

# nuovoRuolo

Newsletter realizzata in proprio - Diffusione riservata ad avvocati ed operatori di giustizia

A.F.L. - Associazione Forense di Lecce, aderente all' A.N.F. - Associazione Nazionale Forense

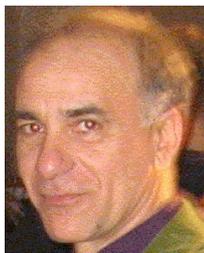
Sede sociale : 73100 Lecce Via G.Arditi,8 Tel.Fax 0832 303541 - e-mail: info@anflecce.it

## L'editoriale del Segretario

### L'AFL sta con il Presidente della Repubblica quando tutela i lavoratori

Non si vuole soltanto delegittimare la Magistratura ma anche l'Avvocatura!

Il Presidente della Repubblica ha espresso un fermo monito nel rimandare alle Camere il cosiddetto "collegato lavoro", censurando, da



una parte, la caotica tecnica legislativa (assistiamo in diretta televisiva allo spettacolare falò ministeriale delle leggi cancellate in nome della semplificazione e nel contempo si promulgano provvedimenti normativi complicatissimi e di difficilissima lettura), dall'altra l'introduzione dell'arbitrato nel rapporto di lavoro, che in pratica consente di devolvere le cause di lavoro a giudici privati, con violazione dell'art. 24 (diritto alla difesa), dell'art. 25 (giudice naturale previsto dalla legge) e dell'art. 102 (riserva di giurisdizione statale) della Costituzione. Il Presidente, che ha dimostrato, nel corso del suo mandato, di tenere molto alla tutela del lavoro e dei lavoratori, ha, difatti, rilevato che l'art. 31 del provvedimento censurato consente di assumere la decisione di

(continua a pag. 4)

Questo numero è dedicato alla nuova disciplina della mediazione civile di cui al D.Lgs.n.28/2010. L'A.F.L. ritiene questa disciplina fortemente lesiva del ruolo dell'avvocato.

## Il Manifesto

### Mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali. Ancora una volta un provvedimento che lede il ruolo dell'avvocato!

Il D.L.vo del 4-03-2010, n. 28 – che impone, prima della domanda giudiziale, a pena d'improcedibilità, il tentativo di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali – comporta un attacco alla funzione giurisdizionale pubblica ed al ruolo dell'avvocato e mina la stessa autonomia delle parti, imponendo un modello di conciliazione preconfezionato.

L'intento deflattivo del provvedimento non può giustificare la violazione del diritto di difesa del cittadino, che si vede obbligato a ricorrere, con non trascurabile onere economico a proprio carico, ad un tentativo di conciliazione in un vasto campo di materie, amministrato da strutture private.

La mancata previsione dell'obbligatorietà dell'assistenza tecnica dell'avvocato, che possa avere rilievo anche ai fini della ripetizione delle spese in caso di rifiuto della proposta conciliativa e della successiva valutazione del magistrato per l'addebito delle spese processuali, induce la parte più debole a non ricorrere all'assistenza del difensore per non sopportarne i costi, comportando, così, una grave violazione del diritto di difesa, prerogativa propria dell'avvocato.

Occorre, pertanto, far valere, nelle sedi e nei modi opportuni, l'incostituzionalità

del D. L.vo n. 28/2010 (per contrasto con gli artt. 3, 24 e 25 della Costituzione), ovvero chiedere che ad esso vengano apportati inemendabili correttivi concernenti:

1. la volontarietà e facoltatività del procedimento di mediazione;
2. la gratuità del medesimo nel caso sia obbligatorio e, comunque, considerata la forma semplificata del procedimento, con un costo inferiore al contributo unificato per controversie di pari valore;
3. l'obbligatorietà dell'assistenza dell'avvocato nel caso di obbligatorietà del procedimento conciliativo.

**A.F.L.**

## SOMMARIO

### L'editoriale del segretario pag.1

L'AFL sta con il Presidente della Repubblica quando tutela i lavoratori

### Il Manifesto di AFL pag.1

Mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Ancora una volta un provvedimento che lede il ruolo dell'avvocato!

