

Notiziario

del'Ordine degli Avvocati di Genova

SettembreDicembre 2013 n. 3



SOMMARIO

Presentazione Camera Arbitrale C.O.A. Genova

II

Le società tra avvocati

III

Banca dati Lex24 ordini

IV

Sportello del cittadino

V

Compleanno dell'Avvocato Gianni Di Benedetto

VI

Novità in materia di Mediazione

VII

Presentata la Camera Arbitrale del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova



Uno dei principali problemi della Giustizia Civile è sicuramente quello della esasperante durata dei procedimenti; la logica conseguenza di tale situazione si tramuta in una inaccettabile compressione dei diritti dei cittadini che trova frequente espressione in una conclamata sfiducia nell'apparato Giustizia.

L'arbitrato, come noto, è uno strumento destinato a risolvere in tempi rapidi liti civili e commerciali, in ambito nazionale ed internazionale, in alternativa alla via giudiziaria ordinaria.

Caratteristica fondamentale dell'arbitrato è la possi-

bilità, per le parti di concorrere nella scelta dei soggetti che comporranno l'organo deputato a decidere la lite, scegliendo gli stessi tra tecnici ed esperti della materia, escludendo il ricorso al processo ordinario.

A seguito della sottoscrizione di numerose convenzioni internazionali, in particolare quella di New York del 1958, il lodo arbitrale può essere riconosciuto ed eseguito in moltissimi Stati. Come altrettanto noto, è possibile utilizzare l'arbitrato se le parti hanno inserito, nel contratto o nello statuto sociale, una clausola arbitrale oppure, qualora la lite sia già insorta, abbiano redatto un compromesso.

In tale ottica, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova, come preannunciato all'inaugurazione dell'Anno Giudiziario corrente, ha dato vita alla Camera Arbitrale del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

La nostra Camera Arbitrale si è dotata di un Comitato Scientifico e di Indirizzo, composto da docenti universitari e avvocati: Prof. Avv. Piergiorgio Alberti, Prof. Avv. Marco Arato, Prof. Avv. Giorgio Berlingieri, Prof. Avv. Sergio Maria Carbone, Prof. Avv. Andrea D'Angelo, Prof. Avv. Andrea Fusaro, Prof. Avv. Antonio Lovisolo, Prof. Avv. Giovanni Marongiu, Prof. Avv. Vincenzo Roppo, Avv. Ivano Vigliotti (Coordinatore).

Il Consiglio Arbitrale è composto da sette membri, nominati ogni tre anni dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova; il Consiglio nomina gli arbitri nei casi previsti dal regolamento.

Componenti in carica per il triennio 11-7-2013, 11-7-2016 sono: Avv. Alessandro Vaccaro (Presidente), Avv. Alessandro Barca, Avv. Andrea Corrado, Dott. Antonino Dimundo, Dott. Michele Marchesiello, Avv. Mario Mazzucco, Dott. Francesco Meloni.

L'Avv. Francesca Cuomo Ulloa ricopre il ruolo di Segretario Generale della Camera Arbitrale.

Nel caso in cui la Camera Arbitrale dell'Ordine degli Avvocati di Genova sia chiamata a compiere la nomina degli arbitri, essa, con l'ausilio del Comitato Scientifico e d'indirizzo, li sceglie tra professionisti esperti nella materia oggetto della lite e con comprovata esperienza nella pratica arbitrale.

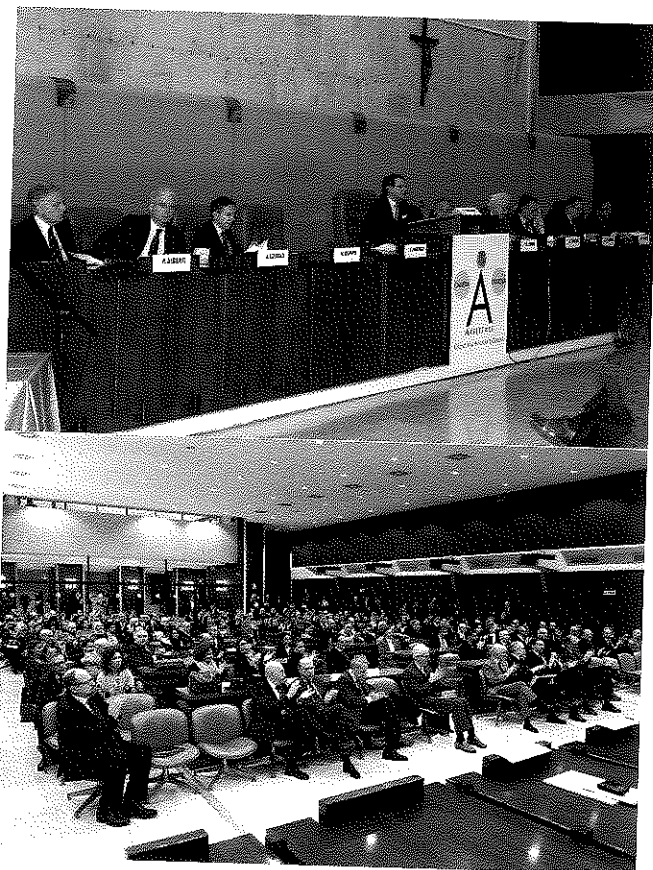
A tutti gli arbitri viene richiesta una dichiarazione di indipendenza rispetto alle parti, ai loro difensori ed alla materia del contendere.

