



CULTURA E DIRITTI PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista quadrimestrale • anno VII • numero 3/3 • settembre-dicembre 2018

P  S A
UNIVERSITY
PRESS





Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, - Anno 1, n. 1 (gennaio-marzo 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Quadrimestrale

340.05 (22.)

I. Scuola superiore dell'avvocatura 1. Diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

Tel. +39 06 6872866 - Fax +39 06 6873013

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

| | |
|---------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Condirettori | Andrea Mascherin e Salvatore Sica |
| Direttore responsabile | Salvatore Sica |
| Comitato scientifico | Fabio Addis, Gabriella Elvira Autorino, Francesco Cardarelli, Paolo Carbone, Renato Clarizia, Rosanna De Nictolis, Gianluca Maria Esposito, Andrea Federico, Marzia Ferraioli, Giuseppe Franco Ferrari, Alberto Gambino, Luigi Kalb, Marcello Maggiolo, Daniele Marrama, Emanuela Navarretta, Paolo Pisa, Maria Alessandra Sandulli, Mario Sanino, Salvatore Sica, Giuseppe Spoto, Vincenzo Zeno Zencovich, Attilio Zimatore |
| Comitato dei revisori | Piero Guido Alpa, Stathis Banakas, Adolfo Di Majo, Bénédicte Fauvareu-Cosson, Alfonso Moreno Hernandez, Jay P. Kesan, Fiona Macmillan, Salvatore Mazzamuto, Sergio Perongini, Pietro Rescigno, Salvatore Sica, Francesca Sorbi, Giorgio Spangher, Giuseppe Spoto, Pasquale Stanzione |
| Coordinamento editoriale | Giuseppe Spoto |

Numero chiuso in redazione il 18 dicembre 2018

Hanno collaborato a questo numero: Guido Alpa, Iside Castagnola, Fabio Diozzi, Nancy de la C. Ojeda Rodríguez, Alessandra Panduri, Michele Salazar, Marianna Scali, Federica Spinaci

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press

(Tel: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti, 43 - 56126 Pisa)

La direzione della rivista esaminerà per la eventuale pubblicazione gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it

Gli autori devono allegare un breve *abstract* in inglese al contributo inviato alla redazione

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Criteri redazionali" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura (www.scuolasuperioreavvocatura.it) e in calce al presente volume

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-3318-040-3

Registrazione presso il Tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012.



Indice

- 7 **Editoriale**
Salvatore Sica

Orientamenti

- 13 La vicenda delle restituzioni
Guido Alpa

Formazione forense

- 27 La corrispondenza riservata tra colleghi ed il rapporto con il cliente:
tra deontologia e contratto professionale
Annalisa Atti
- 37 Brevi note sugli obblighi informativi degli intermediari
in materia di investimenti aventi ad oggetto strumenti finanziari complessi
Matteo Di Pumpo
- 47 Mediazione obbligatoria e patrocinio a spese dello Stato.
Il diritto dell'avvocato al compenso in caso di accordo in mediazione
ovvero chi è tenuto a pagare l'avvocato della parte ammessa al patrocinio gratuito?
Silvio Zicconi

Diritto europeo e comparato

- 59 Il *Compliance package* e la corretta attuazione del diritto europeo: novità e riforme
Micaela Lottini

Professioni, cultura e società

- 79 Penelope
Michele Salazar

Biblioteca

- 85 Recensione a *Non perdere la speranza. La storia di due sorelle in Lager*
di Maria Camilla Pallavicini di Ceva e di Priolo
Michele Salazar
- 89 Recensione a *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*
di Esther Muñoz Espada
Giuseppe Spoto





Editoriale

Salvatore Sica

L'ultimo fascicolo del 2018 affronta questioni giuridiche di rilevante interesse per l'avvocato che vuole tenersi aggiornato e che è consapevole del fatto che la professione è diventata sempre più lo specchio dei problemi della società attuale. Una professione che per essere svolta con diligenza e capacità deve essere in grado di confrontarsi con i nuovi strumenti offerti dal legislatore, anche quelli che sono presentati come alternativi ai tradizionali mezzi di tutela, senza mai dimenticare i principi fondamentali alla base del nostro ordinamento. Per essere considerati esperti di una materia, dobbiamo sempre conoscere il quadro generale e la realtà storica all'interno dei quali una norma nasce ed è chiamata a trovare applicazione. Soltanto attraverso la consapevolezza di questi elementi, l'interprete può rendersi conto, tra le varie soluzioni possibili, quali siano le ragioni che hanno spinto in concreto in direzione di una determinata opzione legislativa, piuttosto che a favore di un'altra egualmente possibile in astratto.

In una società che si muove velocemente e dove è sempre più richiesto un sapere di tipo specialistico, è al contempo necessario capire che non può esistere nessuna difesa dei "diritti" che non sia contestualmente accompagnata da un'effettiva e durevole promozione della "cultura". Questi due concetti costituiscono il titolo della nostra rivista: *Cultura e diritti*, perché sono i due pilastri fondamentali che devono sempre guidare la formazione di ogni buon avvocato.

