



MARCO MARINARO

***Il patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti nei procedimenti stragiudiziali di composizione negoziale delle liti civili, tra principi costituzionali ed esigenze di bilancio.
Brevi riflessioni nella prospettiva de jure condendo****

* Il testo costituisce la relazione tenuta in qualità di esperto il 13 novembre 2019 in sede di audizione alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sul Disegno di legge C. 1881 (di iniziativa governativa) contenente "Modifiche al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115.

1. Le ragioni della riforma. - 2. La negoziazione assistita: una modifica legislativa necessaria. - 3. L'evoluzione normativa dei procedimenti ADR. Cenni. - 4. La mediazione e la negoziazione assistita: profili di omogeneità e di eterogeneità. - 5. Le "maggiori possibilità" della mediazione. 6. Il patrocinio a spese dello Stato: mediazione e negoziazione assistita a confronto. - 7. Il patrocinio a spese dello Stato nelle procedure stragiudiziali per le liti transfrontaliere. - 8. Principi costituzionali e prospettive de jure condendo. - 9. L'esclusione della mediazione dalla proposta di riforma. - 10. Attuazione di diritti fondamentali e contenimento della spesa pubblica. 11. Sintesi delle proposte conclusive.

1. Le ragioni della riforma.

Il disegno di legge presentato il 31 maggio 2019 dal Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze ed attualmente all'esame della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati (in sede referente) si propone di intervenire sul sistema delle spese di giustizia ed in particolare sul patrocinio a spese dello Stato per dare «piena attuazione del principio costituzionale di cui all'articolo 24, terzo comma, della Costituzione sul diritto di difesa dei non abbienti» adeguando il testo unico (D.p.R. 30 maggio 2002, n. 115) «all'evoluzione legislativa e di rimediare ad alcune disfunzioni che la prassi applicativa ha evidenziato».

L'intento appare sicuramente condivisibile sia sotto il profilo assiologico sia dal punto di vista tecnico-normativo considerato che l'accesso alla giustizia per i cittadini non abbienti costituisce un parametro attraverso il quale si misura il grado di attuazione di taluni principi fondamentali della persona umana consentendo anche di valutare il grado di civiltà di una comunità.

La proposta legislativa si muove attraverso tre direttrici che si possono sintetizzare come segue: garantire l'accesso al gratuito patrocinio ai minori offesi dai reati di violazione degli obblighi di assistenza familiare e alle vittime di tortura; garantire l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di negoziazione assistita obbligatoria in caso di accordo tra le parti; modificare la disciplina della liquidazione del compenso dell'avvocato.

2. La negoziazione assistita: una modifica legislativa necessaria.

Particolare attenzione merita la proposta di modifica che riguarda la negoziazione assistita in quanto la stessa – che pur si muove nella direzione di un miglioramento del sistema normativo vigente – necessita di un approfondimento in chiave sistematica che consenta di disegnare un quadro organico di riferimento nella prospettiva de jure condendo.

Infatti, questa ipotesi di riforma – che pone in chiara evidenza le criticità ed il vuoto legislativo della disciplina attualmente vigente – costituisce una straordinaria occasione per ripensare al sistema del patrocinio a spese dello Stato in relazione ai procedimenti ADR (Alternative Dispute Resolution) ed anche delle spese di giustizia, nel quadro di un sistema della giustizia civile poliedrico ed allo stesso tempo integrato che sia sempre più efficiente, adeguato, efficace e sostenibile, nella consapevolezza che anche la giustizia – come tutte le risorse – non è illimitata.

Nella relazione di presentazione si legge che all'art. 74 del T.U. Spese di giustizia viene introdotto il comma 2-bis, «che prevede il patrocinio a spese dello Stato anche nelle procedure di negoziazione assistita ... quando tali procedure costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale ed è stato raggiunto un accordo».

La modifica viene ritenuta «necessaria per rendere effettivo il diritto di difesa anche nelle procedure di negoziazione assistita da avvocati, quando essa precede necessariamente l'instaurazione della controversia, prevedendo il



pagamento del compenso all'avvocato (ferma restando, negli altri casi, la disposizione dell'articolo 3, comma 6, del decreto-legge n. 132 del 2014)».

Tale limitazione ai soli casi nei quali sia stato raggiunto un accordo «si giustifica in considerazione della finalità di incentivare il raggiungimento di un accordo in funzione deflativa del contenzioso». Inoltre, nella modifica che si propone all'art. 83, viene previsto che la liquidazione, in caso di esito positivo, «spetti al tribunale avente competenza per il luogo in cui l'accordo è stato concluso, sulla base della presentazione del provvedimento di ammissione al patrocinio e di copia del verbale di accordo».

Ulteriori e importanti approfondimenti sono svolti nella «relazione tecnica», nell'«analisi tecnico-normativa» e nell'«analisi dell'impatto della regolamentazione» che qui non si intendono riproporre, ma che contengono una serie di elementi di indagine utili a sostenere la proposta in esame, ma che ne evidenziano al contempo i limiti, ponendo le basi per un ripensamento in chiave sistematica.

Per valutare adeguatamente la proposta formulata occorre perciò inquadrare sia pur brevemente la normativa vigente, avendo quale bussola di orientamento i principi fondamentali che in questo ambito devono improntare le scelte legislative da assumere.

3. L'evoluzione normativa dei procedimenti ADR. Cenni.

Negli ultimi dieci anni, il legislatore ha adottato sistemi stragiudiziali di risoluzione delle liti aventi ad oggetto diritti disponibili con funzione di filtro della crescente domanda giudiziale al fine di pervenire ad un riequilibrio dell'elevato tasso di litigiosità e con l'obiettivo prioritario di ridurre l'accesso alla giurisdizione statale messa alle corde dall'aumento esponenziale del contenzioso civile.

