



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

Il diritto di difesa e di assistenza tecnica nel nuovo procedimento di mediazione di Paolo Tesauro

Al fine di inquadrare il tema relativo al diritto di difesa nel nuovo procedimento di mediazione, introdotto con D. Lgs. del 4 marzo 2010 n. 28, si impone una corretta individuazione del dettato costituzionale di riferimento.

L'articolo 24 Cost., 2° comma, sancisce che “la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del giudizio”. Tale norma viene decodificata da concorde dottrina¹, come una garanzia dalla duplice portata; da un lato, la tutela per la parte di far valere in giudizio le proprie ragioni e pretese rileva sotto il profilo delle finalità ultime della previsione costituzionale, dall'altro l'assistenza tecnico-legale attiene, invece, alle modalità di esercizio di quanto disposto dall'art. 24 Cost..

A ciò si aggiunga il richiamo agli artt. 3 e 111 Cost.. Il principio di uguaglianza formale e sostanziale (art. 3) trova realizzazione nel prevenire e scongiurare la possibilità di discriminazioni e disuguaglianze anche sul piano del diritto alla difesa, ed in particolare, in questo senso, va letto il 3° comma dell'art. 24 Cost. che assicura “ai non abbienti con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione”. Il principio del giusto processo, relativamente al 1° e al 2° comma, art. 111 Cost., impone l'attuazione della giurisdizione, secondo i principi del “contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale” e della ragionevole durata, demandando al legislatore ordinario tale compito. Questo dettato normativo, in realtà, recepisce l'art. 14 n. 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e soprattutto l'art. 6 n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

E' qui utile precisare, inoltre, che nell'art. 47, 2° comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea² è sancito che “ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare”. La volontà normativa, a livello europeo, fornisce una lettura del diritto

¹ Da ultimo cfr P.Barile, E. Cheli, S. Grassi, Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 2009, p. 264.

² La Carta dei diritti fondamentali è stata approvata a Nizza il 18 dic. 2000 e riconosciuta nell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, così come modificato dal Trattato di Lisbona del 2007 e successivamente ratificato dal Parlamento italiano nel 2008. Il valore giuridico della Carta è espressamente parificato a quello dei trattati e dunque vincolante per i giudici nazionali.

certamente invertito rispetto a quanto emerge dal dettato costituzionale italiano, più preoccupato, quest'ultimo, ad impedire che si ripetessero le violazioni alla difesa con persecuzioni e torture tipiche, soprattutto, del regime fascista. La facoltà prevista dall'art. 47 cit., trova il fondamento nella possibilità che la parte possa liberamente scegliere di avvalersi o meno dell'assistenza tecnico-professionale, restando ferme le garanzie per i non abbienti.

In Italia, nel panorama giurisprudenziale della Corte Costituzionale, si individuano significative pronunce che, negli anni, hanno qualificato la portata del diritto di difesa.

Il giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi sulla garanzia della difesa nei procedimenti, ha precisato che “speculare alla inviolabilità del diritto di difesa è la irrinunciabilità di esso, quali ne siano le concrete modalità di esercizio”³. In particolare, il tema della qualificazione del diritto inviolabile alla difesa nel senso della irrinunciabilità, affermato dalla sentenza da ultimo richiamata, è la conseguenza di un iter giurisprudenziale iniziato con alcune precedenti pronunce⁴.

L'esigenza di garantire l'esercizio della difesa in ogni stato e grado di qualunque procedimento e davanti a qualunque magistratura⁵ è emersa fin dalle prime valutazioni dei padri fondatori che hanno individuato nel testo dell'art. 24 un'assoluta garanzia per tutti i cittadini di poter tutelare in giudizio le proprie ragioni. La Corte Costituzionale ben presto ha anche precisato che il “diritto inviolabile di difesa, proprio anche per la portata generale della norma che la contiene, non si accompagna, nel testo costituzionale, l'indicazione, dotata di pari forza cogente, del o dei modi di esercizio di quel medesimo diritto. Con la conseguenza che è consentito al legislatore, valutando la diversa struttura dei procedimenti, i diritti e gli interessi in gioco, le peculiari finalità dei vari stati e gradi della procedura, dettare specifiche modalità per l'esercizio del diritto di difesa, alla tassativa condizione, però, che esso venga, nelle differenti situazioni processuali, effettivamente garantito a tutti su un piano di uguaglianza. Per il nostro ordinamento positivo, il diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali si esercita, di regola, mediante l'attività o con l'assistenza del difensore, dotato di specifica qualificazione professionale essendo limitata a controversie ritenute di minore importanza ovvero a procedimenti penali per reati cosiddetti bagattellari la possibilità che la difesa venga esercitata esclusivamente dalla parte”⁶.

