

UBALDO PERFETTI

Mediazione e conciliazione: aspetti sostanziali e deontologici¹

SOMMARIO. 1-. Gli spunti problematici offerti dall'art. 4, co. 3, d. leg.vo 28/2010. 2-. Il significato dell'espressione *all'atto del conferimento dell'incarico*. 3 -. Il soggetto cui l'informazione va data; la rilevanza della distinzione *assistito - cliente* nei casi in cui vi sia dissociazione tra le due figure. 4-. La *sanzione* dell'annullabilità: essa colpisce il *contratto di patrocinio* e non la procura alle liti ed è perciò senza conseguenze sul processo. 5-. (segue): legittimazione all'azione di annullamento, prescrizione e regola *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*. 6-. (segue): l'annullamento del contratto di patrocinio e l'obbligo di restituire gli onorari nel frattempo percetti; il rischio del risarcimento del danno ex art. 1338 c.c. 7-. (segue): convalida espressa e tacita. 8-. La triplice dimensione, temporale, contenutistica, formale dell'obbligo di informazione. In particolare, il requisito della forma e la sostituzione del documento informativo con indicazioni contenute nella delega; la possibile non idoneità di tale metodo. 9-. Le conseguenze deontologiche della violazione dell'obbligo di informazione.

1-. La norma che più delle altre si presta ad un'analisi problematica è quella dell'art. 4, co. 3, del d. leg.vo 28/2010 secondo cui “(...) *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 (...) L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio*”.

La disposizione segnala, in particolare, i seguenti nodi problematici:

- (a) che cosa si intenda con l'inciso *all'atto del conferimento dell'incarico* ed a chi debba essere data l'informazione;
- (b) quali siano le conseguenze correlate alla sanzione dell'*annullabilità*, la sua disciplina ma, soprattutto, l'analisi della tenuta della *sanzione* sul piano della costituzionalità della previsione;
- (c) quale funzione abbia il requisito della forma scritta richiesta per l'informazione;
- (d) quali le conseguenze deontologiche connesse alla mancata informazione.

2. Poiché si usa l'espressione *all'atto del conferimento dell'incarico*, è da escludere che l'informazione debba esser data nel *primo incontro*, o *colloquio* tra cliente ed avvocato, nel quale potrebbe non essere nemmeno chiara la strategia difensiva da assumere e quindi l'incarico da espletare; su questo punto è stato accolto il parere del CNF che suggeriva di escludere il riferimento al “(...) *primo*

¹ Il saggio riproduce il testo dell'intervento al convegno di Siracusa del 4 e 5 maggio 2010 su *Mediazione e Conciliazione: nuovi aspetti deontologici*.

colloquio con l'assistito" come era previsto nell'originario schema di decreto legislativo. Ma il momento non coincide nemmeno con quello in cui è conferita e firmata la procura alle liti ex art. 83 cpc dato che essa costituisce solo la proiezione processuale dell'incarico e quindi segue normalmente il suo conferimento. Il tempo esatto in cui l'informazione va fornita dovrebbe, pertanto, essere quello intermedio tra il primo colloquio ed il conferimento della procura in cui, esaminati gli atti e la questione, avvocato e cliente decidono la strategia difensiva e gli atti giudiziali da compiere; rispetto ad essi si può configurare il conferimento di un incarico a compiere attività per le quali è rilevante che l'interessato sappia di poter seguire la via *conciliativa*.

3. Quanto al soggetto cui l'informazione va data, l'art. 4, co. 3, utilizza quattro volte il sostantivo *assistito*; senonché, non sempre questi coincide col *cliente*. Quella tra *assistito* e *cliente* è una distinzione conosciuta sia dal Codice deontologico Forense, sia dalla giurisprudenza, vuoi della Corte di cassazione, vuoi del Consiglio Nazionale Forense. Quanto al primo, l'art. 35 CdF, dopo aver affermato che il rapporto con l'*assistito* è fondato sulla fiducia, avverte nel canone I che l'incarico "(...) *deve essere conferito dalla parte assistita o da altro avvocato che la difenda. Qualora sia conferito da un terzo che intenda tutelare l'interesse della parte assistita ovvero anche un proprio interesse, l'incarico può essere accettato soltanto con il consenso della parte assistita*".

