

PICCOLE MEDIE IMPRESE E SISTEMA GIUSTIZIA

Mediazione come strumento di sviluppo economico

Valerio Sale

Consulenza di Direzione Aziendale - Amministrativa e Fiscale

Abstract

Nei due anni trascorsi dall'emanazione del D.lgs 28, la crisi economica si è aggravata investendo l'Europa e l'Italia in particolare. Il sistema Paese ha subito e sta vivendo profondi cambiamenti che comportano accelerazioni e spinte per determinare nuovi assetti normativi che "normalizzino" il funzionamento della giustizia civile e favoriscano la ripresa economica. In questo contesto le Piccole e Medie Imprese necessitano di legislazione e normativa che ne garantiscano competitività e sviluppo. Tradotto in pratica ciò significa tempi brevi e costi ridotti del processo civile. La legge sulla Mediazione sta ampliando il dibattito e accelerando le prospettive per il mondo dell'Impresa di avere a disposizione sistemi di gestione e risoluzione del contenzioso che ne garantiscano gli interessi affermandone i diritti.

Parole chiave: Piccola Media Impresa, PMI, Mediazione, controversia commerciale, D.L.212/2011, Tribunale delle Imprese, insolvenza, decreto ingiuntivo.

PICCOLE MEDIE IMPRESE E SISTEMA GIUSTIZIA

Mediazione come strumento di sviluppo economico

Premessa

Nell'ampio dibattito in corso nel nostro Paese che approfondisce l'analisi sulle prospettive di uscita dalla crisi per le Imprese, il tema relativo alla gestione del sistema giustizia è allineato alle tre questioni centrali del credito, dell'innovazione e dello sviluppo. Tuttavia, mentre il *credit crunch* è un problema europeo, così come innovazione e sviluppo sono il suo leitmotiv, la gestione del contenzioso è il problema in più, lo svantaggio competitivo che hanno PMI italiane in rapporto ai propri concorrenti europei e internazionali. I dati diffusi nel rapporto "*Doing Business 2012*" della Banca Mondiale vengono richiamati con sempre maggior frequenza in tutte le sedi di confronto e segnano gravemente la cifra della mancata competitività che la giustizia civile impone a tutto il sistema delle PMI¹. Nella categoria "*Enforcing Contracts*" del suddetto Rapporto, su 183 Stati, occupiamo il gradino 157. Il metro è la sentenza standard che punisce l'inadempimento di un contratto: in Italia arriva dopo 1.210 giorni, contro 394 in Germania, 389 in Inghilterra, 360 in Giappone, 331 in Francia, 300 negli Usa. Agli ultimi posti per tempi di sentenza ed ai primi per costi dei procedimenti: il 29,9% del valore della causa contro il 14,4 della Germania e il 9,9 della Norvegia. Le aziende straniere incassano i danni nel giro di un anno, le italiane in media in 40 mesi. La connessione con il problema del credito è evidente, se si pensa che in questo spazio di tempo d'attesa, l'azienda deve continuare a finanziare i corrispettivi valori della causa civile ed i costi legali. Il risultato è che un'azienda su tre, evita il processo accettando accordi al ribasso. Va sottolineato che l'indicatore temporale della Banca Mondiale si riferisce alle sentenze eseguibili e quindi di primo grado nel processo civile. Tuttavia, se la controparte impugna il verdetto, il diritto torna in appello con una durata tipo di 1.197 giorni e così poi in Cassazione con giacenze medie dei fascicoli di 40 mesi. L'azienda creditrice che nel

¹ I dati del rapporto, il cui scopo è segnalare agli imprenditori dell'economia globalizzata dove conviene o non conviene investire, considerano l'applicazione della normativa vigente in 183 Stati in materia economica da giugno 2010 a maggio 2011

frattempo vincerà la causa ed avrà finalmente il titolo esecutivo, rischia però di non trovare più nulla perché la lunghezza dei tempi avrà permesso azioni difensive, conservative ed elusive del patrimonio della controparte. Da ricordare, tra le righe, che in Germania il debitore deve dichiarare al giudice tutto il proprio patrimonio, pena l'arresto. In Gran Bretagna e Stati Uniti scatta una condanna per oltraggio ai giudici. Dalla acquisita consapevolezza di questa situazione ne deriva che l'azienda dapprima ci prova, a intentare la causa, ma poi va sempre più alla ricerca della soluzione negoziale, accettando la transazione che, pur di chiudere il contenzioso e recuperare parte del credito, la porterà a transare al ribasso. Il dato economico di sintesi di questo panorama è quello fornito nel 2011 dalla Banca d'Italia, secondo cui l'inefficienza della giustizia civile italiana può essere misurata come pari all'1% del PIL.