Il riferimento è principalmente alla mediazione delle liti civili e commerciali introdotta con il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (di recepimento della Direttiva 2008/52/CE), poi riformato nel 2013, che ha anche previsto un filtro endoprocessuale (con il dichiarato fine di deflazionare l'abnorme carico dei procedimenti pendenti) affidato al giudice perciò stesso chiamato a selezionare quelle cause per le quali disporre la mediazione, in tal modo agevolando una soluzione conciliativa rapida e conveniente tra le parti.

In questa prospettiva, con il D.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162) è stato regolamentato anche l'istituto della negoziazione assistita dagli avvocati (definito quale misura di «degiurisdizionalizzazione») posto accanto alla mediazione quale ulteriore filtro dell'accesso alla giurisdizione ordinaria. Al contempo, nella materia della crisi della unione coniugale (per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio) l'istituto è stato reso alternativo (ma senza prevederne l'obbligatorietà) al percorso giudiziario consentendo di autodisciplinare anche la fase critica del rapporto coniugale fino a pervenire anche a risultati prima conseguibili soltanto mediante una pronuncia del tribunale.

Lo strumento processuale utilizzato dal legislatore (in quanto considerato costituzionalmente legittimo dalla Consulta - sentenze n. 276 del 2000 e n. 243 del 2014 e, più di recente proprio in tema di negoziazione assistita, sent. 7 luglio 2016, n. 162 - è quello della condizione di procedibilità preventiva della domanda giudiziale (c.d. giurisdizione condizionata). Per cui sulla base della normativa vigente la mediazione deve essere preventivamente esperita nelle seguenti materie: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari (art. 5, comma 1-bis, D.lgs. 28/2010).

Inoltre, la mediazione può essere disposta dal giudice in corso di causa, anche in sede di giudizio di appello, purché si controverta di diritti disponibili (valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti) ponendo così nel processo una condizione di procedibilità successiva, in quanto sopravvenuta per effetto dell'ordine impartito dal giudice (art. 5, comma 2, D.lgs. 28/2010).

D'altro canto, invece, la negoziazione assistita costituisce condizione di procedibilità (ed è sempre e soltanto preventiva) per le liti in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti ovvero nei giudizi in cui vi sia una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro (art. 3, comma



1, D.l. 132/2014), ma anche per le controversie in materia di contratto di trasporto o di subtrasporto (art. 1, comma 249, l. 23 dicembre 2014, n. 190).

Appare utile osservare che a differenza della mediazione, la condizione di procedibilità posta con la negoziazione assistita non si applica alle controversie concernenti le obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori. Infatti, il legislatore ha limitato l'ambito di vigenza oggettivo della norma al fine di renderla compatibile con il divieto di imporre l'assistenza dell'avvocato in quella tipologia di contenzioso (che ovviamente non è esclusa ma non può essere resa obbligatoria; divieto che deriva dalla disciplina eurounitaria per gli ADR dei consumatori, e più precisamente dall'art. 9, §1.b, Direttiva 2013/11/UE).

4. La mediazione e la negoziazione assistita: profili di omogeneità e di eterogeneità

I due procedimenti se osservati soltanto in una prospettiva deflativa possono in qualche modo essere accomunati perché entrambi svolgono la funzione di regolare il flusso del contenzioso in entrata della giurisdizione ordinaria. Un'altra ragione di assimilazione consegue poi dal rilievo che entrambi postulano l'assistenza necessaria dell'avvocato (per la mediazione soltanto nei casi di obbligatorietà ex lege o ex officio judicis, mentre è evidente che la negoziazione assistita è strutturalmente affidata al contraddittorio negoziale degli avvocati) a garanzia della piena tutela delle parti anche nei procedimenti stragiudiziali finalizzati alla composizione negoziale delle liti.

Ma a fronte di tali caratteristiche condivise tra i due istituti, le disomogeneità sono profonde e sono marcate in primo luogo dalla presenza soltanto in mediazione di un soggetto terzo ed imparziale, professionalmente qualificato, chiamato a coadiuvare le parti nel raggiungimento di un accordo amichevole. Attività peraltro svolta nell'ambito di un sistema amministrato, regolamentato, vigilato dal Ministero della giustizia e che prevede un procedimento strutturato che disegna uno spazio neutrale e garantito di confronto e di dialogo con l'assistenza qualificata di un professionista della soluzione dei conflitti. In tal senso, come si preciserà oltre, la mediazione sicuramente offre “maggiori possibilità” alle parti ed al sistema giustizia.

La mediazione, infatti, a differenza della negoziazione assistita nasce sulla base della Direttiva 2008/52/CE che ha imposto una serie di garanzie e di standard qualitativi che in sede di recepimento hanno trovato attuazione in Italia con l'adozione di un sistema normativo complesso e articolato e che in parte ha ispirato – ove possibile, in considerazione delle rilevate differenze strutturali - anche la disciplina della negoziazione assistita.

5. Le “maggiori possibilità” della mediazione.

Sul tema di recente si è espressa la Corte costituzionale la quale nel dichiarare costituzionalmente legittima la diversa disciplina relativa ai due istituti con riguardo alla regolamentazione degli obblighi di procedibilità per i processi di opposizione a decreto ingiuntivo nelle liti afferenti alle materie di reciproca pertinenza, ne ha rilevato e rimarcato la eterogeneità precisando che «la presenza di un terzo del tutto indipendente rispetto alle parti giustifica, infatti, le maggiori possibilità della mediazione, rispetto alla negoziazione assistita, di conseguire la finalità cui è preordinata» (Corte cost., sent., 18 aprile 2019, n. 97).