Quanto alla seconda, Cass. 27.12.2004, n. 24010 conferma che anche ai fini di individuare il soggetto obbligato a corrispondere il compenso professionale "(...) *occorre distinguere tra rapporto endoprocessuale nascente dal rilascio della procura ad litem e rapporto che si instaura tra il professionista incaricato ed il soggetto che ha conferito l'incarico, il quale può essere anche diverso da colui che ha rilasciato la procura*". Ed ancora per Cass. 8.6.1996 n. 5336, quando chi ha rilasciato la procura alle liti è soggetto diverso da colui che abbia affidato al legale il mandato di patrocinio, si instaura "(...) *collateralmente al rapporto con la parte che abbia rilasciato la procura "ad litem", un altro distinto rapporto interno ed extraprocessuale regolato dalle norme di un ordinario mandato, in virtù del quale la posizione del cliente viene assunta non dal patrocinato ma da chi ha richiesto per lui l'opera professionale*".

La distinzione è confermata anche dalla giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense nella cui sentenza 14.12.2004, n. 296 (pres. Alpa, rel. Tirale) è precisato che "(...) *La parte assistita è colui nell'interesse del quale è svolto l'incarico, il cliente è invece il soggetto che conferisce l'incarico e, se sovente le due figure coincidono, talvolta può accadere che a conferire l'incarico sia un terzo che vuol tutelare l'interesse della parte assistita con il consenso della stessa*".

Se questo è, a chi va data l'informazione quando non vi è coincidenza della qualità di *assistito* e *cliente*? Sia perché la norma identifica il momento della somministrazione dell'informazione con quello del conferimento dell'incarico, sia perché le conseguenze della violazione dell'obbligo informativo attingono – come si vedrà – il *contratto*, con ciò alludendosi non già alla procura alle liti, che è negozio unilaterale, bensì al cd. *contratto di patrocinio*, in caso di non coincidenza delle qualità di *assistito* e *cliente*, l'informazione, ad onta del riferimento normativo letterale all'*assistito*, va data al *cliente* perché solo con questi intercorre il contratto di patrocinio esposto alla sanzione dell'annullabilità. La questione ha un rilievo non solo teorico; se l'adempimento dell'obbligo informativo, nel caso di dissociazione, deve risultare da apposito documento da

produrre in giudizio in cui figurano le generalità del *cliente* e non di chi agisce (e cioè l'*assistito*), il giudice, verificando d'ufficio l'adempimento dell'obbligo, constaterà che l'informazione è stata fornita a soggetto diverso dall'attore e potrà dedurne la sua irregolarità. Ciò obbligherà l'avvocato a giustificare tale apparente discordanza ed a dimostrare, provando la dissociazione in parola, l'avvenuto corretto adempimento dell'obbligo in favore dell'effettivo avente diritto; ma ciò potrà fare solo producendo il contratto interno di patrocinio. Per evitare una tale conseguenza che obbligherebbe a svelare aspetti che magari è opportuno rimangano riservati, non resterà altro che redigere un doppio documento informativo da far sottoscrivere sia all'*assistito*, sia al *cliente*; il primo da produrre in giudizio per evitare le conseguenze processuali collegate alla mancata dimostrazione dell'avvenuta informazione, il secondo da conservare per resistere all'eventuale azione di annullamento del contratto di patrocinio che intendesse promuovere in futuro il *cliente*.

