

Se l'avvocato è sempre molto attento ai profili di responsabilità professionale quando si tratta dell'assistenza in giudizio e se spesso lo è altrettanto con riguardo ai connessi profili disciplinari, non altrettanto si osserva nell'ambito dell'assistenza prestata nelle procedure di mediazione, quasi che le responsabilità del difensore siano minori e di minor peso nell'esecuzione di detto mandato.

Talvolta forse a qualcuno sarà capitato di provare la sgradevole frustrazione di una mediazione che non riesce neanche a superare lo scoglio del primo incontro informativo. E forse a qualcuno sarà anche capitato di avere la sensazione che ciò sia stato determinato da un **blocco** o da uno dei colleghi difensori.

A qualche mediatore forse è capitato di riscontrare grosse difficoltà comunicative tra i difensori delle parti o di percepire una **tensione** se non anche una conclamata **antipatia** tra gli stessi.

Qualcuno forse avrà assistito a **battibecchi tra difensori** o, addirittura, tra difensori e le loro stesse controparti e, forse, avrà anche avuto la sensazione che l'assenza del giudice e del naturale timore da questi incusso, fosse percepita dai difensori come una liberazione.

Forse qualcuno avrà visto difensori palesemente **sopraffatti e succubi** dei loro clienti o potrà testimoniare di parti che, appena entrate in mediazione, hanno totalmente delegato l'uso della **parola ai loro avvocati**

A qualche mediatore forse è capitato di discutere con difensori che pretendevano di assistere la parte in mediazione in forza della **procura alle liti**, reputando idoneo il potere di transigere e conciliare ivi previsto.

Non è forse raro, poi, vedere in mediazione avvocati così **rilassati**, da vivere l'incontro di mediazione alla stregua della pausa caffè o di un'udienza di rinvio davanti ad un GOT.

Che sino ad oggi non si abbia notizia di pronunce di condanna del CNF per violazioni deontologiche o sentenze che accertino responsabilità professionali di avvocati difensori in mediazione non significa che obblighi di natura civile e deontologica non ve ne siano anche in questa sede.

Probabilmente se tutti gli avvocati avessero piena contezza delle gravi responsabilità gravanti

Scritto da Administrator

Martedì 05 Maggio 2020 04:39 - Ultimo aggiornamento Martedì 05 Maggio 2020 04:46

sugli stessi in mediazione, non accetterebbero con tanta *nonchalance* l'incarico di assistere il proprio cliente in mediazione e forse quella rilassatezza, di per sé auspicabile in sede negoziale ed in mediazione, non sarebbe frutto di inconsapevolezza, ma di una alta professionalità negoziale.

L'argomento è ampio e si presta a molti approfondimenti, per cui in questa occasione lo si valuta solo in linea generale e come prologo per eventuali successive analisi più specifiche.

L'IDEA TRADIZIONALE DI DIFESA

Probabilmente l'errore di fondo commesso da molti difensori in mediazione è frutto di quella idea "tradizionale" secondo la quale il ruolo dell'avvocato sia inscindibilmente legato al processo; questo nella errata convinzione che solo nel processo possa esplicarsi la difesa dei diritti.

Questa idea forse deriva da una non corretta interpretazione dell'**art. 24 comma 1** della **Costituzione**

, che riconoscendo ad ogni individuo il diritto di

agire in giudizio per la tutela dei suoi diritti e interessi legittimi

, tuttavia, di per sé non impedisce né preclude che la stessa possa conseguirsi tramite

forme alternative

al

processo

.
Si reputa, infatti, che il legislatore costituzionale abbia voluto sancire il principio secondo cui ciascuno ha diritto di *agire in giudizio per la tutela dei suoi diritti e interessi legittimi*, nel caso in cui ogni altro strumento alternativo e autonomo di regolamentazione dei diritti abbia fallito.

