



Documento di sintesi dell'audizione tenutasi dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sul DDL 1881 (Governo) recante "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".*

Sommario

- 1. Breve presentazione dell'Associazione UNAM;**
- 2. Analisi sintetica dei risultati conseguiti dalla mediazione civile e commerciale;**
- 3. Proposte di UNAM per l'implementazione della mediazione;**
- 4. Sulla disciplina del patrocinio a spese dello Stato nelle procedure di mediazione.**

1. Breve presentazione dell'Associazione UNAM.

U.N.A.M. – Unione Nazionale Avvocati per la Mediazione è l'unione dei professionisti del mondo forense che sostengono e promuovono la mediazione, la negoziazione e, in genere, le metodologie consensuali, quali modalità privilegiate ed appropriate di risoluzione delle controversie.

UNAM è stata costituita nell'aprile del 2014 e, con delibera del Consiglio Nazionale Forense in data 20 settembre 2019, ha ottenuto il riconoscimento di **Associazione Specialistica Maggiormente Rappresentativa** ai sensi dell'art. 35, co. 1, lett. s), della L. n. 247/2012 e del Regolamento C.N.F. 11 aprile 2013, n. 1.

UNAM opera su ampia parte del territorio nazionale attraverso 26 Sezioni Locali (ad oggi), coordinate da un Responsabile di Sezione.

Obiettivo principale di UNAM è quello di promuovere e diffondere, in ambito forense e professionale, una cultura della risoluzione consensuale del contenzioso,

attraverso principalmente il ricorso alla mediazione ed alla negoziazione diretta tra le parti, assistite da un avvocato.

2. Analisi sintetica dei risultati conseguiti dalla mediazione civile e commerciale.

La mediazione civile e commerciale, come noto, è stata introdotta nel nostro Ordinamento dal D.lgs. 28/2010, in attuazione della Direttiva n. 52/2008, entrando in vigore il 20 marzo del 2010.

Lo stesso D.lgs. 28/2010 ha previsto l'obbligo della mediazione in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. L'entrata in vigore dell'obbligo della mediazione era stata posticipata di un anno ed è, pertanto, diventata effettivamente vigente soltanto in data 20 marzo 2011.

Dopo circa 18 mesi di vigore della normativa, la Sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5 c. 1 del D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28 relativamente all'aspetto dell'obbligatorietà della mediazione quale previsione normativa prevista in eccesso rispetto alla delega conferita nella normativa primaria. Il cosiddetto Decreto del Fare (D.L. 69/2013) ha ripristinato, con norma di rango primario, mediante introduzione del c. 1 bis all'art. 5, la condizione di procedibilità della mediazione sulle medesime materie originariamente previste, ad eccezione del risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.

Lo stesso Decreto del Fare ha modificato in maniera significativa il modello di mediazione che è stato, quindi, riconosciuto compatibile con l'art. 24 della Costituzione, in quanto attribuisce alle parti la libertà di non avvalersi del procedimento di mediazione dopo il primo incontro, unico passaggio obbligatorio ai sensi della normativa riformata.

A distanza di sei anni dal Decreto del Fare, i risultati della mediazione possono ritenersi significativi e consolidati.

I dati statistici disponibili presso il Ministero della Giustizia dimostrano che la mediazione ha funzionato in tutte quelle controversie dove si rileva una relazione intercorrente tra le parti, di natura contrattuale, familiare o comunque di conoscenza personale. Così le mediazioni in materia di **condominio, locazione, diritti reali, successioni ereditarie e divisioni**, hanno prodotto risultati particolarmente significativi, al punto che il calo medio delle iscrizioni a ruolo delle

cause in queste materie, nell'arco temporale dal 2013 al 2018, **ha raggiunto il 40%**, a fronte di un calo medio di tutte le altre materie pari a circa il 25 %.

Anche la Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 97/19, nell'esprimersi – in riferimento agli artt. 3 e 77, secondo comma, della Costituzione – su identiche questioni di legittimità costituzionale dell'art. 84, comma 1, lettera b), del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 98, che hanno inserito il comma 1-bis all'art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali), nonché dell'art. 84, comma 1, lettera i), dello stesso d.l. n. 69 del 2013, nella parte in cui aggiunge il comma 4-bis, secondo periodo, all'art. 8 del citato d.lgs. n. 28 del 2010, nonché del comma 2 del medesimo art. 84 e, infine, subordinatamente alla questione avente ad oggetto l'art. 84, comma 1, lettera b), del d.l. n. 69 del 2013, dubita, inoltre, della legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 28 del 2010, in riferimento all'art. 3 Cost. ha avuto modo di affermare 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 (miglioramento dell'efficienza del sistema giudiziario e dell'accelerazione dei tempi di definizione del contenzioso civile – ndr) e, pertanto, la scelta legislativa di rendere obbligatoria solo la prima, e non la seconda, anche nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo”*.

La ontologica diversità degli istituti nella parte relativa al loro svolgimento comporta la necessità di valutare le misure utili a favorirle con uno sguardo particolare alla loro efficacia rispetto alla ratio del legislatore che le ha introdotte.

3) Proposte di UNAM per l'implementazione della mediazione.

Alla stregua dei risultati conseguiti, appare ben chiaro quali possano essere gli interventi per implementare la mediazione in materia civile e commerciale.

Di certo sarebbe miope depotenziare la mediazione in una fase in cui dopo molti anni dalla sua introduzione, ha dimostrato di essere un istituto utile e agile, sia in chiave deflattiva, riducendo i flussi in entrata e agevolando la soluzione di liti pendenti, sia in chiave negoziale, essendo strumento di agile fruibilità per le parti per la regolazione dei propri diritti ed interessi.

D'altro canto, alcune delle riforme intervenute negli ultimi anni, unitamente ad altri diversi fattori, hanno prodotto una significativa (e storica) inversione di tendenza nel

nostro sistema giurisdizionale: le pendenze civili hanno registrato un calo di circa il 40% dall'anno 2009 fino ad oggi e le iscrizioni a ruolo dei procedimenti civili contenziosi sono calate di circa il 25 % dal 2013 al 2018 (fino a raggiungere il 40%, come già detto, nelle materie di obbligatorietà della mediazione).

Posto che l'introduzione di alcune procedure stragiudiziali (in particolare la mediazione) hanno avuto un evidente effetto deflattivo, sarebbe del tutto errato depotenziare la mediazione.

Se poi (come è vero) la mediazione non ha performato alla stessa maniera in tutti i contesti territoriali ed in tutte le materie, ci si deve interrogare sui possibili motivi e sugli eventuali correttivi alla normativa ed alla diffusione culturale dell'istituto, di sicuro perfezionabili.

Nel corso degli ultimi anni, UNAM ha avuto modo di formulare le seguenti **proposte di riforma**, molte delle quali in linea con le risultanze dei lavori della Commissione Alpa, insediatasi presso il Ministero della Giustizia nel corso della passata legislatura.

- Revisione ed ampliamento delle materie soggette alla condizione di procedibilità, con inclusione di tutte le controversie di natura contrattuale (come, tra le altre, appalti privati, contratti di natura commerciale, prestazione d'opera, anche intellettuale), oltre che alcune controversie in materia societaria.
- Eliminazione dell'obbligo per il giudice di disporre la mediazione nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo, a seguito della pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione, fatta salva la facoltà del giudice di ordinare la mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 2, D.lgs. 28/2010.
- Revisione del modello di mediazione attualmente vigente, in particolare con la eliminazione del primo incontro filtro e con la previsione di una sessione obbligatoria di mediazione, comunque effettiva, ad un costo calmierato in base al valore della controversia (spese di avvio).
- Previsione della possibilità di rendere utilizzabile nel successivo giudizio la consulenza tecnica espletata in sede di mediazione, con il consenso di tutte le parti, fatta salva la possibilità per il giudice di richiamare il consulente per chiarimenti o di rinnovare la consulenza.
- Previsione del potere di autenticazione, da parte dell'avvocato, della firma del proprio assistito in calce all'accordo raggiunto in sede di mediazione, anche ai fini dello svolgimento delle procedure in collegamento telematico.