Siamo consapevoli che non può esservi esercizio del diritto senza un'attenta formazione basata sui valori fondamentali, che consenta all'interprete di agire correttamente, adoperando i mezzi a disposizione per il fine più giusto. In questa prospettiva, l'approfondimento culturale di questo numero è ricco di numerosi spunti di riflessione, utili in primo luogo alla vita professionale di chi è costantemente chiamato ad adattarsi alle numerose novità legislative, e che deve affrontare i problemi derivanti da una successione normativa, non sempre puntuale e chiara, a causa di un legislatore spesso troppo frettoloso e sprovveduto, ma vi sono anche altri approfondimenti e suggerimenti di lettura, in piena sintonia con il percorso compiuto fino a questo momento.

Guido Alpa apre questo fascicolo, ricordando a tutti noi, quanto l'interpretazione del Diritto possa essere spietata e ingiusta, descrivendo gli ostacoli e le difficoltà riscontrate dagli ebrei italiani, non soltanto durante l'applicazione delle leggi razziali sotto il fascismo, ma anche dopo la fine della guerra, sui modi e i tempi di restituzione dei beni sottratti e sui problemi di rientro nelle posizioni lavorative precedentemente ricoperte.





Seguono i contributi di Annalisa Atti, Matteo Di Pumpo e Silvio Zicconi su questioni più vicine all'esercizio della professione forense. Il primo articolo descrive le cautele che devono essere osservate nella corrispondenza tra colleghi e nel rapporto con i clienti, in base al contratto di prestazione professionale sottoscritto, ma anche in relazione alle regole del codice di deontologia. Il secondo articolo offre una panoramica sugli obblighi informativi degli intermediari in materia di investimenti aventi ad oggetto strumenti finanziari complessi, spingendo ad una lettura suppletiva delle norme giuridiche con il corretto approfondimento delle regole economiche, in quanto lo studio del Diritto non può mai essere separato da quello dell'Economia perché si tratta di discipline che rappresentano due facce della stessa medaglia. Infine, il capitolo dedicato alla formazione forense contiene un saggio di Silvio Zicconi sul problema del compenso dovuto all'avvocato per la sua attività di assistenza di una parte ammessa al gratuito patrocinio in un procedimento diretto ad ottenere la mediazione. L'autore osserva che a mente della previsione dell'art. 85 del T.U. in materia di spese di giustizia e dell'art. 29 del Codice deontologico forense e in assenza di deroghe del d.lgs. n. 28/2010, si dovrebbe sostenere che in caso di ammissione al patrocinio a spese dello Stato nel procedimento di mediazione da parte del proprio assistito, l'avvocato non potrebbe ricevere dal cliente nessun compenso, dovendo in queste ipotesi rivolgersi all'autorità giudiziaria per la liquidazione ed all'Erario per il pagamento. In caso contrario, l'avvocato incorrerebbe in un grave illecito disciplinare, sanzionato con la sospensione dall'esercizio della professione. Il contributo offre al lettore un approfondimento critico dei ragionamenti svolti e delle soluzioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, consentendo di cogliere i punti di debolezza del quadro normativo vigente, e in assenza di un intervento di chiarimento, fermo restando i problemi descritti, ritiene auspicabile un'interpretazione sistematica teleologica, che estenda l'applicazione dell'art. 75 T.U. spese di giustizia alla fase di mediazione obbligatoria anteriore allo svolgimento del processo.

La rubrica di approfondimento del diritto europeo e del diritto comparato ospita il lavoro di Micaela Lottini sul *Compliance package* che introduce una nuova strategia per l'integrazione del mercato, fondata non più sull'adozione di nuove norme, ma piuttosto su un intervento diretto a garantire (a vari livelli) l'effettivo raggiungimento dei risultati delle norme esistenti.

Nell'ultima parte del fascicolo, Michele Salazar esamina la figura mitologica di Penelope e lo stratagemma da questa utilizzato per temporeggiare durante il periodo dell'attesa del ritorno dell'amato sposo.

La biblioteca ospita le recensioni di due testi, assai diversi tra loro, ma che non dovrebbero mancare nella lista dei prossimi acquisti. La prima presentazione è di Michele Salazar, e riguarda la storia di due nobildonne piemontesi, deportate in un campo di concentramento e della loro testimonianza, di resistenza e di speranza, attraverso un libro di ricette, che da ordinario libretto





diventa un atto di fiducia nel futuro e di ritorno alla vita e alle esigenze quotidiane, dopo molta sofferenza.

Infine, il volume presentato da Giuseppe Spoto ci offre l'occasione di riflettere sulla necessità di uno studio privo di confini territoriali, esaminando il lavoro in lingua spagnola della professoressa Esther Muñiz Espada sui mutui immobiliari e sulle ultime novità del processo di armonizzazione delle regole europee.