Fermo ciò, all'indomani dell'entrata in vigore del **D.Lgs. n.28/2010**, l'introduzione nel nostro ordinamento di un strumento alternativo di definizione delle controversie non necessitante dell'assistenza legale obbligatoria aveva probabilmente favorito il consolidamento di quell'idea tradizionale: se il processo (

alias

la difesa) necessita dell'assistenza legale mentre la mediazione no, non potrebbe che discenderne che l'assistenza in mediazione non costituisca attività di difesa.

Lo stesso dubbio sollevato dal TAR Lazio, che poi è sfociato nella sentenza della Corte Costituzionale del 2012[1], in fondo, muoveva dalle menzionate premesse.

Si rammenta, infatti, che uno dei dubbi sollevati dal **TAR Lazio** era stato proprio il sospetto che la previsione di una mediazione obbligatoria prodromica al giudizio violasse il diritto di difesa[2]nella misura in cui ritardava e rendeva più gravoso l'accesso alla tutela giudiziale: l'unica vera tutela esistente in uno stato di diritto. Questo vizio, però, è stato in più occasioni disconosciuto dalla Corte Costituzionale nella misura in cui la Mediazione svolge una funzione deflattiva, che come tale soddisfa l'interesse pubblico, a

costi assolutamente limitati e sostenibili

. Già oltre dieci anni prima, infatti, la S.C.[3]aveva rimarcato essere suo orientamento consolidato che "

l'art.24 della Costituzione, laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare interessi generali, con le dilazioni conseguenti. [...] [...]

[la Mediazione]

tende a soddisfare l'

interesse generale

[...] evitando l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario [...] e

favorendo la composizione preventiva

della lite

".

Non si dimentichi poi che la stessa **Dir.2008/52/CE** della Commissione europea all'**art.5 comma 2,**

a salva la possibilità per la legislazione nazionale di prevedere forme obbligatorie di mediazione "

purchè tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario

". La giurisprudenza comunitaria, poi ha ampiamente chiarito il quadro in cui la mediazione è chiamata ad operare, affermando il principio secondo cui "

i diritti fondamentali

non

si configurano come

prerogative assolute

, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti nella misura di cui trattasi e non costituiscano un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti

"[4].

Non deve poi trascurarsi un altro profilo sollevato a suo tempo dal TAR Lazio. Questi, infatti, aveva dubitato della costituzionalità di una norma che, non prevedendo l'assistenza obbligatoria, "*non garantiva, mediante un'adeguata conformazione della figura del mediatore, che i privati non subissero irreversibili pregiudizi derivanti dalla non coincidenza degli elementi loro offerti in valutazione per assentire o rifiutare l'accordo conciliativo, rispetto a quelli suscettibili, nel prosieguo, di essere evocati in giudizio*".

Nell'occasione il citato giudice aveva evidenziato la necessità di una **maggiore e più specializzata assistenza giuridica**

nella procedura di

mediazione

, e questo proprio al fine di evitare che le parti subissero in mediazione "

irreversibili pregiudizi[...] dalla non coincidenza degli elementi loro offerti"

da mediatori non giuristi, rispetto a quelli che sarebbero stati evocati nel successivo giudizio. Con ciò implicitamente riconoscendo anche alla mediazione un ruolo che, in quanto alternativo al processo, non può prescindere dal diritto e dalla sua tutela.

In ragione di ciò, da un lato, il **C.N.F.**, prima ancora del legislatore, ha adottato una serie di norme tese a favorire e regolamentare l'accesso alla funzione di mediatore da parte degli avvocati, così garantendo i requisiti di imparzialità, neutralità e terzietà in capo all'avvocato-mediatore[5], mentre i rischi conseguenti all'assenza di

competenze giuridiche

in capo al mediatore sono stati risolti dal legislatore del 2013[6] con l'introduzione dell'assistenza legale obbligatoria in mediazione, così determinando una modifica di non poco conto dello stesso istituto.