4. Circa le conseguenze della mancata informazione, la norma risulta modificata rispetto alla previsione contenuta nello schema di decreto legislativo che ipotizzava la sanzione della nullità ed è anche diversa rispetto a quella suggerita dal Consiglio nazionale Forense che consigliava di declinare la *sanzione* in termini esclusivamente deontologici e non di invalidità sostanziale. L'art. 4, co. 3 dispone, ora, che la violazione degli obblighi di informazione determina l'annullabilità del contratto tra l'avvocato e l'assistito.

Va subito notato che anche la conseguenza dell'annullabilità - come già quella inizialmente ipotizzata della nullità - prospetta due principali anomalie:

- (a) da un lato la previsione è sospettabile di incostituzionalità;
- (b) dall'altro lato è eccentrica rispetto alle valutazioni che forniscono le Sezioni unite della Corte di cassazione a proposito di conseguenze discendenti dalla violazione di obblighi informativi.

Per quanto attiene al profilo sub (a), è noto che il controllo di costituzionalità è compiuto, quando si tratta di legge delegata, anche con riferimento al rispetto dei limiti fissati dal legislatore delegante nel senso che se quest'ultimi risultano superati, la norma è incostituzionale (art. 77, c. 1 Cost.). La legge delega - art. 60, co. 3, lett. n) legge 69/2009 - conferiva delega al Governo di "*prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione, nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione*", ma nulla prevedeva quanto a sanzione; la quale è invece declinata *sub specie* di annullabilità nella norma delegata (art. 4, co. 3 cit.). Probabilmente sussiste, quanto a questo aspetto, un *eccesso di delega*.

Quanto al profilo sub (b), la sanzione dell'annullabilità si pone in contrasto con l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione a proposito delle conseguenze correlate alla violazione - in generale - degli obblighi di comportamento ed - in particolare - di quelli informativi. Infatti, con le sentenze nn. 26724 e 26725 del 19.12.2007 le sezioni unite della Corte di cassazione hanno riaffermato la perdurante attualità della distinzione tra *regole di comportamento* e *regole di validità*, statuendo che solo la violazione di quest'ultime può produrre conseguenze invalidanti, quella delle prime determinando unicamente effetti di stampo risarcitorio. Il che è esattamente il contrario di quanto qui affermato dal legislatore, non si sa con quanta consapevolezza della discrasia che in tal modo si determina con l'orientamento delle sezioni Unite della Corte di cassazione.

La sanzione colpisce “(...) *il contratto tra l'avvocato e l'assistito*”; premesso che l'annullabilità riguarda – come s'è visto - il contratto tra l'avvocato ed il *cliente* se quest'ultimo è soggetto diverso dall'*assistito*, la questione che si pone è duplicemente articolata nel senso che si tratta di capire se la conseguenza invalidante riguarda il cd. *contratto di patrocinio*, o, invece, la *procura alle liti* conferita ex art. 83 cpc e se, anche ove riguardasse il primo, ciò nondimeno produca riflessi sul rapporto processuale potendosi ipotizzare, nel caso di annullamento, un sopravvenuto difetto di *ius postulandi* con le immaginabili conseguenze sul processo.

Il doppio ordine di problemi va risolto, quanto al primo, nel senso che l'annullabilità opera sul contratto interno tra avvocato ed assistito e non sul mandato alle liti ex art. 83 cpc e quanto al secondo nel senso che il suo annullamento non produce effetti sullo *ius postulandi*.

Alla prima soluzione indirizza la valutazione dell'indipendenza del contratto di patrocinio rispetto alla procura alle liti, come confermato dalla giurisprudenza, di cui è espressione la sentenza di Cass. 16.6.2006, n. 13963 per la quale “(...) *in tema di attività professionale svolta da avvocati, mentre la procura "ad litem" costituisce un negozio unilaterale con il quale il difensore viene investito del potere di rappresentare la parte in giudizio, il mandato sostanziale costituisce un negozio bilaterale (cosiddetto contratto di patrocinio) con il quale il professionista viene incaricato, secondo lo schema negoziale che è proprio del mandato, di svolgere la sua opera professionale in favore della parte. Ne consegue che, ai fini della conclusione del contratto di patrocinio, non è indispensabile il rilascio di una procura "ad litem", essendo questa necessaria solo per lo svolgimento dell'attività processuale, e che non è richiesta la forma scritta, vigendo per il mandato il principio di libertà di forma*” (Conf. Cass. 18.7.2002, n. 10454).