Il Consiglio Arbitrale vigila sulla durata del procedimento, anche attraverso l'ausilio della Segreteria Generale, monitorando l'attività di arbitri e parti per garantire una rapida soluzione delle controversie che, in linea di massima, non devono superare i 180 giorni.

Al Regolamento della Camera Arbitrale è allegato un tariffario, che rende le spese di procedimento e gli onorari degli arbitri immediatamente conoscibili.

Gli onorari per l'amministrazione del procedimento e del Tribunale Arbitrale sono determinati in base al valore della controversia. I criteri utilizzati per la determinazione del valore della controversia sono indicati nel Regolamento.

**Avv. Alessandro Vaccaro,
Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Genova**



Le società tra avvocati

1. Premessa.

La l. 31 dicembre 2012, n. 247 ha introdotto nuove regole concernenti le aggregazioni professionali costituite da avvocati. In particolare, l'art. 4 disciplina le associazioni tra avvocati, ma estende la compagine associativa anche ad altri professionisti appartenenti alle categorie individuate con regolamento dal Consiglio nazionale forense; l'art. 5 contiene la delega al Governo per la previsione di disposizioni dirette a disciplinare aggregazioni in forma societaria.

Non è la prima volta che il legislatore italiano si occupa dell'esercizio della professione forense in forma societaria: nel 2011 aveva introdotto un tipo speciale di società, la "società tra professionisti" (STP) riservata appunto agli avvocati, per consentire l'esercizio in forma aggregata con uno schermo più solido di quello offerto dalla semplice associazione. In realtà, anche le associazioni tra professionisti che via via si erano formate, non potendo utilizzare lo schermo dell'associazione non riconosciuta o dell'associazione riconosciuta, perché la loro finalità è lucrativa, utilizzavano il tipo della società semplice, che si avvicina alla "società civile" di cui all'ordinamento previgente. Ma la STP non ha avuto fortuna, sia perché ad essa non sono stati concessi benefici fiscali, sia perché le sue regole rigide hanno scoraggiato quanti intendevano operare in forma associata sulla base di uno statuto e di un tipo societario diverso da quello della società semplice. Mentre l'associazionismo è piuttosto esteso, anche se la forma prevalente di esercizio dell'attività forense è data dallo studio individuale, composto dal titolare, da collaboratori e dal personale – una tipologia diffusa anche all'estero, persino negli Stati Uniti, dove gli studi legali di "solo lawyers" costituiscono il 95% dell'intera categoria, composta da più di un milione di avvocati – l'avvento delle società diverse dalla società semplice e dalla STP è stata oggetto di approfondite discussioni e anche di divisioni, all'interno della categoria e nei rapporti tra le diverse categorie professionali. Al favore manifestato da architetti e ingegneri, geometri e periti industriali, i quali vedono nella aggregazione societaria una formula che consente ai liberi professionisti di contrastare la concorrenza delle società di ingegneria, e a quello dei dottori commercialisti, che tendono a non distinguere lo status normativo del professionista rispetto a quello dell'imprenditore – enfatizzando l'orientamento della Corte di Giustizia dell'unione europea e della Commissione europea – si contrapponevano invece l'avversione e la critica delle rappresentanze istituzionali dell'Avvocatura, in primis del Consiglio nazionale forense, per una molteplicità di ragioni. Posizione condivisa dalla rappresentanza istituzionale dei notai.

La dimensione per così dire "politica" della problematica è utile per capire sia le modalità con cui si è giunti alla introduzione della nuova disciplina, sia le scelte compiute dal legislatore. Le ragioni dell'avversione sono dovute al fatto che l'impiego di tipi sociali, previsti dal codice civile per l'esercizio dell'attività d'impresa in forma collettiva, avrebbe ne-