Ciò significa evidentemente che in astratto è possibile ipotizzare differenti discipline per i due istituti che pur nella loro comune radice “teleologica” (di filtro preventivo alla domanda giudiziale) attingono a diversi fondamenti e discipline che giustificano un evidente favor per la mediazione. E proprio questa prospettiva, che ne segna la disomogeneità, come precisa la Consulta «ne preclude, dunque, una comparabilità idonea a integrare l'asserita violazione dell'art. 3 Cost. e induce a escludere che sia stato irragionevolmente riservato un trattamento differenziato alla mediazione e, quindi, che la scelta legislativa denunciata dal rimettente abbia valicato il confine dell'arbitrarietà».

Nel caso esaminato, tuttavia, si valutava soltanto la diversa disciplina che per la mediazione obbliga le parti alla mediazione soltanto in relazione ai procedimenti per ingiunzione dopo l'opposizione (e fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione), mentre per la negoziazione assistita resta esclusa anche nella fase di cognizione. Scelta quindi rimessa al legislatore in assenza di principi costituzionali ai quali adeguarsi e che prescindono dalla rilevata eterogeneità.



Emerge quindi dal sistema normativo vigente un chiaro favor mediationis, che si è proposto di inquadrare (con l'adesione del Tribunale di Firenze: decr. 15 gennaio 2015, ord. 15 febbraio 2016, decr. 13 dicembre 2016) rileggendo la condizione di procedibilità (preventiva o successiva) non soltanto nell'ambito della giurisdizione condizionata, ma anche in una prospettiva di maggiore equilibrio tra giurisdizione e mediazione (art. 1, Dir. 2008/52/CE). In tale prospettiva, la mediazione diviene strumento di sviluppo della personalità del singolo nella comunità cui appartiene, consentendogli di confrontarsi in un contesto relazionale propiziatorio per una soluzione amichevole.

E così «accanto al diritto alla tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost., diritto inviolabile della persona (ex art. 2 Cost.), andrebbe riconosciuto il diritto alla mediazione, non solo nell'ambito, tradizionalmente indicato, dell'accesso alla giustizia, ma anche quale espressione diretta dell'esigenza di sviluppo della persona nelle relazioni interpersonali e comunitarie, nell'attuazione del complementare principio di solidarietà. Una tale visione, che ha il pregio di porre in luce l'importanza della mediazione come strumento di pacificazione sociale condivisa e non imposta, fonda il diritto alla mediazione sull'art. 2 Cost.: anche tale richiamo può corroborare l'interpretazione qui accolta» (Trib. Firenze, decr. 13 gennaio 2015).

D'altronde il legislatore nell'introdurre la negoziazione assistita ha regolamentato le possibili ipotesi di sovrapposizione con la mediazione (si tratta delle liti che possono rientrare nell'ambito di operatività di entrambi le condizioni di procedibilità, come ad esempio la richiesta di pagamento ad una somma inferiore ad euro 50.000 che consegue alla domanda di risoluzione per inadempimento di un contratto di locazione) favorendo quest'ultima. Infatti, la negoziazione assistita obbligatoria opera «fuori dei casi previsti» come assoggettati obbligatoriamente alla mediazione (art. 3, comma 1, D.L. 132/2014).

Al riguardo, la più attenta giurisprudenza di merito non ha mancato di rilevare che pur in assenza di una chiara previsione normativa, lo svolgimento in sequenza della negoziazione assistita e poi della procedura di mediazione non appare in astratto inutilmente dilatoria, a differenza di quella inversa (negoziiazione assistita esperita dopo il fallimento della mediazione). Infatti, si deve ritenere che tale sequenza «consente il passaggio ad una procedura stragiudiziale che presenta un valore aggiunto rispetto alla prima, costituito dall'intervento di un terzo imparziale, che può favorire l'esito conciliativo» (Trib. Verona, ord. 23 dicembre 2015).

6. Il patrocinio a spese dello Stato: mediazione e negoziazione assistita a confronto.

In relazione all'ammissione del patrocinio a spese per lo Stato, la disciplina pur non essendo pienamente simmetrica conduce al fine alle medesime conseguenze di esclusione: per cui ad oggi i cittadini meno abbienti (secondo i parametri fissati dall'art. 76 T.U. Spese giustizia) che in virtù di un obbligo previsto dalla legge o per ordine del giudice devono esperire un procedimento stragiudiziale non possono accedere al patrocinio a spese dello Stato. Ma se per la mediazione il costo dell'assistenza legale grava sul detto cittadino, nella negoziazione assistita il medesimo costo resta a carico dell'avvocato che lo assiste.

Infatti, vige la norma secondo cui «quando il procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda, all'avvocato non è dovuto compenso dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato» (art. 3, comma 6, D.L. 132/2014). Norma aspramente criticata dalla dottrina sin dalla sua approvazione in quanto riecheggia il soppresso all'istituto del «gratuito patrocinio» imperniato sul principio antiquato del patrocinio dei poveri come «ufficio onorifico ed obbligatorio della classe degli avvocati e dei procuratori» (R.d. 30 dicembre 1923, n. 3282).

Peraltro, proprio di recente, la Consulta è intervenuta sui temi del patrocinio a spese dello Stato ribadendo, nel solco della pregressa giurisprudenza della medesima Corte, «il tramonto della logica del gratuito patrocinio, ormai integralmente sostituito dal principio del patrocinio a carico dell'erario»; per cui secondo il costante orientamento del Giudice delle leggi «la finalità del nuovo istituto del patrocinio a spese dello Stato è quella di assicurare la tutela dell'indigente con carico all'erario in tutti i casi in cui particolari categorie professionali espletano attività di assistenza nei confronti dell'indigente medesimo. Ciò esclude che per alcune fattispecie vi possano essere deroghe ispirate alla superata logica del gratuito patrocinio» (Corte cost., sent., 1° ottobre 2019, n. 217).