Questa conclusione è avvalorata dall'interpretazione letterale della norma che fa riferimento al *contratto* e non alla procura che, come noto, è un negozio unilaterale.

Se l'annullabilità colpisce il rapporto interno e questo è distinto e diverso dalla procura alle liti, l'eventuale annullamento non produce conseguenze sullo *ius postulandi*, come conferma Cass. 2.9.1997, n. 8388 per la quale “(...) *La procura alle liti, come atto interamente disciplinato dalla legge processuale, è insensibile alla sorte del contratto di patrocinio, soggetto alla disciplina sostanziale relativa al mandato; la nullità del contratto di patrocinio, pertanto, non toglie al difensore lo "ius postulandi" attribuito con la procura. (Nella specie, la S.C., in applicazione del suesposto principio, ha cassato la sentenza di merito che aveva dichiarato inammissibile l'opposizione a decreto ingiuntivo proposta dal difensore di un ente pubblico per essere il procuratore sfornito della capacità di rappresentare l'ente, dovendo ritenersi nullo il contratto di conferimento dell'incarico professionale sottoscritto senza la previa acquisizione dell'autocertificazione cosiddetta "antimafia")*”.

5. Trattandosi di annullabilità, la legittimazione all'azione di annullamento spetta - ai sensi dell'art. 1441 c.c. - solo alla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge; dunque, potrà esperire l'azione di annullamento unicamente l'*assistito* a danno del quale è stato violato l'obbligo informativo e non certamente l'avvocato della controparte, tanto meno il giudice, non potendo l'annullabilità essere rilevata d'ufficio.

Ovviamente, anche per questo tipo di annullabilità troveranno applicazione gli istituti della **prescrizione** e della **convalida**.

Quanto alla prima, ai sensi dell'art. 1442, co. 1, c.c. l'azione di annullamento si prescrive nel termine di cinque anni e per l'art. 1442, co. 3, c.c. il *dies a quo* del corso del termine prescrizione va individuato nel giorno della conclusione del contratto di patrocínio, non dipendendo in questo caso l'annullabilità da un vizio del consenso. Sennonché, la soggezione dell'azione al termine prescrizione quinquennale il cui corso non è interrotto, o sospeso, durante lo svolgimento del contratto di patrocínio, non deve *tranquillizzare* l'avvocato perché, in applicazione della regola *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, l'art. 1442, co. 4, c.c. consente all'*assistito* di opporre l'annullabilità anche se è prescritta l'azione per farla valere quando sia convenuto per l'esecuzione del contratto; quando, dunque, l'*assistito* fosse convenuto in giudizio dall'avvocato per il pagamento coattivo della parcella, il professionista sarebbe sempre esposto al rischio di non poter conseguire gli onorari per la sua attività quando avesse violato gli obblighi informativi; e ciò anche a distanza di decenni dal conferimento dell'incarico potendo l'*assistito* sempre opporgli, in via di eccezione, l'annullamento del contratto che travolgerebbe il titolo costituente la fonte del diritto di credito.

6. Come noto, il contratto annullabile, a differenza di quello nullo, produce *medio tempore* i suoi effetti, tanto vero che la sentenza di annullamento ha natura *costitutiva* diversamente da quella che accerta la nullità del contratto, di carattere meramente *dichiarativo*. Ciò significa che *nel frattempo* il contratto continuerà a produrre, a carico dell'avvocato, tutti gli obblighi che esso è in grado di generare, sia di stampo civilistico, sia deontologico.