La spinta legislativa a favore delle PMI

Nel quadro appena descritto si è inserito un impulso legislativo che ha come obiettivo l'attuazione delle riforme organizzative che hanno già superato positivamente il vaglio parlamentare, aumentando la delega per la rimodulazione della geografia giudiziaria, dalla quale ci si attende non soltanto un consistente risparmio di spesa ed un più razionale utilizzo delle risorse umane disponibili, ma anche un netto recupero della specializzazione delle funzioni giudiziarie. Ciò consentirà di ottimizzare la performance e di elevare nettamente il tasso di prevedibilità delle decisioni giudiziarie (che è un altro dei parametri sui quali si misura il *ranking* internazionale del sistema Italia), cuore e fondamento della certezza del diritto che, troppo spesso, appare come smarrita.² E' innegabile che, dal Marzo del 2010, data di emanazione del D.lgs 28, l'esacerbarsi della crisi economica globale che ha aggravato la posizione dell'Italia nel contesto economico internazionale ed il conseguente inasprimento dei rapporti tra istituzioni e società civile, ivi incluso il mondo delle imprese, ha richiesto una spinta propulsiva alla risoluzione delle principali problematiche del sistema giustizia, quali ostacoli preminenti nelle prospettive di uscita dalla crisi. Le disposizioni che dall'entrata in vigore della D.lgs 28 si susseguono, stanno ad indicare soluzioni importanti in materia di Mediazione per le PMI italiane alle prese con il contenzioso civile. Dal canto suo l'Unione Europea con la Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 settembre 2011³ ha voluto rinforzare l'impulso alla direttiva 2008/52/CE indicando la Mediazione come strumento di composizione alternativa delle controversie e non tanto come sistema deflattivo del processo civile, esigenza particolarmente italiana. Da qui emerge anche un orientamento culturale per le Imprese a riconsiderare nel suo complesso l'enorme potenziale che hanno le tecniche e gli strumenti ADR (*Alternative Dispute Resolution*) nella soluzione del contenzioso commerciale. Seppure nella complessa problematica strutturale del sistema giustizia, che incrocia aspetti organizzativi, competenze ed esigenze di bilancio, appare opportuno analizzare questi segnali di miglioramento rivolti in particolar modo al mondo delle imprese ed alla spinta che necessitano per riagganciare modelli di sviluppo adeguati ad uscire dalla crisi.

Se da un lato ogni provvedimento che di seguito illustreremo è stato oggetto di critiche da parte degli operatori e dell'avvocatura in particolare e per quanto molti temi siano discutibili in un'ottica di miglioramento, dall'altro è evidente che ci troviamo dinnanzi ad un processo di cambiamento irreversibile tanto quanto lo è la crisi in cui versa il sistema giudiziario, in particolare rispetto alle esigenze del sistema produttivo di creare un ambito favorevole allo sviluppo ed agli investimenti. Aspetti specialistici legati all'applicazione fattiva delle norme richiedono l'attenzione del legislatore, ma i segnali che interpretiamo mediante gli impulsi normativi che andremo a descrivere non lasciano intravedere un'altra occasione per restituire efficienza e risorse alla giustizia civile tutelando al tempo stesso gli interessi del sistema produttivo. L'attenzione rivolta alla soluzione dei problemi delle PMI in materia di contenzioso si è incentrata sul

² relazione del Guardasigilli alla Camera sullo stato della giustizia 17.01.2012

³ Risoluzione Parlamento Europeo 25 ottobre 2011 (2011/2117 (INI))

terreno delle norme e dei relativi strumenti stragiudiziali lungo un percorso che potremmo idealmente far iniziare da a) il D.lgs 28/2010, passando per b) il DM. 145 a sua volta definito con il tentativo di “rinforzarlo” del c) DL212/2011, il cosiddetto decreto liberalizzazioni . Lungo il cammino si sono presentati altri provvedimenti che costituiscono strumenti alternativi alla giurisdizione per le imprese, in materia tributaria e per ultimo nel Tribunale delle imprese. Possiamo sempre idealmente fissare il termine di questo percorso con il ritorno al punto di partenza, ovvero alla Mediazione come istituto a disposizione delle Imprese per la tutela dei propri interessi. Certamente è un percorso ad ostacoli, dove la barriera finale è rappresentata dall'imminente sentenza della Corte Costituzionale. Tuttavia, i passaggi sopra descritti lasciano intravedere un chiaro orientamento che rivolge particolare attenzione al mondo delle imprese ed in particolare delle PMI.

Mediatori e competenza professionale: il ruolo degli Organismi di Mediazione

L'aggravarsi della crisi economica dal 2010 e il conseguente aumento dei problemi del credito commerciale nelle PMI, nonché l'aumento dei limiti di fallibilità per non gravare troppo i tribunali con procedure concorsuali, ha ingolfato quest'ultimi anche da procedure monitorie, esecutive e sequestri. Con il DM. 145 del 6 luglio 2011 che contiene i correttivi al precedente DM. 180/2010 tra le principali innovazioni contenute è interessante, ai fini del nostro osservatorio sul mondo delle imprese, evidenziare la richiesta di coerenza tra formazione accademica / esperienza del mediatore e l'oggetto della controversia affidata al suo intervento ; Ovvero, *il regolamento degli organismi di mediazione deve prevedere “criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta”*; all'art 7, c.5 è stata aggiunta la lettera e).