Si tratta di una affermazione di principio fondamentale in quanto esclude la legittimità di ogni ipotesi di ritorno al passato lasciando cadere l'ombra della manifesta non conformità costituzionale su tutte quelle norme che non garantiscono l'assistenza per i non abbienti che chiedono tutela per i loro diritti (i cui costi devono gravare necessariamente sullo Stato) nel solco di quanto disposto dalla Costituzione all'art. 24, comma 3, secondo cui «Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione» (oltre che dall'art. 47 della Carta di Nizza in base al quale «a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia»).

In relazione alla mediazione, il legislatore ha operato invece diversamente non ponendo a carico degli avvocati l'assistenza (necessaria) nel procedimento, ma nemmeno garantendo l'accesso al sistema del patrocinio a spese dello Stato. Ciò ha creato di fatto un vuoto normativo che soltanto pochi tribunali (sulla scia di un coraggioso e articolato provvedimento del Tribunale di Firenze, decr. 13 gennaio 2015) hanno ritenuto di poter colmare in via interpretativa per assicurare una lettura costituzionalmente orientata delle norme vigenti del T.U. Spese di giustizia. Ma il contrasto giurisprudenziale è tuttora aperto (si pensi anche soltanto all'autorevole precedente espresso in senso contrario dal Presidente del Tribunale di Roma, decr. 11 gennaio 2018) e ciò crea una disparità di trattamento tra cittadini che già si trovano in una situazione di seria difficoltà economica, apparendo per ciò stesso il vuoto (sottolineato da tutti i tribunali che se ne sono pronunciati) ancor più grave nella prospettiva costituzionale già evidenziata.

A ciò si deve aggiungere un altro rilievo che riguarda il procedimento di mediazione che è amministrato ex lege dagli organismi di mediazione (enti pubblici e privati, iscritti in un apposito registro tenuto dal Ministero della giustizia che esercita le attività di vigilanza tramite il suo ispettorato, sulla base del D.M. 18 ottobre 2010, n. 180) poiché, sempre in quelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (art. 17, comma 5-bis, D.lgs. 28/2010).

Richiamando anche soltanto la recente sentenza della Corte costituzionale sopra citata (n. 217 del 2019) emerge con evidenza lo stridente contrasto tra i principi affermati nella Carta fondamentale (e che trovano espressione nel T.U. n. 115 del 2002) e quanto previsto dal legislatore per il procedimento di mediazione oltre che per la negoziazione assistita. Invero, se per la prima a doversi far carico del costo sociale dell'accesso alla giustizia dei non abbienti sono gli organismi per il costo della procedura ed i medesimi cittadini per l'assistenza legale, per la negoziazione assistita sono gli avvocati a dover sopportare tale onere.

Peraltro, approvando la riforma così come viene proposta, la posizione dei non abbienti subirebbe un peggioramento: infatti, mentre attualmente (sia pur gravando sul "pro bono" forzoso dell'avvocato) questi cittadini in difficoltà accedono gratuitamente alla negoziazione assistita nei casi il cui la stessa è obbligatoria a prescindere dall'esito della procedura, con la nuova disciplina otterrebbero invece l'assistenza a spese dello Stato soltanto nell'ipotesi in cui si dovesse pervenire ad un accordo.

Con la conseguenza che all'avvio della procedura il soggetto che conferisce l'incarico al legale per la negoziazione assistita e si trova nelle condizioni per l'aiuto dello Stato non potrà sapere sino al termine della procedura se dovrà o meno pagare personalmente la parcella all'avvocato che lo ha assistito. E siccome dipenderà dall'esito della procedura si troverà in un situazione di estrema debolezza dovendo valutare in sede di negoziazione anche i costi dell'assistenza legale da sostenere in caso di mancato accordo. Affronterà così il tavolo negoziale con un handicap estremamente pesante (che in base al valore della controversia potrà incidere in maniera più o meno rilevante) tale da poterne condizionare l'esito.

Ed allora, se l'esigenza è quella di assicurare la tutela a tutti i cittadini non abbienti (i requisiti per l'accesso come si è precisato sono definiti dal T.U. Spese di giustizia) facendo carico all'erario dei costi derivanti dalle attività (necessarie) in tutti i casi in cui particolari categorie di soggetti (nelle ipotesi in esame, avvocati ed organismi di mediazione) espletano attività di assistenza per i medesimi cittadini, non possono ritenersi ammissibili deroghe nemmeno se ispirate alla superata logica del gratuito patrocinio.

7. Il patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti stragiudiziali per le liti transfrontaliere.



Queste conclusioni trovano ulteriore conforto se l'osservazione allarga il suo spettro di indagine – come esige il tema oggetto di trattazione che attinge ai diritti fondamentali della persona nel sistema italo-comunitario delle fonti – esaminando anche la normativa che regola l'accesso al patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti stragiudiziali per le liti transfrontaliere (controversie nelle quali almeno una delle parti è domiciliata o dimora abitualmente in uno Stato membro diverso da quello del foro o in cui la sentenza deve essere eseguita) e ciò non soltanto perché il D.lgs. 28/2010 (cfr. art. 12, comma 1) è applicabile anche alle dette controversie e non solo a quelle interne.

A tal riguardo, occorre fare riferimento alla normativa con cui l'Italia ha recepito la direttiva europea sul “Legal Aid”, volta a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere civili (Direttiva 2002/8/CE). Il legislatore comunitario, in particolare, nel garantire il diritto ad un «patrocinio adeguato a spese dello Stato» in tali tipologie di liti ha precisato che deve considerarsi tale se – tra gli altri requisiti – garantisce «la consulenza legale nella fase precontenziosa al fine di giungere a una soluzione prima di intentare un'azione legale» (art. 3) estendendo poi espressamente il “Legal Aid” alle procedure stragiudiziali (art. 10).

Ed infatti il D.lgs. 27 maggio 2005, n. 116, nel recepire la Direttiva suindicata, ha stabilito che «Il patrocinio è, altresì, esteso ai procedimenti stragiudiziali, alle condizioni previste dal presente decreto, qualora l'uso di tali mezzi sia previsto come obbligatorio dalla legge ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa» (art. 10).