Quando, infine, dovesse intervenire la sentenza di annullamento, poiché almeno *inter partes* (e cioè tra avvocato ed *assistito*) sussiste identità funzionale tra sentenza di annullamento e sentenza di accertamento della nullità, essa sarà accompagnata da piena efficacia retroattiva idonea a privare di giustificazione causale gli spostamenti patrimoniali verificatisi sulla base dell'iniziale efficacia del contratto annullabile, con l'effetto della ripetibilità, da parte dell'*assistito*, di tutti i pagamenti nel frattempo effettuati all'avvocato a titolo di onorario; trova applicazione, infatti, la nota regola per cui “(...) *in caso di mancanza di una "causa acquirendi", sia in caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, che in caso di qualsiasi altra causa la quale faccia venir meno il vincolo originariamente esistente, l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo*” (Cass. 12.12.2005, n. 27334).

Ma le conseguenze negative correlate all'annullabilità non si esauriscono nell'obbligo di restituzione delle somme nel frattempo percepite; potrebbe trovare applicazione, infatti anche la norma dell'art. 1338 c.c. secondo cui “(...) *la parte che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto*”; ora, il minimo che si possa dire è che l'avvocato avrebbe dovuto conoscere l'esistenza di una causa di annullabilità del contratto dovuta alla carenza informativa.

7. Trattandosi di annullabilità, risulterà applicabile anche l'istituto della convalida di cui all'art. 1444 c.c.

Poiché questa può essere espressa, o tacita, la prima si potrà configurare quando l'*assistito*, in qualità di contraente al quale spetta l'azione di annullamento, emani un atto contenente la menzione del contratto, del motivo di annullabilità e la dichiarazione che intende convalidarlo (art. 1444, co. 1 c.c.). Un comportamento integrante convalida espressa è, dunque, quello dell'*assistito* che – su richiesta dell'avvocato accortosi dell'omissione - sottoscriva il documento informativo in tempo successivo al conferimento dell'incarico e quindi con la data *genuina* del momento in cui è effettivamente firmato e tuttavia contenente, oltre ai dati richiesti dalla legge, anche la sua espressa dichiarazione di voler *sanare* il vizio del contratto, vizio di cui si dichiara consapevole. In questo caso, quando si tratti di una controversia per la quale l'esperimento della mediazione non è condizione di procedibilità, la produzione in giudizio del documento alla prima udienza, farà sì che il giudice – che non dovrà procedere ai sensi dell'art. 5, co. 1 - non sia costretto a rallentare il corso del processo per informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione dal momento che l'atto di convalida espressa manifesterà all'un tempo sia la conoscenza da parte dell'*assistito* della facoltà di chiedere la mediazione, sia la volontà di non volerne profittare.

Maggiori problemi sussistono per configurare una convalida tacita la quale è integrata dalla volontaria esecuzione del contratto da parte del contraente cui spettava l'azione di annullamento, a condizione che questi sia a conoscenza del motivo di annullabilità (art. 144, co. 2, c.c.). In questo senso, la corresponsione di acconti sull'onorario, comportamento che, in linea teorica, può integrare una forma di convalida tacita costituendo adempimento dell'obbligazione di pagamento del corrispettivo, non rileva come tale se l'avvocato non dimostra che l'*assistito* era contemporaneamente a conoscenza dell'omessa informazione.

8. Analizzando più da vicino le ragioni dell'annullabilità, si scorge che essa è collegata alla “(...) *violazione degli obblighi di informazione*” il cui contenuto e portata sono descritti dall'art. 4, co. 3 e consistono nell'informare:

- (a) della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione;
- (b) delle agevolazioni fiscali collegate;
- (c) dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Aggiunge la prima parte della norma che l'informazione è data – come si è visto – “(...) *all'atto del conferimento dell'incarico*” e soggiunge che essa (...) *deve essere fornita chiaramente e per iscritto*”; la necessità della forma scritta è ribadita dall'ultima parte dell'art. 4, co. 3, ove si dice che “(...) *il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio*”.