A ciò aggiungasi che i risultati raggiunti non hanno potuto apprezzare e godere del favor del credito di imposta, previsto dalla normativa primaria e mai attuato con il Decreto previsto dalla norma, con la ragionevole ipotesi che i numeri di oggi avrebbero potuto essere anche superiori qualora ci fosse stata l'indicata misura, peraltro già prevista per la negoziazione assistita l'entrata in vigore del credito di imposta.

4) Sulla disciplina del patrocinio a spese dello Stato nelle procedure di mediazione.

L'analisi del testo del DDL, considerati gli scopi dell'Unam si limiterà alle previsioni riferite e/o riferibili all'introduzione del Patrocinio a spese dello Stato nelle ADR.

Il testo unico spese di giustizia (D.P.R. n. 15 del 30 maggio 2002), nel quale è contenuta la disciplina del patrocinio a spese dello Stato (parte III, artt. da 74 a 145), prevede all'art. 74 che *"(...) 2. E', altresì, assicurato il patrocinio nel processo civile, amministrativo, contabile, tributario e negli affari di volontaria giurisdizione, per la difesa del cittadino non abbiente quando le sue ragioni risultino non manifestamente infondate"*, e all'art. 75 che *"1. L'ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse"*.

Con questa disposizione, la cui prima formulazione era contenuta nella (mai entrata in vigore) l. 134 del 29 marzo 2001 (art. 13), che introduceva in tutti i giudizi civili, e non solo in quelli in materia di lavoro (in cui la gratuità del giudizio era stata prevista nel 1973) o di accertamento della responsabilità civile dei magistrati (in cui era stato introdotto nel 1988), l'istituto del patrocinio, "a spese dello Stato" e non più "gratuito", fino ad allora ufficio onorifico ed obbligatorio del ceto forense, si mirava a dare finalmente attuazione al disposto dell'art. 24 della Costituzione, secondo cui *"Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. - La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. - Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione"*.

Art. 1

Modifica art. 74: introduzione comma 2-bis mediante previsione del patrocinio a spese dello Stato anche nelle procedure di negoziazione assistita di cui al decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, quando tali procedure costituiscono condizione di

procedibilità della domanda giudiziale ed è stato raggiunto un accordo. *(cfr. commento di seguito)*.

Modifica art. 75: introduzione comma 2-ter, quale disposizione di coordinamento con il modificato art. 74, comma 2-bis. La disposizione, così come modificata, estende l'applicabilità del patrocinio a spese dello Stato anche alle ipotesi che concernono le procedure di negoziazione assistita. *(cfr. commento di seguito)*.

Modifiche artt. 107 c. 3 lett. f): mera sostituzione della parola "onorario" con la parola "compenso" coordinando il Testo con la normativa professionale ex L. 247/12.

Modifiche art. 170: coordinamento della disposizione con la sentenza della Corte Costituzionale n. 106/16 con la quale è stato valorizzato il rinvio, contenuto nell'articolo 15, comma 1, del decreto legislativo n. 150 del 2011, al rito sommario, traendone la conseguenza che il decreto di liquidazione del compenso all'ausiliario, equiparato all'ordinanza del giudice monocratico, è appellabile nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione. ***La soluzione appare ampiamente condivisibile, sebbene andrebbe rivisitata alla luce dell'eventuale introduzione di un unico rito semplificato come previsto dalla bozza di riforma del processo civile recentemente circolata.***

Art. 2

L'art. 2 prevede disposizioni transitorie e di coordinamento in ragione delle modifiche introdotte nell'art. 1.

Sub art. 1 DDL modifica art. 74: Viene, infatti, specularmente modificato l'art. 3, comma 6 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162 assicurando il patrocinio per l'assistenza del cittadino non abbiente nelle procedure di negoziazione assistita sopramenzionate, quando tali procedure costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale e nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo.

Sub art. 1 DDL modifiche art. 74: Le modifiche indicate sono applicabili ai procedimenti di negoziazione assistita iniziati a norma dell'articolo 3, comma 2 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n.162, successivamente all'entrata in vigore del DDL.

Art. 3

L'art. 3 costituisce la disposizione riferibile alla parte finanziaria dell'intervento normativo.

Gli stanziamenti previsti appaiono insufficienti ove si considerino gli effetti relativi alla previsione di applicazione delle misure ai casi negoziazione assistita, nonché alle previsioni di rimessione in termini di tutte le istanze sinora giudicate inammissibili in base all'orientamento indicato nella Circolare citata sub modifica all'art. 83. A ciò aggiungasi che tali previsioni potrebbero impedire l'ampliamento delle misure alla mediazione, che secondo le statistiche ministeriali recenti, pur essendo non in aumento, costituiscono comunque uno strumento efficace di deflazione del contenzioso, almeno in alcune delle materie previste dal D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28.

Appare singolare, infatti, nella relazione al DDL l'affermazione in base alla quale "Si assicura che, ad eccezione degli oneri valutati evidenziati nella tabella sopra riportata, l'espletamento dell'attività giurisdizionale prevista dal presente provvedimento, potrà essere sostenuto nell'ambito delle dotazioni umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente", ove potrebbe ritenersi incomprensibile la locuzione "disponibile a legislazione vigente", ove le modifiche si riferiscono a impatti futuri, calcolati su base statistica. Tale indicazione non pare superabile dalla semplice previsione di autorizzazione in capo al MEF di variazioni di bilancio, ove si consideri che si renderebbe opportuno un sistema di monitoraggio particolare al fine di evitare eccessi di spesa.

Sull'affermazione della modifica della normativa in esame mediante introduzione della previsione del Patrocinio a spese dello Stato alle sole ipotesi di negoziazione assistita, sia consentito riportate le seguenti considerazioni al fine di valutazione non positiva della limitazione alla sola ipotesi di negoziazione assistita, ove si indichi erroneamente che la previsione sia necessaria "per rendere effettivo il diritto di difesa anche nella fase che necessariamente precede l'instaurazione della controversia".

Sia sufficiente considerare che ipotesi nelle quali vi sia una fase stragiudiziale e/o comunque vi sia una condizione di procedibilità della domanda giudiziale nel nostro ordinamento, non possono essere limitate e/o ridotte ai soli casi, parimenti molto ridotte, di negoziazione assistita.

Valga, infatti, la menzione della mediazione ex D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28, le procedure conciliative innanzi all'Autorità per l'energia elettrica e il gas c.d. Arera; la conciliazione agraria; quelle innanzi all'Autorità per le garanzie delle comunicazioni ex art. 11 l. 31 luglio 1997, n. 249. Ancora, il codice del consumo che ha espressamente previsto, unitamente ad una folta legislazione specifica, varie

forme di ADR e di ODR dedicate ai consumatori per la gestione pacifica delle controversie di consumo e, infine, la l. n. 84/06, che per la prima volta ha disciplinato l'attività delle tintolavanderie, ed ha previsto l'istituzione di Commissioni conciliative per la soluzione rapida delle vertenze in caso di danni agli indumenti o smarrimento degli stessi, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori.