LA DIFESA IN MEDIAZIONE DOPO IL D.L.69/2013

Scritto da Administrator

Martedì 05 Maggio 2020 04:39 - Ultimo aggiornamento Martedì 05 Maggio 2020 04:46

La Cassazione con la sentenza n. 8473 del 7 marzo 2019 ha ricordato che con la novella del 2013 il legislatore ha in qualche maniera " *affiancato all'avvocato esperto in tecniche processuali che rappresenta la parte nel processo, l'avvocato* " **es**

perto in tecniche negoziali

che assiste la parte nella procedura di mediazione

" così segnando la "

progressiva emersione di una

figura professionale nuova

, con un ruolo in parte diverso e alla quale si chiede l'acquisizione di ulteriori

competenze di tipo relazionale

e

umano

, inclusa la capacità di

comprendere gli interessi delle parti

al di là delle pretese giuridiche avanzate

".

A ciò si aggiunga, per meglio comprendere il nuovo ruolo difensivo che l'avvocato è chiamato a svolgere in mediazione, che la **Relazione** del **CNF** illustrativa delle modifiche apportate al Codice deontologico forense e all'introduzione dell'

art.55 Bis

(ora art.62 nel nuovo Codice) dopo avere affermato l'idea che quella del mediatore sia una funzione rientrante perfettamente nell'ambito dell'attività professionale dell'avvocato[7], con specifico riferimento al difensore in mediazione ha precisato che, a differenza dell'avvocato che svolga le funzioni di mediatore,

"diversamente si è ritenuto [...] di non ravvisare la necessità e l'urgenza di intervenire sui profili deontologici dell'avvocato che assiste tecnicamente la parte nel procedimento di mediazione in quanto per quei profili

vale l'applicazione delle attuali e vigenti regole deontologiche proprie dell'attività professionale in genere

"[8].

Il corollario di detto asserto è solo uno: è diversa la difesa, ma sempre di difesa si tratta.

RESPONSABILITÀ PER VIZI DELL'ACCORDO

Tralasciando in questa sede l'ulteriore ruolo che l'avvocato è chiamato a svolgere a garanzia della regolarità e validità della mediazione, di cui in altra occasione si è detto, certamente nei confronti del proprio assistito l'avvocato ha la responsabilità della **conformità dell'accordo alle norme imperative** e che

questo sia

giuridicamente valido

.

Egli ha anche la responsabilità che lo stesso possa assolvere alla funzione di **titolo esecutivo**; ed ha l'obbligo di munirsi di adeguata

procura alla mediazione

, posto che in difetto di essa, la mediazione e qualsiasi eventuale accordo sarebbe suscettibile di impugnazione. A tale profilo di responsabilità è connesso l'ulteriore obbligo di avere contezza della differenza esistente e rimarcata anche dalla S.C. tra la procura alla lite e la procura alla mediazione, così come dei relativi obblighi di forma.

Ma oltre a detti profili d'immediata percezione, ve n'è forse uno ancor più importante, costituendo esso il presupposto da cui scaturiscono i predetti obblighi: quello della **professionalità e competenza specifica**

di cui il difensore dev'essere dotato.

Detto principio è stato ribadito anche dalla **Cassazione n.8473/2019**, ove osserva che la novella del 2013, "*introducendo la presenza necessaria dell'avvocato, con l'affiancare all'avvocato esperto in tecniche processuali che rappresenta la parte nel processo, l'avvocato esperto in tecniche negoziali che assiste la parte nella procedura di mediazione, segna anche la progressiva emersione di una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate*".

Questa specializzazione (in quanto caratterizzata da *ulteriori* **competenze di tipo relazionale e umano**, *inclusa la* **capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate**

) pur simile quella richiesta nella negoziazione assistita, appare forse ancor più impegnativa rispetto a quella richiesta in giudizio, per la quale l'avvocato ha ricevuto adeguata formazione da parte dell'Università e del tirocinio forense.

RESPONSABILITA' ANCHE IN ASSENZA DI ACCORDO

Se quindi è evidente una responsabilità del difensore per tutti i casi in cui l'accordo risulti invalido ed impugnabile perché nullo, annullabile o perché concluso da persona priva dei necessari poteri di rappresentanza, non può (che) ritenersi contenuta in detti ambiti la sua responsabilità, sia essa professionale che deontologica.

