

Senato della Repubblica, Commissione Giustizia

- Audizione del 25 settembre 2014 -

MISURE DI DEGIURISDIZIONALIZZAZIONE E ALTRI INTERVENTI PER LA DEFINIZIONE DELL'ARRETRATO IN MATERIA DI PROCESSO CIVILE**Problemi pratici e giuridici posti dalla procedura di “Negoziazione Assistita”, e relative soluzioni**

1. Buon pomeriggio a tutti. Sono Leonardo D’Urso, co-fondatore e amministratore delegato di ADR Center, primo organismo privato di mediazione in Italia, iscritto al nr. 1 dell’apposito Registro ministeriale. (www.adrcenter.com)

2 ADR Center è inoltre una tra le società leader al mondo nell’elaborazione di politiche capaci di favorire concretamente la risoluzione alternativa delle controversie. Dalla sua fondazione nel 1998, ADR Center ha infatti gestito numerosi progetti internazionali di promozione degli strumenti di ADR. Questi progetti, del valore complessivo di svariati milioni di euro, sono stati realizzati su incarico di istituzioni internazionali come la Banca Mondiale, la Banca Inter-americana di Sviluppo, la Commissione europea e il Parlamento europeo¹. L’attività ha avuto luogo, oltre che in tutti i Paesi dell’Ue, in Medio Oriente, Nord Africa, Africa Occidentale, America Latina, Caraibi e Asia Centrale (www.adrcenter.com/international).

3. Mentre vi parlo, il co-fondatore e presidente di ADR Center, professor Giuseppe De Palo, è a Kabul per assistere il governo afgano nella creazione del primo centro di risoluzione alternativa delle controversie commerciali, nazionali e internazionali. La creazione del centro è finanziata dai Governi di Stati Uniti e Regno Unito.

4. La decisione del Governo italiano di potenziare gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, con il DL 132/14, è assai positiva, e non lo dico solo per interesse di parte.

5. Tuttavia, l’istituto della “negoziazione assistita”, pensato per arginare il numero di liti che affluiscono nei nostri tribunali, desta perplessità grandi quanto le aspettative del Governo: contribuire a migliorare radicalmente la giustizia civile, in 1000 giorni.

6. Queste perplessità sulle effettive capacità di “filtro” della negoziazione assistita, secondo l’opinione di gran lunga prevalente – tra cui quella dell’ANM e persino di esponenti della stessa avvocatura – sono decisamente fondate.

7. In primo luogo, la novità dell’istituto appare di poco conto: le parti di una lite possono sempre negoziarne la risoluzione bonaria, e ottenere rapidamente un titolo esecutivo. In

¹ Tra le attività di “policy advice”, di particolare rilevanza è lo studio completato nel gennaio del 2014 per il Parlamento europeo dal titolo: “Rebooting the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the Eu”. (http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_13_1_1.wp?previousPage=mg_13_1&contentId=COM980000)



quest'ottica, gli oltre 5 milioni di processi civili pendenti non sono altro che altrettante negoziazioni assistite fallite.

8. Secondo un recente rapporto del Senato francese (nr. 404 del 2014), poi, oltralpe l'equivalente della negoziazione assistita ha generato solo 7 procedure in un anno. Assai significativamente, lo stesso rapporto, a pagina 67, raccomanda invece la sperimentazione della mediazione obbligatoria per alcuni anni, come in Italia.

9. Ancora, la negoziazione assistita è prevista come condizione di procedibilità: lo stesso meccanismo che però, nel caso della mediazione, parte dell'avvocatura continua a considerare incostituzionale.

10. Ma la posizione di questa parte dell'avvocatura pare ancor più schizofrenica. Mediazione e negoziazione assistita verrebbero infatti entrambe introdotte nell'ordinamento con decreto legge; inoltre, prevedono analoghe conseguenze sia per chi non avvia la procedura, quando vi è tenuto, sia per chi non accetta di aderirvi, quando invitato. Nondimeno, per questi stessi motivi specifici, i medesimi avvocati tacciano la mediazione di incostituzionalità, mentre accolgono con entusiasmo la negoziazione assistita.