Da quanto sopra sembrerebbe potersi trarre la conclusione che l'obbligo informativo si apprezza in una triplice dimensione: temporale, contenutistica e formale.

Temporale, perché va assolto all'atto del conferimento dell'incarico; contenutistica, perché se ne prevede un contenuto minimo essenziale e predeterminato, formale, perché deve risultare da atto scritto. Ora, poiché la norma fa riferimento *alla violazione degli obblighi di informazione* ed essi (obblighi) hanno quella triplice dimensione che si è sopra analizzata, ne deriva che la loro violazione – e la correlata annullabilità - è configurabile sia nell'ipotesi estrema in cui l'informazione sia mancata del tutto, sia nell'ipotesi *minore* in cui,

pur essendo stata fornita, non abbia rispettato contemporaneamente tutti e tre i requisiti che la devono contrassegnare.

Tra questi, particolare attenzione merita l'osservanza di quello formale. Secondo la legge “(...) *l'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto*” e “(...) *il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio*”.

Se ciò conferma la necessità dell'osservanza del requisito di forma, va avvisato che la sanzione dell'*annullabilità* è conseguenza della sua mancata osservanza, ma non anche del difetto di allegazione del documento “(...) *all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio*”. In quest'ultimo caso, infatti, la *sanzione* è tutta e solo processuale e consiste, o nella rilevazione di una condizione di improcedibilità della domanda, o nella convocazione della parte innanzi al giudice perché questi possa surrogare il comportamento omissivo dell'avvocato avvisandola della facoltà di chiedere la mediazione. Sanzione che - è bene sottolineare - colpisce solo la parte attrice, perché solo a quest'ultima può attribuirsi la paternità di un *atto introduttivo* del giudizio al quale va allegato il documento informativo.

E' difficile riconoscere nella previsione del requisito della forma scritta un'ulteriore modalità espressiva del cd. *neoformalismo negoziale*, di quella tendenza normativa, cioè, ad imporre l'uso della forma quale strumento di protezione della parte contrattuale debole; la forma di cui si discute prescinde, infatti, dalle qualità personali dell'*assistito* che può essere un *consumatore*, ma anche un *professionista* nell'accezione che questo termine ha nella legislazione *consumeristica*. La funzione della forma non è, perciò, protettiva, ma inversamente proporzionale alla fiducia del legislatore sull'effettiva osservanza da parte dell'avvocato di questo nuovo adempimento.

Si è diffusa nella prassi l'idea di poter surrogare l'obbligo di compilazione del documento informativo con l'inserimento, in delega, di frasi che alludano all'avvenuta somministrazione all'*assistito* delle informazioni richieste dalla legge, frasi del tipo “(...) *avendo ricevuto tutte le informazioni previste dall'art. 4 del d. leg.vo 28/2010, delego* (...)” o consimili. Premesso che questa tecnica non si adatta all'ipotesi della dissociazione della figura dell'*assistito* da quella del *cliente* laddove è, comunque, necessaria la compilazione di un apposito documento perché l'informazione va fornita (anche) a chi non sottoscrive la delega (e cioè al *cliente*), la tecnica può, come no, integrare adempimento dell'obbligo di legge a seconda del contenuto che assumerà la delega. Infatti, se l'informazione “(...) *deve essere fornita chiaramente e per iscritto*”, il riferimento alla sua avvenuta preventiva somministrazione non risolve il problema dell'osservanza del requisito di forma scritta dato che non è la delega in sé a costituire veicolo dell'informazione, essa dichiarando unicamente che l'informazione è stata *aliunde* e già prima fornita; col che resta impregiudicata la necessità di dover documentare in futuro l'adempimento regolare dell'obbligo mercé l'esibizione – nei confronti dell'*assistito* che deducesse l'*annullabilità* del contratto di patrocinio – del documento veicolo dell'informazione. Il tutto a meno di non inserire in delega tutte le informazioni richieste dalla legge e cioè la possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione, delle agevolazioni fiscali e dei casi in cui l'esperimento del procedimento è condizione di procedibilità della domanda; il che trasformerebbe l'atto – nel quale già ora figura l'autorizzazione al trattamento dei dati personali - in qualcosa di diverso e più complesso di una delega. Senza dire che anche in tal caso resterebbe impregiudicata la questione dell'ipotetica tardività dell'informazione rispetto al momento in cui deve essere