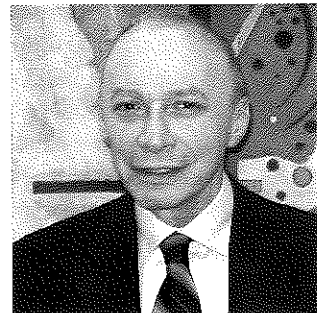
gato la differenziazione tra l'attività professionale, qualificata come intellettuale (art. 2233 ss. cod. civ.) e l'attività d'impresa; avrebbe contraddetto il principio della personalità della prestazione, al quale è collegato il principio di osservanza etica dei principi deontologici; avrebbe accentuato la natura economica della professione, degradandola ad attività di erogazione di servizi. Alcune componenti dell'Avvocatura ritenevano però che l'introduzione dei modelli societari avrebbero potuto sviluppare più razionalmente l'esercizio della attività in un mercato concorrenziale in cui gli avvocati stranieri si sono presentati con compagini societarie agguerrite e solide, avrebbero migliorato gli investimenti e la razionale organizzazione del lavoro, avrebbero comportato risparmi di risorse.

La soluzione escogitata dal legislatore nel corso dell'iter tormentato della riforma, in cui il testo proposto dal Consiglio nazionale forense e dalle altre componenti dell'Avvocatura (che non prevedeva l'introduzione di tipi societari diversi dalla STP) è stato largamente modificato, prevede due modelli di esercizio dell'attività forense: quello associativo e quello societario.

La soluzione escogitata dal legislatore nel corso dell'iter tormentato della riforma, in cui il testo proposto dal Consiglio nazionale forense e dalle altre componenti dell'Avvocatura (che non prevedeva l'introduzione di tipi societari diversi dalla STP) è stato largamente modificato, prevede due modelli di esercizio dell'attività forense: quello associativo e quello societario.

Il primo salvaguarda la personalità della prestazione, che consente di verificare la diligenza professionale, l'osservanza delle regole deontologiche e soprattutto il rapporto individuale e diretto con il cliente. L'art. 4 della l. n. 247 del 2012 ribadisce quanto previsto nel codice deontologico vigente, e cioè che l'incarico professionale è tuttavia sempre conferito all'avvocato in via personale. La partecipazione ad un'associazione tra avvocati non può pregiudicare l'autonomia, la libertà e l'indipendenza intellettuale o di giudizio dell'avvocato nello svolgimento dell'incarico che gli è conferito.

La partecipazione ad una associazione tra avvocati è esclusiva, ed è riservata a professionisti iscritti all'albo. E' consentita però l'aggregazione di altri professionisti, sempre appartenenti



NotiziariO

DEL CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI
DI GENOVA

n. 3 Settembre - Dicembre 2013

Quadrimestrale - Reg. Trib. di Genova n. 3/97

Editore: De Ferrari Comunicazione S.r.l.

Direttore responsabile: Fabrizio De Ferrari

Redazione e Amministrazione: c/o Tribunale di Genova

Sped. in A.P. 70% filiale di Genova

Comitato di Redazione:

Alessandro Vaccaro e Alessandro Barca

Elisabetta Bubba, Federico Cinquegrana, Simonetta Cocconi,

Matteo Caniglia Cogliolo, Simona Ferro, Barbara Grasso, Angelo Ramoino

a professioni regolate e organizzate in forme ordinamentali: la scelta delle categorie non è libera, ma è affidata al Consiglio nazionale forense. E' consentito anche il ricorso all'associazione in partecipazione, in cui, si opina, l'avvocato potrebbe comparire come associato, oppure come associante, ma sempre nell'ambito delle categorie professionali indicate. Per la verità, l'intento della categoria forense era diverso da quello poi realizzato dal legislatore: introdurre un'ipotesi di associazione temporanea (joint venture) in tutti i casi in cui fossero richieste dal cliente competenze variegate o attività implicanti il concorso anche economico di più studi professionali; il ricorso alla associazione in partecipazione falsa quell'intento, e implica un difficile adattamento della normativa alle esigenze che si volevano soddisfare.

Si è conservato il privilegio della imposizione fiscale sulla base del criterio di cassa, che appunto distingue i proventi professionali da quelli imprenditoriali (ordinati secondo il criterio della competenza) e si è escluso l'assoggettamento dell'associazione a procedure concorsuali.

Fin qui non sono molte le innovazioni alla disciplina esistente, e si può dire che l'art.4 tende a razionalizzare una materia che era affidata agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, portando quindi maggior certezza del dettato normativo.