L'affermazione della misura in esame ai fini dell'effettività del diritto di difesa, infatti, appare altresì limitativa dei contesti nei quali la difesa, pur non essendo obbligatoria, appare necessaria, al contrario, ma esclude contesti alternativi dove la difesa è obbligatoria, come la mediazione.

Quanto alle spese necessaria alla copertura delle misure, deve essere considerato che per la negoziazione assistita non vi sono numeri apprezzabili in ragione della circostanza che gli Avvocati non comunicano ai rispettivi Ordini di appartenenza, come previsto dalla normativa di riferimento, l'avvenuta conclusione di accordi mediate utilizzo della negoziazione assistita. La conseguenza è che la misura che si intende introdurre potrebbe non avere risorse necessarie al momento in cui la stessa ne favorisca un utilizzo largamente superiore a soli fini di utilizzo della introducenda misura, peraltro priva di qualsiasi controllo ex ante o ex post sui requisiti per l'accesso.

Al contrario nella mediazione civile e commerciale le previsioni economiche potranno essere maggiormente prevedibili e preventivabili in ragione:

- a) Dell'obbligo di comunicazione dei dati statistici al Ministero;*
- b) Del controllo di un Ente che, seppur avente natura privatistica, sono in larga parte sotto il controllo di soggetti pubblici come gli Ordini professionali almeno limitatamente agli organismi di natura forense;*
- c) Della possibile sottoposizione degli accordi all'omologa ai soli fini di controllo ex post come già previsto da altre forme di accordi stragiudiziali di previsione normativa.*

In termini di proposta emendativa, quindi, si propone una modifica al testo dell'art. 1 del DDL 1881 come segue:

“È inoltre assicurato il patrocinio per l'assistenza del cittadino non abbiente nelle procedure di negoziazione assistita di cui al decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, *nonché in quelle di cui al D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28, quando le predette procedure*

costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale e al termine di essa è stato raggiunto un accordo”.

Sia consentito, infine, rinviare qui di seguito a A. Atti, in G. Di Marco-C. Mastellone (a cura di), “La Mediazione Forense”, Torino, 2018 per una migliore fruibilità scientifica dei temi affrontati nel presente contributo.

1. Patrocinio a spese dello Stato ed attività civile stragiudiziale: il problema e le posizioni della giurisprudenza.

Come si può ben comprendere dalla lettura testuale delle norme, il nostro sistema prevede testualmente l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato, con conseguente gratuità per il beneficiario della difesa tecnica, per la sola assistenza in giudizio, *“davanti ad ogni giurisdizione”* (art. 24 Cost.), anche quindi *“nel processo civile, amministrativo, contabile, tributario e negli affari di volontaria giurisdizione”* e nelle *“eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse”* (artt. 74 e 75 d.p.r. n. 115/2002).

Fino a non molto tempo fa, era assolutamente pacifica e unanime l’opinione che l’assistenza stragiudiziale, al di fuori di un giudizio, fosse esclusa dall’ambito di applicabilità del beneficio.

La questione è stata affrontata sia (occasionalmente) dalla giurisprudenza di merito, sia da quella di legittimità.

Il Tribunale di Torino, con decreto del 17 febbraio 2006¹, dichiarò inammissibile l’istanza di liquidazione del compenso al difensore di un ammesso al beneficio, per l’attività stragiudiziale prestata raggiungendo una transazione prima dell’instaurazione del giudizio per il quale era stata ottenuta l’ammissione, in quanto *“dall’ art. 74, comma 2°, D.P.R. n. 115/2002, che assicura il patrocinio per la difesa del cittadino non abbiente soltanto nel ‘processo civile, amministrativo, contabile, tributario e negli affari di volontaria giurisdizione’; dall’ art. 75, D.P.R. n. 115/2002 che, dopo aver chiarito che l’ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure comunque connesse, indica le altre ipotesi alle quali si applica la relativa disciplina, tra le quali non è ricompresa l’attività stragiudiziale; dall’ art. 122 D.P.R. n. 115/2002, ai sensi del quale l’istanza contiene, a pena di inammissibilità, tra l’altro, ‘la specifica indicazione delle prove di cui si intende chiedere l’ammissione’; dall’ art. 124 D.P.R. n. 115/2002, ai sensi del*

¹ Rinvenibile esclusivamente nelle banche dati telematiche.

quale l'istanza è presentata al Consiglio dell'Ordine degli avvocati del 'luogo in cui ha sede il magistrato davanti al quale pende il processo, ovvero, se il processo non pende, quello del luogo in cui ha sede il magistrato competente a conoscere del merito' ".

La pronuncia del Tribunale di Torino è stata poi confermata dalla Corte di Cassazione (e prima dalla Corte d'appello di Torino), con sentenza n. 24723 del 23 novembre 2011². La Corte osserva che *"Le disposizioni citate non lasciano alcun dubbio che il patrocinio a spese dello Stato è previsto esclusivamente per la difesa in giudizio del cittadino non abbiente, avendo il legislatore inteso in tal modo dare attuazione al dettato dell'art. 24 Cost.. Ed invero, l'onere posto a carico dello Stato e quindi della collettività in tanto è giustificato in quanto sia preordinato a soddisfare l'esigenza di assicurare il ricorso alla tutela giurisdizionale (...), perché altrimenti si verrebbe a negare il riconoscimento di diritti per l'impossibilità del singolo di accedere alla giurisdizione a causa delle proprie condizioni economiche"*.

La pronuncia poi incidentalmente osserva, *"in conformità di un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, (...) che devono considerarsi giudiziali anche quelle attività stragiudiziali che, essendo strettamente dipendenti dal mandato alla difesa, vanno considerate strumentali o complementari alle prestazioni giudiziali, cioè di quelle attività che siano svolte in esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentanza e la difesa in giudizio (e sulla base di tale presupposto è stato riconosciuto dovuto il compenso per l'assistenza e l'attività svolta dal difensore per la transazione della controversia instaurata dal medesimo)"*.

L'orientamento consolidato cui la pronuncia fa riferimento è quello secondo cui la Corte di Cassazione, *"sul presupposto che le prestazioni stragiudiziali che siano strettamente dipendenti dal mandato relativo alla difesa, così da potersi considerare attività strumentale o complementare di quella propriamente processuale, hanno anche esse natura di prestazioni giudiziali (Cass. 1.3.1994 n. 2034), ha ritenuto prestazione giudiziale, ai fini dell'applicazione della legge professionale forense 13.6.1942 n. 794, anche l'assistenza e l'attività svolta dal difensore, stragiudizialmente, per transigere una controversia, trattandosi di attività complementare e dipendente da quella per cui gli è stato conferito il mandato (Cass. 6.9.1991 n. 9381; Cass. 6.8.1997 n. 7223)"*³.

² Rinvenibile ad es. in <http://www.altalex.com/documents/news/2012/07/03/gratuito-patrocinio-non-copre-l-attivita-stragiudiziale>.

³ Così testualmente Cass., 4 dicembre 2009, n. 25675, leggibile nelle banche dati telematiche.

Viene delineata, quindi, una nozione ampia ed estesa di attività giudiziale, che ricomprende in sé anche le attività prodromiche o collaterali ad un giudizio; ma che riconferma decisamente l'esclusione dall'ammissibilità al beneficio per l'attività più propriamente e strettamente stragiudiziale⁴.