Mediazione obbligatoria e patrocinio a spese dello Stato. Il diritto dell'avvocato al compenso in caso di accordo in mediazione ovvero chi è tenuto a pagare l'avvocato della parte ammessa al patrocinio gratuito?

Silvio Zicconi

Il quesito se l'avvocato abbia o meno diritto al compenso e, in caso di risposta affermativa, chi debba farsene carico, non è problema di poco conto, considerate le ripercussioni che la risposta potrebbe avere sulla mediazione e sull'efficacia delle scelte a tal riguardo operate dal legislatore sino ad oggi.

La giurisprudenza spesso contrastante ed il silenzio del legislatore fanno dubitare che la questione possa ritenersi di imminente soluzione.

Come è noto, il T.U. spese di giustizia (d.P.R. n. 115/2002) prevede che «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 1° comma).

In dette ipotesi, l'avvocato previa liquidazione del proprio compenso da parte del giudice (art. 82¹) si vedrà remunerato dall'Erario, non potendo percepire dal proprio assistito alcun compenso, pena la sospensione disciplinare dall'esercizio della professione da un minimo di 6 mesi ad un massimo di un anno: questo ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 85 T.U. spese di giustizia², art. 3 l. n. 247/2012³ e art. 29 del Codice deontologico forense⁴.

¹ Art. 82: «L'onorario e le spese spettanti al difensore sono liquidati dall'autorità giudiziaria con decreto di pagamento, osservando la tariffa professionale [...], tenuto conto della natura dell'impegno professionale, in relazione all'incidenza degli atti assunti rispetto alla posizione processuale della parte offesa».

² Art. 85: «Il difensore, l'ausiliario del magistrato ed il consulente tecnico di parte non possono chiedere e percepire dal proprio assistito compensi o rimborsi a qualunque titolo, diversi da quelli previsti dalla presente parte del T.U. Ogni patto contrario è nullo. La violazione del divieto costituisce grave illecito disciplinare professionale».

³ Art. 3/3 della legge n. 247/2012: «L'avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico emanato dal CNF».

⁴ Il Codice deontologico forense (approvato dal CNF il 31 gennaio 2014), all'art. 29 stabilisce che «L'avvocato nominato difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato, non deve chiedere né percepire dalla parte assistita né da terzi, a qualunque titolo, compensi o rimborsi diversi da quelli previsti dalla legge», pena «l'applicazione della sanzio-





Nel frattempo è intervenuto il d.lgs. n. 28/2010 che ha introdotto la mediazione obbligatoria in una molteplicità di casi e l'assistenza legale in mediazione, prevedendo altresì la possibilità per i non abbienti di ricorrervi senza pagare alcunché all'Organismo di Mediazione⁵. Nulla invece viene previsto in merito al compenso dell'avvocato che abbia assistito la parte nel procedimento di mediazione.

In ragione della previsione di cui all'art. 85 del T.U. spese di giustizia, di quella all'art. 29 del Codice deontologico forense (il cui valore di norma primaria è ora pacifico in virtù del richiamo di cui alla legge di riforma dell'ordinamento forense⁶) e dell'assenza di deroghe da parte del d.lgs. n. 28/2010, si dovrebbe quindi concludere che in caso di ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato, l'avvocato che l'abbia assistita in un procedimento di mediazione, non potrebbe ricevere dal cliente o comunque dalla parte assistita alcun compenso, dovendo in dette ipotesi rivolgersi all'autorità giudiziaria per la liquidazione ed all'Erario per il pagamento.

In difetto incorrerebbe in un grave illecito disciplinare, sanzionato, come detto, con la sospensione dall'esercizio della professione.

Tuttavia ancora oggi (e forse, ancor più oggi, visto il provvedimento del Tribunale di Roma del gennaio u.s.⁷) la giurisprudenza di merito risulta radicalmente divisa.

Da un lato è possibile annoverare la posizione dei Tribunali di Roma e Tempio Pausania⁸, che, facendo espresso richiamo alle sentenze n. 24723/2011 e n. 9529/2013 della Cassazione, hanno ritenuto doversi escludere la possibilità di porre a carico dello Stato i compensi per l'attività stragiudiziale espletata dall'avvocato, «nel caso in cui alla stessa non sia seguita alcuna attività giudiziale».

Secondo il Tribunale di Roma non sarebbe determinante la circostanza che il legislatore abbia previsto l'obbligatorietà della procedura di mediazione in determinate materie e l'assistenza legale in dette medesime fattispecie.

Al contrario, secondo detta giurisprudenza, la previsione di cui all'art. 17 d.lgs. n. 28/2010, secondo cui non sarebbe dovuta alcuna indennità all'Organi-

ne disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da 6 mesi a 1 anno» (cfr. commi 8 e 9).

⁵ L'art. 8 comma 1 del d.lgs. n. 28/2010 prevede che «Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato». L'art. 17 comma 5-bis dispone che «Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5/1Bis, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'art. 5/2 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'art. 76 del T.U. spese di giustizia». Il successivo comma 5-ter, poi, aggiunge che «Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione».