³ C. Cost. sent. 144/1995 (4 mag).

⁴ Tra le altre cfr C. Cost. sent. 125/1979 (3 ott); C. Cost. sent. 188/1980 (16 dic).

⁵ La Corte Costituzionale, nella sentenza 125/1979 (3 ott) afferma che “il generale ambito di applicabilità di questa norma ben venne chiarito nella discussione avanti l'Assemblea Costituente (seduta del 15 aprile 1947) allorché l'on. Tupini, presidente della I sottocommissione, affermò che tenuto conto degli abusi, delle incertezze e delle deficienze che hanno vulnerato nel passato l'istituto della difesa, specie per quanto attiene alla sua esclusione dai vari stati e gradi del processo giurisdizionale si volle con una norma chiara, assoluta, garantirne la presenza e l'esperimento attivo in tutti gli stati del giudizio e davanti a qualunque magistratura”.

⁶ C. Cost. 125/1979 (3 ott).

Pertanto, dalla giurisprudenza costituzionale emerge chiaramente che, fermo restando l'inviolabilità, intesa anche nel senso di irrinunciabilità, del diritto di difesa, esso va specificato, nelle modalità di esercizio, ad opera esclusiva del legislatore che, considerando le peculiarità e gli interessi in gioco nei vari stati e gradi del procedimento, sarà chiamato a garantirne l'attuazione a tutti i cittadini, nel rispetto del principio di uguaglianza. Il legislatore, quindi, valuterà l'opportunità di prevedere o meno l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica, sempre che la parte processuale sia posta nelle possibilità di far valere le proprie ragioni nel procedimento⁷.

Quanto finora detto, a carattere generale e con particolare riferimento alla natura tecnica del diritto di difesa, ha avuto una significativa valenza nel settore penale al quale era legato il dettato costituzionale a seguito delle violazioni alla difesa, che avevano caratterizzato l'esperienza fascista.

La giurisprudenza della Corte, proprio con riferimento al processo penale, ha blindato l'inviolabilità del diritto di difesa anche nel senso di obbligatorietà dell'assistenza professionale per l'imputato.

Il tentativo che il legislatore e la giurisprudenza costituzionale hanno compiuto, fin quando è rimasto in vigore il codice di procedura penale del 1930 (sostituito con D.P.R. del 22 sett. 1988, n. 447), è stato ispirato ad un attento ribaltamento di molti elementi tipici del modello inquisitorio, limando frequenti criticità dell'impianto di acquisizione istruttoria, privo della garanzia di difesa per l'imputato.

In particolare, è utile richiamare le due storiche pronunce⁸ sul diritto di difesa nell'istruzione sommaria nel rito penale. Nel 1965, la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità dell'articolo 392, 1° comma del c.p.p. del 1930, nella parte in cui prevede che "nell'istruzione sommaria si osservano le norme stabilite per l'istruzione formale in quanto sono applicabili", in riferimento agli artt. 304 bis, ter, quater c.p.p., (che riconoscono al difensore il diritto d'intervento alle perizie, agli esperimenti, alle ricognizioni e alle perquisizioni domiciliari, oltre al diritto alla cognizione degli atti relativi alle dette operazioni e dei processi verbali di sequestro, ispezione e perquisizione personali e interrogatorio dell'imputato) ed in riferimento all'art. 24 Cost.. L'istruzione sommaria nel rito penale, così come disciplinato dal codice del 1930, nasce dal presupposto che l'istruzione sia affidata non al giudice ma, per il principio di economia processuale, al Procuratore della Repubblica, per tutti quei casi che nella prassi sono definiti di scarsa complessità (quando vi sia flagranza di reato, quando l'imputato abbia commesso il fatto essendo imputato o in stato di arresto, quando la prova sia già evidente e

⁷ Su questo punto interessante cfr C. Cost. 47/1971 (10 mar), in merito all'art. 82 c.p.c., che prevede per alcune fattispecie la difesa personale.

