

**PROPOSTA DI MOZIONE CONGRESSUALE DELL'UNIONE REGIONALE DEI CONSIGLI
DEGLI ORDINI FORENSI DEL PIEMONTE E VALLE D'AOSTA**

Gli avvocati italiani, riuniti in Genova nel proprio Congresso nazionale,

- visto il ricorso alla Commissione Europea dell'Ordine di Torino datato 10 novembre 2010
- vista la delibera di adesione dell'Unione Regionale degli Ordini forensi del Piemonte e della Valle d'Aosta
- condivisi lo spirito e le argomentazioni sottese a tale ricorso

invitano

tutti gli Ordini forensi italiani ed il Consiglio Nazionale Forense a manifestare alla Commissione Europea la propria adesione al ricorso presentato dall'Ordine di Torino e datato 10 novembre 2010, richiamandosi al testo qui di seguito riportato:

"Torino, 10 novembre 2010

COMMISSIONE EUROPEA

Direzione Generale Giustizia

B 1049 - BRUXELLES

Oggetto: Normativa italiana introdotta dal Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n.28 in attuazione della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in rapporto all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Gentili Signori,

l'Ordine degli Avvocati di Torino, con la presente nota, segnala alla attenzione della Commissione europea il Decreto Legislativo 4 marzo 2010 n.28, che è stato

approvato per dare applicazione in Italia alla Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Ad avviso dell'Ordine degli Avvocati di Torino le norme introdotte dal D.Lgs. n.28/2010, riguardante sia le liti transfrontaliere che quelle interne, pongono seri problemi di compatibilità con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per alcuni aspetti normativi e per le difficoltà di attuazione pratica che il predetto decreto legislativo incontrerà, il "diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice" viene limitato in modo grave e sproporzionato rispetto allo scopo fatto valere di ridurre il carico di lavoro degli uffici giudiziari.

L'Ordine degli Avvocati di Torino, di cui è evidente l'interesse istituzionale a che il diritto effettivo di accesso al giudice sia garantito, ritiene che si renda necessario un esame dei profili qui di seguito illustrati, con i conseguenti passi che la Commissione europea riterrà di sua competenza.

La Corte di giustizia UE fin dalla sentenza Johnston, C-22/84 del 15 maggio 1986 ha tratto dalla tradizione costituzionale comune e dagli articoli 6,13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il principio generale del diritto al controllo giurisdizionale (così anche tra le altre le sentenze UNECTEF, C-222/86 del 15 ottobre 1987; Oleificio Borrelli, C-97/91 del 3 dicembre 1992 e Mono Car Styling, C-12/08 del 16 luglio 2009).

La nozione di "ricorso effettivo dinanzi a un giudice" riconosciuto dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, corrisponde (articolo 52/3 della stessa Carta) a quella elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Con giurisprudenza costante dopo la sentenza Golder c. Regno Unito del 21 febbraio 1975, la Corte ritiene che il diritto di effettivo accesso al giudice, pur non espressamente menzionato all'art.6 Conv., sia un diritto presupposto rispetto a quelli ivi elencati e costitutivi del processo equo. In numerose sentenze tale diritto è stato ritenuto particolarmente importante nel sistema della Convenzione, poiché si tratta di una condizione essenziale dello stato di diritto e della "preminenza del diritto" menzionata nel Preambolo della Convenzione. E si tratta di un diritto che deve essere "concreto ed effettivo" e non, come la Corte spesso si esprime, "teorico e illusorio". A tale diritto possono legittimamente essere poste limitazioni, a condizione che però esse rispondano a uno scopo legittimo, siano proporzionate

rispetto allo scopo e non colpiscano il diritto di accesso al giudice nella sua essenza (tra le tante, Ashingdane c. Regno Unito del 28 maggio 1985, § 57).

La Corte di Giustizia ha esaminato una fattispecie simile a quella di cui qui si tratta, nella sentenza R.A. del 18 marzo 2010, C-317,318,319,320/08 concernente la normativa italiana (art.84 D.Lgs. 1° agosto 2003, n.259) che prevede un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale davanti al Co.re.com., come condizione di procedibilità dei ricorsi giurisdizionali in talune controversie civili. La Corte ha affermato che tale normativa non è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai singoli dalla direttiva "servizio universale" (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/22/CE) in quanto

-il risultato della procedura di conciliazione non è vincolante nei confronti delle parti interessate e non incide sul loro diritto ad un ricorso giurisdizionale.