⁶ V. art. 3 l. n. 247/2012.

⁷ Tribunale Roma ord. 11 gennaio 2018.

⁸ Tribunale Tempio Pausania ord. 19 luglio 2016.





simo di Mediazione dalla parte che si trovi nelle condizioni per essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato, così come il silenzio della legge in merito al soggetto cui detti oneri debbano essere posti a carico ed in merito alle spese legali per l'assistenza della parte in mediazione, indurrebbe a ritenere che il legislatore non abbia voluto estendere la disciplina sul patrocinio a spese dello Stato in via generale anche alla procedura di mediazione.

In particolare, secondo detto orientamento, osterebbe a detta estensione il tenore letterale dell'art. 75 del d.P.R. n. 115/2002 che fa espresso riferimento ad ogni grado e fase del processo o ad eventuali procedure che nel processo si innestino, così escludendo le procedure stragiudiziali che non si innestino nel giudizio: come, appunto, nel caso di una mediazione *ante iudicium* definita con accordo.

Sempre secondo detta giurisprudenza, altro impedimento all'estensione si dovrebbe trarre dalla previsione di cui al d.l. n. 69/2013 (convertito con modificazioni nella l. n. 98/2013), che, nel reintrodurre in alcune materie l'obbligatorietà della mediazione e l'assistenza legale obbligatoria, ha espressamente statuito che da tali novità non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (art. 85).

Alla medesima conclusione dovrebbe poi pervenirsi considerando quanto previsto dal d.lgs. n. 116/2015 che, invece, nell'ambito delle controversie transfrontaliere ha espressamente previsto che il patrocinio a spese dello Stato sia esteso anche ai procedimenti stragiudiziali previsti come obbligatori dalla legge, così confermando la necessità di un intervento legislativo per l'ampliamento dell'ambito di applicazione della disciplina sul patrocinio a spese dello Stato, come detto non espressamente prevista dal legislatore del 2010 e del 2013 per la mediazione obbligatoria.

Da ultimo, detta giurisprudenza reputa di individuare nei principi sanciti dall'art. 97 della Costituzione (in base al quale le pubbliche amministrazioni devono assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico), la ragione della mancata estensione all'Erario dell'obbligo del pagamento delle spese legali per l'assistenza in mediazione della parte indigente.

Già nel 2016 il Tribunale di Tempio Pausania⁹ era pervenuto ad analoghe conclusioni che reputava doversi trarre dalle citate pronunce della Cassazione.

Lo stesso, aveva reputato poi insormontabile, il difetto di una norma specifica sul punto, pur nella consapevolezza che ciò avrebbe determinato il rischio concreto di vedere fortemente disincentivato il ricorso alla procedura di mediazione.

Pertanto secondo detto orientamento, ove la parte sia ammessa al patrocinio a spese dello Stato, in caso di mediazione positiva, non solo l'Organismo di Mediazione non avrebbe diritto ad alcun indennizzo, ma neanche l'avvocato

⁹ Tribunale Tempio Pausania ord. 19 luglio 2016.





della parte ammessa al beneficio potrebbe chiedere il pagamento del proprio compenso all'Erario; questo anche in caso di mediazione obbligatoria e nonostante l'assistenza legale sia imposta dalla legge.

Da ciò ne conseguirebbe che, in dette ipotesi, l'avvocato dovrebbe rivolgersi alla parte per il pagamento del proprio compenso (con il rischio di incorrere in un illecito disciplinare) o dovrebbe rinunciare ad essere remunerato (ove non sia disposto ad affrontare i fastidi di un eventuale procedimento disciplinare a suo carico).

Detta ultima conclusione, tuttavia, non appare ipotizzabile in assenza di una specifica previsione di legge che deroghi alla norma generale.

La legge professionale forense¹⁰, infatti, pur consentendo, nell'accordo tra le parti, lo svolgimento dell'attività professionale a titolo gratuito, tuttavia non prevede ipotesi in cui la gratuità debba intendersi obbligatoria. Dal tenore della norma, anzi, è ben facile apprendere come detta attività sia di regola onerosa¹¹.

Pertanto si dovrebbe ritenere che ove non possa trovare applicazione la normativa speciale in materia di patrocinio a spese dello Stato (T.U. spese di giustizia), debba riprendere pieno vigore la norma generale, che prevede il diritto dell'avvocato al compenso da parte del proprio cliente, in difetto di patto contrario.

Detta conclusione, tuttavia, appare contrastare con la *ratio* della normativa in materia di gratuito patrocinio, non potendo comprendersi la ragione per cui il non abbiente, beneficiario del patrocinio a spese dello Stato, debba farsi carico del compenso dell'avvocato per l'assistenza in una procedura (come quella di mediazione) che il legislatore gli ha imposto di esperire preventivamente, ove intenda vedere riconosciuto un proprio diritto.