2. Le società tra professionisti.

Poiché il legislatore, nel fissare i principi generali a cui dovrebbero essere assoggettate le professioni, ha introdotto l'impiego di schermi societari tipici delle attività d'impresa, rinviano ai tipi regolati dal codice civile, ed ha pure stabilito che le società possano essere costituite da soci di mero capitale anche di maggioranza - soluzione che avrebbe fulminato i principi di indipendenza, autonomia, segretezza della professione forense - di fronte alle proteste dell'Avvocatura il Parlamento ha introdotto nell'iter legislativo in corso il cui testo non prevedeva affatto la costituzione di società e tanto meno la presenza di soci non professionisti, si è preferita una soluzione intermedia, alla quale però non si sono date immediatamente regole analitiche, ma si sono fissati solo alcuni principi di base (con un emendamento che ha introdotto nel testo una legge di delega al Governo). L'art.5 dispone infatti che il provvedimento governativo dovrà prevedere che l'esercizio della professione forense in forma societaria sia consentito esclusivamente a società di persone, società di capitali o società cooperative, i cui soci siano avvocati iscritti all'albo; la formula è curiosa, perché le società di persone, diverse dalla società semplice, implicano sempre l'assunzione della qualifica di imprenditore da parte del socio, ma in questo caso non sarà così; si che i tipi sociali personali funzioneranno solo come "crisalide" per regolare la vita interna e la responsabilità patrimoniale della società, a cui si somma la responsabilità individuale del singolo socio; le società cooperative possono essere a responsabilità limitata o illimitata, e le società di capitali non sono singolarmente denominate; in ogni caso lo schermo societario non vale a coprire soggetti che esercitino l'attività senza essere abilitati. L'incarico professionale, conferito alla società ed eseguito secondo il principio della personalità della prestazione professionale, può es-

sere svolto soltanto da soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione professionale richiesta dal cliente.

La società, qualsiasi tipo sia stato scelto, non svolge una attività d'impresa; sono salvaguardate le regole deontologiche, perché il socio che abbia compiuto illeciti deontologici che implicano la sospensione o l'interdizione della attività professionale perde automaticamente la qualità di socio, nel senso che viene escluso dalla società. Le modalità dell'esclusione non sono previste nei principi, ma potrebbero essere stabilite dalla disciplina più analitica del provvedimento delegato, oppure potrebbero essere affidate alla autonomia contrattuale dei soci.

3. Prospettive

La scarsa disciplina può essere un fatto positivo: salvi alcuni principi che sottolineano la differenza tra l'attività professionale e l'attività d'impresa, la conformazione e la vita interna delle società sono liberamente determinate dai soci mediante l'atto costitutivo e lo statuto. E' difficile immaginare se gli avvocati faranno ricorso consistente all'aggregazione associativa o societaria, a seguito delle nuove norme, e se esse potranno costituire un modo per migliorare la posizione della categoria nel mercato, o addirittura incrementare il reddito professionale, oggi depresso (come peraltro accade per tutti gli operatori economici) dalla crisi in atto. Certamente è una opportunità che si è colta, opportunità che si sarebbe assai ridotta se si fosse dato ingresso alle scelte più "liberali" - in realtà più oltranziste e strumentali - che avrebbero consegnato, con l'ingresso del socio di capitale, l'Avvocatura alle grandi imprese, alle banche, alle assicurazioni, che già intravedevano nel mercato professionale forense un facile terreno di conquista.

Prof. Avv. Guido Alpa
Presidente del C.N.F.

BANCA DATI LEX24 ORDINI

Ricevuta la delega dall'Assemblea del 17/7/2013, il Consiglio ha coltivato il progetto di convenzione con il Gruppo 24 Ore e ha siglato l'accordo per la consultazione, senza costi a carico diretto degli iscritti, della banca dati Lex24 Ordini, raccolta di leggi, prassi e massime giurisprudenziali civili, penali ed amministrative, sia di legittimità che di merito.

Siamo in dirittura di arrivo: l'attivazione, inizialmente pensata per il 2014, è, invece, prossima. A breve, infatti, terminati gli ultimi interventi di interconnessione dei sistemi, riceverete una comunicazione con le istruzioni per l'accesso all'area riservata del sito dell'Ordine (che in futuro verrà implementata con altri servizi) e, da lì, alla banca dati che potrà essere un agile e completo strumento di consultazione e ricerca sia da postazione fissa che mobile.

Buon lavoro!

Il Consigliere delegato
Avv. Andrea Corrado

Approvato il regolamento C.O.A. per lo "sportello del cittadino"

Art. 1 - Oggetto e scopo.

1. È istituito presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova lo Sportello per il Cittadino (di seguito denominato "Sportello").

2. Lo Sportello ha il compito di fornire un servizio di informazione e orientamento per la fruizione delle prestazioni professionali degli Avvocati e l'accesso alla giustizia, con esclusione di ogni attività di consulenza e con l'espresso divieto di fornire informazioni sui giudizi pendenti. L'informazione fornita avrà carattere generale e non costituirà parere professionale.

3. Al fine suddetto verranno fornite informazioni stragiudiziali e procedurali di base nelle seguenti materie:

- a) civile, fallimentare e societario;
- b) penale;
- c) amministrativo e tributario;
- d) lavoro.

Art. 2 - Informazioni e orientamento per la fruizione delle prestazioni professionali degli Avvocati e per l'accesso alla giustizia.

