CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio studi

IL DECRETO-LEGGE DEL "FARE"

A. C.1248 GOVERNO, DI CONVERSIONE IN LEGGE DEL DECRETO-LEGGE 21 GIUGNO 2013, N. 69, RECANTE DISPOSIZIONI URGENTI PER IL RILANCIO DELL'ECONOMIA.

Parere del Consiglio nazionale forense

Reso ai sensi dell'art. 35, l. n. 247/2012

Sommario: 1. Premessa. Rilievi generali e profili costituzionali. 2. Titolo III. Capo I «Giudici ausiliari». 2. 1. Proposte alternative: le camere arbitrali dell'Avvocatura e la *translatio iudicii* dal processo. 2.2. (Segue) La negoziazione assistita da un avvocato. Titolo III. Capo II «Tirocinio formativo presso gli uffici giudiziari». 4. Capo IV «Misure processuali». 5. Capo VI. «Disposizioni in materia di concordato preventivo». 6. Capo VII «Altre misure per il funzionamento dei servizi di giustizia 7. Capo VIII «Misure in materia di mediazione civile e commerciale».

1. ***Premessa.* Rilievi generali e profili costituzionali.**

In primo luogo è necessario svolgere alcune considerazioni relative alla fonte ed in particolare al ricorso, nella materia *de qua* – specie con riferimento alle innovazioni in tema di organizzazione giudiziaria – al decreto legge. Come noto, infatti, la materia dell'ordinamento giudiziario è soggetta, giusta gli artt. 102 e 108 Cost., ad una riserva di legge. Tale riserva, in particolare, affonda le proprie radici nel principio di separazione dei poteri e segnatamente nell'esigenza – ad esso correlata – di mettere l'organizzazione del potere giudiziario al riparo da interventi del potere esecutivo. Da simili considerazioni emerge un profilo di illegittimità costituzionale del provvedimento, in quanto la statuizione delle norme in esso contenute è stato effettuato mediante il ricorso alla decretazione d'urgenza; in ogni caso è apparente la sua grave inopportunità sul piano degli equilibri degli assetti costituzionali.

Considerazioni in parte analoghe valgono per quelle disposizioni del Titolo III del Decreto che, recando modifiche al diritto processuale – segnatamente con riferimento alle modalità di accesso al processo civile, con la reintroduzione dell'obbligatorietà della mediazione – intervengono incisivamente sulla tutela del diritto costituzionale alla difesa in giudizio. Benché il Decreto legge sia idoneo, almeno in astratto, a soddisfare la riserva di legge in materia di limitazioni a diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, il suo utilizzo desta notevoli perplessità, relative in particolare alla circostanza che l'adozione del Decreto legge, e i rapidi tempi del procedimento parlamentare di conversione non sono idonei a garantire un'adeguata discussione e ponderazione degli interessi in conflitto.

1.1. *Sugli artt. 80, comma 5 e 84, comma 2 (differimento dell'applicabilità di talune innovazioni apportate dal Decreto).* In ogni caso, anche a voler ritenere ammissibile il ricorso alla decretazione d'urgenza, gravi perplessità sorgono in merito alla ravvisabilità dei presupposti di necessità ed urgenza di cui all'art. 77 Cost.

La mancanza di essi, peraltro, è confermata da talune disposizioni del Decreto in esame (segnatamente, gli artt. 80, comma 5 e 84, comma 2), che differisce l'applicabilità delle innovazioni ivi contenute – relative alla nuova competenza territoriale inderogabile per le controversie di cui sia parte una società avente sede all'estero e alla reintroduzione dell'obbligatorietà della mediazione – al trentesimo giorno successivo alla sua entrata in vigore, con ciò implicitamente confermando l'insussistenza della straordinaria necessità e urgenza dell'intervento normativo.