In ordine di tempo, la circolare 20 dicembre 2011 su interpretazione e misure correttive del DM 145/2011 ha evidenziato poi che tra i criteri oggettivi e predeterminati assume particolare rilievo la competenza professionale del Mediatore, cioè le specifiche conoscenze acquisite in relazione al percorso universitario svolto e, soprattutto, all'attività professionale esercitata. La Mediazione è una negoziazione assistita da un terzo neutrale, autorevole, qualificato, nella quale questi non analizza diritti e obblighi giuridici, ma fa in modo che le parti ragionino sugli interessi. Il Mediatore non necessariamente è un esperto del diritto, di conseguenza non obbligatoriamente laureato in giurisprudenza o con una conoscenza specifica della materia legale. Il D.M. 180 aveva recepito questi principi, disponendo che per accedere ai corsi di formazione da Mediatore bastasse una laurea triennale o l'iscrizione ad un collegio professionale. In quest'ultimo caso, invece, la controversia può far riferimento al settore di operatività della categoria professionale; criterio condivisibile, perché se si tratta di controversie relative, per es., a materie commerciali, industriali o societarie l'attività di un Mediatore proveniente da settori produttivi specifici e tecnici, può garantire maggiore affidabilità di comprensione delle tematiche in oggetto. Tuttavia, sarebbe qui necessario aprire un doveroso approfondimento al dibattito sulle tecniche di mediazione, di comunicazione e di gestione dei conflitti, la cui padronanza ed abilità deve essere trasversale ad ogni specializzazione professionale del mediatore, in quanto vere e proprie chiavi di successo della Mediazione. Ritornando allo spirito innovativo del DM. 145, nella modifica all'art. 7 del DM.180/2010 risiede l'affermazione che per il Mediatore la specifica competenza è centrale alla competenza legale. Poiché il testo è riferito all'assegnazione degli affari di mediazione e quindi al regolamento degli Organismi, è rimesso a quest'ultimi individuare Mediatori che abbiano comunque le competenze tecniche specifiche della controversia, ma sempre e comunque capaci di operare “ all'ombra del diritto”. Ovvero, riprendendo un adagio del mondo della mediazione anglosassone: *The solution must be legal*. E' interessante notare che per le società di assicurazione che a differenza del

mondo delle imprese sono state investite direttamente dall'obbligatorietà, la richiesta di una specifica competenza del Organismo di Mediazione e del mediatore rientra nelle "Linee guida per la gestione della mediazione a fini conciliativi in materia assicurativa" redatte da A.N.I.A.⁴ La prospettiva futura lascia quindi spazio alla considerazione che Mediatori esperti nel sistema di rapporti tra le aziende e mercato potranno fornire risposte adeguate alle necessità degli imprenditori di far mediare le proprie controversie a soggetti terzi, ma non estranei alle materie, ai contesti relazionali ed alle specifiche problematiche che investono la sfera degli interessi di impresa sia nel contenzioso tra aziende che nelle controversie societarie. I singoli Organismi di Mediazione giocheranno un ruolo fondamentale nel rispondere a questa esigenza offrendo contesti e professionalità adeguati alla Mediazione, in questo caso, volontaria.

IL D.L. 212/2011 : Mediazione e crisi da sovra-indebitamento

Il succedersi degli eventi economico-finanziari del 2011, forniscono un ulteriore impulso alla legislazione in materia di Mediazione obbligatoria e problematiche giuridiche delle Piccole Imprese. Il DL 22 dicembre 2011, n. 212, "Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovra-indebitamento e disciplina del processo civile" prevedeva importanti novità poi modificate con il maxi emendamento del febbraio 2102. Lo schema di decreto-legge ha trovato la sua giustificazione nel contesto della straordinaria situazione di crisi economica, che investe famiglie ed imprese, richiedendo una risposta urgente anche sul piano degli strumenti (processuali e non) per la gestione delle situazioni di conflitto nell'ambito dei rapporti civili ed economici. E' stato un segnale forte anche per la Mediazione che qui comunque riportiamo anche se poi modificato al Senato con l'emendamento che ha portato alla cancellazione del art. 13. Ai fini dell'analisi riteniamo che questa parte del provvedimento, al di là della strategia di tecniche legislative, sia infatti significativa del clima di spinta e resistenze che il sistema della giustizia sta attualmente vivendo in tema di Mediazione civile e commerciale.

Infatti, l'art. 13 del decreto mirava a perfezionare la disciplina della Mediazione introdotta nel nostro ordinamento dal D.lgs 28 creando un collegamento specifico tra la Mediazione demandata dal giudice e la programmazione della gestione del contenzioso civile e rendendo maggiormente tempestiva la sanzione per l'ipotesi di ingiustificata mancata comparizione delle parti dinanzi al mediatore.