Ciò che poi la citata giurisprudenza non sembra avere tenuto in debito conto è la previsione di cui all'art. 29 del Codice deontologico forense, così come quella di cui all'art. 85 del T.U. spese di giustizia, che, come detto, espongono l'avvocato al rischio di un procedimento disciplinare ove richieda e ottenga remunerazione per il proprio lavoro da una parte ammessa al gratuito patrocinio.

Sono diverse, ancora, le critiche che la dottrina ha mosso a detto orientamento¹², evidenziando incongruenze con la normativa comunitaria di cui alle

¹⁰ L. n. 247/2012.

¹¹ Vedi art. 13 ove la legge prevede l'applicazione dei parametri indicati da d.m. su proposta del CNF ex art. 1 comma 3, «in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge».

¹² Per un'ampia analisi: A. BERTOLDINI - L. MORELLO, *La Cassazione nega l'ammissione al patrocinio a carico dello Stato per le prestazioni stragiudiziali: dubbi di legittimità sul piano costituzionale, amministrativo e comunitario*, paragrafi 7-8, in *Foro Amm. CDS*, 1/2012, p. 35, nota alla sentenza n. 24723/2011 in: Giuffrè 2018, Dottrina, www.iusexplorer.it/giurisprudenza/massima.





direttive 2008/52/CE e 2003/8/CE e costituzionale di cui agli artt. 3 e 24 Cost., così come le conseguenze pregiudizievoli ed i rischi in termini di mancate partecipazioni alla procedura di mediazione e fallimento della stessa, determinanti i ben maggiori oneri processuali, indubitabilmente – questi – a carico dello Stato.

Passando quindi ad esaminare alcuni dei profili ostativi evidenziati dalla menzionata giurisprudenza di merito, ed in particolare le pronunce della Cassazione ivi richiamate, deve osservarsi:

- la Cassazione individua la *ratio* dell'art. 75 del d.P.R. n. 115/2002 che ammette il patrocinio gratuito «per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali comunque connesse», nell'esigenza di dare attuazione al dettato dell'art. 24 Cost.

Il diritto alla difesa non può quindi subire condizionamenti né essere ostacolato e limitato dalle condizioni economiche disagiate del titolare del diritto. Secondo la S.C., «l'onere posto a carico dello Stato e quindi della collettività intanto è giustificato in quanto sia preordinato a soddisfare l'esigenza di assicurare il ricorso alla tutela giurisdizionale nel caso in cui la pretesa del cittadino non abbiente non risulti manifestamente infondata, 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»¹³.

Con la pronuncia del 2011, poi, la Corte, precisa che possono 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 – ricorda la S.C. – è stato riconosciuto dovuto il compenso per l'assistenza e l'attività svolta dal difensore per la transazione della controversia instaurata dal medesimo)».

Secondo detta pronuncia, pertanto, l'attività svolta dall'avvocato nel procedimento di mediazione intrapreso a seguito del radicamento del giudizio o, se preventivo, concluso con verbale negativo (cui ha fatto seguito il giudizio) rientrerebbe certamente nel raggio d'azione del T.U. n. 115/2002.

Con la successiva pronuncia del 2013 la S.C. pur riaffermando il principio secondo cui «l'attività professionale di natura stragiudiziale non è ammessa di regola, al patrocinio a spese dello Stato ai sensi dell'art. 85 del d.P.R. n. 115/2002, in quanto esplicitamente al di fuori del processo, sicché il relativo compenso si pone a carico del cliente»¹⁴, ha tuttavia aggiunto che «Nondimeno, allorché detta attività venga espletata in vista di una successiva azione giudiziale».

¹³ Cass. n. 24723/2011.

¹⁴ Con detto passaggio la Cassazione sgombra ogni dubbio in merito al diritto dell'avvocato al proprio compenso da parte del cliente, in tutti i casi in cui non vi provveda lo Stato ex d.P.R. n. 115/2002.





ria, essa è ricompresa nell'azione stessa ai fini della liquidazione a carico dello Stato ed il professionista non può chiederne il compenso al cliente ammesso al patrocinio gratuito, incorrendo altrimenti in responsabilità disciplinare»¹⁵.

Le SS.UU. della Corte, quindi, pronunciandosi proprio in un caso di impugnazione di un provvedimento disciplinare adottato dal CNF (confermativo della pronuncia del COA territoriale) nei confronti di un avvocato che aveva richiesto al cliente il pagamento del compenso per attività stragiudiziale propeedeutica alla successiva azione giudiziaria per la quale il cliente era stato ammesso al patrocinio gratuito, hanno evidenziato come la distinzione tra attività giudiziale e stragiudiziale non possa prescindere dalla valutazione se l'attività stragiudiziale sia funzionale e propeedeutica o meno a quella giudiziale.