Oltre a rappresentare un significativo segnale dell'insussistenza dei requisiti di cui all'art. 77, comma 2, della Costituzione, l'incongruenza appena segnalata vale a confermare l'assoluta irragionevolezza del ricorso, in una materia complessa come quella processuale, allo strumento della decretazione d'urgenza. Il differimento dell'applicabilità di disposizioni contenute in Decreti legge rappresenta una palese violazione della *ratio* costituzionale dell'istituto della decretazione d'urgenza, destinato a coprire interventi straordinari dettati dallo stato di necessità e non a recare innovazioni sistematiche di largo respiro, per loro natura comportanti un – più o meno lungo – periodo di "assorbimento", che può tradursi nel differimento dell'applicazione delle disposizioni recanti le innovazioni.

È appena il caso di osservare, peraltro, che l'insussistenza dei requisiti, lungi dall'essere sanata dall'intervento della legge di conversione, si traduce – secondo il consolidato orientamento della Corte costituzionale – in vizio della medesima, censurabile nel giudizio di legittimità costituzionale (cfr. da ultimo, Corte cost. sent. n. 171/2007).

1.2. Contraddittorietà interna del provvedimento. Infine, appare opportuno rilevare la contraddittorietà interna che caratterizza le misure in materia di giustizia. Sulla scorta della premessa dello stato di affanno della giustizia civile si prevedono a) un reclutamento straordinario di figure professionali che agevolino il magistrato nel suo compito quotidiano; b) una riallocazione delle risorse esistenti che comporta una massiccia riduzione della presenza del P.M. nel giudizio di

cassazione. Tuttavia, nello stesso provvedimento: c) si prevede l'impegno dei magistrati in servizio nelle commissioni di abilitazione alla professione forense; d) si destinano (senza peraltro definire, come rilevato dal Servizio studi della Camera dei deputati (3 luglio 2013), lo stato giuridico, la modalità e la tempistica di tale destinazione) un certo numero di magistrati ordinari alla funzione di assistenti di studio dei giudici di cassazione. Se mai vi fosse un recupero di efficienza per quest'ultima Corte, di certo sarebbe ampiamente neutralizzato dalla corrispondente perdita di efficienza dell'ufficio giudiziario di provenienza. Si tratta, dunque e nel complesso, di un intervento "cosmetico" che, come rilevato anche dal Presidente Santacroce nell'audizione presso la Commissione giustizia della Camera del 3 luglio u.s., costituisce "un rilevante successo politico" ma difficilmente ci si potrà "attendere un realistico effetto deflattivo delle cause ordinarie pendenti davanti ai giudici di merito". Come rilevato dal dossier di analisi del Servizio studi della Camera, infatti, «Il provvedimento si contraddistingue per la genericità di molte delle disposizioni [...] e nella presenza di: 1. un numero elevato di norme prive di portata normativa, in quanto meramente descrittive; 2. rinvii generici alla normativa vigente (risultando così difficilmente individuabile la disciplina oggetto del rinvio); 3. clausole abrogative generiche; 4. deroghe implicite [...]; 5. «disposizioni avulse da un idoneo tessuto normativo». La circostanza, esecrabile in qualsiasi provvedimento legislativo, lo è vieppiù in un decreto legge, ovvero in un atto promanante da un organo "tecnico" come il Governo.

2. Titolo III. Capo I «Giudici ausiliari».

Con riferimento al capo I del titolo III, dedicato ai «giudici ausiliari» si osserva quanto segue:

anche il reclutamento di nuove figure di magistrati onorari da impiegare nel contenzioso in appello, come gran parte delle previsioni in materia di giustizia, appare più "cosmetico" che effettivamente capace di contribuire alla risoluzione dell'eccessivo carico dei ruoli giudiziari civili.

Il d.l. prevede, difatti, l'impiego di 400 unità di professionisti del diritto ponendo un limite alle sentenze che ciascuno potrà contribuire a redigere nel numero di 90. Orbene, il carico stimato delle Corti d'Appello, sia pur nell'opacità dei dati, pare ammontare a 400.000. Anche senza eseguire calcoli sofisticati è di tutta evidenza che la misura non può che consistere in un mero palliativo, oltretutto oneroso per lo Stato, che – come è ovvio – è tenuto a retribuire, seppure simbolicamente, i professionisti impiegati come giudici ausiliari.