### Approfondimenti pag.2

Rilievi critici sulla recente introduzione della mediazione obbligatoria in materia civile e commerciale

**Approfondimenti****Rilievi critici sulla recente introduzione della mediazione obbligatoria in materia civile e commerciale**

Il recente decreto legislativo del 4 marzo 2010 n. 28, emanato in attuazione dell'art. 60 della legge 19 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo, in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali, comporta un grave vulnus, inferto all'inviolabile diritto di difesa del cittadino, da un canto e al ruolo dell'Avvocatura dall'altro.

In effetti, l'apparente intento deflattivo della normativa in parola si sostanzia in un'aperta violazione del diritto di difesa del cittadino, per contrasto con gli articoli 3, 24, 25, 111 della nostra Carta Fondamentale.

In primo luogo, si pone all'attenzione come il Legislatore Costituzionale abbia inteso tutelare il diritto di difesa dei singoli, consacrandone l'inviolabilità e garantendo a chiunque, anche ai non abbienti, la possibilità di agire "in giudizio" per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24 Cost.). Ed ancora, la nostra Costituzione ha sancito il principio in base al quale nessuno può essere distolto dal "giudice naturale", precostituito per legge (art. 25 Cost.). Da tutti i suddetti precetti si ricava come il diritto di difesa del cittadino trovi la sua naturale sede di difesa solo dinanzi alla Magistratura, organo di dignità costituzionale e, possiamo aggiungere, con l'assistenza tecnica e qualificata del difensore, figura che implicitamente assurge a dignità costituzionale, poiché prevista quale presenza indefettibile in giudizio, tranne rare e trascurabili eccezioni.

Ebbene, prevedere l'istituto della mediazione, così come disciplinato dal dlgs. N. 28/2010, quale condizione di

procedibilità (art. 5) della successiva domanda giudiziale, per la tutela di un ampio spettro di diritti, equivale a menomare e comprimere il diritto di difesa del singolo, così come garantito costituzionalmente. Né deve ritenersi che la mediazione in parola possa essere ritenuta legittima, alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale, resa con sentenza n. 276 del 13 luglio 2000. In quell'occasione il Giudice delle Leggi ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione agli artt. 410, 410 bis e 412 bis c.p.c., concernente il tentativo obbligatorio di conciliazione in tema di controversie individuali di lavoro, istituto ben diverso da quello della mediazione, per le ragioni che si diranno di seguito. Il tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 410 e ss c.p.c. non incide sulla volontarietà della tutela giurisdizionale, poiché è innanzi tutto gratuito, inoltre viene esperito dinanzi ad un organismo pubblico ed imparziale ( Direzione Provinciale del Lavoro presso il Ministero del Lavoro e della Politiche Sociali), che si limita a prendere atto della volontà o meno delle parti di addivenire ad una conciliazione, senza coartarne la decisione, come avviene, di fatto, nel procedimento di mediazione.

L'istituto della mediazione, previsto come obbligatorio ( art. 5) e così come disciplinato, induce il cittadino ad addivenire, obtorto collo, ad una conciliazione in molti casi non soddisfacente dei propri diritti, rinunciando ad agire in giudizio, per ottenere una tutela piena degli stessi. Infatti, il singolo è costretto a rivolgersi ad organismi pseudo giurisdizionali pubblici o privati, con notevoli esborsi, che lo dissuaderanno

dal tutelarsi nella naturale sede giurisdizionale. L'art. 17 del decreto in parola prevede il pagamento di indennità in favore dell'organismo di mediazione. Le parti sono, inoltre, gravate dal compenso professionale da corrispondersi agli esperti eventualmente nominati dal mediatore (art. 8, comma 4). Né la previsione di un rimborso dell'indennità pagata, sotto forma di credito di imposta (art 20) elimina il problema dei costi da cui è oberato l'interessato, atteso che il predetto rimborso avviene fino a concorrenza di € 500,00, nel caso di successo della mediazione ed è differito nel tempo di almeno un anno. A ciò aggiungasi che il medesimo rimborso è ridotto alla metà in caso di insuccesso della procedura di mediazione.