1. Al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, venivano apportate le seguenti modifiche: all'articolo 5, dopo il comma 6, è inserito il seguente: *"6-bis. Il capo dell'ufficio giudiziario vigila sull'applicazione di quanto previsto dal comma 1 e adotta, anche nell'ambito dell'attività di pianificazione prevista dall'art. 37, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, ogni iniziativa necessaria a favorire l'espletamento della mediazione su invito del giudice ai sensi del comma 2, e ne riferisce, con frequenza annuale, al Consiglio Superiore della Magistratura ed al Ministero della Giustizia."*; all'articolo 8, comma 5, al secondo periodo sono anteposte le seguenti parole: *«Con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza di comparizione delle parti, ovvero all'udienza successiva di cui all'articolo 5, comma 1,»*. Con questo articolo del Decreto Legge il Governo obbligava legislativamente i magistrati, ma soprattutto ai capi degli Uffici Giudiziari (Presidenti di Tribunali, Coordinatori dei giudici di pace), di vigilare sull'applicazione della Mediazione obbligatoria e di favorire, con ogni iniziativa necessaria, l'espletamento della Mediazione demandata dal giudice, riferendo sul loro operato, con frequenza annuale, al CSM e allo stesso Ministro della Giustizia. Fermo restando le problematiche che questo surplus organizzativo e gestionale avrebbe aggiunto alle Cancellerie, è presumibile che la necessità di studio della norma si ripresenterà in un prossimo futuro. La sentenza della Corte Costituzionale contribuirà certamente a definire il clima che attualmente limita il legislatore e non favorisce il rapporto tra cittadini, imprese e sistema della giustizia.

⁴ Associazione Nazionale Italiana tra imprese Assicuratrici: Cap. 1 Trasparenza punto 1-4

Il d.l. 212/2011 introduceva inizialmente una procedura di esdebitazione alla quale possono ricorrere i soggetti rispetto ai quali non risulta applicabile la disciplina della Legge Fallimentare, dunque consumatori e imprenditori che non superano le soglie previste dall'art. 1 L. Fall. Più precisamente, il decreto prevede che il soggetto che si trovi in una situazione di sovraindebitamento possa concludere con i creditori un accordo di ristrutturazione. Il maxiemendamento del febbraio 2012 mantiene la norma per i consumatori ed esclude le piccole imprese trasponendo gli stessi tratti della disciplina nel D.lgs 3 del 27 gennaio 2012 al Capo II *Procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento* in vigore dal 29 febbraio 2012. Di seguito i principali tratti della nuova disciplina: l'impresa debitrice che non è assoggettabile alle procedure previste dall'art. 1 della Legge Fallimentare può proporre una proposta di piano di ristrutturazione del debito mediante un accordo che preveda la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei redditi futuri (art. 8 comma 1). Al comma 4 lettera b) viene disciplinata l'esecuzione del piano che "sia affidata ad un liquidatore nominato dal giudice su proposta dell'organismo di composizione della crisi". L'organismo di composizione della crisi viene a sua volta disciplinato dall'art. 15 comma 1 : *Gli enti pubblici possono costituire organismi con adeguate garanzie di indipendenza e professionalità deputati, su istanza della parte interessata, alla composizione delle crisi da sovraindebitamento.* E comma 2. : *Gli organismi di cui al comma 1 sono iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia.* Ma è al comma 4 che si presenta per la prima volta il termine conciliazione: *Gli organismi di conciliazione costituiti presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, e successive modificazioni, il segretariato sociale costituito ai sensi dell'articolo 22, comma 4, lettera a), della legge 8 novembre 2000, n. 328, gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai sono iscritti di diritto, a semplice domanda, nel registro di cui al comma 2.*

IL D.L. 212/2011 riprendeva quindi misure dirette a supporto della Piccola Impresa che il D.lgs 3/2012 ha poi definito, ma soprattutto il decreto legge ha aperto delle prospettive che potranno trovare realizzazione espandendo la natura dell'istituto della Mediazione nella sua interezza, quindi anche nella Mediazione volontaria per le PMI . Infatti, sul fronte della gestione delle procedure fallimentari la legge sopraccitata fa riferimento a imprese di piccole dimensioni (300mila euro fatturato), ma la Mediazione esprime già un alto potenziale per le aziende di maggior dimensioni e sta concentrando l'attenzione da parte di tecnici delle procedure concorsuali. A Venezia nel 2011 è stata presentata la prima domanda di Mediazione dal curatore del fallimento di una media azienda. Ancora una volta aiuta l'esempio di una PMI con debiti singoli anche di modesta entità ed una contabilità non in ordine, a fronte di creditori anch'essi privi di documentazione ineccepibile, considerati i costi contenuti e la rapidità del procedimento previsto dall'art. 6 del D.Lgs. 28/2010, ha ritenuto interesse della curatela e della massa dei creditori esperire il tentativo di conciliazione giudiziale. Sulla base di una contabilità non sempre perfettamente aggiornata, il curatore redige un elenco dei potenziali debitori a cui solitamente invia un'intimazione a provvedere al pagamento salvo la presentazione di documenti comprovanti l'assolvimento dell'obbligazione. Molto spesso però, in risposta a tale richiesta, alcuni debitori contestano le fatture per inadempimenti nell'erogazione dei servizi o per difetti nella fornitura dei beni, altri contestano gli importi indicati, altri ancora riferiscono di aver pagato in contanti senza però esser in grado di esibire documenti con efficacia probatoria quali copia dei libri bollati e vidimati nelle forme di legge di cui all'art. 2710 del Codice Civile e all'art.634 del Codice di Procedura Civile. In tali circostanze il curatore considerati i modesti importi delle posizioni debitorie, le singole situazioni nonché le scarse disponibilità della procedura, ritengono solitamente inopportuno dar corso a una serie di procedimenti legali sia perché non economicamente vantaggioso sia perché potrebbe ritardare in modo non prevedibile la chiusura della procedura. Invece, considerato che l'art. 2 del D.Lgs 28/2010 prevede che "*chiunque può accedere alla mediazione per conciliazione di una controversia civile e commerciale*" e considerati