A tale rilievo si aggiunga la considerazione che il reclutamento di giudici onorari è fenomeno già ampiamente conosciuto dalla legislazione italiana e che, nel tempo, ha creato profili problematici di stabilizzazione del personale impiegato, ormai da decenni, nel servizio giustizia senza essere inquadrato nei ruoli dell'ordinamento giudiziario. Non a caso in Parlamento pende l'esame di 4 disegni di legge sulla magistratura onoraria (As.127; 2080; 897 e 2359) volti alla risoluzione di tali ed ulteriori delicati profili.

Tanto premesso in generale, nel caso non si intenda procedere allo stralcio della previsione, si rappresenta la necessità di prevedere (con riferimento all'art. 62)

- criteri più dettagliati per la determinazione dei giudizi ai quali destinare l'intervento dei giudici ausiliari, in modo da limitarne l'utilizzo al contenzioso c.d. "arretrato" in modo da contribuire ad una più celere risoluzione delle pendenze e, allo stesso momento, di evitare che tali figure non possano essere utilizzate per le cause di nuova introduzione. A questo proposito si propone una limitazione alle cause pendenti in grado d'appello da più di 18 mesi e a quelle cause per le quali sia già stata fissata l'udienza per la precisazione delle conclusioni;
- che se la sentenza in primo grado è stata resa da un giudice onorario la relativa impugnazione venga assegnata ad un giudice togato, onde garantire che almeno in un grado di giudizio la questione sia delibata compiutamente da un magistrato professionale.

Appare, inoltre, necessario tentare di garantire la competenza dei giudici ausiliari indipendentemente dalla categoria di appartenenza. A tal uopo sarebbe utile consentire ai Consigli giudiziari la selezione dei profili curricolari che presentino maggiori garanzie di professionalità e competenza (artt. 64 e 65)

2. 1. Una proposta alternativa: le camere arbitrali dell'Avvocatura e la *translatio iudicii* dal processo.

Tra le possibili soluzioni alternative a quelle introdotte dal Decreto Legge, in tema di gestione del contenzioso pendente, vale segnalare quella relativa alla istituzione delle Camere Arbitrali dell'Avvocatura, che potrebbe essere versata in apposito emendamento, con l'introduzione degli artt. 72 *bis* a 72 *undevicies*.

La proposta dell'Avvocatura risponde alla convinzione che l'obiettivo di restituire efficienza alla giurisdizione va perseguito in primo luogo attraverso un organico progetto di aumento della capacità di risposta del sistema. Il recupero di efficienza va realizzato anche attraverso la predisposizione di valide alternative al ricorso alla giurisdizione, capaci di coniugare qualità, efficienza e costi calmierati. Si propone così la disciplina delle Camere arbitrali dell'Avvocatura, in conformità con la previsione dell'art. 39, comma 1, lett. n), della legge n. 247/2012.

Si tratta di organismi costituiti presso ciascun Ordine degli Avvocati, al fine di amministrare arbitrati rituali mediante arbitro unico o, su richiesta delle parti, apposito collegio. La Camera è composta dai membri del Consiglio dell'Ordine, con il compito di tenere ed aggiornare l'elenco degli arbitri, oltre che assegnare gli incarichi: per la definizione dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco e dei criteri per l'assegnazione degli incarichi è previsto apposito Regolamento ministeriale, da adottarsi previo parere del C.N.F.

Particolarmente significativi, anzitutto, i poteri attribuiti alla Camera arbitrale per ciò che riguarda la competenza a concedere decreto ingiuntivo per le cause di valore inferiore o uguale a 100.000 Euro e a decidere del relativo giudizio di opposizione, sempre previo accordo delle parti.

Altrettanto rilevante, proprio con riguardo al problema della gestione del contenzioso arretrato, pare la previsione relativa alla possibilità – per il giudice di primo grado – di disporre, su richiesta delle parti, la prosecuzione del giudizio dinanzi alla competente Camera arbitrale dell'Avvocatura.