In applicazione del suddetto orientamento consolidato, è stata ritenuta commessa una violazione deontologica, da parte dell'avvocato che aveva chiesto direttamente alla parte ammessa al beneficio il pagamento del compenso per l'attività stragiudiziale, sulla base del disposto dell'(ex) art. 11, canone II, del codice deontologico, secondo il quale *“Costituisce infrazione disciplinare il rifiuto ingiustificato di prestare attività di gratuito patrocinio o la richiesta all'assistito di un compenso per la prestazione di tale attività”*; divieto oggi contenuto nell'art. 29, comma 8, del nuovo codice deontologico del 2014, secondo cui *“L'avvocato, nominato difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato, non deve chiedere né percepire dalla parte assistita o da terzi, a qualunque titolo, compensi o rimborsi diversi da quelli previsti dalla legge”*.

Nel caso di specie, il difensore aveva chiesto il pagamento all'assistito di onorari per lo svolgimento di una *“attività propedeutica al procedimento da instaurare innanzi al giudice tutelare in relazione al quale era stata deliberata l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato”*, ritenendola attività stragiudiziale e dunque non coperta dal beneficio; il CNF prima, in sede di impugnazione della sanzione comminata dal Consiglio dell'Ordine di appartenenza, e la Cassazione poi, con la sentenza SS.UU. n. 9529 del 19 aprile 2013⁵, hanno ritenuto invece che *“L'attività professionale di natura stragiudiziale che l'avvocato si trova a svolgere nell'interesse del proprio assistito non è ammessa al patrocinio a spese dello Stato, in quanto si esplica al di fuori del processo, con la conseguenza che il relativo compenso si pone a carico del cliente. Tuttavia, ove si tratti di attività professionale svolta in vista della successiva azione giudiziaria, essa deve essere ricompresa nell'azione stessa ai fini della liquidazione a carico dello Stato, sicché in relazione alla stessa il professionista non può chiedere il compenso al cliente ammesso al patrocinio a spese dello Stato”*.

Con ciò, Corte e CNF confermano l'apertura già contenuta nella motivazione di Cass. n. 24723/2011, e sanciscono l'inclusione, nell'attività giudiziale, delle attività stragiudiziali propedeutiche, oltre che accessorie, *“derivate ed accidentali, comunque connesse”*, *“strumentali o complementari”* alla difesa dell'assistito.

⁴ Questione incredibilmente non ancora sottoposta - se non incidentalmente, e con valutazione di inammissibilità, nella sentenza n. 276 del 13 luglio 2000 in materia di tentativo obbligatorio di conciliazione nel processo del lavoro - al vaglio della Corte Costituzionale.

⁵ Pubblicata in *Diritto & Giustizia*, 2013.

La pronuncia, tuttavia, lascia irrisolta la questione se l'Avvocato possa vantare nei confronti del cliente un compenso per l'attività prestata a favore dell'ammesso al beneficio, prima e strumentalmente alla promozione di un giudizio, qualora però il giudizio poi non venga effettivamente instaurato, perché reso inutile dall'accordo raggiunto stragiudizialmente.

Alla questione dà risposta positiva una pronuncia del Giudice di Pace di Arona⁶ dell'11 - 16 gennaio 2013, che afferma *“Vero è che il difensore che abbia ottenuto l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato non può e non deve, a pena anche di illecito disciplinare, chiedere al cliente alcunché per le prestazioni rese. Ma vero è che tale norma trova applicazione quando il legale abbia effettuato attività che sarà retribuita dallo Stato, la ratio di tale disposizione consistendo nella giusta previsione che il legale non può farsi pagare due volte, sia dallo Stato che dal cliente. Ma il caso in esame è diverso. L'avv. P. chiede il pagamento di prestazioni per le quali lo Stato non le corrisponderà nulla, essendo stata respinta la liquidazione dall'ordine di XX. Seguendo la rigida argomentazione della convenuta, il legale che pure ha bene svolto il proprio incarico, evitando la lungaggine e l'alea di un giudizio ottenendo un risultato favorevole al cliente in via stragiudiziale, non avrebbe diritto ad alcun compenso. Non v'è chi non veda come tale assunto non possa essere condiviso”*. Il precedente, però, è isolato.

2. L'introduzione di forme stragiudiziali di risoluzione dei conflitti; la disciplina di mediazione e negoziazione assistita.

A partire dal 2010, il legislatore italiano ha introdotto, nel ventaglio degli strumenti di risoluzione dei conflitti, forme alternative alla via giudiziaria⁷, caratterizzate dalla natura non aggiudicativa, e pacificamente rientranti nell'attività forense stragiudiziale.

Nel 2010, con il d. lgs. N. 28 del 4 marzo 2010, nel nostro sistema è stata introdotta la mediazione delle controversie civili e commerciali, in alcuni casi (indicati nell'art. 5) condizione di procedibilità della domanda giudiziale, procedimento (artt. 3, 8 e

⁶ Pubblicata, con nota di C. SORRENTINO, in <https://www.filodiritto.com/articoli/2013/10/gratuito-patrocinio-e-compenso-per-attivita-stragiudiziale-non-seguita-da-giudizio> e in <http://www.avvocatosorrentino.it/2013/09/gratuito-patrocinio-compenso-attivita.html>.

⁷ Esiste da tempo invece l'arbitrato, forma alternativa alla giurisdizione statale ma completamente diversa da quelle di cui si parla, la cui disciplina è contenuta negli articoli 806 ss. c.p.c., poi profondamente riformata con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 entrato in vigore il 2 marzo 2006, che segue le precedenti modifiche dell'istituto introdotte con L. 9 febbraio 1983, n. 28 e con L. 5 gennaio 1994, n. 25.

11) amministrato dagli Organismi di mediazione, pubblici e privati, che la medesima disposizione disciplina.

Nel 2014, con il d.l. n. 132 del 12 settembre 2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 162 del 10 novembre 2014, il legislatore ha previsto l'introduzione della negoziazione assistita da uno o più avvocati, in determinati casi (elencati all'art. 3) condizione di procedibilità della successiva domanda giudiziale, procedimento direttamente ed informalmente gestito dai difensori delle parti, pur se articolato in una sequenza procedimentale (artt. 3 e 4).

Rispetto ad entrambi questi metodi alternativi di risoluzione delle controversie, sugli avvocati incombono precisi doveri di informativa della parte assistita⁸, ed anche obblighi legati alla astratta ammissibilità al patrocinio a spese dello Stato dei propri clienti.

Per quanto riguarda il procedimento di mediazione, l'avvocato deve informare precisamente i clienti del fatto che (art. 17, comma 5-bis) *“Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del presente decreto, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del 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, e successive modificazioni. A tale fine la parte è tenuta a depositare presso l'organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonché a produrre, a pena di inammissibilità, se l'organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato”*. Nulla dice la legge, invece, del compenso al difensore per l'assistenza prestata in mediazione in questi casi.

⁸ Nella mediazione, art. 4, comma 3 d.lgs 28/2010: *“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'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. 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. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione”*; nella negoziazione assistita, art. 2, comma 7, l. 162/2014: *“E' dovere deontologico degli avvocati informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita”*. Doveri trasfusi nel nuovo codice deontologico, all'art. 27, comma 3 *“L'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare chiaramente la parte assistita della possibilità di avvalersi del procedimento di negoziazione assistita e, per iscritto, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge”* (la menzione della negoziazione assistita risale al febbraio 2018).