⁸ C. Cost. 11/1965 (4 feb); C. Cost. 52/1965 (16 giu).

così via). L'interpretazione prevalente della giurisprudenza di merito e di legittimità è orientata all'incompatibilità oggettiva delle norme a tutela dell'esercizio del diritto di difesa rispetto all'istruzione sommaria che per sua natura non può ammettere le garanzie previste per il difensore nel rito formale⁹. La Corte Costituzionale chiamata, ben presto, a pronunciarsi, con ordinanza di rinvio del Tribunale di Varese del 7 aprile del 1964, ha affermato la piena legittimità costituzionale dell'impianto normativo fissato dall'art. 392 c.p.p., ribaltando, tuttavia, l'interpretazione fino ad allora seguita. La decisione ha imposto l'apertura interpretativa della giurisprudenza alle garanzie difensive anche nell'istruzione sommaria, così come previste nell'istruzione formale. "La corte ritiene che qualche motivo di dubbio possa risolversi solo nel senso dell'interpretazione più larga, sia perché è in tal modo assicurata piena osservanza al precetto dell'art. 24 della Costituzione, sia perché la maggiore possibile estensione conferita al diritto di difesa, in armonia, s'intende, con le altre fondamentali esigenze del processo, costituisce il maggior presidio per l'autorità ed il prestigio delle sentenze dei giudici"¹⁰. L'impianto così delineato dalla pronuncia interpretativa di rigetto (e con efficacia inter partes) del giudice delle legge, tuttavia, ha dovuto scontrarsi con la difficoltà di trovare applicazione nella giurisprudenza di merito e di legittimità¹¹, rimasta ferma all'interpretazione restrittiva dell'art. 392 c.p.p.. Tant'è che dopo pochi mesi dalla precedente sentenza, la Corte Costituzionale è stata posta nelle condizioni di pronunciarsi nuovamente sul riconoscimento delle garanzie difensive nell'istruzione sommaria, decidendo, dinanzi all'inapplicabilità dell'interpretazione adeguatrice precedentemente proposta, di dichiarare la illegittimità costituzionale dell'inciso "in quanto applicabili" del 1° comma dell'art. 392 c.p.p.. La giurisprudenza della Corte ha inciso, con efficacia erga omnes, sull'indirizzo del "diritto vivente" e ha reso non più applicabile quella norma, interpretata in modo difforme al dettato dell'art. 24 della Costituzione dai giudici di merito nonostante il diverso orientamento della Corte.

Il richiamo appare significativo, soprattutto se si tiene conto che secondo la giurisprudenza della Corte, nel processo penale, l'obbligatorietà ed irrinunciabilità del diritto inviolabile di difesa, non rappresenta un pregiudizio all'elasticità dei rapporti fra imputato e difensore e alla piena autonomia delle scelte difensive che, pertanto, saranno caratterizzate dall'incoercibilità. La ratio di tale orientamento sta nell'imprescindibile rilevanza e delicatezza degli interessi fondamentali e

⁹ Cfr. C. Cass. SS. UU. penali, sentenza 17 maggio 1958, Il Foro Italiano, Volume LXXXVIII, parte I-26, pp. 385 e ss..

¹⁰ Cfr. C. Cost., sentenza n. 11 del 4 febbraio 1965, Il Foro Italiano, Volume LXXXVIII, parte I-26, pp. 385 e ss..

¹¹ La Corte di Cassazione, avvalendosi della non vincolatività della sentenza del giudice costituzionale (11/1965), conservò l'orientamento restrittivo emerso già con le tre sentenze del 17 mag. 1958 (caso Fumagalli; caso Sciacca; caso Simonini), con le quali le sezioni unite penali svolsero l'interpretazione dell'art. 392 c.p.p.. Tutto ciò evidenzia un'inevitabile contrapposizione con l'orientamento della Corte Costituzionale, che aveva optato per una sentenza interpretativa di rigetto per evitare che una pronuncia, dall'efficacia ex tunc, potesse riverberarsi su tutti i processi penali pendenti.

non risarcibili dell'imputato che, per questo, avrà diritto al massimo grado di assistenza tecnica, durante tutto lo svolgimento del procedimento penale.

Se abbonda la giurisprudenza sul tema della difesa tecnica nel processo penale, sono di gran numero inferiori gli interventi della Corte in materia civile ma non mancano interessanti spunti di riflessione.