Ulteriore effetto deterrente sulla volontà del cittadino di ottenere piena tutela in sede giurisdizionale è data, inoltre, dall'assurdo riverbero del procedimento di mediazione sulle spese del giudizio successivo. L'art. 13 del decreto legislativo di cui trattasi prevede che: "quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo ...". E' inevitabile che la spada di Damocle di una soccombenza nelle spese, nel caso di un rifiuto della proposta conciliativa, che venga a coincidere con la pronuncia giudiziale, induca la parte a rinunciare all'alea di un giudizio, accettando

*(continua a pag. 3)*

## **Approfondimenti** **Rilievi critici** .....

(segue da pag.2)

supinamente i dettami del mediatore, la cui imparzialità non è garantita in alcun modo, così come quella del consulente tecnico di sua nomina.

Le predette previsioni normative, come innanzi illustrate, comportano una inevitabile coazione della volontarietà del diritto di difesa dei singoli e una compressione delle garanzie costituzionali dello stesso diritto di difesa, specialmente nell'ipotesi di squilibrio negoziale tra le parti. Si pensi all'ipotesi di una mediazione che abbia a consumarsi tra un singolo e grossi centri di potere, quali istituti bancari, assicurativi etc...

Peraltro, si consideri che i costi concernenti il procedimento di mediazione e i rischi connessi ad un'eventuale soccombenza nelle spese, per rifiuto della proposta conciliativa, di fatto penalizzano in particolar modo i diritti dei cittadini appartenenti a quelle fasce economicamente deboli che, pur non rientrando nelle maglie dei non abbienti ai fini del beneficio del patrocinio a Spese dello Stato (art. 17, comma 5), saranno persuasi a rinunciare ad agire in giudizio, con duplicazione di spese, per una tutela piena delle proprie ragioni, accettando una "giustizia minore", quale quella della proposta di conciliazione, riveniente non da un giudice terzo ed imparziale. E' evidente come ciò comporti violazione dell'art. 3 della Costituzione. Al contempo il procedimento di mediazione risulta non ossequioso di altro prezioso principio: quello del "giusto processo", come sancito dall'art. 111 della nostra Carta, vista l'indubbia vocazione del procedimento medesimo a condizionare

l'esercizio dei diritti dei singoli in sede giurisdizionale, per le ragioni innanzi illustrate.

\*\*\*

Altro, ma non meno trascurabile, punto critico dell'istituto in parola è la mancata previsione della obbligatorietà della difesa tecnica dell'avvocato, in seno al procedimento di mediazione. L'asimmetria tra le parti di cui si è detto innanzi, viene certamente ad essere aggravata dalla circostanza che il singolo si trovi a valutare l'opportunità di aderire alla proposta conciliativa del mediatore, senza essere coadiuvato in ciò dalla preziosa assistenza qualificata dell'avvocato, l'unica figura professionale a poter orientare una scelta consapevole del cittadino.

Sotto altro profilo, la non obbligatorietà della difesa a cura dell'avvocato comporta grave violazione delle prerogative proprie della professione forense, ormai sempre più emarginata dall'ambito della tutela dei diritti civili. Come già accennato, l'Avvocatura concorre con la Magistratura nella tutela dei diritti dei cittadini e l'elevazione del diritto di difesa a rango costituzionale (art. 24 Cost.) attribuisce indirettamente alla figura del difensore dignità costituzionale. Ebbene, la recente normativa sulla mediazione non sembra ossequiosa della suddetta dignità dell'Avvocatura, in buona sostanza esclusa dal procedimento di mediazione, che pure viene ad incidere sui diritti dei singoli in maniera incisiva, basti pensare che il verbale di conciliazione omologato costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ( art. 12 ). Desta perplessità l'indifferenza con cui il Consiglio Nazionale Forense,

nonché i Consigli dell'Ordine circondariali hanno accolto la normativa di cui trattasi, in cui l'avvocato è svuotato della propria funzione e relegato a mera comparsa eventuale. Grave appare, inoltre, la previsione dell'annullabilità del mandato professionale nel caso di omesso avviso di cui all'art. 4 del dlgs. N. 28/2010, avviso che, per oscure ragioni, deve essere fornito ancor prima dell'entrata in vigore della normativa sulla mediazione.