1. Per quanto concerne la fruizione delle prestazioni professionali degli Avvocati, il servizio avrà ad oggetto l'informazione e l'orientamento:

- a) sulle modalità di svolgimento delle prestazioni professionali e della loro utilità, anche nella prospettiva della prevenzione del contenzioso;
- b) sulle formalità necessarie ai fini del conferimento dell'incarico;
- c) circa i diritti e gli obblighi derivanti dal conferimento dell'incarico;
- d) sulla possibilità di rivolgersi al Consiglio dell'Ordine, qualora vi sia mancanza di accordo sul compenso con il proprio difensore, al fine di raggiungere una conciliazione.

2. Per quanto concerne l'accesso alla giustizia, il servizio avrà ad oggetto l'informazione e l'orientamento:

- a) circa gli strumenti di tutela giudiziaria previsti dall'ordinamento;
- b) circa i tempi di massima di un giudizio ed i parametri di legge, nonché gli oneri tributari e le possibili conseguenze della soccombenza;
- c) in materia di difesa d'ufficio e di requisiti e condizioni per accedere al patrocinio a spese dello Stato.

3. Il servizio avrà altresì ad oggetto l'informazione e l'orientamento:

- a) sulle procedure di risoluzione alternativa delle controversie esperibili, anche tramite l'organismo di mediazione e la camera arbitrale costituiti presso lo stesso Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova;
- b) circa i possibili vantaggi derivanti in termini di tempi e costi dall'esperimento di tali procedure.

Art. 3 - Accesso al servizio

1. Potranno accedere allo Sportello i cittadini italiani, comunitari ed extracomunitari, nonché le persone giuridi-

che, aventi sede, residenza o dimora nella circoscrizione del Tribunale di Genova.

2. I cittadini stranieri per accedere al servizio dovranno avere una buona conoscenza della lingua italiana o essere accompagnati da persona che faccia loro da interprete.

3. Al fine di usufruire del servizio, l'utente dovrà sottoscrivere un modulo di consenso al trattamento dei dati personali, in conformità alle vigenti disposizioni in materia, e dichiarare di accettare le norme del presente regolamento. In calce al modulo verranno annotati: il nominativo dell'Avvocato che ha prestato il servizio, la data della consultazione e l'indicazione della questione trattata.

4. Gli interessati potranno utilizzare per la stessa questione una sola volta il servizio dello Sportello.

5. L'accesso allo Sportello è gratuito.

Art. 4 - Attività.

1. L'attività dello Sportello si terrà presso i locali del Consiglio dell'Ordine, nei giorni e negli orari stabiliti con delibera del Consiglio. In ogni caso, per ogni settore di attività dovrà essere garantita la presenza di un Avvocato per almeno due volte al mese.

2. Le modalità di prestazione del servizio allo Sportello, gli orari di apertura e il calendario con i turni di presenza verranno resi noti al pubblico attraverso il sito internet istituzionale dell'Ordine e/o altri idonei avvisi affissi nei locali dell'Ordine stesso.

3. L'informativa di base si esaurirà in una sola conferenza.

4. Non sarà trattenuto alcun documento fornito dall'utente e non sarà redatto alcun verbale in relazione al servizio prestato.

Art. 5 - Professionisti iscritti.

1. Potranno prestare il servizio presso lo Sportello, nell'ambito delle materie di propria competenza, gli iscritti all'Albo degli Avvocati di Genova che:

- a) siano iscritti all'Albo Avvocati da almeno due anni
- b) non abbiano riportato sanzioni disciplinari superiori all'avvertimento negli ultimi cinque anni;
- c) non siano soggetti a procedimenti disciplinari in corso;
- d) siano in regola con il pagamento del contributo annuale di iscrizione all'Albo;
- e) siano in regola con l'obbligo formativo.

2. Il Consiglio tiene un elenco, aggiornato annualmente entro il 31/12, degli Avvocati disponibili a rendere il servizio di Sportello.

3. La domanda di iscrizione nell'elenco - corredata della dichiarazione di accettazione del presente regolamento e nella quale dovrà essere specificata la materia di competenza tra quelle elencate nel precedente articolo 1, comma 3 - dovrà essere presentata entro il 30 novembre di ciascun anno. Il Consiglio potrà chiedere agli Avvocati che presentino domanda di iscrizione nell'elenco di comprovare l'attività svolta, con l'indicazione di un minimo di dieci cause nella materia indicata.

4. In sede di prima applicazione le domande di iscrizione dovranno essere presentate entro il 31/12/2013 e l'elenco verrà approvato dal Consiglio entro il 31/1/2014.

5. Il calendario con i turni di presenza allo Sportello verrà redatto dal Consiglio con criteri che garantiscano la rotazione di tutti gli iscritti all'elenco.