Detti profili, ben colti dalla S.C. non paiono essere stati altrettanto valutati dalla citata giurisprudenza di merito. Il richiamo che nella sentenza del 2011 la S.C. fa all'art. 24 della Costituzione, a giustificazione della non applicazione del patrocinio gratuito all'attività stragiudiziale, si reputa possa (e debba) essere differentemente inteso alla luce della previsione di legge, che ha reso la procedura di mediazione obbligatoria per alcune controversie. Non può infatti trascurarsi come il non abbiente, ammesso al patrocinio gratuito per il giudizio in cui voglia far valere il proprio diritto, sia costretto ad intraprendere preventivamente la procedura di mediazione (a pena di improcedibilità), avvalendosi obbligatoriamente dell'assistenza di un avvocato. È ben facile immaginare come lo stesso, posto di fronte alla prospettiva di dover pagare il compenso dell'avvocato per l'assistenza in mediazione rinuncerebbe a partecipare alla stessa (così rendendo improcedibile l'eventuale successivo giudizio o, non aderendo, esponendosi alle sanzioni previste dal legislatore e ribadite da una giurisprudenza di merito sempre più rigorosa¹⁶). Il tutto in spregio del dettato dell'art. 24 Costituzione.

In merito poi alla posizione del suo difensore, non può non considerarsi come lo stesso, se volesse seguire le interpretazioni della citata giurisprudenza di merito, si troverebbe esposto al rischio di vedere censurato il proprio comportamento dagli organi disciplinari e da ultimo dalla Cassazione stessa, che non potrebbe che seguire l'orientamento già espresso dalle SS.UU.¹⁷.

¹⁵ Cass. n. 9529/2013.

¹⁶ Trib. Firenze, 17 marzo 2014 e 18 marzo 2014; Trib. Roma, 30 giugno 2014; Trib. Bologna, 05 giugno 2014; Trib. Rimini, 16 luglio 2014; Trib. Palermo, 16 luglio 2014; Trib. Firenze, 26 novembre 2014; Trib. Palermo sent. 14 febbraio 2017; Trib. Napoli ord. 06 aprile 2017; Trib. Reggio Emilia sent. 06 aprile 2017; Trib. Verona sent. 10 marzo 2017; Trib. Pordenone; G.d.P. Napoli ord. 27 febbraio 2017; Trib. Padova sent. 27 aprile 2017 e Trib. Roma sent. 30 novembre 17 n. 22475/2017 che parlano di comportamento sleale sanzionabile ex artt. 88 e 92 c.p.c.; App. Milano sent. 10 maggio 2017; Trib. Patti ord. 25 maggio 2017 e da ultimo Trib. Vasto ord. 29 gennaio 2018.

¹⁷ Cass. n. 9529/2013.





Non sembra corretta neanche la valutazione fatta dalla citata giurisprudenza di merito, che di fronte ai limiti posti dalla normativa, sembra pervenire alla conclusione che il patrocinio a spese dello Stato possa riconoscersi solo ove la mediazione sia in corso di causa in quanto delegata dal giudice o, se preventiva, in quanto negativa, sia seguita dal giudizio¹⁸.

Appare, infatti, del tutto illogico far discendere la *connessione*, tra la fase stragiudiziale (quale la mediazione) e quella giudiziale richiesta dall'art. 85 T.U., dal mero dato temporale del preventivo o successivo esperimento rispetto al giudizio, così come dalla mera valutazione di merito effettuata dal giudice, che, investito della lite, disponga l'esperimento della procedura di mediazione (perché obbligatoria *ex lege* o per reputata opportunità).

La connessione, è noto, richiede l'esistenza di un rapporto funzionale tra le procedure, in ragione delle parti e dell'oggetto di ciascuna di esse.

Ciò che non è connesso sotto il profilo soggettivo/oggettivo, certo non può divenirlo solo a discrezione di qualcuno, sia esso il titolare del diritto o il giudice (come appunto avverrebbe ove si escludesse il beneficio nell'ipotesi in cui la parte esperisca preventivamente la mediazione, per riconoscerlo invece ove radichi preventivamente il giudizio, lasciando al rilievo del giudice o all'eccezione della controparte l'eventuale esperimento della procedura di mediazione).

Men che meno corretto appare far discendere il beneficio di cui al d.P.R. n. 115/2002 dall'esito positivo o negativo della procedura di mediazione preventivamente esperita. In dette ipotesi, infatti, conclude la citata giurisprudenza di merito, certo non sarebbe ipotizzabile una connessione tra una procedura stragiudiziale (conclusa positivamente) ed una giudiziale (resa inutile dal buon esito stesso della mediazione).

Se è evidente come in detta ipotesi non sarebbe applicabile *sic et simpliciter* la citata norma, appaiono evidenti i rischi altissimi di insuccesso e/o esperimento fittizio della mediazione.

Ancor meno logico sarebbe, poi, risolvere il problema (teorico e giuridico prima che pratico), sostenendo, come fatto da parte della giurisprudenza, che ben potrebbero le parti stabilire in sede di accordo di mediazione che le spese degli avvocati siano a carico della parte non ammessa al patrocinio a spese dello Stato o non rinunciando gli avvocati al vincolo di solidarietà.