Per quanto riguarda invece la negoziazione assistita, all'art. 3 comma 6 vi è una disposizione che, oltre ad essere ovvio oggetto di informativa specifica, incide direttamente sul compenso del difensore: *“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, ai sensi dell'articolo 76 (L) del 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 e successive modificazioni. A tale fine la parte è tenuta a depositare all'avvocato apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo avvocato, nonché a produrre, se l'avvocato lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato”*. Previsione peraltro non replicata laddove la legge fa riferimento alla negoziazione assistita in materia familiare (art. 6), con grave disparità di trattamento dei difensori (e degli assistiti).

Questa norma ha suscitato numerosi dubbi e critiche; alcuni⁹ hanno con sicurezza affermato che il compenso del difensore¹⁰, in tal caso, vada fatto gravare sullo Stato, in forza del disposto di cui all'art. 75 TU spese di giustizia¹¹. Sulla base dei precedenti sopra citati e delle considerazioni là svolte, la sicurezza pare forse eccessiva¹², quanto meno nel caso in cui la negoziazione abbia successo; ciò è tanto vero, che fin dall'introduzione della disciplina della negoziazione assistita vi sono state proposte di riforma¹³ del testo di legge, volte ad introdurre la regolamentazione della liquidazione, a favore del difensore dell'ammissibile al patrocinio a spese dello Stato, dei compensi maturati¹⁴.

In argomento, recentemente, il CNF ha, nella propria proposta di modifica del TU spese di giustizia¹⁵, modificato il testo degli artt. 74 e 75 del TU, introducendo in

⁹ Ad esempio L. VECCHIONE, *La negoziazione assistita - Commento al d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014* (a cura di I. BADARACCO - S. PALOMBI - L. VECCHIONE), p. 10, leggibile in <http://www.studiolegalevecchione.it/wp-content/uploads/2015/03/Libretto-negoziazione-assistita.pdf>

¹⁰ Sulla base della misura oggi regolata e prevista dal d.m. n. 37 del 8 marzo 2018, che ha integrato con la tabella 25-*bis* il d.m. n. 55 del 10 marzo 2014 (decreto parametri).

¹¹ Con procedimento assimilabile a quello che, vedremo al § 9.4, è stato utilizzato in casi di mediazione precessuale andata a buon fine; ovvero essa dovrà essere richiesta con ricorso al giudice che in ipotesi sarebbe stato competente, in base alle ordinarie norme, per la trattazione della causa.

¹² Anche in virtù del fatto che la maggiore informalità e la minore strutturazione del procedimento di negoziazione assistita rende meno agevole, rispetto alla procedura di mediazione, la valutazione da parte del giudice ai fini della liquidazione del compenso.

¹³ Quali la proposta di legge n. 3479 Camera, redatta sulla scia della mozione OUA del 15 settembre 2015.

¹⁴ Mentre è quanto meno singolare che non altrettante sensibilità ed attenzioni siano state riservate da alcuno agli organismi di mediazione ed ai mediatori, che sono obbligati per legge ad operare, nella medesima situazione, gratuitamente.

¹⁵ Si può leggerla sul sito del CNF, al link http://www.consiglionazionaleforense.it/patrocinio-a-spesse-dello-stato/-/asset_publisher/JjI5BSAgOiy8/content/la-proposta-di-riforma-del-cnf-della-legge-sul-patrocinio-a-spesse-dello-stato/25901?inheritRedirect=false

entrambi gli articoli un comma 3, che prevede l'ammissibilità al beneficio e l'applicazione della disciplina vigente al *"patrocinio nei procedimenti di mediazione di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, alle procedure di negoziazione assistita di cui al decreto legge 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014 n. 162 ed in quelle di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3 anche quando tali procedure non costituiscano condizione di procedibilità"*.

La Commissione Alpa¹⁶ ha, a sua volta, proposto di far rientrare esplicitamente nel patrocinio a spese dello Stato l'attività svolta dal difensore non solo quando la mediazione, avendo avuto esito negativo, è stata seguita dal processo, ma anche quella prestata, nei casi di mediazione obbligatoria nel caso in cui la mediazione abbia esito positivo e non sia sfociata quindi in un processo. La Commissione, cioè, ha ritenuto opportuno proporre di introdurre nel testo di legge questa specifica duplice previsione, visto che, come si è visto e vedremo nei prossimi paragrafi, si tratta di argomento sul quale si registrano opinioni e orientamenti contrastanti.

3 Il conflitto tra l'orientamento tradizionale sulla non ammissibilità del patrocinio a spese dello Stato per attività di assistenza stragiudiziale, e le fonti internazionali in tema di accesso alla giustizia.

All'art. 47, comma 3, la Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea 2000/C 364/01) dispone che *"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"*¹⁷.

¹⁶ La cd. "Commissione Alpa" è stata nominata nel 2016 dal Ministro della giustizia Andrea Orlando e presieduta dall'ex presidente del CNF prof. Guido Alpa; nel 2017 ha consegnato il dossier dei lavori sulle ADR, volti ad armonizzare e migliorare la normativa vigente relativa agli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al processo giudiziale, ovvero "mediazione", "negoziato assistita" e "arbitrato". Il testo proposto dell'art. 17, comma 5 bis del d. lgs n. 10/2010 sarebbe quindi: *"Quando la mediazione sia condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis, ovvero è disposta dal giudice, la parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio ai sensi dell'art. 76 del 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 ha diritto ad essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato anche per l'attività svolta dal difensore dinanzi all'organismo di mediazione. - In caso di mediazione svolta prima del processo, conclusasi con accordo, il Consiglio dell'Ordine competente all'ammissione è quello del luogo in cui ha sede il magistrato competente a conoscere del merito. La liquidazione del compenso al difensore in tal caso è effettuata dall'ufficio giudiziario che sarebbe stato competente per il giudizio"*. Nel testo proposto dalla Commissione Alpa vi è anche un inciso che si ricorda degli organismi di mediazione; si continua a prevedere che, in caso di astratta ammissibilità al beneficio, all'organismo non spetti alcuna indennità, ma *"L'organismo tuttavia potrà detrarre ai fini fiscali l'ammontare dell'indennità che gli sarebbe spettata"*.

¹⁷ La precedente Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Roma, 1950) prevede invece, all'art. 6 *"Diritto a un equo processo"*, comma 3, lett. c, che ogni individuo abbia diritto di *"difendersi personalmente o avere l'assistenza di un"*

La norma conferma la costante attenzione dedicata dall'Unione al perseguimento di un alto grado di protezione del cittadino, assicurandogli adeguati ed appropriati strumenti di tutela, informazione ed assistenza anche per tutto ciò che concerne le problematiche giuridiche e legali nelle quali egli possa incorrere.

Connaturato al diritto di accesso alla giustizia, in modo da renderlo effettivo e non pura affermazione di principio, è il prevedere ed assicurare che, quando un individuo non abbia sufficienti mezzi economici, gli siano garantiti idonei aiuti per consentirgli l'esercizio concreto di un proprio diritto. Si tratta del tema del *Legal aid*, ossia la possibilità concreta per le persone, che non hanno sufficienti mezzi, di essere comunque assistite da un difensore, garantendo loro così un *effettivo* accesso alla giustizia ed un giusto processo¹⁸.

La CEPEJ (*European Commission for the Efficiency of Justice*) periodicamente pubblica un rapporto (l'ultimo edito è quello 2016) sull'attuazione del *Legal aid* nei vari Stati membri; la commissione rileva che esso garantisce, di solito – come in Italia –, l'assistenza e la rappresentanza legale in giudizio (per difendersi in un giudizio o per intraprendere una causa, come attore o convenuto in un procedimento civile, o come indagato/imputato o vittima in un procedimento penale), e solo in alcuni ordinamenti copre altresì i costi relativi a *legal advice* (consulenza legale, ovvero assistenza pre-processuale), procedure stragiudiziali e ADR (Alternative Dispute Resolution)¹⁹.