Sul diritto di difesa tecnica rilevante è la pronuncia¹² in tema di opposizione al decreto di adottabilità, che, nonostante la brevità del termine di 30 giorni, fissato a pena di decadenza, garantisce, secondo la Corte Costituzionale, l'esercizio della difesa, anche per il tramite del difensore d'ufficio, a tutela di un diritto inviolabile ed indisponibile, quale quello del mantenimento del legame da parte del minore con la famiglia di origine. Tale fattispecie, quindi, attiene alla sfera dei diritti indisponibili tenuto conto che ben può essere ricondotta nel perimetro normativo dell'art. 2 Cost; i diritti inviolabili sono attribuiti all'uomo non solo come singolo ma anche nelle formazioni sociali "ove si svolge la sua personalità", e, dunque, anche con riferimento alla famiglia.

Per il settore dei diritti disponibili, invece, l'impianto interpretativo seguito dal giudice delle leggi è quello di estendere, anche per il processo civile, il principio secondo il quale l'invioabilità del diritto di difesa deve trovare attuazione secondo le modalità di esercizio che il legislatore ritiene più opportune.

Utile, a tal fine, è il richiamo, all'art. 82 c.p.c., 1° e 2° comma, nella parte in cui prevede esplicitamente, a seguito della riforma attuata con L. 374/1991, che "davanti al giudice di pace le parti possono stare in giudizio personalmente nelle cause il cui valore non eccede lire un milione (516,46 euro). Negli altri casi, le parti non possono stare in giudizio se non col ministero o con l'assistenza di un difensore. Il giudice di pace tuttavia, in considerazione della natura ed entità della causa, con decreto, emesso anche su istanza verbale della parte, può autorizzarla a stare in giudizio di persona". Significative le linee guida fissate dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che, chiamata a pronunciarsi più volte su tale normativa¹³, legittima la difesa personale precisando come la legge ordinaria possa subordinare a modalità particolari l'esercizio del diritto di difesa, con la limitazione che la sua esplicazione non ne risulti impossibile o estremamente difficile. La finalità del legislatore è quella di garantire alla parte la possibilità di far valere le proprie ragioni nel rispetto del contraddittorio, valutando se ammettere o non ammettere (come nei casi previsti dall'art. 82 c.p.c.) l'obbligatorietà della difesa tecnica.

¹² C. Cost. sent. 58/1979 (15 giu).

¹³ Cfr. C. Cost. sent. 47/1971 (10 mar); C. Cost. sent. 61/1996 (28 feb); C. Cost. sent. 188/1997 (18 giu); C. Cost. sent. 381/2002 (23 lug).

Nella disciplina relativa al procedimento arbitrale, ex artt. 806 e ss. c.p.c., il legislatore delegato ha provveduto con l'art. 22, D. Lgs. 20/2006 ad introdurre l'art. 816 bis. c.p.c., che pur rendendo obbligatorio attuare il contraddittorio, dispone che "le parti possono stare in arbitrato per mezzo di difensori". Nel silenzio della precedente disciplina, la norma, certamente esplicativa, apre alla possibilità che, nel procedimento arbitrale, le parti, che non sono obbligate all'assistenza tecnico-professionale, possano optare per una difesa personale. Su tale questione (mai giunta alla Corte Costituzionale) è utile rammentare che, in assenza di una volontà contraria delle parti, all'atto di fissare le regole da osservarsi nel procedimento, è da escludere che possa essere imposto dagli arbitri alle stesse parti l'onere della difesa tecnica.

Di recente, con l'introduzione dell'art. 140 bis del codice del consumo, così come sostituito dall'art. 49, L. 99/2009, il legislatore ha riconosciuto l'azione di classe a tutela di diritti individuali omogenei di consumatori ed utenti nei confronti di un'impresa o di un produttore. Tra le innovative caratteristiche di tale istituto processuale trova collocazione la legittimazione ad agire in giudizio per i singoli consumatori direttamente, e dunque, senza ministero di difensore, o anche tramite le associazioni cui conferiscono mandato o comitati cui partecipino, fermo restando che l'oggetto dell'azione di classe non sarà più l'interesse collettivo bensì i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti.