2.2. Segue: *la negoziazione assistita da un avvocato*

Tra le ulteriori proposte di risoluzione alternativa delle controversie, provenienti dall'Avvocatura e che potrebbero utilmente affiancare l'intervento governativo in tema di mediazione obbligatoria – insoddisfacente per i motivi che si diranno – va segnalata l'introduzione di una procedura di negoziazione assistita da un avvocato. Tale procedura si fonda sull'accordo tra le parti – che non abbiano ancora agito in giudizio – di cooperare con buona fede e lealtà per risolvere in via amichevole il conflitto o la controversia tramite l'assistenza dei propri legali: sono escluse le controversie in tema di diritti indisponibili e le controversie alla risoluzione del rapporto di lavoro dipendente, alla certificazione dei contratti di lavoro e alla materia previdenziale; viene altresì fatta salva l'instaurazione – pur in pendenza di procedura di negoziazione assistita – dei procedimenti cautelari o urgenti. L'accordo raggiunto tra le parti può essere omologato dal giudice. In caso di mancato accordo e successiva azione in giudizio, le parti saranno dispensate dall'esperire il tentativo di conciliazione o la mediazione obbligatoria.

3. Titolo III. Capo II «Tirocinio formativo presso gli uffici giudiziari».

L'art. 73 introduce la possibilità, per i laureati in giurisprudenza, di svolgere un periodo di formazione teorico – pratica presso gli uffici giudiziari. Tale previsione, che mira ad arricchire la formazione del giurista ma anche a dotare gli uffici giudiziari di utili risorse ausiliarie (specie per le attività di studio) pare in linea con analoghe previsioni recate dagli interventi normativi che, negli ultimi anni, si sono occupate di disciplina dell'ordinamento professionale forense e da ultimo, soprattutto, la legge n. 247/12. Allo stesso tempo, tuttavia, la disposizione in esame si rivolge anche a quei laureati che, pur non intendendo accedere alla professione di avvocato, intendano arricchire la propria formazione teorico –pratica attraverso la frequenza di uffici giudiziari. Si tratta di una previsione opportuna e sicuramente utile, in merito alla quale devono tuttavia segnalarsi alcune perplessità, ed in particolare:

a) appare necessario, anzitutto, coordinare la previsione in esame con la disciplina del tirocinio per l'accesso alla professione forense dal momento che la legge n. 247/12 già prevede la possibilità che parte del tirocinio venga svolto attraverso la frequenza di uffici giudiziari, affidando altresì la disciplina di tale modalità di svolgimento del tirocinio ad apposito regolamento del Ministro della Giustizia (cfr. art. 44, l. n. 247/12). A tal fine, potrebbero proporsi emendamenti al comma 13 della disposizione in esame, che rechino un rinvio al predetto regolamento e prevedano il necessario coordinamento tra ufficio giudiziario e Consiglio dell'Ordine. Allo stesso tempo, è opportuno migliorare il coordinamento tra svolgimento dello stage e frequenza delle Scuole di specializzazione per le professioni legali, ad esempio escludendo che lo stagista che sospenda – per il periodo dello stage – la frequenza della Scuola, sia comunque tenuto al superamento delle verifiche intermedie;

b) con riferimento al comma 6, appare particolarmente problematica la previsione secondo cui lo stagista può assistere alla Camera di consiglio, dal momento che essa è il momento più delicato del procedimento nel quale si forma la volontà dell'organo decisionale, come tale assistita da fondamentali garanzie di segretezza.

4. Capo IV Misure processuali.

Ferma restando la preoccupazione rispetto al continuo intervento sulla materia processuale che, più delle altre, richiede una stabilità del quadro normativo di riferimento e, invece, dal 2005 è stata interessata da troppi e ripetute modifiche si osserva quanto segue:

a) **con riferimento all'art. 76** (Divisione a domanda congiunta demandata al notaio). È senz'altro opportuna la previsione di un ausilio al magistrato per operazioni non strettamente collegate all'esercizio della giurisdizione. Tuttavia si propone l'estensione della possibilità di

delegare le operazioni di divisione altresì ad avvocati e commercialisti, figure professionali già utilmente impegnate in attività del medesimo genere: si pensi, a mo' di esempio, alle attività loro delegate in relazione alle procedure concorsuali e all'esecuzione forzata.