6. Il Consiglio dell'Ordine tiene, anche in forma telematica, un registro ove annota, a margine delle generalità degli iscritti nell'elenco di cui all'art.4 del presente Regolamento, i soggetti nei cui confronti è stata resa l'attività di informazione e orientamento e la sommaria indicazione dell'oggetto dell'attività stessa.

Art. 6 - Gratuità dello svolgimento dell'incarico.

1. La prestazione del servizio allo Sportello è gratuita. Pertanto, è vietato all'Avvocato ricevere da parte del beneficiario del servizio o da terzi denaro o altro tipo di compenso per l'attività prestata.

2. La prestazione del servizio allo Sportello comporterà per l'Avvocato il riconoscimento di un credito formativo per ogni ora di attività espletata, fino ad un massimo annuale di n. 10 crediti.

Art. 7 - Divieti e incompatibilità.

1. All'Avvocato che presti servizio allo Sportello è fatto divieto:

- a) di indicare il nominativo di Avvocati che possano assumere l'incarico professionale relativo alla questione per cui sono fornite informazioni e orientamento;
- b) di assumere incarichi professionali dal beneficiario dei

servizi resi in relazione alla questione per cui sono fornite informazioni e orientamento;

c) di assumere qualunque tipo di incarico professionale dal beneficiario dei servizi anche per questioni diverse da quelle oggetto della richiesta di informazioni in sede di Sportello per il periodo di un anno.

2. I divieti di cui al comma 1 si estendono anche al coniuge, ai parenti fino al secondo grado, nonché agli associati, ai soci e ai colleghi che esercitano nello studio dell'Avvocato che abbia prestato l'attività di Sportello.

Art. 8 - Violazioni del regolamento.

1. Il Consiglio vigila sulla corretta applicazione e sul rispetto del presente Regolamento.

2. Fatta salva la valutazione sotto il profilo deontologico e disciplinare delle condotte poste in essere in violazione del presente regolamento, comporterà l'esclusione dall'elenco degli Avvocati di Sportello:

- a) la mancata presenza da parte dell'Avvocato allo Sportello, nel turno di riferimento, senza giustificato motivo;
- b) il rifiuto o l'omissione ingiustificati di prestare l'attività di Sportello alla persona che accede al servizio;
- c) il venir meno dei requisiti di iscrizione nell'elenco;
- d) la violazione degli obblighi e divieti di cui agli articoli 6 e 7 del presente Regolamento.

Art. 10 - Entrata in vigore.

Il presente Regolamento entra in vigore il 30 novembre 2013.

90° compleanno dell'Avv. Gianni Di Benedetto



Novità in materia di Mediazione

La mediazione obbligatoria, a fare data dal 21 settembre 2013, si è affacciata nuovamente nella vita quotidiana e giuridica del cittadino e dell'operatore del diritto attraverso la reintroduzione, mediante le diverse spoglie di un decreto legge che, definito retoricamente "del fare", ripropone i requisiti di improcedibilità delle domande giudiziarie non precedute dal tentativo obbligatorio di conciliazione. E lo fa ridisegnando alcuni aspetti di quel D.Lgs 28/2010 già malamente tradotto in legge e travolto dalla nota censura di illegittimità costituzionale pronunciata dalla Consulta con la sentenza 06.12.2012 n° 272. Le modifiche apportate rappresentano per lo più aggiustamenti (qualcuno, come vedremo, nefasto per incongruità degli effetti), in parte modellati sull'esperienza dell'istituto nel breve periodo in cui ha funzionato ed in parte suggerite da rilievi critici che da più parti sono stati sollevati, anche da coloro che non ne hanno osteggiato in via di principio l'introduzione. Osseviamole, anche criticamente, secondo la progressione logica procedurale:

1. Nuovi termini.

La durata del procedimento di mediazione viene contratta a tre mesi rispetto ai quattro precedenti. Il fatto che non si tratti di termini perentori rende trascurabile la novità. Al contrario viene dilatata a non oltre trenta giorni (rispetto ai quindici previsti precedentemente) la data di fissazione del primo incontro. Anche in questo caso la differenza rispetto a prima non pare rilevante, considerato che il termine viene comunemente riferito non alla data dell'incontro ma a quella in cui viene deciso quando fissarlo.