Alla luce di quanto detto, appare doveroso da parte degli organismi di categoria attivarsi in ogni modo per far valere l'incostituzionalità del decreto legislativo n. 28/2010 ( per contrasto con gli artt. 3,24,25 della Costituzione), ovvero, in subordine, chiedere che ad esso vengano apportati inemendabili correttivi concernenti: 1) la volontarietà e facoltatività del procedimento di mediazione; 2) la gratuità del medesimo; 3) l'obbligatorietà dell'assistenza dell'avvocato nel procedimento stesso; 4) il venir meno della sanzione dell'annullabilità del contratto professionale in caso di omesso avviso ex art. 4).

Tanto appare doveroso fare in difesa dei diritti dei cittadini da un canto e del ruolo dell'Avvocatura dall'altro, ormai relegata a cenerentola nell'ambito delle professioni liberali, anche e soprattutto a causa della consolidata inerzia dei nostri rappresentanti istituzionali.

*avv. Emanuela Galati*

**L'editoriale del segretario**

## **L'AFL sta con il Presidente...**

**(segue da pag.1)**

devolvere ad arbitri la controversia anche nel momento della stipulazione del contratto di lavoro, attraverso l'inserimento di apposita clausola compromissoria ed ha eccepito che "la fase della costituzione del rapporto di lavoro è infatti il momento nel quale massima è la condizione di debolezza della parte che offre la prestazione di lavoro"; giustamente non ha ritenuto che il meccanismo del preventivo accordo sindacale in sede di contrattazione collettiva fornisca un'adeguata tutela al lavoratore. Se a ciò si aggiunge che gli arbitri possono, ove richiesto, decidere le liti secondo equità, ovvero svincolati dalle norme di legge, è ben evidente quanto asimmetrica ed a svantaggio dei lavoratori sia la normativa in esame.

Ebbene, l'Associazione Forense, già prima della decisione del Presidente della Repubblica, aveva sollevato la sua protesta contro il provvedimento proprio nella parte in cui era evidente l'asimmetria della posizione delle parti per l'assenza dell'obbligo di essere difesi e rappresentati da un avvocato, che è baluardo costituzionale del diritto di difesa (art. 24 Cost.). Si chiedeva di escludere che il lavoratore potesse accettare l'arbitrato in sede di assunzione; di garantire, comunque, il diritto di accedere all'autorità giudiziaria; di prevedere la obbligatoria difesa tecnica dell'avvocato anche in sede di arbitrato; di escludere il giudizio secondo equità.

Un plauso, dunque, al nostro Presidente della Repubblica per la posizione assunta in questo caso! Ma, purtroppo, per l'Avvocatura il discorso non finisce qui. Infatti c'è uno sconcertante parallelismo con la recente normativa in materia di mediazione

conciliativa introdotta con il D. lgs. n. 28 del 2010.

Anche questo provvedimento è connotato dall'assenza dell'avvocato, che, rappresenta, invece, l'unica garanzia del diritto di difesa del cittadino.

Infatti, il legislatore, con l'intento di ridurre le cause innanzi ai giudici, ha introdotto un tentativo di conciliazione della lite, obbligatorio per una vasta area di materie, a pagamento ed affidato anche a strutture private, senza l'obbligo di assistenza dell'avvocato. E' di tutta evidenza che le parti economicamente più forti (assicurazioni, aziende, ecc.) non rinunceranno ad affidarsi al loro avvocato; le parti deboli, pur di risparmiarne ne faranno a meno, ma non avranno una identica tutela nella soluzione della lite, soprattutto nei casi in cui la difesa tecnica si rende necessaria per la complessità della vicenda.

Qualcuno potrebbe obiettare che la legge non impedisce di farsi assistere da un proprio avvocato. E' proprio questo il punto! L'intento apparente è quello di far risparmiare al cittadino la spesa dell'avvocato, ma si introduce, di fatto, una evidente asimmetria e disparità. Il ricco si farà attorniare dal suo pool di avvocati, il povero si affiderà al buon senso di un conciliatore privato!

E' stata usata una tecnica legislativa che si è andata tristemente affermando negli ultimi anni, con la quale si tende ad aggirare i valori costituzionali; nella fattispecie quello del diritto alla difesa dei cittadini e dei lavoratori (art. 24 Cost.).

L'Associazione Forense anche in questo caso ha manifestato il suo dissenso, proponendo la gratuità del procedimento di conciliazione e la obbligatorietà della difesa dell'avvocato in caso di obbligatorietà del procedimento conciliativo.

*avv. Angelo Galante*