b) **Con riferimento all'art. 77** (Conciliazione giudiziale). La previsione andrebbe sicuramente soppressa. È vero che la tendenza attualmente consolidata va nel senso di un'evoluzione della considerazione classica del giudicante che mira ad affiancargli funzioni sempre più penetranti di conciliatore (Rapporto CEPEJ su *Contractualisation and judicial process in Europe*", 2009). In questo senso si è orientato anche il legislatore italiano che, nel 2009 e nel 2010 (l. 69/2009 e l. 183/2010), ha potenziato i poteri conciliativi sia del giudice della cognizione ordinaria che di quella speciale del lavoro. Tuttavia, imporre al giudicante la formulazione di una proposta di soluzione conciliativa o transattiva supera il segno. In generale, la previsione collide con la garanzia di imparzialità del giudice, prima chiamato a formulare una proposta, con un'indebita anticipazione del giudizio, che poi, in caso di esito negativo, dovrà compiere. Sul piano pratico, poi, la previsione si tradurrà in un allungamento secco del processo. Il magistrato, che gestisce un ruolo sovraccarico, non avrà il tempo necessario a valutare le potenzialità conciliative della lite, sicché presumibilmente l'esito conciliativo sarà raro. Certa invece sarà la necessità di fissare un'udienza successiva a quella di trattazione e di assegnare un ulteriore termine per l'accettazione o il rifiuto della proposta formulata. Se a ciò si aggiunge la previsione dell'ulteriore filtro all'accesso al giudizio costituito dall'obbligo di procedere alla mediazione (art. 84) appare di tutta evidenza che il lasso di tempo richiesto al cittadino per giungere alla decisione giudiziale della lite diviene insopportabile e lesivo dell'art. 24 Cost.

c) Art. 79 (semplificazione della motivazione della sentenza civile).

La disposizione è inaccettabile. La motivazione della sentenza civile è stata già ridotta all'osso con interventi ripetuti. Dopo i numerosi tentativi (arginati dal Parlamento) di renderla meramente eventuale e subordinata all'anticipazione delle spese del grado successivo, l'intervento odierno non la elimina ma ne erode completamente il contenuto. A tenore della disposizione in esame, una sentenza potrebbe essere limitata a disporre che "la domanda è rigettata in conformità di

Cass. 23 aprile 203, n. 7654" (sic!). È evidente la lesione della garanzia costituzionale volta a permettere il controllo sull'iter decisionale seguito dal giudice attraverso il rimedio impugnatorio. In forza delle gravissime limitazioni all'appello (348 bis, ter c.p.c.) e al controllo sulla motivazione esperibile in cassazione (art. 360, n. 5 c.p.c.) previste nell'estate scorsa, la disposizione dell'art. 79 presenta profili di incostituzionalità manifesta per contrasto con l'art. 111 Cost. che prescrive la garanzia della motivazione della sentenza giurisdizionale.

d) <u>Art. 80 (Foro delle società con sede all'estero)</u>

Sull'art. 80 (Foro delle società con sede all'estero) si osserva che la norma, modificando il sistema processuale nazionale della competenza per territorio, delinea una nuova competenza inderogabile degli uffici giudiziari di Milano, Roma e Napoli per tutte le cause civili che hanno come parte attrice, convenuta o chiamata in garanzia una società con sede all'estero e priva nel territorio italiano di sedi secondarie con rappresentanza stabile (comma 1 e 2).
Per l'individuazione dell'ufficio giudiziario competente tra quelli di Milano, Roma e Napoli, le lettere a), b) e c) del comma 1 dell'articolo 80 dettano un prospetto analitico, assegnando ad ognuno dei tre uffici giudiziari competenti le cause provenienti dai vari distretti italiani.
Derogando al criterio di cui al comma 1 dell'art. 80, nei successivi commi 3 e 4 sono elencate una serie di cause per le quali restano ferme le ordinarie disposizioni di competenza. In particolare, si tratta dei giudizi relativi alle procedure fallimentari e a quelle esecutive, nonché dei giudizi nei quali l'intervento della società estera sia volontario, nei giudizi di opposizione di terzo, ed in ultimo delle cause che hanno come parte la P.A., delle controversie in materia di lavoro, previdenza ed assistenza obbligatorie, ed in quelle previste dal Codice del Consumo.
La proposta di emendamento soppressivo dell'articolo 80 trova la sua giustificazione nella irragionevolezza di una previsione che, in primo luogo, pone dei seri problemi di coordinamento con le fonti europee sulla giurisdizione. Il riferimento è al Reg. n. 44/2001 e n. 1215/2012 di revisione, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Il decreto legge non opera, infatti, distinzione alcuna tra