soprattutto i costi contenuti per avviare la pratica e la rapidità del procedimento, risulta di particolare interesse per la curatela – e soprattutto per la massa dei creditori – esperire il tentativo della conciliazione giudiziale. Prima di avviare il procedimento è opportuno che il curatore chieda autorizzazione al giudice delegato precisando che qualora si raggiungesse un accordo amichevole ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs.28/2010, egli condizionerà gli effetti per il fallimento all'accettazione e all'autorizzazione da parte degli altri organi del fallimento (giudice delegato e comitato dei creditori)⁵. Sempre in questo senso, un'iniziativa più consistente, soprattutto in termini di sviluppi futuri, è stata effettuata dall'Ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili di Milano, che ad ottobre 2011 ha stipulato con la Sezione fallimentare del locale Tribunale una convenzione per l'utilizzo della Mediazione civile e commerciale ex D.Lgs. 28/2010 nelle procedure fallimentari.⁶

Nuovi tentativi di introduzione di strumenti alternativi : mediazione tributaria e tribunale delle imprese

Spostandoci oltre i confini del D.lgs 28 per osservare l'avanzare di nuovi strumenti alternativi a disposizione dell'impresa si può intravedere la crescita di un vero e proprio sistema *multi-doors* per l'accesso all'intero edificio della giustizia civile. In materia tributaria il valore del contenzioso è di circa 14 miliardi di euro e con un numero di 361mila ricorsi presentati nel 2010 i tempi medi di deposito di una sentenza sono di 65 giorni ed hanno tempi massimi stimati a 2 anni. Tenendo anche conto che i ricorsi persi in primo grado dalla Pubblica Amministrazione sono il 59,3%⁷, nel Luglio 2011 il Legislatore aveva proseguito con l'opera di trasferimento, per fini deflattivi, della soluzione delle controversie in favore degli strumenti alternativi alla giurisdizione introducendo l'obbligatorio esperimento di una procedura conciliativa anche con riferimento alle controversie in materia tributaria, legge in vigore a partire dal 1 aprile 2012. Il comma 9 dell'art. 32 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, recante "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria", introduce l'art. 17-bis al d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 54, prevedendo che *«per le controversie di valore non superiore a ventimila euro relative ad atti emessi dall'Agenzia delle entrate, chi intende proporre ricorso è tenuto preliminarmente a presentare reclamo»*. In pratica per tutti gli atti tributari emessi da organi della Agenzia delle entrate, in cui sia recata una pretesa non superiore a 20.000 euro (al netto di interessi e sanzioni) notificati dopo quella data, ancorché relativi a tributi antecedenti la mediazione è dovuta. La finalità perseguita dalla normativa in esame è ovviamente quello di contribuire alla deflazione del contenzioso tributario, inscrivendo il meccanismo da essa disciplinato nell'ambito della Mediazione nelle liti fiscali anche se certamente in modo che riteniamo definire improprio: l'organismo deputato a mediare la controversia con il contribuente non è *super partes*, così come nel concetto primario di mediazione, ma è la stessa Direzione da cui proviene l'atto di accertamento oggetto della Mediazione obbligatoria (!). Ne consegue che le criticità rilevate all'applicazione della norma richiederebbero qui un'analisi distinta, ma è intento di quanto sopra-descritto rilevare la tendenza in atto a ricercare soluzioni mediante strumenti alternativi alla giurisdizione in linea con i più diffusi metodi ADR, quasi ci trovassimo dinnanzi ad una situazione emergenziale *in progress* in cui le istituzioni cercano, come in questo caso, strumenti deflattivi offrendo come contropartita dei vantaggi offerti al contribuente in termini di riduzione del carico tributario ed attenuazione delle correlate sanzioni.