2. Competenza territoriale.

"La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia". In caso di più domande prevale l'organismo territorialmente competente dove è stata presentata la prima. Come è ovvio non esistono organismi di mediazione in ogni luogo di ogni giudice competente per il merito, e risolvere la questione individuando un organismo di mediazione purchessia nei generici pressi del foro territoriale competente rischia di rivelarsi una operazione di faciloneria ermeneutica. Il "luogo" rappresenta una definizione tecnica e circoscrive propriamente la competenza del giudice nell'ambito dell'organizzazione territoriale giudiziaria definita dal R.D. 12/1941. Il collegamento, operato dal legislatore, fra l'organismo di mediazione ed il giudice naturale preconstituito per legge, suggerisce di parafrasare l'art. 25 cost. traendone il principio che "nessuno può essere distolto dal mediatore naturale preconstituito per legge". Dimenticando però che la geografia giudiziaria è definita legislativamente in funzione del presidio dell'intero territorio, mentre questo non vale per gli organismi di mediazione la cui esistenza è del tutto spontanea, eventuale e legata a valutazioni di mera opportunità di chi lo costituisce. Le conseguenze di questo pressapochismo normativo avrebbero rischiato di risolversi nella improcedibilità di fatto della domanda in tutti i casi in cui non fosse esistito nella circoscrizione del giudice competente per il merito alcun organismo di mediazione, vuoi per rinuncia al tentativo di conciliazione o per sue incompetenze in quanto estra-

neo al "luogo di competenza del giudice". A scongiurare un prevedibile rilievo di incostituzionalità per violazione dell'art. 24 della Costituzione è intervenuta la Circolare Ministeriale del 27 novembre scorso che precisa che, al fine della individuazione dell'organismo competente, "si terrà conto della sede principale ovvero delle sue sedi secondarie che si trovino nell'ambito di qualunque comune della circoscrizione del Tribunale territorialmente competente a conoscere la controversia". Come è evidente, per superare le palesi incongruenze della norma, quella che viene mascherata da semplice indicazione interpretativa si risolve in una vera riscrittura del dato normativo conferendogli un significato e degli effetti che assolutamente non ha.

3. Primo incontro di mediazione.

Il nuovo art. 8 par. 1 d.lgs 28/2010 prevede che durante il primo incontro il mediatore chiarisca alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, invitandole ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. Lo svolgimento di questa prima fase, ai sensi dell'art. 5 par. 2-bis, è sufficiente per determinare l'avveramento della condizione di procedibilità della domanda giudiziale nel caso di conclusione negativa. Vale la spesa di ricordare che sotto questo profilo nulla è sostanzialmente cambiato. Tale incontro non costituisce una fase autonoma e preliminare al procedimento ma ne è parte integrante. L'incontro può servire a stabilire la possibilità o l'opportunità di proseguire nel tentativo, a considerarlo vano ovvero a raggiungere un accordo conciliativo. Del resto anche con la precedente formulazione il mancato accordo fra le parti, purché almeno una avesse partecipato alla procedura, costituiva condizione sufficiente per procedere all'instaurazione del giudizio di merito. L'unica ragione per cui il legislatore ha ritenuto di enucleare il primo incontro dal resto del procedimento la si può scorgere nel tenore del successivo art. 5-ter laddove specifica che, nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, all'organismo di mediazione non è dovuto alcun compenso. I primi interpreti del provvedimento ritengono, ragionevolmente, che in questo caso sia comunque dovuta la cosiddetta indennità di avviamento, costituendo la stessa il corrispettivo forfezzato degli costi sostenuti dall'organismo. La circostanza viene confermata con la richiamata Circolare del 27 novembre che: 1) nel termine compenso non devono essere ricomprese le spese di avvio; 2) che le stesse devono essere corrisposte da "entrambe" (solita imprecisione ministeriale che dimentica che le parti possono essere più di due. Sic!); 3) nessuna indennità può essere chiesta alla parte invitata se l'istante non compare e 4) sono dovute altresì le spese vive documentate. Si può aggiungere l'ulteriore avvertenza che il beneficio della gratuità resta confinato alla fase del primo incontro. Il che significa che se si ritiene proseguire nella procedura, e successivamente al primo incontro la conciliazione fallisce, le parti perderanno il beneficio della gratuità.

4. Responsabilità sanitaria.

Il novero delle materie soggette all'obbligo dell'esperimento del procedimento di mediazione prima della introduzio-

ne della causa di merito vede estesa la responsabilità medica a quella più genericamente sanitaria. L'orientamento giurisprudenziale dominante già ritiene assimilabile la prestazione del medico a quella della struttura sanitaria in cui egli svolge la propria attività, enfatizzando il profilo negoziale del c.d. contratto sociale qualificato, ed elaborando la nuova figura negoziale del contratto di "spedalità".

Il che allarga in maniera significativa l'ambito delle questioni che rientrano nell'alveo della obbligatorietà della mediazione in materia, sia soggettivamente che oggettivamente, nel senso che se da un lato vengono annoverate, ai fini della procedibilità, le iniziative giudiziarie nei confronti della struttura sanitaria in cui il medico ha eseguito la propria prestazione professionale, dall'altro si possono ritenere ricomprese anche tutte quelle vicende che riguardano il c.d. contratto di spedalità, comprensivo dei servizi erogati dalla struttura sanitaria distinti ed ulteriori rispetto a quelli del personale medico (permanenza nella struttura ospedaliera, alloggio, alimentazione dei pazienti ecc.).