Si tratta di disposizioni che concernono le liti transfrontaliere, ma che confermano l'esigenza di dover riconoscere l'aiuto legale anche nella fase pre-processuale, dovendosi ritenere del tutto irrazionale e non conforme all'art. 3 della Costituzione la situazione secondo cui il cittadino possa usufruire dell'aiuto statale per la lite transfrontaliera e non per quella interna.

In tal senso, appare significativo che il Consiglio Nazionale Forense, nella circolare n. 25 del 6 dicembre 2013, abbia espressamente richiamato la Direttiva sul “Legal Aid” che ammette al beneficio anche le spese legali sostenute nel corso delle procedure stragiudiziali per sostenere che l'assistenza dei legali, obbligatoria per la mediazione pre-processuale e per quella demandata dal giudice, debba essere ricompresa nel patrocinio a spese dello Stato.

8. Principi costituzionali e prospettive de jure condendo.

In questa prospettiva, la proposta legislativa in esame appare sicuramente apprezzabile e correttamente orientata all'integrazione di un sistema normativo lacunoso, ma si profila al contempo inadeguata nella prospettiva assiologica che deve fondare le scelte del legislatore ordinario in materia di patrocinio a spese dello Stato.

Senza considerare che l'introduzione delle modifiche proposte, nel creare ulteriori distonie nel sistema, appare foriera di ulteriori problematiche interpretative (sia pur indirette, sulla mediazione), ma soprattutto interverrebbe limitandosi a modificare parzialmente il quadro legislativo senza risolvere gli attuali problemi di ineguaglianze conseguenti alle persistenti irragionevoli differenze di trattamento tra i cittadini non abbienti.

Infatti, riconoscere l'accesso al patrocinio a spese dello Stato per i soli cittadini non abbienti che devono ricorrere preventivamente alla negoziazione assistita e che in esito alla stessa raggiungono un accordo risolutivo della controversia, se per questi afferma il loro diritto fondamentale costituzionalizzato dall'art. 24, comma 3, Cost., d'altro canto, crea una profonda ed irragionevole disuguaglianza nei confronti di altri cittadini (allo stesso modo non abbienti) che – non per scelta personale, ma perché obbligati dalla legge o dal giudice – devono attivare un percorso mediativo.

A tale situazione si aggiungono poi le ineguaglianze derivanti per tutti quei cittadini non abbienti che pur dovendo attivare questi percorsi stragiudiziali di composizione delle liti non giungono ad un accordo e procedono giudizialmente per la tutela dei loro diritti.

Restano poi le ulteriori ed ingiustificabili differenze di trattamento per quei cittadini non abbienti che non possono accedere al patrocinio dello Stato soltanto perché la loro lite ha natura “domestica” e non “transfrontaliera”.

Senza ovviamente considerare che agevolare l'accesso al patrocinio a spese dello Stato per rendere effettivo l'accesso ai non abbienti ai procedimenti ADR anche quando non sono previsti come obbligatori dovrebbe essere sostenuto ed incentivato. E ciò sia perché consentono un riequilibrio fisiologico dell'accesso alla giurisdizione statale, ma anche per ottenere la riduzione del tasso di litigiosità nella popolazione mettendo in atto strumenti di pacificazione sociale utili a ricucire il tessuto lacerato dal conflitto. Non senza precisare che nel medio lungo



periodo l'implementazione di questi percorsi stragiudiziali comporta un consistente risparmio di spesa diretto (meno cause iscritte a ruolo presso gli uffici giudiziari) ed indiretto (alleggerimento del carico degli uffici giudiziari che consente ex se una maggiore efficienza del sistema).

Per cui l'accesso al patrocinio dello Stato dovrebbe essere garantito sicuramente in tutti i casi in cui il legislatore impone direttamente o indirettamente l'esperimento di una procedura stragiudiziale di componimento della lite civile senza alcuna distinzione ed a prescindere dal raggiungimento dell'accordo. E ciò dovrebbe riguardare tutti i costi della procedura e, perciò, non soltanto l'assistenza legale ma anche l'indennità di mediazione (che costituisce il costo della procedura di mediazione che si versa all'organismo che amministra la procedura).

Quanto al raggiungimento o meno dell'accordo compositivo della controversia si deve rilevare che la distinzione operata nella proposta di legge non appare coerente con il quadro dei principi fondamentali sopra richiamati.

Invero, come si legge nell'«analisi di impatto della regolamentazione» (A.I.R.), la proposta di legge oltre a «rendere effettivo il diritto di difesa dei non abbienti sancito dalla Carta Costituzionale», allo stesso tempo «stimola il difensore a svolgere al meglio le sue prestazioni professionali per favorire il raggiungimento dell'accordo, valorizzando la professionalità e le competenze del mondo dell'avvocatura, quale attore primario chiamato alla responsabilità di un fattivo concorso alla deflazione preventiva del contenzioso civile mediante gli strumenti extragiudiziali di risoluzione delle controversie» (pag. 34).

La prima affermazione è chiara e condivisibile, mentre la seconda non soltanto non convince, ma appare incoerente con la prima. Non convince in quanto l'opera dell'avvocato se da un lato deve essere svolta sempre con la massima professionalità e conformandosi alle precise regole deontologiche dettate nel Codice redatto dal Consiglio Nazionale Forense anche nello svolgimento dell'attività stragiudiziale, dall'altro, non tiene conto del fatto che per la negoziazione assistita sono stati recentemente introdotti nei c.dd. «parametri forensi» le modalità di computo del compenso dovuto prevedendo un riconoscimento ulteriore per il raggiungimento dell'accordo (art. 20, comma 1-bis, e tab. n. 25-bis, D.M. 10 marzo 2014, n. 55, come integrato dal D.M. 8 marzo 2018, n. 37). Le voci tariffarie infatti indicano compensi separati e crescenti per la fase di «attivazione», per quella di «negoziazione» e, infine, per quella (eventuale) di «conciliazione».