Ritenere infatti che l'obbligo del difensore sia circoscritto all'attestazione che deve rendere in calce all'accordo appare riduttivo. Se infatti l'accordo rappresenta il culmine dell'attività in mediazione, non meno importanti ed impegnative sono **tutte le fasi di negoziazione** che all'accordo conducono.

L'assistenza obbligatoria dell'avvocato è quindi espressione dell'esigenza di assicurare alla parte una difesa, ovvero una tutela dei diritti del proprio assistito, da intendersi non in senso processuale ma sostanziale; tutela che può prestarsi anche (e forse il più delle volte) non assecondando il proprio assistito in comportamenti e attività contrari al diritto ed ai suoi stessi interessi e che non può circoscriversi alle fasi contenziose del processo, essendo pacificamente svolta dal difensore anche **in sede stragiudiziale**.

L'OBBLIGO DI DILIGENZA

Facendo riferimento alla giurisprudenza formatasi in materia di responsabilità professionale, si rammenta come questa discenda dal venir meno all'obbligo di diligenza da parte dell'avvocato.

Come ricordato in più occasioni dalla S.C., l'esistenza di norme deontologiche costituisce un importante punto di riferimento nella connotazione della diligenza richiesta al professionista. La violazione delle norme deontologiche, quindi, può incidere nella stessa individuazione di profili di **negligenza, imprudenza e imperizia**.

Da ciò ne consegue come il non riuscire a garantire la **qualità** della prestazione[9] o l'**efficacia** della medesima[10], rileva anche sotto il profilo della responsabilità civile. Già solo questo aspetto dovrebbe far tremare i polsi al difensore, cui un cliente insoddisfatto potrebbe imputare il mancato raggiungimento di un accordo (fermi gli oneri probatori richiesti dalla legge anche in termini di nesso causale).

Quei canoni, poi sono strettamente connessi ad altri quali quello della **competenza**(art.9 C.D.) e dell' **aggio**

rnamento

(art.15). Questi nel caso di specie impongono all'avvocato la conoscenza non solo delle norme procedurali della mediazione, ma anche e soprattutto la conoscenza dell'istituto in senso sostanziale, nonché il possesso o l'acquisizione delle indispensabili competenze e capacità di tipo relazionale e umano di cui si è detto, così come la consapevolezza stessa delle loro indispensabilità, per l'assolvimento in maniera puntuale e diligente di un mandato in mediazione.

Correlato a quanto sopra è anche l'**obbligo d'informativa** di cui all'at.4 comma 3 del D.Lgs. n.28/2010[11], un obbligo di portata più specifica e contenuto differente da quello disciplinato dall'art.17 del codice deontologico.

Un obbligo di risultati e non di mezzi, analogamente a quello di **consulenza**(anche in mediazione); un obbligo che incide grandemente sulle decisioni del proprio assistito, con conseguenti gravi responsabilità sull'avvocato negligente, ove la scelta operata dal cliente (in forza di un'informativa omessa o non corretta) sia per lui fonte di danno.

A ciò si aggiunga che detta violazione potrebbe incidere anche sulla stessa validità dell'eventuale accordo, nella misura in cui la procura alla mediazione conferita all'avvocato sia inficiata da una non sufficiente consapevolezza dell'oggetto dell'incarico (cfr. artt.1325 e 1346 c.c.)[12].

Se di norma la giurisprudenza in tema di responsabilità professionale parla di **diligenza media**, escludendo responsabilità (salvo colpa grave o dolo) quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (cfr. art. 2236 c.c.), tuttavia non si possono trascurare gli artt.14 e 26 C.D. che impongono all'avvocato di

non accettare

incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza e l'obbligo di

associare altri nella difesa

ove siano necessarie

competenze specifiche ulteriori

Pertanto non sarà esente da responsabilità l'avvocato che privo delle necessarie competenze e capacità anche di tipo relazionale e umano assuma un mandato di assistenza in mediazione.