Dopo la pubblicazione del Libro verde sull'assistenza giudiziaria in materia civile nelle controversie transfrontaliere (COMM 2000/51), il 27 gennaio 2003 è stata adottata la Direttiva 2003/8/CE sulle "*Cross-border disputes*", volta a garantire l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie²⁰. L'art. 3 Direttiva prevede che il *legal aid* si

difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, di poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia", in un'ottica dunque più simile a quella dell'art. 24 Cost, riferendosi più propriamente all'assistenza in un processo, per di più penale, vero e proprio, anziché ad una idea di assistenza legale onnicomprensiva e plurisfaccettata.

¹⁸ Con la Raccomandazione del CCBE sul *Legal aid* del 2010, l'avvocatura europea chiede alle Istituzioni europee e agli Stati membri che venga disciplinata al più presto una regolamentazione comune nella materia del *legal aid*, con precise garanzie e riconoscendo il ruolo essenziale degli avvocati. Il CCBE raccomanda infatti di "*Garantire il legal aid per tutte le aree legali - giurisdizionale, risoluzione alternativa delle controversie, compresa l'assistenza di un avvocato in tutte le fasi del procedimento, l'assistenza di esperti, la traduzione e l'interpretazione, e le altre spese processuali*" e di "*Riconoscere il ruolo fondamentale degli avvocati nelle procedure giudiziarie, in particolare evidenziando la supervisione deontologica e la qualità delle iniziative di servizio sviluppate dagli ordini forensi*".

¹⁹ Lo riporta M. GAZZOLA in "*L'Europa dei diritti. Il diritto di accesso alla giustizia e il legal aid*", in www.europeanrights.eu.

²⁰ Le è seguita la Decisione della Commissione 2004/844/CE del 9/11/2004, con elaborazione di un formulario uniforme per le domande di patrocinio a spese dello Stato.

considera adeguato se garantisce la consulenza legale nella fase pre-contenziosa al fine di evitare l'instaurarsi del giudizio, nonché l'assistenza legale e la rappresentanza in giudizio; si estende alle procedure stragiudiziali (art.10).

In Italia la Direttiva è stata recepita con d. leg. n. 116 del 27 maggio 2005. L'art. 6, comma 2 prevede che, nelle controversie transfrontaliere, *"Il patrocinio a spese dello Stato garantisce: a) la consulenza legale nella fase precontenziosa al fine di giungere a una soluzione prima di intentare un'azione legale; b) l'assistenza legale e la rappresentanza in sede di giudizio"*; l'art. 10 dispone 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"*.

A seguito del recepimento della citata Direttiva, in Italia vi è quindi una discrepanza tra l'ambito di operatività del patrocinio a spese dello Stato nelle controversie nazionali e in quelle transfrontaliere. Nelle prime, è coperta dal beneficio la difesa *"nel processo civile, amministrativo, contabile, tributario e negli affari di volontaria giurisdizione"* (art. 74 d.p.r. n. 115/2002) e *"l'ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse"* (art. 75 d.p.r. n. 115/2002)²¹. Nelle seconde, il beneficio copre *a) la consulenza legale nella fase precontenziosa al fine di giungere a una soluzione prima di intentare un'azione legale; b) l'assistenza legale e la rappresentanza in sede di giudizio* nonché *"i 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"*,

²¹ Con le precisazioni ampliative di cui alla sentenza Cass. SS.UU. n. 9529/2013, ovvero che la *"attività professionale svolta in vista della successiva azione giudiziaria (...) deve essere ricompresa nell'azione stessa ai fini della liquidazione a carico dello Stato"* e alla sentenza Cass., n. 24723/2011, ovvero le attività *"che, essendo strettamente dipendenti dal mandato alla difesa, vanno considerate strumentali o complementari alle prestazioni giudiziali, cioè di quelle attività che siano svolte in esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentanza e la difesa in giudizio"*. Vi è stato chi, su questa scia, ha proposto di considerare ricomprese di diritto nel patrocinio a spese dello Stato la difesa ed assistenza nei procedimenti di mediazione. Già F. LUISO, *Orientamenti giurisprudenziali sul patrocinio a spese dello Stato*, in www.judicium.it, scriveva (p. 3) che *"queste conclusioni vanno oggi coordinate con le fattispecie di mediazione obbligatoria di cui all'art. 5 del d. lgs. 28 marzo 2010 n. 28. In tali casi, infatti, la fase stragiudiziale è strumentale – per utilizzare le parole di Cass. 2011/24723 – alla prestazione giudiziale, e quindi rientra a pieno titolo nella previsione di cui all'art. 74"*; successivamente M. VACCARI, *Mediazione finalizzata alla conciliazione e patrocinio a spese dello Stato*, in www.ilcaso.it, ha affermato (p. 6) che il *"procedimento di mediazione, allorquando esso abbia carattere obbligatorio e non sfoci in una conciliazione ma sia seguito dall'inizio o dalla prosecuzione del giudizio, è possibile considerarlo a pieno titolo una fase del processo o anche una delle "eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse" alle quali fa riferimento l'art. 75, comma 1, del d.P.R. n. 115/2002"*. Tuttavia, il medesimo autore, ma in veste di giudice (Trib. Verona, 29 ottobre 2015, est. Vaccari, in www.ilcaso.it), afferma che *"al difensore della convenuta spetta il compenso per l'attività di assistenza prestata nella fase di mediazione, ai sensi dell'art. 20 del d.m. 55/2014 essendosi trattato di attività con autonoma rilevanza rispetto a quella di difesa svolta nel presente giudizio"*, aggiungendo così un'ulteriore complicazione (definire stragiudiziale l'attività defensionale in mediazione) ad un quadro di per sé spinoso (cosa si possa considerare strumentale, derivato, connesso all'attività giudiziale, e quindi compensabile a spese dello Stato).

dunque pacificamente anche la mediazione e la negoziazione assistita, quando siano condizioni di procedibilità della domanda giudiziale; ciò, in maggiore consonanza ai principi generali della Carta di Nizza, alla necessità di garantire un accesso *effettivo* alla giustizia, come esplicitato dal *Considerando* 21 della suddetta Direttiva: *“Il patrocinio a spese dello Stato dev’essere concesso alle stesse condizioni, che si tratti di procedimenti giudiziari tradizionali o di procedimenti stragiudiziali, quali la mediazione, quando il ricorso a questi ultimi sia imposto per legge o ordinato dall’organo giurisdizionale”*.

Pur in presenza di autorevoli opinioni permissive²², aderendo all’orientamento tradizionale pare dunque inevitabilmente sussistere un contrasto tra il dettato normativo europeo e quello nazionale sull’estensione del beneficio del patrocinio a spese dello Stato all’attività stragiudiziale; nonostante le aperture, contenute nella citata giurisprudenza di legittimità, nel diritto nazionale certamente manca un’esplicita previsione letterale, cui ancorare l’auspicata estensione.

4 La giurisprudenza evolutiva

In questo quadro, dopo alcuni anni di vigenza della disciplina sulla mediazione delle controversie civili e commerciali, la giurisprudenza ha dovuto affrontare casi in cui il difensore dell’ammesso al beneficio chiedeva la liquidazione dei compensi maturati per l’assistenza prestata in mediazione (condizione di procedibilità della domanda giudiziale²³).