Ed effettivamente la sede per riconoscere all'avvocato che ha utilizzato specifiche competenze e profuso notevoli energie per conseguire un accordo soddisfacente per l'assistito è proprio quella dei «parametri forensi». Non sembra invece coerente con il sistema costituzionale utilizzare quale leva di incentivo per il professionista una norma che finisce per discriminare il cittadino non abbiente che si è rivolto al professionista e il cui impegno per il raggiungimento dell'accordo conciliazione (sia in sede di negoziazione sia in quella mediativa) non ha condotto ad una soluzione conciliativa.

Non senza precisare che l'accordo amichevole, pur sempre da sollecitare e incentivare, trova ragioni e limiti nell'autonomia delle parti che deve essere sempre rispettata e mai - neppure indirettamente - coartata da sistemi discriminanti o eccessivamente invasivi.

Infine, alla luce di quanto esposto, emerge come anche l'accesso alle procedure stragiudiziali di composizione delle liti quando non sono previste come obbligatorie merita una diversa considerazione in quanto la scelta di tali percorsi - ritenuta meritevole e da incentivare sotto molteplici profili - verrebbe sostanzialmente preclusa ai cittadini non abbienti. Costoro infatti non essendovi obbligati, ma ritenendo più utile ed opportuno avviare un percorso mediativo o negoziale dovrebbero sopportarne i costi (anche a prescindere dall'esito favorevole di tale procedura).

A tal fine, per la mediazione occorre rimarcare che la Direttiva 2008/52/CE ha indicato quale obiettivo fondamentale quello «di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario» (art. 1).

Emerge chiaro perciò non solo un approccio qualitativo (si implementa un sistema complesso di dispute resolution che incoraggia e promuove sistemi compositivi), ma anche quantitativo (dovendo garantirsi un equilibrio tra mediazione e processo). E più volte in questi anni il Parlamento e la Commissione UE hanno rilevato come l'obiettivo additato dalla Direttiva in questione debba essere ancora raggiunto. Tanto è vero che a distanza ormai di



oltre un decennio si segnala il c.d. paradosso della mediazione in Europa perché soltanto una controversia su cento che arrivano nei tribunali invece giunge in mediazione.

9. L'esclusione della mediazione dalla proposta di riforma.

Le brevi considerazioni esposte si pongono sostanzialmente in linea con le ragioni che sono alla base dell'intervento legislativo in esame. Infatti, come si legge nella relazione tecnica, «si tratta di una modifica necessaria ... per rendere effettivo il diritto di difesa anche nella fase che necessariamente precede l'instaurazione di una controversia» (pag. 8).

Tuttavia, la modifica viene ritenuta necessaria ma solo con riguardo alla negoziazione assistita (sia pure con i limiti di cui si è detto), in quanto resta del tutto esclusa ogni ipotesi di riforma che consenta l'accesso al patrocinio dello Stato per i cittadini non abbienti quando la procedura da attivare (obbligatoriamente) o che si intende esperire sia mediazione (ex D.lgs. 28/2010).

E ciò, nonostante l'A.I.R. allegata al disegno di legge esami anche la mediazione e ne ponga in rilievo l'efficacia ed il successo a fronte del «sostanziale fallimento» della negoziazione assistita.

Una scelta che appare ex se opinabile alla luce del quadro normativo sopra delineato, ma che deve ritenersi irragionevole anche sulla base dei rilievi esposti proprio nell'A.I.R. che sono per lo più in linea con le brevi riflessioni sopra esposte.

Infatti, sono da condividersi gli obiettivi perseguiti dal d.d.l. di rendere effettivo il diritto di difesa dei non abbienti, valorizzare la professionalità e le competenze del mondo dell'avvocatura, rispondere ad esigenze sociali rappresentate dalle impellenti necessità quotidiane delle famiglie monoreddituali e/o di categorie particolarmente deboli e vulnerabili, oltre che di allineare la normativa speciale di cui al D.p.R. n. 115 del 2002 al nuovo sistema dei compensi introdotto dal D.M. n. 55 del 2014 recante i nuovi parametri forensi, nonché altre modifiche necessarie per superare alcune disfunzioni evidenziate dalla prassi applicativa (pag. 14 s.).

Pienamente condivisibili sono poi i vantaggi che si ritengono di poter ottenere con l'intervento legislativo facendo «crescere la cultura della conciliazione stimolando le parti e gli addetti ai lavori a pervenire ad una amichevole composizione delle controversie», ottenendo altresì il «contenimento del contenzioso, anche in funzione degli obiettivi del giusto processo, per il profilo della ragionevole durata delle liti, oggettivamente pregiudicata dal volume eccessivo delle stesse»; in tal modo, si evita anche «che la conflittualità si prolunghi nel tempo anche oltre la definizione della singola controversia. Ciò consentirà nel medio-lungo termine un deflazionamento del carico di lavoro gravante sugli uffici giudiziari con ricadute positive dal punto di vista economico-competitivo del nostro Paese» (pag. 16).

Alla luce di tali osservazioni poi l'A.I.R. valuta espressamente l'opzione «di estendere il patrocinio per l'assistenza del cittadino non abbiente anche ai procedimenti di mediazione di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 quando questi costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale e viene raggiunto un accordo» (pag. 16).

Tuttavia, prosegue testualmente l'A.I.R., «tale scelta pur essendo valutata rilevante rispetto agli obiettivi è stata tuttavia scartata per gli impatti strutturali sulla disciplina del patrocinio a spese dello Stato dovendosi valutare la necessità di riconoscere il beneficio a soggetti non assistiti da avvocati, come è possibile accada in quella forma di ADR, e per le conseguenze economico-finanziarie a carico del bilancio dello Stato tenuto conto della platea assai ampia dei potenziali beneficiari che ricorrono obbligatoriamente alla mediazione»; sul punto si conclude precisando che «l'opzione scelta appare quella maggiormente efficace sia sul piano dell'impatto sistematico che dal punto di vista della migliore allocazione delle risorse di bilancio» (pag. 16).