-la procedura di conciliazione non comporta, di regola, un ritardo sostanziale nella proposizione di un ricorso giurisdizionale. Infatti, il termine per chiudere la procedura di conciliazione è di trenta giorni a decorrere dalla presentazione della domanda e, alla scadenza di tale termine, le parti possono proporre un ricorso giurisdizionale, anche ove la procedura non sia stata conclusa.

-la prescrizione dei diritti è sospesa per il periodo della procedura di conciliazione.

-i costi derivanti dalla procedura di conciliazione dinanzi al Co.re.com sono inesistenti.

Quanto alla compatibilità con gli articoli 6 e 13 Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte di Giustizia ha osservato che, subordinando la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali proposti in materia di servizi di comunicazioni elettroniche all'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione, la normativa nazionale sopra menzionata ha introdotto una tappa supplementare per l'accesso al giudice e che tale condizione potrebbe incidere sul principio della tutela giurisdizionale effettiva. Tuttavia, secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza

stessa dei diritti così garantiti. Le disposizioni nazionali di cui trattasi hanno a oggetto una definizione più spedita e meno onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, nonché un decongestionamento dei tribunali, e perseguono quindi legittimi obiettivi di interesse generale.

Secondo la Corte di Giustizia, in considerazione della disciplina specifica della procedura di risoluzione extragiudiziale considerata, non sussiste una sproporzione manifesta tra i legittimi obiettivi perseguiti e gli eventuali inconvenienti causati dal suo carattere obbligatorio.

I criteri indicati dalla Corte di giustizia quali condizioni necessarie ad escludere che l'introduzione di un obbligo di partecipare da una procedura di conciliazione, quale condizione di procedibilità della successiva domanda giudiziale, si ritrovano anche nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Si tratta della direttiva richiamata in premessa del D.Lgs. 4 marzo 2010 n.28.

Alla luce di quanto detto, la compatibilità del D.Lgs. n.28/2010 con il "diritto al giudice" riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pare sotto diversi aspetti più che dubbia.

Il D.Lgs. di cui si tratta all'art.5/1 introduce l'obbligo, a pena di improcedibilità della domanda, di esperire il procedimento di mediazione prima di esercitare in giudizio un'azione relativa ad un vastissimo ambito di materie. Non si tratta di una qualunque procedura amministrativa prodromica alla introduzione della causa avanti il giudice, ma di procedura obbligatoria che riguarda controversie già in atto e precede immediatamente l'azione giudiziale cui una parte (normalmente già assistita da un avvocato, articolo 4/3) ha ormai deliberato di far ricorso. La procedura di mediazione, se ha successo, si conclude con un accordo il cui verbale costituisce titolo esecutivo (articolo 12/2), assimilabile quanto agli effetti alla sentenza del giudice (a differenza del caso esaminato e ritenuto compatibile con il diritto di accesso al giudice dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza sopra ricordata).

V'è dunque una analogia ed equivalenza evidente tra la procedura di mediazione e quella giudiziaria. La prima tuttavia non prevede che la parte sia assistita da avvocato, pur trattandosi di una procedura "alternativa" (ADR -

Alternative Dispute Resolution), che, se la mediazione ha successo, conduce allo stesso risultato di una decisione giudiziaria, vincolante per le parti. E perfino la dichiarata irrilevanza nel successivo giudizio di ciò che è avvenuto nella procedura di mediazione infruttuosa, è solo parzialmente vera, così come si ricava dalla disciplina delle spese di giudizio delineata all'articolo 13.

Le considerazioni che precedono, inducono ad assimilare la procedura di mediazione obbligatoria a quella giudiziaria, di cui rappresenta un'alternativa (quanto a risultato) e una fase antecedente obbligatoria (quanto a procedura). Ma se così è, è necessario che le essenziali garanzie procedurali siano assicurate anche nel procedimento di mediazione, idoneo a definire la controversia. In particolare occorre che alle parti sia assicurato l'esercizio della "facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare" (articolo 47/2 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione).