5. Esclusione nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva.

I procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile vengono esclusi, al pari di altri procedimenti a sommaria istruzione, dalla necessità di previo esperimento della mediazione. Era una modifica necessaria per queste ipotesi in cui la normativa contiene già in sé la previsione del tentativo di conciliazione da parte del CTU che, nel regime precedente, veniva a costituire un assurdo doppiante, peraltro già stigmatizzato dai giudici di merito.

6. Assistenza obbligatoria dell'avvocato.

È prevista in tre punti: all'art. 5 par. 1 bis, dove si stabilisce che chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia è tenuto, assistito dall'avvocato, ad esperire il procedimento di mediazione, all'art. 8 dove si precisa che al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato, nonché all'art. 12 dove, curiosamente, la presenza dell'avvocato inizialmente viene paventata come eventuale ("ove le parti siano assistite da un avvocato") la cui sottoscrizione diventa però condizione per l'esecutività dell'accordo e per attestare la conformità a norme imperative e all'ordine pubblico. Sotto quest'ultimo profilo è intervenuta la ridetta Circolare ministeriale che ha precisato (con qualche ardito salto logico) che la presenza dell'avvocato va ritenuta obbligatoria solo nelle materie oggetto di mediazione obbligatoria e non negli altri casi. Vale la pena di ricordare che da più parti l'obbligo di assistenza del legale è stata tacciata di favoritismo verso la categoria forense, particolarmente ostile alla mediazione, quasi a blandirne la benevolenza o ad assecondare chissà quale pressione lobbistica. In realtà chi ha partecipato ad una mediazione sa bene quanto la presenza dei consulenti legali sia fondamentale per la riuscita e la qualità dell'accordo, e quindi per la sua tenuta nel caso in cui lo si debba azionare. Taccio poi del superlavoro (e dei rischi professionali) del mediatore quando, come di norma, le parti non hanno alcuna cognizione tecnico giuridica ed occorre confezionare un accordo conciliativo, magari complesso. Gli av-

vocati sono indispensabili sia per le parti che mediano, che per il mediatore che le concilia.

7. Avvocati mediatori di diritto.

L'art. 4.bis stabilisce che gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori. Gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento. Come noto la qualifica di mediatore resta irrilevante se chi ne è titolare non appartiene ad un organismo. L'iscrizione lo rende operativo e fa scattare gli obblighi di aggiornamento previsti dalla legge. Si può condividere il fatto che agli avvocati venga riconosciuto quel bagaglio tecnico giuridico che risulta indispensabile per svolgere l'attività di mediatore. Va detto però che i programmi didattici previsti per la formazione dei mediatori contengono svariati profili ulteriori, che si spingono alle tecniche di comunicazione, allo svolgimento di prove e simulazioni pratiche, alla soluzione di problemi concreti ricorrenti ecc. Alcuni aspetti didattici talvolta possono fare sorridere, ma è indubbio che la gestione di un procedimento di mediazione richiede un mestiere ed una tecnica di approccio che non si possono improvvisare. La sola partecipazione ai corsi di aggiornamento, normalmente incentrati sulla sola disamina delle novità giurisprudenziali e normative, rischia di rivelarsi insufficiente a fornire il contributo minimo per esercitare la funzione di mediatore. Forse anche tali considerazioni hanno spinto il Ministero a demandare, con la Circolare del 27/11, agli ordini professionali l'organizzazione di specifici percorsi formativi.

8. Mediazione per ordine del giudice.

L'originario art. 5 par. 2 del D.Lgs. 28/2010 prevedeva che il giudice, anche in sede di appello, potesse invitare le parti a procedere alla mediazione. La nuova formulazione stabilisce testualmente che il giudice, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni o della discussione della causa, "può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione" ed aggiunge "in tal caso l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di giudizio di appello". Viene così introdotta una ulteriore ipotesi di improcedibilità della domanda non più *ratione materiae* ma per ordine del giudice. Vale la pena di ricordare che questa disposizione si interseca con quella, anch'essa introdotta con il decreto del fare, di cui all'art. 185 bis c.p.c. che prevede la possibilità, da parte del giudice, di formulare una proposta transattiva o conciliativa alle parti fino all'esaurimento dell'istruzione della causa. Anche in questo caso è intervenuto il ministero precisando che la mediazione disposta dal giudice va sempre equiparata, in termini tariffari, a quella obbligatoria.

9. Periodo di prova e monitoraggio.

La disciplina della mediazione viene sottoposta ad un termine di efficacia di quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore a titolo di sperimentazione.

Si prevede inoltre che al termine di due anni sia attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione.

Avv. Carlo Maria Galiberti