Se la legge sulla crisi da sovraindebitamento fa riferimento alle piccole aziende, all'interno dei provvedimenti contenuti nel cosiddetto "pacchetto liberalizzazioni", la nuova fisionomia del Tribunale delle Imprese va iscritto nel novero delle azioni legislative che dovranno permettere di avere una giustizia più

⁵ Dr. Massimo Marchiori, curatore della procedura fallimentare che ha presentato la domanda di Mediazione. www.portaleaziende.it

⁶ Dr. Giovanni Matteucci su Mondo ADR "Mediazione e Insolvenza" 18.01.2012

⁷ Fonte: Ragioneria dello Stato. Conto Annuale 2010

rapida per le controversie che riguardano anche le società di capitale: circa 1 milione di Srl e 50mila Spa. Le competenze di tutta una serie di questioni economico-amministrative che vanno dalle liti tra soci, alle controversie sul trasferimento di partecipazioni azionarie, ai patti parasociali, fino alle impugnazioni delle delibere degli organi sociali, verranno affidate d'ora in poi a 20 tribunali speciali già esistenti e attivi sul territorio nazionale e che finora, quando erano 12, si sono occupati di proprietà industriale e diritto d'autore. In pratica un tribunale delle Imprese per ogni capoluogo di regione con l'allungamento quindi della lista degli uffici giudiziari all'interno dei quali dovranno essere collocate le sezioni specializzate in materia d'impresa. Le critiche a questa nuova norma si riferiscono in modo principale alle carenze di organico che dovranno far fronte ad una competenza così allargata, ma ai fini di queste osservazioni è ribadito l'interesse per il pragmatico orientamento a fornire soluzioni al mondo delle imprese. Un orientamento che ritorna sempre la sua attenzione all'istituto della Mediazione come strumento stragiudiziale anche ed in particolare a fronte della riduzione dei costi.

I costi delle controversie

Le controversie si traducono in costi che incidono, in media, sul fatturato annuo aziendale per lo 0,8%, con un valore medio per azienda di 3.832 euro all'anno. Una spesa per il sistema delle imprese pari a 23 miliardi di euro.⁸ E' importante osservare che il succedersi delle norme varate in materia di contenzioso civile e commerciale presentano un approccio al sistema dei costi evidentemente voluto per scoraggiare il più possibile la litigiosità in tribunale e dirottare la risoluzione delle controversie su binari alternativi della Mediazione. Nel decreto liberalizzazioni il contributo unificato, inizialmente quadruplicato, è stato poi solo raddoppiato per i procedimenti relativi al Tribunale delle imprese. Un rincaro, che secondo le stime contenute nella relazione illustrativa al decreto legge liberalizzazioni, dovrà portare un extra-gettito nelle casse dello Stato, pari a 600 mila euro nel 2012 e altrettanto per il 2013. La moltiplicazione di oneri, riguarderà in particolare il secondo grado di giudizio, che passa da un gettito ordinario di 337.500 euro a uno stimato di 1.350.000 euro. A conti fatti, per una causa davanti al Tribunale delle imprese, chi comincia paga un contributo pari a due volte il valore normale. Se poi la controparte svolge una domanda riconvenzionale, a sua volta, dovrà pagare un contributo raddoppiato. Poi, in appello, il tutto viene calcolato al 150%, per poi arrivare a pagare addirittura il doppio in cassazione. Insomma la manovra da un lato fa cassa per lo Stato e dall'altro disincentiva il ricorso alla giustizia. Le nuove regole si applicheranno dopo una vacatio: il decreto prevede, infatti, che le disposizioni riguarderanno i giudizi instaurati dopo 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto stesso.

Continuando ad analizzare i costi della giustizia per le imprese, chi è imprenditore conosce molto bene quali siano i costi ed i tempi anche solo di un procedimento monitorio come il Decreto Ingiuntivo. Il ricorso per Decreto Ingiuntivo va depositato presso la Cancelleria del Tribunale competente. Il cliente anticipa i costi, sia per il deposito che per il legale che redige l'atto sia per le attestazioni notarili. In alcuni Tribunali possono volerci anche dei mesi prima che il decreto venga concesso. Poi si anticipano le spese per la richiesta delle copie, le spese per la notifica etc... Il Decreto è soggetto ad opposizione ed in questo caso si apre una causa ordinaria, che dura anni, anticipando altre spese e così via. Anche qui un esempio può servire: per un credito vantato di circa 1.700,00 euro (ad esempio per fatture emesse e non pagate), le spese a carico della parte debitrice (ma che rimarrebbero a carico della parte vittoriosa qualora la debitrice non pagasse e neppure potesse essere sottoposta ad esecuzione forzata ovvero, in concreto, l'esito dell'esecuzione a suo carico risultasse infruttuoso) fino alla notifica dell'atto di precetto (redatto e sottoscritto da un legale a seguito della