Occorre, come si è detto al § 9.1., preliminarmente distinguere i casi in cui la mediazione non abbia avuto esito positivo, e venga instaurato (o proseguito, nei casi di mediazione cd. demandata) un giudizio ordinario, dai casi in cui la mediazione abbia avuto invece esito positivo, rendendo così inutile l’instaurazione del giudizio per il quale si era ottenuta l’ammissione al beneficio.

Nella prima tipologia di casi, per usare le parole del Tribunale di Firenze, 13 gennaio 2015²⁴, *“l’attività dell’avvocato ben integra la nozione lata di attività giudiziale accolta dalla Corte, ossia di attività strumentale alla prestazione giudiziale e svolta in esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentazione e difesa in giudizio”*, in conformità a Cass. n. 24723/2011, e dunque *“l’avvocato, il quale non*

²² Citate alla nota precedente.

²³ Anch’essa obbligatoria, peraltro, quanto meno a partire dall’entrata in vigore del d.l. n. 69/2013, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98, che ha introdotto la assistenza obbligatoria del difensore in mediazione, nel caso in cui la stessa sia condizione di procedibilità.

²⁴ La sentenza è pubblicata in numerosissimi siti che si occupano di mediazione; ad esempio, nel sito www.adrprogestitalia.com.

*può chiedere il compenso al cliente pena la sanzione disciplinare, deve poterlo chiedere allo Stato*²⁵.

Nella seconda tipologia di casi, invece, la questione appare più problematica, perché *“in tal caso, secondo alcuni, non avrebbe svolgimento nessuna ‘fase processuale’ nell’ambito della quale liquidare il compenso e non sarebbe possibile considerare il compenso per il difensore che ha assistito la parte in mediazione a carico dello Stato*²⁶, in quanto non vi sarebbe stata, nei fatti, alcuna attività *finalizzata alla difesa in giudizio*, appunto evitato dall’accordo in mediazione.

Per primo, il Tribunale di Firenze nella citata pronuncia osserva che *“un tale risultato pare paradossale, dal momento che la liquidazione a spese dello Stato non troverebbe applicazione proprio quando il difensore ha svolto al meglio le sue prestazioni professionali, favorendo il raggiungimento dell’accordo in mediazione. E ciò anche se la mediazione è obbligatoria, come obbligatoria è l’assistenza dell’avvocato (art. 5, comma 1 bis e art. 8 d.lgs. n.28/2010). Ne deriverebbe un risultato irragionevole e di fatto una sorta di disincentivo rispetto ad un istituto che invece il legislatore sta cercando di promuovere in vario modo (in tale ottica si colloca anche la stessa previsione dell’obbligatorietà rispetto all’inizio del processo per un periodo limitato: art. 5, comma 1 bis, d.lgs 28/2010)”*.

Da questa osservazione, il Tribunale di Firenze prende le mosse per ripercorrere criticamente l’orientamento dominante, alla luce del quadro normativo esistente, e giungere poi alla conclusione che, *“alla luce della normativa in tema di mediazione, della Costituzione e delle fonti europee (...) un’interpretazione sistematica e teleologica delle norme richiamate induce il Giudice a ritenere che l’art. 75 (del d.p.r. n. 115/2002, n.d.r.) sopra citato comprenda sempre la fase della mediazione obbligatoria pre-processuale”* .

In primo luogo, il Giudice valorizza la disciplina comunitaria e nazionale sul *legal aid* in materia di controversie transfrontaliere, *“apparendo del tutto irrazionale e non conforme all’art. 3 della costituzione che il cittadino possa usufruire dell’aiuto statale per la lite transfrontaliera e non per quella domestica. È significativo che il Consiglio Nazionale Forense, nella circolare n. 25 del 6.12.2013, 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 preprocessuale e quella demandata dal giudice, debba rientrare nel patrocinio a spese dello Stato”* .

²⁵ Il riferimento è a Cass., SS.UU. n. 9529/2013.

²⁶ Sono sempre le parole di Trib. Firenze, 13 gennaio 2015.

Poi, il Giudice osserva che *“la mediazione (obbligatoria) è sempre connessa e funzionale alla fase processuale anche se poi questa in concreto non abbia luogo”,* in quanto qualora *“il processo non abbia più luogo perché divenuto inutile alla luce dell’accordo raggiunto”* è appunto raggiunto *“lo scopo della connessione voluta dal legislatore, connessione che non è eliminata ma anzi esaltata proprio nel momento in cui il raggiungimento dell’accordo in mediazione rende inutile il successivo processo, assicurando quell’ interesse generale di cui parla Corte cost. n. 276/2000 citata”*.

Infine, il Giudice ribadisce che *“In definitiva, un’interpretazione sistematica teleologica delle norme richiamate induce il Giudice a ritenere che l’art. 75 cit., secondo cui l’ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse, comprenda la fase della mediazione obbligatoria pre-processuale anche quando la mediazione, per il suo esito positivo, non sia seguita dal processo. Si tratta infatti di una procedura strettamente connessa al processo, dal momento che condiziona la possibilità avviarlo (o proseguirlo, per la mediazione demandata dal giudice); d’altronde nel caso di successo della mediazione, si realizza il risultato migliore non solo per le parti, ma anche per lo Stato che non deve sostenere anche le spese del giudizio”*. E conclude: *“La conclusione raggiunta appare dunque l’unica conforme ai parametri costituzionali (artt. 2, 3 e 24 cost.) e adeguata al mutamento in corso dei sistemi di soluzioni delle liti: ancorare l’aiuto dello Stato solo al patrocinio in giudizio è frutto di una visione superata nella quale esclusivamente la giurisdizione statale era fonte di giustizia. Da molti anni le fonti europee ribadiscono che l’accesso alla giustizia non si riduce al ‘diritto a un tribunale’ ma include l’accesso a procedimenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie che, in una prospettiva di ‘giustizia plurale’, si pongono in rapporto di complementarietà rispetto alla giustizia giurisdizionale”*.

A questo *leading case*, ribadito dal medesimo Giudice nel provvedimento del Tribunale di Firenze del 13 dicembre 2016²⁷, ne sono seguiti altri conformi, quali (menzionando solo quelli noti) Tribunale di Ascoli Piceno, 25 giugno 2016 e 12 settembre 2016; Tribunale di Bologna, 11 settembre 2017²⁸; Tribunale di Vasto, 9 aprile 2018²⁹, che tutti condividono convintamente le argomentazioni sopra riportate.

²⁷ Pubblicata ad esempio in www.ilfogliodelconsiglio.it

²⁸ Pubblicato sul sito www.unam.it, Newsletter ottobre-novembre 2017.

²⁹ In www.ilcaso.it

5 I precedenti contrari

Nonostante la prevalenza – e la pregevolezza - dell'orientamento evolutivo appena illustrato, vi sono state anche voci contrarie alla citata giurisprudenza evolutiva in senso ampliativo, concernenti sempre il caso in cui le parti abbiano raggiunto un accordo in mediazione (obbligatoria) e dunque, all'esito, non sia stata necessaria alcuna difesa in giudizio³⁰.

I precedenti contrari noti sono Tribunale di Tempio Pausania, ord. 19 luglio 2016³¹ e Trib. Roma, 11 gennaio 2018³².