le società estere aventi sede in Paesi dell'Unione europea da quelle aventi sede in Paesi extraeuropei.

In secondo luogo, si osserva che il criterio del foro inderogabile di cui al comma 1 dell'art. 80 non risulta in alcun modo collegato alla specializzazione degli uffici giudiziari di Milano, Roma, Napoli. Pertanto la diretta conseguenza dell'applicazione di detto criterio sarebbe: a) l'impoverimento e la riduzione dei carichi di lavoro della maggior parte degli uffici giudiziari nazionali; b) l'accrescimento sproporzionato dei carichi di lavoro presso gli uffici giudiziari di Milano, Roma e Napoli; ma soprattutto c) la sottrazione alla competenza di fori, come quelli del mare o di frontiera, che più di altri presentano elementi di collegamento con le controversie transfrontaliere.

In terzo luogo, deve considerarsi l'impatto che avrebbe la nuova competenza inderogabile sulle parti diverse dalla società, tenuto conto del fatto che non necessariamente la controversia deve avere natura commerciale. Se sul piano soggettivo il criterio di competenza inderogabile, di cui al comma 1 della disposizione in commento, si applica in ragione della natura (di "società con sede all'estero e priva nel territorio dello Stato di sedi secondarie con rappresentanza stabile") di una qualsiasi delle parti, sul piano oggettivo, eccezion fatta per i giudizi contemplati dai commi 3 e 4 della norma, non viene operata alcuna distinzione in base al contenuto della controversia. Per fare un esempio subirà, irragionevolmente, uno spostamento di competenza anche l'azione di risarcimento danni per circolazione stradale, quando l'incidente sia determinato da un veicolo di proprietà di una società straniera. Non si comprende come, nella ipotesi delineata, si possa in qualche modo "contribuire a ricostruire un ambiente d'impresa per gli investitori nazionali ed internazionali fondato sulla certezza del credito e garantire una maggiore prevedibilità delle decisioni e ridotti costi logistici".

Alla luce delle osservazioni che precedono, qualora la norma non venisse eliminata in sede di conversione, per la sua insensatezza ed irragionevolezza, non solo l'intero sistema di competenza per territorio risulterebbe arbitrariamente sconvolto, ma le parti verrebbero distolte dal giudice naturale precostituito per legge, così violando il dettato costituzionale solo ed esclusivamente per l'incomprensibile finalità di garantire un privilegio agli investitori stranieri.

4. Capo VI. Concordato preventivo

Si suggerisce la previsione dell'assistenza tecnica nella fase di ammissione. Il rilievo della documentazione che il debitore deve produrre per l'istanza di concordato impone che la stessa sia redatta con l'assistenza di avvocati i quali, per il loro ruolo istituzionale ben possono garantire un filtro preventivo sulla bontà dell'operazione, assumendone la responsabilità professionale nel caso la proposta sia manifestamente inadeguata e presentata soltanto a fini dilatori.
Tra gli obblighi informativi che il Tribunale deve disporre ai sensi del comma 3, appare utile considerare tutte le scritture contabili in quanto, al fine di monitorare l'attività posta in essere dall'impresa, la situazione patrimoniale non può essere disgiunta da quella finanziaria.