⁸ Relazione 2011 del Presidente di Unioncamere, F. Dardanello

dichiarazione -da parte del giudice- della esecutorietà del decreto ingiuntivo) possono arrivare di media a circa 1.400,00 euro. Se un'azienda predisponesse tramite i propri legali di fiducia anche solo cinque decreti ingiuntivi al mese (media non infrequente in questi tempi di pagamenti insoluti), per ottenere il pagamento di importi simili al succitato esempio e gli stessi decreti risultassero comunque infruttuosi per l'insolvibilità del debitore, la spesa che comunque la stessa azienda dovrebbe sostenere nell'arco di un anno ammonterebbe a circa 70.000,00 euro su base 10 mesi lavorativi. Fino al varo della legge 28/2010 le Camere di Commercio sono state il principale riferimento per le il mondo dell'impresa per conoscere e ricorrere alle forme di giustizia alternativa, Mediazione e Arbitrato, tutte incomparabilmente più brevi e meno onerose. Il sistema camerale ha certamente investito sulle regole, sulla formazione e sulla promozione della cultura della conciliazione, ma solo con l'arrivo dell'obbligatorietà per la Mediazione civile si sono aperte nuove strade per le imprese in riferimento alla costituzione degli Organismi di Mediazione e delle specializzazioni dei propri Mediatori (DM 145/2011) che questi potranno proporre. E' innegabile che, a seguito della dura recessione economica, rientra in questo contesto anche la fase di cambiamento che vive il settore delle consulenze legali. Le aziende pretendono, ora più che mai, trasparenza, rapidità e allo stesso tempo massimi risultati dai propri consulenti legali. Concetti quali, trasparenza, affidabilità, competenza, sostenibilità e sobrietà, hanno fatto il loro ingresso nei mercati e iniziano a essere visti come una necessità per infondere nuova fiducia tra gli operatori economici. Il mestiere dell'avvocato e consulente legale d'impresa sta quindi andando incontro a profondi cambiamenti nelle sue funzioni fondamentali: affrontare una controversia seguendo un approccio tradizionale potrebbe divenire alla lunga poco conveniente sia per la società che per lo stesso professionista. Ed è qui che i metodi di risoluzione alternativa, ADR, possono portare grandi benefici alle aziende: più coerenti col raggiungimento dei risultati aziendali in breve tempo.

Mediazione per le PMI

Il denominatore comune di tutte le iniziative legislative sopra descritte è orientato al posizionamento dell'istituto della Mediazione all'interno della società civile in generale, ma in particolare nel mondo delle Piccole e Medie Imprese. Infatti, le aziende di grandi dimensioni, multinazionali ed internazionalizzate rivolgono oramai da anni sempre più attenzione al mondo delle ADR sia nella contrattualistica che nella gestione delle controversie Business to Business (B2B), si organizzano con figure dedicate (avvocati d'impresa). In ambito internazionale è prassi consolidata introdurre nei contratti - ad esempio, di appalto per la costruzione di grandi opere - delle clausole di arbitrato e conciliative atte a risolvere, in tempi brevi ed in modo soddisfacente per entrambe le parti, eventuali problematiche che possano insorgere nell'esecuzione dei lavori. Problematiche che, se affrontate per via giudiziale, bloccherebbero di fatto e per molto tempo l'esecuzione del contratto. Sono le Piccole e Medie Aziende che gestiscono spesso male o troppo tardi il problema delle controversie societarie, contrattuali e B2B finendo poi per entrare nella spirale della durata processuale che è oggetto del dibattito tutto italiano sui problemi della giustizia. Il costo della giustizia per il sistema delle PMI intacca la fiducia dei mercati internazionali su quella che è per l'azienda la quotidianità del lavoro: il recupero del credito, il contenzioso nei contratti di distribuzione, le contestazioni relativi alla qualità della merce, fino alle più complesse dinamiche riguardanti la proprietà intellettuale, dei marchi, le royalties sullo sfruttamento dei prodotti e tutti gli accordi di produzione e distribuzione. Questa quotidianità è fatta di flussi finanziari che oggi sono collegati ai ben noti contesti internazionali e che non possono subire arresti di circolazione, pena la perdita di competitività e le dirette conseguenze sul mercato del lavoro. Preme sottolineare come il problema del recupero del credito, oggetto di azioni molteplici azioni legali, dal decreto ingiuntivo alla richiesta di istanza di fallimento, si traduca per le imprese con una durata stimata per il recupero del credito commerciale pari ai già sopracitati 1210 giorni, mentre in Germania ne bastano 394. Da qui si coglie la misura di quanto ciò incida negativamente sulle nostre imprese segnando, anche sotto tale aspetto, una divaricazione di efficienza con i migliori sistemi dei Paesi dell'Unione Europea che frena, ineluttabilmente, le possibilità di sviluppo ed anche gli investimenti stranieri.