Nella primo provvedimento, la liquidazione dei compensi al difensore dell'ammesso al beneficio viene negata, sul presupposto che *“se la mediazione non è seguita da un ordinario giudizio civile manca il presupposto dell'esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentanza e la difesa del giudizio che soltanto, secondo quanto chiarito dalla Cassazione con sentenza numero 24723/2011, permette di considerare giudiziali anche alcune attività stragiudiziali”*; l'estensore ritiene che *“la carenza della fase giudiziale deve far ritenere che la mediazione avrebbe potuto svolgersi anche in via informale tra le parti, senza l'indispensabile adesione a un organismo di mediazione e l'assistenza di un legale”*.

Un provvedimento del Tribunale di Firenze³³, di poco successivo, critica puntualmente – e a parere di chi scrive condivisibilmente - questa impostazione, osservando che, al contrario, *“è sufficiente una valutazione sostanziale di strumentalità dell'attività stragiudiziale volta a comporre un conflitto in vista (secondo le espressioni della sentenza da ultimo citata) della futura ed eventuale domanda giudiziale. Inoltre, non pare condivisibile l'accenno ad una 'mediazione informale tra le parti: a tacere di ogni altra considerazione, sembra che qui il Tribunale faccia riferimento ad una negoziazione diretta tra le parti e non alla mediazione, che presuppone invece necessariamente l'intervento del terzo: sostenere che le parti avrebbero potuto trovare l'accordo 'da sole' implica una non condivisibile svalutazione, a parere di chi scrive, della funzione del mediatore quale professionista specificamente formato per favorire la riattivazione della comunicazione tra le parti e facilitare il raggiungimento di un'intesa. Si tratta, a veder bene, anche di una svalutazione dell'intero sistema introdotto in Italia in tema*

³⁰ Nessun precedente contrario, invece, allorchè la mediazione non abbia successo e dunque sfoci in giudizio; in tal caso, l'attività defensionale prestata pacificamente rientra tra quelle compensabili dallo Stato, in quanto quella fase stragiudiziale è strumentale – per utilizzare le parole di Cass. n. 24723/2011 – alla prestazione giudiziale; è cioè *“attività professionale svolta in vista della successiva azione giudiziaria”*, come afferma Cass. SS. UU. n. 9529/2013.

³¹ La cita Trib. Firenze, decr. 13 dicembre 2016, *cit.*, e viene riportata e commentata in www.studiocataldi.it, da cui le citazioni seguenti.

³² In www.ilcaso.it.

³³ Trib. Firenze, decr. 13 dicembre 2016, *cit.*

di mediazione, strutturato in modo articolato e posto sotto la vigilanza del Ministero della Giustizia”.

Il secondo, più recente, provvedimento motiva il diniego di liquidazione del compenso, in un caso in fatto identico (mediazione obbligatoria andata a buon fine e dunque non seguita da giudizio), partendo dal presupposto che *“è vero che la suddetta procedura è prevista quale condizione di procedibilità per la proposizione della domanda giudiziale in determinate materie, ed è altrettanto vero che, in tali casi, la parte debba necessariamente farsi assistere da un avvocato”*, ma *“la disciplina in materia di mediazione nulla prevede per l’ipotesi in cui la parte sia stata ammessa al patrocinio a spese dello Stato”*, tranne che per quanto riguarda l’aspetto disciplinato all’art. 17 d. lgs. 28/2010 (non debenza di indennità all’organismo). Pertanto, a parere dell’estensore, *“secondo il costante orientamento giurisprudenziale suindicato, in tal caso, sebbene la parte patrocinata dall’avv. XXX fosse stata ammessa al gratuito patrocinio, e nonostante la obbligatorietà della procedura di mediazione, il compenso del difensore non può essere posto a carico dello Stato, non essendovi alcuna norma che lo consenta ed, anzi, ciò risultando espressamente escluso dal citato art. 85 del D.L. n. 69 del 2013³⁴”*.

Ciò, secondo un articolato insieme di ragioni; in primo luogo contabili, legate appunto alla *“necessità che ogni spesa posta a carico dello Stato abbia una copertura normativa, con conseguenti eventuali responsabilità di natura contabile in caso di violazione”*, osservando che laddove il legislatore ha voluto, ha espressamente previsto l’ampliamento alla difesa in mediazione (viene citato il d. leg. 116/2005, sul *legal aid* nelle controversie transfrontaliere); ma anche di stretto diritto, affermando *“l’impossibilità di ritenere la procedura di mediazione una attività strumentale e complementare alla successiva azione giudiziaria, in quanto - pur essendo una condizione di procedibilità - è finalizzata ad evitare la instaurazione del giudizio ed alla definizione transattiva della controversia”*. Infine, osservando che *“le parti ed i rispettivi difensori - nel definire in via transattiva una controversia - possano ben accordarsi anche con riferimento ai compensi professionali, tenuto altresì conto che i difensori potranno avvalersi anche della regola della solidarietà, prevista dall’art. 13, comma 8 della legge forense (L. n. 247 del 2002), in base alla quale quando una controversia viene definita mediante accordi presi in qualsiasi forma, le parti sono solidalmente tenute al pagamento dei compensi e dei rimborsi delle spese a tutti gli avvocati costituiti che hanno prestato la loro attività*

³⁴ Che ha *“espressamente statuito (all’art. 85) che da tali novità non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”*.

professionale negli ultimi tre anni e che risultino ancora creditori, salvo espressa rinuncia al beneficio della solidarietà”.

Tralasciando ogni commento su quest’ultimo ordine di ragioni, il quale rivela una noncurante valutazione e considerazione dell’istituto del patrocinio a spese dello Stato, liquidato semplicemente addossando l’onere finanziario della difesa del non abbiente alla controparte dell’ammesso, pare a chi scrive che sia la motivazione più specificamente giuridica ad essere la più fortemente criticabile; infatti, il ritenere che la procedura di mediazione (per di più obbligatoria, in quanto condizione di procedibilità della domanda giudiziale) non sia *“strumentale e complementare alla successiva azione giudiziaria”*, non è conforme proprio ai precedenti di legittimità (Cass. n. 24723/2011 e Cass. SS.UU. n. 9529/2013), pur richiamati dalla pronuncia. Essi invece - come già detto - contengono una apertura all’inclusione tra le attività giudiziali anche di quelle *“attività stragiudiziali che, essendo strettamente dipendenti dal mandato alla difesa, vanno considerate strumentali o complementari alle prestazioni giudiziali, cioè di quelle attività che siano svolte in esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentanza e la difesa in giudizio (tra le quali rientra senza dubbio l’assistenza in mediazione)”*³⁵.

Certamente, un intervento del legislatore (come auspicato da più parti, ad esempio dal CNF nella propria proposta di modifica della normativa in materia di patrocinio a spese dello Stato, vedi *supra* § 9.2) consentirebbe di passare oltre le diverse sensibilità, e il diverso coraggio, dei giudicanti. Ma, come si è visto, già sulla base di principi sovranazionali, pacificamente vigenti anche nel diritto interno, il diritto fondamentale alla difesa deve, per poter trovare piena attuazione, ricomprendere, per i non abbienti, oltre alla difesa in giudizio anche la assistenza legale stragiudiziale, *“qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”* (art. 47 Carta di Nizza).

**Si ringraziano i redattori del presente contributo Avv. Angelo Santi, Avv. Mauro Carlo Bonini, Avv. Vittorio Melone e Avv. Giampaolo Di Marco, nonché la Prof.ssa Annalisa Atti per la gentile concessione alla pubblicazione del proprio intervento nel Testo “La Mediazione Forense” di G. Di Marco-C. Mastellone (a cura di), Torino 2018.*

³⁵ Così T. ROSANIA, Newsletter UNAM aprile 2018, in www.unam.it.