In sintesi, seppur la scelta di adottare la medesima misura di intervento riconoscendo l'accesso al patrocinio a spese dello Stato in mediazione sia stata valutata dichiaratamente «rilevante», la stessa è stata «scartata» solo e soltanto per problemi di bilancio. Il successo della mediazione evidentemente diviene un ostacolo di fatto insormontabile poiché i «numeri» della mediazione (ben diversi da quelli della negoziazione assistita) risulterebbero eccedenti le risorse che si intendono impegnare nel bilancio. Ma tale scelta operata nella proposta legislativa non appare sicuramente la



«migliore allocazione delle risorse», anche perché non si tratta della scelta «maggiormente efficace sul piano sistematico».

10. Attuazione di diritti fondamentali ed esigenze di contenimento della spesa pubblica.

Invero, la negoziazione assistita quale strumento di risoluzione consensuale delle controversie vive dei limiti che sono propri della negoziazione diretta sia pur assistita degli avvocati (tanto che nella Direttiva 2011/13/UE sugli “ADR per i consumatori” la definizione di ADR viene riservata soltanto a quei procedimenti nei quali esiste un organismo ADR e la procedura viene condotta da un terzo imparziale). Limiti che invece sono superati dalla mediazione in quanto costituisce una sede neutrale nella quale – con l’assistenza qualificata di un soggetto imparziale – vengono sviluppate opzioni negoziali ulteriori in virtù dell’intervento del mediatore che si pone quale “catalizzatore” tra le parti in conflitto (sempre assistite dagli avvocati).

Sono state già richiamate le motivazioni della sentenza della Corte costituzionale (n. 217 del 2019) che ha chiaramente valorizzato le diverse e maggiori potenzialità della mediazione rispetto alla negoziazione, per cui dal punto di vista sistematico ben diverso appare il quadro di riferimento.

D’altronde preoccupa non poco orientare le scelte di politica legislativa seguendo le esigenze di bilancio (nella corretta intenzione di contenimento della spesa pubblica) senza un preventivo allargamento della prospettiva all’intero sistema di accesso al patrocinio dello Stato ed al complessivo sistema delle spese di giustizia. La singola scelta, infatti, non può non collocarsi coerentemente e funzionalmente in una prospettiva idonea a garantire preventivamente ed in ogni caso i diritti fondamentali dei cittadini più deboli (in quanto non abbienti).

Se è vero, come è vero, che occorre allineare il sistema del patrocinio a spese dello Stato «anche per scongiurare possibili incidenti di legittimità costituzionale» (pag. 20 s.), l’approvazione di una riforma che si limita a rimuovere un meccanismo iniquo sollevando gli avvocati (e non i cittadini non abbienti) dall’onere sugli stessi gravanti relativo all’accesso alla giustizia civile, finisce per mantenere in essere la mortificante situazione in base alla quale la maggioranza dei cittadini non abbienti non possono accedere al beneficio quando sono obbligati ad agire sperando preventivamente la mediazione (e ciò senza considerare le ipotesi di cui si è detto, in cui gli esiti dei due procedimenti sono negativi e si concludono, perciò, senza l’accordo conciliativo).

L’occasione invece appare di straordinaria importanza in quanto le rilevanti esigenze di bilancio e la necessità di riconoscere il diritto dei non abbienti al completo accesso alla giustizia civile possono condurre a scelte più consapevoli e virtuose mediante una revisione del sistema delle spese di giustizia.

Le “leve” attraverso le quali rimodulare i costi dell’accesso possono permettere di distribuire al meglio le risorse allocandole dove sicuramente è indispensabile per garantire la tutela di un diritto fondamentale. Diverse in tal senso possono essere le soluzioni prospettabili, prima tra tutte la revisione del contributo unificato ed anche la sua graduazione sulla base della capacità contributiva anche integrando soluzioni che tengano conto dei costi previsti per la mediazione.

D’altronde la medesima A.I.R. sottolinea come con la riforma proposta (e a maggior ragione con l’allargamento prospettato) «nel medio e lungo termine i suddetti impatti economici potranno tradursi in un risparmio dei costi del giudizio evitando il prolungamento dei tempi del processo e l’ulteriore aggravio delle spese processuali, con ricadute positive per la collettività e l’intero sistema economico del Paese» (pag. 18). Un impatto destinato a moltiplicarsi con il costante incremento dell’accesso dei cittadini ai procedimenti ADR.

Peraltro, proprio per la mediazione l’intervento appare ancora più urgente in considerazione del contrasto giurisprudenziale in essere che marca ancor di più la discriminazione tra cittadini non abbienti in base alla competenza territoriale del tribunale cui devono rivolgere l’istanza. Senza considerare poi che le materie per le quali occorre esperire la mediazione coinvolgono situazioni nelle quali le liti portano con sé un carico conflittuale ed anche relazionale ben più impegnativo (si pensi alle liti successorie, a quelle condominiali o derivanti da responsabilità medica, ma anche a quelle bancarie o finanziarie).

Tali ultimi rilievi tuttavia non devono far perdere però la prospettiva costituzionale già più volte richiamata in quanto l’accesso alla giustizia civile non può essere selezionato attuando meccanismi che riconoscono solamente ad alcuni cittadini non abbienti la piena tutela. L’accesso ai non abbienti deve necessariamente essere riconosciuto



sempre e comunque restando in facoltà del legislatore ordinario fissare i parametri reddituali per l'accesso e tutte le altre modalità per renderlo effettivo e regolamentando i percorsi stragiudiziali e giudiziali in maniera tale da costruire un sistema articolato che sia rapido, efficiente, adeguato e sostenibile.