Il condizionamento e la limitazione della libertà contrattuale è evidente e non necessita di ulteriori commenti.

La soluzione prospettata, poi non tiene in alcun conto l'ipotesi che le parti ammesse al beneficio siano tutte quelle interessate dalla controversia. In tal caso la soluzione prospettata non sarebbe evidentemente applicabile.

La consapevolezza di quanto sopra, per diversi aspetti evidenziata anche dai citati Tribunali, ha indotto altra parte della giurisprudenza di merito ad

¹⁸ Trib. Tempio Pausania 19 luglio 2016.





una valutazione della normativa in un senso che, forse meno vicino alla lettera della legge, appare però meglio orientato costituzionalmente ed in linea con la normativa comunitaria¹⁹.

Con una pronuncia del gennaio 2015, poi seguita da altri giudici di merito, il Tribunale di Firenze, richiamando preliminarmente la menzionata giurisprudenza della Cassazione, ha ritenuto che sia «paradossale» ed «irragionevole», oltre che «un evidente disincentivo rispetto ad un istituto che invece il legislatore sta cercando di promuovere in vario modo (in tale ottica si colloca la stessa previsione dell'obbligatorietà *ex art. 5 comma 1 bis* d.lgs. n. 28/2010)», ritenere non dovuto dall'erario il compenso all'avvocato in caso di esito positivo della mediazione.

Secondo il Tribunale di Firenze sarebbe altresì «non corretto riversare sui privati (il difensore o la parte abbiente, in virtù del vincolo di solidarietà) un onere che dovrebbe essere sostenuto dallo Stato». Continua infatti la curia fiorentina: «se infatti quest'ultimo [lo Stato] mostra, con una serie di interventi, un chiaro favore verso forme non giurisdizionali di tutela nell'intento di offrire più vie di soluzione dei conflitti, anche la disciplina dell'aiuto ai non abbienti non dovrebbe più essere limitata all'aiuto nella sede giudiziaria».

La giurisprudenza reputa quindi opportuno richiamare il movimento europeo in cui detti interventi si iscrivono, quali l'art. 47 della c.d. Carta di Nizza e la disciplina con cui l'Italia ha recepito la direttiva europea sul *Legal Aid*, volta a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie frontaliere civili (Direttiva 2002/8/CE)²⁰, che ha esteso il patrocinio dello Stato ai procedimenti stragiudiziali, qualora l'uso di tali mezzi sia previsto come obbligatorio dalla legge ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa²¹.

Dette previsioni avvalorerebbero l'interpretazione accolta da detta giurisprudenza di merito che estende l'aiuto legale alla fase pre-processuale, «apparendo 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».

Ricorda poi, il Tribunale di Firenze, la Circolare n. 25 del 06 dicembre 2013 del CNF, che aveva richiamato la direttiva del *Legal Aid*, per sostenere che l'assistenza dei legali, obbligatoria per la mediazione pre-processuale e demandata dal giudice, debba rientrare nel patrocinio a spese dello Stato.

¹⁹ Trib. Firenze 13 gennaio 2015, Trib. Ascoli Piceno 12 settembre 2016, Trib. Firenze 13 dicembre 2016, Trib. Bologna 13 settembre 2017.

²⁰ D.lgs. 27 maggio 2005 n. 116.

²¹ Il Tribunale di Roma ha invece fondato la propria decisione sulla considerazione che detta apertura normativa, prevista per le sole controversie transfrontaliere, sarebbe preclusa in tutte le altre ipotesi.





Sempre secondo la medesima giurisprudenza si dovrebbero considerare, in tema di c.d. giurisdizione condizionata²², le pronunce della Corte Costituzionale che ha ritenuto ammissibile il condizionamento della giurisdizione «in quanto non comprometta l'esperimento dell'azione giudiziaria, che può essere ragionevolmente limitato, quanto all'immediatezza se vengono imposti oneri finalizzati a salvaguardare interessi generali». Questi, si è ritenuto, verrebbero soddisfatti ove si eviti il sovraccarico dell'apparato giudiziario ed ove si favorisca la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quello conseguibile con il processo²³.

In tal senso si sarebbe orientata anche la Corte di Giustizia Europea, che, con la pronuncia del 18 marzo 2010 (sul tentativo obbligatorio di conciliazione in tema di telecomunicazioni), ha affermato che «i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale [...] e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti»²⁴.

Secondo detta giurisprudenza di merito, quindi, si dovrebbe concludere che la mediazione obbligatoria sia sempre connessa e funzionale alla fase processuale anche ove quest'ultima in concreto non abbia luogo (come, appunto, in caso di accordo in mediazione preventiva).