*In caso diverso il diritto di accesso al giudice dovrebbe essere reso possibile prevedendo una fase ulteriore giudiziaria (Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dalla sentenza *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, del 23 giugno 1981, §§ 44, 51). Ma questa ulteriore possibilità è esclusa, mentre la procedura di omologa da parte del presidente del Tribunale (articolo 12/1 D.Lgs. n.28/2010) non assicura l'accesso al giudice, perché non corrisponde ai requisiti propri del processo equo di cui agli articoli 47 della Carta dei diritti fondamentali e 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e perché, in ogni caso, i limiti del controllo effettuato escludono che si tratti della decisione di un giudice di piena giurisdizione.*

Né si può sostenere che la natura delle controversie assoggettate all'obbligo di esperire il procedimento di mediazione non richieda particolari garanzie procedurali, in particolare quella derivante dalla difesa tecnica. Le materie che il legislatore ha indicato per definire il campo dell'obbligo di esperire la procedura di mediazione, talora implicano complesse valutazioni e concernono rilevanti interessi. Della complessità delle necessarie valutazioni (per le parti e per il mediatore) è consapevole lo stesso legislatore, che infatti prevede la possibilità che il mediatore ricorra ad esperti ed anche la possibilità della nomina di mediatori ausiliari quando si tratti di controversie che "richiedono specifiche competenze tecniche" (articolo 8). Ma nel corso della procedura di mediazione, le parti non assistite da avvocato non sono certo in grado di consapevolmente determinarsi nei casi complessi e specialmente in quelli in cui il mediatore ritiene necessario il contributo dell'esperto (un significativo esempio può essere quello delle cause in materia di responsabilità

professionale medica, in cui almeno una delle parti non è esperta della specifica materia).

Merita di essere segnalato che, a differenza di ciò che è stabilito per la procedura di mediazione di cui al D.Lgs. n.28/2010, nella normale procedura civile avanti il Conciliatore, la legge comprensibilmente stabilisce stretti limiti di valore della causa (euro 516,46), perché la parte possa agire personalmente (art.82 Codice di procedura civile). Ed anche a livello comunitario l'assenza della difesa tecnica è ammessa restrittivamente. Il Reg.CE 11 luglio 2007 n.861/2007, all'articolo 10 ammette infatti che la rappresentanza da parte di un avvocato o di altro professionista del settore legale non sia obbligatoria, ma ciò fa disciplinando il Procedimento europeo per le controversie di modesta entità (valore non eccedente euro 2.000), con esclusione comunque di una serie di materie, tra le quali si ritrovano alcune di quelle invece indicate all'art.5/1 D.Lgs. n.28/2010 (come quelle relative alle successioni, locazioni, diffamazione). E proprio in tema di "diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di pubblicità" è interessante ricordare che la Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza Steel e Morris c. Regno Unito del 15 febbraio 2005) ha ritenuto che la natura della controversia civile instaurata richiedesse, ai fini dell'equità del processo, la difesa tecnica dei convenuti e che essa fosse loro assicurata mediante l'ammissione al gratuito patrocinio. Nella procedura di mediazione di cui si tratta, invece, la difesa tecnica non trova alcuna menzione.

Gli interessi in gioco in gran parte delle procedure di mediazione che il D.Lgs. n.28/2010 rende obbligatorie e nel corso delle quali la parte dispone del proprio diritto, sono certo molto più gravi e sensibili di molti di quelli che la legge ritiene richiedano l'assistenza dell'avvocato nella procedura davanti al giudice. Senza contare che il giudice offre alle parti una garanzia maggiore rispetto al mediatore, il quale è imparziale rispetto agli interessi delle parti, ma non rispetto all'esito della mediazione (nell'ipotesi di successo della mediazione le indennità previste sono aumentate (articolo 17/4 lett.c)).

Ma anche altri aspetti della disciplina della procedura di mediazione, che il D.Lgs. n.28 rende obbligatoria, vanno segnalati perché tali da rendere inaccettabilmente dispendioso e defaticante il percorso da compiere prima di poter accedere al giudice.

La procedura non è gratuita (a differenza di quella considerata dalla Corte di giustizia UE nella sentenza sopra riportata). I costi della procedura sono ancora

imprecisati (articoli 16 e 17), ma è da credere che non saranno irrilevanti, specialmente quando il mediatore si avvalga di esperti (articolo 8/2). E la possibilità di accedere al gratuito patrocinio (articolo 17) non esclude il rilievo del costo della procedura ai fini della valutazione della sua compatibilità con il diritto di accesso al giudice.

Il termine stabilito per lo svolgimento del procedimento di mediazione è di 4 mesi, più lungo quindi di quello considerato accettabile nella sentenza sopra menzionata della Corte di giustizia UE.