6. Capo VII «Altre misure per il funzionamento dei servizi di giustizia»

L'art. 83 interviene a modificare l'art. 47, comma 1, della legge 31 dicembre 2012, n. 247 (*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*), modificando l'attuale criterio di selezione del membro della Commissione per l'esame di avvocato proveniente dalla magistratura: se, ai sensi del predetto art. 47, comma 1, il membro proveniente dalla magistratura è un magistrato in pensione, la modifica proposta è volta ad introdurre la possibilità che tale membro possa essere anche un magistrato in servizio. Tale previsione desta notevoli perplessità: oltre che sull'assenza dei requisiti di straordinarietà e urgenza necessari a sostenere la disposizione, tali perplessità si appuntano sulla considerazione della contraddittorietà interna al provvedimento che da un lato prevede misure straordinarie volte a far fronte al carico giudiziario e rialloca le risorse esistenti (vedi norme sull'intervento del PM in cassazione) dall'altro sottrae tempo ed energie ai magistrati in servizio.

7. Capo VIII «Misure in materia di mediazione civile e commerciale».

L'art. 84 ripropone, con pochi e non esaustivi correttivi, le norme già colpite dalla pronuncia di

incostituzionalità sulla mediazione obbligatoria (C. Cost. n. 272 del 2012) per eccesso di delega in quanto «il carattere dell'obbligatorietà per la mediazione non trova alcun ancoraggio nella legge delega». La pronuncia della Corte costituzionale non ha, però affrontato i profili di illegittimità costituzionale sottoposti da differenti Uffici giudiziari che avevano evidenziato differenti e molteplici profili problematici (v. Tar Lazio Ord. 12 aprile 2011, n. 3202, Trib. Genova, ord. 18 novembre 2011; Giud. pace Parma, ord. 1° agosto 2011, cit.; Giud. pace Catanzaro, ord. 1° settembre 2011, cit., e ord. 3 novembre 2011Giud. pace Salerno, ord. 19 novembre 2011, cit.; Trib. Torino, ord. 24 gennaio 2012).

La decisione della Consulta, di accoglimento sotto il profilo dell'eccesso di delega, come pure la recente sentenza della Corte di giustizia (27 giugno 2013) che ha dichiarato inammissibile per irrilevanza rispetto al giudizio *a quo* le questioni di pregiudizialità comunitaria del d.lgs. n. 28/2012[1], hanno comportato il loro assorbimento nel vizio pregiudiziale e capitale impedendone l'esame ma non certo privandoli di pregio. Un intervento legislativo coscienzioso in un settore tanto delicato avrebbe dovuto tenerne conto, mentre il d.l. n. 69/2013 si limita a riproporre, quasi testualmente, il previgente testo.

Con considerazioni che restano attuali perché coinvolgono l'istituto nel suo complesso, l'ordinanza di rimessione del Tar Lazio, per esempio, rilevava come a fronte dell'astratta idoneità dello strumento a «conformare definitivamente i diritti soggettivi da essa coinvolti» il legislatore non ne appresta «un'adeguata conformazione della figura del mediatore». In questo quadro l'esclusiva attenzione dedicata ai «parametri […] di «funzionalità generica» degli organismi, senza alcuna considerazione per i requisiti di professionalità, rischia di porsi in contrasto «con l'art. 24 Cost. nella misura in cui determina […] una incisiva influenza […] sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statuale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce».

Nessun intervento correttivo è stato adottato per risolvere i problemi relativi al mancato coordinamento tra gli effetti prenotativi della trascrizione della domanda giudiziale e il raggiungimento della conciliazione. Lungi dal costituire mero problema di tecnica processuale,

[1] Proprio in forza della declaratoria di incostituzionalità che ha comportato il mutamento del dato normativo.

difatti, la lacuna sul punto determina il sacrificio del diritto della parte in caso di atti di disposizione del diritto litigioso *medio tempore compiuti*, attesa la necessaria conclusione in rito del processo che consegue alla composizione stragiudiziale della lite.