Il Tribunale di Firenze a tal proposito, pur non condividendo *tout court* le conclusioni cui è pervenuta parte della dottrina, che ha ravvisato nella fase della mediazione una *natura paragiudiziale* rientrante (ove obbligatoria) in un unico *macro-procedimento* finalizzato alla tutela dei diritti disponibili, ha ritenuto «corretto porre in risalto la sua stretta relazione con il processo, quando sia prevista come obbligatoria». Sotto tale profilo sarebbe non trascurabile quanto affermato dalla Consulta secondo cui la mediazione obbligatoria prevista dal d.lgs. n. 28/2010 «rientra nell'esercizio della funzione giudiziaria e nella sfera civile, giacché condiziona l'esercizio del diritto di azione [...]»²⁵.

Per la medesima giurisprudenza di merito, non si dovrebbe infine trascurare la Direttiva 2008/52 ed «il tentativo della dottrina di rileggere la condizione di procedibilità non solo nell'ambito della giurisdizione condizionata, ma anche in una prospettiva di maggiore equilibrio tra giurisdizione e mediazione, in cui la mediazione viene considerata strumento per favorire lo sviluppo della per-

²² Che ricorre quando la legge impone alle parti l'esperimento di una data attività prima di agire in giudizio (vuoi un tentativo obbligatorio di conciliazione, vuoi la mediazione).

²³ C. Cost. n. 276/2000 in tema di tentativo obbligatorio di conciliazione nelle cause di lavoro.

²⁴ Cfr. par. 63 sentenza citata.

²⁵ C. Cost. n. 178/2010.





sonalità del singolo, consentendogli di confrontarsi in un contesto relazionale propiziatorio per una soluzione amichevole»²⁶.

In questa ottica, maggiormente rispettosa del diritto comunitario in cui l'accesso alla giustizia non si ridurrebbe più al "diritto a un tribunale" ma includerebbe l'accesso a procedimenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie complementari rispetto alla giurisdizione, la mediazione troverebbe tutela e riconoscimento anche nell'art. 2 della Costituzione.

Pertanto, in attesa di un intervento legislativo o di un pronunciamento delle Sezioni Unite della Cassazione che ponga la parola fine alla questione, la giurisprudenza al momento maggioritaria reputa che un'interpretazione sistematica teleologica delle norme richiamate porti a ritenere che l'art. 75 T.U. spese di giustizia, possa applicarsi anche alla fase di mediazione obbligatoria pre-processuale, pur non seguita da alcuna fase giudiziale (in quanto conclusa con accordo). Detta conclusione sarebbe l'unica conforme ai parametri di cui agli artt. 2, 3 e 24 Cost. e l'unica che garantisca all'espletamento della mediazione l'effettività richiesta dalla legge e rimarcata dalla costante giurisprudenza di merito²⁷.

²⁶ Trib. Firenze 13 gennaio 2015.

²⁷ Trib. Firenze, 17 marzo 2014 e 18 marzo 2014; Trib. Roma, 30 giugno 2014; Trib. Bologna, 05 giugno 2014; Trib. Rimini, 16 luglio 2014; Trib. Palermo, 16 luglio 2014; Trib. Firenze, 26 novembre 2014. Di recente v. Trib. Palermo 14 febbraio 2017 che rimarca l'indispensabilità della partecipazione personale delle parti, rispetto alle quali gli avvocati non possono svolgere attività di sostituzione/rappresentanza ma di assistenza; Trib. Napoli 06 aprile 2017 che precisa che l'eventuale impedimento o il motivo del rifiuto debbono essere verbalizzati e comunicati al giudice; Trib. Reggio Emilia sent. 06 aprile 2017; Trib. Verona, 10 marzo 2017; Trib. Pordenone che reputa inesistente la procedura di mediazione esperita senza la partecipazione personale delle parti; G.d.P. Napoli 27 febbraio 2017 che reputa necessaria la presenza personale dell'istante anche in caso di mancata adesione del convenuto; trattandosi in difetto di comportamento sleale sanzionabile *ex* artt. 88 e 92 c.p.c. (Trib. Padova sent. 27 aprile 2017; Trib. Roma sent. 30 novembre 17 n. 22475/2017). Ancora, App. Milano 10 maggio 2017 per la quale compito del mediatore è verificare in concreto se via sia la possibilità di svolgere la mediazione, con riferimento ad eventuali situazioni preliminari che possano ostacolarne l'esperimento e non semplicemente se esista o meno la volontà delle parti; Trib. Patti 25 maggio 2017 che reputa che il mediatore debba adottare ogni opportuno provvedimento finalizzato ad assicurare la presenza personale delle parti e da ultimo Trib. Vasto 29 gennaio 2018 che reputa che ove il mediatore si limiti a constatare l'insussistenza dei presupposti, le parti debbano invitarlo ad attivarsi, con istanza a verbale (in senso critico v. nota di G. DI MARCO - S. CAMPITELLI, in *Il Quotidiano Giuridico*, Wolters Kluwer, 10 aprile 2018 - *Altalex*, 27 aprile 2018).