11. Infine, la negoziazione assistita cozza frontalmente con la normativa europea, che richiede la presenza di un terzo neutrale, ed esclude espressamente l'obbligatorietà della presenza dell'avvocato nelle procedure di ADR. Il riferimento va all'art. 8, lettera b, della Direttiva nr. 11 del 2013, che recita: *"le parti hanno accesso alla procedura [di ADR] senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale"*.

12. È vero che nella versione del DL 132/14 presentata al Parlamento la materia del "consumo" non è più tra quelle per le quali la negoziazione assistita è condizione di procedibilità. Ma la condizione resta per la RC auto, ignorandosi che più del 70% delle liti in materia di RC auto ricadono nel cd "indennizzo diretto". Queste liti riguardano un rapporto contrattuale – diretto, appunto – tra l'assicurato e il proprio assicuratore; pertanto, esse sono non solo rapporti di consumo (nella stragrande maggioranza dei casi), ma già oggetto di una diversa condizione di procedibilità, ossia quella prevista dall'art. 5, comma 1 bis, del DLgs 28/2010, relativa ai contratti assicurativi e bancari.

13. Questa rapida carrellata mostra l'assoluta inadeguatezza pratica della negoziazione assistita a raggiungere gli obiettivi dichiarati, e persino la sua erroneità tecnico-giuridica, sotto vari aspetti.

14. Tale inadeguatezza diventerebbe addirittura un vero e proprio danno diretto alla giustizia civile, inoltre, qualora il Parlamento accogliesse la proposta, formulata anche ieri in questa sede (stando ai giornali di oggi), di aggiungere nel testo del DL, in sede di conversione, il principio dell'alternatività tra negoziazione assistita e mediazione.

15. In pratica, nelle materie ove è ora richiesto ai litiganti di partecipare a un primo incontro gratuito con il mediatore, per decidere se proseguire o meno, le parti e i loro avvocati potrebbero esperire - in alternativa, appunto - una negoziazione assistita. Poiché per rifiutare l'invito a negoziare con l'assistenza dell'avvocato è sufficiente non rispondere, entro 30 giorni, alla richiesta del legale di controparte, il principio di alternatività verrebbe verosimilmente utilizzato per



“sterilizzare” la mediazione. Questa resterebbe solo sulla carta, aggirabile con l’invio di una semplice raccomandata.

16. Considerare alternative negoziazione e mediazione è assurdo a livello logico, oltre che numerico! Inoltre, equivale a ritenere nullo l’apporto professionale del terzo neutrale (comunicativo, relazionale, propositivo, di valutazione imparziale dei fatti e dei diritti etc.) alla soluzione delle liti. L’equiparazione tra negoziazione e mediazione significherebbe poi, di conseguenza, considerare inutili anche i 120 e passa organismi di mediazione creati dagli ordini forensi in questi anni.

17. Equiparare negoziato e mediazione è ancor più insensato, stando ai dati forniti dal Ministero della Giustizia: quando le parti vanno in mediazione (e nel 90% dei casi le parti vanno dal mediatore solo perché il primo incontro è obbligatorio), evidentemente il negoziato tra le parti e i rispettivi avvocati è fallito. Altrimenti, perché si recano dal giudice? Eppure, di fronte al mediatore l’accordo si trova in oltre il 40% dei casi, quando le parti decidono di entrare nel merito della procedura (per vero, la percentuale di successo è del 50% presso gli organismi privati, e del 29% presso gli organismi forensi; il margine di miglioramento per i secondi è quindi sia notevole sia alla portata, visti i risultati di altri operatori).

18. Come ha mostrato l’esperienza anche italiana (precedente e successiva alla nota sentenza della Consulta sulla mediazione), il tentativo di conciliazione non viene avviato se non in presenza di un obbligo di farlo, pur essendo nel migliore interesse delle parti e della collettività (un’efficace analogia è quella dell’obbligo delle cinture di sicurezza in auto, di indossare il casco in moto, o di non fumare in certi luoghi: sono comportamenti individualmente e collettivamente virtuosi, oltre che utili dal punto di vista economico, ma che spontaneamente non vengono tenuti; per questo motivo la loro mancata osservanza prevede delle sanzioni di legge). Consentire l’aggiramento surrettizio di tale obbligo, che per giunta è assai lieve e gratuito per le parti, sarebbe un grave auto-gol per la giustizia civile.