fornita, e cioè *all'atto del conferimento dell'incarico*; ciò, in tutti i casi in cui questo momento sia anteriore al conferimento della procura alle liti, ipotesi più frequente di quanto non si pensi tenuto conto che il conferimento di quest'ultima è l'ultimo atto di una procedura di studio e di impostazione che può durare giorni, o settimane (se non mesi), il cui impulso si rinviene nell'avvenuto previo conferimento dell'incarico contemporaneamente al quale va data l'informazione.

Se questo è, ragioni pratiche consigliano di compilare comunque a parte il documento informativo ed inserire nella delega, invece, un generico riferimento all'avvenuta somministrazione dell'informazione: la stesura del documento a parte cauterà l'avvocato dal rischio dell'annullamento del contratto di patrocinio, il riferimento generico nella delega potrà servire al giudice per omettere di convocare la parte innanzi a sé per avvisarla della facoltà di chiedere la mediazione quante volte il documento informativo non fosse stato allegato, per qualsiasi motivo, all'atto introduttivo del giudizio. Dichiarando di aver ricevuto l'informazione e firmando contemporaneamente la delega, la parte avrà infatti dimostrato di non voler profittare della mediazione e renderà inutile l'avviso da parte del giudice.

Va da ultimo evidenziato, in connessione col discorso sul requisito di forma, che la necessità di compilare un documento informativo *ex lege* 28/2010 si somma a quella di compilare analogo documento scritto per le autorizzazioni di cui alla disciplina sul trattamento dei dati personali e, quando necessario, per evitare la sanzione della nullità che colpisce i patti sul compenso non redatti per iscritto, ciò *ex art.* 2233, co. 3 c.c. Come si vede, si tratta di requisiti di forma che *circondano* il contratto di patrocinio pur non interessando quest'ultimo che può avere - salvo che per la parte relativa al compenso - forma libera; ne deriva l'opportunità, a questo punto, di stipulare comunque per iscritto il contratto di patrocinio, anche se non necessario, allegandovi tutti i documenti già ora previsti dalla legge tra cui quello di cui si discute.

9. In ambito deontologico la questione può essere analizzata da due punti di vista:

(a) quello della deontologia dell'avvocato che svolga le funzioni di conciliatore;

(b) quello della deontologia dell'avvocato che eserciti attività professionale in materia interessata dalla normativa sulla mediazione e conciliazione.

Quanto al primo profilo, il Consiglio Nazionale Forense dovrà elaborare una disciplina deontologica applicabile all'avvocato che svolga funzioni di conciliatore dal momento che l'attuale Codice deontologico forense prevede solo una norma (l'art. 55) applicabile all'*Arbitrato*. Tra l'altro, l'art. 60, co. 3, lett. r) della legge 69/2009 demanda al legislatore delegato il compito di “(...) *prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento della sue funzioni*”. La norma è molto significativa perché segnala una inversione di approccio *ideologico* al tema del rapporto tra *deontologia* e *legge* dal momento che qui, per la prima volta, si afferma che quest'ultima deve tener conto della prima. Le norme da emanare sulla deontologia dell'avvocato/conciliatore potranno trovare adeguata fonte ispiratrice nella