Ma perché la Mediazione può essere una soluzione alle problematiche di rapporto tra PMI e sistema giustizia? La Mediazione comprende la sfera degli interessi in primis, e non quella del diritto che è invece demandata all'azione giudiziaria. Quindi, mentre il processo si fonda sul diritto, la Mediazione si focalizza sugli interessi, i quali nel sistema delle Imprese corrispondono al DNA dell'organismo umano. Proprio per questo è in ambito commerciale che la Mediazione trova una delle sue più alte espressioni in termini di soluzione e possibile ricomposizione della controversia. Una controversia risolta con una Mediazione può infatti portare anche alla nascita di un rapporto fondato su nuove basi e con diverse prospettive. Pensiamo alle controversie sul rispetto dei contratti di distribuzione commerciale: il contenzioso incide sui tempi, sui costi e sulla continuità del rapporto commerciale. L'impianto emotivo che agisce sulle controversie tra privati, tra singoli individui, è qui depurato dal sistema di interessi che necessariamente agisce tra due ragioni sociali. *Pecunia non olet* è certamente più adatto alla mediazione tra due parti commerciali e da qui la strategia vincente delle tecniche di mediazione *win-win*. Le PMI, quelle che non hanno l'ufficio legale al proprio interno, quelle in capo a singoli imprenditori, le piccole imprese familiari, esprimono una necessità/volontà di mediazione che oggi può essere alternativa non solo e non tanto al processo civile, ma all'ordinaria transazione stragiudiziale che si raggiunge quasi sempre con tempi e costi maggiori. Sul piano dei costi è bene ricordare che le normative sopra descritte, nonostante vadano certamente in direzione favorevole per il mondo delle imprese, crisi sovraindebitamento e Tribunale delle Imprese, comportano tuttavia costi spesso più elevati della Mediazione. In questo caso ci riferiamo alla volontarietà della Mediazione ex D.lgs 28/2010 quale istituto disponibile delle PMI da inserire come clausola all'interno di statuti societari e contrattualistica, una soluzione questa tuttora inespressa, ma piena di valore ed opportunità.

Un altro aspetto rilevante e non sufficientemente analizzato è quello relativo agli elementi di garanzia e tutela per l'immagine aziendale. Aspetto questo molto sentito dalle imprese nella gestione dei propri affari e di conseguenza dei propri contenziosi. La possibilità di circoscrivere il conflitto in un ambito deputato e specialistico che esprima, anche formalmente, riservatezza è visto come migliorativo ad un intenso traffico della corrispondenza legale ed alla scelta di Sedi di parte. Il D.lgs 28/2010 contiene in questo senso il *Dovere di riservatezza* (Art. 9) e l'*Inutilizzabilità e segreto professionale* (Art.10). Anche in base all'esigenza di tutela dell'immagine aziendale, gli Organismi di Mediazione potranno differenziarsi nell'offerta specialistica tra privati ed aziende, quindi tra Mediazione civile e commerciale, in base alla competenza dei mediatori ed all'efficienza organizzativa delle proprie sedi, finanche ai sistemi di accoglienza "corporate" dei propri locali dove si svolgono le mediazioni.

Infine, del potenziale risolutorio che Mediazione esprime per le PMI anche in ambito fallimentare si è già sopra accennato, qui sottolineando che, prima di avviare il procedimento, è opportuno che il curatore chieda autorizzazione al Giudice Delegato a dar corso alla Mediazione illustrandone le ragioni e precisando che, qualora si raggiungesse un accordo amichevole ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs 28/2010, egli condiziona gli effetti per il fallimento all'accettazione e all'autorizzazione da parte degli altri organi del fallimento, ovvero del Giudice Delegato e del Comitato dei Creditori.

Conclusioni

L'osservatore attento non può escludere di trovarsi di fronte ad un processo di riforme che porterà a nuovi assetti nel sistema della Giustizia e che saranno dati dall'adozione di norme adottate per uscire dalla crisi. Il cammino dell'istituto della Mediazione seppur punteggiato di ostacoli e di effettive contraddizioni, sembra condurre verso una ridefinizione del rapporto tra Imprese e il sistema della Giustizia civile in termini ancora

più ampi. Le PMI, principali espressione della realtà produttiva della società italiana, possono trovare nella Mediazione e nei metodi alternativi ADR delle prime importanti risposte per uscire dalla crisi del rapporto con la gestione del contenzioso. Dalla contrattualistica, agli stessi statuti societari, dalla gestione del sovra-inddebitamento, fino al recupero del credito si aprono prospettive a breve-medio termine per gli imprenditori che necessitano riprendere fiducia nella gestione del proprio contenzioso societario e commerciale. Agli occhi di tutti gli operatori è innegabile l'impulso legislativo in atto per ricreare nel Paese quelle condizioni di agibilità del sistema giustizia necessarie a creare ed attrarre investimenti e che la comunità internazionale ha limitato con i dati eclatanti rilevati dal citato rapporto *Doing Business 2012*. D'altro canto è evidente il livello attuale della polemica sull'introduzione di ciascuna delle norme sopra descritte e sono evidenti i margini di miglioramento e la sentenza della Corte dovrà giungere determinante per stabilire un nuovo clima in tema di Mediazione. Su questo fronte è difficile non far proprie le parole del Guardasigilli nella relazione sullo stato della Giustizia nell'audizione al Senato del 17 gennaio 2011 . “Giudici e avvocati devono accettare un altro modello di servizio giudiziario, più snello, più rapido, meno costoso e meno intasato” . Per il mondo dell'impresa, per le centinaia di migliaia di Piccole e Medie Imprese, locomotiva del nostro sistema paese, la riforma rappresentata dalla Mediazione civile e commerciale rappresenta un'occasione importante per restituire efficienza e risorse alla giustizia civile e tutelare gli interessi del mercato.

Valerio Sale è Consulente di Direzione aziendale presso Studio Commercialista in Padova. Mediatore Civile e Commerciale (ex D.lgs 28/2010) presso l'O.d.M. Prontiaconciliare Srl.

sale@studiosvs.net