Particolare è anche la disciplina fissata dall'art. 410 c.p.c., così come recentemente modificata dall'art. 31, L. 183/2010¹⁴, in tema di tentativo di conciliazione per le controversie individuali di lavoro. In tale fattispecie, il legislatore, con legge ordinaria, ha stabilito che il lavoratore possa decidere autonomamente di farsi assistere anche da un'organizzazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato. Nessun obbligo di difesa tecnica era ed è prevista per il datore di lavoro.

Stessa impostazione va rinvenuta anche per le controversie dinanzi all'Autorità per le Telecomunicazioni e alla Consob. In questo senso, si pone il nuovo regolamento di mediazione di Unioncamere, che all'art. 5 prevede che "le parti sono libere di farsi assistere da difensori, da rappresentanti delle associazioni di consumatori o di categoria o da altre persone di fiducia".

Si è indotti a pensare, quindi, che qualora, nei regolamenti degli organismi di mediazione, dovesse essere inserita la previsione configurante l'obbligo dell'assistenza tecnica per le parti, tale ipotesi, in difformità rispetto ai criteri fissati dal legislatore delegato, si ponga in contrasto

¹⁴ L'art 31, ridisegna la sezione del codice di procedura civile recante le disposizioni generali in materia di controversie individuali di lavoro, trasformando il tentativo di conciliazione, attualmente obbligatorio, in facoltativo. L'unica eccezione, rimane il tentativo di conciliazione sui cd. "lavori certificati", di cui all'art. 80, comma 4°, del D. Lgs. n. 276/2003, che continua ad essere obbligatorio (art. 31 comma 2°). Il tentativo di conciliazione diviene facoltativo anche per il settore pubblico poichè, il comma 9° dell'art. 31, dopo aver abrogato gli artt. 65 (tentativo di conciliazione obbligatorio nelle controversie individuali) e 66 (collegio di conciliazione) del D. Lgs 30 n. 165/2001, stabilisce che la normativa privata prevista si applica anche alle controversie ex art. 63 comma 1° D. Lgs 30 n. 165/2001.

con la *volutas legislativa*, restringendo illegittimamente il campo di azione lasciato, invece, aperto dal D. Lgs. 28/2010.

Nel nuovo procedimento di mediazione civile e commerciale, ex D. Lgs. del 4 marzo 2010 n. 28, non è prevista l'obbligatorietà della difesa tecnica di parte. Si parla, pertanto, di una mera facoltà in capo ai soggetti che accedono alla mediazione, condizione di procedibilità della domanda giudiziale per le controversie nelle materie ex art. 5, 1° comma.

Lo spirito che contraddistingue la conciliazione, fisiologico sbocco del procedimento introdotto in Italia con D. Lgs. 28/2010, è proprio quello di poter garantire la composizione della lite secondo le volontà delle parti. Il verbale positivo di conciliazione, del resto, può essere paragonato ad un negozio giuridico, che, per questa sua natura, non può giustificare l'obbligatorietà della difesa tecnica.

La natura del verbale di conciliazione presuppone che il regime di impugnazione non sia quello tipico della sentenza ma rientra nelle cause di scioglimento del contratto ai sensi dell'art. 1372 c.c., e, quindi, da un lato, la dichiarazione di nullità e l'annullamento, per i vizi dell'atto, mentre, dall'altro lato, la rescissione e la risoluzione, che concernono i vizi del rapporto.

In caso di omologazione del verbale, ex art. 12 D. Lgs., valgono analogicamente le stesse garanzie del reclamo ex art. 825 c.p.c. e dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c..

La ratio che sottende al nuovo impianto normativo sulla mediazione, tuttavia, non sminuisce, di fatto, il ruolo dell'avvocato di parte, quale consulente ed esperto di *Alternative dispute resolution* (metodi alternativi di risoluzione delle controversie), come ausilio per i propri assistiti nelle questioni di maggiore complessità e di valore economico elevato. Nessun dubbio, quindi, sull'utilità della presenza del consulente di parte, chiamato a svolgere nella mediazione un ruolo cruciale. Molteplici, infatti, sono le fasi di assoluta rilevanza: la verifica col cliente dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione per quelle materie previste dalla normativa in vigore, la necessità di individuare l'organismo accreditato presso il Ministero della Giustizia, l'avvio con apposita documentazione della mediazione, lo svolgimento delle attività di preparazione all'incontro del proprio assistito, l'ausilio nei diversi passaggi in cui si articola il procedimento, sino alla fase conclusiva.

Innovazione e Diritto