Al riguardo, la medesima A.I.R. precisa di aver tenuto conto anche dei lavori della "Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato", presieduta dal prof. avv. Guido Alpa e conclusi il 18 gennaio 2017.

Invero, la citata Commissione, quanto all'istituto della negoziazione assistita, ha proposto tra l'altro di rendere «effettiva la procedura di negoziazione in tema di famiglia» (che non è prevista come obbligatoria) ipotizzando per i non abbienti la possibilità di essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato «e ciò ad evitare che i non abbienti siano costretti a riversare sui tribunali la definizione di controversie che essi sarebbero disposti a risolvere attraverso la via convenzionale con l'assistenza di un avvocato» (pag. 37). Per completezza occorre ricordare che detta Commissione, dopo un breve raffronto con le esperienze statunitense e francese, auspicava, similmente al primo sistema, «l'abolizione dell'obbligatorietà della negoziazione assistita in ogni materia» (pag. 136) mentre prevedeva un allargamento delle materie da assoggettare alla mediazione (pag. 14).

Inoltre, con riguardo alla procedura mediativa la Commissione aveva proposto «la possibilità per le parti di detrarre il costo della mediazione, in caso di esito negativo, dal contributo unificato del giudizio istaurato o da istaurare. Se l'accordo è raggiunto, occorrerebbe invece rendere effettivo il credito di imposta» con la possibilità di detrazione fiscale diretta. Infine, era stata prevista anche «l'ammissione al patrocinio dello Stato per le parti che si rivolgono all'organismo di mediazione, con conseguenti benefici anche per l'organismo e per i difensori» (pag. 14).

11. Sintesi delle proposte conclusive.

In conclusione, ed in via di estrema sintesi, si ritiene sicuramente necessaria una riforma del patrocinio a spese dello Stato con riguardo ai procedimenti stragiudiziali finalizzati alla composizione negoziale delle liti civili.

Per cui si valuta favorevolmente il riconoscimento dell'accesso a tale aiuto (necessario) dello Stato per i non abbienti nella negoziazione assistita quando la stessa è prevista quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, ma tale sostegno occorre che non sia limitato soltanto alle ipotesi in cui viene raggiunto l'accordo. Sarebbe importante infatti l'estensione di tale beneficio nei casi in cui la negoziazione assistita non è obbligatoria ed almeno nei casi in cui interviene per regolamentare i rapporti derivanti dalle crisi coniugali (art. 6, D.l. 132/2014).

L'approvazione della riforma in questione postula tuttavia l'introduzione della medesima regolamentazione per la mediazione quando la stessa è prevista quale condizione di procedibilità (*ex lege* o *ex officio iudicis*), includendo anche in tale ambito i costi della procedura che devono essere versati all'organismo di mediazione (e, quindi, non soltanto per l'assistenza legale). Anche per la mediazione si auspica l'allargamento del sostegno statale per quei cittadini non abbienti che intendano utilizzare la procedura anche quando non è prevista come obbligatoria.

A tal fine non è di ostacolo il rilievo secondo cui quando la mediazione non è obbligatoria si ritiene che l'assistenza legale non sia necessaria (come anche si è detto che tale assistenza non può essere imposta nelle liti dei consumatori nei procedimenti ADR di cui agli artt. 141 ss. Cod. consumo come integrato dal D.lgs. n. 130 del 2015 in sede di recepimento della Direttiva 2011/13/UE).

Sul punto, anche di recente, la Suprema Corte di Cassazione ha ribadito che «la disciplina sul patrocinio a spese dello Stato è applicabile in ogni procedimento civile, pure di volontaria giurisdizione ed anche quando l'assistenza tecnica del difensore non è prevista dalla legge come obbligatoria (Cass. n. 30069 del 2017)» (Cass. civ. Sez. II, sent., 4 giugno 2019, n. 15175)

E ciò in quanto il patrocinio a spese dello Stato «copre ogni esigenza di accesso alla tutela giurisdizionale: sia quando questa tutela coinvolge necessariamente l'opera di un avvocato, sia quando la parte non abbiente potrebbe, teoricamente, attivare anche personalmente l'istanza giurisdizionale, ma domandi la nomina di un difensore al fine di essere consigliata nel miglior modo sull'esistenza e sulla consistenza dei propri diritti e ritenga di non essere in grado di potere operare da sé» (Cass. n. 15175 del 2019).



Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

La conclusione, secondo la Cassazione, «oltre a discendere dalla lettera della legge, appare altresì perfettamente coerente con la finalità stessa dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato, che, in adempimento del disposto di cui all'art. 24 Cost., comma 3, è volto ad assicurare alle persone non abbienti l'accesso alla tutela offerta dalla giurisdizione in modo pieno e consapevole ed in posizione di parità con quanti dispongono dei mezzi necessari. Posizione di parità che si sostanzia, nel caso in cui la parte possa stare in giudizio personalmente, anche nell'esercizio della facoltà di avvalersi della consulenza ed assistenza tecnica di un avvocato al fine di tutelare nel modo ritenuto più adeguato i propri interessi e diritti» (Cass. n. 15175 del 2019).

Una conclusione che diviene anche una linea guida per il legislatore che intenda riformare il patrocinio a spese dello Stato in una prospettiva assiologicamente orientata alla piena attuazione del precetto costituzionale dell'eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.) di cui è diretta espressione l'art. 24, comma 3, Cost.

D'altro canto, i sistemi alternativi di composizione dei conflitti costituiscono non tanto e non soltanto una semplice esigenza di diversificazione necessaria a supplire ad un apparato giudiziario che non riesce a fronteggiare la crescente domanda di giustizia, ma un'esigenza culturale da percorrere per la sostenibilità del più complesso sistema giustizia.