CONCLUSIONI E SOLUZIONI

19. La “negoziazione assistita” è una procedura di risoluzione alternativa delle liti non testata, non prevista in alcuna Direttiva europea (nemmeno allo studio) e dimostratasi sino ad ora irrilevante, non solo in Francia, di recente, ma da più tempo in Germania (e il fatto che della procedura tedesca siano in pochissimi a sapere è di per sé molto significativo). Nutrire grandi aspettative su di essa in Italia, anche potenziandola grazie al meccanismo della condizione di procedibilità, ed eventualmente di incentivi fiscali, è quindi illusorio.

20. Usare poi la negoziazione assistita, che conferisce un inspiegabile monopolio all’avvocatura anche sulla fase stragiudiziale della lite, per sterilizzare la sperimentazione (in corso) della mediazione sarebbe poi impensabile, quando anche il Fondo Monetario Internazionale, qualche giorno fa, ha nuovamente invitato il nostro Paese a estenderne l’applicazione.

21. Testare la negoziazione assistita per alcuni anni è un esperimento che può valere la pena, non fosse altro per dimostrarne l’incapacità a favorire significativamente la risoluzione alternativa delle controversie. Questo, però, solo a condizione di definirne più chiaramente l’ambito, evitando in particolare ogni sovrapposizione con la mediazione.



22. La strada comunque più raccomandabile per arginare il numero di controversie che intasano i tribunali - e per fornire ai litiganti un'alternativa celere, sensata, economica ed efficace - è quella di potenziare la mediazione, rafforzandone da subito la sperimentazione in corso.

23. In proposito, anche per via delle informazioni errate che continuano a circolare in materia, è doveroso rimarcare che l'attuale modello di mediazione in Italia è radicalmente diverso dal precedente, perché:

- i. il tentativo di conciliazione non è più obbligatorio (le parti sono tenute a un mero incontro preliminare gratuito, non a esperire - e pagare per - un'intera procedura di mediazione);
- ii. le cd "materie obbligatorie" sono meno (e l'esclusione della RC auto "vale" da sola diverse centinaia di migliaia di cause in più all'anno);
- iii. i costi della mediazione sono molto inferiori (qualora le parti decidano volontariamente di andare oltre il primo incontro gratuito);
- iv. la durata massima della procedura, per chi non voglia proprio mediare, è di soli 30 giorni, rispetto ai 120 previsti in precedenza (l'incontro gratuito, dal quale ciascuna parte può uscire liberamente e senza incorrere in alcuna sanzione, deve infatti avvenire entro un mese dall'avvio della procedura);
- v. la qualità della mediazione è assai maggiore, perché la previsione di un incontro "filtro" preliminare porta a nominare solo mediatori qualificati e convincenti, altrimenti le parti abbandonano subito e senza costi la procedura (l'avvenuto calo del numero degli organismi di mediazione ne è la riprova);
- vi. nessuna proposta capace di avere riflessi sull'eventuale processo successivo può essere fatta dal mediatore senza che le parti lo vogliano, poiché i litiganti debbono espressamente accettare di entrare in quella fase ove la proposta è possibile, sempre poi che il regolamento di procedura la preveda.

24. Sulle colonne del Corriere della Sera, qualche mese fa, il relatore della Direttiva europea ha definito quello italiano "un modello [di mediazione] da cui l'intera Europa deve prendere esempio". Per il Parlamento italiano, mantenere l'integrità e l'efficacia di questo modello è un dovere; rafforzarlo è una straordinaria opportunità.

25. Il rafforzamento della mediazione è agevolmente possibile con:

- a. l'ampliamento del novero delle materie ove è necessario un primo incontro gratuito con il mediatore;
- b. un meccanismo efficace per la cd "chiamata di terzo" (è il caso delle assicurazioni, per esempio);
- c. l'incremento degli incentivi per le parti che esperiscono volontariamente la procedura.

26. Queste sono modifiche da inserire, e con decisione, nel testo del DL da convertire, non certo l'alternatività tra negoziazione assistita e mediazione.

Grazie a tutti della cortese attenzione.