Più in generale si esprime netta contrarierà per un ritorno "secco" all'obbligatorietà. La giustizia convenzionale per costituire alternativa alla giurisdizione effettiva e rispettosa dei diritti delle parti non può che essere volontaria. L'affermazione trova conferma negli studi specialistici sulla materia – le parti non accettano di buon grado di essere unilateralmente distolte dal proprio giudice naturale e, di conseguenza, i tentativi di addivenire ad un risultato conciliativo falliscono – e nelle stesse statistiche semestrali diffuse dal Ministero della Giustizia nella vigenza dell'obbligo di esperire il tentativo di mediazione ai sensi del previgente art. 5 del d.lgs. n. 28/2010. I dati raccolti al 31 dicembre 2012 segnalano un netto calo delle adesioni della parte invitata in mediazione che si assesta intorno al 22% (con un calo di più del 15% rispetto all'anno precedente). Inoltre, nel tempo, è crollata anche la percentuale di raggiungimento del risultato conciliativo nonostante la partecipazione delle parti al procedimento. I dati relativi alla forma facoltativa, poi, sono sconcertanti, assestandosi solo sul 13%, ma ancor più lo sono quelli relativi al ricorso del giudice all'istituto, che non arrivano al 3%. E' chiaro che il sistema congegnato nel 2010 non funzioni. Eppure il Legislatore lo ripropone oggi, in via d'urgenza, senza punto modificarlo nei suoi caratteri cardine.

Richiamando le osservazioni esposte in Premessa e ribadendo la ferma contrarietà ad un sistema di mediazione obbligatoria, dunque, si sottolinea l'opportunità di lasciare al Parlamento e alla legge ordinaria un intervento di più ampio respiro sull'istituto in parola.

Nella denegata ipotesi che il Parlamento voglia provvedere sulla materia in esame, tuttavia, appare necessario intervenire a correggere le antinomie del testo con riferimento ai numerosi profili di incostituzionalità, o quanto meno di atecnicità, segnalati dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

1) prevedere la possibilità che il verbale di conciliazione presenti requisiti di esecutorietà senza bisogno di omologazione giudiziale in modo da semplificare la formazione di un titolo esecutivo stragiudiziale. La previsione renderebbe senz'altro la mediazione più utile e conveniente per le parti; né costituisce una novità l'attribuzione di forza esecutiva ad atti

meramente privati come, da ultimo, è avvenuto per la scrittura privata autenticata.

L'attuale previsione del comma 1, lettera m), difatti, non pare rispondere allo scopo di fornire al cittadino uno strumento utile ed efficace per la risoluzione della lite ed anzi, nel caso di mancata partecipazione di una parte assistita da un avvocato ovvero nel caso in cui la stessa non voglia sottoscrivere il verbale, l'accordo non potrà acquistare le utilità connesse all'omologazione giudiziale.

2) eliminare le conseguenze processuali e sulle spese del contegno tenuto in mediazione (particolarmente gravose specie ove inserite in un quadro che non prevede l'assistenza tecnica obbligatoria).

3) Totale gratuità del primo incontro informativo.

4) Prevedere un coordinamento del verbale di conciliazione con le norme in materia di trascrizione degli atti.

5) eliminare l'obbligo del giudice di rinviare le parti in mediazione, lasciandogliene la facoltà, e, soprattutto, di indicare un singolo ODM competente. Allo scopo di agevolare il ricorso all'istituto basta la mera indicazione della sede territoriale collegata a quella dell'ufficio giudiziario dal quale proviene l'invito. Non è, difatti, con la previsione di un obbligo che si possa ottenere fiducia in un istituto nel quale, sulla base dei dati diffusi dal Ministero della giustizia, i magistrati non sembrano averne alcuna.

Infine, ove il Parlamento ritenesse che il "passaggio" per l'obbligatorietà costituisca un tributo necessario per poter diffondere la cultura dello strumento (anche se con una cura "antibiotica") sarebbe opportuno:

i) limitare nel tempo tale previsione e procedere, al termine del periodo considerato, ad una verifica dei risultati effettivamente raggiunti. Il sistema attuale prevede già che gli Organismi di mediazione comunichino al Ministero della giustizia i dati relativi ai procedimenti incardinati e a quelli conclusi, sicchè la verifica è già possibile e auspicabile.

ii) Limitare a 10.000/15.000 euro del valore delle controversie per le quali la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda. Il limite confina l'obbligo alle controversie bagattellari incidendo, tuttavia, anche sul carico dei Tribunali.