Raccomandazione 30.3.1998 n. 98/257/CE della Commissione, relativa ai principi applicabili agli organi deputati alla risoluzione delle controversie in materia di consumo ove si fa riferimento, oltre che alla necessità di salvaguardare i principi di *trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità e libertà*, anche il principio di *Indipendenza* da garantire tramite norme che, tra l'altro, assicurino che la persona incaricata possieda adeguate capacità, esperienza e competenza ma soprattutto ipotizza che, quando la persona designata è nominata o retribuita da un'associazione professionale, o da un'impresa, non deve aver svolto attività lavorative, nel corso dei tre anni precedenti, per l'associazione, i suoi membri o l'impresa. Si tratta di principi applicabili in materia *consumeristica* ma che possono, nondimeno, rappresentare un valido parametro per quest'attività normativa di stampo deontologico cui già da ora il Consiglio nazionale Forense sta attendendo.

Quanto al secondo aspetto – e cioè la deontologia dell'avvocato in quanto tale – la questione che interessa è quella correlata alle conseguenze deontologiche a carico dell'avvocato che abbia omesso l'informazione, o abbia fornito un'informazione non esattamente in linea col modello normativo; a nostro parere non per questo sussiste violazione deontologica e quindi responsabilità disciplinare.

Va infatti notato che la norma dell'art. 4, co. 3 cit. non è *costruita* come - ad esempio - quelle dell'art. 391 bis, co. 6, cpp (a proposito delle investigazioni difensive dell'avvocato), o 17, co. 5, legge 20.9.1980 n. 576 (a proposito delle comunicazioni obbligatorie alla Cassa di previdenza), o 128 D.P.R. 30.5.2002, n. 115 (a proposito della dichiarazione di estinzione del giudizio da parte del difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato), casi tutti nei quali un comportamento dell'avvocato difforme dal modello normativo è *ipso facto* fonte di responsabilità disciplinare in quanto conseguenza espressamente prevista dalla legge. Nel caso dell'art. 4, co. 3, nulla di tutto ciò è previsto, sicché l'eventuale responsabilità disciplinare per violazione di un precetto deontologico dovrà essere configurata e costruita secondo i criteri consueti.

Nella ricerca di una norma deontologica che faccia al caso, va esclusa senz'altro quella dell'art. 38 CdF perché, a tacer d'altro, l'omessa informazione, o l'informazione fornita in modo non coerente col dettato normativo (ad esempio, a voce) non riguarda un atto inerente al mandato (cui invece si riferisce l'art. 38 cit.), qui trattandosi di attività imposta dalla legge con normativa che non integra il mandato. Ed in ogni caso, la violazione del precetto non è di per sé fonte di responsabilità se non si dimostra che deriva “(...) *da non scusabile e rilevante trascuratezza degli interessi della parte assistita*”.

Dai più è additata quale fonte di una possibile responsabilità la norma dell'art. 40 CdF rubricata *Obbligo di informazione* al cui tenore, tra l'altro, “(...) *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 soluzioni possibili*”. Tra le *ipotesi di soluzioni possibili* rientra certamente l'esperimento del procedimento di mediazione sicché l'informazione deve riguardare anche questo aspetto.

Sennonché, mentre una responsabilità deontologica è chiaramente configurabile quando sia stata completamente omessa l'informazione prevista dal cit. art. 4, co. 3, uguale conclusione non si può trarre quando essa sia stata data in modo difforme dal modello normativo, come quando fosse stata effettuata oralmente, seppur in modo completo. In tale ipotesi non sarebbe stato violato il comando deontologico, al contrario soddisfatto, mentre risulterebbe negletta la

forma richiesta – però - solo dalla norma statutale in un caso nel quale la violazione di quest'ultima non determina automaticamente responsabilità disciplinare. In un'ipotesi del genere si tratterebbe di vincere la presunzione di violazione dell'obbligo informativo derivante dall'omessa adozione della forma scritta, ma non sarebbe - in astratto - impossibile dimostrare di aver avvertito il cliente delle alternative conciliative previste dalla legge. Nel qual caso dovrebbe ritenersi esclusa la responsabilità disciplinare.