A differenza di quanto avviene nella procedura di cui all'articolo 410 Codice di procedura civile, l'effetto interruttivo della prescrizione e della decadenza non è legato al deposito della istanza di mediazione, ma alla comunicazione alle altre parti dell'avvenuto deposito. L'effetto quindi è condizionato dalla attività del personale addetto alla segreteria dell'organismo di mediazione e dalle prevedibili disfunzioni del servizio. Vero è che la comunicazione a controparte può essere effettuata anche a cura della parte istante (articolo 8/1), ma solo dopo che il responsabile dell'organismo di mediazione abbia designato il mediatore e fissato la data del primo incontro tra le parti. L'introduzione della domanda di mediazione, quindi, non comporta di per se stessa la sospensione del decorso dei termini di prescrizione e di decadenza. Si tratta di un profilo particolarmente grave perché l'enorme campo di applicazione della nuova condizione di procedibilità dell'azione –improvvidamente definito dal legislatore senza alcuna considerazione dei costi e tempi per la messa in opera di strutture operative adeguate- rende facile prevedere che i tempi di azione degli organismi di mediazione saranno tutt'altro che brevi. Basti dire che nel solo Distretto della Corte di Appello di Torino una valutazione basata su dati statistici dell'ultimo anno porta a prevedere che le cause che richiedono obbligatoriamente l'esperimento della procedura di mediazione saranno annualmente parecchie decine di migliaia .

L'entrata in vigore del D.Lgs. N.28/2010, stabilita al 20 marzo 2011, troverà sicuramente gli organismi di mediazione non ancora in grado di assicurare la speditezza richiesta dalle norme nell'adempimento delle attività di natura burocratica e di quelle proprie della mediazione.

In proposito, per il significato che assume rispetto al tema qui affrontato, va ricordato che la Corte europea dei diritti dell'uomo, con riferimento al diritto di accesso al giudice ha ritenuto la violazione dell'articolo 6 della Convenzione in casi

nei quali la irricevibilità dell'azione dichiarata dal giudice derivava da un vizio dipendente non dal ricorrente, ma dal personale della amministrazione pubblica (Platakou c. Grecia dell'11 gennaio 2001; Boulougouras c. Grecia del 27 maggio 2004) ed anche nel caso in cui la procedura amministrativa da seguire obbligatoriamente si sia rivelata inefficace per mancata risposta della amministrazione nei termini di legge (Faimblat c. Romania del 13 gennaio 2009; Maria Atanasiu c. Romania del 12 ottobre 2010, non definitiva).

I tempi di definizione della procedura di mediazione saranno sicuramente molto più lunghi dei quattro mesi considerati dal D.Lgs. n.28.2010 (articolo 6/1). Ma nel D.Lgs. manca la disciplina espressa delle conseguenze del superamento di tale termine ed anzi, con interpretazione a contrario rispetto a quanto stabilito all'articolo 410bis Codice di procedura civile per le controversie in materia di lavoro, sembra doversi ritenere che, prima di poter introdurre la domanda avanti il giudice, occorra comunque attendere il completamento del procedimento di mediazione. Conclusione certo incompatibile con le esigenze proprie degli articoli 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

In questo quadro si può aggiungere che la rilevabilità di ufficio dell'improcedibilità della domanda (articolo 5/1), quando la mancata eccezione da parte del convenuto dimostra che anche controparte ritiene che si sarebbe trattato di un esercizio inutile, conferisce alla disciplina dell'obbligo di cui si tratta il sapore della imposizione di un balzello irragionevole e di un'inutile perdita di tempo. In tal modo emergono evidenti la sproporzione tra la soluzione adottata e lo scopo perseguito e, di nuovo, quindi, l'incompatibilità con i citati articoli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Per tutti i motivi sopra sviluppati, ad avviso dell'Ordine degli Avvocati di Torino, l'obbligo introdotto dagli articoli 5 e seguenti del D. Lgs. n.28/2010 rappresenta una interferenza non ragionevole e non proporzionata rispetto allo scopo perseguito di sollevare gli uffici giudiziari di una parte del carico di lavoro. Si tratta di un limite al diritto a un effettivo ricorso dinanzi al giudice che lo rende eccessivamente difficile ed oneroso in contrasto con gli articoli 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'intervento della Commissione europea presso il Governo italiano si rende quindi indispensabile per assicurare che le modalità della attuazione in Italia della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio non comportino contrasto con il diritto di effettivo accesso al giudice.

La stesura della presente nota è stata curata da Vladimiro Zagrebelsky.

Il Presidente dell'Ordine degli Avvocati

Avv. Mario Napoli

Allegato il testo del D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28"

Genova, 27 novembre 2010