Il canone della **fedeltà**[13], poi, non si traduce solo nell'obbligo di evitare qualsiasi ipotesi di **confitto di interessi**

[14], palesemente violato dall'avvocato che per soddisfare il proprio interesse all'introduzione o alla coltivazione di un giudizio, dissuadesse il cliente dalla adesione alla mediazione o dalla conclusione di un accordo, ma in tutta una serie di comportamenti di per sé già rilevanti deontologicamente[15].

Da ultimo, in questa rapida carrellata, può ricordarsi l'obbligo di **riservatezza** rimarcando come la portata dell'obbligo sancito dagli artt.9 e 10 D.Lgs.n.28/2010 sia di più ampia portata e appaia maggiormente stringente rispetto a quello sancito dall'art. 51 C.D.

Per concludere, ogni qualvolta da detti comportamenti, rilevati sotto il profilo disciplinare, dovesse discendere un danno patrimoniale in capo al cliente, la responsabilità dell'avvocato che con troppa leggerezza (*alias* negligenza, imprudenza ed imperizia) ha prestato la propria assistenza in mediazione sarebbe anche civile e non solo deontologica.

E non si pensi poi che quella deontologica sia di minore portata e rilevanza rispetto a quella

Scritto da Administrator

Martedì 05 Maggio 2020 04:39 - Ultimo aggiornamento Martedì 05 Maggio 2020 04:46

civile, perché se la responsabilità professionale può essere oggetto di assicurazione (seppur con certi limiti), lo stesso non può dirsi per quella disciplinare.

La consapevolezza di ciò da un lato può consentire all'avvocato di coltivare una specializzazione in un settore ancora sufficientemente nuovo, dall'altro consentirebbe alla stessa mediazione di raggiungere quei risultati che hanno giustificato la sua introduzione nel nostro ordinamento e che possono conseguirsi solo quando il lavoro di mediatori seri e competenti esalta l'assistenza di difensori altamente professionali.

[1]La n.272

Scritto da Administrator

Martedì 05 Maggio 2020 04:39 - Ultimo aggiornamento Martedì 05 Maggio 2020 04:46

[2]Di cui al citato art.24 della Costituzione

[3] Cfr. C.Cost. n.276/2000

[4]Cfr. Sentenza 14.06.2017 Corte di Giustizia Europea (Causa C-75/16) e prima ancora sentenza 18.03.2010 (C-317/08) richiamate anche da Tribunale Firenze 08.05.2019 RG 9550/2017

[5]Introducendo l'art.55bis al Codice Deontologico Forense, poi trasfuso nell'art.62 del Nuovo Codice.

[6]Cfr. D.L. n.69/2013

[7]Cfr Relazione CNF, testualmente: "*Ciò nella consapevolezza che la funzione e l'attività dell'avvocato che svolga la funzione di mediatore rientrino a pieno titolo nell'ambito dell'attività professionale in senso proprio*"

[8]Per il quale era stato introdotto appunto l'art.55bis, poi trasfuso nell'art.62 del nuovo Codice deontologico Forense

Scritto da Administrator

Martedì 05 Maggio 2020 04:39 - Ultimo aggiornamento Martedì 05 Maggio 2020 04:46

[9]Rilevante ex art. 12 C.D.

[10]Cfr. L. n.247/2012 art.1 comma 2 lett.c

Scritto da Administrator

Martedì 05 Maggio 2020 04:39 - Ultimo aggiornamento Martedì 05 Maggio 2020 04:46

[11]"*All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto ad informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di M. [...] L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui [...] è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto* ".

[12]Si rammenta che requisito essenziale del contratto (1325 c.c.) è l'accordo tra le parti, accordo che presuppone la conoscenza e la consapevolezza tra le parti di ciò che costituisce l'altro elemento essenziale del contratto, ovvero l'oggetto (1325 e 1346 c.c.).

[13]Cfr. art. 10 C.D.

[14]cfr. art. 24 C.D.

[15]Cfr. ad esempio artt.52, 65, 19, 38, 50, 53, 54 C.D.