delle due parti si presenta senza l'avvocato.

- Nel caso in cui si giunga a conciliazione l'accordo necessita dell'omologazione del presidente del tribunale per avere valore esecutivo, in quanto manca la firma del legale di una delle due parti. È comunque stato stipulato un contratto ex art. 1321 c.c..

Chi scrive ritiene quindi che l'assistenza dell'avvocato sia necessaria esclusivamente per due condizioni. La prima condizione consiste nella necessità di adempiere alla propedeuticità del tentativo di mediazione, chiaramente nelle sole controversie che la prevedono obbligatoriamente. La seconda condizione si connota come la possibilità di avere l'immediatezza dell'esecuzione senza passare dall'omologazione del presidente del tribunale.

Analizzando nello specifico la prima condizione, ricordiamo che l'art. 5 d.lgs. 28/2010 detta che *chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad*

*una controversia in una delle materie stabilite dal decreto, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto.* Vorremmo sottolineare che la norma detta "assistito" non accompagna; inoltre, riteniamo che non vi sia la necessità della presenza degli avvocati e che la loro assenza non infici sulla bontà e sull'efficacia della mediazione stessa. Se le parti si trovano in mediazione senza essere accompagnate dal proprio legale e si accordano con un testo scritto che corrisponde ad un contratto (art. 1321 c.c.), l'accordo è vincolante: l'art. 1372 c.c. sancisce che il contratto ha forza di legge tra le parti, non esiste l'obbligo che un qualsivoglia contratto sia sottoscritto o redatto da un avvocato, esso deve rispettare le sole condizioni di validità imposte dalla normativa codicistica.

Pertanto la procedura di mediazione può e dovrebbe proseguire anche in assenza dei legali: questione aperta ma sulla quale alcuni organismi delle Camere di Commercio ed organismi privati concordano.

Se invece non si addivene ad un accordo al fine di adire al giudizio, occorre esperire, in presenza delle parti e dei loro legali o anche con i soli legali, il tentativo di mediazione.

Relativamente alla seconda condizione, l'articolo 12 del decreto legislativo esprime chiaramente il fatto che nel caso in cui l'accordo venga sottoscritto anche dagli avvocati, lo stesso costituisca titolo esecutivo senza la necessità di eventuale successiva omologazione con decreto del presidente del tribunale.

In pratica se l'accordo di conciliazione non viene firmato dagli avvocati (e quindi non acquisisce efficacia esecutiva) e non venisse poi rispettato da una o da entrambe le parti, potrà sorgere il diritto al risarcimento del danno per inadempimento contrattuale disciplinato dagli artt. 1218 e ss. c.c.. Inoltre, la parte che volesse ottenere l'adempimento può ricorrere al tribunale "per ottenere una sentenza che produce gli effetti del contratto (accordo) non concluso", previa l'esecuzione della propria prestazione.

Concludendo si ritiene quindi che la necessità dell'avvocato in mediazione sia molto inferiore a quanto preteso dall'avvocatura, e si limiti a due aspetti. Il primo è la possibilità di andare in giudizio ed il secondo è l'esecuzione immediata in caso di mancato rispetto delle condizioni contrattuali. ■